

Paulo Pinto de Albuquerque
José Branco
(Org.)

Comentário
das
Leis Penais Extravagantes

VOLUME 2

Universidade Católica Editora



Comentário
das
Leis Penais Extravagantes

Volume II

COMENTÁRIO DAS LEIS PENAS EXTRAVAGANTES

Comentário das leis penais extravagantes / [coord. de] Paulo Pinto de Albuquerque, José Branco. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2011- . – vol. ; 25 cm

Vol. 2: 2011. – 760 p.

ISBN 978-972-54-0290-0 (vol. 2)

I – ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, coord. II – BRANCO, José, coord.

CDU 343.2

Licença: Este trabalho encontra-se publicado com a Licença Internacional Creative Commons Atribuição 4.0.



© Universidade Católica Editora | Lisboa 2011

Edição: Universidade Católica Editora, Unipessoal

Revisão: Helena Romão

Design gráfico, Impressão e acabamentos: Sereer, soluções editoriais

Data: Janeiro 2011

Depósito Legal: 319226/11

ISBN: 978-972-54-0290-0

Universidade Católica Editora, Unipessoal, Lda.

Palma de Cima – 1649-023 LISBOA

tel. (351) 217 214 020 fax (351) 217 214 029

www.uceditora.ucp.pt | uce@uceditora.ucp.pt

Paulo Pinto de Albuquerque
José Branco
(Org.)

Comentário
das
Leis Penais Extravagantes

Volume II

Universidade Católica Editora

Lista das siglas

- AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- AJ – Actualidade Jurídica
- APC – Archives de Politique Criminelle
- AR – Assembleia da República
- ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica
- AE-AT – *Alternativ Entwurf eines Stragesetzbuches – Allgemeiner Teil* (Projecto Alternativo de um Código Penal – Parte Geral), de 1969
- BAPIC – Boletim da Administração Penitenciária e dos Institutos de Criminologia
- BDDC – Boletim Documentação e Direito Comparado
- BFD – Boletim da Faculdade de Direito (da Universidade de Coimbra)
- BIC – Boletim dos Institutos de Criminologia
- BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
- BOA – Boletim da Ordem dos Advogados
- BOMJ – Boletim Oficial do Ministério da Justiça
- CADH – Convenção Americana dos Direitos do Homem
- CADC – Código do Direito de Autor e Direitos Conexos
- CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
- CC – Código Civil
- CCJ – Código das Custas Judiciais
- CDHB – Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina
- CDOM – Código Deontológico da Ordem dos Médicos
- CE – Código da Estrada
- CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- CJ – Colectânea de Jurisprudência
- CJM – Código de Justiça Militar
- CMVM – Código do Mercado de Valores Mobiliários
- CNECV – Conselho nacional de ética para as ciências da vida
- CNPD – Comissão nacional para a protecção de dados
- CP – Código Penal
- CPC – Código de Processo Civil
- CPDMM – Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante
- CPI – Código da Propriedade Industrial
- CPP – Código de Processo Penal
- CRP – Constituição da República portuguesa
- CSC – Código das Sociedades Comerciais
- DCIPAI – Direcção Central de Investigação, Pesquisa e Análise de Informação do SEF
- DL – Decreto-Lei
- DDC – Documentação e Direito Comparado
- DGRS – Direcção-Geral de Reinserção Social
- DGSP – Direcção-Geral dos Serviços Prisionais
- DIAP – Departamento de Investigação e Acção Penal
- DJ – Direito e Justiça
- EMJ – Estatuto dos Magistrados Judiciais
- EMP – Estatuto do Ministério Público
- EOA – Estatuto da Ordem dos Advogados

- FDUC – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- FDUL – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- FDUNL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- FLAD – Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento
- GA – Goldammer's Archiv für Strafrecht
- GNR – Guarda Nacional Republicana
- IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
- IGAE – Inspecção Geral das Actividades Económicas
- INML – Instituto Nacional de Medicina Legal
- JP – Justiça portuguesa
- LM – Lex Medicinæ
- LOTJ – Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais
- LTC – Lei do Tribunal Constitucional
- OPC – Órgão de polícia criminal
- PGR – Procuradoria-Geral da República
- PJ – Polícia Judiciária
- PR – Presidente da República
- PSP – Polícia de Segurança Pública
- RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais
- RCP – Regulamento das Custas Processuais
- RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais
- RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- RFDUP – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
- RFDUNL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- RGCO – Regime Geral das Contra-Ordenações
- RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias
- RIAECSP – Regime de Infracções Anti-Económicas e Contra a Saúde Pública
- RIDP – Revue Internationale de Droit Pénal
- RJEPSAE – Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Português
- RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
- RJ – Revista Jurídica (da Faculdade de Direito de Lisboa)
- RMP – Revista do Ministério Público
- ROA – Revista da Ordem dos Advogados
- RPCC – Revista portuguesa de Ciência Criminal
- RPDC – Revista portuguesa do Dano Corporal
- RT – Revista dos Tribunais
- RJIFNA – Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras
- SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
- SI – Sciencia Iuridica
- StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal)
- STJ – Supremo Tribunal de Justiça
- StPO – *Strafprozessordnung* (Código de Processo Penal)
- TC – Tribunal Constitucional
- TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
- TEP – Tribunal de Execução das Penas
- TIC – Tribunal de Instrução Criminal
- TPIC – Tribunal de Pequena Instância Criminal
- TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
- TRC – Tribunal da Relação de Coimbra
- TRP – Tribunal da Relação do Porto
- TRE – Tribunal da Relação de Évora
- TRG – Tribunal da Relação de Guimarães
- ZStW – Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Plano da Obra

TÍTULO I – Princípios Gerais

- CAPÍTULO I – Relações Internacionais
- CAPÍTULO II – Protecção dos Estrangeiros
- CAPÍTULO III – Suspensão do Exercício de Direitos
- CAPÍTULO IV – Acesso ao Direito e Tutela Jurisdicional

TÍTULO II – Direitos, Liberdades e Garantias Pessoais

- CAPÍTULO I – Direito à Identidade Civil
- CAPÍTULO II – Direito à Segurança
- CAPÍTULO III – Direito de Deslocação
- CAPÍTULO IV – Direito de Autodeterminação Informacional
- CAPÍTULO V – Liberdade de Imprensa e Comunicação Social
- CAPÍTULO VI – Liberdade de Consciência

TÍTULO III – Direitos, Liberdades e Garantias de Participação Política

- CAPÍTULO I – Eleições
- CAPÍTULO II – Organização do Estado
- CAPÍTULO III – Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos

TÍTULO IV – Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores

TÍTULO V – Direitos e Deveres Económicos

- CAPÍTULO I – Consumo e Direitos Dos Consumidores
- CAPÍTULO II – Economia e Direito de Iniciativa Privada, Cooperativa e Autogestionária
- CAPÍTULO III – Direito de Propriedade Privada

TÍTULO VI – Direitos e Deveres Sociais

- CAPÍTULO I – Impostos, Segurança Social e Solidariedade
- CAPÍTULO II – Saúde
- CAPÍTULO III – Habitação e Urbanismo
- CAPÍTULO IV – Ambiente e Qualidade de Vida
- CAPÍTULO V – Juventude

TÍTULO VII – Direitos e Deveres Culturais

- CAPÍTULO I – Fruição e Criação Cultural
- CAPÍTULO II – Desporto

Índice da Obra

VOLUME I

TÍTULO I – PRINCÍPIOS GERAIS

CAPÍTULO I – RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Lei n.º 11/2002, de 16 de Fevereiro, sobre o incumprimento das sanções impostas por regulamentos comunitários (Artigos 2.º e 3.º)

José Albuquerque e Carlos Casimiro

CAPÍTULO II – PROTECÇÃO DOS ESTRANGEIROS

Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional (Artigos 181.º a 191.º)

Albano Pinto

CAPÍTULO III – SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS

Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro, que aprova o regime do estado de sítio e do estado de emergência (Artigo 7.º)

José Albuquerque e Carlos Casimiro

CAPÍTULO IV – ACESSO AO DIREITO E TUTELA JURISDICIONAL

Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro, que aprova o regime do júri (Artigo 16.º)

José Albuquerque e Carlos Casimiro

Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, que consagra o direito de participação procedimental e de acção popular, com Declaração de Rectificação n.º 4/95, de 12 de Outubro (Artigo 19.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Artigo 68.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, que regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal, alterada pela Lei n.º 29/2008, de 4 de Julho (Artigo 9.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprova o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (Artigos 115.º, 127.º, 159.º e 167.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto, que define o sentido e o alcance dos actos próprios dos advogados e dos solicitadores e tipifica o crime de procuradoria ilícita (Artigo 7.º)

José Albuquerque e Carlos Casimiro

Lei n.º 15/2009, de 12 de Outubro, que aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Artigo 146.º)

Tolda Pinto

TÍTULO II – DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PESSOAIS

CAPÍTULO I – DIREITO À IDENTIDADE CIVIL

Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho, que aprova o Código de Registo Civil, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 224 -A/96, de 26 de Novembro, 36/97, de 31 de Janeiro, 120/98, de 8 de Maio, 375 -A/99, de 20 de Setembro, 228/2001, de 20 de Agosto, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro, 113/2002, de 20 de Abril, 194/2003, de 23 de Agosto e 53/2004, de 18 de Março, pela Lei n.º 29/2007, de 2 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro (Artigos 45.º, 173.º, n.º3, 252.º, n.º2, 296.º e 297.º)

Dá Mesquita

Lei n.º 57/98, de 11 de Agosto, sobre a organização e funcionamento da identificação criminal (Artigos 21.º e 22.º)

Dá Mesquita

Lei n.º 33/99, de 18 de Maio, que regula a identificação civil e a emissão do bilhete de identidade (Artigos 47.º e 48.º)

Dá Mesquita

Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11 de Maio, que aprova o regime legal da concessão de passaportes (Artigo 44.º e 47.º)

Dá Mesquita

Lei n.º 7/2007, de 5 de Fevereiro, que cria o cartão de cidadão e rege a sua emissão e utilização (Artigos 50.º a 52.º)

Dá Mesquita

CAPÍTULO II – DIREITO À SEGURANÇA

Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, alterada pela Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, sobre o combate ao terrorismo, com as alterações introduzidas pela Rectificação n.º 16/2003, de 29 de Outubro, Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho (Artigos 1.º a 8.º)

Conde Fernandes

Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro, que regula o exercício ilícito da actividade de segurança privada, alterado pela Lei n.º 38/2008, de 8 de Agosto (Artigos 32.º-A e 32.º-B)

Miguel Carmo

Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, que aprova o regime jurídico das armas e suas munições, alterada pela Lei n.º 17/2009, de 6 de Maio (Artigos 86.º a 89.º)

Artur Vargues

Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, que aprova a Lei de Bases da Protecção Civil (Artigo 6.º e 11.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 42/2006, de 25 de Agosto, que estabelece o regime especial de aquisição, detenção, uso e porte de armas de fogo e suas munições e acessórios destinadas a práticas desportivas e de colecionismo histórico-cultural (Artigo 34.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 75/2007, de 29 de Março, que aprova a orgânica da Autoridade Nacional de Protecção Civil (Artigo 5.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 104/2009, de 14 de Setembro, sobre o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica (Artigo 17.º)

Miguel Carmo

Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de Outubro, que aprova o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos (Artigos 31.º a 37.º)

Conde Fernandes

CAPÍTULO III – DIREITO DE DESLOCAÇÃO

Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de Novembro de 1943, que aprova o Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, alterado pelos Decretos-Leis n.º 39.688, de 05.06.1954, 307/70, de 02 de Julho, 678/75, de 06 de Dezembro, 194/78, de 19 de Julho, e 39/85, de 11 de Fevereiro (Artigos 126.º a 171.º)

Fernando Amaral

Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de Maio, que aprova o Código da Estrada, com alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 214/96, de 20 de Novembro, e 2/98, de 3 de Janeiro, Rect. N.º 1-A/98, de 31 de Janeiro, Decreto-Lei n.º 162/2001, de 22 de Maio, Rect. N.º 13-A/2001, de 24 de Maio, Decreto-Lei n.º 265-A/2001, de 28 de Setembro, Rect. N.º 19-B/2001, 29 de Setembro, Lei n.º 20/2002, de 21 de Agosto, Decretos-Leis n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, 113/2008, de 1 de Julho, 113/2009, de 18 de Maio, e 78/2009, de 13 de Agosto (Artigos 4.º, 138.º, 152.º, 153.º, 154.º, 155.º, 156.º, 157.º, e 160.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro, sobre a condução de veículos sem habilitação legal (Artigo 3.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 310/98, de 14 de Outubro, que institui e regula o sistema de monitorização contínua de embarcações de pesca (Artigo 13.º)

Miguel Carmo

Decreto-Lei n.º 318/99, de 11 de Agosto, que estabelece os princípios reguladores da investigação de acidentes e incidentes com aeronaves civis e cria um gabinete responsável pela prevenção e investigação desses acidentes e incidentes, conforme previsto na Directiva n.º 94/56/CE, de 21 de Novembro (Artigo 14.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18 de Outubro, sobre os actos ilícitos em aeronaves civis, com as alterações introduzidas pelo Decreto - Lei n.º 208/2004, de 19 de Agosto (Artigo 4.º)

Miguel Carmo

Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de Janeiro, sobre o regime aplicável às contra-ordenações aeronáuticas civis (Artigo 28.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 238/2004, de 18 de Dezembro, que estabelece o regime de utilização de aeronaves civis de voo livre e de ultraleves e os requisitos para a obtenção da licença de pilotagem das aeronaves ultraleves, alterado pelo Decreto-Lei n.º 238/2007, de 13 de Agosto (Artigo 44.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 257/2007, de 16 de Julho, que aprova o regime jurídico aplicável aos transportes rodoviários de mercadorias, por meio de veículos com peso bruto igual ou superior a 2500 kg, alterado pelos Decretos-Leis n.º 137/2008, de 21 de Julho e 136/2009, de 5 de Junho (Artigo 31.º)

Tolda Pinto

CAPÍTULO IV – DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, que estabelece a protecção jurídica de programas de computadores (Artigos 1.º, 13.º e 14.º)

José Branco

Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que aprova a Lei da Protecção de Dados Pessoais (Artigos 43.º a 47.º)

Pedro Verdelho

Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, que estabelece a protecção jurídica das bases de dados (Artigos 1.º, 4.º, 11.º e 19.º)

José Branco

Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, que aprova a Lei das Comunicações Electrónicas, com a alteração do Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio (Artigo 104.º)

Pedro Verdelho

Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (Artigo 13.º)

Pedro Verdelho

Lei n.º 34/2009 de 14 de Julho, que estabelece o tratamento de dados referentes ao sistema judicial (Artigos 47.º a 52.º)

Pedro Verdelho

Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, que aprova a Lei do Cibercrime (Artigos 3.º a 8.º)

Pedro Verdelho

CAPÍTULO V – LIBERDADE DE IMPRENSA E COMUNICAÇÃO SOCIAL

Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro, que aprova o estatuto do jornalista, alterada pela Lei n.º 64/2007, de 6 de Novembro, com a rectificação n.º 114/2007, de 20 de Dezembro (Artigo 19.º)

Helena Leitão e Pacheco Ferreira

Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, sobre a imprensa, alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Artigos 30.º a 33.º e 39.º)

Helena Leitão e Pacheco Ferreira

Lei n.º 10/2000, de 21 de Junho, que aprova o regime jurídico da publicação ou difusão de sondagens e inquéritos de opinião (Artigos 17.º e 18.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 4/2001, de 23 de Fevereiro, sobre a rádio, alterada pela Lei n.º 33/2003 de 22 de Agosto e pela Lei n.º 7/2006 de 3 de Março (Artigos 64.º a 67.º)

Helena Leitão e Pacheco Ferreira

Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, que cria a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social (Artigo 66.º)

Helena Leitão e Pacheco Ferreira

Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 82/2007 de 21 de Setembro, que aprova a Lei da Televisão e regula o acesso à actividade de televisão e o seu exercício (Artigos 71.º a 74.º)

Helena Leitão e Pacheco Ferreira

Lei n.º 99/2009, de 4 de Setembro, que aprova o regime quadro das contra-ordenações do sector das comunicações (Artigos 11.º e 30.º)

Tolda Pinto

CAPÍTULO VI – LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

Lei n.º 7/92, de 12 de Maio, que aprova a Lei sobre Objecção de Consciência, alterada pela Lei n.º 138/99, de 28 de Agosto (Artigo 13.º)

Tolda Pinto

TÍTULO III – DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

CAPÍTULO I – ELEIÇÕES

Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de Maio, que aprova a Lei eleitoral do Presidente da República, alterada pelos Decretos-Leis n.º 377-A/76, de 19 de Maio, n.º 445-A/76, de 4 de Junho, n.º 456-A/76, de 4 de Junho, n.º 472-A/76 e 472-B/76, de 15 de Junho, n.º 495-A/6, de 24 de Junho, pelas Leis n.º 45/80, de 4 de Dezembro, n.º 28/82, de 15 de Novembro, n.º 143/85, de 26 de Novembro, n.º 55/88, de 26 de Fevereiro, n.º 31/91, de 20 de Julho, n.º 72/93, de 30 de Novembro, n.º 11/95, de 22 de Abril, n.º 35/95, de 18 de Agosto, n.º 110/97, de 16 de Setembro, e pelas Leis Orgânicas n.º 3/2000, de 24 de Agosto, n.º 2/2001, de 25 de Agosto, e n.º 5/2005, de 8 de Setembro (Artigos 117.º a 122.º, 124.º a 156.º)

Paulo Albuquerque

Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, que aprova a Lei eleitoral para a Assembleia da República (Declaração de Rectificação de 17 de Agosto de 1979 e de 10 de Outubro de 1979), e alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro (Declaração de Rectificação de 3 de Novembro de 1982 e de 31 de Janeiro de 1983), Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (Declaração de rectificação de 15 de Novembro de 1982), Lei n.º 14-A/85, de 10 de Julho, Decreto-Lei n.º 55/88, de 26 de Fevereiro, Lei n.º 5/89, de 17 de Março, Lei n.º 18/90, de 24 de Julho, Lei n.º 31/91, de 20 de Julho, Lei n.º 72/93, de 30 de Novembro, (Declaração de Rectificação n.º 13/93, de 31 de Dezembro e n.º 3/94, de 14 de Fevereiro), Lei n.º 10/95, de 7 de Abril, Lei n.º 35/95, de 18 de Agosto, Lei Orgânica n.º 1/99, de 22 de Junho e Lei Orgânica n.º 2/2001, de 25 de Agosto (Artigos 121.º a 131.º, 135.º a 168.º)

Paulo Albuquerque

Decreto-Lei n.º 267/80, de 8 de Novembro, que aprova a Lei eleitoral para a Assembleia Legislativa Regional dos Açores, alterado pelas leis n.º 28/82, de 15 de Novembro, e 72/93, de 30 de Novembro, pela Lei Orgânica n.º 2/2000, de 14 de Julho, pela Declaração de rectificação n.º 9/2000, de 2 de Setembro, e pela Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31 de Agosto, com republicação por esta última (Artigos 124.º a 133.º, 137.º a 159.º)

Paulo Albuquerque

Lei n.º 14/87, de 29 de Abril, que aprova a Lei Eleitoral do Parlamento Europeu, alterada pela Lei n.º 4/94, de 9 de Março (Artigo 14.º)

Paulo Albuquerque

Lei n.º 130.-A/97, de 31 de Dezembro, que regula o processo extraordinário de actualização das inscrições no recenseamento eleitoral através da criação de um ficheiro central informatizado (artigo 16.º)

Paulo Albuquerque

Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril, que aprova a Lei orgânica do regime do referendo, revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3 de Abril (Artigos 189.º a 223.º)

Paulo Albuquerque

Lei n.º 13/99, de 22 de Março, que aprova a Lei do recenseamento eleitoral, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 3/2002, de 8 de Janeiro, pelas Leis Orgânicas n.ºs 4/2005 e 5/2005, de 8 de Setembro, e pela Lei n.º 47/2008, de 27 de Agosto (Artigos 75.º a 94.º)

Paulo Albuquerque

Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de Agosto, que aprova o regime jurídico do referendo local (Artigos 167.º a 201.º)

Paulo Albuquerque

Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de Agosto, que aprova a Lei eleitoral dos órgãos das autarquias locais (Artigos 161.º a 202.º)

Paulo Albuquerque

Lei n.º 19/2003, de 20 de Junho, que regula o regime aplicável aos recursos financeiros dos partidos políticos e das campanhas eleitorais, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro (Declaração de Rectificação n.º 4/2004, de 9 de Janeiro) e Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Artigo 28.º)

Paulo Albuquerque

Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13 de Fevereiro, que aprova a Lei eleitoral para a Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira (Artigos 128.º a 137.º, 141.º a 164.º)

CAPÍTULO II – ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto, que regula o exercício do direito de petição, alterada pelas Leis n.º 6/93, de 1 de Março, 15/2003, de 4 de Junho, e 45/2007, de 24 de Agosto, que procedeu à respectiva republicação (Artigo 23.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprova o Estatuto do Provedor de Justiça (Artigos 29.º e 30.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro, que define o estatuto e a competência dos governadores civis e aprova o regime dos órgãos e serviços que deles dependem (Artigo 7.º)
Tolda Pinto

Lei n.º 5/93, de 1 de Março, que aprova o Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares, alterada pela Lei n.º 126/97, de 10 de Dezembro e 15/2007, de 3 de Abril (Artigo 19.º)
Tolda Pinto

Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro, que estabelece o quadro de competências, assim como o regime jurídico de funcionamento, dos órgãos dos municípios e das freguesias, alterada pela Lei n.º 5-A/2005, de 11 de Janeiro (com republicação) (Artigo 84.º)
Tolda Pinto

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE DE TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS

Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que regula os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, com as alterações da Lei n.º 108/2001, de 28.11 (Artigos 7.º a 18.º e 20.º a 27.º)
Carmo Dias

TÍTULO IV – DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS DOS TRABALHADORES

Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprova o Código do Trabalho (Artigos 12.º, 82.º, 83.º, 316.º, 324.º, 407.º, 459.º, 543.º a 547.º)
Miguel Carmo

VOLUME II

TÍTULO V – DIREITOS E DEVERES ECONÓMICOS

CAPÍTULO I – CONSUMO E DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto, que aprova o Regime das Infracções Vitivinícolas (Artigos 7.º a 9.º)
Pedro Verdelho

CAPÍTULO II – ECONOMIA E DIREITO DE INICIATIVA PRIVADA, COOPERATIVA E AUTOGESTIONÁRIA

Decreto-Lei n.º 26.852, de 30 de Julho de 1936, que aprova o Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, alterado pelos Decretos-Leis n.os 446/76, de 5 de Junho, 517/80, de 31 de Outubro, 272/92, de 3 de Dezembro, e 4/93, de 8 de Janeiro, e pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho (Artigos 68.º e 71.º)
Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que aprova sobre as infracções contra a economia e contra a saúde pública (Artigos 22.º a 25.º, 28.º a 39.º e 41.º)
Eliete Dias, Josefina Fernandes e Santos Ramos

Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, que aprova o Código das Sociedades Comerciais, republicado pelo Decreto-Lei n.º 76A/2006, de 29 de Março (Artigos 509.º a 523.º, 526.º e 527.º)
Rui Batista

Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 246/95, de 14 de Setembro, 232/96, de 5 de Dezembro, 222/99, de 22 de Julho, 250/2000, de 13 de Outubro, 285/2001, de 3 de Novembro, 201/2002, de 26 de Setembro, 319/2002, de 28 de Dezembro, 252/2003, de 17 de Outubro, 145/2006, de 31 de Julho, 104/2007, de 3 de Abril, 357-A/2007, de 31 de Outubro, 1/2008, de 3 de Janeiro, 126/2008, de 21 de Julho, e 211-A/2008, de 3 de Novembro, e da Lei 28/2009, de 19 de Junho (Artigo 200.º)

Pedro Verdelho

Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, que aprova o Código do Notariado (Artigos 83.º e 97.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Maio, que regula as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora, alterada pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho (Artigo 202.º)

Pedro Verdelho

Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de Agosto, que aprova o regime de acesso à profissão de motorista de táxi, alterado pelo Decreto-Lei n.º 298/2003, de 21 de Novembro (Artigo 12.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, que aprova o Código de Valores Mobiliários, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 61/2002, de 20 de Março, 38/2003, de 8 de Março, 107/2003, de 4 de Junho, 183/2003, de 19 de Agosto, 66/2004, de 24 de Março, 52/2006, de 15 de Março, 219/2006, de 2 de Novembro, 357-A/2007, de 31 de Outubro, e 211/2008, de 3 de Novembro, e da Lei 28/2009, de 19 de Junho (Artigos 378.º, 379.º e 381.º)

Pedro Verdelho

Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada (Artigo 13.º)

Pedro Verdelho

Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na actividade da construção (Artigo 48.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto, que regula o exercício das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária (Artigos 49.º e 50.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos (Artigo 464.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, sobre a corrupção no comércio internacional e no sector privado (Artigo 7.º a 9.º)

Carlos Almeida

Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março, que aprova o regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional (Artigo 43.º)

Tolda Pinto

CAPÍTULO III – DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA

Decreto n.º 29.833, de 17 de Agosto de 1939, que regula o contrato de penhor constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados (Artigo 1.º)

Miguel Carmo

Decreto-Lei n.º 507/72, de 12 de Dezembro, sobre a protecção dos cabos submarinos de telecomunicações (Artigos 1.º a 19.º)

Miguel Carmo

Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro, que remodela o actual sistema de registo da propriedade automóvel, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 242/82, de 22 de Junho, 461/82, de 26 de Novembro, 217/83, de 25 de Maio, 54/85, de 4 de Março, 403/88, de 9 de Novembro, 277/95, de 25 de Outubro, e 182/2002, de 20 de Agosto, 178-A/2005, de 28 de Outubro, e 20/2008, de 31 de Janeiro (Artigos 10.º, 11.º, 14.º, 16.º e 22.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 391/79, de 20 de Setembro, que aprova o regulamento das contrastarias, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 384/89, de 8 de Novembro, 57/98, de 16 de Março, 171/99, de 19 de Maio e 75/2004, de 27 de Março (Artigos 12.º e 13.º)

Miguel Carmo

Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, que aprova o código do registo predial, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 355/85, de 2 de Setembro, 60/90, de 14 de Fevereiro, 80/92, de 7 de Maio, 30/93, de 12 de Fevereiro, 255/93, de 15 de Julho, 227/94, de 8 de Setembro, 267/94, de 25 de Outubro, 67/96, de 31 de Maio, 375-A/99, de 20 de Setembro, 533/99, de 11 de Dezembro, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro e 38/2003, de 8 de Março, pela Lei 3/2006, de 27/02, e pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que República o Código (Artigo 153.º)

Dá Mesquita

Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, que aprova o código do direito de autor e dos direitos conexos, alterado pelas Leis n.ºs 45/85, de 17 de Setembro e 114/91, de 3 de Setembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pelas Leis n.ºs 50/2004, de 24 de Agosto, e 24/2006, de 30 de Junho, e 16/2008, de 1 de Abril, que República o código (Artigos 195.º a 202.º, 211.º-A, 212.º, 217.º a 220.º, 222.º, 224.º e 225.º)

José Branco

Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, sobre a emissão de cheque sem provisão, alterado pelos Decretos-Lei n.º 316/97 e n.º 323/2001 e pela Lei n.º 48/2005 (Artigos 11.º e 12.º)

Ana Brito

Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, que aprova o código da propriedade industrial, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 318/2007, de 26 de Setembro, e 360/2007, de 2 de Novembro, e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho, que República o código (Artigos 320.º a 330.º, 335.º, 338.º-M, 338.º-N, 341.º e 342.º)

Jorge Bravo

TÍTULO VI – DIREITOS E DEVERES SOCIAIS

CAPÍTULO I – IMPOSTOS, SEGURANÇA SOCIAL E SOLIDARIEDADE

Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, sobre o jogo ilícito, com as alterações introduzidas pela Declaração de Rectificação, de 30 de Dezembro 1989, Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, Lei n.º 28/2004, de 16 de Julho, Decreto-Lei n.º 40/2005, de 17 de Fevereiro, e Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Artigos 108.º a 117.º)

Conde Fernandes

Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, sobre o regime geral das infracções tributárias (Artigos 7.º, 12.º a 22.º, 87.º a 107.º)

Carlos Teixeira e Sofia Gaspar

CAPÍTULO II – SAÚDE

Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que prevê o regime de tráfico e consumo de estupefacientes, alterado pela Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio (Artigos 21.º a 40.º, 44.º, 45.º, 48.º e 49.º)

Pedro Patto

Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho, sobre a dissecação de cadáveres e extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica (Artigo 20.º)

Ana Vitorino e Luísa Sobral

Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que aprova a Lei da procriação medicamente assistida (Artigos 1.º, 2.º, 34.º a 43.º-A)

Ana Vitorino e Luísa Sobral

Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, que estabelece o regime jurídico dos medicamentos de uso humano (Artigo 164.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de Abril, que estabelece o regime jurídico da designação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridades de saúde (Artigo 16.º)

Tolda Pinto

Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de Junho, que estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respectivos acessórios e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro (Artigo 56.º)

Tolda Pinto

CAPÍTULO III – HABITAÇÃO E URBANISMO

Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, que estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, alterado pelos Decretos-Leis n.º 53/2000, de 7 de Abril, n.º 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, e pelos Decretos-Leis n.º 316/2007, de 19 de Setembro, e n.º 46/2009, de 20 de Fevereiro (Artigos 105.º e 106.º)

Tolda Pinto

Decreto n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que aprova o regime jurídico da urbanização e edificação, alterado pelas Leis n.ºs 13/2000, de 20 de Julho, e 30-A/2000, de 20 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pelas Leis n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, e n.º 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, e pelos Decretos-Leis n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, n.º 116/2008, de 4 de Julho, e n.º 26/2010, de 30 de Março (este último, com republicação integral do diploma) (Artigo 100.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprova o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU), rectificada pela declaração de Rectificação n.º 24/2006, de 17 de Abril (Artigos 22.º e 23.º)

Tolda Pinto

CAPÍTULO IV – AMBIENTE E QUALIDADE DE VIDA

Lei n.º 90/88, de 13 de Agosto, que estabelece a protecção do lobo ibérico (Artigo 7.º)

Pedro Verdelho

Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro, que aprova as bases gerais da caça, alterada pelo Decreto-Lei n.º 159/2008, de 8 de Agosto (Artigos 28.º a 33.º)

José Albuquerque e Carlos Casimiro

Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que aprova a Lei da Água, com Declaração de Rectificação n.º 11-A/2006 (Artigo 97.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, que aprova a Lei-quadro das contra-ordenações ambientais (Artigos 42.º e 47.º)

Tolda Pinto

Lei n.º 7/2008, de 15 de Fevereiro, sobre a pesca nas águas interiores (Artigo 30.º), conjugado com as Bases XVIII e XXII da Lei n.º 2097 de 6.6.59, e os Artigos 44º, 61º, 65º e 67º do Decreto n.º 44 623, de 10.10.62

Palma Ramos

CAPÍTULO V – JUVENTUDE

Decreto-Lei n.º 254/76, de 7 de Abril, que estabelece medidas relativas à publicação e comercialização de objectos e meios de comunicação social de conteúdo pornográfico (Artigo 6.º)

Carmo Dias

Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro, sobre a garantia dos alimentos devidos a menores (Artigo 5.º)

Miguel Carmo

Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, que aprova o regime de protecção de crianças e jovens em perigo (Artigo 90.º)

Miguel Carmo

Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, que aprova a Lei Tutelar Educativa (Artigo 97.º)

Miguel Carmo

TÍTULO VII – DIREITOS E DEVERES CULTURAIS

CAPÍTULO I – FRUIÇÃO E CRIAÇÃO CULTURAL

Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, sobre o património cultural (Artigos 100.º a 103.º)

José Niza

CAPÍTULO II – DESPORTO

Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, que estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos susceptíveis de afectar a verdade, a lealdade e a correcção da competição e do seu resultado na actividade desportiva (Artigos 8.º a 13.º)

Jorge Gonçalves

Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho, que estabelece o regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 57/2009, de 4 de Agosto (Artigos 42.º a 47.º)

Jorge Gonçalves

Lei n.º 39/2009, de 30 de Julho, que estabelece o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos, de forma a possibilitar a realização dos mesmos com segurança (Artigos 27.º a 35.º e 37.º)

Jorge Gonçalves

Índice de Autores

Albano Manuel Morais **Pinto**, *procurador da República coordenador de Leiria*

Ana Maria Barata **Brito**, *juíza desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa e docente do Centro de Estudos Judiciários*

Ana Paula Felga **Vitorino**, *procuradora da República no Departamento de Investigação e Acção Penal de Lisboa*

António Augusto **Tolda Pinto**, *procurador da República coordenador distrital do Porto do Centro de Estudos Judiciários*

Artur Daniel Tarú **Vargues** da Conceição, *juiz desembargador do Tribunal da Relação do Porto e docente do Centro de Estudos Judiciários*

Carlos Adérito da Silva **Teixeira**, *procurador da República no Tribunal Judicial de Sintra*

Carlos Manuel Rodrigues de **Almeida**, *juiz desembargador do Tribunal da Relação de Lisboa*

Carlos Alberto **Casimiro** Nunes, *procurador-adjunto no Tribunal Judicial de Setúbal*

Eliete de Fátima Carreira Fidalgo **Dias**, *procuradora da República nos Juízos Criminais de Lisboa*

Fernando Martins **Amaral**, *procurador da República coordenador distrital de Coimbra do Centro de Estudos Judiciários*

Helena Maria de Carvalho Martins **Leitão**, *procuradora da República e docente do Centro de Estudos Judiciários*

João Henriques dos **Santos Ramos**, *procurador-geral adjunto na Procuradoria-Geral-Distrital de Lisboa*

João António Silveira **Palma Ramos**, *procurador da República no Tribunal Judicial de Setúbal*

Jorge Manuel Almeida dos Reis **Bravo**, *procurador da República na Procuradoria-Geral-Distrital do Porto*

Jorge Manuel Baptista **Gonçalves**, *juiz desembargador do Tribunal da Relação de Coimbra*

José Paulo Ribeiro de **Albuquerque**, *procurador da República no Tribunal Judicial de Setúbal e coordenador do distrito judicial de Évora do Centro de Estudos Judiciários*

José António **Branco**, *procurador da República no Tribunal Central Administrativo de Lisboa*

José António Ferreira Espada Niza, *procurador da República e director-adjunto do Centro de Estudos Judiciários*

Josefina Escolástica Morais Duarte Fernandes, *procuradora da República coordenadora distrital de Lisboa do Centro de Estudos Judiciários*

Luísa Isabel Vieira Verdasca Sobral, *procuradora da República e chefe de gabinete do Secretário de Estado da Justiça*

Manuel Frederico Lourenço Pacheco Ferreira, *procurador-adjunto no Tribunal Judicial de Loures e docente do Centro de Estudos Judiciários*

Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, *juíza desembargadora do Tribunal da Relação do Porto*

Miguel Ângelo Gomes Eugénio Carmo, *procurador-adjunto e docente do Centro de Estudos Judiciários*

Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque, *professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade de Illinois*

Paulo Joaquim da Mota Osório Dá Mesquita, *procurador da República e consultor na Procuradoria-Geral da República*

Pedro Maria Godinho Vaz Patto, *juiz de direito, auxiliar no Tribunal da Relação de Évora*

Pedro Miguel Figueira Verdelho, *procurador da República e docente do Centro de Estudos Judiciários*

Plácido Mariano Conde de Sousa Rodrigues Fernandes, *procurador-adjunto e docente do Centro de Estudos Judiciários*

Rui Manuel de Jesus Batista, *procurador-adjunto e adjunto do secretário de Estado da Justiça*

Sofia Margarida Correia Gaspar, *procuradora-adjunta no Tribunal Judicial de Sintra*

Índice Cronológico de Leis

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1936	LICENÇAS PARA INSTALAÇÕES ELÉCTRICAS	Decreto-Lei n.º 26.852, de 30 de Julho de 1936, que aprova o Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 446/76, de 5 de Junho, 517/80, de 31 de Outubro, 272/92, de 3 de Dezembro, e 4/93, de 8 de Janeiro, e pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho (Artigos 68.º e 71.º)	Tolda Pinto	II 51
1939	PENHOR MERCANTIL	Decreto n.º 29.833, de 17 de Agosto de 1939, que regula o contrato de penhor constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados (Artigo 1.º)	Miguel Carmo	II 210
1943	MARINHA MERCANTE	Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de Novembro de 1943, que aprova o Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 39.688, de 05.06.1954, 307/70, de 02 de Julho, 678/75, de 06 de Dezembro, 194/78, de 19 de Julho, e 39/85, de 11 de Fevereiro (Artigos 126.º a 171.º)	Fernando Amaral	I 321
1972	CABOS SUBMARINOS	Decreto-Lei n.º 507/72, de 12 de Dezembro, sobre a protecção dos cabos submarinos de telecomunicações (Artigos 1.º a 19.º)	Miguel Carmo	II 219
1975	REGISTO AUTOMÓVEL	Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro, que remodela o actual sistema de registo da propriedade automóvel, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 242/82, de 22 de Junho, 461/82, de 26 de Novembro, 217/83, de 25 de Maio, 54/85, de 4 de Março, 403/88, de 9 de Novembro, 277/95, de 25 de Outubro, e 182/2002, de 20 de Agosto, 178-A/2005, de 28 de Outubro, e 20/2008, de 31 de Janeiro (Artigos 10.º, 14.º, 16.º e 22.º)	Tolda Pinto	II 226

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1976	PORNOGRAFIA	Decreto-Lei n.º 254/76, de 7 de Abril, que estabelece medidas relativas à publicação e comercialização de objectos e meios de comunicação social de conteúdo pornográfico (Artigo 6.º)	Carmo Dias	II 660
1976	ELEIÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA	Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de Maio, que aprova a Lei eleitoral do Presidente da República, alterada pelos Decretos-Leis n.º 377-A/76, de 19 de Maio, n.º 445-A/76, de 4 de Junho, n.º 456-A/76, de 4 de Junho, n.º 472-A/76 e 472-B/76, de 15 de Junho, n.º 495-A/6, de 24 de Junho, pelas Leis n.º 45/80, de 4 de Dezembro, n.º 28/82, de 15 de Novembro, n.º 143/85, de 26 de Novembro, n.º 55/88, de 26 de Fevereiro, n.º 31/91, de 20 de Julho, n.º 72/93, de 30 de Novembro, n.º 11/95, de 22 de Abril, n.º 35/95, de 18 de Agosto, n.º 110/97, de 16 de Setembro, e pelas Leis Orgânicas n.º 3/2000, de 24 de Agosto, n.º 2/2001, de 25 de Agosto, e n.º 5/2005, de 8 de Setembro (Artigos 117.º a 122.º, 124.º a 156.º)	Paulo Albuquerque	I 586
1979	ELEIÇÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA	Lei n.º 14/79, de 16 de Maio, que aprova a Lei eleitoral para a Assembleia da República (Declaração de Rectificação de 17 de Agosto de 1979 e de 10 de Outubro de 1979), e alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro (Declaração de Rectificação de 3 de Novembro de 1982 e de 31 de Janeiro de 1983), Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (Declaração de rectificação de 15 de Novembro de 1982), Lei n.º 14-A/85, de 10 de Julho, Decreto-Lei n.º 55/88, de 26 de Fevereiro, Lei n.º 5/89, de 17 Março, Lei n.º 18/90, de 24 de Julho, Lei n.º 31/91, de 20 de Julho, Lei n.º 72/93, de 30 de Novembro, (Declaração de Rectificação n.º 13/93, de 31 de Dezembro e n.º 3/94, de 14 de Fevereiro), Lei n.º 10/95, de 7 de Abril, Lei n.º 35/95, de 18 de Agosto, Lei Orgânica n.º 1/99, de 22 de Junho e Lei Orgânica n.º 2/2001, de 25 de Agosto (Artigos 121.º a 131.º, 135.º a 168.º)	Paulo Albuquerque	I 586
1979	CONTRASTARIAS	Decreto-Lei n.º 391/79, de 20 de Setembro, que aprova o regulamento das contrastarias, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 384/89, de 8 de Novembro, 57/98, de 16 de Março, 171/99, de 19 de Maio e 75/2004, de 27 de Março (Artigos 12.º e 13.º)	Miguel Carmo	II 236

