



Direito Penal I

3.º Ano – Dia – Turmas A e B

Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

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

Exame de Época Especial (Finalistas) - 8 de setembro de 2021

Duração: 90 minutos

1 – Com base em estudos que associam a prostituição a situações de carência de quem se prostitui, bem como de tráfico e violência contra essas pessoas, a Assembleia da República aprova uma alteração ao art. 169.º do Código Penal, que entra em vigor a 1 de julho de 2021, acrescentando-lhe o seguinte n.º 3:

*Quem solicitar ato sexual com pessoa na prostituição, em troca de contrapartida financeira ou promessa desta, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.*

Analise a constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 3. (5 vls.)

2 – No dia 5 do mesmo mês, enquanto se dirige para casa com sacos de compras nas mãos, Arnaldo é abordado na rua por Fiona, prostituta desesperada por ver os filhos com fome, que lhe oferece relações sexuais em troca da comida que Arnaldo traz consigo. Arnaldo aceita e, no mesmo dia, cumprem o acordado.

Independentemente da resposta à questão anterior, a interpretação do artigo 169.º, n.º 3, no sentido de punir Arnaldo violaria algum princípio de Direito Penal? (5 vls.)

3 – No dia 1 de setembro de 2021, entra em vigor uma alteração ao artigo 169.º, n.º 3, que passa a dispor:

*Quem solicitar ou praticar **cópula, coito anal ou coito oral** com pessoa na prostituição, em troca de contrapartida financeira ou promessa desta, é punido com pena de **prisão até 6 meses** ou com pena de multa.*

Supondo que a resposta à questão anterior é positiva, tendo-se realizado a cópula entre Arnaldo e Fiona no dia 5 de julho, e estando marcado julgamento para 1 de outubro, qual deve ser, em face da alteração legislativa, a decisão do tribunal? (5 vls.)

4 – No dia 20 de setembro, chega, vindo da Alemanha, um pedido de entrega de Arnaldo, português residente em Portugal, para cumprir pena de prisão perpétua por homicídio agravado praticado em Berlim contra Martine, cidadã belga.

A lei portuguesa é aplicável? Como deve ser decidido o pedido? (3 vls.)

Ponderação global: 2 vls.

### 1.

A questão levanta um problema de conceito material de crime, sendo mister convocar o art. 18.º, n.º 2, da Constituição (CRP), e, mais concretamente, o princípio da necessidade da pena.

A norma veicula preocupações com a liberdade e a integridade física e psíquica das pessoas que se prostituem, consagradas como objectos de direitos fundamentais nos arts. 27.º e 25.º da CRP. Deve questionar-se, no entanto, a adequação do dispositivo para servir os fins a que se propõe. Uma vez que a mera solicitação de serviços de prostituição não provoca diretamente lesão ou perigo para os bens referidos, só na base de estudos empíricos que demonstrem uma associação clara entre este tipo de atos e o perigo de promoção de práticas de tráfico ou violência se poderá comprovar a dignidade punitiva do comportamento. Essa demonstração deve ainda ser confrontada com a liberdade de escolha de profissão das pessoas que se prostituem e com a liberdade sexual do contratante da prostituição, também coartadas pela restrição em causa, o que sugere que mesmo perante aquela demonstração, a punição talvez ocorra com demasiada antecipação relativamente ao cenário que se pretende evitar.

Além dos pontos identificados, deve também ser questionada a carência de tutela penal, sendo necessário explicar a inviabilidade do recurso a meios alternativos de protecção, sob pena de, igualmente por esta via, se ter de concluir pela inconstitucionalidade da norma.

### 2.

O caso não encontra correspondência direta no sentido possível das palavras da lei, ao menos isoladamente consideradas, visto que o agente não “solicitou” nenhum ato sexual, antes foi abordado com proposta para a sua prática, além de que a ação não foi praticada “em troca de contrapartida financeira ou promessa desta”, uma vez que o pagamento se fez em alimentos. A esta luz, cabe determinar se a solução de punição não violaria a proibição de analogia incriminadora consagrada no art. 1.º, n.º 3, do Código Penal (CP), e o princípio da legalidade (art. 29.º, n.º 1, da CRP).

Mesmo adotando-se, todavia, uma perspectiva que privilegie o sentido das palavras integradas no texto globalmente considerado, e admitindo-se até que pode não haver diferença material significativa entre a solicitação de serviços de prostituição e a sua aceitação (nomeadamente em contextos em que a mera deslocação a locais de prostituição se faça já contando com a habitual oferta desses serviços aí registada, quase equivalendo à disponibilidade para os aceitar), pode duvidar-se de que no caso se apresente o problema pressuposto na norma. Com efeito, se puder identificar-se no comportamento de Arnaldo uma utilização dos serviços de prostituição que não promove tanto o exercício de violência sobre quem se prostitui como auxilia, ocasionalmente, a pessoa em necessidade, os seus atos não se mostram ofensivos para bens jurídicos, ou não na dimensão assumida na norma.

