



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turma A

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim e Rita do Rosário, e Licenciado Nuno Igreja Matos

Exame - 6 de janeiro de 2023

Duração: 120 minutos

Hipótese

A, empregado de uma embaixada estrangeira, com residência em Portugal, arrendou o seu apartamento a **B**, que se dedicava à prostituição em Portugal e em França, facto que ele conhecia. **C**, francês, era cliente de **B** em França e em Portugal.

D, casada com **A**, desloca-se ao país de que **A** é nacional para ser praticada excisão na sua filha de 15 anos, **E**, por razões de tradição cultural.

O Tribunal Constitucional julgou, em dois recursos de constitucionalidade, não conforme à Constituição o artigo 169.º do Código Penal.

Questões:

1- O comportamento de **A** (ao arrendar o apartamento) é subsumível no artigo 169.º do Código Penal? Tenha em conta os princípios sobre a interpretação da lei penal. (3 valores)

2- Suponha que **A** é condenado por lenocínio e, após a condenação, é declarada a inconstitucionalidade com força obrigatória geral do artigo 169.º do Código Penal. Esclareça os possíveis fundamentos e as consequências de tal declaração. (5 valores)

3- Dadas as suas funções, **A** poderia ser julgado em Portugal? E poderia ser aplicado um prazo prescricional mais curto, que tivesse sido aprovado já depois da prática do crime e da instauração do processo? (3 valores)

4- Se o Estado francês emitisse um mandado de detenção europeu relativamente ao consumo de prostituição por **C** (facto punível em França, mas não em Portugal), o Estado português teria de o executar? (2 valores)

5- **D** poderia ser responsabilizada ante o artigo 144.º-A do Código Penal, considerando que a excisão genital feminina não é punida no país de que é nacional? (2 valores)

6- Se **D** for condenada, justifica-se a aplicação de uma pena de prisão, na perspetiva das finalidades da punição? (3 valores)

Ponderação global: 2 valores.



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turma A

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

Colaboração: Mestres Catarina Abegão Alves, Mafalda Moura Melim e Rita do Rosário, e Licenciado Nuno Igreja Matos

Exame - 6 de janeiro de 2023

Duração: 120 minutos

Tópicos de correção

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”). Concretamente, suscita-se a dúvida sobre se a conduta de **A** – ao arrendar o seu apartamento a **B** sabendo que o mesmo se dedicava à prostituição – é subsmível no comportamento típico do artigo 169.º do Código Penal (“CP”), isto é, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição, de forma profissional ou com intenção lucrativa.

Acompanhando a tese de Maria Fernanda Palma, baseada em raciocínios analógicos, a interpretação permitida em Direito Penal só garante a segurança jurídica e a conformidade com o disposto no artigo 1.º, n.º 3, do CP, se se estribar no 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 valorativo, como a que é sustentada, por exemplo, por Castanheira Neves, que vê nas palavras apenas uma exteriorização possível da norma. Para esta construção, a ideia do proibido – i.e., a abrangência do que é proibido – pode, por isso, ser encontrada noutras proveniências não textuais, como o sejam as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática, dogmática e jurisprudencial.

Retomando o caso à luz da conceção interpretativa primeiramente descrita, constata-se que existe a correspondência entre a conduta de **A** e a facilitação à prostituição. Com efeito, a disponibilização de um espaço para **B** livremente desenvolver a atividade de prostituição é um comportamento enquadrável no sentido possível e comunicacional, pelo menos, da palavra “*facilitar*”. A disponibilização de um local, na medida em que soluciona uma previsível dificuldade em encontrar um espaço para arrendamento no qual o proprietário não se opusesse à prática de comportamentos de prostituição, contribui, portanto, para a instalação e o desenvolvimento da atividade – o que, por si, já coloca em perigo os bens tutelados pelo crime inscrito no artigo 169.º, n.º 1, do CP, ainda que tal não fosse necessário para o preenchimento da tipicidade visto estarmos perante um crime de perigo abstrato.

Mais duvidosa é a questão de saber se a conduta de **A** é motivada por uma “*intenção lucrativa*”. Embora se possa afirmar que **A** obtém um ganho (correspondente ao valor da renda) em consequência do arrendamento, o enunciado não elucida se **A** sabia que **B** ia efetivamente usar o apartamento para a atividade de prostituição. Permanece, portanto, a dúvida sobre se **A** arrendou o apartamento a **B** sabendo que ia lucrar com a circunstância de esse local vir a ser utilizado para a prática de atos conexos com a atividade de prostituição. Olhando, porém, à demais factualidade do enunciado, parece ser possível afirmar-se que **A**

sabia, ou pelo menos não podia ignorar, a possibilidade de **B** usar aquele apartamento para os fins descritos, uma vez que já sabia que **B** se dedicava à prostituição. Sem prejuízo da valoração de argumentação diversa devidamente fundamentada, seguindo esta lógica, fica igualmente estabelecida a verificação de uma intenção lucrativa.