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1980	ELEIÇÃO DA ASSEMBLEIA REGIONAL DOS AÇORES	Decreto-Lei n.º 267/80, de 8 de Novembro, que aprova a Lei eleitoral para a Assembleia Legislativa Regional dos Açores, alterado pelas Leis n.º 28/82, de 15 de Novembro, e 72/93, de 30 de Novembro, pela Lei Orgânica n.º 2/2000, de 14 de Julho, pela Declaração de rectificação n.º 9/2000, de 2 de Setembro, e pela Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31 de Agosto, com republicação por esta última (Artigos 124.º a 133.º, 137.º a 159.º)	Paulo Albuquerque	I 583
1984	INFRACÇÕES ECONÓMICAS E FINANCEIRAS	Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que aprova o regime geral das infracções anti-económicas e contra a saúde pública (Artigos 22.º a 25.º, 28.º a 39.º e 41.º)	Eliete Dias, Josefina Fernandes e Santos Ramos	II 56
1984	REGISTO PREDIAL	Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, que aprova o código do registo predial, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 355/85, de 2 de Setembro, 60/90, de 14 de Fevereiro, 80/92, de 7 de Maio, 30/93, de 12 de Fevereiro, 255/93, de 15 de Julho, 227/94, de 8 de Setembro, 267/94, de 25 de Outubro, 67/96, de 31 de Maio, 375-A/99, de 20 de Setembro, 533/99, de 11 de Dezembro, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro e 38/2003, de 8 de Março, pela Lei n.º 3/2006, de 27/02, e pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que República o Código (Artigo 153.º)	Dá Mesquita	II 246
1985	PROPRIEDADE INTELECTUAL	Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, que aprova o código do direito de autor e dos direitos conexos, alterado pelas Leis n.ºs 45/85, de 17 de Setembro e 114/91, de 3 de Setembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pelas Leis n.ºs 50/2004, de 24 de Agosto, e 24/2006, de 30 de Junho, e 16/2008, de 1 de Abril, que República o código (Artigos 195.º a 202.º, 211-A, 212.º, 217.º a 220.º, 222.º, 224.º e 225.º)	José Branco	II 247
1986	SOCIEDADES COMERCIAIS	Decreto-Lei n.º 262/86 de 2 de Setembro, que aprova o Código das Sociedades Comerciais, republicado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março (Artigos 509.º a 523.º, 526.º e 527.º)	Rui Batista	II 123
1986	ESTADO DE SÍTIO E EMERGÊNCIA	Lei 44/86, de 30 de Setembro, que aprova o regime do estado de sítio e do estado de emergência (Artigo 7.º)	José Albuquerque e Carlos Casimiro	I 143

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1987	CRIMES DE TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS	Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que regula os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, com as alterações da Lei n.º 108/2001, de 28.11 (Artigos 7.º a 18.º e 20.º a 27.º)	Carmo Dias	I 709
1987	ELEIÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU	Lei n.º 14/87, de 29 de Abril, que aprova a Lei Eleitoral do Parlamento Europeu, alterada pela Lei n.º 4/94, de 9 de Março (Artigo 14.º)	Paulo Albuquerque	I 588
1987	TRIBUNAL DE JÚRI	Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro, que aprova o regime do júri (Artigo 16.º)	José Albuquerque e Carlos Casimiro	I 147
1988	lobo ibérico	Lei n.º 90/88, de 13 de Agosto, que estabelece a protecção do lobo ibérico (Artigo 7.º)	Pedro Verdelho	II 630
1989	JOGO	Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, sobre jogo ilícito, com as alterações introduzidas pela Declaração de Rectificação, de 30 de Dezembro 1989, Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, Lei n.º 28/2004, de 16 de Julho, Decreto-Lei n.º 40/2005, de 17 de Fevereiro, e Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Artigos 108.º a 117.º)	Conde Fernandes	II 349
1990	EXERCÍCIO DO DIREITO DE PETIÇÃO	Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto, que regula o exercício do direito de petição, alterada pelas Leis n.º 6/93, de 1 de Março, 15/2003, de 4 de Junho, e 45/2007, de 24 de Agosto, que procedeu à respectiva republicação (Artigo 23.º)	Tolda Pinto	I 693
1991	PROVEDOR DE JUSTIÇA	Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, que aprova o Estatuto do Provedor de Justiça (Artigos 29.º e 30.º)	Tolda Pinto	I 696
1991	CHEQUE	Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, sobre a emissão de cheque sem provisão, alterado pelos Decretos-Lei n.º 316/97 e n.º 323/2001 e pela Lei n.º 48/2005 (Artigos 11.º e 12.º)	Ana Brito	II 284
1992	OBJECÇÃO DE CONSCIÊNCIA	Lei n.º 7/92, de 12 de Maio, que aprova a Lei sobre Objecção de Consciência, alterada pela Lei n.º 138/99, de 28 de Agosto (Artigo 13.º)	Tolda Pinto	I 578
1992	GOVERNADORES CIVIS	Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro, que define o estatuto e a competência dos governadores civis e aprova o regime dos órgãos e serviços que deles dependem (Artigo 7.º)	Tolda Pinto	I 701

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1992	ACTIVIDADE DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO E FINANCEIRAS	Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 246/95, de 14 de Setembro, 232/96, de 5 de Dezembro, 222/99, de 22 de Julho, 250/2000, de 13 de Outubro, 285/2001, de 3 de Novembro, 201/2002, de 26 de Setembro, 319/2002, de 28 de Dezembro, 252/2003, de 17 de Outubro, 145/2006, de 31 de Julho, 104/2007, de 3 de Abril, 357 -A/2007, de 31 de Outubro, 1/2008, de 3 de Janeiro, 126/2008, de 21 de Julho, e 211 -A/2008, de 3 de Novembro, e da Lei 28/2009, de 19 de Junho (Artigo 200.º)	Pedro Verdelho	II 154
1993	ESTUPEFACIENTES	Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, alterada pela Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio, sobre o tráfico e consumo de estupefacientes (Artigos 21.º a 40.º, 44.º, 45.º, 48.º e 49.º)	Pedro Patto	II 481
1993	INQUÉRITOS PARLAMENTARES	Lei n.º 5/93, de 1 de Março, que aprova o Regime Jurídico dos Inquéritos Parlamentares, alterada pelas Leis n.ºs 126/97, de 10 de Dezembro e 15/2007, de 3 de Abril (Artigo 19.º)	Tolda Pinto	I 704
1994	CÓDIGO DA ESTRADA	Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de Maio, que aprova o Código da Estrada, com alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 214/96, de 20 de Novembro, e 2/98, de 3 de Janeiro, Rect. N.º 1-A/98, de 31 de Janeiro, Decreto-Lei n.º 162/2001, de 22 de Maio, Rect. N.º 13-A/2001, de 24 de Maio, Decreto-Lei n.º 265-A/2001, de 28 de Setembro, Rect. N.º 19-B/2001, 29 de Setembro, Lei n.º 20/2002, de 21 de Agosto, Decretos-Leis n.ºs 44/2005, de 23 de Fevereiro, 113/2008, de 1 de Julho, 113/2009, de 18 de Maio, e 78/2009, de 13 de Agosto. (Artigos 4.º, 138.º, 152.º, 153.º, 154.º, 155.º, 156.º, 157.º, e 160.º)	Tolda Pinto	I 384
1994	PROGRAMAS DE COMPUTADORES	Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, que estabelece a protecção jurídica de programas de computadores (Artigos 1.º, 13.º e 14.º)	José Branco	I 434

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1995	REGISTO CIVIL	Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho, que aprova o Código de Registo Civil, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 224 -A/96, de 26 de Novembro, 36/97, de 31 de Janeiro, 120/98, de 8 de Maio, 375 -A/99, de 20 de Setembro, 228/2001, de 20 de Agosto, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro, 113/2002, de 20 de Abril, 194/2003, de 23 de Agosto, e 53/2004, de 18 de Março, pela Lei n.º 29/2007, de 2 de Agosto e pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro (Artigos 45.º, 173.º, n.º 3 e 252.º, n.º 2, 296.º e 297.º)	Dá Mesquita	I 173
1995	NOTARIADO	Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, que aprova o Código do Notariado (Artigos 83.º e 97.º)	Tolda Pinto	II 157
1995	DIREITO DE ACÇÃO POPULAR	Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, que consagra o direito de participação procedimental e de acção popular, com Declaração de Rectificação n.º 4/95, de 12 de Outubro (Artigo 19.º)	Tolda Pinto	I 150
1997	TRIBUNAL DE CONTAS	Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, que aprova a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Artigo 68.º)	Tolda Pinto	I 152
1997	RECENSEAMENTO ELEITORAL	Lei n.º 130-A/97 de 31 de Dezembro	Paulo Albuquerque	I 588
1998	CÓDIGO DA ESTRADA	Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro, sobre a condução de veículos sem habilitação legal (Artigo 3.º)	Tolda Pinto	I 409
1998	REFERENDO	Lei n.º 15-A/98, de 3 de Abril, que aprova a Lei orgânica do regime do referendo, revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3 de Abril (Artigos 189.º a 223.º)	Paulo Albuquerque	I 589
1998	SEGUROS	Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Maio, que regula as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora, alterada pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho (Artigo 202.º)	Pedro Verdelho	II 162
1998	IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL	Lei n.º 57/98, de 11 de Agosto, sobre a organização e funcionamento da identificação criminal (Artigos 21.º e 22.º)	Dá Mesquita	I 183
1998	MOTORISTAS DE TÁXI	Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de Agosto, que aprova o regime de acesso à profissão de motorista de táxi, alterado pelo Decreto-Lei n.º 298/2003, de 21 de Novembro (Artigo 12.º)	Tolda Pinto	II 165

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1998	EMBARCAÇÕES DE PESCA	Decreto-Lei n.º 310/98, de 14 de Outubro, que institui e regula o sistema de monitorização contínua de embarcações de pesca (Artigo 13.º)	Miguel Carmo	I 415
1998	PROTECÇÃO DE DADOS PESSOAIS	Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, que aprova a Lei da Protecção de Dados Pessoais (Artigos 43.º a 47.º)	Pedro Verdelho	I 438
1998	ALIMENTOS DEVIDOS A MENORES	Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro, sobre a garantia dos alimentos devidos a menores (Artigo 5.º)	Miguel Carmo	II 667
1999	JORNALISTAS	Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro, que aprova o estatuto do jornalista, alterada pela Lei n.º 64/2007, de 6 de Novembro, com a rectificação n.º 114/2007, de 20 de Dezembro (Artigo 19.º)	Helena Leitão e Pacheco Ferreira	I 524
1999	IMPrensa	Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, sobre a imprensa, alterada pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Artigos 30.º a 33.º e 39.º)	Helena Leitão e Pacheco Ferreira	I 527
1999	RECENSEAMENTO ELEITORAL	Lei n.º 13/99, de 22 de Março, que aprova a Lei do recenseamento eleitoral, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 3/2002, de 8 de Janeiro, pelas Leis Orgânicas n.º 4/2005 e 5/2005, de 8 de Setembro, e pela Lei n.º 47/2008, de 27 de Agosto (Artigos 75.º a 94.º)	Paulo Albuquerque	I 588
1999	IDENTIFICAÇÃO CIVIL	Lei n.º 33/99, de 18 de Maio, que regula a identificação civil e a emissão do bilhete de identidade (Artigos 47.º e 48.º)	Dá Mesquita	I 186
1999	PROTECÇÃO DE TESTEMUNHAS	Lei n.º 93/99, de 14 de Julho, que regula a aplicação de medidas para protecção de testemunhas em processo penal, alterada pela Lei n.º 29/2008, de 4 de Julho (Artigo 9.º)	Tolda Pinto	I 155
1999	DISSECAÇÃO DE CADÁVERES E EXTRACÇÃO DE ÓRGÃOS	Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho, sobre a dissecação de cadáveres e extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica (Artigo 20.º)	Ana Vitorino e Luísa Sobral	II 556
1999	ACIDENTES E INCIDENTES COM AERONAVES CIVIS	Decreto-Lei n.º 318/99, de 11 de Agosto, que estabelece os princípios reguladores da investigação de acidentes e incidentes com aeronaves civis e cria um gabinete responsável pela prevenção e investigação desses acidentes e incidentes, conforme previsto na Directiva n.º 94/56/CE, de 21 de Novembro (Artigo 14.º)	Tolda Pinto	I 419

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
1999	MENORES	Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro , que aprova o regime de protecção de crianças e jovens em perigo (Artigo 90.º)	Miguel Carmo	II 671
1999	MENORES	Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro , que aprova a Lei Tutelar Educativa (Artigo 97.º)	Miguel Carmo	II 677
1999	ÓRGÃOS DOS MUNICÍPIOS E DAS FREGUESIAS	Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro , que estabelece o quadro de competências, assim como o regime jurídico de funcionamento, dos órgãos dos municípios e das freguesias, alterada pela Lei n.º 5-A/2005, de 11 de Janeiro (com republicação) (Artigo 84.º)	Tolda Pinto	I 706
1999	CAÇA	Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro , que aprova as bases gerais da caça, alterada pelo Decreto-Lei n.º 159/2008, de 8 de Agosto (Artigos 28.º a 33.º)	José Albuquerque e Carlos Casimiro	II 633
1999	GESTÃO TERRITORIAL	Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro , que estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 53/2000, de 7 de Abril, 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, e pelos Decretos-Leis n.ºs 316/2007, de 19 de Setembro e 46/2009, de 20 de Fevereiro (Artigos 105.º e 106.º)	Tolda Pinto	II 617
1999	VALORES MOBILIÁRIOS	Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro , que aprova o Código de Valores Mobiliários, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 61/2002, de 20 de Março, 38/2003, de 8 de Março, 107/2003, de 4 de Junho, 183/2003, de 19 de Agosto, 66/2004, de 24 de Março, 52/2006, de 15 de Março, 219/2006, de 2 de Novembro, 357-A/2007, de 31 de Outubro, e 211/2008, de 3 de Novembro, e da Lei 28/2009, de 19 de Junho (Artigos 378.º, 379.º e 381.º)	Pedro Verdelho	II 168
1999	URBANIZAÇÃO E EDIFICAÇÃO	Decreto n.º 555/99, de 16 de Dezembro , que aprova o regime jurídico da urbanização e edificação, alterado pelas Leis n.ºs 13/2000, de 20 de Julho, e 30-A/2000, de 20 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pelas Leis n.ºs 15/2002, de 22 de Fevereiro, e 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, e pelos Decretos-Leis n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, 116/2008, de 4 de Julho e 26/2010, de 30 de Março (este último, com republicação integral do diploma) (Artigo 100.º)	Tolda Pinto	II 621

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
2000	PASSAPORTES	Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11 de Maio, que aprova o regime legal da concessão de passaportes (Artigos 44.º e 47.º)	Dá Mesquita	I 189
2000	SONDAGENS E INQUÉRITOS DE OPINIÃO	Lei n.º 10/2000, de 21 de Junho, que aprova o regime jurídico da publicação ou difusão de sondagens e inquéritos de opinião (Artigos 17.º e 18.º)	Tolda Pinto	I 542
2000	BASES DE DADOS	Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, que estabelece a protecção jurídica das bases de dados (Artigos 1.º, 4.º, 11.º e 19.º)	José Branco	I 459
2000	REFERENDO LOCAL	Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24 de Agosto, que aprova o regime jurídico do referendo local (Artigos 167.º a 201.º)	Paulo Albuquerque	I 589
2001	RÁDIO	Lei n.º 4/2001, de 23 de Fevereiro, sobre a rádio, alterada pela Lei n.º 33/2003 de 22 de Agosto e pela Lei n.º 7/2006 de 3 de Março (Artigos 64.º a 67.º)	Helena Leitão e Pacheco Ferreira	I 545
2001	CRIMES TRIBUTÁRIOS	Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, sobre o regime geral das infracções tributárias (Artigos 7.º, 12.º a 22.º, 87.º a 107.º)	Carlos Teixeira e Sofia Gaspar	II 388
2001	ELEIÇÃO DOS TITULARES DAS AUTARQUIAS LOCAIS	Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de Agosto, que aprova a Lei eleitoral dos órgãos das autarquias locais (Artigos 161.º a 202.º)	Paulo Albuquerque	I 587
2001	PATRIMÓNIO CULTURAL	Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, sobre o património cultural (Artigos 100.º a 103.º)	José Niza	II 685
2002	COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA	Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada (Artigo 13.º)	Pedro Verdelho	II 182
2002	REGULAMENTOS COMUNITÁRIOS	Lei n.º 11/2002, de 16 de Fevereiro, sobre o incumprimento das sanções impostas por regulamentos comunitários (Artigos 2.º e 3.º)	José Albuquerque e Carlos Casimiro	I 41
2002	PROCESSO NOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS	Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprova o Código de Processo dos Tribunais Administrativos (Artigos 115.º, 127.º, 159.º e 167.º)	Tolda Pinto	I 157
2003	PROPRIEDADE INDUSTRIAL	Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, que aprova o código da propriedade industrial, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 318/2007, de 26 de Setembro, e 360/2007, de 2 de Novembro, e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho, que República o código (Artigos 320.º a 330.º, 335.º, 338.º-M, 338.º-N, 341.º e 342.º)	Jorge Bravo	II 307

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
2003	FINANCIAMENTO DOS PARTIDOS	Lei n.º 19/2003, de 20 de Junho, que regula o regime aplicável aos recursos financeiros dos partidos políticos e das campanhas eleitorais, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 287/2003, de 12 de Novembro (Declaração de Rectificação n.º 4/2004, de 9 de Janeiro) e Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Artigo 28.º)	Paulo Albuquerque	I 688
2003	TERRORISMO	Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, alterada pela Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, sobre o combate ao terrorismo, com as alterações introduzidas pela Rectificação n.º 16/2003, de 29 de Outubro, Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho (Artigos 1.º a 8.º)	Conde Fernandes	I 193
2003	NAVEGAÇÃO AÉREA	Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18 de Outubro, sobre os actos ilícitos em aeronaves civis, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 208/2004, de 19 de Agosto (Artigo 4.º)	Miguel Carmo	I 422
2004	AERONÁUTICA CIVIL	Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de Janeiro, sobre o regime aplicável às contra-ordenações aeronáuticas civis (Artigo 28.º)	Tolda Pinto	I 426
2004	CONSTRUÇÃO	Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na actividade da construção (Artigo 48.º)	Tolda Pinto	II 185
2004	COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS	Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, que aprova a Lei das Comunicações Electrónicas, com a alteração do Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio (Artigo 104.º)	Pedro Verdelho	I 465
2004	SEGURANÇA PRIVADA	Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro, que regula o exercício ilícito da actividade de segurança privada, alterado pela Lei n.º 38/2008, de 8 de Agosto (Artigos 32.ºA e 32.ºB)	Miguel Carmo	I 233
2004	MEDIAÇÃO E ANGARIAÇÃO IMOBILIÁRIAS	Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto, que regula o exercício das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária (Artigos 49.º e 50.º)	Tolda Pinto	II 188
2004	INFRACÇÕES VITIVINÍCOLAS	Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto, que aprova o Regime das Infracções Vitivinícolas (Artigos 7.º a 9.º)	Pedro Verdelho	II 39
2004	PROCURADORIA ILÍCITA	Lei n.º 49/2004 de 24 de Agosto, que define o sentido e o alcance dos actos próprios dos advogados e dos solicitadores e tipifica o crime de procuradoria ilícita (Artigo 7.º)	José Albuquerque e Carlos Casimiro	I 161

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
2004	AERONAVES CIVIS	Decreto-Lei n.º 238/2004, de 18 de Dezembro, que estabelece o regime de utilização de aeronaves civis de voo livre e de ultraleves e os requisitos para a obtenção da licença de pilotagem das aeronaves ultraleves, alterado pelo Decreto-Lei n.º 238/2007, de 13 de Agosto (Artigo 44.º)	Tolda Pinto	I 428
2005	ENTIDADE REGULADORA PARA A COMUNICAÇÃO SOCIAL	Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro, que cria a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social (Artigo 66.º)	Helena Leitão e Pacheco Ferreira	I 556
2005	ÁGUA	Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que aprova a Lei da Água, com Declaração de Rectificação n.º 11-A/2006 (Artigo 97.º)	Tolda Pinto	II 646
2006	ELEIÇÃO DA ASSEMBLEIA REGIONAL DA MADEIRA	Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13 de Fevereiro, que aprova a Lei eleitoral para a Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira (Artigos 128.º a 137.º, 141.º a 164.º)	Paulo Albuquerque	I 587
2006	ARMAS	Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, que aprova o regime jurídico das armas e suas munições, alterada pela Lei n.º 17/2009, de 6 de Maio (Artigos 86.º a 89.º)	Artur Vargues	I 238
2006	ARRENDAMENTO URBANO	Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprova o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU), rectificada pela declaração de Rectificação n.º 24/2006, de 17 de Abril (Artigos 22.º e 23.º)	Tolda Pinto	II 627
2006	PROTECÇÃO CIVIL	Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, que aprova a Lei de Bases da Protecção Civil (Artigos 6.º e 11.º)	Tolda Pinto	I 255
2006	PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que aprova a Lei da procriação medicamente assistida (Artigos 1.º, 2.º, 34.º a 43.º-A)	Ana Vitorino e Luísa Sobral	II 562
2006	ARMAS	Lei n.º 42/2006, de 25 de Agosto, que estabelece o regime especial de aquisição, detenção, uso e porte de armas de fogo e suas munições e acessórios destinadas a práticas desportivas e de colecionismo histórico-cultural (Artigo 34.º)	Tolda Pinto	I 262
2006	AMBIENTE	Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, que aprova a lei-quadro das contra-ordenações ambientais (Artigos 42.º e 47.º)	Tolda Pinto	II 649
2006	MEDICAMENTOS	Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, que estabelece o regime jurídico dos medicamentos de uso humano (Artigo 164.º)	Tolda Pinto	II 607

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
2007	CARTÃO DO CIDADÃO	Lei n.º 7/2007, de 5 de Fevereiro, que cria o cartão de cidadão e rege a sua emissão e utilização (Artigos 50.º a 52.º)	Dá Mesquita	I 191
2007	AUTORIDADE NACIONAL DE PROTECÇÃO CIVIL	Decreto-Lei n.º 75/2007, de 29 de Março, que aprova a orgânica da Autoridade Nacional de Protecção Civil (Artigo 5.º)	Tolda Pinto	I 264
2007	ESTRANGEIROS	Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional (Artigos 181.º a 191.º)	Albano Pinto	I 48
2007	TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DE MERCADORIAS	Decreto-Lei n.º 257/2007, de 16 de Julho, que aprova o regime jurídico aplicável aos transportes rodoviários de mercadorias, por meio de veículos com peso bruto igual ou superior a 2500 kg, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 137/2008, de 21 de Julho e 136/2009, de 5 de Junho (Artigo 31.º)	Tolda Pinto	I 431
2007	TELEVISÃO	Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 82/2007 de 21 de Setembro, que aprova a Lei da Televisão, que regula o acesso à actividade de televisão e o seu exercício (Artigos 71.º a 74.º)	Helena Leitão e Pacheco Ferreira	I 558
2007	DESPORTO	Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, que estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos susceptíveis de afectar a verdade, a lealdade e a correcção da competição e do seu resultado na actividade desportiva (Artigos 8.º a 13.º)	Jorge Gonçalves	II 713
2008	CONTRATOS PÚBLICOS	Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos (Artigo 464.º)	Tolda Pinto	II 193
2008	PESCA	Lei n.º 7/2008, de 15 de Fevereiro, sobre a pesca nas águas interiores (Artigo 30.º), conjugado com as Bases XVIII e XXII da Lei n.º 2097, de 6.6.59, e os artigos 44.º, 61.º, 65.º e 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10.10.62	Palma Ramos	II 651
2008	CORRUPÇÃO	Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, sobre a corrupção no comércio internacional e no sector privado (Artigos 7.º a 9.º)	Carlos Almeida	II 196

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
2008	DADOS DE COMUNICAÇÕES ELECTRÓNICAS	Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações (Artigo 13.º)	Pedro Verdelho	I 470
2009	CÓDIGO DO TRABALHO	Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro, que aprova o Código do Trabalho (Artigos 12.º, 82.º; 83.º, 316.º, 324.º, 407.º, 459.º, 543.º a 547.º)	Miguel Carmo	I 867
2009	RESERVA AGRÍCOLA NACIONAL	Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março, que aprova o regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional (Artigo 43.º)	Tolda Pinto	II 208
2009	AUTORIDADES DE SAÚDE	Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de Abril, que estabelece o regime jurídico da designação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridades de saúde (Artigo 16.º)	Tolda Pinto	II 611
2009	DISPOSITIVOS MÉDICOS	Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de Junho, que estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respectivos acessórios e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro (Artigo 56.º)	Tolda Pinto	II 614
2009	DESPORTO	Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho, que estabelece o regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 57/2009, de 4 de Agosto (Artigos 42.º a 47.º)	Jorge Gonçalves	II 727
2009	TRATAMENTO DE DADOS DO SISTEMA JUDICIAL	Lei n.º 34/2009 de 14 de Julho, que estabelece o tratamento de dados referentes ao sistema judicial (Artigos 47.º a 52.º)	Pedro Verdelho	I 476
2009	ESPECTÁCULOS DESPORTIVOS	Lei n.º 39/2009 de 30 de Julho, que estabelece o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos, de forma a possibilitar a realização dos mesmos com segurança (Artigos 27.º a 35.º e 37.º)	Jorge Gonçalves	II 739
2009	CONTRA-ORDENAÇÕES NO SECTOR DAS COMUNICAÇÕES	Lei n.º 99/2009, de 4 de Setembro, que aprova o regime quadro das contra-ordenações do sector das comunicações (Artigos 11.º e 30.º)	Tolda Pinto	I 575

Ano do Diploma	Área Temática	Crimes	Autor	Vol. Pág.
2009	VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA	Lei n.º 104/2009, de 14 de Setembro, sobre o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica (Artigo 17.º)	Miguel Carmo	I 269
2009	CIBERCRIME	Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, que aprova a Lei do Cibercrime (Artigos 3.º a 8.º)	Pedro Verdelho	I 505
2009	EXECUÇÃO DAS PENAS	Lei n.º 15/2009, de 12 de Outubro, que aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Artigo 146.º)	Tolda Pinto	I 169
2009	ANIMAIS PERIGOSOS	Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de Outubro, que aprova o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos (Artigos 31.º a 37.º)	Conde Fernandes	I 275

TÍTULO V

DIREITOS E DEVERES
ECONÓMICOS

CAPÍTULO I

CONSUMO E DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto, que aprova o Regime das Infracções Vitivinícolas (Artigos 7.º a 9.º)

Artigo 7.º

Vinhos ou produtos vitivinícolas anormais

1. Quem produzir, preparar, transformar, tiver em depósito ou em exposição para venda, transportar, vender ou transaccionar por qualquer forma vinhos ou produtos vitivinícolas anormais ou com natureza, qualidade ou quantidade diferentes da anunciada, tendo conhecimento dessa anomalia, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 150 dias, salvo se o facto estiver previsto em tipo legal de crime que comine pena mais grave.

2. Na graduação da pena deve atender-se, em especial, ao grau de anormalidade apresentado pelo produto em questão, tendo em conta o disposto no Artigo 2.º

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 a 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A tentativa (anotação 7)

O regime subsidiário (anotação 8)

O concurso (anotações 9 a 11)

A questão da negligência (anotação 12)

A pena (anotação 13)

O crime do Artigo 7.º está inserido no Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto, que prevê o regime das infracções vitivinícolas. Este Decreto-Lei foi publicado na sequência da Lei de autorização legislativa n.º 7/2004, de 5 de Março. Esta última, aprovada por unanimidade pela Assembleia da República sob proposta do Governo (Proposta de Lei n.º 99/IX), autorizava o Governo a “legislar sobre as infracções ao regime jurídico aplicável à vinha, à produção, ao comércio, à transformação e ao trânsito dos vinhos e dos produtos de origem vitivinícola e às actividades desenvolvidas neste sector”. Com esta intervenção legislativa, pretendeu o legislador dar corpo a uma das vertentes da reforma do sector vitivinícola, revendo o regime aplicável às infracções deste sector. Segundo o relatório explicativo da Proposta de Lei n.º 99/IX, que lhe deu origem, este regime incluiu uma disciplina específica para defesa das denominações de origem e indicações geográficas respeitantes a produtos vitivinícolas, cujo valor intrínseco e importância estratégica justificava a adopção de um padrão sancionatório mais severo do que o previsto para a generalidade das infracções económicas e contra a propriedade industrial. Desta forma, por via deste diploma, a infracção a regras desta natureza deixou de ser sancionada, quer pelo regime previsto no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, quer pelo Código da Propriedade Industrial, passando a prever-se neste diploma avulso crimes específicos para este sector de actividade.

Pretende este tipo de crime, por via da tutela penal, proteger o vinho, enquanto produto de consumo público que merece a confiança dos consumidores. Além do interesse dos consumidores, é também propósito deste tipo de crime proteger a imagem de qualidade dos vinhos portugueses. Estas menções são bem expressas

no Artigo 2.º da Lei de Autorização Legislativa n.º 7/2004, ao abrigo da qual foi publicado o Decreto-Lei n.º 213/2004.

- 3 Incrimina-se neste Artigo 7.º, n.º 1, um complexo conjunto de actividades das quais resulte, sobretudo, a alteração das qualidades intrínsecas dos vinhos (dando origem a **“vinhos anormais”**, como refere a lei). Preencherá o tipo de crime quem proceda com aquela finalidade nos momentos da produção, da preparação ou da transformação de vinhos ou outros produtos vínicos. Numa segunda vertente, preencherá ainda o tipo de crime quem comercializar vinho ou outros produtos vínicos com as suas qualidades alteradas (**“anormais”**). É o que se descreve no Artigo 7.º, n.º 1, ao dizer-se **“ter em depósito ou em exposição para venda, transportar, vender ou transaccionar por qualquer forma”**. O trecho final deste Artigo 7.º, n.º 1, prevê ainda uma terceira modalidade da prática deste tipo de crime, que poderá ocorrer na vertente da comercialização: **“ter em depósito ou em exposição para venda, transportar, vender ou transaccionar por qualquer forma”**. Além do que ficou dito no parágrafo que antecede, será ainda punida qualquer destas actuações se o vinho em causa tiver **“natureza, qualidade ou quantidade diferentes da anunciada”**.
- 4 Não se define em local algum deste Decreto-Lei n.º 213/2004 o que técnica ou juridicamente se entende por vinho. O mesmo acontece no que respeita a produtos vínicos. Será igualmente infrutífera a busca de conteúdos legais para estes conceitos noutros diplomas normativos nacionais. Na verdade, enquanto sector de actividade económica, a viticultura, a vinicultura e a enologia são áreas integradas, desde 2008, na Organização Comum do Mercado Vitivinícola, um instrumento legislativo com origem no Conselho dos Ministros da Agricultura da União Europeia, que estabelece as regras do sector vitivinícola dos 27 Estados-Membros da União. Por essa razão, subsistem hoje em dia muito poucas normas de direito estritamente interno que regulamentem este sector.
- 5 Quanto à alteração de características do vinho e outros produtos vínicos, importa sublinhar que apenas será incriminada a actividade de alteração das qualidades dos vinhos cujo resultado seja **“vinho anormal”**. A propósito deste conceito, a lei nacional é explícita: no n.º 1 do Artigo 2.º deste mesmo Decreto-Lei n.º 213/2004, diz-se que será considerado anormal aquele vinho ou qualquer outro dos produtos vitivinícolas que **“não seja genuíno”**, ou que **“não se apresente em perfeitas condições de maturação, frescura, conservação, exposição à venda, acondicionamento ou outras indispensáveis à sua aptidão para consumo ou utilização”** ou ainda, e por último, que **“não satisfaça as características analíticas ou organolépticas que lhe são próprias, legalmente fixadas ou determinadas pela entidade certificadora”**. Estas variantes de **“vinho anormal”**, apenas conceptualmente descritas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do Artigo 2.º, são depois preenchidas, enriquecidas e concretizadas no n.º 2 do mesmo artigo. Assim, a **“anormalidade” por falta de genuinidade** ocorrerá sobretudo se o vinho for falsificado (alínea a) do n.º 2 do Artigo 2.º). Estar-se-á perante um vinho falsificado quando este tenha sido **“submetido a qualquer prática cultural, prática ou tratamento enológico não permitidos”**, resultantes de adição, subtracção ou substituição de substâncias, ingredientes ou constituintes não permitidos. Quanto à **“anormalidade” por falta de “condições de maturação, frescura, conservação, exposição à venda, acondicionamento ou outras indispensáveis à sua aptidão para consumo ou utilização”** consubstanciará sobretudo (alíneas b) e c) do n.º 2) **“vinho corrupto”** ou **“vinho avariado”**. Pertencerá ao primeiro tipo o vinho que tenha **“entrado em decomposição ou putrefacção”** ou encerre **“substâncias, germes ou produtos nocivos”** ou ainda se apresente de **“forma repugnante”** e ao segundo tipo o vinho que se deteriorou ou sofreu modificações na sua natureza, composição

ou qualidade. Anote-se que, por força do n.º 3 do mesmo Artigo 2.º, “considera-se sempre avariado o vinho ou produto vitivinícola cujo material de acondicionamento ou cuja armazenagem, por deficiente ou inadequada, seja susceptível de o tornar anormal”. Por último, no que respeita à **“anormalidade” por não satisfação de “características analíticas ou organolépticas”**, ela será nomeadamente consubstanciada no tipo de vinho descrito na alínea d) do n.º 2 do Artigo 2.º: o vinho “com falta de requisitos”, que será aquele que não se “apresenta conforme quanto ao aspecto ou à análise sensorial”. Para efeitos de qualificação como “anormal”, não distingue este Artigo 2.º, n.º 1, entre aqueles produtos que sejam susceptíveis de prejudicar a saúde e aqueles que o não sejam (veja-se o teor do Artigo 2.º, n.º 1). Esta equiparação de situações cria a necessidade de delimitação do âmbito de aplicação deste tipo de crime e de um outro – o crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais, descrito no Artigo 282.º do Código Penal, ao qual mais abaixo se fará referência.

O tipo de crime do Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 é doloso. Apenas incorre na sua prática quem actue com consciência de que, de alguma das formas previstas no tipo, está a agir sobre vinho “anormal” ou que tenha “natureza, qualidade ou quantidade diferentes da anunciada”. Esta característica resulta bem claramente do n.º 1 do Artigo 7.º, no trecho em que se exige que o agente tenha “conhecimento dessa anomalia”. Portanto, o crime é doloso, não sendo punida a actuação negligente, por não estar prevista – Artigo 13.º do Código Penal.

Não prevê o tipo de crime do Artigo 7.º a punição da **tentativa** do crime nele descrito. Portanto, nos termos do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, não são puníveis actos que consubstanciem tentativa de prática deste crime.

Naquilo que respeita aos ilícitos penais nele descritos, o Decreto-Lei n.º 213/2004 é explícito, referindo que “aos crimes (...) previstos no presente diploma são aplicáveis, subsidiária e respectivamente, o Código Penal, o Código de Processo Penal e legislação complementar” (cfr. Artigo 4.º, n.º 2). Portanto, em relação a todos os aspectos quanto aos quais nada se disponha, é aplicável, quanto às infracções vitivinícolas, o regime geral.

Como já acima ficou dito, o tipo de crime previsto no Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 pune acções que incidam sobre vinhos e outros produtos vitivinícolas “anormais”. Ao referir aquilo que entende por vinhos e outros produtos vitivinícolas “anormais”, o legislador optou por abranger os vinhos susceptíveis de prejudicar a saúde e aqueles que o não são. É o que resulta do n.º 1 do Artigo 2.º, quando se diz que se considera poder integrar a categoria de “anormal” todo o vinho alterado, “sendo ou não susceptível de prejudicar a saúde do consumidor”. Esta previsão cria um regime penal especial para o vinho, enquanto produto alimentar, tendo como referência o regime geral do Decreto-Lei n.º 28/84 e ainda o tipo de crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais, descrito no Artigo 282.º do Código Penal. Quanto a este último, se fosse aplicável, puniria aqueles que na “produção, embalagem, transporte, tratamento, ou outra actividade” que incida sobre vinho (naquilo que agora importa), o corrompessem, falsificassem ou alterassem (Artigo 282.º, n.º 1, alínea a)). Mas puniria também quem “importar, dissimular, vender, expuser à venda, tiver em depósito para venda ou, por qualquer forma, entregar ao consumo alheio” esse vinho corrupto, falsificado ou alterado (cfr. alínea b) do mesmo Artigo 282.º, n.º 1). O mesmo aconteceria quanto a vinho da mesma natureza corrupto ou alterado por acção do tempo ou dos agentes a cuja acção está exposto. Sublinhe-se que este ilícito apenas se verifica se da actuação do agente resultar “perigo para a vida ou para a integridade física de outrem”. Este perigo, descrito como resultado do crime, traduz todavia uma exigência ao

nível do tipo subjectivo de crime: o dolo é específico e terá que cobrir, ao menos na forma de dolo eventual, o perigo em causa. No entanto, como se disse, o Artigo 282.º do Código Penal não é aplicável ao vinho, com a ressalva que mais abaixo se fará a propósito da actuação negligente.

- 10 O **dolo específico**, que se referiu, que terá que revestir, ao menos, a forma de dolo eventual, é o grande elemento distintivo entre o tipo de crime do Artigo 282.º do Código Penal e os que se descrevem nos Artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

Se fosse aplicável ao vinho, o Artigo 24.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/84, puniria aqueles que produzissem, preparassem, transportassem, armazenassem, vendessem, tivessem em existência ou exposição para venda ou transaccionassem por qualquer forma, vinho anormal, mas “não considerado susceptível de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física alheias”. Por seu lado, igualmente se fosse aplicável ao vinho, o Artigo 23.º, n.º 1, incriminaria a fraude sobre mercadorias, que pune quem “fabricar, transformar, importar, exportar, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação por qualquer outro modo” vinho contrafeito, falsificado ou depreciado, fazendo-o passar por autêntico ou ainda de vinho (que se refere explicitamente por ser a mercadoria que agora interessa) de “natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores” às que afirmar possuir. Este crime supõe a intenção específica de “enganar outrem nas relações negociais” (Artigo 23.º, n.º 1) sendo-lhe, portanto, estranho qualquer intuito de prejudicar a saúde ou a vida.

- 11 Todavia, quer as normas do Artigo 282.º do Código Penal, quer as dos Artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, não terão aplicação quando o produto alimentar em causa for o vinho. De facto, pretendendo o Decreto-Lei n.º 213/2004 regular especificamente o sector vinícola, terá que concluir-se que haverá uma relação de especialidade entre as normas do Código Penal e as do Artigo 7.º deste decreto-lei. O mesmo se passa com respeito às normas do Decreto-Lei n.º 28/84, que serão gerais em relação às especiais do Decreto-Lei n.º 213/2004. Além do mais, do que já se disse acima resulta que todas as actuações materiais típicas descritas, quer no Artigo 282.º do Código Penal, quer nos Artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, estarão igualmente incluídas no Artigo 7.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 213/2004. Anote-se, porém, que as sanções que lhes correspondem não são iguais, chegando a ser muito diferentes. Por exemplo, a pena prevista no Artigo 282.º, n.º 1 é de prisão de um a oito anos enquanto a pena prevista no Artigo 7.º é apenas de prisão até 3 anos e multa até 150 dias.

- 12 Já acima se disse que o tipo de crime do Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 é doloso, não estando prevista a punição da actuação negligente. É o que resulta claramente da expressão “tendo conhecimento dessa anomalia”, inserida no n.º 1 do Artigo 7.º Não estando especialmente prevista, por força do regime geral do Artigo 13.º do Código Penal, a actuação negligente do agente não é punível. Também já acima se disse que o tipo de crime do Artigo 7.º é especial, quer em relação ao Artigo 282.º do Código Penal, quer aos Artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. E concluiu-se acima que, quando a acção fosse dolosa, não seria aplicável ao vinho o regime de nenhum destes dispositivos, por vir a sê-lo o do Artigo 7.º Não obstante, verifica-se dos tipos de crime do Artigo 282.º do Código Penal e dos Artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, que em todos eles se descrevem factos ilícitos típicos praticados por negligência. Assim, no n.º 2 do Artigo 282.º do Código Penal incrimina-se a criação de perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, por via de uma das acções típicas dolosas, mesmo que essa criação de perigo tenha sido negligente. Por outro lado, no

n.º 3 do mesmo Artigo incrimina-se a prática por negligência de uma das acções típicas. Quanto ao Decreto-Lei n.º 28/84, pune-se a prática das acções típicas por negligência, no n.º 2 do Artigo 23.º e também no n.º 2 do Artigo 24.º Portanto, no que respeita aos crimes “gerais” prevê-se punição quando a acção for negligente, mas no crime especial, previsto no Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 213/2004, apenas se inclui a actuação dolosa. Esta observação suscita uma questão difícil de resolver: optou o legislador por não criar um regime especial para a actuação negligente, deixando quanto a este particular em vigor o regime geral ou, pelo contrário, pretendeu o legislador regular na íntegra as acções criminosas em que o objecto seja vinho, optando por não punir a negligência? Com efeito, ao criar um regime especial no Artigo 7.º, o legislador limitou essa “especialidade” às acções dolosas. Deixou de fora as acções negligentes. Não as regulou, mas também não afastou expressamente a punição que resultava do regime geral. Portanto, seguindo a mera literalidade do regime, havendo acções negligentes, como as descritas, quer no Artigo 282.º do Código Penal, quer nos Artigos 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, mesmo que incidam sobre vinho, teria aplicação o regime destas últimas disposições e não o do Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 213/2004. No entanto, não parece ser esse o espírito da lei, que expressamente pretendeu retirar o vinho dos regimes gerais, criando-lhe um regime sancionatório específico. E se assim for, por força da regra geral do Artigo 13.º do Código Penal, não serão sancionadas, neste âmbito, as actuações negligentes.