Partindo-se antes do pressuposto de que, com base em estudos por realizar, estes atos, independentemente dos seus efeitos imediatos ou das boas intenções do agente, redundam sempre na promoção do mercado de prostituição e da violência inerente, as circunstâncias particulares referidas não farão diferença, pois a solução punitiva ainda irá ao encontro das intencionalidades normativas. Se for este o caminho, porém, é preciso problematizar o confronto entre a proibição da analogia e o tratamento do elemento literal como mera expressão imperfeita do pensamento do legislador, como se o verdadeiro texto normativo a considerar fosse o que resulta da interpretação, não podendo, assim, funcionar como limite preestabelecido.

### 3.

Aplica-se, em princípio, a lei em vigor no momento da prática do facto, segundo os arts. 29.º, n.º 1, da CRP e 2.º, n.º 1, conjugado com o art. 3.º, do CP. No caso, trata-se da primeira versão do art. 169.º, 3, que entrou em vigor a 1 de julho de 2021.

Em momento posterior ao da prática do facto, entra em vigor uma alteração legal que altera a previsão restringindo o âmbito típico, pois deixa de estar em causa qualquer “ato sexual” para passar a exigir-se se trate de “cópula, coito anal ou coito oral”.

Admitindo-se a resposta positiva à questão 2., o comportamento é crime tanto à luz da versão anterior da lei como da posterior. Ora, apesar de se especificar diferentemente o tipo de práticas sexuais visadas, não há alteração da conceção legislativa sobre o merecimento penal de comportamentos como o de Arnaldo. Também não parece que a alteração introduza critérios típicos novos cuja valoração (para efeitos de condenação) implique a violação de princípios como o da culpa e o da igualdade, pois nem se pode dar por prejudicada, no momento da prática do facto, a liberdade de decisão relativamente à cópula (mesmo por comparação com os que decidirão à luz da nova lei), nem por ficcionado o dolo da prática criminosa, já que a prova do ato sexual sempre teria implicado, no caso, tanto a prova da cópula como do dolo que a tomou por objeto. Nesta linha, há verdadeira sucessão de leis penais, devendo punir-se Arnaldo à luz da lei em vigor no momento da prática do facto, a não ser que a lei posterior se mostre concretamente mais favorável. Dado que a medida da pena de prisão cominada na versão nova é inferior, no seu limite máximo, ao da versão anterior, a nova lei deve aplicar-se retroativamente, nos termos dos arts. 29.º, n.º 4, segunda parte, da CRP, e 2.º, n.º 4, primeira parte, do CP.

#### 4.

Tendo o facto sido praticado fora de Portugal, de acordo com os arts. 4.º e 7.º, n.º 1, do CP, o critério territorial não permite atribuir competência aos tribunais portugueses.

De entre os critérios supletivos de atribuição de competência do art. 5.º, cabe examinar a aplicabilidade da al. e) do n.º 1. Sendo Arnaldo português e encontrando-se em Portugal, e sendo o facto punido na Alemanha, resta ver como se haveria de decidir o pedido de entrega.

Visto que a Alemanha é membro da União Europeia, é de aplicar o regime do mandado de detenção europeu (Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto).

Punindo-se na Alemanha o facto com pena de prisão superior a três anos, dispensa-se o requisito da dupla incriminação, por aplicação da al. o) do art. 2.º, n.º 2.

Visto que o mandado foi emitido para cumprimento de pena, tanto a nacionalidade portuguesa do agente como a residência em Portugal constituem motivos de recusa facultativa de entrega, de acordo com o art. 12.º, n.º 1, al. g). Devia então o juiz ponderar se a nacionalidade e a residência se traduziam numa ligação efectiva à comunidade portuguesa (se Arnaldo tinha aqui a vida instalada, se exercia profissão em Portugal, etc.), não só por atenção aos seus direitos fundamentais como também tendo em vista a melhor prossecução dos fins das penas (mais concretamente, o de ressocialização).

Quanto à pena de prisão perpétua, a decisão de entrega depende da previsão no sistema jurídico alemão de uma revisão da pena nos termos do art. 13.º, n.º 1, al. a), ou da aplicação das medidas de clemência referidas na mesma al. O art. 33.º, n.º 5, da CRP, excepciona regimes como o daquele 13.º dos apertados limites do art. 33.º, n.º 4, para casos de prisão perpétua. Ainda assim, pode defender-se, na linha de Fernanda Palma, que sob pena de serem desrespeitados os limites materiais à revisão constitucional – mais concretamente, o art. 288.º, al. d), que engloba a proibição de prisão perpétua consagrada no art. 30.º, n.º 1, da CRP –, o art. 13.º, n.º 1, al. a), deve ser interpretado restritivamente, aproximando-se o regime do que vigora para casos de extradição, devendo atender-se ao art. 6.º, n.ºs 1, al. f), 2 e 3. Assim, se fossem prestadas, por exemplo, as garantias apontadas nestas normas, Arnaldo poderia ser entregue, caso em que a lei portuguesa não seria aplicável.