Em suma, deve concluir-se pela existência de correspondência entre a conduta de **A** e o tipo incriminador, devendo por isso **A** ser sancionado criminalmente.

2- A questão colocada impõe a análise de duas problemáticas distintas: em primeiro lugar, a reflexão acerca dos possíveis fundamentos da inconstitucionalidade do artigo 169.º, do CP; em segundo lugar, as consequências da declaração de inconstitucionalidade dessa norma, com força obrigatória geral, para o caso **de A**.

Quanto ao primeiro aspeto, 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).

Poderia ainda ponderar-se os 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 auto-determinação 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.

No que se refere ao segundo problema identificado, cumpre referir que a aludida declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produziria efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional e determinaria a reinstauração das

normas que ela, eventualmente, tivesse revogado (artigo 282.º, n.º 1, da CRP). A norma objeto de tal declaração, ao prever a criminalização de uma conduta, sustenta a condenação de agentes que, caso contrário, não seriam perseguidos criminalmente por tal comportamento. Está então em causa uma norma respeitante a matéria penal de conteúdo menos favorável ao arguido (norma incriminadora).

A hipótese afirma apenas a condenação de **A**, não permitindo assumir a existência de caso julgado. Admitindo que a decisão condenatória ainda não transitou em julgado, os efeitos *ex tunc* previstos no artigo 282.º, n.º 1, da CRP impõem o reconhecimento, no processo ainda em curso, de inexistência de incriminação. Por conseguinte, seria revertida a condenação de **A**.

Admitindo, ao invés, o trânsito da condenação, rege o n.º 3 do artigo 282.º, da CRP, que prevê a ressalva do caso julgado, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal e for de conteúdo menos favorável ao arguido, o que corresponde ao caso em análise. Segundo Maria Fernanda Palma, trata-se de um poder vinculado, correspondente a um procedimento de reconhecimento, visto que apenas o TC dispõe desta competência. Neste cenário, a aludida declaração de inconstitucionalidade poderia determinar a abertura do caso de **A**, visto que a estabilidade do caso julgado não se sobrepõe aos princípios da igualdade e necessidade da pena.

3- A avaliação da possibilidade de punir **A** depende das condições de validade pessoal da lei penal. Sendo **A** empregado de uma embaixada estrangeira, deve aplicar-se a Convenção sobre Relações Diplomáticas (Decreto-Lei n.º 48295, de 27 de março de 1968). Uma vez que não é esclarecida a concreta função de **A**, aceita-se a sua integração como membro do pessoal administrativo e técnico [artigo 1.º, alínea f)] ou membro do pessoal de serviço [alínea g) do mesmo artigo].

Na primeira hipótese, **A** não poderia, em princípio, ser preso (artigo 29.º), nem julgado (artigo 31.º), por aplicação dos mesmos privilégios e imunidades de que goza o agente diplomático, nos termos do artigo 37.º, n.º 2. Contudo, **A** reside permanentemente em Portugal (o Estado acreditador), pelo que não goza daqueles privilégios e imunidades (artigo 37.º, n.º 2).

No segundo caso, aplica-se a mesma exceção (artigo 37.º, n.º 3). Ainda que **A** não residisse em Portugal, a inviolabilidade e imunidade previstas para os membros do pessoal de serviço estão limitadas aos atos praticados no exercício de funções, o que não sucede no caso, podendo, deste modo, **A** ser julgado mesmo que não residisse no Estado acreditador.

Quanto à questão da aplicação do prazo prescricional mais curto, está em causa um problema de aplicação da lei. Ainda que vigore, para as normas puramente processuais, a regra da aplicação imediata da lei nova (artigo 5.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), as normas sobre prescrição afetam materialmente a posição do arguido e são expressão de uma alteração, pelo legislador, do juízo sobre a necessidade da punição, devendo, por isso, ser aplicadas de acordo com a sua natureza substantiva. Assim sendo, seria aplicável o prazo prescricional previsto na lei em vigor no momento da prática do facto (artigo 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, 1.ª parte, da CRP e artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, do CP). Contudo, a lei posterior é, no caso concreto, mais favorável, devendo, de acordo com os princípios da necessidade da pena (artigo 18.º, n.º 2, da CRP) e da igualdade (artigo 13.º, da CRP), aplicar-se o novo prazo ao

procedimento criminal movido contra **A**, por força do princípio da aplicação retroativa de lei mais favorável (artigo 29.º, n.º 4, 2.ª parte, da CRP).