Diz-se no n.º 2 do Artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 que a graduação da pena em concreto, quando ocorrer a prática do crime previsto nesta disposição, deve atender, em especial, ao grau de anormalidade apresentado pelo produto em questão, tendo em conta o disposto no Artigo 2.º Ou seja, o agente será punido com maior ou menor gravidade consoante o vinho seja mais anormal ou menos anormal. Esta regra específica acresce às regras gerais de determinação da medida da pena consagradas no Artigo 70.º do Código Penal. Mas a matéria das penas suscita ainda a necessidade de referir uma outra vertente deste regime especial, que é aquela que resulta do Artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 213/2004: a todos os crimes previstos neste diploma especial podem ser aplicadas penas acessórias. De acordo com o regime do Artigo 10.º, tais penas poderão ser de perda dos “produtos, vasilhame e demais objectos ou mecanismos usados ou destinados à prática da infracção” ou de “interdição do exercício da actividade” ou de “inibição do exercício de cargos sociais ou de funções”, se o arguido for pessoa singular, ou de “encerramento de estabelecimento”, ou ainda, e por último, de “publicação da decisão sancionatória, a expensas do infractor, num dos jornais nacionais mais lidos na região”.

13

Artigo 8.º

Usurpação de denominação de origem ou de indicação geográfica

1. Quem, não tendo direito ao uso de uma DO ou IG, utilizar nos seus vinhos ou produtos vitivinícolas sinais que constituam reprodução, imitação ou tradução das mesmas, ainda que seja indicada a verdadeira origem dos produtos ou que a DO ou IG seja acompanhada de expressões como “género”, “tipo”, “qualidade”, “rival de” ou equivalentes, é punido com pena de prisão de 6 meses a 4 anos, sendo a negligência punível com pena de prisão até 2 anos.

2. Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, vender, oferecer para venda, detiver ou armazenar, como beneficiando de DO ou IG, vinhos ou produtos vitivinícolas sem direito a tais designações, ou que não tenham

sido previamente certificados pela entidade competente, é punido com pena de prisão de 6 meses a 4 anos.

3. Quem transportar os produtos referidos no número anterior, tendo conhecimento do destino ilícito a dar aos mesmos, é punido com pena de prisão até 2 anos e a perda dos meios de transporte utilizados.

4. Quem comercializar, sob a aparência de um vinho ou produto vitivinícola com direito a DO ou IG, um produto vitivinícola com características diversas das amostras aprovadas pela entidade certificadora, tendo consciência desse facto, é punido com pena de prisão até 2 anos, quando o agente seja o produtor das amostras aprovadas.

5. Às penas aplicáveis aos crimes previstos neste artigo acresce sempre a perda a favor do Estado dos produtos vitivinícolas relacionados com a prática da infracção, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas no Artigo 10.º

6. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 a 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

A tentativa (anotação 8)

O regime subsidiário (anotação 9)

O concurso (anotação 10)

A pena (anotações 11 e 12)

- 1 O crime do Artigo 8.º está inserido no Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto, que prevê o regime das infracções vitivinícolas. Este Decreto-Lei foi publicado na sequência da Lei de autorização legislativa n.º 7/2004, de 5 de Março. Esta última foi aprovada por unanimidade pela Assembleia da República, por proposta do Governo (era a Proposta de Lei n.º 99/IX) e autorizava o Governo a “legislar sobre as infracções ao regime jurídico aplicável à vinha, à produção, ao comércio, à transformação e ao trânsito dos vinhos e dos produtos de origem vitivinícola e às actividades desenvolvidas neste sector”. Com esta intervenção legislativa, pretendeu o legislador dar corpo a uma das vertentes da reforma do sector vitivinícola, revendo o regime aplicável às infracções deste sector. Segundo o relatório explicativo da Proposta de Lei n.º 99/IX, que lhe deu origem, este regime incluiu uma disciplina específica para defesa das denominações de origem e indicações geográficas respeitantes a produtos vitivinícolas, cujo valor intrínseco e importância estratégica justificava a adopção de um padrão sancionatório mais severo do que o previsto para a generalidade das infracções económicas e contra a propriedade industrial. Desta forma, a infracção a regras desta natureza deixa de ser sancionada, quer pelo regime previsto no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, quer pelo Código da Propriedade Industrial, passando a prever-se neste diploma avulso crimes específicos para este sector de actividade.
- 2 Pretendem os tipos de crime descritos no Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 assegurar, por via da tutela penal, a genuinidade das indicações utilizadas nos vinhos que se destinam aos consumidores, no que respeita à denominação de origem ou de indicação geográfica. Isto é, por via deste Artigo 8.º pune-se quem, enganando os consumidores, usar indevidamente referências de origem do vinho que comercializa. Portanto, estes crimes pretendem proteger interesses dos consumidores, de forma a que estes não sejam enganados quando à origem de um determinado vinho. Mas também pretendem proteger, em si mesma, a imagem e o eventual prestígio dos vinhos de uma determinada proveniência geográfica.

- Sob a designação genérica “**usurpação de denominação de origem ou de indicação geográfica**”, o Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 descreve várias modalidades de acção que visam reprimir (punindo como crime), aqueles que ilegitimamente pretenderem retirar vantagens da indicação de que um determinado vinho foi produzido numa determinada zona geográfica. Nos vários números deste Artigo 8.º punem-se fundamentalmente actuações a dois níveis: por um lado, ao nível da produção e disponibilização para o mercado, do transporte e da comercialização de vinhos que abusivamente ostentem determinada denominação de origem; por outro, ao nível da comercialização de vinhos que não correspondam aos que foram aprovados pela entidade certificadora da denominação de origem ou da indicação geográfica, mas que usem abusiva e fraudulentamente tais referências. Às primeiras situações se referem os números 1, 2 e 3 do Artigo 8.º, enquanto à última se refere o número 4 do mesmo Artigo. 3
- Assim, no n.º 1, incriminam-se aqueles produtores de vinho que indicarem, nos vinhos que produzem e introduzem no mercado, que os mesmos são legítimos titulares de uma indicação de denominação de origem ou de uma indicação geográfica. A lei não explicita que este tipo de crime se dirige aos produtores de vinhos, mas é esse o sentido que terá que dar-se à expressão legal que refere quem “utilizar nos seus vinhos”. Portanto, sanciona-se quem se arrogar o direito a usar a denominação de origem ou a indicação geográfica, sem que reúna os requisitos para o efeito. Como é sabido, a qualificação de um vinho com a menção de denominação de origem ou indicação geográfica depende da verificação de diversos requisitos regulamentares e da atribuição de tal qualificação pelas comissões vitivinícolas regionais. Visa pois este crime punir quem, indevidamente, introduzir no mercado vinho com aquelas qualificações. Porém, além do mero uso indevido da denominação de origem ou da indicação geográfica, este tipo de crime pune ainda quem, sem ter direito a usar tais referências introduzir no mercado vinhos que a elas aludam, por imitação ou equiparação às mesmas; refere o tipo o uso de expressões “como “género”, “tipo”, “qualidade”, “rival de” ou equivalentes”. Portanto, além do puro e simples uso indevido das referências de origem, são igualmente punidas alusões a essas referências que sejam susceptíveis de criar dúvida ou engano nos consumidores. 4
- Quanto aos números 2 e 3, incriminam actividades económicas que estão a jusante da que acaba de referir-se. E punem, portanto, “quem transportar” vinhos naquela condição (cfr. n.º 3) e quem “vender, oferecer para venda, detiver ou armazenar” o mesmo tipo de vinhos. Anote-se que o crime do n.º 2 supõe dolo específico de obtenção de benefício ilegítimo, como mais abaixo se referirá e o n.º 3 exige conhecimento da natureza dos vinhos, do uso que neles é feito da referência geográfica ou de origem e do intuito de que estes venham a ser colocados no mercado nestas condições (é este o sentido que tem que retirar-se da expressão legal “tendo conhecimento do destino ilícito a dar aos” produtos em causa). Anote-se ainda que o n.º 2 prevê uma outra variante de prática criminosa, consubstanciada no uso de referências geográficas em vinhos que não foram previamente certificados pela entidade competente, mesmo que tais vinhos reúnam características que lhes permitiriam usar tais referências, se tivessem sido submetidos a certificação. Esta variante do crime do n.º 2, todavia, apenas é susceptível de ser praticada ao nível da comercialização e não nas fases da produção e do transporte. Ou seja, apenas é punido quem “vender, oferecer para venda, detiver ou armazenar” tais vinhos. 5
- O tipo de crime descrito no n.º 4 é de natureza diferente. Além do uso abusivo da denominação de origem ou da indicação geográfica, supõe a utilização de um ardil que se destina a facilitar a introdução ilegítima no mercado de vinhos 6

inaptos a obter tais referências. Com efeito, supõe que o agente do crime submeta à entidade certificadora da denominação de origem ou da indicação geográfica amostras de vinho apto a obter tais referências, com o intuito de vir a beneficiar delas, mas depois que comercialize outro vinho, de características diversas das amostras aprovadas pela entidade certificadora. Portanto, a verificação deste tipo de crime passa pela indução dos consumidores em engano quanto às características do vinho, abusando de certificação enganosamente obtida. Neste n.º 4 apenas se incrimina a fase comercial da actividade (e não a fase de produção do vinho). Todavia, o agente apenas será punível se for ele mesmo o produtor do vinho que foi incluído nas amostras. Além disso, este tipo de crime terá uma relação de especialidade com os tipos anteriores e, em particular, com o tipo de crime previsto no n.º 2. De facto, nesse n.º 2, pune-se toda a qualquer comercialização de vinhos com uso abusivo de referências geográficas, mesmo que o vinho pudesse vir a ser certificado, se submetido a análise da entidade competente. No n.º 4 incrimina-se essa comercialização se, previamente, o produtor do vinho tiver, ardilosamente, submetido a certificação amostras de vinho diferentes daquelas que vem a comercializar. Este tipo especial incrimina uma prática teoricamente mais gravosa, uma vez que supõe um ardil (é uma actuação dolosa – “tendo consciência desse facto”). Este tipo de prática, além de lesar o consumidor põe mais fortemente em causa a confiança do mercado e do público em geral no sistema de certificação de vinhos e nas entidades certificadoras. Porém, paradoxalmente, a pena que lhe corresponde é inferior à do tipo geral de crime previsto no n.º 2: ao crime do n.º 2 corresponde uma pena de prisão de 6 meses a 4 anos e ao crime especial do n.º 4 corresponde pena de prisão até 2 anos.

- 7 Todos os crimes descritos neste Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 são dolosos, com excepção do crime previsto no n.º 1, em relação ao qual também se pune expressamente a negligência. Ressalvada esta excepção, exige a lei, para que se verifique a prática de todos estes crimes, intenção de os praticar. Assim, quanto ao crime do n.º 1 (produção e introdução no mercado de vinhos usando abusivamente denominação de origem ou de indicação geográfica), o dolo é genérico, bastando-se o tipo de crime com a intenção do agente de praticar os factos descritos no tipo objectivo de crime. Adiantou-se já, também, que este crime é igualmente punível se for praticado por negligência (sendo nesse caso a pena prevista de moldura legal muito inferior). No que respeita ao crime do n.º 2, exige o tipo de crime a específica intenção de obtenção de benefício ilegítimo. Trata-se pois de um crime doloso, com exigência de especificidade no dolo: além do conhecimento dos factos e intenção de os praticar, para que se preencha o tipo de crime deverá o agente ser movido por intuítos lucrativos. Já o tipo descrito no n.º 3 apenas exige, genericamente, conhecimento dos factos e intuito de os praticar. Portanto, o dolo requerido é genérico. Todavia, este conhecimento genérico deverá abranger, quer os actos consubstanciadores do tipo objectivo (o transporte de vinhos) quer, como já acima se referiu, de “o destino ilícito a dar aos” vinhos (expressão legal que pretende referir-se à natureza dos vinhos e ao uso que neles é feito da referência geográfica ou de origem e do intuito de outrem de os colocar no mercado nestas condições). É também genérico o dolo exigido para preenchimento do tipo de crime previsto no n.º 4 do Artigo 8.º, no qual se prevê que incorrerá na prática de ilícito “quem tiver consciência dos factos”.
- 8 Os tipos de crime descritos no Artigo 8.º são puníveis com penas de prisão de 6 meses a 4 anos (quanto aos crimes dos números 1 e 2) e com penas de prisão até 2 anos (quanto aos crimes dos números 3 e 4). Portanto, de acordo com a regra geral resultante do disposto no Artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, apenas seriam

punidos actos de tentativa de prática dos crimes previstos nos números 1 e 2. Todavia, por força do n.º 6 do Artigo 8.º, a tentativa é punível quanto aos outros dois tipos de ilícito.

Quanto aos ilícitos penais nele descritos, o Decreto-Lei n.º 213/2004 é explícito, referindo que “aos crimes (...) previstos no presente diploma são aplicáveis, subsidiária e respectivamente, o Código Penal, o Código de Processo Penal e legislação complementar” (cfr. Artigo 4.º, n.º 2). Portanto, em relação a todos os aspectos quanto aos quais nada se disponha, é aplicável, quanto às infracções vitivinícolas, o regime geral.

O tipo de crime previsto no Artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 pune acções que incidam sobre as indicações de proveniência que são dadas ao consumidor de vinhos. Esta previsão cria um regime penal especial para o vinho, enquanto mercadoria sujeita a transacção, tendo como referência o regime geral previsto no Artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84. Este Artigo 23.º, na alínea a) do n.º 1, pune a fraude sobre mercadorias, ilícito que incrimina quem puser em circulação vinho (no que agora interessa) “de natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem”. Se fosse aplicável ao vinho, este crime suporia a intenção específica de “enganar outrem nas relações negociais” (Artigo 23.º, n.º 1). No entanto, este Artigo 23.º não terá aplicação quando a mercadoria em causa for o vinho. De facto, pretendendo o Decreto-Lei n.º 213/2004 regular especificamente o sector vinícola, terá que concluir-se que haverá uma **relação de especialidade** entre as normas do Decreto-Lei n.º 28/84 e as do Artigo 8.º, sendo as primeiras gerais em relação às normas especiais do Decreto-Lei n.º 213/2004.

Às diversas variantes de crime previstas no Artigo 8.º correspondem penas diversas. Ao crime do n.º 1 corresponde a pena de prisão de 6 meses a 4 anos, sendo a negligência punível com pena de prisão até 2 anos, ao do n.º 2, a pena de prisão de 6 meses a 4 anos, ao do n.º 3, a pena de prisão até 2 anos e ao do n.º 4, a pena de prisão até 2 anos. Porém, além destas penalidades principais, este Artigo descreve também penas acessórias, que são aplicáveis a alguns dos tipos de crime. Assim, no caso particular do crime descrito no n.º 3, além da pena principal de prisão até 2 anos, está prevista a aplicação – sempre –, da pena de perda dos meios de transporte utilizados. Esta sanção é uma verdadeira pena acessória e não se confunde com a eventual decisão que pudesse haver, de declaração de perda a favor do Estado de instrumentos utilizados na prática do crime, nos termos dos Artigos 109.º e 110.º do Código Penal. Da mesma forma, tem sempre lugar, por força do n.º 5 do Artigo 8, a declaração de perda a favor do Estado dos produtos vitivinícolas relacionados com a prática dos crimes previstos em todo o corpo do Artigo 8.º Também esta imposição legal, que supõe sempre a perda de bens, traduz a imposição de uma pena acessória – e não constitui qualquer tipo de regime especial que derogue o regime previsto nos Artigos 109.º e 110.º do Código Penal.

Todavia, o mesmo Artigo 8.º, n.º 5, é claro, explicitando que as penas nele previstas – as principais e as acessórias –, não afastam a aplicação das sanções acessórias previstas no Artigo 10.º Na verdade, o Artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 dispõe que a todos os crimes previstos neste diploma especial podem ser aplicadas penas acessórias. Segundo esta norma, tais penas poderão ser de perda dos “produtos, vasilhame e demais objectos ou mecanismos usados ou destinados à prática da infracção” ou de “interdição do exercício da actividade” ou de “inibição do exercício de cargos sociais ou de funções”, se o arguido for pessoa singular, ou de “encerramento de estabelecimento”, ou ainda, e por último, de “publicação da decisão sancionatória, a expensas do infractor, num dos jornais nacionais mais lidos na região”.

Artigo 9.º

Tráfico de produtos vitivinícolas

1. Quem vender ou adquirir quaisquer produtos vitivinícolas provenientes do exterior de uma região demarcada com intenção de os fazer passar por produtos vitivinícolas originários dessa região ou de os utilizar na produção ou elaboração de produtos vitivinícolas com direito a DO ou IG é punido com pena de prisão de 6 meses a 4 anos.

2. Quem transportar os produtos referidos no número anterior, tendo conhecimento do destino ilícito a dar aos mesmos, é punido com pena de prisão até 2 anos.

3. Às penas aplicáveis aos crimes previstos neste artigo acresce sempre a perda a favor do Estado dos meios de transporte utilizados e dos produtos vitivinícolas relacionados com a prática da infracção, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas no Artigo 10.º

4. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

O regime subsidiário (anotação 6)

A pena (anotações 7 e 8)

- 1 O crime do Artigo 9.º está inserido no Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto, que prevê o regime das infracções vitivinícolas. Este Decreto-Lei foi publicado na sequência da Lei de autorização legislativa n.º 7/2004, de 5 de Março. Esta última foi aprovada por unanimidade pela Assembleia da República, por proposta do Governo (era a Proposta de Lei n.º 99/IX) e autorizava o Governo a “legislar sobre as infracções ao regime jurídico aplicável à vinha, à produção, ao comércio, à transformação e ao trânsito dos vinhos e dos produtos de origem vitivinícola e às actividades desenvolvidas neste sector”. Com esta intervenção legislativa, pretendeu o legislador dar corpo a uma das vertentes da reforma do sector vitivinícola, revendo o regime aplicável às infracções deste sector. Segundo o relatório explicativo da Proposta de Lei n.º 99/IX, que lhe deu origem, este regime incluiu uma disciplina específica para defesa das denominações de origem e indicações geográficas respeitantes a produtos vitivinícolas, cujo valor intrínseco e importância estratégica justificava a adopção de um padrão sancionatório mais severo do que o previsto para a generalidade das infracções económicas e contra a propriedade industrial. Desta forma, a infracção a regras desta natureza deixa de ser sancionada, quer pelo regime previsto no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, quer pelo Código da Propriedade Industrial, passando a prever-se neste diploma avulso crimes específicos para este sector de actividade.
- 2 Pretende este tipo de crime, por via da tutela penal, proteger o vinho, enquanto produto de consumo público cuja origem merece a confiança dos consumidores. Além da confiança dos consumidores, é também propósito deste tipo de crime proteger a imagem que no mercado possam ter as zonas demarcadas de produção de vinho.
- 3 Preencherá o **tipo objectivo** deste crime de tráfico de produtos vitivinícolas quem actuar de forma a introduzir produtos vinícolas numa determinada região demarcada. Terão os produtos que ser originários de fora daquela região e exige-se

o intuito de “os fazer passar por produtos vitivinícolas originários dessa região ou de os utilizar na produção ou elaboração de produtos vitivinícolas com direito a denominação de origem ou a indicação geográfica”. Portanto, o cerne do crime estará na introdução, no interior de uma zona demarcada, de produtos com origem no seu exterior. Pode o crime revestir duas formas: por um lado, a venda ou aquisição dos produtos vînicos em causa; por outro, o transporte desses mesmos produtos. Estas duas formas estão descritas, respectivamente, no número 1 e no número 2 do Artigo 9.º

No que respeita ao número 2, pune-se “quem transportar” produtos vitivinícolas, exigindo-se ainda, como mais abaixo se referirá, conhecimento da natureza e proveniência daqueles produtos e do intuito de outrem de os introduzir noutra zona demarcada, que não a da respectiva origem (é este o sentido que no caso concreto tem que retirar-se da expressão legal “tendo conhecimento do destino ilícito a dar aos mesmos”).

O crime de tráfico de produtos vitivinícolas, descrito no Artigo 9.º, é um crime doloso. Portanto, apenas será praticado por quem agir com dolo, não estando prevista a punição de acções negligentes. A forma de prática do crime prevista no n.º 1 supõe intenção de “fazer passar por produtos vitivinícolas originários” de uma região determinados produtos, que efectivamente são originários de outro local. Em alternativa, o intuito do agente pode ser a utilização daqueles produtos “na produção ou elaboração de produtos vitivinícolas com direito a denominação de origem ou a indicação geográfica”. Já quanto à forma do crime descrita no n.º 2, ao tipificar-se na lei a acção de “quem transportar” produtos vitivinícolas, exigindo-se adicionalmente, para preenchimento do tipo de crime, “conhecimento do destino ilícito a dar aos mesmos”, pretende a lei sancionar apenas o comportamento daqueles que actuem com conhecimento da natureza e proveniência daqueles produtos e com o intuito de que os mesmos venham a ser introduzidos numa zona demarcada de onde os mesmos não são originários.

O tipo de crime descritos no Artigo 9.º é punível com pena de prisão de 6 meses a 4 anos se for executado na forma descrita no número 1 e com pena de prisão até 2 anos, se for praticado na forma descrita no número 2. Ou seja, por força da regra geral constante do Artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, apenas são punidos os actos de **tentativa** de prática do crimes na forma prevista no número 1. No entanto, no caso concreto esta regra é afastada e há lugar à punição da tentativa, mesmo no caso da forma de crime prevista no número 2, por força do n.º 4 do Artigo 9.º Nesta norma diz-se expressamente que a tentativa é punível.

Assume o Decreto-Lei n.º 213/2004, de forma explícita, que quanto aos ilícitos penais que nele se descrevem, “são aplicáveis, subsidiária e respectivamente, o Código Penal, o Código de Processo Penal e legislação complementar” (cfr. Artigo 4.º, n.º 2). Daqui retira-se, pois, que em relação a todos os aspectos quanto aos quais nada se disponha, é aplicável, quanto às infracções vitivinícolas, o regime geral de direito e de processo penal.

As duas formas de prática do crimes descrito no Artigo 9.º são sancionadas em medida diferente: à forma descrita no n.º 1 corresponde a pena de prisão de 6 meses a 4 anos; quanto à forma do número 2 cabe a pena de prisão até 2 anos. Além destas penas principais, a prática do crime de tráfico de produtos vitivinícolas, previsto no Artigo 9.º, é ainda sancionada com a pena acessória de perda dos meios de transporte utilizados na prática do crime. É o que resulta do n.º 3 do Artigo 9.º Esta sanção é uma verdadeira pena acessória e não se confunde com a eventual decisão que pudesse haver, de declaração de perda a favor do Estado de instrumentos utilizados na prática do crime, nos termos dos Artigos 109.º e 110.º

do Código Penal. Da mesma forma, tem sempre lugar, por força do mesmo n.º 3 do Artigo 9.º, a declaração de perda a favor do Estado dos produtos vitivinícolas relacionados com a prática da infracção. Esta imposição legal constitui igualmente a obrigação de imposição de uma pena acessória, não estando portanto em causa aqui um regime especial de perda de bens, que derroque o regime previsto nos Artigos 109.º e 110.º do Código Penal.

- 8 Resulta ainda do n.º 3 do Artigo 9.º que as penas nele previstas – as principais e as acessórias –, não afastam a aplicação das sanções acessórias previstas no Artigo 10.º Por sua vez, este Artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 213/2004 dispõe que a todos os crimes previstos neste diploma especial podem ser aplicadas penas acessórias. Segundo esta norma, tais penas poderão ser de perda dos “produtos, vasilhame e demais objectos ou mecanismos usados ou destinados à prática da infracção” ou de “interdição do exercício da actividade” ou de “inibição do exercício de cargos sociais ou de funções”, se o arguido for pessoa singular, ou de “encerramento de estabelecimento”, ou ainda, e por último, de “publicação da decisão sancionatória, a expensas do infractor, num dos jornais nacionais mais lidos na região”.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA VERDELHO

CAPÍTULO II

ECONOMIA E DIREITO DE INICIATIVA PRIVADA, COOPERATIVA E AUTOGESTIONÁRIA

Decreto-Lei n.º 26.852, de 30 de Julho de 1936, que aprova o Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 446/76, de 5 de Junho, 517/80, de 31 de Outubro, 272/92, de 3 de Dezembro, e 4/93, de 8 de Janeiro, e pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho (Artigos 68.º e 71.º)

Artigo 68.º

1. A falta de cumprimento de quaisquer cláusulas impostas à entidade exploradora de uma instalação eléctrica, nos termos do artigo 45.º, quer essa imposição tenha resultado da primeira vistoria dessa instalação, quer seja consequência de uma revistoria realizada em outra qualquer ocasião, dá lugar, se a instalação for de serviço público, à aplicação de uma coima de € 25 por cada cláusula que não tiver sido cumprida ou que o tenha sido de modo incompleto ou ineficaz, não devendo, em todo o caso, a coima ser inferior a € 75 nem superior a € 750.

2. Aplicada a coima referida no número anterior, a autoridade competente fixa à entidade exploradora, para cumprimento das cláusulas em falta, um novo prazo que seja suficiente para a execução de todos os trabalhos impostos e, se este prazo também não for respeitado, o infractor é considerado reincidente, sendo-lhe aplicada uma nova coima de € 75 por cada cláusula, com o mínimo de € 150 e o máximo de € 1500, seguida da fixação de um terceiro e último prazo.

3. A segunda reincidência é punida com coima de € 300 por cada cláusula, com o mínimo de € 750 e o máximo de € 7500.

4. 15 dias depois da aplicação desta última coima, se a entidade exploradora não tiver executado integralmente todos os trabalhos impostos de modo satisfatório, a autoridade competente pode ordenar a sua execução coerciva, por conta do infractor, caso em que as importâncias despendidas, se não forem satisfeitas voluntariamente, são cobradas coercivamente.

5. Independentemente do disposto no número anterior, quer sejam ou não aplicadas as suas disposições, a não observância do terceiro prazo fixado para o cumprimento das cláusulas é considerado como crime de desobediência qualificada, nos termos do disposto no artigo 348.º do Código Penal.

6. Se a instalação for de serviço particular, têm igualmente aplicação as disposições do presente artigo, sendo os limites mínimo e máximo das coimas previstas nos números anteriores reduzidos para metade.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotação 3)

O tipo objectivo (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

As causas de justificação (anotação 6)

A pena (anotação 7)

O Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas (RLIE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26852, de 30 de Julho de 1936, fixa as normas que devem ser seguidas para o licenciamento das instalações eléctricas destinadas à produção, transporte, transformação, distribuição ou utilização de energia eléctrica. Este diploma foi objecto de diversas alterações, aprovadas pelos Decretos-Leis

n.ºs 446/76, de 5 de Junho, 517/80, de 31 de Outubro, 272/92, de 3 de Dezembro, e 4/93, de 8 de Janeiro, e pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho. Complementando o RLIE, o licenciamento das instalações eléctricas das obras rege-se ainda pelo disposto no Decreto-Lei n.º 517/80, de 31 de Outubro, que estabelece normas a observar na elaboração dos projectos das instalações eléctricas de serviço particular. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 272/92, de 3 de Dezembro, veio criar a figura das associações inspectoras de instalações eléctricas. Com o Decreto-Lei n.º 101/2007, de 2 de Abril de 2007, procedeu-se a uma classificação das instalações eléctricas de serviço particular simplificada, reduzindo-se as anteriores cinco categorias para três tipos, que correspondem essencialmente às instalações com produção própria, às instalações alimentadas em alta tensão e às instalações alimentadas em baixa tensão. O DR n.º 58/2007, de 27 de Abril (alterado pelo DR n.º 5/2009, de 3 de Março), definiu a missão, atribuições e tipo de organização interna das Direcções Regionais da Economia. No desenvolvimento do referido Decreto Regulamentar foram publicadas: (1) a Portaria n.º 537/227, de 30 de Abril, que determinou a estrutura nuclear dos serviços e as competências das respectivas unidades orgânicas; (2) A Portaria n.º 568/2007, de 30 de Abril, que fixou o limite máximo de unidades orgânicas flexíveis dos serviços. As Direcções Regionais da Economia (DRE), são serviços periféricos da administração directa do Estado, dotados de autonomia administrativa com a seguinte identificação: Direcção Regional da Economia do Norte; Direcção Regional da Economia do Centro; Direcção Regional da Economia de Lisboa e Vale do Tejo; Direcção Regional da Economia do Alentejo; e Direcção Regional da Economia do Algarve.

- 2 Nos termos da disposição em anotação, é punida com o crime de desobediência qualificada a inobservância por parte da entidade exploradora do terceiro prazo fixado para o cumprimento das cláusulas do licenciamento e exploração das instalações eléctricas.
- 3 No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – *Comentário do Código Penal...*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.
- 4 Os **elementos objectivos** do crime de desobediência são:
 - A existência de um comando da autoridade ou do funcionário (na acepção do art. 386.º do CP);
 - Sob a forma de ordem ou mandado, impondo uma determinada conduta, um dever de acção ou omissão, nos termos concretamente definidos;
 - A sua legalidade material e formal;
 - A competência da entidade que o emite;
 - A regularidade da comunicação ao destinatário;
 - A violação do dever concretamente emergente desse comando;

– Não existindo disposição legal que, em concreto, especificamente considere uma determinada conduta punível como crime de desobediência, é ainda necessário, que a autoridade ou o funcionário façam a cominação da punição.

Nos termos do art. 45.º do Decreto-Lei n.º 26852, de 30 de Julho de 1936 (na redacção introduzida pelo art. 1.º do Decreto-Lei n.º 446/76, de 5 de Junho), vistoriada a instalação, se esta apresentar deficiências que não colidam com a segurança das pessoas, ou não estiver concluída de acordo com o projecto aprovado ou apresentado, o técnico que tiver efectuado a vistoria autorizará provisoriamente a exploração. No entanto, para evitar as deficiências, o técnico imporá, no acto da vistoria ou posteriormente, as cláusulas que julgar necessárias para (1) garantir a protecção das pessoas e coisas; (2) garantir a segurança da exploração da instalação vistoriada e de outras com ela relacionadas; (3) e garantir a salvaguarda do interesse colectivo, fixando um prazo suficiente para a execução dos trabalhos. A requerimento do interessado, poderá ser concedida a prorrogação do prazo para cumprimento das cláusulas, quando devidamente justificado. Pelo contrário, se a instalação apresentar deficiências que colidam notoriamente com a segurança das pessoas, o técnico não autorizará a exploração, dando disso conhecimento, por escrito, no acto da vistoria, impondo as cláusulas necessárias, de modo a contemplar os aspectos acima indicados. As instalações eléctricas só poderão entrar em exploração se não apresentarem deficiências que afectem a segurança das pessoas e que possam ser eliminadas sem necessidade de interromper a exploração. Em caso de urgência justificada, e ressalvada a segurança das pessoas, poderá ser autorizada a exploração com deficiências que só possam ser eliminadas com interrupção do serviço. Note-se que a imposição de cláusulas pode ter lugar quer na vistoria inicial quer em revistoria posterior. A falta de cumprimento de quaisquer cláusulas impostas à entidade exploradora de uma instalação eléctrica (quer essa imposição tenha resultado da primeira vistoria dessa instalação, quer seja consequência de uma revistoria realizada em outra qualquer ocasião), dá lugar se a instalação for de serviço público, à aplicação de uma coima de € 25 por cada cláusula que não tiver sido cumprida ou que o tenha sido de modo incompleto ou ineficaz, não devendo, em todo o caso, a coima ser inferior a € 75 nem superior a € 750; se a instalação for de serviço particular, os limites mínimo e máximo das coimas são reduzidos para metade. Aplicada a coima, a autoridade competente fixa à entidade exploradora, para cumprimento das cláusulas em falta, um novo prazo que seja suficiente para a execução de todos os trabalhos impostos e, se este prazo também não for respeitado, o infractor é considerado reincidente, sendo-lhe aplicada uma nova coima de € 75 por cada cláusula, com o mínimo de € 150 e o máximo de € 1500, seguida da fixação de um terceiro e último prazo; se a instalação for de serviço particular, os limites mínimo e máximo das coimas são reduzidos para metade. A segunda reincidência é punida com coima de € 300 por cada cláusula, com o mínimo de € 750 e o máximo de € 7500; se a instalação for de serviço particular, os limites mínimo e máximo das coimas são reduzidos para metade. 15 dias depois da aplicação desta última coima, se a entidade exploradora não tiver executado integralmente todos os trabalhos impostos de modo satisfatório, a autoridade competente pode ordenar a sua execução coerciva, por conta do infractor, caso em que as importâncias despendidas, se não forem satisfeitas voluntariamente, são cobradas coercivamente. Independentemente de terem sido (ou não) aplicadas as coimas, a não observância do terceiro prazo fixado para o cumprimento das cláusulas é considerado como crime de desobediência qualificada, nos termos do disposto no art. 348.º do Código Penal.

O crime é cometido por **omissão**: sanciona-se o simples deixar de fazer aquilo que foi legitimamente ordenado ou mandado, independentemente das consequências ou do resultado. No caso concreto, a verificação do crime de desobediência está condicionada ao decurso do prazo (o 3.º) fixado para o cumprimento das cláusulas. Consubstanciando a ordem ou o mandado uma norma de conduta concreta emanada da autoridade competente (em regra, da Direcção Regional da Economia territorialmente competente dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere), a mesma é dirigida à entidade exploradora de uma instalação eléctrica mediante a imposição de uma conduta que se traduz no cumprimento integral da(s) cláusula(s). O incumprimento integral (ou incompleto ou ineficaz ou insatisfatório) das imposições, completado o 3.º prazo, faz incorrer a entidade exploradora no crime de desobediência qualificada. No acto de fiscalização (vistoria ou revistoria) em que é detectada a inobservância (ainda que parcial) das imposições e onde é fixado o terceiro prazo para o respectivo cumprimento, deve ser regulamente comunicada ao destinatário a cominação do n.º 5 do preceito em anotação. Ou seja, essa comunicação deve ser documentada e da mesma deve resultar inequivocamente que o destinatário se inteirou, de facto, do seu conteúdo e, designadamente, das consequências legais resultantes da inobservância da ordem. Por outro lado, o destinatário deve ser a pessoa que, dentro da orgânica da entidade exploradora, tenha atribuições de direcção para fazer cumprir a ordem recebida. A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo.

Segundo o parecer n.º 31/2005 do Conselho Consultivo da PGR, D.R., II Série, n.º 228, de 28 de Novembro de 2005 (Governador civil – Magistrado administrativo – Administrador de concelho – Competência – Instalações eléctricas – Intimação – Notificação – Interpretação da lei), “1.ª Aquando da promulgação do Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26 852, de 30 de Julho de 1936, vigoravam, quanto à designação e atribuições dos magistrados administrativos, as normas do título VIII do Código Administrativo de 1878, por força do disposto no artigo 1.º do Decreto n.º 12 073, de 9 de Agosto de 1926; 2.ª À luz das referidas normas do Código Administrativo de 1878, o administrador do concelho era um magistrado administrativo, competindo-lhe velar pelo cumprimento das leis e regulamentos da Administração Pública e fazer executar todas as medidas de administração geral, assumindo a qualidade de delegado governamental e autoridade policial; 3.ª No domínio dos Códigos Administrativos de 1936 e 1940, o titular do órgão presidente da câmara municipal era nomeado pelo Governo e acumulava essa titularidade com a de magistrado administrativo concelhio, substituindo o administrador do concelho, o que determinou a extinção deste último cargo; 4.ª O apontado quadro legal alterou-se profundamente na vigência da actual ordem constitucional e da legislação ordinária que a desenvolveu, tendo o presidente da câmara municipal perdido a qualidade de magistrado administrativo e de autoridade policial, passando a ser eleito directamente pelas populações locais e a integrar, exclusivamente, o órgão executivo do município; 5.ª Enquanto não forem instituídas as regiões administrativas, o governador civil é, no território do continente, um magistrado administrativo, o único órgão local da administração geral e comum do Estado, exercendo na circunscrição distrital funções de representação do Governo, aproximação entre o cidadão e a Administração, segurança pública e protecção civil; 6.ª Face à evolução legislativa verificada, impõe-se uma interpretação actualista da norma constante do § 1.º do artigo 56.º do Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26 852, de

30 de Julho de 1936; 7.^a Assim, para efeitos da intimação (notificação) prevista na citada norma do Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, deve considerar-se competente o governador civil do distrito respectivo, na qualidade de representante do Governo na área distrital com funções de segurança e polícia, consoante o disposto no corpo do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 213/2001, de 2 de Agosto, que ressalva o exercício de outras competências consagradas em legislação avulsa.” Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpre – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.

A ilegitimidade da ordem não constituirá uma causa de justificação, uma vez que a legitimidade da mesma é elemento da factualidade típica. Conflito de deveres – cfr. art. 36.º do Código Penal

A **pena aplicável** é a de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias (cfr. n.º 2 do art. 348.º do Código Penal).

Artigo 71.º

A falta de cumprimento da terceira intimação, feita nos termos dos artigos 69.º e 70.º, é considerada crime de desobediência para efeitos de aplicação do disposto no artigo 348.º do Código Penal.

Sumário da anotação:

A desobediência (anotações 1 e 2)

Remissão (anotação 3)

A pena (anotação 4)

Nos termos do art. 69.º, o concessionário de uma distribuição de energia eléctrica que não respeitar as cláusulas do caderno de encargos da sua concessão ou distribuir energia eléctrica para fins diferentes dos que nele forem estipulados é punido com coima até € 150, que, em caso de reincidência, pode ser elevada até € 1500, seguida de intimação para regularizar a exploração.

Nos termos do art. 70.º, aquele que deixar de cumprir qualquer intimação legal que lhe seja feita pela autoridade competente é punido com coima até € 150, que, em caso de reincidência, é elevada até € 1500, seguida de nova intimação.

Cfr. art. 68.º e respectivas anotações.

A **pena aplicável** é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

NOTA PRÉVIA ao Decreto-Lei n.º 28/84

Sumário da nota prévia:

As fontes (anotação 1)
O âmbito de aplicação (anotação 2)
A Constituição (anotação 3)
A lei de defesa do consumidor (anotação 4)
As definições legais (anotação 5)
O bem jurídico (anotação 6)
O tipo objectivo (anotação 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A justificação e a desculpa (anotação 9)
A tentativa (anotação 10)
A participação (anotação 11)
O concurso (anotação 12)
As penas (anotação 13)
O procedimento criminal (anotação 14)
A constituição como assistente (anotação 15)
A aplicação da lei no tempo (anotação 16)

- 1 As **fontes**. O Decreto-Lei n.º 28/84, (Regime de Infracções Anti-Económicas e Contra a Saúde Pública), instituindo um novo RIAECSP, veio revogar o regime anterior constante do Decreto-Lei n.º 41.204, 24.07.1957 (este sofrera modificações, nomeadamente as introduzidas pelos seguintes diplomas: Decreto-Lei n.º 43.860, 16.08.1961; Decreto-Lei n.º 45.279, 30.09.1963; Decreto-Lei n.º 308/71, 16.01; Decreto-Lei n.º 340/73, 06.07; Decreto-Lei n.º 476/74, 24.09 – MAIA GONÇALVES, Legislação Penal Anotada, Coimbra, Almedina, 1973, 455). Antes deste diploma, o Código Penal de 1852, nos seus artigos 275.º e 276.º, previra os tipos de crime de açambarcamento e de especulação (alteração fraudulenta de preços), previsão que foi mantida na reforma de 1886. Porém, essas disposições legais viriam a ser transferidas para diplomas avulsos. Entre o C. Penal de 1886 e o Decreto-Lei n.º 41.201 foram publicados os Decretos n.º 29.964, de 10.10.1939, 31.328, de 21.06.1941, 32.086, de 15.06.1942, 32.334, de 20.10.1942 e 35.809, de 16.08.1946, em que se regularam infracções contra a economia nacional, nomeadamente os crimes de açambarcamento, de especulação e a alteração da qualidade de produtos ou de mercadorias (DUARTE FAVEIRO, C. Penal 1886, anotação ao art.º 275.º). O Decreto-Lei n.º 200/82, de 23 de Setembro, preambular do C. Penal de 1982, revogando os artigos 16.º a 19.º do Decreto-Lei n.º 41.204, veio criar lacuna só colmatada com o início de vigência do Decreto-Lei n.º 28/84. Entretanto, fora publicado o Decreto-Lei n.º 191/83, de 16 de Maio, estabelecendo diversas contra-ordenações e prescrevendo as respectivas sanções pelo exercício irregular de actividades económicas, definindo também o processo aplicável, revogado pelo Decreto-Lei n.º 28/84, art.º 85.º, tendo este integrado o seu conteúdo, ainda que reduzindo o elenco das sanções acessórias por consideração das críticas dirigidas à inconveniência de conferir à Administração o poder de aplicar sanções privativas de certos direitos, com a consequente diminuição de garantias – preâmbulo, ponto 1.
O novo RIAECSP, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 28/84, dá corpo a preceitos e princípios da Constituição de 1976, nomeadamente ao seu artigo 88.º, n.º 1 (“As actividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade”. O artigo 88.º foi eliminado na 3.ª revisão, em 1989) e procede às adaptações de harmonização com o novo C. Penal de 1982, nomeadamente quanto aos crimes contra a saúde pública, aos novos tipos de penas

e sua dosimetria, à responsabilidade penal das pessoas colectivas e à introdução de contra-ordenações em substituição das contravenções ou transgressões. Apesar de continuar a considerar incluída a matéria de saúde pública, esta é residual, compreendendo, tão-somente, o crime de abate clandestino (art.º 22.º). O crime de falsificação de géneros susceptível de prejudicar a saúde do consumidor, previsto pelo art.º 17.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 41204, passou a estar tipificado no novo C. Penal (art.º 273.º, na versão originária, 282.º, na actual). A. SILVA DIAS (Entre “comes e bebes”, 486), defende que nem o artigo 22.º é já um crime contra a saúde pública, por incriminar apenas a violação de regras de sanidade e de higiene pública no abate de gado). (Neste artigo de doutrina pode consultar-se um detalhado excuro histórico, p. 532 e seguintes).

O Decreto-Lei n.º 28/84 sofreu as seguintes alterações relevantes para a presente anotação. O Decreto-Lei n.º 6/95, de 17.01, revogou o artigo 40.º – crime de publicidade fraudulenta. O Decreto-Lei n.º 20/99, de 28.01, alterou o artigo 23.º – crime de fraude de mercadorias. A Lei n.º 13/2001, de 04.06, introduziu novo tipo de crime, com o aditamento do artigo 41.º-A (crime de corrupção activa com prejuízo do comércio internacional) e a Lei n.º 108/2001, de 28.11, dois novos tipos de crime, com o aditamento dos artigos 41.º-B e 41.º-C (crimes de corrupção passiva e de corrupção activa no sector privado). Porém, esses tipos legais vieram a integrados na Lei n.º 20/2008, de 21.04, na qual foi instituído novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado, dando cumprimento à Decisão Quadro n.º 2003/568/JAI, do Conselho, de 22 de Julho, com revogação expressa dos três artigos aditados ao Decreto-Lei n.º 28/84 (41.º-A, 41.º-B e 41.º-C). Fora do âmbito dos artigos anotados, o Decreto-Lei n.º 28/84 sofreu as seguintes alterações; o Decreto-Lei n.º 347/89, de 12 de Outubro, alterou o art.º 78.º, regulador do destino do produto das coimas e sanções acessórias; o Decreto-Lei n.º 162/99, de 13.05, revogou as alíneas d) e e), do artigo 64.º; o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26.04, revogou o artigo 62.º; o Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26.03, revogou o art.º 72.º. O decreto-lei n.º 20/99, de 28 de Janeiro, alterou o artigo 23.º A declaração da PCM, de 21.03.1984, publicada no DR, I, de 31.03.1984, rectificou no texto originário do Decreto-Lei n.º 28/84, a redacção dos artigos 7.º, n.º 4, 22.º, n.º 1, alínea c), 67.º, n.º 1 e 74.º, n.º 2.

Em Março de 2006, uma Comissão presidida pelo Prof. Doutor António Pinto Monteiro apresentou o Anteprojecto do Código Consumidor, o qual, até ao presente, não teve sequência legislativa. Ainda que não expressamente incluído nos diplomas ou normas a revogar, elencados no Relatório da Comissão, o Anteprojecto, na perspectiva da defesa dos interesses do consumidor, propõe regulação em várias matérias expressa ou implicitamente dentro do âmbito de aplicação actual do Decreto-Lei n.º 28/84, aqui na perspectiva da infracções contra a economia, mas, ainda assim, tutelando interesses concretos de consumidores, para além de interesses jurídico-económicos supra-individuais. SILVA DIAS, *in* DPEE, III, Linhas Gerais do Anteprojecto..., p. 557, aborda esta temática.

Economia, actividade económica, circuito de distribuição, o DPE e o âmbito do RIAECSP. “Economia é o estudo sistemático do ajuste social à escassez de bens e recursos e à administração dos bens e recursos escassos” (Oskar Lange). “Economia é o estado de como os homens e a sociedade decidem, com ou sem a utilização do dinheiro, empregar recursos produtivos escassos, que poderiam ter aplicações alternativas, para produzir diversas mercadorias ao longo do tempo e distribuí-las para consumo, agora ou no futuro, entre diversas pessoas e grupos da sociedade. Ela analisa os custos e os benefícios da melhoria das configurações de alocação de recursos” (Paul A. Samuelson).

2

Actividade económica será o “conjunto de actos pelos quais as pessoas satisfazem às suas necessidades, através da produção e troca de bens e de serviços”, in <http://vsites.unb.br/face/eco/inteco/paginas/dicionarioa.html>.

Por sua vez, um circuito ou canal de distribuição será o conjunto de meios utilizados para fazer com que o produto ou serviço chegue desde o produtor até ao consumidor/utilizador final. O canal de distribuição pode ser longo e incluir diversos intermediários com armazenistas, grossistas e retalhistas ou ser curto e no limite não existirem intermediários entre o produtor e o consumidor, in <http://www.knoow.net/cienceconempr/gestao/canaldedistribuicao.htm#vermais>.

O DPE interfere na ordenação da organização da economia, nos seus vários estádios, produção, distribuição, consumo ou poupança e investimento. A sua amplitude tem vindo a crescer, ainda que diferentemente de país para país, mas abrangendo matérias diversificadas nos domínios da ordem económica, financeira e tributária, do meio ambiente e muitos outros. Sobre distinção entre direito penal clássico e direito penal secundário e, dentro deste, sobre as suas várias componentes, nomeadamente do DPE – veja-se FARIA COSTA, in *Noções fundamentais...*, p. 30. O RIAECSP situa-se no âmbito da ordenação jurídica da economia, mas não de forma abrangente. Deixa de fora um largo campo de regulação jurídico-penal da economia. Matérias como a criminalidade das sociedades, da concorrência, da protecção da propriedade industrial, da propriedade intelectual, do mercado de valores mobiliários, da informática.

Pode suceder que em certas situações ou preceitos legais se utilizem as expressões “crimes antieconómicos”, “crimes contra a economia” ou “infracções contra a economia nacional” que devam ter uma interpretação extensiva. Deve o intérprete, libertando-se do elemento literal, verificar, socorrendo-se de elementos lógicos (nomeadamente de elementos de sistema e de teleologia), qual o sentido correcto da expressão, ou seja, se compreende apenas as infracções incluídas no RIAECSP ou se estas e outras áreas da ordenação económica. Essa interpretação, contudo, não está isenta de dificuldades, como o demonstram os inúmeros recursos e decisões nem sempre unívocas, nomeadamente na aplicação de leis de amnistia cuja previsão de clemência ou graça se dirige a crimes ou infracções contra a economia (a título de exemplo, podem consultar-se os seguintes acórdãos, todos sobre infracções da propriedade industrial: no sentido de serem crimes contra a economia – acórdão de 31.05.2000, do TRC, proc. 1066/00; acórdãos do TRL de 29/06/1994, proc. n.º 0332653 e de 07/11/2000, proc. n.º 064895. Em sentido oposto: acórdãos do TRP, de 02/11/2000, proc. n.º 0110244, de 28/06/2000, proc. n.º 0040462 e de 19/04/1995, proc. n.º 9411056.

Sobre as dificuldades e “discussão sobre uma definição precisa do que seja criminalidade económica – conceito que constitui o núcleo fundamental em torno do qual se desenvolve o DPE” reflecte INÊS GODINHO, in *A Responsabilidade Solidária*, p. 135, apontando que ainda não se chegou a um termo da discussão. Refere-se a “um desvio normativo económico” como “tónica diferenciadora do crime económico”, p. 137.

- 3 O **Decreto-Lei 28/84 e a Constituição**. Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/84, “o legislador constituinte quando estatuiu que as actividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade (Constituição da República Portuguesa, artigo 88.º, n.º 1) e quando apontou algumas directrizes de política criminal a observar, neste domínio, pelo legislador ordinário. Uma delas respeita às sanções, que poderão incluir, como efeito da pena, a perda dos bens, directa ou indirectamente obtidos com a actividade criminosa, e sem que ao infractor caiba qualquer indemnização (citado artigo,

n.º 2). Outra prende-se com a intervenção do Estado na racionalização dos circuitos de distribuição e na formação e no controle dos preços, a fim de combater práticas especulativas, evitar práticas comerciais restritivas e seus reflexos sobre os preços e adequar a evolução dos preços de bens essenciais aos objectivos da política económica e social (artigo 109.º, n.º 1)”.
– CRP – Versão originária do **artigo 88.º**, em vigor à data da publicação do diploma anotado, eliminado na Revisão de 1989 – (Actividades delituosas contra a economia nacional)

1. As actividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade. 2. As sanções poderão incluir, como efeito da pena, a perda dos bens, directa ou indirectamente obtidos com a actividade criminosa, e sem que ao infractor caiba qualquer indemnização.

– CRP – Versão originária do **artigo 109.º** – (Preços e circuitos de distribuição) 1. O Estado intervém na formação e no controlo dos preços, incumbindo-lhe racionalizar os circuitos de distribuição e eliminar os desnecessários. 2. É proibida a publicidade dolosa. Apontavam-se então directrizes de política criminal para as delituosas no desenvolvimento de actividades económicas: de obrigação de criminalização; sanções adequadas, leia-se graves e perda de bens produto do crime; controlo de preços; proibição da publicidade dolosa.

CRP – Revisão de 1982 (Lei C. n.º 1/82, de 30/09) – Foram fundidos os artigos 109.º e 110.º, passando a constituir o novo artigo 109.º, mas com os textos originários alterados.

Com a epígrafe comércio e a seguinte redacção no seu n.º 1 (n.º 2 sem interesse aqui) essa norma constitucional era do seguinte recorte:

“1. O Estado intervém na racionalização dos circuitos de distribuição e na formação e no controlo dos preços, a fim de combater actividades especulativas, evitar práticas comerciais restritivas e os seus reflexos sobre os preços, e adequar a evolução dos preços de bens essenciais aos objectivos da política económica e social.”

2. Foi introduzido um novo artigo 110.º, sob a epígrafe protecção do consumidor com a seguinte redacção:

“1. Os consumidores têm direito à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores”.

Inicia-se aqui um percurso de consagração constitucional dos direitos dos consumidores que desaguarda nas normas do actual artigo 60.º no qual, SILVA DIAS (infra) assenta a sua interpretação do bem jurídico dos crimes fundamentais do RIAECSP.

CRP – Revisão de 1989 (Lei C. n.º 1/89, de 08/07) – Nesta revisão foram eliminados os anteriores artigos 88.º, 109.º e 110.º Foi aditado o novo artigo 60.º, com a epígrafe direitos dos consumidores, cujo n.º 1 teve uma redacção originária e os n.ºs 2 e 3 integraram os n.ºs 2 e 3 do eliminado art.º 110.º: “1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. – Foi aditado um novo artigo 102.º com a epígrafe objectivos da política comercial e com a redacção actual do artigo 99.º (infra).

Na revisão de 1997 (Lei C. n.º 1/97, de 20/09) foi aditado um inciso final ao n.º 3, do art.º 60.º que passou a ter a redacção que ainda se mantém. O artigo 102.º passou a artigo 99.º (infra).

CRP – Redacção Actual

Deste processo, resultaram fixados os seguintes textos dos artigos 60.º e 99.º

Artigo 60.º

Direitos dos consumidores

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos”.

Artigo 99.º

Objectivos da política comercial.

“São objectivos da política comercial:

- a) A concorrência salutar dos agentes mercantis;
- b) A racionalização dos circuitos de distribuição;
- c) O combate às actividades especulativas e às práticas comerciais restritivas;
- d) O desenvolvimento e a diversificação das relações económicas externas;
- e) A protecção dos consumidores”.

Os direitos dos consumidores estão inscritos na CRP como direitos sociais. Os objectivos da política comercial inscrevem-se na organização económica.

4 A **Lei de Defesa do Consumidor**. A lei n.º 24/96, de 31/07 (foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 08/04 e pela Lei n.º 85/98, de 16/12) consagra um dever geral de protecção por parte do Estado, que pressupõe a intervenção legislativa e regulamentar adequada em todos os domínios envolvidos (art.º 1.º) e os seguintes direitos dos consumidores (art.º 3.º):

- a) À qualidade dos bens e serviços;
- b) À protecção da saúde e da segurança física;
- c) À formação e à educação para o consumo;
- d) À informação para o consumo;
- e) À protecção dos interesses económicos;
- f) À prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, colectivos ou difusos;
- g) À protecção jurídica e a uma justiça acessível e pronta;
- h) À participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses.

O direito à qualidade dos bens e serviços (art.º 4.º) consiste em os bens e serviços destinados ao consumo deverem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e a produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor.

O direito à protecção da saúde e da segurança física (art.º 5.º) compreende a proibição do fornecimento de bens ou a prestação de serviços que, em condições de uso normal ou previsível, incluindo a duração, impliquem riscos incompatíveis

com a sua utilização, não aceitáveis de acordo com um nível elevado de protecção da saúde e da segurança física das pessoas.

O direito à informação em particular (art.º 8.º) é regulado nos seguintes termos:

a) – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve, tanto nas negociações como na celebração de um contrato, informar de forma clara, objectiva e adequada o consumidor, nomeadamente, sobre características, composição e preço do bem ou serviço.

b) – A obrigação de informar impende também sobre o produtor, o fabricante, o importador, o distribuidor, o embalador e o armazenista, por forma que cada elo do ciclo produção-consumo possa encontrar-se habilitado a cumprir a sua obrigação de informar o elo imediato até ao consumidor, destinatário final da informação.

c) – Os riscos para a saúde e segurança dos consumidores que possam resultar da normal utilização de bens ou serviços perigosos devem ser comunicados, de modo claro, completo e adequado, pelo fornecedor ou prestador de serviços ao potencial consumidor.

d) – O fornecedor de bens ou o prestador de serviços que viole o dever de informar responde pelos danos que causar ao consumidor, sendo solidariamente responsáveis os demais intervenientes na cadeia da produção à distribuição que hajam igualmente violado o dever de informação.

Definições. Encontram-se, no artigo 20.º e 21.º, e, no capítulo IV na parte geral do Decreto-Lei n.º 28/84 as seguintes definições específicas do RIAECSP: 5

– Bens essenciais (artigo 20.º)

– Subvenção ou subsídio (artigo 21.º)

– Género alimentício, ingrediente, condimento, constituinte, género alimentício pré-embalado, aditivo alimentar e pré-mistura (artigo 81.º)

– Género alimentício anormal, nas suas variadas modalidades; falta de genuinidade, falta de condições de maturação, frescura, conservação, exposição ou acondicionamento, e falta de características analíticas (artigo 82.º)

– Género alimentício anormal falsificado (artigo 82.º/2/a)

– Género alimentício anormal corrupto (artigo 82.º/2/b)

– Género alimentício anormal avariado (artigo 82.º/2/c)

– Género alimentício anormal com falta de requisitos (artigo 82.º/2/d)

– Aditivo alimentar anormal, nas suas variadas modalidades; falta de condições de conservação, exposição ou acondicionamento, e falta de características analíticas (artigo 83.º/1)

– Aditivo alimentar anormal falsificado (artigo 83.º/2/a)

– Aditivo alimentar anormal corrupto (artigo 83.º/2/b)

– Aditivo alimentar anormal avariado (artigo 83.º/2/c)

– Aditivo alimentar anormal com falta de requisitos (artigo 83.º/2/d)

– Alimentos, aditivos e pré-misturas destinadas a animais (artigo 84.º)

O bem jurídico. É inquestionável a natureza supra-individual ou comunitária dos bens jurídicos protegidos nos diferentes crimes do RIAECSP, natureza que, aliás, justifica a ampla possibilidade de intervenção processual das associações de consumidores. A natureza eminentemente supra-individual dos bens jurídico-económicos protegidos nos crimes contra a economia, por contraponto com os crimes contra o património, justificam a diferenciação na dosimetria das penas (preâmbulo, ponto 9). “A par de bens de contornos tão definidos como a vida, a integridade física do homem ou das coisas objecto de dano, e de construções jurídico-económicas como a propriedade ou o património, aparecem ‘coisas’ como a ordenação económica e os seus múltiplos subsistemas, v.g., a concorrência, a estabilidade dos preços, o abastecimento regular do mercado de certos produtos, 6

a confiança na autenticidade e genuinidade dos produtos que percorrem os circuitos comerciais, etc.”, diz COSTA ANDRADE, *in* A nova lei..., pp. 81 e 82. O mesmo autor, contra GOLDSCHMIDT e WOLF e EDUARDO CORREIA, defende que o DPE não pode ser entendido como um conjunto de *delicta mere prohibita*, destituídos de bem jurídico subjacente, acompanhando os autores (*ibidem*, p. 88 e seguintes) que consideram tratar-se de bens jurídicos autónomos, supra-individuais, caracterizados “materialmente pela relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação” pretende assegurar (pp. 91 e 92). Defende ainda que “numa perspectiva genética” os bens jurídicos do DPE são em grande medida um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida económica”, socorrendo-se da figura do crime de perigo abstracto porque “a exigência sistemática de um dano efectivo ou mesmo de um perigo concreto, corresponderia, na prática, à impunidade generalizada e à perda de eficácia preventiva” (p. 93). Acrescenta que, sendo “bens jurídicos, social, histórica e artificialmente construídos”, “não contam com um referente ontológico”, “nem contam sequer com um referente culturalmente decantado em termos de identidade, consistência e consenso generalizado”. – Desta natureza, segundo o autor, decorre que a proibição pertence do tipo e decorrem também consequências ao nível do erro, da aplicação da lei no tempo (p. 94). À luz desta concepção do bem jurídico, considera que os tipos dos artigos 23.º, 24.º e 25.º do RIAECSP, crimes contra a economia, incriminam genericamente a categoria de fraude sobre mercadoria correspondente amplamente ao crime contra a saúde pública do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 41.204, de falsificação de géneros alimentícios (p. 97). Sendo supra-individual o bem jurídico nos crimes de DPE, só em segunda linha surge o interesse individual do cidadão.

A propósito do Anteprojecto do C. Consumidor, SILVA DIAS, *in* Linhas Gerais, e no seu artigo doutrinário Comes e Bebes..., teceu considerações pertinentes para a questão da determinação do bem jurídico das infracções do RIAECSP, divergindo da doutrina COSTA ANDRADE.

Refere-se à intencionada tutela directa de “certos bens jurídicos supra-individuais dos consumidores, que partilham à uma qualidades ou atributos de objecto de direitos sociais, de interesses difusos e de bens colectivos” como “a saúde e a segurança, a qualidade de bens de consumo assimiláveis pelo organismo humano e ainda a interesses patrimoniais dos consumidores. Todos eles bens jurídicos essenciais à concepção da cidadania nas sociedades contemporâneas, todos eles dotados de relevo constitucional por via do art.º 60.º da CRP e todos eles carecidos de tutela contra ameaças graves resultantes da dinâmica das sociedades actuais vistas como sociedades do risco global”. “A economia ou a ordem económica fornece apenas um quadro de referência temático dos comportamentos mas não deve ser visto como um bem jurídico-penal”. SILVA DIAS, *Delicta*, p. 852. A divergência com COSTA ANDRADE concretiza-se na identificação da natureza do bem jurídico dos crimes dos artigos 23.º, 24.º e 25.º como fraudes sobre mercadorias, com a segmentação de bens jurídicos por este proposta *in* a Nova lei dos crimes contra a economia. Em alternativa, retira o bem jurídico do art.º 24.º dos direitos dos consumidores consagrados no artigo 60.º da CRP.

Ainda a propósito da natureza do bem jurídico dos crimes do RIAECSP, em torno da possibilidade de constituição de assistente, diz HUGO DUARTE FONSECA, que pode ser avaliada como reflexo da sua específica necessidade de protecção dos bens jurídicos supra-individuais que se revelam “como bens imateriais sem sujeito concreto, que devem poder ser gozados por todos e por cada um, sem que ninguém fique excluído desse gozo e que, olhados quando envergando o manto

de bens económicos se apresentam como bens de utilização irrisível, inextinguível, cuja utilidade atinge mais do que um indivíduo e se faz sentir, na totalidade, em cada pessoa”, e que essa possibilidade resulta de que “há comportamentos que embora não prejudiquem uma concreta pessoa, lesam indiscriminadamente todos os membros da comunidade” – *in* Temas de DPE, Da autonomia dogmática à integridade nos princípios, p. 168 (*infra*, *aliud et* FARIA COSTA).

Tipo objectivo. Os crimes do RIAECSP são de **crimes de perigo abstracto**. Em diversos tipos (p. ex., art.º 24.º e 25.º) um dos elementos previstos no tipo objectivo é a susceptibilidade de com a acção ser criado o perigo contra o bem protegido. Porém, não é necessária ao preenchimento do tipo a verificação do perigo. Trata-se por isso de **crimes de perigo abstracto-concreto**, como observa FIGUEIREDO DIAS, *in* Direito Penal I, 2004, Coimbra, Coimbra Editora, p. 293. Nesta categoria interessa (nomeadamente para o objecto da investigação, narração acusatória, prova em julgamento e fixação de matéria de facto e condenação) que seja verificada a aptidão (susceptibilidade) da conduta para desencadear o perigo proibido. Afastada essa aptidão não há crime. Assim não sucede, porém, com os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado (FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, Sobre os crimes de ... a 1994, DPEE, Textos Doutrinários, II, p. 343). Consequência prática da sua natureza de crimes de perigo abstracto é a de “não ter de se fazer prova de que a conduta descrita no tipo colocou em perigo o bem jurídico, o legislador, baseado na elevada perigosidade da conduta, demonstrada pela experiência, considera que tal conduta contém sempre o risco sério de poder lesar ou pôr em perigo o importante bem jurídico protegido pelo tipo” – TAIPA de CARVALHO, Manual de Direito Penal, II, Reimpressão 2006, Porto, Universidade Católica, p. 99. Nos diferentes tipos, salvo excepções como no aludido crime de dano, sendo a punição fundada no desvalor da acção, que é um elemento da culpa, no tipo objectivo está excluído o desvalor do resultado e não se colocam questões específicas de causalidade.

Tipo subjectivo. Relativamente ao regime comum, não se registam especificidades dignas de registo no RIAECSP. Novidade foi a consagração da responsabilidade penal das **pessoas colectivas**, entretanto alargada a outros sectores do DPE e, após a última revisão do C. Penal (2007) com uma regulamentação comum acolhida neste código.

Os crimes do RIAECSP não são enquadráveis na categoria de crimes específicos dos comerciantes ou de outros agentes económicos.

Questão já resolvida é a de saber se as **pessoas colectivas de direito público** podem ser responsabilizadas criminalmente. SEIXAS MEIRELES, *in* Pessoas Colectivas e Sanções Criminais, p. 48, considerou muito difícil justificar a insusceptibilidade de serem responsabilizadas criminalmente porque, de outro modo, se poderia criar uma “zona livre de punição criminal”. Salientava, contudo, as dificuldades de definição de pessoa colectiva de natureza pública. Enunciou as dificuldades de aplicação dos diversos tipos de penas, multa e dissolução, pp. 74 e 76, entre outras. Essa dúvida deixou de persistir face à actual redacção do art.º 11.º, n.º 2, do C. Penal que expressamente exclui a responsabilidade do Estado, das pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais. Ainda que a norma se refira apenas a crimes previstos no direito comum, parece dela poder extrair-se um princípio geral, aplicável no DPE. No n.º 3 define-se, melhor, enumeram-se os diferentes tipos de pessoas colectivas públicas, nelas se incluindo entidades públicas empresariais, concessionárias de serviço público e outras pessoas colectivas que exerçam direito público. Sem embargo disso, não fica afastada a responsabilidade individual dos membros dos órgãos, dirigentes e demais representantes, sendo que,

aqui, as questões não serão diferentes das que se colocam na individualização da responsabilidade dos órgãos de representação das pessoas colectivas e equiparadas. O novo regime do C. Penal sobrepõe-se quase inteiramente ao regime do Decreto-Lei n.º 28/94 que, nessa medida, deve considerar-se caduco e inaplicável. Nos artigos 2.º do RIAECSP, regular-se a responsabilidade das pessoas colectivas ou equiparadas. Quanto à actuação em nome de outrem, INÊS GODINHO (coord. FARIA COSTA, *in* Temas de DPE, A Actuação...), analisara comparativamente os regimes dos artigos 3.º do Decreto-Lei 28/84, e 12.º do CP, concluindo pela existência de importantes diferenças – p. 234.

Como apontado supra (ponto 8) na generalidade dos crimes do RIAECSP, que são de perigo abstracto-concreto, o tipo subjectivo compreende o desvalor da acção, o que torna central a problemática da culpa e do erro.

- 9 **Causas de justificação e de desculpa.** FARIA COSTA, *in* O DPE e as causas implícitas de exclusão da ilicitude, fala de dependência total nesta matéria, relativamente ao direito penal comum (p. 51). Defende que o risco permitido (art.º 333.º/2, actual art.º 235.º/2, do C. Penal), como a adequação social da conduta (pelo uso ou não ofensividade ou insignificância da lesão do bem jurídico), são causas implícitas de exclusão de ilicitude aplicáveis ao DPE pp. 51 e 59. No artigo 26.º prevê-se isenção de responsabilidade criminal para os crimes dos artigos 24.º e 25.º

Há exclusão da culpa se o conhecimento da anormalidade pelo agente económico resultar do cumprimento do dever de vigilância e se após a detecção da irregularidade toma e executa a decisão da declaração às autoridades de fiscalização ou de sinalização ao consumidor. Não se preenche neste caso o tipo subjectivo. Se o agente decidir a conduta típica, nomeadamente a exposição para venda ou armazenamento, e depois decide essa declaração ou sinalização já se estará perante uma situação de arrependimento activo, com possibilidade de exclusão da pena. No artigo 27.º prevê-se uma situação de desistência activa, cuja consequência é a de mera atenuação da pena, mas também limitada aos crimes dos artigos 23.º e 24.º. A responsabilidade criminal das pessoas colectivas está excluída nos casos de actuação contra ordens dos seus órgãos ou representantes – art.º 3.º, n.º 2. A norma tem agora correspondência no regime penal comum.

- 10 **Tentativa.** Nos termos do art. 4.º é sempre punível, mesmo que a pena aplicável seja inferior a três anos (em todos os tipos existe norma de excepção à regra geral enunciada no n.º 1, do art.º 23.º do CP). Contudo, deve ter-se em conta a impunidade da tentativa negligente, de acordo com a regra geral do número 1, do artigo 22.º do C. Penal. Neste exige-se a actuação dolosa para que se verifique a tentativa. Trata-se de um princípio estruturante na dogmática penal. A punição da negligência funda-se na violação de um dever geral de cuidado para evitar um resultado (art.º 15.º, C. Penal). Se há mera tentativa não chega a acontecer qualquer resultado pelo que o incumprimento do dever não tem relevância penal. Não se encontrando especialidade relativamente ao regime da parte final do artigo 24.º, n.º 1, no caso de tentativa com desistência activa esta funciona como causa de exclusão da ilicitude em todos os crimes do RIAECSP – ver FERNANDA PALMA, Da tentativa possível em DP, 2006, Coimbra, Almedina, p. 154. Sendo crimes de perigo abstracto-concreto, o resultado não está incluído no tipo e a sua remoção faz-se pela anulação do perigo para o bem protegido. Assim, no abate clandestino, se depois de iniciar o processo de matança, arrependido, o autor deixar de matar os animais ainda vivos e queimar os já abatidos, anulando a hipótese de consumo público, excluir-se-á a ilicitude.

Alguma doutrina defende a impossibilidade lógica de tentativa com mero dolo eventual. Neste sentido, FARIA COSTA, BFDC, 1995, 6, p. 74. Em sentido contrário

e convincentemente, decidiu recente acórdão do STJ, de 02/04/2009, proc. n.º 08P3277 que se pode consultar no endereço: “<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7049f06a3e26c70a80257598003806f1?OpenDocument>” e com a seguinte conclusão sumariada no ponto VIII: – “Uma parte minoritária da doutrina tem posto em causa a compatibilidade destas duas realidades, tentativa e dolo eventual, face à incongruência entre a “decisão de cometer um crime” e a mera representação e aceitação, por parte do agente, da eventualidade de os actos praticados virem a desencadear a sua consumação (art. 22.º do CP), mas no sentido claro de compatibilidade se tem pronunciado a jurisprudência, e de forma dominante neste STJ – cfr. Ac. de 11-10-2001, Proc. n.º 951/01 – 5.ª.”

Comparticipação. Não há especificidades quanto à aplicação e interpretação do regime comum. A teoria do domínio funcional do facto tem perfeito cabimento no RIAECSP. Contudo, são muito acentuadas as dificuldades da sua aplicação, por não ser fácil a identificação e imputação concreta dos indivíduos que, numa empresa com vários sócios, gerentes, administradores, chefes, responsáveis de sector, empregados ou meros colaboradores ocasionais, tiverem interferência na acção ou omissão ou no incumprimento do dever de cuidado – ver BERNARDO FEIJOO SANCHEZ, Prof. Catedrático da Universidade Autónoma de Madrid, “Autoria e Participação em Organizações Empresariais Complexas, 2009, Madrid, edição do BF, consultável em versão portuguesa em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=-ApAM47UGro%3d&tabid=622>.”

Relativamente aos crimes do RIAECSP, essencial é identificar cada um dos factos na cadeia de produção e distribuição ao consumo. Em cada tipo há subtipos com acções que podem ser autónomas (confeccionar, transportar, armazenar, vender preparar,...). É relativamente a cada uma delas que têm de se determinar as questões do domínio funcional do facto e da participação, instigação, autoria, co-autoria, cumplicidade.

Tratando de crimes comissivos por omissão ou de crimes negligentes em que o dever de acção ou o dever de cuidado recai sobre diferentes pessoas, sendo esse dever individual, por princípio não haverá participação mas autoria paralela. De todo o interesse para a análise prática se revela o texto doutrinário de SILVA DIAS, *in* Ramos Emergentes, pp. 184-229. Aí defende que são instigadores os dirigentes máximos ou outros membros de órgãos colectivos que não exerçam funções de coordenação de sectores autónomos de actividade, mas participem nas decisões colegiais dos órgãos da empresa. Já os que exerçam a coordenação ou direcção de um sector autónomo serão autores dos factos típicos resultantes das suas decisões – p. 229.

Sobre o **concurso – aparente ou efectivo** – entre crimes e contra-ordenações, SILVA DIAS, *in* Ramos Emergentes, p. 230, aponta o exemplo de um comerciante de carnes que, violando regulamento de higiene, tem à venda carne avariada facto que “realiza de uma vez” o tipo penal do art.º 24.º, n.º 1 e o tipo contra-ordenacional do art.º 58.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei 28/84, para salientar as dificuldades que levanta, nomeadamente de violação do *ne bis in idem*, em caso de dupla sanção e dá conta da solução preconizada no art.º 409, n.º 1 do anteprojecto do Código do Consumidor.

No RIAECSP não existe norma especial pelo que o regime do concurso entre crimes e contra-ordenações é o regime comum, do art.º 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro. De acordo com este regime, ocorrendo concurso o crime consome a contra-ordenação mas são aplicáveis as penas acessórias desta – previsão de pouco alcance prático porque nos crimes do RIAECSP são estatuídas sanções acessórias equiparadas às das contra-ordenações.

Relativamente ao concurso de crimes dentro do Decreto-Lei n.º 28/84, dada a diferente natureza dos bens jurídicos protegidos, haverá, por regra, concurso quando a mesma acção preencher dos tipos (concurso heterogéneo). A dificuldade pode surgir se considerada a tese do bem jurídico do consumidor e se, dentro deste, estiver em causa o mesmo direito social inscritos na CRP e desenvolvidos na LDC, nomeadamente o direito ao fornecimento de bens em condições de uso normal ou previsível, ínsito ao direito à saúde. Será então uma situação de concurso legal ou aparente, a ser resolvido no domínio da técnica jurídica interpretativa, com recurso aos princípios da subsidiariedade, especialidade ou consumpção.

- 13 Especificidades nas finalidades e sentido das **penas** no RIAECSP – “Daí que as penas previstas neste diploma para os diferentes tipos de crimes tenham em conta a diversidade de interesses apontada. Faz-se um largo uso da pena de prisão, tida por adequada ao tipo normal de agente que se quer atingir, relativamente ao qual predominam os fins de prevenção especial e se revelam menos prementes as contra-indicações de sentido ressocializador. Abundantes estudos criminológicos apontam nesse sentido: o delinquente contra a economia é particularmente sensível à ameaça da pena privativa da liberdade e, em contrapartida, indiferente às penas pecuniárias, já que ao assumir os comportamentos criminosos conta com uma margem de risco em que inclui os custos eventuais da sujeição a sanções deste último tipo. Não se enveredou, todavia, por um direito penal de terror, traduzido em sanções exageradamente graves, de comprovada ineficácia e comportando o risco de violar o princípio da proporcionalidade, sem falar de indesejáveis disjunções no plano económico-social (preâmbulo do RIAECSP, ponto 9).

“Perguntei se haveria, no fundamento, no sentido e na aplicação das penas em DPE algo que as contra-distinguisse das sanções do direito penal geral. Suponho ter demonstrado que, sem se tornar necessário abandonar os princípios gerais do direito penal, existem muitos pontos de apoio para uma resposta afirmativa:

1) o nível exigido de prevenção geral de integração será em muitos casos elevado;

2) as exigências de retribuição de culpa fazem-se sentir noutros casos com acrescida intensidade;

3) a realização das finalidades de prevenção especial e a estratégia de (re)socialização surgem a uma luz particularmente favorável;

4) a preferência pela pena de prisão – mesmo tratando-se de penas curtas –, em confronto com a pena de multa, impõe-se numa gama mais larga de hipóteses;

5) são maiores as expectativas de evitar o efeito dessocializador e criminógeno da privação da liberdade” (FIGUEIREDO DIAS, Breves considerações, p. 41).

Penas principais. Efeitos resultantes do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que aprovou o C. Penal de 1995 no RJIAEcSP. Devem ser consideradas as seguintes disposições dessa lei com reflexo no Decreto-Lei n.º 28/84 e, eventualmente noutros diplomas subsidiários:

“Art. 2.º – 1 – ... 3 – São também revogadas as disposições legais que em legislação penal avulsa proíbem ou restringem a substituição da pena de prisão por multa ou a suspensão da pena de prisão. [foi o caso do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 28/84] Art. 5.º Nunca será fixada prisão subsidiária às penas de multa em quantia previstas em legislação avulsa.

Art. 6.º – 1 – Enquanto vigorarem normas que prevejam penas cumulativas de prisão e multa, sempre que a pena de prisão for substituída por multa será aplicada uma só pena equivalente à soma da multa directamente imposta e da que resultar da substituição da prisão. 2 – É aplicável o regime previsto no artigo 49.º do Código Penal à multa única resultante do que dispõe o número anterior, sempre que se tratar de multas em tempo.

Art. 7.º Enquanto vigorarem normas que prevejam cumulativamente penas de prisão e multa, a suspensão da execução da pena de prisão decretada pelo tribunal não abrange a pena de multa.

Art. 8.º Se for aplicada pena de multa em quantia ou de prisão e multa em quantia e o desconto a que se refere o artigo 80.º do Código Penal dever incidir sobre a pena de multa, efectuar-se-á o desconto que parecer equitativo.”

A atenuação especial da pena e desistência – está prevista no artigo 27.º, em caso de desistência para os crimes dos artigos 23.º, 22.º e 24.º. A desistência consiste na remoção do perigo antes de um dano concreto, ou mesmo depois deste se reduzido e reparado. Também há regras de isenção de pena noutros tipos, como adiante se especificará.

Sobre a natureza solidária da responsabilidade das empresas pelo pagamento das multas (art. 3/2, DL28/84), pode consultar-se – INÊS FERNANDES GODINHO, *Temas de DPE, A Actuação...*, p. 242.

As penas aplicáveis a pessoas colectivas estão tipificadas no art.º 7.º. Breve referência a estes tipos de penas e medidas de segurança *in* LOPES ROCHA, *in* A responsabilidade penal das pessoas colectivas, pontos 50-56, pp. 168-174.

REIS BRAVO, *in* DP dos Entes Colectivos, p. 386, defende que, em caso de cúmulo jurídico de penas de multa aplicáveis a pessoas colectivas, não se acolhendo um sistema de cúmulo material, “será de adoptar um modelo de cúmulo jurídico, em que a regra do art.º 77.º do CP possa ter um sentido de aplicação útil”. Seguindo Nuno Brandão, considera que tal critério não ofende o princípio da legalidade e da taxatividade das penas, porque respeita a regra de correspondência entre a pena de prisão e a de multa, do art.º 90-B, n.º 2, do CP.

Sanções acessórias. “Em consonância com o n.º 4 do artigo 30.º da Constituição da República Portuguesa, a sua aplicação dependerá das circunstâncias de cada caso e ficará ao critério do julgador” (preâmbulo, ponto 9). Estão tipificadas no art.º 8.º. Ver FIGUEIREDO DIAS, *in* As consequências jurídicas do crime, §197-198, p. 158, sobre o carácter não automático, § 199-201, pp. 160-162, sobre efeitos das penas e de crimes e §227, p. 177 e §87-90, pp. 94-97, sobre penas acessórias e efeitos penais da condenação. Este autor refere a ambiguidade do sistema de penas ou sanções acessórias, considerando, do ponto de vista conceptual, que, não estando ligadas à culpa do agente, mas “unicamente a exigências de prevenção (nomeadamente de segurança geral e individual) [...] esses instrumentos sancionatórios poderão ser então ‘efeitos das penas’, como poderão ser ‘medidas de segurança’; penas é que nunca serão” – final do § 227. Mais adiante, refere que “a ligação entre culpa e pena acessória encontra-se assim completamente quebrada” e que “... em nada repara a ruptura entre culpa e pena acessória”, final § 228, p. 178 e § 229, p. 179.

Perda de bens. O RIAECSP classifica-a como pena acessória (art.º 8.º). Estende-se ao lucro ilícito e aos bens adquiridos pela prática do crime – sucedâneo (art.º 9.º), regime que não tem especialidade relativamente ao regime comum do C. Penal. Quanto à sua verdadeira natureza, vejam-se as referências doutrinárias do ponto anterior e ainda, do mesmo autor, e na mesma obra, o § 978.º, p. 615. Deve distinguir-se distinção instrumento, objecto, produto ou vantagem ou sucedâneo (sobre esta questão, conceptual, pode ver-se o mesmo autor, FIGUEIREDO DIAS, *Consequências*, § 981, p. 617 e seguintes). Tem eficácia real, com transferência da propriedade para o Estado e, verificados os seus pressupostos, o seu decretamento é obrigatório (*ibidem*, p. 627). O mesmo autor, referindo-se sempre à perda de bens no direito penal comum, exclui-lhe a natureza de pena acessória, apontando-lhe a natureza de “providência sancionatória análoga à da medida de segurança” –

§ 1014, p. 638. LOPES ROCHA, *in* Problemas, p. 44, já em 1985 apontava que a perda era uma mera possibilidade, que não um efeito necessário.

No sentido de que se trata de uma pena acessória aponta a doutrina de algumas decisões jurisprudenciais do STJ, nomeadamente a do ac. de 28-02-2007 Processo n.º 06P4815 (ainda que em matéria de RGIT). Daí decorre a sua não automaticidade e, consequentemente, a necessidade de inclusão na narração acusatória e na sentença. Porém à semelhança da publicação da sentença (ver *infra*) a obrigatoriedade da aplicação da pena não implica a sua automaticidade.

A perda, à semelhança do actual regime comum, estende-se ao lucro ilícito e aos bens adquiridos pela prática do crime.

Publicidade da decisão. O Acórdão do TC n.º 480/98, considera a publicação da sentença como pena acessória. Daí decorre a sua não automaticidade e, consequentemente, a necessidade de inclusão na narração acusatória e na sentença. Contudo, o TC tem considerado que não há automaticidade na obrigatoriedade de aplicação quando aconteça aplicação de pena de prisão e de multa e considerado conformes à CRP as normas do DI n.º 28/84 que contém essa previsão.