4- Sendo Portugal e França Estados-membros aplica-se o regime de cooperação judiciária na União Europeia, que assenta no princípio do reconhecimento mútuo, nos termos do artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto. A análise da possibilidade de execução, por parte do Estado português, do mandado de detenção europeu relativamente ao consumo de prostituição por **C**, dependeria, antes de mais, da verificação da medida abstrata da pena no Estado membro de emissão, *in casu* França. Isto porque se o mandado tiver sido emitido para efeitos de procedimento criminal, a pena ou medida de segurança privativas da liberdade terá de ter a duração máxima não inferior a 12 meses. Já se o mandado tiver por finalidade o cumprimento de pena ou medida de segurança, a sanção aplicada terá de ter a duração não inferior a 4 meses, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º, da Lei n.º 65/2003. Uma vez que o enunciado não nos fornece esses dados, serão aceites ambas as soluções.

Ulteriormente, uma vez que a conduta em causa não se insere em nenhuma das realidades criminais previstas nas várias alíneas do n.º 2 do artigo 2.º, da Lei n.º 65/2003, a entrega está sujeita ao controlo da dupla incriminação, nos termos do n.º 3 do artigo 2.º da referida Lei. Sendo o facto apenas punível em França, mas não em Portugal, encontramos-nos perante um motivo de não execução obrigatória do mandado, nos termos do artigo 11.º, alínea f), da Lei n.º 65/2003, pelo que Portugal deve recusar a execução do mesmo.

5- A questão suscita um problema de validade espacial da lei penal portuguesa. Uma vez que **D** se deslocou ao país de que o seu marido é nacional para ser praticada excisão na sua filha de 15 anos, por razões de tradição cultural, o *locus delicti* foi o país estrangeiro ao qual se deslocou, nos termos do artigo 7.º, do CP, que consagra o princípio da ubiquidade. Deste modo, fica excluída a aplicação do princípio da territorialidade, previsto no artigo 4.º, do CP.

Será então de ponderar a aplicação extraterritorial da lei penal portuguesa, nos termos do artigo 5.º, do CP, seguindo a ordenação teleologicamente orientada de cada uma das alíneas. A este respeito, em primeiro lugar, está excluída a aplicação do princípio da proteção dos interesses nacionais, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 5.º, do CP, porquanto o tipo incriminador praticado por **D** não se encontra previsto no elenco taxativo de crimes previstos na aludida alínea.

Posteriormente, dever-se-á afastar a aplicação da extensão do princípio da nacionalidade, consagrada na alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º, do CP, porquanto o enunciado não nos fornece qualquer indicação acerca da nacionalidade de **D**, nem da sua filha, **E**, pelo que não temos dados que nos permitam concluir que estas sejam portuguesas.

Seguidamente, será de ponderar a aplicação do princípio da universalidade, previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, do CP. O tipo incriminador de mutilação genital feminina (artigo 144.º-A, do CP), encontra-se previsto no catálogo de crimes inserido nesta alínea. Mas aqui o exercício da jurisdição prescritiva e judicativa por parte do Estado português encontra-se sujeito à verificação de duas condições objetivas de punibilidade – o agente tem de ser encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em resultado de execução de mandado de detenção europeu ou de outro instrumento de cooperação internacional que vincule o Estado português, enquanto consagração do princípio *aut dedere aut judicare*. Apesar de não termos indicações de que **D** regressou a Portugal, tal será de presumir, porquanto o

seu marido, **A**, é empregado de uma embaixada estrangeira e reside em Portugal. Pelo que se encontra preenchida a primeira condição objetiva de punibilidade.

Em relação à segunda condição objetiva de punibilidade prevista na alínea c), caso se entendesse que o *locus delicti* também seria o país de que **D** era nacional (para além de ser o país de que o seu marido **A** era nacional), poder-se-ia referir o argumento de que nunca pode haver um pedido de extradição ou de entrega por parte de um país que não criminaliza a conduta em causa. O mesmo argumento valeria para o caso de se entender que **D** não era nacional do Estado onde foi praticado o facto, pois aqui o seu país de origem nunca iria emitir um pedido de extradição ou de entrega dada a ausência de norma incriminadora. Ora, para que a condição objetiva de punibilidade prevista na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º se encontre preenchida, não é necessário que tenha havido efetivamente um pedido de extradição ou de entrega em resultado de execução de mandado de detenção europeu.

Mas sempre se diria que mesmo nessas situações um outro qualquer Estado também poderia exercer a sua jurisdição sobre estes factos, caso incluísse o crime de mutilação genital feminina no princípio da universalidade e estivessem preenchidas as condições de punibilidade eventualmente aí previstas (que podiam implicar a não exigência da presença do agente no seu território). Contudo, uma vez mais, não é necessário que tenha havido efetivamente um pedido de extradição ou de entrega em resultado de execução de mandado de detenção europeu. Tal resulta da letra da lei, conjugada com a interpretação sistemática da norma em consonância com a alínea f) do mesmo artigo 5.º e com uma interpretação teleológica da mesma. Em suma, as duas condições objetivas de punibilidade previstas na alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, do CP estão verificadas.