Significativo é o seguinte extracto do AcTc n.º 520/200: “O Tribunal Constitucional tem-se pronunciado pela inconstitucionalidade das normas que impõem a perda de direitos civis, profissionais e políticos como efeito necessário e automático da condenação em certas penas e por certas infracções, por violação do artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, por se entender que, com tal norma a Constituição pretendeu proibir que, em resultado de quaisquer condenações penais se produzam, de forma automática e pura e simplesmente *ope legis*, efeitos que envolvam a perda daqueles direitos (veja-se, neste sentido, o Acórdão n.º 362/92, Acórdãos do Tribunal Constitucional, 23.º V., pág. 489 e a jurisprudência anterior aí citada). No caso em apreço, o facto de no artigo 8.º se estabelecer que, relativamente aos crimes previstos no diploma podem ser aplicadas diversas penas acessórias, entre as quais a de publicitação da decisão condenatória, mostra logo que a aplicação de tal pena não decorre automaticamente da lei, ainda que no artigo 24.º (tal como noutras disposições do mesmo diploma – artigos 22.º, n.º 5; 23.º, n.º 4; 25.º, n.º 3; 28.º, n.º 6; 30.º, n.º 4; 31.º, n.º 3; 32.º, n.º 3; 35.º, n.º 5; 37.º, n.º 5; 38.º, n.º 5 e 40.º, n.º 4) se determine que ‘a sentença será publicada’. Desta referência legal apenas decorre que a pena acessória em causa, quando a lei a menciona, tem de ser sempre aplicada desde que seja aplicada a pena principal de prisão ou multa. Mas desta imposição legal não resulta qualquer colisão com a proibição da automaticidade. É que, face ao tipo de crime que está em causa – crimes contra a saúde pública (artigo 22.º) ou contra a economia (artigo 24.º) – e aos relevantes interesses colectivos protegidos pelas infracções previstas no diploma e ainda face aos graves danos materiais e morais provocados pela criminalidade económica, a publicitação da decisão condenatória aparece como particularmente adequada, em especial se concebida como pena acessória, à realização da protecção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário, que podem ser profundamente afectadas pelos crimes em causa. Atenta a natureza das infracções apuradas e constantes da decisão condenatória, considerando a elevada danosidade social dos comportamentos identificados a pena acessória da publicação da condenação surge como adequada e necessária. É certo que a decisão de 1.ª instância aplica tal pena acessória para ser cumprida ‘após o trânsito’ e sem formular uma fundamentação autónoma. Porém, a decisão recorrida – o acórdão da Relação de Coimbra – utiliza já uma fundamentação própria para justificar tal pena acessória e a manutenção da decisão recorrida. O facto de nessa decisão se entender que ‘a imposição na sentença da respectiva publicação é obrigatória’ citando, neste sentido, um outro acórdão da mesma Relação, não

permite concluir que se trata aqui de uma consequência automática da pena ou da infracção. Com efeito, a aplicação da pena acessória em questão encontra o seu fundamento na prova do ilícito em que se funda a pena principal e na prova da respectiva culpa, não sendo necessário para a sua aplicação a prova de quaisquer outros factos suplementares. Existe, por isso, uma conexão bastante entre o ilícito praticado e a necessidade de conhecimento da prática da infracção e dos seus agentes na área em que ocorreu, para protecção dos interesses colectivos e sociais afectados pela violação, conexão essa que justifica a aplicação acrescida da pena acessória da publicitação da decisão. Não ocorre, consequentemente, qualquer aplicação automática ou por mero efeito *ope legis*, da norma que manda publicar a decisão condenatória de um crime contra a saúde pública e/ou de um crime contra a economia, o que vale por dizer que não existe qualquer inconstitucionalidade, por violação do n.º 4 do artigo 30.º da Constituição, na norma do artigo 24.º, n.º 4, do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Deste diploma, já o Tribunal Constitucional tinha apreciado uma outra norma – o artigo 36.º, n.º 4 – que tem exactamente o mesmo conteúdo da norma que acabou de se apreciar, tendo concluído que a norma questionada não violava nem o princípio da igualdade, nem o princípio da necessidade, nem o direito à reserva da intimidade privada (cfr. O Acórdão n.º 80/98, in ‘Diário da República’, II.ª Série, de 25 de Novembro de 1999).“

Procedimento criminal. Os crimes do RIAECSP são de natureza pública. Face a essa natureza, relativamente a eles, é de efeitos restritos a previsão da LDC que confere às associações de consumidores o direito de queixa e de denúncia. Todavia, o simples facto de praticarem esses actos, mesmo sem se constituírem assistentes, confere-lhes direitos processuais, como o de serem notificadas do despacho final de arquivamento ou de acusação – art.º 277.º, n.º 3, e 283.º, n.º 5, do CPP. Excepção à natureza pública apresenta-se no crime do artigo 41.º (Ofensa à reputação económica) que tem natureza semi-pública.

Verificados os respectivos pressupostos, devem ser usadas as formas especiais de processo sumário, abreviado e sumaríssimo. O artigo 42.º deve considerar-se alterado ou caduco por efeito da actual redacção do artigo 381.º do CPP.

Suspensão provisória do processo – Verificados os respectivos pressupostos, nenhuma norma específica impede o uso deste mecanismo de consenso. Por razão de legalidade, deve fazer-se recurso a essa medida processual.

Assistente. Sempre que alguém for lesado, pode constituir-se assistente em quaisquer dos crimes previstos no diploma (art.º 43.º). Sobre a natureza excepcional desta norma, possibilitando que os consumidores directamente lesados se constituam assistentes, ver REIS BRAVO, Tutela, pp. 110-111. As associações de consumidores (definição na LDC, art.º 17.º) têm igual legitimidade. [LDC – art.º 18.º, n.º 1, alínea m) – As associações de consumidores gozam do direito de queixa e denúncia, bem como direito de se constituírem como assistentes em sede de processo penal e a acompanhar o processo contra-ordenacional, quando o requeiram, apresentando memoriais, pareceres técnicos, sugestão de exames ou outras diligências de prova até que o processo esteja pronto para decisão final]. Trata-se aqui de uma tutela “multi-individual” dos interesses dos consumidores.

Aplicação da lei no tempo. As normas de DPE não são, por natureza, leis temporárias ou de emergência. Esta a mais importante questão específica que se coloca neste domínio e a que se refere jurisprudência diversa citada a propósito do crime de especulação. Na doutrina, confirmando tal natureza, podem consultar-se COSTA ANDRADE, in A nova lei..., p. 96 e FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, in Especulação e sucessão de leis... ponto 8, DPEE, II, 143.

Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que aprova o regime geral das infracções antieconómicas e contra a saúde pública (Artigos 22.º a 25.º, 28.º a 39.º e 41.º)

Artigo 22.º

Abate clandestino

1. Quem abater animais para consumo público:
 - a) Sem a competente inspecção sanitária;
 - b) Fora de matadouros licenciados ou recintos a esse efeito destinados pelas autoridades competentes; ou
 - c) De espécies não habitualmente usadas para alimentação humana;será punido com prisão até 3 anos e multa não inferior a 100 dias.
2. Com a mesma pena será punido quem adquirir, para consumo público, carne dos animais abatidos nos termos do número anterior ou produtos com ela fabricados.
3. Havendo negligência, a pena será de prisão até 1 ano e multa não inferior a 50 dias.
4. A condenação pelos crimes previstos neste artigo implica sempre a perda dos animais abatidos ou dos respectivos produtos.
5. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição como assistente (anotação 11)

1 As fontes são as seguintes:

Decreto-Lei n.º 41.204 – Artigo. 13.º – Abate e aproveitamento de reses impróprias – 1. Os que abaterem reses impróprias para consumo e a este as destinarem, conhecendo o seu estado, serão punidos com prisão de três dias a dois anos e multa, se pena mais grave lhes não couber nos termos da lei geral. 2. Em igual pena incorrem aqueles que, por qualquer modo, para alimentação de outrem a carne das reses impróprias para consumo ou das que hajam morrido de doença, desde que, num ou noutro caso, conheçam o seu defeito.

Artigo 14.º 1 – Comete o crime de matança clandestina, punível com prisão de três dias a seis meses e multa, aquele que abater para consumo público animais das espécies bovina, ovina, caprina, suína ou equídea sem a competente inspecção sanitária. 2. Em igual pena incorrem os que adquiram para alienação ao público ou com destino ao consumo público em hotéis, restaurantes, pensões ou estabelecimentos análogos a carne das reses abatidas clandestinamente ou produtos com ela fabricados, desde que tenham conhecimento do carácter clandestino da matança.

Artigo 15.º – Outras ilegalidades na matança – Será punido com multa de 200\$00 a 500\$00 aquele que abater para consumo público animais das espécies bovina, ovina, caprina, suma ou equina fora das condições seguintes: a) A matança terá lugar em matadouros municipais ou em matadouros privativos, legalmente autorizados, onde os houver, e nas restantes localidades em recintos resguardados, quanto possível

apropriados e situados no exterior das povoações; b) Durante as vinte e quatro horas que precederem o sacrifício das reses deverão estas permanecer em descanso, em alojamento apropriado, contíguo ao recinto da matança ou próximo dele, ser convenientemente abeberadas e não receber alimento nas últimas doze horas.

Como informação geral de análise dos tipos de infracção do Decreto-Lei n.º 41.204, nomeadamente sobre a natureza de cada um e a sua correspondência ou afastamento dos tipos actuais, é de interesse a consulta de SILVA DIAS, *Entre comes e bebes...*, DPEE, III, p. 531 e ss. Do ponto de vista sistemático aí se arrumavam as infracções em subsecção contra a saúde pública e noutra contra a economia, classificação que nem tinha justificação na redacção do tipo objectivo.

O direito penal deve ter uma intervenção subsidiária, apenas intervindo quando outros mecanismos não tenham capacidade para lidar e resolver a violação de um **bem jurídico** a defender em cada caso concreto, como forma de aplicação do princípio da intervenção penal mínima. Mas será que o Direito Penal Económico (DPE) protege bens jurídicos distintos e autónomos em relação ao Direito Penal comum? Os que alicerçam o DPE na ideia de “agente” responderão negativamente. Os que partem da ideia de “bem jurídico” responderão afirmativamente. O Decreto-Lei n.º 41.204, de 24.07.1957, alicerçou-se na ideia fundamental de “agente”, começando por definir o conceito de comerciante (art.º 1.º), enquanto o actual Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro se alicerça no conceito de “bem jurídico”. No Decreto-Lei n.º 28/84, os “Crimes contra a Saúde Pública”, apenas se encontram previstos no artigo 22.º sob o título de (Abate Clandestino). O bem jurídico protegido seria a saúde pública. Haveria pois aqui uma vertente colectiva. Porém, SILVA DIAS exclui do bem jurídico a saúde pública, Considera que apenas incrimina a violação das regras de sanidade e de higiene no abate do gado (Delicta, 852 e Entre Comes, DPEE, II 484-485). Em qualquer caso, trata-se sempre de um bem supra-individual ou comunitário.

O **tipo objectivo** consiste num crime de acção – abater, no tipo principal; adquirir (a qualquer jurídico, que pode ser diferente da compra), no subtipo do n.º 2. O tipo legal do crime de abate clandestino identifica-se como um **crime de perigo abstracto**. Visa prevenir o perigo para a saúde pública, num conjunto indeterminado de pessoas. Tratar-se-ia de um crime de perigo comum, se configurada nesta perspectiva – SILVA DIAS, cit. Optando-se pela simples violação das regras de sanidade e de higiene no abate de gado de consumo público humano, o crime pode considerar-se de dano. O simples abate é já de si a lesão desse bem jurídico. Consuma-se desde que praticado o abate nas condições de clandestinidade, independentemente de os animais serem ou não consumidos. É um delito instantâneo, cuja consumação termina com a morte do animal, ou seja, com a realização do acto típico pretendido pelo sujeito activo do crime. Tais condições de clandestinidade, como elementos do tipo, são as previstas no n.º 1: – falta da competente inspecção sanitária (al.ª a); à margem dos locais próprios – matadouros licenciados ou recintos a esse efeito destinados pelas autoridades competentes (al.ª b); – de espécies não habitualmente usadas para alimentação humana (al.ª c). O preenchimento do tipo basta com a verificação de uma destas circunstâncias.

O n.º 2 do artigo 22.º pune com a mesma pena quem adquire a carne ou produtos provenientes de abate clandestino desde que tenha conhecimento dessa clandestinidade. Afigura-se-nos que aqui, o crime se consumará com a aquisição da carne ou produto, independentemente de terem ou não sido consumidos.

Consumo público. Inspecção sanitária. “I – Para o crime de abate clandestino é irrelevante a natureza lucrativa ou não lucrativa do abate. II — O consumo é público quando está aberto a qualquer pessoa e quando, embora circunscrito a

algumas pessoas, se baseia em contrato ou num tipo de relações que não sejam familiares ou de amizade. III — O consumo poderá ser qualificado como público em relação ao indivíduo que procede ao abate e não ter aquela qualificação em relação ao cidadão que adquiriu o animal abatido; dependerá da relação entre o interveniente no circuito e o consumidor. Ac. do TRC de 9.10.1992, CJ, XVII, 2, 111. Aquisição para consumo. “O crime de abate clandestino abarca não só a situação daquele que compra, com destino a consumo público, carne de animais abatidos sem inspecção médico-sanitária ou fora de matadouros licenciados ou recintos a esse fim destinados pelas autoridades competentes, como aquele que no momento da compra ou do abate não destinava a carne a consumo público, mas, posteriormente, lhe deu essa finalidade”. Ac. do TRC de 15.2.1989, CJ, XIV, 1, 79

Inspecção sanitária. “I – A inspecção sanitária relativa ao abate de aves para consumo público determinada pela legislação em vigor compreende os exames *ante e post mortem* e a aposição de selos ou marcas (Decretos-Leis n.º 335/73, de 4 de Julho, e n.º 272/79, de 3 de Agosto). II – Existe violação do referenciado quando o médico veterinário inspector não assiste a todas as operações em que se deve desenvolver a inspecção sanitária *post mortem*, nomeadamente as de abate, escalda, depena, evisceração, aposição de selos e acondicionamento em grades. III – Tal violação é subsumível à prevista no artigo 22.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que a tipifica como crime de abate clandestino”. Ac. do TRP de 27.5.1992, BMJ, 417, 819.

Consumo público. “I – Para o crime de abate clandestino é irrelevante a natureza lucrativa ou não lucrativa do abate. II – O consumo é público quando está aberto a qualquer pessoa e quando, embora circunscrito a algumas pessoas, se baseia em contrato ou num tipo de relações que não sejam familiares ou de amizade. III – O consumo poderá ser qualificado como público em relação ao indivíduo que procede ao abate e não ter aquela qualificação em relação ao cidadão que adquiriu o animal abatido; dependerá da relação entre o interveniente no circuito e o consumidor”. Ac. do TRC de 9.10.1992, CJ, XVII, 4, 111.

Consumo público. “I – Existe consumo público, para efeitos do crime de abate clandestino, sempre que este ocorra fora do domínio da esfera privada de quem o abate, independentemente do tipo de relacionamento deste com quem encomenda ou a motivação que o levou a proceder ao abate. II – Assim, o abate de leitões para consumo de 8 pedreiros que tinham completado a primeira placa da casa do dono desses leitões e para festa de aniversário e baptizado oferecida a um neto, porque não se destinavam ao consumo da esfera privada de quem os abateu, mas de outrem, tem de ser considerado para consumo público”. Ac. do TRC de 14.5.1998, CJ, XXIII, 3, 53.

- 4 Exige-se **dolo específico**, a intenção de matar sem inspecção sanitária, e de introduzir no consumo público. Se o matador for contratado e lhe for dito que os animais são destinados ao consumo familiar do contratante, actua sem dolo, por erro sobre as circunstâncias do facto, com ressalva da possibilidade de punição a título negligente se dos factos envolventes devesse depreender finalidade de consumo público. No caso de se tratar de quantidades de animais que manifestamente excedessem as necessidades familiares do contratador, seria de equacionar a punição a título de dolo eventual. Será um crime de intenção ou resultado cortado (sobre o conceito, ver FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal I, 2004, 13, § 7.º, p. 330) uma vez que o tipo legal exige intenção de destino dos animais ao consumo público, com a consequente susceptibilidade de perigo para o consumidor, mas o tipo objecto não inclui esse elemento. Basta o abate com essa intenção. Pode ser praticado por qualquer pessoa singular ou colectiva, comerciante ou não.

O crime é punido a título de dolo e a título de negligência. Sobre o significado de “para o consumo público”, SILVA DIAS, Ramos emergentes..., p. 118, questiona tratar-se de um elemento subjectivo específico. A punição a título de negligência – n.º 3 do art.º 22.º – tem lugar na modalidade de negligência consciente (o sujeito activo da matança previu como possível a realização do crime, mas mesmo assim actuou, sem no entanto se conformar com essa realização) quer na modalidade de negligência inconsciente (o sujeito activo não previu a possibilidade da realização do crime). A previsibilidade é determinada de acordo com as regras gerais da experiência, contextualizada a certo tipo de profissão ou elementos subjectivos do ser humano que aparece como sujeito activo do crime.

Nos termos previstos do n.º 1 do artigo 1.º do D.L. 28/84, de 20/1, “Aos crimes previstos neste diploma são aplicáveis, subsidiariamente, o Código Penal, o Código de Processo Penal e legislação complementar”. Assim, perante uma questão concreta, o aplicador do direito deverá socorrer-se em primeiro lugar das disposições da lei especial (D.L. 28/84) e se não houver previsão expressa na mesma sobre a questão, aplicará subsidiariamente as normas do Código Penal ou Processo Penal, conforme se trate de matéria substantiva ou adjectiva. Nestes termos, e porque as causas de justificação e de desculpa não estão previstas na lei especial, haverá que recorrer às disposições do Código Penal nessa matéria. As causas que excluem a ilicitude e a culpa estão previstas nos artigos 31.º a 39.º do Código Penal. No tipo não se identificam causas de exclusão específicas.

Crime de Abate Clandestino – Costumes Locais – Abate por Terceiro para Consumo do Criador. “I – Existe abate de animais para consumo público, sempre que este ocorra fora do agregado familiar do autor desse abate, independentemente do tipo de relacionamento deste com quem lho encomendou e da motivação que o levou a proceder ao mesmo. II – Só não está sujeito a controlo sanitário o abate de animais mencionados no art.º 1.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 365/93, de 22/10, quando o mesmo seja destinado à satisfação das necessidades do produtor e do seu agregado familiar. III – A conduta do terceiro, que, a pedido e para consumo do respectivo criador ou de outrem, abate os animais sem controlo sanitário e fora dos matadouros ou locais destinados a esse fim, consubstancia o crime de abate clandestino, pese embora a eventual existência de costumes locais em contrário.” Ac. do TRP de 14.2.2001, CJ, Ano XXVI, 1, 234.

Nos termos previstos no artigo 4.º do Decreto-Lei 28/84, de 20.1, nos crimes previstos neste diploma a **tentativa** é sempre punível. Embora essa norma aparente excepção às regra comuns estabelecidas no art.º 23.º do Código Penal, naturalmente, a tentativa não será punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime. (cfr. art.º 23.º n.º 3 do Código Penal). A inaptidão e a inexistência do objecto terão que ter uma apreciação objectiva segundo as regras da experiência comum para a generalidade das pessoas. Assim, a actuação do sujeito activo nos crimes económicos é punida, por vezes, mesmo quando assume uma actuação não consumada, ficando espelhada em termos de mera tentativa. A tentativa acaba por surgir como um alargamento das formas de aparecimento do crime.

Nos termos previstos do n.º 1 do artigo 1.º do D.L. 28/84, de 20/1, “Aos crimes previstos neste diploma são aplicáveis, subsidiariamente, o Código Penal, o Código de Processo Penal e legislação complementar”. Assim, perante uma questão concreta, o aplicador do direito deverá socorrer-se em primeiro lugar das disposições da lei especial (D.L. 28/84) e se não houver previsão expressa na mesma sobre a questão, aplicará subsidiariamente as normas do Código Penal ou Processo Penal, conforme se trate de matéria substantiva ou adjectiva. Porque

a **comparticipação criminosa** não está prevista na lei especial o intérprete há-de socorrer-se do Código Penal nessa matéria. Logo, “cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes” – cfr. art.º 29.º do Código Penal).

Abate Clandestino – Participação. “I – O crime de abate clandestino consuma-se com a morte dos animais. II – Por isso, a mulher daquele que abateu dois borregos sem precedência da competente inspecção sanitária, com o intuito de os vender ao público, não comete tal crime, se, não obstante se encontrar à frente do talho em que foram encontradas as peças de carne daqueles animais, se não provou qualquer facto de onde resulte a sua participação no abate”. Ac. do TRP de 22.9.1999, CJ, Ano XXIV, 4, 240.

- 8 Há **um único crime** indiferentemente do número e espécies de animais abatidos. Neste sentido, REIS BRAVO, Tutela Penal, p. 71.

Crimes Contra a Economia e a Saúde Pública – Autonomia – Falta de asseio e de higiene em estabelecimentos e locais de venda ao público. “I – Ainda que as infracções à saúde pública e as infracções antieconómicas sejam previstas e punidas pelo mesmo Diploma – Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro – constituem, no entanto, ilícitos distintos. Assim, enquanto crimes contra a saúde pública são apenas as condutas previstas no art.º 22.º do Decreto-Lei n.º 28/84, todas as restantes são antieconómicas. II – A falta de asseio e higiene, nos estabelecimentos e locais de venda ao público, de produtos alimentares, apesar de punida por aquele diploma, devem ser consideradas infracção contra a saúde pública.” Ac. do TRL de 10.2.2000, CJ, Ano XXV, 1, 157.

- 9 Na determinação da medida da **pena**, para além das circunstâncias especiais previstas no art.º 6.º do Decreto-Lei n.º 28/84, há que atender aos critérios gerais contidos no Código Penal, devendo o julgador valorá-las em conjunto, para além das que em concreto respeitarem ao caso e relevem para uma justa medida da pena. A pena abstracta legalmente prevista para o abate clandestino de animais é a de prisão até 3 anos e multa não inferior a 100 dias, sendo certo que, no caso de o crime ser cometido a título de negligência, a pena de prisão será até 1 ano e a multa não inferior a 50 dias.

Como **pena acessória**, quer o crime seja praticado a título de dolo, quer a título de negligência, deverá ser sempre decretada a perda dos animais abatidos ou dos respectivos produtos e a sentença será sempre publicada. Ver supra (Parte I, pontos 14.5.1 e 2). Esta afirmação, sustentada na letra da lei (com as excepções resultantes da não previsão em alguns tipos legais, por exemplo no caso de açambarcamento de adquirente) e na jurisprudência do TC, vale para os restantes tipos de crimes. É controversa a questão relacionada com a **publicação da sentença**. Há quem defenda que o n.º 5 do art.º 22.º é imperativo e portanto haverá que ser sempre publicada a sentença. Há quem defenda que será o Juiz, no seu critério, a decidir da publicação ou não da sentença. Entendemos que, apenas nas situações de suspensão da pena se justificaria a não publicação. Em todos os restantes casos será de imperar a publicação da sentença, tendo em conta a sua função preventiva geral, ao ser dada a conhecer ao público em geral a pena sofrida pela prática de um crime. O facto de a previsão do n.º 4 do art.º 22.º apontar apenas para as penas acessórias de perda dos animais abatidos ou respectivos produtos e a publicação da condenação, não impede o juiz de aplicar em acumulação, qualquer outra das penas acessórias previstas no art.º 8.º do Decreto-Lei n.º 28/84, designadamente a interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões.

Pode, no entanto, em termos teóricos, por aplicação subsidiária do art.º 74.º do Código Penal, ser o agente ser **dispensado de pena**, quando o crime cometido

for punido com pena de prisão não superior a seis meses, ou só com multa não superior a 120 dias, como por exemplo, no crime de “Fraude sobre mercadorias”, praticado negligentemente (art.º 23.º n.º 2). Mas ficará sempre no superior critério do julgador, o apreciar se a tal dispensa de pena se não opõem razões de prevenção. Há que não esquecer a subsidiariedade do direito penal no direito económico. Assim, certas sanções penais apenas poderão ser aplicadas quando forem insuficientes ou inexecutáveis outras não penais. Logo, situações há que poderão ser resolvidas através da aplicabilidade das regras da nulidade ou ineficácia, das injunções e ainda da indemnização por perdas e danos.

No caso do abate clandestino a perda de bens também pode ser decretada por razão de prevenção e segurança da saúde do consumidor.

O crime de abate clandestino é um **crime público** e, como tal, o procedimento criminal está apenas dependente de o Ministério Público ter conhecimento da sua prática, já que é o detentor da acção penal, legitimado para promover o processo penal por crimes públicos. A titularidade da acção penal do Ministério Público advém-lhe da Constituição da República e dos estatutos – conf. art.º 219.º n.º 1 da Constituição da República portuguesa. O MP, embora detentor da acção penal não possui meios próprios para a investigação. Assim, é coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal, que actuam na dependência e sob a direcção processual do MP. Na investigação dos delitos antieconómicos e contra a saúde pública, o MP delega, em geral, a competência para a investigação na Inspecção Geral das Actividades Económicas.

Ver a NOTA PRÉVIA (ponto 16). Podem constituir-se **assistentes** as associações de consumidores e os adquirentes-consumidores não prevenidos da falta de controlo sanitário.

10

11

Artigo 23.º

Fraude sobre mercadorias

1. Quem, com intenção de enganar outrem nas relações negociais, fabricar, transformar, introduzir em livre prática, importar, exportar, reexportar, colocar sob um regime suspensivo, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação por qualquer outro modo mercadorias:

a) Contrafeitas ou mercadorias pirata, falsificadas ou depreciadas, fazendo-as passar por autênticas, não alteradas ou intactas;

b) De natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem,

será punido com prisão até 1 ano e multa até 100 dias, salvo se o facto estiver previsto em tipo legal de crime que comine para mais grave.

2. Havendo negligência, a pena será de prisão até 6 meses ou multa até 50 dias.

3. O tribunal poderá ordenar a perda das mercadorias.

4. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)
A constituição como assistente (anotação 11)

1 As **fontes** são as seguintes:

Código Penal de 1886 – “Art.º 456.º – Será punido com um mês a um ano de prisão e multa correspondente: 1.º O que enganar o comprador sobre a natureza da coisa vendida; 2.º O que enganar o comprador, vendendo-lhe mercadoria falsificada, ou géneros alterados com alguma substância, posto que não nociva à saúde, para aumentar o peso ou volume; 3.º O que, usando de pesos falsos ou medidas falsas, enganar o comprador. § 1.º Se for ourives de ouro ou de prata, que cometa a falsificação, metendo nas obras que fizer para vender alguma liga por que a lei, bondade e valia do ouro ou prata seja alterada, ou engastando ou pondo pedra falsa ou contrafeita, ou que engane o comprador sobre o peso ou toque de ouro ou prata, ou sobre a qualidade de alguma pedra, a pena será a prisão de três meses a dois anos e multa correspondente. § 2.º A simples detenção de falsos pesos ou de falsas medidas nos armazéns, fábricas, casas de comércio ou em qualquer lugar, em que as mercadorias estão expostas à venda, será punida com a multa de 1\$000 a 5\$000 réis. § 3.º Consideram-se como falsos os pesos e medidas que a lei não autoriza. § 4.º Os objectos do crime, se pertencerem ainda ao vendedor, serão perdidos a favor do estado, e bem assim serão perdidos e inutilizados os pesos e medidas falsas”.

A redacção original do artigo actual inspirou-se no código penal suíço.

A redacção actual foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 20/99, de 28 de Janeiro que teve em atenção o quadro normativo estabelecido pelo Regulamento CE n.º 3295/94 que visou proibir na Comunidade Europeia, a produção, colocação em livre prática, exportação, reexportação, sujeição a um regime suspensivo, bem como a colocação em zona franca ou em entreposto franco de mercadorias reconhecidas como mercadorias de contrafacção.

A figura que, teoricamente, correspondia a este tipo legal “na economia do Decreto-Lei n.º 41.204 era a Falsificação de géneros alimentícios (artigo 17.º) incluída numa subsecção Das Infracções Contra a Saúde Pública e que incriminava a contrafacção e alteração de géneros alimentícios de que pudesse resultar perigo para a saúde ou os tornasse impróprios para o consumo.” (Manuel da Costa Andrade, *in* “A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro), publicado em “DPE E Europeu: Textos Doutrinários”, volume I, pág. 406.

2 O **bem jurídico** protegido é a confiança dos operadores económicos e reflexamente, o interesse patrimonial do adquirente ou do consumidor. Segundo SILVA DIAS, *Delicta*, p. 860, o bem jurídico especificamente tutelado por este artigo 23.º são interesses dos consumidores como a lealdade na produção, distribuição e venda das mercadorias. Um tipo construído segundo o modelo de fraude. Assegura interesses patrimoniais difusos dos consumidores.

3 Trata-se de um **crime de perigo abstracto** que se consuma independentemente da verificação de qualquer resultado lesivo do bem jurídico. As condutas típicas são: fabricar, transformar, introduzir em livre prática (*infra*), importar, exportar, reexportar (*infra*), colocar sob um regime suspensivo, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação por qualquer outro modo mercadorias. Abrange-se, assim, todo o circuito de produção e circulação (corpo do n.º 1). Trata-se de subtipos de acção que podem ser praticados por diferentes pessoas. Sendo duas acções praticadas pela mesma pessoa, num mesmo circuito de produção e distribuição não têm autonomia como crimes, acumulando as várias acções num mesmo elemento material do tipo de crime. Assim, o padeiro que falsifica

o pão, que o distribui pelos diversos depósitos de venda e que, ele próprio, vende é possuidor de um posto de venda e aí procede a vendas, cometerá um único crime. Objecto dessas condutas são as “mercadorias”. Coisas corpóreas ou não que, conforme o disposto no art. 202.º n.º 1 do Código Civil, possam ser objecto de relações jurídicas. A prestação de serviços, estará excluída, por não caber no conceito de mercadoria.

Mercadorias contrafeitas, mercadorias pirata, falsificadas ou depreciadas, ou de natureza diferente ou de qualidade e quantidade inferiores às que afirmar possuírem ou aparentarem. **Contrafazer** uma mercadoria significa reproduzir, imitar, apresentar fraudulentamente como tendo a individualidade ou características próprias da mercadoria reproduzida ou imitada. É uma reprodução servil, total e completa ou apenas parcial de uma mercadoria. Mercadoria contrafeita é aquela que não é autêntica. Mercadoria falsificada é a que foi alterada nos seus elementos constituintes. Mercadoria depreciada é aquela cujas características genuínas não estão intactas (segue-se aqui LOPES ROCHA, Problemas, pp. 35-36).

Mercadoria pirata será aquela que é produzida, distribuída, vendida com fuga fraudulenta ao pagamento de direitos devidos, sejam direitos tributários, autorais, de propriedade industrial. Pode ser também aquela que apresente uma denominação de origem, ou certificação de qualidade falsa, de protecção de origem. Pode ser genuína por ter sido produzida e vendida regularmente, mas ser pirata por ter sido fraudulentamente retirada dos regulares controles dos circuitos de distribuição e venda (ex.: tabaco importado sem controle aduaneiro, para fuga ao IEC). Caso de fraude com mercadoria pirata é a venda de um CD de música como original quando é uma cópia ilegal.

Mercadoria de menor diferente qualidade é aquela que popularmente se diz com “gato por lebre”. De diferente quantidade é, por exemplo, o quilograma de menos de mil gramas, o “roubo no peso”.

De acordo com o disposto no art. 79.º do Regulamento (CE) n.º 2913/92, de 12 de Outubro que estabelece o Código Aduaneiro Comunitário, a introdução em livre prática consiste em conferir o estatuto aduaneiro de mercadoria comunitária a uma mercadoria não comunitária.

O **regime suspensivo** é um regime aduaneiro que suspende a aplicação dos direitos de importação e demais imposições, designadamente IVA, impostos especiais sobre o consumo bem assim como medidas de política comercial que seriam aplicáveis às mercadorias. Tal regime é designadamente, aplicável ao trânsito comunitário externo que consiste na circulação intracomunitária de mercadorias não comunitárias. Foi na redacção conferida pelo Decreto-Lei 20/99, de 28 de Janeiro, que se introduziu na previsão normativa do tipo a mercadoria pirata como objecto da acção. O seu conteúdo deve ser esclarecido com recurso à definição feita pelo regulamento comunitário acima referido que no art. 1.º n.º 2 a), incluiu no âmbito das mercadorias de contrafacção: “ – as mercadorias, incluindo o seu acondicionamento, nas quais tenha sido aposta, sem autorização, uma marca de fabrico ou de comércio idêntica à marca de fabrico ou de comércio devidamente registada para os mesmos tipos de mercadorias ou que não possa ser distinguida, nos seus aspectos essenciais, dessa marca de fabrico ou de comércio e que, por esse motivo, viole os direitos do titular da marca em questão nos termos da legislação comunitária ou da legislação dos Estado-Membro onde o pedido de intervenção das autoridades aduaneiras for apresentado; – qualquer sinal de marca (logótipo, rótulo, autocolante, prospecto, folheto de instruções, documento de garantia), mesmo apresentado separadamente, nas mesmas condições que as mercadorias referidas no primeiro ponto; – as embalagens que ostentem marcas de mercadorias de contrafacção, apresentadas

separadamente, nas mesmas condições que as mercadorias referidas no primeiro ponto.”

Sobre o conceito de mercadoria falsificada, vide o art. 82.º “Constitui crime de fraude de mercadorias e não infracção por publicidade enganosa o facto de numa embalagem de plástico, com a capacidade de 1l, ter sido aposto um rótulo com os dizeres de “Molho especial para tempero alimentar” e comercializado pela designação de “Olival”, contendo uma gravura no canto esquerdo – um ramo de oliveira com azeitonas – sugerindo ao consumidor uma utilização igual à do azeite, e indicando na lista de ingredientes a existência de “ervas aromáticas”. O que se mostra falsificado é assim a composição intrínseca do produto, com a forma como ele é posto em circulação e em exposição ao público naquela divulgação e afirmação enganosa e fraudulenta da existência de ingredientes, explicitamente indicados no rótulo. Daí a verificação do elemento objectivo da infracção: a falsificação intrínseca do produto nos termos do art. 82.º, n.º 2, alínea a), do Decreto-Lei n.º 2884, de 20 de Janeiro.” – Ac. do TRC, de 3.5.2000, BMJ 497, 449. “Em resumo, poderemos concluir que no artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84 se protege predominantemente o interesse da confiança do adquirente. A fraude consiste em convencê-lo de que é autêntica uma mercadoria que não passa de uma imitação, em todo o caso idónea para o enganar. Trata-se, no fundo, de uma modalidade de burla que o legislador terá considerado não suficientemente coberta pelo tipo legal do artigo 313.º do Código Penal” – LOPES ROCHA, Problemas, p. 38.

- 4 O crime pode ser cometido com dolo e negligência. Exige-se, ainda, a existência de **dolo específico**, a intenção de enganar. Tal intenção deverá ser deduzida de factos objectivos. Do modo concreto da prática do crime e de factos acessórios ou meramente circunstanciais. Nos casos paradigmáticos de venda, em feiras, de mercadorias imitando grosseiramente, marcas, a preços manifestamente inferiores aos da normal comercialização dos produtos verdadeiros, não haverá, por regra, intenção de enganar. Por manifesta impossibilidade lógica, na forma negligente, não há a necessidade de verificação de dolo específico. O agente será punido por, sem o saber, estar a vender “pirata por genuíno”, “gato por lebre”, “900 por 1000 gramas” resultando esse desconhecimento de não ter o cuidado de verificar a qualidade quando as circunstâncias da compra lhe impunham o seu cumprimento. Mas, se representou essa possibilidade e não se importou de poder estar a enganar o consumidor, poderá estar-se já perante uma situação de verificação de dolo eventual. “Uma vez que se demonstrou que os arguidos sabiam que a misturadora que utilizavam apresentava deficiências e que a desnaturação de álcool etílico puro para comercialização podia, como aconteceu, não obedecer às características para comercialização com rotulagem de álcool sanitário, parcialmente desnaturado, e que assim agiram com o objectivo de obter lucros com a venda daquele produto que admitiam não corresponder às exigências legais, esperadas pelos consumidores, cometeram, a título de dolo eventual, um crime de fraude sobre mercadorias, previsto e punido no art. 24.º do Decreto-Lei 28/84, de 20.01, redacção do Decreto-Lei 20/99, de 21 de Janeiro.” – Acórdão do TRL de 13.10.2004, proc. N.º 6302/2004-3.
- 5 As **causas de justificação e desculpa** são as do direito penal geral. Quanto à exclusão da ilicitude referente ao consentimento do ofendido, vide anotação ao artigo 32.º
- 6 Nos termos do disposto no art. 4.º, a **tentativa** é sempre punível. Trata-se de uma excepção à regra do art. 23.º n.º 1, do CP. No crime sob a forma negligente não é admissível a tentativa. Neste sentido JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, parte geral, tomo I, Coimbra Editora, 2007, p. 694, onde refere que esta é a “doutrina absolutamente dominante”. Esta posição foi adoptada pelo Ac. do TRP de 8.1.1986, onde se refere que o art. 4.º deste diploma apenas pretendeu afastar

a regra contida no art. 23.º, do Código Penal. Ver a NOTA PRÉVIA. O crime consuma-se com o abate dos animais destinados ao consumo público fora do controlo sanitário (n.º 1) ou pela aquisição para esse consumo dos animais abatidos nessas condições (n.º 2). Um caso de tentativa será o de, antes de consumado o abate, e na iminência deste, no local de abate comparecer a fiscalização ou alguém que evite o abate, situação que preenche o requisito previsto na alínea c), do n.º 2, do CP. Ver a NOTA PRÉVIA.

No tocante à **complicação** não há especificidade a realçar relativamente às disposições penais comuns. Ver NOTA PRÉVIA. 7

Sobre o alcance do conceito de contrafacção e a correlação do art. 23.º com o artigo 217.º do C. Propriedade Industrial (CPI), actual art. 323.º, LOPES ROCHA, *in* Problemas Especiais, p. 35, aponta como bem jurídico deste a protecção da autenticidade das marcas. A venda, circulação ou ocultação de produtos contrafeitos integra no actual CPI um tipo autónomo – art.º 324.º, tutelando o bem jurídico da autenticidade das marcas. Dada a diferente natureza de bens jurídicos, há concurso efectivo entre os crimes do artigo 23.º e dos tipos referidos do CPI. 8

Se a mercadoria for objecto de protecção autoral, haverá **concurso** com os tipos do CDADC (lei n.º 63/85, de 14 de Março) nomeadamente com o crime de aproveitamento de obra contrafeita, praticando actos de distribuição ao público.

“1. O crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos protege o interesse comercial da marca. O crime de fraude nas mercadorias protege o interesse do público em geral. 2. Mesmo sem ser industrial de fabrico de roupas o arguido atenta contra o interesse comercial da marca quando as vende, sabendo que a marca anunciada não corresponde à realidade. 3. Existe uma relação de concurso efectivo de crimes, quando a conduta do agente preenche o crime de fraude sobre mercadorias (previsto e punido pelo art.º 23.º do Decreto-Lei 28/84) e o crime de contrafacção de marcas (previsto e punido pelo art.º 324.º do C. P. Industrial – D.L. 36/2003, de 5/3)”. Ac. do TRC de 27-9-2006, proferido no processo 1404/06.

No art. 23.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, prevê-se a fraude sobre mercadorias, como crime contra a economia. O interesse aqui protegido é, essencialmente, o do consumidor. Aqui protege-se a boa-fé nas relações negociais. Este interesse não está dependente da existência ou não duma marca como tal. O seu âmbito é mais amplo. Pune-se já não apenas o uso da marca, ou a venda de mercadorias com marcas contrafeitas ou imitadas, mas mais do que isso, pune-se quem, nas relações negociais... puser em circulação... mercadorias contrafeitas, falsificadas ou depreciadas, fazendo-as passar por autênticas, não alteradas ou intactas. O escopo desta punição não está na defesa da marca, mas na boa-fé das negociações, na depreciação das mercadorias seu objecto. Enquanto na venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos é a protecção da titularidade da marca registada, como elemento constitutivo do direito de propriedade industrial, que não a autenticidade dos produtos, se bem que em todos eles esteja subjacente um engano (voluntário na fraude sobre mercadorias) e o propósito de causar prejuízo a outrem ou de alcançar um benefício ilegítimo (na venda do material contrafeito). A contrafacção de “marcas registadas” põe em causa a tutela legal contra a falsificação das marcas de procedência, ou seja os sinais identificativos da pertença de uma mercadoria a uma empresa determinada que permitam diferenciá-la das similares dos seus competidores de mercado. Não estamos, pois, perante uma situação de concurso legal, aparente ou impuro de crimes, em que a conduta do arguido, como se sentenciou preencheu formalmente os indicados crimes mas, por via da interpretação se concluiu e decidiu que o cerne da conduta é totalmente abrangido por um só dos tipos violados. A conduta

do arguido espelha uma relação de concurso efectivo de crimes de fraude sobre mercadorias previsto e punido pelo art.º 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1, e venda e circulação ou ocultação de produtos ou artigos previsto e punido pelo art. 324.º do Código da Propriedade Industrial, por aplicação do art.º 30.º, n.º 1, do C. Penal, face à comprovada violação, pelo arguido, com a sua conduta, daqueles distintos bens jurídicos – neste sentido, entre outros, acórdãos do TRP de 01.07.2004, proc. 0312384, de 12.10.2005, proc. 0510721 e de 2000/06/28, CJ XXV, 3, 239.

Em sentido diverso, entendendo que a comercialização de mercadorias contrafeitas deve ser punida pelo crime de fraude de mercadorias já que entre este ilícito e o crime de contrafacção de marca, previsto e punido pelo art. 264 n.º 2, do CPI se verifica uma relação de consumpção, um concurso aparente de infracções, decidiu o Ac. da Relação do Porto de 27-2-2002, proc. 0111423, disponível no *site* www.dgsi.pt. Entendeu-se neste aresto que no crime de fraude se protege directamente o consumidor, “mas também se protege indirectamente a pessoa que fez o registo da marca”. Os acórdãos da Relação do Porto, de 16-01-02 e de 07-01-2004, proferidos nos processos 0140696 e 0312384, disponíveis no *site* indicado, Decidiram que entre os crimes de fraude sobre mercadorias e de contrafacção existe uma relação de concurso real. O Ac. do TRP de 07-01-2004, proc. n.º 0312384, considerou que entre os crimes de fraude sobre mercadorias, concorrência desleal e contrafacção existe uma relação de concurso real. Entendeu-se neste aresto que “Os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminatórias são diferentes, sendo no crime de fraude sobre mercadorias a defesa da confiança dos consumidores e o seu interesse patrimonial, na contrafacção a protecção da titularidade da marca e na concorrência desleal a defesa dos titulares das marcas protegendo-se estes das práticas concorrenciais ilegais.”.

Entende-se que entre os referidos ilícitos existe uma relação de concurso efectivo já que o crime de fraude sobre mercadorias não tutela o direito de propriedade e só remotamente, protege os direitos patrimoniais dos consumidores enquanto entidade supra-individual. Por esta razão, considera-se também que existe uma relação de concurso efectivo com o crime de burla. Em abono desta posição, refere-se o preâmbulo ao presente diploma na parte em que afirma que no crime de fraude sobre mercadorias, “estão em causa o valor da confiança e a protecção do património dos lesados com esses factos, insuficientemente protegidos com as formas típicas dos crimes de burla do Código Penal em vigor e na linha do crime de fraude na venda que o Código Penal de 1886 previa”.

Verificando-se também o crime previsto no art. 270.º, do Código Penal (pesos e medidas falsos) existe uma relação de **subsidiariedade expressa**, aplicando-se por força do disposto na alínea b) do n.º 1, a pena mais grave. No caso de a conduta consistir em praticar uma das actividades previstas no n.º 1, com referência a género alimentício falsificado deverá aplicar-se a pena prevista no art. 24.º n.º 1 a), por se o facto estiver previsto em tipo legal que comina pena mais grave.

- 9 “I. No domínio do direito penal económico a regra é hoje a da responsabilidade solidária nos termos da lei civil pelo pagamento das coimas, multas ou indemnizações e outras prestações em caso de responsabilidade criminal cumulativa entre pessoas colectivas e os seus agentes, pessoas singulares (art. 2.º e 3.º do Decreto-Lei 28/84). II. Sendo solidária a condenação da pessoa singular e da pessoa colectiva, as penas respectivas mantêm, como é bom de ver, a sua autonomia, não se verificando nem reversão da responsabilidade sancionatória nem dupla condenação pelo mesmo facto. Embora nas relações externas o eventual cumprimento por um dos condenados libere ambos da responsabilidade contra-ordenacional (pelo pagamento da coima e das custas), certo é que nas respectivas relações internas as sanções aplicadas

mantêm-se juridicamente autonomizadas, porque integradas pelo direito de regresso a exercer pelo condenado que tiver cumprido integralmente, relativamente ao outro (art. 997.º do Código Civil). III. Uma coisa é, pois, a condenação da pessoa singular cumulativamente com a pessoa colectiva, cada um segundo a sua culpa, outra é a responsabilidade solidária, perante o Estado, pelo pagamento da coima em que cada um dos arguidos foi condenado, que não prejudica nas relações internas o direito de regresso de cada um deles sobre aquele que efectivamente assegurar o pagamento. IV. A condenação solidária da pessoa singular e da pessoa colectiva no pagamento das coimas aplicadas a ambos os arguidos, resultante (...) não contende com os princípios constitucionais da intransmissibilidade e da personalidade das penas, consagrados no art.º 30.º, n.º 3, de *non bis in idem* previsto no art.º 29.º, n.º 5 ou da proporcionalidade das penas consagrado no art.º 18.º, n.º 2, todos da CRP.” – Ac. do TRL de 1.7.2009, proc. n.º 1376/07.4 TFLSB, disponível no *site* da PGDL, sumariado por Ivone Matoso.

“A suspensão da execução da pena principal não implica a suspensão da pena acessória de publicação da sentença, tanto mais que o código penal actual, diferentemente do que sucedia com o código de 1886, apenas refere que a pena é declarada extinta se decorrido o período de suspensão não houver motivos que possam conduzir à sua revogação (art. 57.º n.º 1).” – Ac. do STJ de 28.1.1999, BMJ 483, 146.

A pena acessória prevista no n.º 4, “(...) destina-se a em primeira linha, dar a conhecer às pessoas (comunidade) o crime ou crimes praticados, prevenindo as mesmas do perigo de lesão de bens ou interesses, concretamente do perigo de lesão dos bens ou interesses que a norma que prevê o crime perpetrado pretende tutelar. (...) a sanção acessória é de aplicação imperativa ou automática como consequência necessária da aplicação da pena principal, pelas prementes necessidades de protecção do consumidor e prevenção de novos ilícitos – uma censura adicional pelo facto cometido pelo agente, revestindo a natureza de uma verdadeira pena, indissolavelmente ligada ao facto praticado e à culpa do agente, como defende Figueiredo Dias, *in* Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime (1993), 165 e ss.”. Ac. do TRE de 26.2.2008, proc. n.º 1241/07-1, disponível na base de dados da DJSI.

Pelo Decreto-Lei n.º 48/85, de 15.3, foi revogada a norma contida no art. 5.º deste diploma que proibia a substituição da prisão por multa. Esta norma tinha em atenção a concepção do direito penal económico como “*white collar criminality*, ou seja, praticado por pessoas com um estatuto socioeconómico acima da média relativamente às quais a multa teria eficácia reduzida já que a fariam repercutir nos preços dos bens ou serviços produzidos. Relativamente a estes agentes não se faria sentir os inconvenientes das penas curtas de prisão já que o seu estatuto social os protegeria dos efeitos que normalmente lhe são atribuídos. Neste sentido JOSÉ FARIA COSTA/MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico”, *in* Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, volume I, Coimbra Editora, p. 360, que também referem: “Ora, para além de contar com a eficácia preventiva – fala-se a propósito do seu *sharp-short-shock* – de que a multa carece, a pena curta de prisão não terá aqui os inconvenientes que, em geral, lhe são assacados. Não será, por exemplo, normal, que a estigmatização de um delinquente de *white collar* o precipite em manifestações de “delinquência secundária” ou, mesmo, numa “carreira” de delinquência. Isto pela razão óbvia de que estes delinquentes não são só portadores de maior resistência ao estigma e à sua eficácia manipuladora da identidade mas também de maior potencial de *labelling*, na terminologia da mais recente criminologia interaccionista.

O Colóquio fez-se eco da já recorrente aspiração de alargar a panóplia dos meios punitivos do direito penal económico. E falou-se em “sanções” como: confisco especial, encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento, cassação temporária ou definitiva das licenças ou concessões, exclusão de concursos públicos, publicidade de sentenças, interdições profissionais, indemnizações das vítimas, etc.” Por força do n.º 1, são aplicáveis as normas constantes dos artigos 43.º e 58.º, do Código Penal.

Nos termos do disposto no art.º 74.º, do Código Penal, o agente pode ser dispensado de pena.

Na determinação da medida da pena, para além da observância dos critérios gerais contidos no Código Penal, há que ter em atenção, o teor do artigo 6.º

Aplicam-se ainda as **penas acessórias** constantes do artigo 8.º

O Tribunal poderá determinar a **perda de mercadorias**. Tal pena acessória é facultativa e dependerá de considerações sobre o grau de culpabilidade e de ilicitude da conduta e de existência de necessidades de prevenção do risco criminal.

A sentença será sempre publicada – ver supra Parte I, ponto 14.5.2.

10 Ver a NOTA PRÉVIA.

11 Ver a NOTA PRÉVIA. “O assistente, enquanto titular da marca contrafeita, carece de legitimidade para recorrer no que respeita ao crime de fraude sobre mercadorias.” Ac. do TRP de 10.3.2010, proc. 896/07.5TAMTS.P1.

Artigo 24.º

Contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares

1. Quem produzir, preparar, confeccionar, fabricar, transportar, armazenar, detiver em depósito, vender, tiver em existência ou exposição para venda, importar, exportar ou transaccionar por qualquer forma, quando destinados ao consumo público, géneros alimentícios e aditivos alimentares anormais não considerados susceptíveis de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física alheias será punido:

a) Tratando-se de géneros alimentícios ou aditivos alimentares falsificados, com prisão de 3 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias;

b) Tratando-se de géneros alimentícios ou aditivos alimentares corruptos, com prisão até 2 anos e multa não inferior a 100 dias;

c) Tratando-se de géneros alimentícios ou aditivos alimentares avariados, com prisão até 18 meses e multa não inferior a 50 dias.

2. Havendo negligência as penas serão, respectivamente, as seguintes:

a) Prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias;

b) Prisão até 6 meses e multa não inferior a 30 dias;

c) Prisão até 6 meses e multa não inferior a 20 dias.

3. O tribunal ordenará a perda dos bens.

4. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)
A constituição como assistente (anotação 11)

As **fontes** são as seguintes:

1

– Artigo 251.º, C. Penal de 1852 – C. Penal de 1886 – “Aquele que de qualquer modo alterar géneros destinados ao consumo público, de forma que se tornem nocivos à saúde, e os expuser à venda assim alterados, e bem assim aquele que do mesmo modo alterar géneros destinados ao consumo de alguma ou de algumas pessoas, ou que vender géneros corruptos, ou fabricar ou vender objectos, cujo uso seja necessariamente nocivo à saúde, será punido com prisão de dois meses a dois anos, e multa correspondente, sem prejuízo da pena maior, se houver lugar. § 1.º Em qualquer parte em que se encontrem os géneros deteriorados, ou os sobreditos objectos, serão apreendidos e inutilizados. § 2.º Será punido com a mesma pena: 1.º Aquele que esconder ou subtrair, ou vender, ou comprar efeitos destinados a serem destruídos ou desinfectados; 2.º O que lançar em fonte, cisterna, rio, ribeiro ou lago, cuja água serve a bebida, qualquer coisa que torne a água impura ou nociva à saúde.”

– Decreto n.º 41202 – “Falsificação de géneros. ART. 17.º — 1. A falsificação de géneros alimentícios é punível: a) Com prisão de três dias a dois anos e multa quando os géneros falsificados selam, por sua natureza, susceptíveis de prejudicar a saúde do consumidor; b) Com prisão de três dias a seis meses e multa quando, não sendo nocivos à saúde do consumidor, os géneros falsificados forem, todavia, impróprios para consumo; c) Com multa de 500\$00 a 10.000\$00 quando, sendo a falsificação (alteração) nociva à saúde, houver mera negligência do infractor. 2. Considera-se género alimentício toda a substância ou preparado usados como alimento ou bebida humana, exceptuadas as drogas medicinais, bem como toda a substância utilizada na preparação ou composição dos alimentos humanos, sem exclusão dos simples condimentos. 3. A falsificação compreende a substituição dos géneros alimentícios por substâncias, alimentares ou não, que imitem fraudulentamente as qualidades daqueles (contrafacção), e bem assim a modificação, capaz de induzir o consumidor em erro, da sua natureza, composição ou qualidade (alteração)”.

– “Comércio de géneros falsificados, avariados ou corruptos – Art.º 18.º – 1. A venda ou exposição à venda, bem como a aquisição, transporte ou armazenamento para comércio de géneros alimentícios falsificados, avariados ou corruptos, são puníveis: a) Com prisão de três dias a dois anos e multa, se os géneros forem por sua natureza, susceptíveis de prejudicar a saúde do consumidor; b) Com prisão de três dias a seis meses e multa se forem simplesmente impróprios para consumo; c) Com multa de 500\$00 a 10.000\$00, se o defeito for ignorado do respectivo responsável por negligência. 2. Presume-se que o transporte dos géneros alimentícios falsificados, avariados ou corruptos é feito para comércio sempre que os géneros selam daqueles a cujo comércio se dedica o destinatário. 3. Consideram-se corruptos os géneros alimentícios que entraram em putrefacção ou decomposição, e bem assim aqueles que contêm gérmes que possam ser nocivos à saúde, e avariados,, os géneros alimentícios que, por influência do meio, do tempo ou dos agentes a cuja acção estiverem expostos, se deterioraram ou sofreram modificações de natureza, composição ou qualidades que os tornam impróprios para consumo.”

“A razão pela qual na descrição do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 aparece a frase “não considerados susceptíveis de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física alheias” tem que ver com os interesses ou **bens jurídicos** protegidos naquele diploma e no Código Penal. Neste, trata-se de proteger os interesses da vida, da saúde e da integridade física alheias; naquele, os interesses

2

económicos dos adquirentes e a própria confiança de quem entra em relação com o agente — indirectamente, se quisermos, o da própria economia no seu conjunto. Por isso é que o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84 aparece incluído na subsecção dos “crimes contra a economia” – Lopes Rocha, *Problemas*, p. 38. Segundo SILVA DIAS, *Delicta*, pp. 818, 860, 862, o bem jurídico supra-individual protegido no art.º 24.º é a qualidade ou genuinidade de géneros de consumo absorvíveis pelo organismo humano. Será um bem jurídico antropocêntrico e difuso, que resulta da qualidade dos bens de consumo do art.º 60.º, da CRP, p. 864. No tocante ao bem jurídico, o crime contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares, previsto no artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, é um crime contra a economia e não contra a saúde pública. Por isso, não beneficia da amnistia da lei 29/99 de 12/5”. Ac. do TRL de 9.2.2000, *in* CJ, Ano XXV – 2000, 1, 150.

- 3 Trata-se de um **crime de perigo abstracto** que se consuma independentemente da verificação de qualquer resultado lesivo do bem jurídico. O risco de lesão do bem jurídico resulta da própria acção.

Pode ser levado a cabo por qualquer pessoa, singular, colectiva, comerciante ou não. As condutas típicas são fabricar, transformar, introduzir em livre prática (*infra*), importar, exportar, reexportar (*infra*), colocar sob um regime suspensivo, tiver em depósito ou em exposição para venda, vender ou puser em circulação por qualquer outro modo mercadorias. Abrange-se, assim, todo o circuito de produção e circulação (corpo do n.º 1). “O sentido de referência típica a todo o processo de consumo [da produção à comercialização] consiste em evitar lacunas na punibilidade e em garantir, portanto, uma protecção completa e eficaz do consumidor”, SILVA DIAS, *Delicta*, p. 821. Não é necessária a nocividade positiva – alteração de características que provoca perigo para a saúde – do tipo do artigo 282.º do CP, bastando, neste caso, a nocividade negativa – privação das substâncias nutrientes – para a verificação típica do crime, há semelhança, REIS BRAVO, *Tutela*, p. 75. As definições de género alimentício, aditivo alimentar e sobre os tipos de anormalidade, falsificação, corrupção e avaria, encontram-se nos artigos 81.º, 82.º e 83.º SILVA DIAS, *in* Entre Comes, p. 529 e seguintes, disserta sobre a caracterização do crime do art.º 24, n.º 1, considerando-o como crime de dano contra o direito dos consumidores à qualidades, genuinidade e autenticidade dos produtos alimentares, posição que confirmou *in* *Delicta* (supra).

Há falsificação de género alimentício em que é utilizado um aditivo quando esta substância, não admitida e estranha à composição e natureza do género alimentício, é incorporada para fazer passar por verdadeiro ou genuíno aquilo que o não é. Se o aditivo incorporado no género alimentício é uma substância carcinogénica para o homem, o agente comete não apenas o crime do artigo 24.º, n.º 1, alínea a), com referência aos artigos 81.º, n.º 1, alínea f), e 82.º, n.º 2, alínea a), todos do Decreto-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro, mas também, em concurso aparente, o crime previsto e punido pelo artigo 282.º do Código Penal revisto, a que corresponde o artigo 273.º, do Código Penal de 1982.

A adição de água natural ao leite constitui falsificação deste, por lhe aumentar o volume, modificar as suas características legais, reduzir os constituintes e diminuir o seu valor alimentar, e é enquadrável, por isso, na previsão do artigo 24.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 28/84 de 20 de Janeiro. Ac. do TRL de 2.12.1987, CJ, XII, 5, 157.

Para o preenchimento do crime de corrupção de substâncias alimentares (art.º 282.º do CP), necessário é que se crie perigo para a vida, para a saúde ou para a integridade física alheias. O crime do art.º 24.º do DL 28/84 é um crime contra

a genuinidade, qualidade ou composição dos géneros alimentícios e aditivos alimentares. Basta-se, por isso, com a conduta aí descrita, não sendo necessário que os géneros alimentícios anormais sejam susceptíveis de criar perigo para a vida, a saúde ou a integridade física”. Ac. do TRP de 13.5.1998, CJ, XXIII, 3, 228. É público o consumo que está aberto a qualquer pessoa, mediante o pagamento de um preço ou gratuitamente, com aquele que, embora circunscrito a um grupo ou categoria de pessoas, se baseia num contrato ou num tipo de relações que não sejam familiares ou de amizade, situando-se esse consumo – oneroso ou gratuito – fora da esfera da reserva da vida privada. Comete, assim, um crime de armazenamento de géneros alimentícios avariados (artigo 24.º, n.ºs 1, alínea c), e 2, alínea c), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) aquele que detém, em arcas frigoríficas de um restaurante, géneros alimentícios avariados destinados à confecção das refeições dos empregados desse estabelecimento. Ac. do STJ de 7.7.1998, BMJ 479, 700.

Age negligentemente o director responsável máximo pela gestão e administração da loja dum hipermercado que tem exposto para venda ao público pescado congelado em estado de desidratação. É que, aquele responsável da loja em causa tem o dever omitido de zelar pelo cumprimento escrupuloso das normas e regulamentos sobre a verificação da qualidade, genuinidade e estado de conservação dos géneros alimentícios destinados à venda ao público consumidor”. Ac. do TRE de 5.1.1999, CJ, XXIV, 1, 281.

Dolo Eventual – Sucessão de Leis Criminais no tempo – Regime mais Favorável. “I – Preenchem os tipos de crime da alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957, e do artigo 273.º, n.º 3, do Código Penal de 1982, os seguintes factos: a) armazenamento de 68.295 Kgs. (sessenta e oito mil, duzentos e noventa e cinco quilogramas) de massa de marmelo contendo fungos causadores de micotoxinas que atacam o aparelho digestivo, mormente o fígado e pequenas larvas capazes de provocar problemas intestinais; b) destinados à confecção de marmelada que, depois de lançada no mercado, seria comida pelo público; c) susceptível de prejudicar a saúde do consumidor, embora o perigo para a saúde fosse de “pequena gravidade”; d) representando os agentes aquela massa como possivelmente perigosa para a saúde dos consumidores, conformando-se com tal risco e persistindo no seu armazenamento para confecção e comercialização da marmelada. II – Na sucessão de leis criminais aplicáveis aos factos, é correcta a preferência pela subsunção na alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 41204, vigente ao tempo da sua prática, por permitir baixar a pena de prisão para seis meses, coisa que o n.º 3 do artigo 273.º do Código Penal não consentiria já que, afastada a aplicação de simples pena de multa (por não “reprovar” suficientemente o aproveitamento de substâncias corruptas – artigo 76.º do mesmo Código), propenderia o preceito para cerca de um ano de prisão efectiva em virtude da necessidade de se prevenirem crimes desta espécie – artigo 43.º, n.º 1, *idem*. III – O juízo expresso na conclusão anterior não é afectado pelo facto de aos réus ter sido também aplicada pena complementar de multa, porque representa muito menos que a referida agravação da pena detentiva e, sobretudo, porque tratando-se de multa em quantia fixada por lei, não lhe corresponde prisão em alternativa.” Ac. do STJ de 16.10.1985, BMJ 350,185.

Sobre **as causas de justificação e desculpa** ver a NOTA PRÉVIA.

“Se um óleo é produzido só para fins industriais, não pode dizer-se obviamente que é destinado ao consumo humano de bens alimentares. Mas se o distribuidor lhe mudou o rótulo e o colocou no mercado de consumo, acaba por lhe ser dado esse destino. Ao contrário, se o mesmo óleo é produzido para consumo humano, mas

4

5

6

quem o comercializa lhe dá uma finalidade exclusivamente industrial, o produto não chega a ser posto ao alcance do consumidor de bens alimentares e, nessa medida, não pode dizer-se que foi “destinado ao consumo público”. O produtor poderá ser punido por tentativa, mas não por crime consumado.” – SILVA DIAS, *Delicta*, pp. 860-861. Ver a NOTA PRÉVIA.

- 7 Sobre a **comparticipação** ver a NOTA PRÉVIA. “O sentido de referência típica a todo o processo de consumo [da produção à comercialização] consiste em evitar lacunas na punibilidade e em garantir, portanto, uma protecção completa e eficaz do consumidor. Não se trata de “responsabilidade em cadeia”. Esta solução possibilita a existência daquilo a que alguma doutrina chama “responsabilidade escalonada” que “deve entender-se... critério de imputação individual fundado na divisão do trabalho e da especialização e no decorrente dever funcional que recai sobre o agente económico que superintende cada uma das fases do processo, de evitar que, sua esfera de domínio, ocorram a degradação da qualidade dos produtos ou, mais grave ainda, riscos para a saúde dos consumidores”, SILVA DIAS, *Delicta*, pp. 821 e 822. Esta teoria é relevante na Decisão prática de questões de participação, mas também de corresponsabilidade ou autonomia de actuação. Assim, em cada fase da cadeia de consumo se colocará.
- 8 Há exclusão de aplicação do crime do art.º 24 quando verificado o crime do art.º 282.º do C. Penal, Damião da Cunha, *Comentário Conimbricense*, art.º 282.º, § 33. Verificar-se-á uma situação concreta de consumpção. Quem guarda simultaneamente num mesmo espaço e com a mesma finalidade um género alimentício corrupto e outro avariado comete um único crime contra a genuinidade de géneros alimentícios, da alínea b), n.º 1, do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, por se verificar a consumpção da figura menos grave (avaria) pela mais grave (corrupção). Ac. do TRE de 24.11.1987, CJ, XII, 5, 283.
Há concurso efectivo, entre este crime e o crime do artigo 282.º, do CP, segundo o Ac. do STJ, de 27.04.1988, BMJ, 376, 400.
Sobre a relação com o crime do art.º 282.º, n.º 1 do CP, o concurso entre eles, com citação e crítica de posições jurisprudências, ver SILVA DIAS, *Entre Comes*, p. 478. A detenção para comercialização de azeite anormal integra tão-só crime p. no artigo 24.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro e não também a contra-ordenação p. no artigo 58.º do mesmo diploma – comercialização sem os regulamentares requisitos. Ac. do TRC de 11.5.1988, CJ, XIII, 3, 99.
Não existe relação de consumpção entre as infracções previstas nos artigos 24.º, n.º 1 (crime), e 58.º, n.º 1 (contra-ordenação), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que, ao invés, mutuamente se excluem. Ac. do TRC de 11.5.1988, BMJ 377, 565.
Infracções Anti-Económicas – Género alimentício falsificado – Crime de substâncias alimentares. Esta última infracção tem como especialidade em relação ao crime do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, a exigência de idoneidade para criar um perigo para a vida ou para a saúde, sendo, pois, um crime de perigo. Ac. do TRC de 10.7.1996, CJ, XXI, 4, 65”.
- 9 Tendo o arguido já praticado o crime de corrupção de substâncias alimentares – artigo 273.º, n.º 3 do Código Penal –, quando havia sido julgado pela prática do crime de fraude contra a genuinidade de substâncias alimentares – artigo 24.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, cuja pena fora suspensa por dois anos, verifica-se a acumulação de infracções a que se refere o artigo 78.º daquele primeiro diploma. Não se mostrando extinta, cumprida ou prescrita pena aplicada anteriormente, procede-se ao cúmulo, tal como resulta do artigo 79.º do mesmo código, podendo não ser mantida a suspensão decretada. A aplicação de penas curtas de prisão, normalmente não desejável, pode justificar-se contra a

saúde ou a economia, dada a insensibilidade dos agentes e o peso dos valores sócias em presença. Ac. do STJ de 23.9.1992, BMJ, 419, 439.

Medida da Pena. “I – Comete o crime previsto e punido pelo artigo 24.º, n.º 1, alínea c), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, o sócio-gerente de uma sociedade: a) Em cujo armazém existiram, em 14 de Fevereiro de 1985, 11 121 latas de conserva de peixe, com datas de fabrico que vão de 1968 a 1977, impróprias para consumo por o interior se encontrar fortemente corroído e se apresentarem opadas; b) Tendo o agente conhecimento do estado do produto, que era manifesto, e sabendo que o não podia armazenar juntamente com outros comercializáveis; e c) Sem ter tomado as precauções a que o obrigava o artigo 26.º daquele Decreto-Lei. II – A cifra, respeitável, de 11 121 latas avariadas reflecte-se mais no grau de ilicitude do que na intensidade do dolo pois, para sobrevalorizar este, haveria que imaginar o agente a ver, constantemente, o produto avariado e a querer, a todo o tempo, vendê-lo aos clientes – não sendo este o caso –, a antiguidade do produto também não constitui agravante. III – Nada se tendo provado a favor do agente e, contra ele, unicamente a quantidade das conservas impróprias para consumo, justifica-se uma pena que ultrapasse a média dos limites previstos no tipo legal, pelo que é adequada a pena de 12 meses de prisão e 200 dias de multa a 2 000\$00, taxa esta, por seu turno, adequada a um sócio-gerente de uma empresa que, em 1983, movimentava perto de 500 000 000\$00 de mercadorias.” Ac. do STJ de 25.6.1987, BMJ 368, 336.

Dosimetria da Pena – Crime de Corrupção de Substâncias Alimentares – Meios de Prova – Prova Perícia. “I – A demonstração do estado dos produtos alimentares não está condicionada pela lei a qualquer tipo específico de prova – prova formal – podendo resultar de exame laboratorial macroscópico ou de outro tipo, apenas se impondo com carácter imperativo que seja feita, dada a circunstância de a apreciação ou percepção dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos ou científicos – artigo 151.º do Código de Processo Penal. II – As directrizes a observar em matéria de dosimetria penal, fixadas no artigo 72.º do Código Penal, são, em resumo, as seguintes: culpa do agente que impõe uma retribuição justa; exigências decorrentes do fim preventivo especial, ligadas à reinserção social do delinquente; exigências decorrentes do fim preventivo geral, ligadas à contenção da criminalidade e à defesa da sociedade.” Ac. do STJ de 24.2.1993, proc. n.º 43296, BMJ 424, 405.

Publicação da Sentença. I – A “armazenagem de produtos e géneros alimentícios ou aditivos anormais ou avariados, não susceptíveis de provocar perigo para a vida, a saúde ou a integridade física”, em qualquer dos estádios – preparação, fabricação, produção, etc... – em que possam ser consumidos com alimentos integra, no caso do responsável ter conhecimento do estado daqueles artigos, o crime consumado previsto e punível pelo n.º 1 e alínea c) do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. II – A “publicação da sentença”, imposta pelo n.º 4 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 28/84, não consubstancia a aplicação de uma pena acessória. Acórdão STJ de 26.4.1989, proc. n.º 39985, BMJ 386, p. 267.

Publicação de Decisão condenatória – Constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 28/84. I – O Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não é inconstitucional. II – Não deve ser decretada pena acessória de publicação da Decisão condenatória a arguido, por crime culposo de especulação quando se verifiquem diminuto grau de culpa – negligência inconsciente – ausência de antecedentes criminais, e clientela e bom nome conseguidos, no exercício duma actividade comercial, normal. Ac. do TRL de 7.12.1993, CJ, XVIII, 5, 172.

Publicação de sentença condenatória – I – A publicação de uma sentença condenatória por uma infracção antieconómica é uma pena acessória. II – A expressão

“a sentença será publicada” do n.º 4, do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, deve ser interpretada no sentido de que o tribunal só ordenará a publicação quando em seu prudente arbítrio entender que se torna necessária à aplicação daquela sanção acessória, atenta a gravidade do crime cometido e as demais circunstâncias provadas. Ac. do TRC de 26.6.1997, CJ, XXII, 3, 56.

Publicação de sentença; efeito da pena. I – A sentença que condenar o arguido pela prática de um crime contra a qualidade de géneros alimentícios, tem que ser sempre publicada. II – A publicação da sentença é neste caso, um efeito necessário da pena principal, e não uma pena acessória cuja aplicação esteja dependente das circunstâncias do caso e do critério do juiz. Ac. do TRP de 4.11.1998, CJ, XXIII, 5, 98.

Responsabilidade criminal das pessoas colectivas – Medida da pena de multa; “I – Para que a pessoa colectiva beneficie da exclusão da responsabilidade criminal ou contra-ordenacional prevista no n.º 2 do art. 3.º do D.L. n.º 28/84, de 20.01, não basta a prova de que transmitiu aos seus empregados instruções no sentido de procederem com o máximo cuidado quanto ao estado dos produtos, já que o que há que provar é que os mesmos actuaram contra ordens ou instruções expressas, directas, concretas, determinadas por ela. II – A pena acessória da publicação da Decisão condenatória não é de aplicação automática, só devendo ser imposta se o tribunal o entender necessário, atenta a gravidade do crime e as demais circunstâncias do caso.” Ac. do TRC de 5.4.2000, in CJ, XXV – 2000, Tomo II, 60. Sobre a indeterminação de sujeitos activos, INÊS FERNANDES GODINHO, in Temas de DPE, (supra, FÁRIA COSTA *et aliud*, Actuação em nome de outrem em DPE..., p. 206).

10 Sobre o **procedimento criminal** ver a NOTA PRÉVIA.

11 Sobre a **constituição como assistente** ver a NOTA PRÉVIA. O assistente, enquanto titular da marca contrafeita, carece de legitimidade para recorrer no que respeita ao crime de fraude sobre mercadorias. Ac. do TRP de 10-3-2010, proc. 896/07.5TAMTS. P1.

Artigo 25.º

Contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais

1. Quem produzir, preparar, confeccionar, fabricar, transportar, armazenar, detiver em depósito, vender, tiver em existência ou em exposição para venda, importar, exportar ou transaccionar por qualquer forma alimentos, aditivos e pré-misturas destinados a animais não considerados susceptíveis de criar perigo para a vida ou para a saúde e integridade física dos referidos animais será punido:

a) Tratando-se de alimentos, aditivos ou pré-misturas falsificados, com prisão até 1 ano e multa não inferior a 100 dias;

b) Tratando-se de alimentos, aditivos ou pré-misturas corruptos ou avariados, com prisão até 6 meses e multa não inferior a 50 dias.

2. Havendo negligência, as penas referidas no número anterior serão, respectivamente, de prisão até 6 meses e multa não inferior a 50 dias e de prisão até 3 meses e multa não inferior a 30 dias.

3. É aplicável o disposto nos n.º 3 e 4 do artigo anterior.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)
 A comparticipação (anotação 7)
 O concurso (anotação 8)
 A pena (anotação 9)
 O procedimento criminal (anotação 10)
 A constituição como assistente (anotação 11)

No Decreto-Lei n.º 41.204 não existia norma correspondente.	1
O bem jurídico protegido será a qualidade ou genuinidade de géneros de consumo absorvíveis pelos animais.	2
Sobre o tipo objectivo não há especificidades a realçar quanto às acções típicas. O objecto da acção será necessariamente um alimento para animais, ou um aditivo para alimentos animais, ou uma pré-mistura de alimentos animais (definições no art.º 81, aplicável por força do art.º 84.º). É também um crime de perigo abstracto. Ver a NOTA PRÉVIA.	3
O tipo subjectivo . Ver a NOTA PRÉVIA.	4
As causas de justificação e de desculpa . Ver a NOTA PRÉVIA.	5
A tentativa . Ver a NOTA PRÉVIA.	6
A comparticipação . Ver a NOTA PRÉVIA.	7
O concurso . Ver a NOTA PRÉVIA. Haverá concurso de normas, solucionável por recurso à regra da consumpção, quando a acção típica preencher também a previsão do artigo 281.º do C. Penal. A protecção sanitária dos animais pode considerar-se incluída no perigo concretamente verificado na aptidão dos alimentos para causarem dano para a vida ou para a saúde ou integridade física dos mesmos. Há assim uma exclusão de aplicação do crime do art.º 25 quando verificado o crime do art.º 281.º Em tese, a aprofundar, parece que, se se destinarem a consumo humano, os animais podem considerar-se género alimentício em produção. A ministração de determinados aditivos proibidos na ração pode não ser susceptível de causar dano ao animal – caso em que não se verifica o crime do art.º 281.º – mas os animais indevidamente aditivados – caso de verificação do crime do artigo 25.º – podem tornar o produto, a carne para consumo humano, em género anormal falsificado (vg. aumentando-lhe o peso mas diminuindo-lhes as qualidades nutritivas – art.º 82.º, n.º 2, a), 1). Tratar-se-á de actos de execução de um dos aludidos crimes e de actos preparatórios do crime do art.º 24.º e sendo susceptíveis de lesar a saúde dos consumidores, do art.º 282.º Mas, poderão imaginar-se situações concretas em que sejam já actos de execução parcial desses crimes, puníveis como tentativa. Tenha presente situações em que a ministração é feita nos dias imediatamente precedentes ou próximos do abate, sendo substâncias indetectáveis na inspecção sanitária e estando a distribuição e consumo próximo garantido, em circuitos rotinados.	8
A pena . Ver a NOTA PRÉVIA.	9
O procedimento Criminal . Ver a NOTA PRÉVIA	10
A constituição como assistente . Ver a NOTA PRÉVIA. Aditivo alimentar falsificado – Apreensão de bovinos – Descaminho de objectos colocados sob o poder público – marcas auriculares. Sua substituição – Documentos autênticos. Falsificação – Legitimidade para recorrer – “I – Comete crime de corrupção de substâncias alimentares o sócio-gerente de sociedade comercial que faz com que se produzam alimentos (rações) com aditivos falsificados. II – É falsificado o aditivo ou pré-mistura que não seja legalmente permitido. III – Como crime contra a economia que é, está abrangido pela Lei de Amnistia n.º 15/94, de 11 de Maio. IV – Não é ilegal a apreensão, em processo por esse crime, de bovinos assim alimentados com produtos falsificados por quem provocou ou conhecia a	11

falsificação. V – Se o arguido foi notificado do relatório pericial e do resultado das análises que concluíram pela presença de aditivos alimentares falsificados, não ficou impossibilitada a sua defesa, nem foi violado o princípio do contraditório. VI – O arguido que, sabendo estarem os bovinos legalmente apreendidos, os substituiu por outros, cometeu o crime de descaminho de objectos colocados sob o poder público p.p. pelo art.º 396.º do C. Penal de 1982, a que corresponde, no de 1995, o art.º 355.º VII – A marca auricular ou brinco identificativo do animal é documento autêntico e, portanto, a sua mudança para animal diferente constitui falsificação. VIII – O arguido, embora sócio-gerente da sociedade, dona dos animais apreendidos, só indirectamente foi prejudicada pela apreensão, pelo que não tem legitimidade para recorrer relativamente à Decisão que decretou o seu perdimento a favor do Estado. Ac. do STJ de 13.3.1997, CJ, Ano V, I, 246.

Artigo 26.º

Isenção de responsabilidade criminal

Se o agente, antes de qualquer intervenção da autoridade ou denúncia de particular, retirar do mercado os géneros e aditivos a que se referem os artigos anteriores, e sem prejuízo da sua conveniente beneficiação, transformação ou inutilização:

a) Declarar às autoridades policiais, fiscais ou administrativas a existência dos mesmos, respectivas quantidades e local em que se encontram; ou

b) Por forma inequívoca, der a conhecer que tais bens se encontram falsificados, corrompidos ou avariados, quer pela aposição de escrito elucidativo e bem visível sobre os mesmos, quer pela sua colocação em local destinado a esse efeito e, como tal, devidamente identificado de modo a eliminar quaisquer dúvidas; ficará isento de responsabilidade criminal.

Sumário da anotação:

A natureza do instituto (anotação 1)

A manutenção da responsabilidade (anotação 2)

As consequências (anotação 3)

- 1 Neste artigo prevê-se a isenção de responsabilidade criminal para os crimes dos artigos 24.º e 25.º É uma causa de exclusão da culpa se o conhecimento da anormalidade pelo agente económico resultar do cumprimento do dever de vigilância e se após a detecção da irregularidade toma e executa a decisão da declaração às autoridades de fiscalização ou de sinalização ao consumidor. Não se preenche neste caso o tipo subjectivo. Se o agente decidir a conduta típica, nomeadamente a exposição para venda ou armazenamento e depois decide essa declaração ou sinalização já se estará perante uma situação de arrependimento activo, com possibilidade exclusão da pena. A isenção é pessoal. Se a declaração às autoridades ou marcação escrita ou armazenamento separado dos produtos for efectuada contra a decisão dos co-autores e sobretudo se a ela se opuserem activamente, estes continuam a ser punidos, a título de tentativa. Se os co-autores desconhcerem a decisão activa do declarante ou sinalizador, mas for de supor, de presumir, a sua concordância ou adesão mesmo por passividade de actuação, beneficiarão da isenção. Trata-se de uma situação de arrependimento activo.
- 2 Não fica excluída a responsabilidade criminal se estiver iminente a intervenção da autoridade ou da denúncia particular e essa intervenção ou denúncia for a motivação da actuação do agente; ou se dolosamente ou com grosseira negligência se fizer declaração imprecisa sobre as quantidades e localização dos géneros; ou se a sinalização for equívoca, mantendo o risco de compra pelo consumidor.

Relativamente à acção típica a isenção de responsabilidade criminal, por exclusão de culpa ou por exclusão de ilicitude é fundada em desistência de tentativa ou arrependimento activo. Relativamente aos géneros na sua beneficiação, transformação ou inutilização. Espontânea no caso da alínea b) e sem necessidade de controlo das autoridades. Controlada por estas no caso de declaração prevista na alínea a). A apreensão ocorre se houver outros agentes do crime a responsabilizar, quando tenha já havido consumação e a isenção resulte de arrependimento activo. Relativamente ao procedimento, não deve ser aberto inquérito no caso da alínea b), por falta de ilícito punível. Se se suscitarem suspeitas fundadas em dúvidas, o que acontecerá frequentemente, deve abrir-se inquérito para investigação e decisão depois de solucionadas as dúvidas. Nos casos da alínea a), a consequência é semelhante. As dúvidas colocar-se-ão muitas vezes ao nível da subsistência de responsabilidade de co-autores quando o crime já tenha sido consumado.

Artigo 27.º

Desistência

O tribunal poderá atenuar livremente a pena se o agente, antes de os crimes referidos nos artigos anteriores desta subsecção terem provocado dano considerável, remover voluntariamente o perigo por ele criado e espontaneamente reparar o dano causado.

Sumário da anotação:

A natureza do instituto (anotação 1)

Os requisitos (anotação 2)

As consequências (anotação 3)

No artigo 27.º prevê-se uma situação de **desistência activa**, cuja consequência é a de mera atenuação da pena, mas, para além dos crimes dos artigos 24.º e 25.º, alargada ao crime do artigo 23.º (fraude de mercadoria).

Os requisitos são a intencionalidade da remoção do perigo ou danos e a extensão reduzida do perigo já criado e/ou dos danos já causados.

Relativamente à acção típica apenas terá efeito sobre a consequente pena que será atenuada. A atenuação não é obrigatória, mas a sua não aplicação deve ser fundamentada na sentença. Pressupõe a verificação dos requisitos comuns dos artigos 72.º e 73.º do C. Penal. Tratando-se de crimes de perigo abstracto ou concreto, em que o dano ou resultado não está compreendido no tipo, a desistência e remoção do perigo ou do dano consistirá, na maior parte das vezes, em retirar o produto do circuito de produção, distribuição e consumo. Relativamente aos géneros na sua retirada do mercado e acções possíveis a reparar ou indemnizar os consumidores. Relativamente ao procedimento, não se registam especificidades.