A isto acresce que subjaz ao princípio da universalidade uma ideia de soberania justificada pela função internacional humanista e humanitária do Estado de Direito democrático, em que Portugal coopera com os outros Estados que se orientam por esses mesmos desígnios, quando estejam em causa bens jurídicos que careçam de proteção internacional dado o seu carácter supranacional. Logo, a extensão da tipicidade dos tipos incriminadores previstos na parte especial do Código Penal, bem como a afirmação da competência dos tribunais portugueses, com base no aludido princípio da universalidade, não poderia ficar sujeita à exigência de punição no *locus delicti*. Deste modo, o facto de a excisão genital feminina não ser punida no país de que **D** é nacional não constitui um obstáculo à validade especial da lei penal portuguesa no caso concreto. Assim, será de concluir pela verificação da alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º, do CP.

6- A questão suscita um problema em torno da finalidade das penas. Neste quadro, importaria, desde logo, nomear e explicar as teorias relativas da pena, concretamente as teorias de cunho preventivo e prospetivo, por oposição às teorias absolutas, de pendor retributivo.

Seguidamente, deveriam ser aduzidas, desenvolvidamente, as diferentes teorias preventivas, diferenciando a prevenção geral (positiva e negativa), focada na análise aos efeitos da pena perante a comunidade, da prevenção especial (positiva e negativa), por seu turno privilegiadora dos efeitos causados pela pena ao agente do crime.

Uma vez feito este percurso, deveriam ser convocadas as disposições atinentes aos fins da pena (e à sua determinação), em particular os artigos 40.º e 70.º e seguintes do CP. Neste âmbito, haveria que identificar as teorias de prevenção inscritas no artigo 40.º, n.º 1

(prevenção geral positiva e prevenção especial positiva, respetivamente). Ademais, seria ainda imprescindível relacionar estas finalidades preventivas na sua articulação com o princípio da culpa, de valor constitucional à luz dos artigos 1.º, 13.º, e 27.º da CRP, convocando, para o efeito, o artigo 40.º, n.º 2, do CP. Aqui, seria valorada a referência à discussão em torno do papel da culpa enquanto fundamento, pressuposto e limite da pena. Em especial, haveria que contrapor as teses que enjeitam que a culpa – embora seja pressuposto e limite da pena – possa ser fundamento da pena, ou que subsumem o seu valor fundamental às exigências preventivas gerais, como é o caso de Figueiredo Dias, àquelas que defendem que a culpa permanece fundamento da pena, não podendo em circunstância alguma ceder ou ser absorvida perante outros interesses ou finalidades, conforme sustenta Maria Fernanda Palma, numa leitura sistemática do artigo 40.º, em articulação com as normas do Código Penal e com as normas constitucionais.

Uma vez oferecida uma interpretação dos fins das penas e da sua concretização constitucional e legal, haveria que proceder à análise à luz do caso. Deveria ser indicado que existem relevantes exigências de prevenção geral, tanto positiva como negativa, atenta a relevância dos bens jurídicos pessoais tutelados pelo artigo 144.º-A, do CP, a irreversibilidade do dano causado e a crescente necessidade de ir ao encontro de uma preocupação social com vista a dissuadir este tipo de condutas. No que respeita à prevenção especial, desconhecendo-se antecedentes e informações sobre a personalidade do agente, poderia ainda assim anotar-se um possível risco de reincidência, dado que o impulso para seguir a tradição cultural sugere que **D** poderá, no futuro, vir a reincidir ou pelo menos a incitar à prática deste tipo de condutas junto de terceiros. Finalmente, no que tange ao juízo de culpa, o caso impunha que fosse avaliada a motivação conexa com uma tradição cultural, o que remeteria para uma análise ao problema dos crimes culturalmente motivados e à discussão em torno de saber se a fidelidade do agente à sua tradição revela uma personalidade ainda de algum modo alinhada com o direito, possivelmente amparada pelo direito à liberdade de consciência e o direito à cultura.

Concluída esta análise, deveria invocar-se o artigo 70.º, do CP e a regra aí inscrita que impõe a preferência por penas não privativas da liberdade e consequente aplicação da pena privativa apenas subsidiariamente. Embora esta regra leve a considerar que poderá não se justificar a aplicação de pena privativa da liberdade a **D**, resposta inversa também poderia ser admitida, desde que devidamente fundamentada a partir da demonstração de fortes exigências preventivas e de um elevado juízo de culpa.