Artigo 28.º

Açambarcamento

1. Quem, em situação de notória escassez ou com prejuízo do abastecimento regular do mercado de bens essenciais ou de primeira necessidade ou ainda de matérias-primas utilizáveis na produção destes:

a) Ocultar existências ou as armazenar em locais não indicados às autoridades de fiscalização, quando essa indicação seja exigida;

b) Recusar a sua venda segundo os usos normais da respectiva actividade ou condicionar a sua venda à aquisição de outros, do próprio ou de terceiro;

c) Recusar ou retardar a sua entrega quando encomendados e aceite o respectivo fornecimento;

d) Encerrar o estabelecimento ou o local do exercício da actividade com o fim de impedir a sua venda;

e) Não levantar bens ou matérias-primas que lhe tenham sido consignadas e derem entrada em locais de desembarque, descarga, armazenagem ou arrecadação, designadamente dependências alfandegárias, no prazo de 10 dias, tratando-se de bens sujeitos a racionamento ou condicionamento de distribuição, ou no prazo que tiver sido legalmente determinado pela entidade competente, tratando-se de quaisquer outros;

será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias.

2. A recusa de venda considera-se justificada nos casos de:

a) Satisfação das necessidades do abastecimento doméstico do produtor ou do comerciante;

b) Satisfação das exigências normais da exploração agrícola, comercial ou industrial, durante o período necessário à renovação das existências;

c) Satisfação de compromissos anteriormente assumidos.

3. Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias.

4. Não constitui infracção a recusa de venda:

a) Em quantidade susceptível de prejudicar a justa repartição entre a clientela;

b) Em quantidade manifestamente desproporcionada às necessidades normais de consumo do adquirente ou aos volumes normais das entregas do vendedor;

c) Por falta de capacidade do adquirente para, face às características dos bens, assegurar a sua revenda em condições técnicas satisfatórias ou para manter um adequado serviço após venda;

d) Por justificada falta de confiança do vendedor quanto à pontualidade de pagamento pelo adquirente, tratando-se de vendas a crédito.

5. O tribunal ordenará a perda de bens em caso de condenação por açambarcamento doloso.

6. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição como assistente (anotação 11)

- 1 Os factos que constituem crime de açambarcamento eram já punidos no código penal de 1886, no seu artigo 275.º Punia-se então, a ocultação e a recusa de venda de géneros necessários ao sustento público com pena de multa de 1 a 6 meses. O agente do crime era o comerciante que vendesse para uso do público. Previa o C. Penal 1886 – Artigo 275.º – (Açambarcamento), “Todo o mercador que vender para uso do público géneros necessários ao sustento diário, se esconder suas provisões, ou recusar vendê-las a qualquer comprador, será punido com multa, conforme a sua renda, de um a seis meses.” O Decreto 29 964, de 10 de Outubro,

na sequência do art. 7.º do Decreto n.º 8724, de 21 de Março de 1923, definiu os elementos típicos do crime de açambarcamento que eram a ocultação de existência de mercadorias ou a recusa de venda de produtos contrária aos usos normais e preços correntes de mercado. O agente era, necessariamente, um produtor ou comerciante. O crime foi, posteriormente, previsto no art. 20.º do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho. Também nesta disposição se visava tutelar o abastecimento regular do mercado e ainda a estabilidade dos preços. O agente do crime era o produtor ou o comerciante. Os bens em causa eram todos e não apenas os bens essenciais ou de primeira necessidade. Previa o Decreto-Lei n.º 41.204 – Artigo 20.º – (Crime de açambarcamento), “1. Comete o crime de açambarcamento aquele que, com prejuízo do abastecimento regular do mercado, ocultar as suas existências de mercadorias ou produtos, se recusar a vendê-los segundo os usos normais da actividade agrícola, industrial ou comercial ou exigir por eles um preço que manifestamente exorbite dos preços correntes do mercado. 2. Não constitui infracção: a) Ter o produtor recusado a venda das quantidades indispensáveis à satisfação das necessidades do seu abastecimento doméstico ou das exigências normais da sua exploração durante o período necessário à renovação das existências; b) Ter o comerciante recusado a venda de mercadorias em quantidade susceptível de prejudicar a justa repartição entre a sua clientela ou manifestamente desproporcionada às necessidades normais do consumo do adquirente. 3. É equiparado a ocultação: a) O armazenamento de mercadorias ou produtos em locais não indicados às autoridades da fiscalização, quando essa indicação seja devidamente exigida; b) A recusa ou falsidade da Declaração sobre as existências, quando exigida pelas autoridades encarregadas da fiscalização; c) O não levantamento pelo destinatário das mercadorias que lhe tenham sido consignadas e derem entrada nas estações de caminho-de-ferro, em cais de desembarque ou quaisquer locais de descarga, no prazo de dez dias, relativamente às mercadorias ou produtos sujeitos a racionamento ou condicionamento de distribuição, e no prazo especialmente fixado pelas entidades competentes, quanto às restantes mercadorias ou produtos. 4. É equiparado à recusa: a) O encerramento voluntário do estabelecimento com o fim de eximir à venda a respectiva existência; b) A limitação de venda de mercadorias, fora dos termos previstos na parte final da alínea b) do n.º 2, quando essa limitação tenha sido declarada prejudicial pela entidade competente.”

O **bem jurídico** protegido é o regular abastecimento do mercado de bens essenciais ou de matérias-primas destinadas à sua produção. 2

O objecto da acção são bens essenciais ou de primeira necessidade ou matérias-primas utilizáveis para a produção de bens essenciais ou de primeira necessidade. 3
Elementos alternativos do tipo são existir situação de notória escassez ou em situação normal, prejudicar-se essa normalidade de abastecimento do mercado. No artigo 20.º, são equiparados a “bem essencial” ou de “primeira necessidade” os bens para os quais estejam fixados regimes de preços máximos ou estabelecidos regimes especiais de garantia de abastecimento. No ensinamento de LOPES ROCHA, (*in* Problemas, p. 41) “Quanto ao conceito de bens essenciais ou de primeira necessidade (artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 28/84) a questão pode pôr-se em termos semelhantes. Contrariamente ao que sucedia no domínio da legislação anterior, o crime de açambarcamento passa a limitar-se àqueles bens seguindo, aliás, os ensinamentos da doutrina. A noção de bens essenciais ou de primeira necessidade representa uma tentativa de restringir o âmbito da incriminação, de fundas razões históricas entre nós, que não deixa de responder à velha mas sempre renovada ideia de que, também em matéria económica, o direito penal só deve intervir como *ultima ratio*. De contrário, criar-se-iam desnecessários entraves ao princípio da liberdade do

comércio, com as consequências perversas que se conhecem. Assim, o conceito de bens essenciais ou de primeira necessidade aconselha sempre uma interpretação preferentemente restritiva, naturalmente levando em conta a progressiva evolução que também se verifica quanto à essencialidade de certos bens. Nesta ordem de ideias, bens essenciais, no estado actual da nossa economia, não significarão coisa distinta de bens de importância vital ou de bens fundamentais ou seja, de bens que visam assegurar directamente a subsistência normal da vida dos membros da comunidade (autores citados em nota). Exemplos de mercadorias ou produtos de importância vital serão a alimentação, o vestuário, os combustíveis (*idem*). Na dúvida será sempre preferível, como se disse, interpretar restritivamente o preceito". "Açambarcar mercadorias consiste literalmente na apropriação de bens que deveriam ser lançados nos circuitos económicos. Importa, porém, aprofundar o conceito tendo em vista delimitar o conteúdo do crime e afastar dele conceitos vagos e abstractos que tornam difícil a tarefa do julgador." J. MARQUES BORGES, Direito Penal Económico e Defesa do Consumidor, Rei dos Livros, p. 90. De referir que as considerações ora e abaixo transcritas se referem à norma contida no art. 20.º do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho mas são integralmente aplicáveis à actual redacção do crime de açambarcamento. É assim, necessário que o agente actue em conjuntura de notória escassez ou, em alternativa, prejudicando o abastecimento regular do mercado. A acção do agente deve revestir uma das seguintes modalidades: – a) Ocultação de existências – que “pode traduzir-se em os bens serem retirados do tráfego mercantil incluindo neste conceito a sua destruição, a sua inutilização ou a sua retenção ou aplicação a fins diferentes da utilização normal dos produtos desde a fase da produção até ao seu consumo. A ocultação pode traduzir-se ainda, na apresentação dos bens fora das lojas ou estabelecimentos licenciados com o fim de os furtar à eventual fiscalização. Na verdade qualquer actividade comercial se desenrola em estabelecimento comercial licenciado para o efeito. O público consumidor procura esses locais por serem os que vendem normal e usualmente determinados produtos. Se o comerciante tem diversos estabelecimentos comerciais onde exerce actividades comerciais diferenciadas, a venda dolosa em lugar distinto do lugar adequado e licenciado para venda enquadra-se no conceito de ocultação. A ocultação de existências que se traduz no não fornecimento pelo indivíduo a isso obrigado dos elementos respectivos às entidades competentes, é outra modalidade de ocultação que dificulta a colocação, eventual no mercado, dos bens. O conceito de ocultação não deve, pois, ser restrito à ideia de esconder bens mas abarca qualquer acção que consista em não colocar os bens à disposição dos diversos intervenientes nos circuitos económicos. Qualquer acção que se traduza em evitar esse destino “normal” equivalerá a uma ocultação de bens em sentido amplo.” Obra citada, pp. 91 e 92. O entendimento acima propugnado deverá ter em conta o disposto no artigo 31.º que estabelece que a destruição e aplicação a fim diferente de bens essenciais ou matérias-primas utilizáveis na sua produção só é punível quando se verificar prejuízo do abastecimento do mercado. – b) Recusa de venda – segundo os usos normais (exigindo por exemplo, preço superior ao resultante de lei). – c) Recusar ou retardar a entrega – de bens que acordou em fornecer que é uma forma de condicionar os preços normais de bens do tipo dos encomendados. Quer porque diminui a procura, quer porque induz sentimentos subjectivos de escassez. – d) Encerramento de estabelecimento – que é uma modalidade de ocultação tal como acima foi definida. – e) Não levantamento de bens – consignados e que deram entrada em locais de desembarque, descarga, armazenagem ou arrecadação.

Ocultação – I. Uma falsa Declaração em resposta à pergunta dos agentes da brigada de fiscalização, no exercício desta, preenche o condicionalismo legalmente exigido na alínea b) do n.º 3 do artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957. – II. Por ausência de um preceito com o conteúdo do § 1.º do artigo 125.º do Código Penal anterior, não se pode, após a entrada em vigor do novo Código Penal, fixar a equivalência e a prisão em alternativa da multa de quantia taxada pela lei. Ac. STJ de 12.01.1983, BMJ, 323, 197.

Trata-se de um crime ser cometido por omissão dolosa – situações incluídas nas alíneas a), c), e e) do n.º 1: ocultação por falta de indicação à fiscalização, quando exigida; retardamento do envio de encomenda aceite; não levantamento de bens destinados ao comércio do agente.

O agente do crime pode ser qualquer pessoa, singular ou colectiva, para além dos comerciantes ou produtores. Mas o agente deve ter qualquer tipo de intervenção no abastecimento de bens essenciais ao mercado. Se actuar como consumidor ou adquirente a qualquer outro título, cometerá o crime do artigo 29.º, mas nunca este. A conduta pode ser dolosa ou negligente. 4

Os n.ºs 2 e 4 prevêem elementos negativos do tipo objectivo na modalidade da recusa de venda, justificando-as quando verificadas as previsões neles contidas. No caso do n.º 2 pode falar-se em adequação social das condutas nele previstas – satisfação de necessidades próprias de abastecimento ou consumo – alíneas a) e b) – ou satisfação de compromissos de abastecimento anteriores com outra clientela. O n.º 4 prevê causas de exclusão da ilicitude justificando recusa de venda quer a consumidores quer a revendedores. Essas causas têm fundamento na justa defesa da regular distribuição dos bens em causa no mercado de consumo, quanto a consumidores não escrupulosos – casos das alíneas a) e b), e quanto a revendedores (distribuidores, abastecedores) ineficientes – caso da alínea c). No caso da alínea d) o fundamento tem diferente natureza – a protecção da liberdade negocial do vendedor, na avaliação do risco de incumprimento futuro do pagamento do preço, nas propostas de compra a crédito. Não comete o crime de açambarcamento quem recuse a venda apenas enquanto há indefinição de preço por força de mecanismos legais. É uso normal da prática comercial recusar uma venda para, assim, se poder atender cliente que, há mais tempo, pretendia comprar. Ac. do TRE de 21.02.1978, CJ, III, 1, 226. Ver também o Ac. do TRL de 23.5.975, BMJ, 248 459. 5

A **tentativa**. Ver a NOTA PRÉVIA. 6

A **participação**. Ver a NOTA PRÉVIA. 7

Pode concorrer com outros crimes antieconómicos, nomeadamente com a fraude de mercadoria (ex. em venda de produto de diferente quantidade ou qualidade, mas mesmo assim bem essencial, sucedâneo do bem pretendido), e com o crime do artigo 24.º (ex. venda de bem essencial corrupto ou avariado, em situação de escassez de abastecimento regular de mercado). 8

Por princípio, a apreensão e perda de bens prevista no n.º 5, não tem lugar nos casos dos n.ºs 2 e 4. Sendo a acção justificada, não há acto típico ilícito. Porém, na dúvida sobre a verificação dessas causas de justificação, a apreensão pode justificar-se, nomeadamente por necessidades de prova. Sobre a questão, LOPES ROCHA, Problemas, 3.21, p. 49. No caso de crime negligente não tem lugar a perda de bens. Ver NOTA PRÉVIA, nomeadamente quanto à obrigatoriedade de publicação da sentença. 9

O **procedimento criminal**. Ver a NOTA PRÉVIA. 10

A **constituição como assistente**. Ver a NOTA PRÉVIA. 11

Artigo 29.º

Açambarcamento de adquirente

1. Quem, em situação de notória escassez ou com prejuízo do regular abastecimento do mercado, adquirir bens essenciais ou de primeira necessidade em quantidade manifestamente desproporcionada às suas necessidades de abastecimento ou de renovação normal das suas reservas será punido com prisão até 6 meses ou multa de 50 a 100 dias.

2. O tribunal poderá ordenar a perda de bens que excederem as necessidades de abastecimento ou de renovação normal das reservas.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição do assistente (anotação 11)

- 1 O artigo 22.º, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24.7, punia, a título de contravenção, quem adquirisse ou constituísse reservas em quantidades superiores às permitidas, de produtos condicionados ou racionados.
- 2 O **bem jurídico** protegido é o abastecimento regular do mercado, tal como sucede no artigo anterior.
- 3 A acção punida consiste em “adquirir bens essenciais ou de primeira necessidade (adquirente ou consumidor). A aquisição ou obtenção de tais bens (que são objecto material desta infracção) devem ser feitas a título translativo de propriedade (compra e venda, doação, troca, dação em pagamento, etc.). ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO e JORGE MANUEL DOS REIS BRAVO, *Colectânea de Legislação Penal Extravagante Direito Penal Económico e Afim*, Coimbra Editora, 1998, pp. 92 e 93. As referidas condutas apenas têm relevância penal quando praticadas em situação de notória escassez ou com prejuízo do regular abastecimento do mercado.
- 4 O legislador alargou a noção de açambarcamento ao comprador ou consumidor que com a sua acção pode colocar em crise o abastecimento regular do mercado de bens essenciais. O crime só admite a forma dolosa. O agente deve querer as condutas descritas e conhecer o circunstancialismo referido no corpo do artigo, a situação de grande escassez ou o prejuízo que ocasiona. Deve ainda ter consciência de que as quantidades adquiridas são claramente desproporcionadas às suas necessidades ou de renovação normal das suas reservas.
- 5 As **causas de justificação e desculpa**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 6 A **tentativa**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 7 A **participação**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 8 O **concurso**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 9 O tribunal poderá ordenar a perda de bens. Não há lugar à publicação da sentença. Pode ser decretada a dispensa da pena. Por princípio, deve considerar-se a suspensão provisória do processo se não for considerada a dispensa da pena. Se afastada também a suspensão provisória, devem ser consideradas as formas de processo especial.

Ver supra, Parte I, ponto 14.5.

O procedimento criminal. Ver a NOTA PRÉVIA.

10

A constituição como assistente. Ver a NOTA PRÉVIA.

11

Artigo 30.º

Desobediência a requisição de bens pelo Governo

1. Quem não cumprir a requisição, ordenada pelo Governo, de bens considerados indispensáveis ao abastecimento das actividades económicas ou ao consumo público será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 150 dias.

2. Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 50 dias.

3. O tribunal ordenará a perda dos bens.

4. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A comparticipação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição como assistente (anotação 11)

A **fonte** da disposição é o artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 41.204, que punia a falta de cumprimento da requisição com prisão de três dias e multa. 1

O **bem jurídico** protegido é a autonomia intencional do Estado restrita à obediência às requisições de bens indispensáveis ao abastecimento do consumo público e de actividades económicas. 2

O crime, em regra, consiste numa **omissão**. 3

O **tipo subjectivo** inclui o dolo, nas suas diversas modalidades de não cumprimento da requisição. A negligência pode verificar na falta do dever de cuidado na não recepção e consequente desconhecimento da requisição ou na falta de dever de cuidado na execução da requisição. 4

As **causas de justificação e desculpa**. Ver a NOTA PRÉVIA. A causa de exclusão é a de o autor não ter à sua disposição os bens requisitados, por não os deter ou possuir, ou por lhe terem sido subtraídos. 5

A **tentativa**. Ver a NOTA PRÉVIA. 6

A **comparticipação**. Ver a NOTA PRÉVIA. 7

O tipo está em relação de **especialidade** com o crime comum de desobediência (art.º 348.º CP). 8

Serão aplicadas as penas acessórias de perda de bens e de publicação da sentença. Por princípio, deve considerar-se a suspensão provisória do processo. Se afastada também a suspensão provisória, devem ser consideradas as formas de processo especial. Ver a NOTA PRÉVIA. 9

O **procedimento criminal**. Ver a NOTA PRÉVIA. 10

A **constituição como assistente**. Ver a NOTA PRÉVIA. 11

Artigo 31.º

Destruição de bens e matérias-primas ou aplicação dos mesmos a fins diferentes

1. Quem, com prejuízo do abastecimento do mercado:

a) Destruir bens e matérias-primas referidos no artigo 28.º;

b) Aplicar os mesmos a fim diferente do normal ou diverso do que for imposto por lei ou por entidade competente, será punido com prisão até 2 anos e multa não inferior a 100 dias.

2. Havendo negligência, a pena será a de prisão até 6 meses e multa não inferior a 50 dias.

3. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição como assistente (anotação 11)

- 1 A **fonte** da disposição é o artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 41.204, que punia a Destruição de mercadorias ou sua aplicação a fim diferente do normal: “1. Aquele que, em prejuízo do abastecimento público, destruir quaisquer produtos ou mercadorias ou lhes der aplicação diferente da normal será punido com a pena de multa de 500\$ a 20.000\$. 2. Quando houver mera negligência, a pena aplicável será a de multa de 200\$ a 3.000\$. 3. Considera-se sempre feita em prejuízo do abastecimento público a aplicação dos produtos ou mercadorias que for diferente da imposta por lei.”
- 2 O **bem jurídico** protegido é o referido em anotação ao art.º 28.º A diferença estabelece-se no tipo objectivo.
- 3 Trata-se de um tipo de crime de acção, seja a sua destruição, seja a de desviar os bens para uso fora do normal ou diverso do ordenado na requisição.
- 4 A acção deve ter a intenção específica de prejuízo do mercado. A punição negligente pode ter a ver com a destruição por acto resultante de falta de dever de cuidado (certamente grosseira) ou com erro sobre elementos de facto (art.º 12, n.º 3, C. Penal). Se o destruidor dos bens alheios souber que vai causar prejuízo ao mercado, aceitar esse resultado mas agir para causar prejuízo ao dono dos bens, age com dolo necessário quanto a este crime e com dolo directo quanto ao crime de dano.
- 5 As **causas de justificação e desculpa**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 6 A **tentativa**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 7 A **participação**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 8 O tipo está em relação concurso efectivo com o crime comum de dano (art.º 212.º CP) se os bens destruídos forem alheios.
- 9 Será aplicada a pena acessória de publicação da sentença. Por princípio, deve considerar-se a suspensão provisória do processo. Se afastada também a suspensão provisória, devem ser consideradas as formas de processo especial. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 10 O **procedimento criminal**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 11 A **constituição como assistente**. Ver a NOTA PRÉVIA.

Artigo 32.º

Destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional

1. Quem, por qualquer meio, destruir, danificar ou tornar não utilizáveis bens próprios de relevante interesse para a economia nacional ou de qualquer outro modo os subtrair ao cumprimento dos deveres legais impostos no interesse da economia nacional será punido com prisão até 2 anos e multa até 150 dias.

2. Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 30 dias.

3 A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição como assistente (anotação 11)

O artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 41.204 previa a infracção de destruição ou aplicação anormal de produtos com prejuízo do abastecimento público: “Destruição de produtos e aplicação anormal – 1. Aquele que, em prejuízo do abastecimento público, destruir quaisquer produtos ou mercadorias ou lhes der aplicação diferente da normal será punido com a pena de multa de 500\$00 a 20.000\$00. 2. Quando houver mera negligência, a pena aplicável será a de multa de 200\$00 a 3.000\$00. 3. Considera-se sempre feita em prejuízo do abastecimento público a aplicação dos produtos ou mercadorias que for diferente da imposta por lei.”

O **bem jurídico** protegido é a economia nacional. Neste tipo legal espelha-se “de forma particularmente nítida o já mencionado predomínio que o direito penal económico pode ter de reconhecer os bens jurídicos supra-individuais em relação aos bens jurídicos individuais. Predomínio que, em última instância, presta homenagem ao étimo fundante do direito económico: o reconhecimento no plano da economia do *Mitsein* e das reivindicações de solidariedade sobre a ordem do *suum* com a sua pretensão de um ilimitado *jus utendi et abutendi*.” MANUEL DA COSTA ANDRADE, A nova lei dos crimes contra a economia, in *Direito Penal Económico e Europeu Textos Doutrinários*, I, Coimbra Editora, 1998, p. 411.

O **tipo objectivo** consiste em destruir, danificar ou tornar não utilizáveis bens próprios de relevante interesse para a economia nacional, ou subtrair esses bens ao cumprimento dos deveres legais impostos no interesse da economia nacional. Ver LOPES ROCHA, *Problemas*, p. 42, sobre a interpretação restritiva que deve ser a dos conceitos de relevante interesse para a economia nacional. Relevante é algo de importante, saliente, evidente, necessário, indispensável, mas estas características poderão estar excluídas de certos bens e serão insuficientes fora de contexto socio-económicos serem tidos como relevantes à economia nacional. Tentando completar estas referências, numa breve reflexão, parece-nos dever ter-se como referencial a economia nacional no seu conjunto, estando excluídos do âmbito da incriminação bens que, mesmo com aquelas características, tenham um valor patrimonial ou económico pouco significativo, um valor pequeno, diminuto, insignificante ou

marginal nos segmentos de produção, poupança, investimento, ou mercados de consumo interno ou exportação.

- 4 O crime pode ser levado a cabo por qualquer pessoa, física ou colectiva. O agente terá que ser dono dos bens em causa. Assim, a destruição de bens de relevante interesse para a economia nacional por banda de quem não é o seu proprietário não é susceptível de sanção penal nesta sede. Pode, no entanto, ser co-autor ou cúmplice do crime, nos termos do disposto no art. 28.º, do Código Penal. *Vide* também o n.º 2, deste diploma. A tal propósito é útil a consulta dos arts. 204.º, n.º 2, al.ª b) e 213.º, n.º 2, al.ª d), do Código Penal. O dolo consiste no conhecimento e vontade de praticar os actos descritos no n.º 1 com referência a bens consabidamente de relevante interesse para a economia nacional. A forma culposa também é punida.
– Cooperativa de consumo. “I – As sociedades cooperativas têm personalidade jurídica diferente da dos sócios. II – Por isso, ao venderem os seus produtos a estes, não deixam de fazer vendas ao público, com a susceptibilidade de incorrerem em responsabilidade penal pelas infracções previstas no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. III – Assim, o director ou o empregado de uma dessas cooperativas que, agindo livre e conscientemente, e sabendo que a sua conduta era proibida por lei, haja exposto à venda ao público batata a preço superior ao tabelado cometeu o crime tentado de especulação da al.ª a) do art.º 35.º daquele citado Decreto-Lei. IV – Responsável pela infracção é também a própria cooperativa nos termos do art.º 30.º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei”. Ac. do TRP de 5.4.1988, *in* CJ, XIV, 2, 242.
- 5 Na senda do autor acima citado entende-se que, neste caso, não é aplicável a causa de exclusão da ilicitude prevista no art.º 31.º, n.º 2, al.ª d), do Código Penal (consentimento do ofendido).
- 6 A **tentativa**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 7 A **comparticipação**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 8 O tipo está em relação **concurso efectivo** com o crime comum de dano (art.º 212.º CP) se os bens destruídos forem alheios.
- 9 Será aplicada a pena acessória de publicação da sentença. Por princípio, deve considerar-se a suspensão provisória do processo. Se afastada também a suspensão provisória, devem ser consideradas as formas de processo especial. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 10 O **procedimento criminal**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 11 A **constituição como assistente**. Ver a NOTA PRÉVIA.

Artigo 33.º

Exportação ilícita de bens

1. Quem exportar, sem licença, bens cuja exportação, por determinação legal, estiver dependente de licença de qualquer entidade será punido com prisão até 2 anos e multa não inferior a 100 dias.

2. Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 50 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)
 A pena (anotação 9)
 O procedimento criminal (anotação 10)
 A constituição como assistente (anotação 11)

- A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 41.204 – Artigo 31.º – Exportação ilegal: 1
 “1. Quando a exportação de mercadorias estiver, por determinação publicada no Diário do Governo, dependente de licença do Ministério da Economia, a exportação não autorizada das mercadorias sujeitas a esse regime é punível com a pena de prisão de três dias a dois anos e multa, sem prejuízo do procedimento a que houver lugar por contrabando, descaminho ou outras infracções de natureza fiscal. 2. A tentativa, bem como a frustração, da infracção a que se refere este artigo são sempre puníveis.”
- Bem jurídico** – a autonomia intencional do Estado restrita à obediência às regras de exportação licenciada de bens.
- A acção consiste em exportar sem licença, quando esta é necessária. No quadro 2
 do direito comunitário, nos mercados comunitarizados, a exportação só existe quando a mercadoria sai do espaço aduaneiro comum. Nas transacções com Estados-Membros não há exportação.
- O dolo consiste na intencionalidade de desobedecer à imposição de licenciamento. 3
 A negligência terá a ver com o desconhecimento da necessidade de licenciamento ou na omissão. A responsabilidade por negligência pode resultar ainda da falta ou omissão de divulgação de informação ou de emissão de ordens internas na empresa.
- As **causas de justificação e desculpa**. Ver a NOTA PRÉVIA. 4
- A **tentativa**. Ver a NOTA PRÉVIA. 5
- A **complicação**. Ver a NOTA PRÉVIA. 6
- O **concurso**. Ver a NOTA PRÉVIA. 7
- Não será aplicada a pena acessória de publicação da sentença. Por princípio, deve 8
 considerar-se a suspensão provisória do processo. Se afastada também a suspensão provisória, devem ser consideradas as formas de processo especial. Ver a NOTA PRÉVIA.
- O **procedimento criminal**. Ver a NOTA PRÉVIA. 9
- A **constituição como assistente**. Ver a NOTA PRÉVIA. 10

Artigo 34.º

Violação de normas sobre declarações relativas a inquéritos, manifestos, regimes de preços ou movimento das empresas

1. Quem, na sequência de inquéritos ou manifestos legalmente estabelecidos ou ordenados pelo ministro competente, para conhecimento das quantidades existentes de certos bens, se recusar a prestar Declarações ou informações, as prestar falsamente, com omissões ou deficiências, ou se recusar a prestar quaisquer outros elementos exigidos para o mesmo fim será punido com prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias.
2. Igual pena é aplicável à omissão, falsidade, recusa ou deficiência de declarações ou informações relativas à aplicação dos regimes de preços em vigor ou ao movimento das empresas para efeitos de fiscalização, quando exigidas por lei ou pelas entidades competentes.
3. É equiparado às situações previstas no n.º 1 o não cumprimento dos prazos legalmente fixados ou ordenados pela entidade competente para as declarações referidas nos números anteriores.
4. Havendo negligência, a pena aplicável será a de multa de 20 a 100 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A comparticipação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição como assistente (anotação 11)

- 1 A disposição corresponde ao art. 23.º, do Decreto-Lei n.º 41 204, Falsidades nas declarações ou nos manifestos: “1. A omissão ou falsidade de Declarações na sequência dos inquéritos ou manifestos ordenados pelo Governo para conhecimento das quantidades existentes de certos produtos ou mercadorias, bem como a recusa de quaisquer elementos oficialmente exigidos para o mesmo fim, serão puníveis com prisão até três meses e multa até um mês. 2. Quando houver mera negligência, a pena aplicável será a de multa de 100\$ a 500\$.” No âmbito do Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro a conduta em apreço era punida como contravenção.
- 2 Esta norma pretende assegurar que a Administração tenha conhecimento das existências de determinados bens com vista a impedir importações desnecessárias. Para o efeito usa determinações aos agentes económicos. O bem jurídico tem a ver com as diferentes formas de frustrar essas determinações. Assim também aqui é a autonomia intencional do Estado restrita à violação das normas sobre declarações respeitantes ao conhecimento de realidades da actividade económica.
- 3 O crime pode cometer-se por acção ou por omissão, no caso de se recusar a prestar as informações. Nesta modalidade, o crime consuma-se com o decurso do prazo para prestar informações e no local onde a informação deveria ser prestada. Conforme é referido por ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO E JORGE MANUEL ALMEIDA DOS REIS BRAVO, *Colectânea de Legislação Penal Extravagante*, Direito Penal Económico e Afim, 1998, Coimbra Editora, “Na omissão não há tentativa: a omissão é o crime.”
- 4 O **tipo subjectivo** não exige qualquer dolo específico e pode ser preenchido por negligência.
- 5 As **causas de justificação e desculpa**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 6 A **tentativa**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 7 A **comparticipação**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 8 O **concurso**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 9 Não será aplicada a pena acessória de publicação da sentença. Por princípio, deve considerar-se a suspensão provisória do processo. Se afastada também a suspensão provisória, devem ser consideradas as formas de processo especial. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 10 O **procedimento criminal**. Ver a NOTA PRÉVIA.
- 11 A **constituição como assistente**. Ver a NOTA PRÉVIA.

Artigo 35.º
Especulação

1. Será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa não inferior a 100 dias quem:

a) Vender bens ou prestar serviços por preços superiores aos permitidos pelos regimes legais a que os mesmos estejam submetidos;

b) Alterar, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio e com intenção de obter lucro ilegítimo, os preços que do regular exercício da actividade resultariam para os bens ou serviços ou, independentemente daquela intenção, os que resultariam da regulamentação legal em vigor;

c) Vender bens ou prestar serviços por preço superior ao que conste de etiquetas, rótulos, letreiros ou listas elaborados pela própria entidade vendedora ou prestadora do serviço;

d) Vender bens que, por unidade, devem ter certo peso ou medida, quando os mesmos sejam inferiores a esse peso ou medida, ou contidos em embalagens ou recipientes cujas quantidades forem inferiores às nestes mencionadas.

2. Com a pena prevista no número anterior será punida a intervenção remunerada de um novo intermediário no circuito legal ou normal da distribuição, salvo quando da intervenção não resultar qualquer aumento de preço na respectiva fase do circuito, bem como a exigência de quaisquer compensações que não sejam consideradas antecipação do pagamento e que condicionem ou favoreçam a cedência, uso ou disponibilidade de bens ou serviços essenciais.

3. Havendo negligência, a pena será a de prisão até 1 ano e multa não inferior a 40 dias.

4. O tribunal poderá ordenar a perda de bens ou, não sendo possível, a perda de bens iguais aos do objecto do crime que sejam encontrados em poder do infractor.

5. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

O procedimento criminal (anotação 10)

A constituição como assistente (anotação 11)

As fontes são as seguintes:

– C. Penal 1886 – Artigo 276.º – (Especulação) – Qualquer pessoa que, usando de algum meio fraudulento, conseguir alterar os preços que resultariam da natural e livre concorrência nas mercadorias, géneros, fundos ou quaisquer outras coisas, que forem objecto de comércio, será punida com multa, conforme a sua renda, de um a três anos. § único – Se o meio fraudulento, empregado para cometer este crime, for a coligação com outros indivíduos, terá lugar a pena, logo que haja começo de execução.

– Decreto-Lei n.º 41.204 – Artigo 24.º – (Especulação. Conceito)

1. Constitui crime de especulação: a) A venda de produtos ou mercadorias por preço superior ao legalmente fixado ou, na falta de tabelamento, com margem

de lucro líquido superior a 10 por cento nas vendas por grosso e de 15 por cento nas vendas a retalho; b) A alteração, sob qualquer pretexto ou por qualquer meio apropriado, dos preços que do regular exercício das actividades económicas ou dos regimes legais em vigor normalmente resultariam para as mercadorias; c) A intervenção remunerada de um novo intermediário no ciclo normal da distribuição, ainda que não tenha havido lucro ilícito, salvo quando se mostre que da intervenção não resultou qualquer aumento de preço. 2. Considera-se preço legalmente fixado para as mercadorias ou produtos o que lhes tenha sido atribuído por Decisão competente publicada no Diário do Governo. 3. É tido como lucro líquido para o comerciante aquele que se obtiver depois de abatidos o preço de aquisição ou o de reposição, quando for superior àquele em mais de 10 por cento, o custo do transporte e quaisquer outros encargos proporcionalmente inerentes ao comércio dos artigos vendidos. Estes encargos serão fixados segundo o prudente arbítrio do julgador, que atenderá para o efeito à natureza e às circunstâncias especiais do comércio do arguido, presumindo-se que não excedem, na falta de outro critério especialmente fixado pelo Governo, 7 por cento da soma do preço de aquisição ou de reposição e do custo de transporte.

– Decreto-Lei n.º 41.204 – Artigo 26.º – (Tentativa de especulação. Falta de peso)

1. É equiparada à tentativa de especulação a existência para venda de produtos que, por unidade, devam ter certo peso, quando seja inferior a esse o peso encontrado. 2. Quando se mostre não ter havido ânimo de obter lucro ilícito, o facto a que se refere o número anterior constituirá mera contravenção, punível com multa de 200\$ a 3.000\$.

2 **Bem jurídico** tutelado é em primeira linha os interesses dos consumidores, enquanto interesses colectivos. O combate às actividades especulativas e a protecção dos consumidores são objectivos da política comercial, não necessariamente garantidos por recurso à política criminal.

3 Trata-se de um crime de acção, que pode assumir as modalidades previstas nas diversas alíneas do n.º 1 e no n.º 2: vender a preços superiores aos permitidos; alterar os preços normais para obter lucro ilícito; vender por preços superiores aos das tabelas e rótulos; vender em quantidade ou medida inferior às dos rótulos; intrometer intermediário desnecessário na distribuição; ou exigir compensações injustificadas. Objecto da acção material típica pode ser o preço de venda de um bem, mas também o da prestação de um serviço. Não é elemento do tipo objectivo a obtenção de lucros não permitidos, mas as práticas de preços que excedam os permitidos.

I. Não são coincidentes no seu significado as expressões utilizadas pelo legislador em diferentes diplomas “lucro líquido” e “margem de comercialização”. – II. Exige tarefa interpretativa do julgador a expressão “margem de comercialização” no sentido de saber se abrange as despesas de transporte, quando a legislação aplicável é omissa neste ponto. Ac. do TRC de 04.02.1981, CJ, VI, 1, 77.

Leis penais em branco. I. Há leis penais que dependem, para a sua exequibilidade, do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos actos administrativos (regulamentos, portarias, editais). São as chamadas leis penais em branco, cegas ou abertas. – II. Tais leis não são revogadas em consequência da revogação do seu complemento, continuando a ser puníveis os factos anteriores a essa revogação. – III Assim, muito embora revogado o n.º 9 da Portaria 450/83, de 19-4, que estabeleceu para os estabelecimentos de ensino o regime de preço convencionalado, a prestação dos respectivos serviços por preço superior ao legal praticada na vigência daquele diploma continua a ser punida como crime de especulação. Ac. STJ de 30.05.1990, CJ, XV, 3, 15.

I. Pode ser cometido crime de especulação através do fornecimento de peças aplicadas em objectos de reparação, se por essas peças for cobrado preço superior ao legal. – II. Em crime de especulação, a substituição da prisão por multa só não é legal nos casos estritamente mencionados no art. 11.º do Decreto-Lei n.º 41 204. Ac. TRE de 18.02.1981, CJ, VI, 1, 127.

Sendo a arguida importadora, armazenista e retalhista, para fixação do preço de venda 'ao público do objecto importado, há que ponderar todos os encargos havidos nesta tríplice função no circuito de comercialização e a percentagem do lucro a cada urna permitida por lei. Ac. TRL de 21.02.1981, CJ, VI, 4, 56.

Venda de automóveis – I. A venda de automóveis está sujeita ao regime de preços declarados. – II. Na falta de disposição legal impondo a venda pelo preço anterior, não constitui crime de especulação a venda de um automóvel pelo novo preço declarado, muito embora o comerciante o tenha adquirido para venda pela importância correspondente ao preço declarado anterior. Ac. do TRC de 06.02.1985, CJ, X, 1, 106.

Fixação de novos preços. Alteração legal. Aplicação dos novos preços aos produtos adquiridos anteriormente. – I. Os preços podem ser fixados por declaração (por tabelamento ou declaração de preços máximos, ou por aplicação de margens de lucros sobre o custo de aquisição. – II. Declarado um preço, se nova legislação o vem alterar, pode o novo preço ser praticado, a não ser que o diploma diga o contrário, em relação a artigos adquiridos anteriormente. Ac. TRC de 10.07.1985, CJ, X, 4, 95 Leis temporais. Preços declarados – I. As normas legais que pretendem acautelar e assegurar a normalização de preços são normas de característica temporária, de regulamento episódico ou momentâneo, não sendo, assim, lícito retirar-lhes eficácia punitiva ocasional. – II. O n.º 1 do artigo 6.º do Código Penal de 1886 não era aplicável às leis temporárias (assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1947), encontrando-se hoje tal princípio no n.º 3 do artigo 2.º do Código Penal de 1982. – III. O facto de o Decreto-Lei n.º 29/80, de 29 de Fevereiro, ter sido mandado aplicar aos processos pendentes na data da sua aplicação, não implica que tenha deixado de ser punível infracção cometida na vigência de diplomas anteriores que sujeitavam ao regime de preços determinados bens ou serviços em função da facturação bruta cujos valores aquele diploma elevou, porquanto o seu artigo 42 refere-se tão-somente aos processos administrativos de declaração de preços pendentes à data da sua entrada em vigor nas Direcções-Gerais do Comércio Alimentar e não Alimentar, conforme o produto de que se trata, não abrangendo os processos por infracções pendentes na Direcção-Geral de Fiscalização Económica e nos tribunais. IV. O Código Penal de 1982 não prevê a pena de prisão em alternativa da multa, quando esta é aplicada em quantia determinada. Ac. do STJ de 30.01.1985, BMJ, 343, 199.

Não comete o crime de especulação o comerciante que vende garrafas de gás butano, quando vigorava a tabela constante da Portaria n.º 748-B/83, de 2 de Julho, a preço não excedente a tal tabela, embora superior ao fixado na Portaria n.º 6-A/83, de 3 de Janeiro, na vigência da qual adquirira as mesmas garrafas. Ac. STJ de 05.06.1985, BMJ, 348, 253.

I. O facto previsto no artigo 24.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, não foi eliminado do número das infracções, já que a especulação consistente na venda por preço superior ao legal continua a ser punível nos termos da alínea 14 do n.º 1 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, com o qual se verificou uma simples mudança de critério legal de estabelecimento de preços máximos. – II. Não é punível o facto que consiste em marcar preços superiores aos legalmente permitidos para a venda de certas mercadorias, quando

o agente actuou com negligência e o crime não chegou a consumar-se, porque o dolo é elemento integrante da tentativa, nos termos do artigo 22.º, n.º 1, do Código Penal. Ac. STJ de 11 de Junho de 1985, BMJ, 348, 269.

III. Os factos integradores do crime de especulação em forma tentada, antes previsto e punível nos termos das disposições conjugadas dos artigos 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Junho, e 5.º, 21.º e 25.º do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 476/74, de 24 de Novembro, e n.º 341/76, de 12 de Maio), continuam a integrar o crime de especulação, punível nos termos do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Ac. STJ de 21.11.1984, BMJ, 341, 242.

A afixação de etiquetas com preço superior ao legal constitui crime consumado de especulação. – Comete um só crime consumado o réu que, tendo fixado sobre a mercadoria letreiro com preço superior ao legal, já vendeu parte dessa mercadoria e tem exposta para venda ao público a parte restante. Ac. TRP de 11.10.1989, CJ, XIV, 4, 237.

Crime culposo. Artigo marcado por preço superior ao legal. Ausência de dolo. – Comete o crime de especulação consumado negligente, quem tem para exposto para venda ao público qualquer artigo marcado por preço superior ao legal, sem intenção dolosa, ainda que se prove nada ter sido vendido. Ac. do TRC de 18.05.1988, CJ, XIII, 3, 109.

Aplicação da lei no tempo. Especulação – I. O artigo 85.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, revogou as disposições dos capítulos I e II do Decreto-Lei n.º 41.204, de 24 de Julho de 1957. – II. Isto, porém, não significa que os factos que, à data da sua prática, eram previstos e puníveis pelas citadas disposições do Decreto-Lei n.º 41.204, tenham, segundo o artigo 2.º, n.º 2, do Código Penal de 1982, sido descriminalizados. – III. Os mesmos factos continuaram a ser previstos e puníveis pelos artigos 35.º, 11.º, 1, alínea a), e 4.º do aludido Decreto-Lei n.º 28/84. Simplesmente, a partir de então, passou a ser possível a substituição da prisão por multa, a não ser que se verifique o concurso de determinadas circunstâncias (artigos 5.º e 6.º do mesmo decreto-lei) e a suspensão da execução da pena. IV. O que sucede é coisa diferente da descriminalização. Uma sucessão de leis no tempo, entre a data da prática dos factos e o actual momento, a qual apenas conduz à aplicação da norma do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal de 1982. – Ac. STJ de 18.02.1986, BMJ, 354, 322.

Nova tabela de preços. – I. Uma nova tabela de preços, superior à anterior, determinada por agravamento de encargos fiscais, se tais encargos não afectam as mercadorias que já antes se encontravam à venda, só é aplicável às mercadorias postas à venda posteriormente. – II. A falta de apuramento, nos processos, da existência dessa nova tabela, não sendo ela aplicável ao caso, não constitui nulidade. – III. A necessidade de reposição de “stocks” não justifica o abandono de tabela estabelecida. – IV. A venda de um automóvel por preço superior ao da tabela que vigorava ao tempo em que foi posto à venda, constitui crime de especulação. Ac. TRP de 29.10.1986, CJ, XI, 4, 260. No sentido de que, salvo lei em contrário, os novos preços devem ser aplicados também às mercadorias adquiridas anteriormente, decidiram os Acs. TRC, de 6.2.1985 e 10.7.1985, CJ, X, 1, 106, e X, 4, 95.

Venda de automóveis. Preços declarados. – I. A venda de automóveis está sujeita ao regime de preços declarados pelo importador, como resulta do Decreto-Lei n.º 329-A/74, de 10 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro, modificado pelo Decreto-Lei n.º 184/82, de 15 de Maio, e considerando, ainda, a Portaria n.º 74/77, de 12 de Fevereiro, alterada pela Portaria n.º 142/77, de 19 de Março. – II. Constitui crime de especulação a venda de

um veículo automóvel ligeiro por preço superior ao declarado pelo importador para venda ao público, preço esse formado pelo custo, pela margem de comercialização e pelo IVVA. – III. A margem de comercialização incide no custo da viatura e, neste, não se inclui o IVVA, por se tratar de tributação, aliás totalmente suportada pelo comprador. Ac. STJ de 21.01.1987, BMJ, 363, 238. – O Ac. do TRP, de 29.10.1986, CJ, XI, 4, 260, decidiu também que a venda de um automóvel por preço superior ao da tabela que vigorava ao tempo em que foi posto à venda, constitui crime de especulação. – Em sentido oposto decidiram os acórdãos do TRC de 6-2-985 e de 10-7-985 CJ, X, 1, 106 e X, 4, 95.

Preços declarados – venda de automóvel – Constitui crime de especulação a venda de um veículo automóvel por preço superior ao declarado pelo importador para venda ao público, no qual se incluiu o imposto sobre a venda de veículos automóveis (IVVA). ... Ac. do STJ de 01.04.1987, BMJ, 366, 271.

Exposição. Preços ilegais. – I. A alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º do Decreto n.º 28/84, de 20 de Janeiro, prevê um crime consumado de especulação. II. Assim, o comerciante, que expõe mercadorias para venda ao público, no seu estabelecimento, afixando preços superiores aos que resultam da regulamentação legal, é autor material de um crime consumado de especulação, descrito tipicamente no preceito atrás referido, mesmo que as não tenha vendido. Ac. STJ de 18.01.1989, e de 17.01.1985, BMJ, 349, 274.

Descriminalização de ilícitos antieconómicos. Adopção de regimes de preços liberalizados – I. Os crimes de especulação que se traduzem na venda de mercadorias por preço superior ao legalmente fixado, são descriminalizados quando, em relação a essas mercadorias, se passa a adoptar um regime de preços livres ou liberalizados, em virtude de as correspondentes leis incriminatórias não terem a natureza de normas temporárias. – II. Os arguidos de tais crimes, por tal motivo, devem ser absolvidos, por aplicação do preceituado no art.º 2.º, n.º 4, do Código Penal. Ac. TRL de 11.06.1991, CJ, XVI, 3, 84/5.

Preenchimento do Tipo de Crime – “I – É, efectivamente, ilícito o lucro que se obtém mediante a cobrança de preço superior ao fixado no momento da aquisição, sendo irrelevante, para efeitos de consumação do crime em análise, ter havido restituição do montante a mais do que era devido. II – Ac. do TRL de 22.5.2003, CJ, XXVIII, 3, 135.

Referência a “preço padrão” – “O crime de especulação previsto no Decreto-Lei 28/84 é, como tipo legal, o mesmo que era previsto no Decreto-Lei n.º 41204, quanto à referência à prática de preços superiores a um certo preço padrão, pois a única diferença existente entre essas duas legislações, nesse aspecto, respeita apenas à forma de determinação de tal “preço-padrão””. – Ac. do TRL de 22.1.1986, *in* CJ, Ano XI, Tomo I, p. 119.

Descriminalização – “O crime de especulação, por resultar excedida a margem de lucro legalmente estabelecida, contemplado no artigo 24.º, n.º 1, alínea a), segunda parte, do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957 – que não é uma lei temporária –, deixou de ter previsão no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, que revogou expressamente aquele artigo.” Ac. do TRL de 30.01.1985, BMJ n.º 350, p. 382.

Leis Temporais. Crime de Especulação Preços Declarados. Aplicação da lei Criminal no Tempo. Regime Mais Favorável. Multas em Quantia Determinada. Prisão Em Alternativa; “I – As normas legais que pretendem acautelar e assegurar a normalização de preços são normas de características temporárias, de regramento episódico ou momentâneo, não sendo, assim, lícito retirar-lhes eficácia punitiva ocasional. II – O n.º 1 do artigo 6.º do Código Penal de 1886 não era aplicável às

leis temporárias (assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1947), encontrando-se hoje tal princípio no n.º 3 do artigo 2.º do Código Penal de 1982. III – O facto de o Decreto-Lei n.º 29/80, de 29 de Fevereiro, ter sido mandado aplicar aos processos pendentes na data da sua aplicação, não implica que tenha deixado de ser punível infracção cometida na vigência de diplomas anteriores que sujeitavam ao regime de preços Declarados determinados bens ou serviços em função de facturação bruta cujos valores aquele diploma elevou, porquanto o seu artigo 4.º refere-se tão-somente aos processos administrativos de declaração de preços pendentes à data da sua entrada em vigor nas Direcções-Gerais do Comércio Alimentar e não Alimentar, conforme o produto de que se trata, não abrangendo os processos por infracções pendentes na Direcção-Geral de Fiscalização Económica e nos tribunais. IV – Julgando-se adequada a fixação da pena de prisão em quarenta dias e a de multa em 300 000\$00 (com alternativa de duzentos dias de prisão), por factos que, à data da sua prática, eram, por força do disposto no n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 75-Q/77, de 28 de Fevereiro, previstos e puníveis pelos artigos 25.º, 21.º n.º 1 (com a alteração do artigo 2.º, n.º 1, alínea e), do Decreto-Lei n.º 476/74, de 24 de Setembro) e 5.º, n.º 1, alínea a) (com a redacção do artigo 1.º deste mesmo Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957; e como o artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, passou a punir o crime com prisão de seis meses a três anos e multa não inferior a cem dias, sendo certo que, em face deste outro sistema, a pena de prisão não poderia, em concreto, ser fixada em menos de seis meses, é mais favorável, para os efeitos do disposto no n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal de 1982, a primeira pena de prisão e multa, mas sem alternativa de prisão para a multa. V – O Código Penal de 1982 não prevê a pena de prisão em alternativa da multa, quando esta é aplicada em quantia determinada.” Ac. do STJ de 30.01.1985, proc. n.º 37622, BMJ n.º 343, p. 199.

Aplicação da Lei Penal no Tempo. Leis Temporárias. Crimes de Especulação (Tentativa); “I – Um acto criminoso praticado na vigência de uma lei temporária continua a ser punível mesmo depois da caducidade da regra incriminadora (artigo 2.º, n.º 3, do Código Penal). II – Na sucessão das normas incriminadoras da tentativa de especulação o regime do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, é o mais favorável ao réu”. Ac. do STJ de 22.5.1985, BMJ n.º 347, p. 193.

Regime concretamente mais favorável. Afixação de etiquetas por preço superior ao legal – Substituição de prisão por multa. Suspensão da execução da pena. “I – A alínea b) do n.º 1 do art.º 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não pretende considerar crime consumado de especulação aquilo que materialmente seria simples tentativa. II – Face ao disposto no art.º 85.º do citado Decreto-Lei n.º 28/84, não há qualquer obstáculo à substituição de prisão por multa, nem à suspensão da execução da pena de prisão nos crimes de especulação. Ac. do TRP de 13.3.1985, *in* CJ, Ano X, Tomo II, p. 243:

- 4 O crime pode ser doloso ou negligente. No caso da primeira acção prevista na alínea b), do n.º 1, exige-se dolo específico – intenção de obter lucro ilegítimo. Nos restantes casos, pode nem sequer haver lucro para além do lucro permitido ou normal na actividade, pode simplesmente não haver lucro, ou pode até haver prejuízo. Para tanto basta que o agente tenha adquirido a preços mais elevados e fora dos correntes no mercado ou fixados por regulamentação legal. O dolo é a intenção de venda a preços que, mesmo sem lucro, excedam os permitidos pelo regime legal ou resultantes do mercado.

I. No crime de especulação para a existência de dolo é suficiente a consciência de que a transacção foi praticada por preço superior ao fixado por lei, sendo irrelevante o facto de o agente não ter procurado um lucro ilícito. – II. O crime de

especulação consuma-se pela venda de bacalhau a preços superiores aos legais, embora a crédito, pois na compra e venda a transferência da coisa opera-se por mero efeito do contrato, ficando o vendedor desde esse momento, ou dentro do prazo estipulado, com direito a exigir o preço convencionado. – III. Mantém-se em vigor o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Junho, razão por que nos crimes de especulação, e até na tentativa de especulação, a pena de prisão não pode ser substituída por multa, nem decretada a suspensão da sua execução. Ac. do STJ de 20.06.1979, BMJ, 288, 261. No sentido da 1.ª conclusão, acórdão do TRC de 01.06-977, CJ, I, 3, 718.

Exposição de mercadorias por preço superior ao permitido – I. Comete o crime de especulação, na forma consumada, a arguida que expõe à venda determinada quantidade de pescado por preço superior ao permitido pela lei – artigo 35.º, n.º 1, alínea b), e n.º 3, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. – II. A culpa assume a forma de negligência se a arguida calculou o preço apressadamente, quando já tinha clientes à espera, e sem consciência de que marcava um preço ilegítimo e especulativo. Ac. STJ de 11.10.1989, BMJ, 390, 134.

Artigo marcado com preço superior ao legal. – I. Só pode ser censurado a título de negligência inconsciente o comportamento do réu que apenas agiu sem as cautelas devidas e a que, segundo as circunstâncias, estava obrigado, pelo que, distraidamente, marcou preços errados e superiores aos legalmente estatuídos. – II. Na alínea b) do artigo 35.º do Decreto n.º 28/84, tipifica-se um crime consumado (de perigo) de especulação e não já uma mera tentativa deste delito. Ac. do STJ de 24.05.1989, BMJ, 387, 304.

Erro de Cálculo Grosseiro – “Não obstante o erro de cálculo ser inerente a qualquer actividade ilícita, com ligação ou não ao exercício do comércio, podendo não envolver um juízo de censura, pratica, contudo, o crime culposo de especulação o comerciante que comete um erro de cálculo grosseiro, motivado pela pressa e pelo pouco cuidado na elaboração da conta”. Ac. do TRP de 15.2.1989, BMJ n.º 384, p. 655.

As **causas de justificação e desculpa**. Ver a NOTA PRÉVIA.

Alteração de preços. Crime consumado. **Crime tentado**. Constitui crime consumado de especulação a exposição para venda ao público de laranjas, afixando-se um preço superior ao permitido por lei, pretendendo-se a obtenção de um lucro ilícito, sem que se chegue a vender qualquer quantidade. Ac. STJ de 07.12.1988, BMJ, 382, 309 e de 17.07.1985, BMJ, 349, 274.

Tentativa. Lei aplicável. – I. A exposição de fruta para venda ao público, acompanhada de letreiros em que se afixa um preço com margem de lucro superior à homologada (30%) constituía, na época da prática dos factos, crime de especulação, na forma tentada, previsto pela alínea a) do n.º 1 do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 41 204 de 24 de Julho de 1957, artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Julho, e alínea 14 do n.º 20 da Portaria n.º 20921, de 21 de Novembro de 1964, a que correspondia pena de prisão e multa, não sendo aquela substituível por multa dado o disposto no artigo 9.º do citado Decreto-Lei n.º 196/72. – II Porém, tendo em consideração a norma do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal de 1982, a conduta descrita é agora enquadrável no disposto nos n.ºs 1 e 2, alínea b), do artigo 22.º deste diploma, conjugado com a alínea 14 do n.º 1 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, cabendo-lhe pena de prisão e multa, mas sendo aquela substituível também por multa, regime que se aplica por ser o mais favorável à ré. Ac. do STJ de 28.11.1984, BMJ, 341, 276.

Regime punitivo. Tentativa – I. A especulação pode assumir a forma meramente culposa, mas a tentativa não é punível nessa modalidade. – II. O art.º 4.º sub-renda

5
6

do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não está numa relação de especialidade com o art.º 22.º do C. Penal. – III. Tendo a ré, falha de experiência hoteleira, elaborado o preço do vinho à margem da regulamentação legal em vigor, descurou ela, embora sem tomar consciência da ilicitude do seu procedimento, o dever de se informar sobre as regras da formação dos preços, e, assim, praticou um crime de especulação por negligência. – IV. Sendo a ré delinquente ocasional, beneficiando de um acervo circunstancial fortemente atenuativo, e não havendo danos a reparar, a pena de admoestação será adequada. Ac. TRP de 08.01.1986.

Presunção. Tentativa – I. A simples anotação do preço da mercadoria num papel, pelo comerciante, não constitui presunção bastante de que sobre o mesmo já havia acordo com o cliente. – II. Provado que a arguida não agiu com dolo, excluída ficou a possibilidade de condenação por tentativa de especulação. – III. Não constitui acusação a indicação feita, em auto de notícia, da norma incriminadora, se ali se não descreveram os respectivos factos. – IV. Não constitui omissão de pronúncia o facto de o juiz não condenar nem absolver pelo crime correspondente à norma incriminadora indicada daquele modo no auto de notícia. – Ac. TRP de 27.04.1988, CJ, XII 2, 239.

A especulação pode assumir a forma meramente culposa, mas a tentativa não é punível nessa modalidade. – Ac. do TRP, de 8.1.1986, CJ, XI, 1, 195 e Ac. do STJ de 11016.1985, BMJ, 348/269.

Tentativa. Exposição de mercadoria com preço superior ao permitido. – I. A exposição de mercadoria e a aposição de letreiro com preço superior ao legalmente permitido, constitui crime de especulação, sob a forma de tentativa, previsto pela alínea a), do n.º 1, do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, como antes o era pela alínea a) do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 41 204. – II. O tipo de crime previsto na alínea b), do n.º 1 do artigo 35.º do mesmo Decreto-Lei n.º 28/84, é reservado para as especulações (consumadas ou tentadas) cometidas por meios não especificados nas restantes alíneas dos n.ºs 1 e 2 do mencionado artigo 35.º, como também anteriormente se verificava na vigência da alínea b), do n.º 1, do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 41 204. Ac. do STJ de 25.10.1989, BMJ, 390, 174.

Consumação e Tentativa; “I – No crime de especulação, a consumação consome a tentativa, não se verificando concurso real de infracções. II – A portaria n.º 1028/83, de 9 de Dezembro, veio liberalizar os preços do café/bebida, que deixaram de estar sujeitos a máximos. Todavia, sujeitou a alteração dos mesmos à condição prévia de comunicação dos antigos e dos novos preços à Direcção-Geral da Fiscalização económica. III – Naquelas condições, aquela Portaria n.º 1028/83, consignou, afinal, dois regimes de preços – o anterior (tabela por despacho) e o livre (mas sujeito àquela condição prévia). IV – Continuando a vigorar os preços máximos que estavam fixados, comete um crime de especulação dolosa consumado, punido pelo artigo 35.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, quem aumenta os preços do café/bebida, sem cumprir a mencionada condição prévia”. Ac. do TRE de 3.12.1985, BMJ, n.º 354, p. 628.

Tentativa – Negligência; “I – o artigo 22.º do Código Penal, arreda, irremediavelmente, a modalidade da tentativa meramente culposa. II – O artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 28/84, não afasta essa conclusão, pois com ela se pretendeu, tão-somente, eliminar a restrição imposta no artigo 23.º daquele Código e, assim, tornar sempre punível a tentativa das infracções dolosas previstas no diploma em que vem inserido”. Ac. do TRP de 8.1.1986, BMJ n.º 353, p. 513.

Tentativa, Negligência, Pena de admoestação; “I – A especulação pode assumir a forma meramente culposa, mas a tentativa não é punível nessa modalidade. II – O art. 4.º do Decreto-Lei, n.º 28/84, de 20 de Janeiro, não está numa relação de

especialidade com o art.º 22.º do Código Penal. III – Tendo a ré, falha de experiência hoteleira, elaborado o preço do vinho à margem da regulamentação legal em vigor, descurou ela, embora sem tomar consciência da ilicitude do seu procedimento, o dever de se informar sobre as regras da formação dos preços, e, assim, praticou um crime de especulação por negligência. IV – Sendo a ré delinquente ocasional, beneficiando de um acervo circunstancial fortemente atenuativo, e não havendo danos a reparar, a pena de admoestação será adequada. Ac. do TRP de 8.1.1986, *in* CJ, Ano XI, Tomo I, p. 195. Ver também a NOTA PRÉVIA.

Co-autoria. Representante e empregada. Tentativa. “I – Não é, *“a priori”*, impossível especulação comum do representante e da empregada duma mesma sociedade comercial. II – Não pode haver concorrência de especulação e especulação tentada, na esfera da venda especulativa a que a fiscalização põe termo, antes de a mesma ter chegado ao fim”. Ac. do TRE de 12.12.1985, BMJ n.º 354, p. 628. Ver também a NOTA PRÉVIA.

Concurso Real de Infracções – Crime de especulação e contra-ordenação do n.º 1, a) do Decreto-Lei n.º 263/98. “As normas contidas nos arts. 35.º n.º 1, al.ª a) do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/1 e 35.º n.º 1, al.ª a) do Decreto-Lei n.º 263/98, de 19/8 visam proteger interesses jurídicos diversos, pois, enquanto a primeira configura um delito contra a economia, a segunda estabelece um dos deveres da profissão de motorista de táxi. Por isso, com essa conduta, pratica em autoria material e concurso real o crime de especulação e a contra-ordenação, previstos e punidos nas disposições legais referidas, o condutor de táxi que, ao iniciar o transporte de um cliente não accionou o taxímetro e cobra, pelo serviço um preço superior ao devido”. Ac. do TRL de 25.9.2002, *in* CJ, Ano XXVII, Tomo IV, p. 129. Ver também a NOTA PRÉVIA.

Regime punitivo. I. Após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, e do novo Código Penal, por aquele aprovado, continuaram de pé todos os preceitos não expressamente revogados do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, e dos vários diplomas complementares especialmente respeitantes aos delitos antieconómicos. – II. Por isso, continuou a ser legalmente vedada, por força do disposto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Junho, a substituição da prisão por multa bem como a suspensão da execução da pena nos crimes de especulação. – III. Os factos integradores do crime de especulação em forma tentada, antes previsto e punível nos termos das disposições conjugadas dos artigos 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Junho, e 5.º, 21.º e 25.º do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957 (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 476/74, de 24 de Novembro, e n.º 341/76, de 12 de Maio), continuam a integrar o crime de especulação, punível nos termos do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. Ac. STJ de 21.11.1984, BMJ, 341, 242.

Responsabilidade criminal das pessoas colectivas – I. O sistema português admite a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e a condenação simultânea destas e dos seus agentes pelo crime de especulação, sem que tal represente violação de princípio *“non bis in idem”*. – II. Os limites das penas de multa aplicável as pessoas colectivas ou equiparadas pelo crime de especulação são aqueles que se encontram estabelecidos no artigo 46.º, n.º 1, do Código Penal. – III. Os fins ético-retributivos da pena são os que, em primeira linha, determinam a pena justa a aplicar e, nesses termos, a pena de prisão efectiva pelo crime de especulação cometido pelo gerente de uma pequena empresa, em que o lucro ilícito foi diminuto, mostrar-se-ia desproporcionado. Ac. do TRP de 08.06.1988, CJ, XIII, 3, 259.

Publicidade da Sentença; “... II – Por decorrer da própria lei, a publicidade da sentença não carece de fundamentação. Ac. do TRL de 22.5.2003, *in* CJ, XXVIII, 3, 135.

Transporte em táxi. Falseamento do taxímetro. – I. Integra o crime de especulação a utilização indevida e em situações em que só poderia ser aplicada uma tarifa inferior, de um mecanismo destinado a marcar automaticamente o custo do transporte em táxi, pela tarifa legal mais elevada. – II. Se, em relação a um crime de especulação, se justificar a suspensão da execução da pena, verifica-se igualmente razão para não ser decretada publicação da decisão condenatória. Acórdão do TRL, CJ, XX, 1, 167. Crime de Especulação – Confronto dos regimes punitivos previstos antes e depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. I – Após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, e do novo Código Penal, por aquele aprovado, continuaram de pé todos os preceitos não expressamente revogados do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957, e dos vários diplomas complementares especialmente respeitantes aos delitos antieconómicos. II – Por isso, continuou a ser legalmente vedada, por força do disposto no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Junho, a substituição da prisão por multa bem como a suspensão da execução da pena nos crimes de especulação. III – Os factos integradores do crime de especulação em forma tentada, antes previsto e punível nos termos das disposições conjugadas dos artigos 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Junho, e 5.º, 21.º, e 25.º do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Junho de 1957 (com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 476/74, de 24 de Novembro, e n.º 341/76, de 12 de Maio), continuam a integrar o crime de especulação, punível nos termos do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. IV – Confrontando a pena concretamente aplicada ao réu, nos termos das disposições mencionadas na conclusão anterior – 10 dias de prisão efectiva e 28 520\$00 de multa correspondente a 190 dias de prisão – e a pena a aplicar nos termos do disposto no artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e nos artigos 43.º, n.º 1, 46.º, n.º 2 e 71.º do Código Penal – 6 meses de prisão substituída por igual tempo de multa à taxa diária de 300\$00 e 100 dias de multa à mesma taxa – deve entender-se que esta última pena, estabelecida com base na lei nova (Decreto-Lei n.º 28/84), é mais favorável para o réu, porque, não obstante ser mais elevado o quantitativo da multa, não tem, contrariamente ao regime punitivo da lei anterior, prisão efectiva. Ac. do STJ de 21.11.1984, BMJ, 341, 242.

Sucessão de leis. Substituição da pena de multa. – I – O artigo 85.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, revogou as disposições dos capítulos I e II do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957. II – Isto, porém, não significa que os factos que, à data da sua prática, eram previstos e puníveis pelas citadas disposições do Decreto-Lei n.º 41204, tenham, segundo o artigo 2.º, n.º 2 do Código Penal de 1982 sido descriminalizados. III – Os mesmos factos continuaram a ser previstos e puníveis pelos artigos 35.º, n.º 1, alínea a), e 4.º do aludido Decreto-Lei n.º 28/84. Simplesmente, a partir de então, passou a ser possível a substituição da prisão por multa, a não ser que se verifique o concurso de determinadas circunstâncias (artigos 5.º e 6.º do mesmo Decreto-Lei) e a suspensão da execução da pena. IV – O que sucede é coisa diferente da descriminalização: uma concessão de leis no tempo, entre a data da prática dos factos e o actual momento, a qual apenas conduz à aplicação da norma do n.º 4 do artigo 2.º do Código Penal de 1982”. Ac. do STJ de 18.2.1986, BMJ n.º 354, p. 322.

Sucessão da Leis Criminais no Tempo – Tentativa – Elementos Integrantes; “I – O facto previsto no artigo 24.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957, não foi eliminado do número das infracções, já que a especulação consistente na venda por preço superior ao legal continua a ser punível nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, com o qual se verificou uma simples mudança de critério legal de estabelecimento

de preços máximos. II – Não é punível o facto que consiste em marcar preços superiores aos legalmente permitidos para a venda de certas mercadorias, quando o agente actuou com negligência e o crime não chegou a consumir-se, porque o dolo é elemento integrante da tentativa, nos termos do art. 22.º, n.º 1, do Código Penal”. – Ac. do STJ de 11.6.1985, BMJ n.º 348, p. 269.

Especulação – Alteração de Preços – Crime Consumado e Crime Tentado – Aplicação das Leis no Tempo; “I – Quando o réu, em Janeiro de 1983, expôs queijos para venda ao público, afixando-lhe um preço superior ao permitido por lei, pretendendo, assim, obter um lucro ilícito, praticou um crime tentado de especulação previsto e punível pelos artigos 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 196/72, de 12 de Junho, e 25.º, 21.º, n.º 3, e 5 do Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, na redacção do Decreto-Lei n.º 476/74, de 24 de Setembro, e do Decreto-Lei n.º 341/76, de 12 de Maio, devendo atender-se, na fixação da moldura abstracta da pena, ao disposto nos artigos 3.º e 23.º, n.º 2, do novo Código Penal. II – Todavia, à luz do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, os mesmos factos integram a prática de um crime consumado de especulação, previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º desse diploma. III – Comparando as penas resultantes da aplicação, em concreto, da lei antiga e da lei moderna, embora as daquela sejam mais leves quanto à multa e à alternativa de prisão, considera-se mais favorável o regime da lei nova, na medida em que permite a substituição da pena efectiva de prisão por multa.” Ac. do STJ de 17.7.1985, proc. n.º 37942, BMJ n.º 349, p. 274.

Crimes Contra a Economia – Descriminalização – “O artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957, e o artigo 35.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, têm o mesmo núcleo de ilicitude – a violação do regime legal de preços –, não se podendo, pois, falar de descriminalização”. Ac. do TRL de 23.10.1986, BMJ n.º 364, p. 923.

Cooperativa de consumo – “I – As sociedades cooperativas têm personalidade jurídica diferente da dos sócios. II – Por isso, ao venderem os seus produtos a estes, não deixam de fazer vendas ao público, com a susceptibilidade de incorrerem em responsabilidade penal pelas infracções previstas no D.L. n.º 28/84, de 20 de Janeiro. III – Assim, o director ou o empregado de uma dessas cooperativas que, agindo livre e conscientemente, e sabendo que a sua conduta era proibida por lei, haja exposto à venda ao público batata a preço superior ao tabelado cometeu o crime tentado de especulação da al.ª a) do art.º 35.º daquele citado Decreto-Lei. IV – Responsável pela infracção é também a própria cooperativa nos termos do art.º 30.º, n.º 1, do mesmo Decreto-Lei”. – Ac. do TRP de 5.4.1988, *in* CJ, Ano XIV, Tomo II, p. 242.

Responsabilidade Criminal das pessoas Colectivas – Limite da Pena de Multa; “I – É indiscutível a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas no domínio das infracções contra a economia nacional face ao texto do artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro. II – O limite da pena de multa aplicável a uma pessoa colectiva autora do crime previsto no artigo 35.º, n.º 1, alínea d) do Decreto-Lei n.º 28/84 é o consignado no n.º 4 do artigo 7.º daquele diploma, rectificado no Diário da República, 2.º Suplemento, de 30 de Março de 1984, sendo inaplicável o disposto no artigo 46.º, n.º 1 do Código Penal”. Ac. do STJ de 15.3.1989, BMJ, 385, 337.

Especulação – Crime culposos – Artigo marcado por preço superior ao legal. “I – Só pode ser censurado a título de negligência inconsciente o comportamento do réu que apenas agiu sem as cautelas devidas e a que, segundo as circunstâncias, estava obrigado, pelo que, distraidamente, marcou preços errados e superiores aos legalmente estatuídos. II – Na alínea b) do artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 28/84

tipifica-se um crime consumado (de perigo) de especulação e não já uma mera tentativa deste delito". Ac. do STJ de 24.5.1989, BMJ, 387, 304.

Crime de Especulação Qualificado. "I – A afixação de etiquetas com preço superior ao legal constitui crime consumado de especulação. II – Comete um só crime consumado o réu que, tendo afixado sobre a mercadoria letreiro com preço superior ao legal, já vendeu parte dessa mercadoria e tem exposto para venda ao público a parte restante." – Ac. do TRP de 11.10.1989, BMJ, 390, 461.

Crime de Especulação – Tentativa. "I – A exposição de mercadoria e a aposição de letreiro com preço superior ao legalmente permitido, constitui crime de especulação, sob a forma de tentativa, previsto pela alínea a) do n.º 1 do artigo 35.º, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, como antes o era pela alínea a) do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 41204. II – O tipo de crime previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 35.º do mesmo Decreto-Lei n.º 28/84, é reservado para as especulações (consumadas ou tentadas) cometidas por meios não especificados nas restantes alíneas dos n.ºs 1 e 2 do mencionado artigo 35.º, como também anteriormente se verificava na vigência da alínea b) do n.º 1 do artigo 24.º, do Decreto-Lei n.º 41 204." – Ac. do STJ de 25.10.1989, proc. n.º 40256, in BM n.º 390, p. 174.

Transporte em táxi. Falseamento do taxímetro. Publicação da Decisão condenatória. "I – Integra o crime de especulação a utilização indevida e em situações em que só poderia ser aplicada uma tarifa inferior, de um mecanismo destinado a marcar automaticamente o custo do transporte em táxi, pela tarifa legal mais elevada. II – Se, em relação a um crime de especulação, se justificar a suspensão da execução da pena, verifica-se igualmente razão para não ser Decretada a publicação da Decisão condenatória". Ac. do TRL de 22.2.1995, in CJ, Ano XX, Tomo I, p. 167.

Crime de Especulação. Transporte em táxi. "A conduta dum motorista de táxi que presta serviços por preços superiores ao permitido pelo respectivo regime legal, constitui um crime de especulação p.p. art.º 35.º do DL 28/84 de 20/1 e não um ilícito contra-ordenacional do art.º 11.º, n.º 1, al.ª a) e 12.º do Decreto-Lei n.º 263/98 de 19/8". Ac. do TRL de 17.11.1999, in CJ, Ano XXIV, Tomo V, p. 141.

Crime Especulação – Serviço de táxi; "A exigência, por motorista de táxis, dum preço superior ao tarifário legal constitui crime de especulação e, em concurso real, uma contra-ordenação." – Ac. do TRL de 28.9.2000, in CJ, Ano XXV, Tomo IV, p.138. Ver também a NOTA PRÉVIA.

Por princípio, deve considerar-se a suspensão provisória do processo. Se afastada também a suspensão provisória, devem ser consideradas as formas de processo especial. Ver a NOTA PRÉVIA.

10 O procedimento criminal. Ver a NOTA PRÉVIA.

11 A constituição como assistente. Ver a NOTA PRÉVIA.

Artigo 36.º

Fraude na obtenção de subsídio ou subvenção

1. Quem obtiver subsídio ou subvenção:

a) Fornecendo às autoridades ou entidades competentes informações inexactas ou incompletas sobre si ou terceiros e relativas a factos importantes para a concessão do subsídio ou subvenção;

b) Omitindo, contra o disposto no regime legal da subvenção ou do subsídio, informações sobre factos importantes para a sua concessão;

c) Utilizando documento justificativo do direito à subvenção ou subsídio ou de factos importantes para a sua concessão, obtido através de informações inexactas ou incompletas; será punido com prisão de 1 a 5 anos e multa de 50 a 150 dias.

2. Nos casos particularmente graves, a pena será de prisão de 2 a 8 anos.
3. Se os factos previstos neste artigo forem praticados em nome e no interesse de uma pessoa colectiva ou sociedade, exclusiva ou predominantemente constituídas para a sua prática, o tribunal, além da pena pecuniária, ordenará a sua dissolução.
4. A sentença será publicada.
5. Para os efeitos do disposto no n.º 2, consideram-se particularmente graves os casos em que o agente:
 - a) Obtém para si ou para terceiros uma subvenção ou subsídio de montante consideravelmente elevado ou utiliza documentos falsos;
 - b) Pratica o facto com abuso das suas funções ou poderes;
 - c) Obtém auxílio do titular de um cargo ou emprego público que abusa das suas funções ou poderes.
6. Quem praticar os factos descritos nas alíneas a) e b) do n.º 1 com negligência será punido com prisão até 2 anos ou multa até 100 dias.
7. O agente será isento de pena se:
 - a) Espontaneamente impedir a concessão da subvenção ou do subsídio;
 - b) No caso de não serem concedidos sem o seu concurso, ele se tiver esforçado espontânea e seriamente para impedir a sua concessão.
8. Consideram-se importantes para a concessão de um subsídio ou subvenção os factos:
 - a) Declarados importantes pela lei ou entidade que concede o subsídio ou a subvenção;
 - b) De que dependa legalmente a autorização, concessão, reembolso, renovação ou manutenção de uma subvenção, subsídio ou vantagem daí resultante.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotação 1)
- O bem jurídico (anotação 2)
- O tipo objectivo (anotação 3)
- O tipo subjectivo (anotação 4)
- A participação (anotação 5)
- O concurso (anotação 6)
- A pena (anotação 7)
- Diversos (anotação 8)

Trata-se de uma norma inovadora. O legislador português inspirou-se no parágrafo 264 do Código Penal alemão. Os artigos 36.º e 37.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, “foram inspirados e quase decalcados” do § 264 do Código Penal alemão, o artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 28/84 apresenta a originalidade de se configurar como um crime material e de dano e não como um crime de mera actividade e de perigo abstracto. Com efeito, ao contrário do modelo alemão que pune “aquele que, com vista à obtenção de um subsídio, fornecer...”, a lei portuguesa pune “quem obtiver subsídio fornecendo ...”, BMJ 454, pp. 113 e 114. 1

O **bem jurídico** protegido é a economia e a intervenção do Estado nesta área efectuada mediante a utilização de dinheiros públicos. Em segundo plano, protege-se a boa gestão do património público. 2

É um **crime de dano e de execução vinculada** – desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado – FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, Sobre os crimes de ... a 1994, DPEE, Textos Doutrinários, II, p. 343. Trata-se de um crime **material e de dano**. Neste sentido, JOSÉ EDUARDO GUERRA, in “Os crimes de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado, BMJ 454, 113 e 114: “Os artigos 36.º e 37.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro foram inspirados e quase decalcados “do § 264 do Código 3

Penal alemão, o artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 28/84 apresenta a originalidade de se configurar como um crime material e de dano e não como um crime de mera actividade e de perigo abstracto. Com efeito, ao contrário do modelo alemão que pune “aquele que, com vista à obtenção de um subsídio, fornecer...”, a lei portuguesa pune “quem obtiver subsídio fornecendo...”. “Se o direito alemão se desinteressa das consequências da acção típica – compreendida esta como o fornecimento de informações inexactas às entidades outorgantes da subvenção, a manutenção destas na ignorância de factos relevantes ou a utilização, num processo de concessão de subsídio, de certificado obtido através de informações inexactas – considerando consumado o ilícito a partir do momento em que se esgota tal acção, o direito penal português é mais exigente e só pune como consumado o ilícito após a produção do resultado da acção previsto na norma incriminadora”.

A natureza do crime foi objecto de decisões contraditórias sobre o momento da sua consumação. Na sequência de tais divergências, foi proferido o Acórdão de fixação de jurisprudência n.º 2/2006, publicado no DR n.º 3, série I-A, de 4.6.2006 que decidiu que o crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção se consuma “com a disponibilização ou entrega do subsídio ou subvenção”.

O engano tem que ser determinante para a decisão de concessão do subsídio ou subvenção, nos termos do disposto no artigo 10.º do Código Penal.

O ilícito pode ser cometido por omissão, nos termos do disposto na alínea b), do n.º 1. Para definição de valor consideravelmente elevado, cfr. o art. 202.º, al.^a b), do Código Penal, aplicável por força do art.º 1.º

O conceito de subsídio ou subvenção está definido no artigo 21.º deste diploma. ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, *Direito Económico*, Almedina, 1995, pp. 254 e 255, citados e seguidos por MANUELA REGO, *A Definição Legal de Subsídio ou Subvenção*, BMJ 454, p. 87: Esses auxílios ou ajudas “em função do seu conteúdo assumem diferentes formas, tais como as ajudas financeiras, os benefícios fiscais, a assistência técnica, ou mesmo em determinadas circunstâncias, a participação pública no capital das empresas”. Por sua vez, “(...) as ajudas financeiras podem ser agrupadas em três grandes tipos: entregas directas de verbas aos beneficiários, renúncia de créditos e utilização de mecanismos de crédito. As entregas directas incluem os subsídios de exploração, a fundo perdido ou reembolsáveis, subsídios de equipamento, subsídios para garantir o rendimento. As renúncias a créditos dizem respeito às situações em que o Estado aceita a não remuneração de capitais públicos aplicados em empresas ou renuncia a receber participações em lucros que lhe eram devidas ou, ainda, permite o não cumprimento de obrigações legais por parte dos subvencionados. Nos mecanismos de crédito incluem-se a concessão directa de empréstimos, a simples bonificação e a garantia (...). No que aos benefícios ou subvenções fiscais diz respeito – que se traduzem em desagravamentos fiscais, reduções fiscais, créditos de imposto e desagravamentos especiais da taxa –, os mesmos “traduzem, de um ponto de vista substancial, uma transferência de fundos, através da abstenção de tributar”.

As referidas ajudas terão que visar especiais objectivos de política económica.

Quando o subsídio consubstancia a renúncia de créditos, não recebimento de remunerações ou lucros, não cumprimento de obrigações legais ou desagravamentos fiscais – o crime consuma-se na data e local onde os créditos, remunerações, lucros, taxas ou impostos deveriam ser entregues bem assim como no local e ocasião onde as obrigações deveriam ser cumpridas.

- 4 O autor do crime pode ser qualquer pessoa, singular ou colectiva. Compreende acção ou omissão dolosa ou actuação negligente.

- 5 “I – ... para o cometimento “do crime de fraude na obtenção de subsídio não é indispensável que o arguido detenha função de chefia desde que tenha a possibilidade de influenciar, como técnico superior, a decisão final. II – É co-autor do crime de fraude na obtenção de subsídio aquele que toma parte directa na sua execução, não sendo indispensável que participe em todos os actos, sendo irrelevante que não tenha efectuado quaisquer pagamentos ou recebido para si qualquer quantia. III – É irrelevante para a co-autoria do crime de fraude na obtenção de subsídio que este não proviesse do Orçamento do Estado, pois sempre se tratou de subsídios prestados à conta dos dinheiros públicos. IV– Um funcionário que solicitou e recebeu dinheiro que não lhe era devido para praticar acto que violava os deveres do seu cargo (designadamente, o dever de lealdade) constitui-se autor material de crime de corrupção passiva previsto e punido pelo artigo 420.º, do Código Penal de 1982, artigo 372.º na redacção de 1995.” Nesta Decisão, pese embora um dos arguidos, funcionário que praticou, no exercício das suas funções e conhecedor das falsidades cometidas, acto que determinou a concessão de subsídio, foi apenas condenado pela prática de crime de corrupção passiva. Salvo o devido respeito por melhor opinião deveria ter sido condenado, em concurso efectivo, também pela prática de crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção; a qualificação da alínea c), do n.º 5 apenas se reporta ao adquirente do subsídio que não incorrerá na prática do crime de corrupção activa. Ac. STJ de 2.11.1995, BMJ 451, p. 56.
- 6 O crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção não pode coexistir com o crime de desvio de subsídio já que, logicamente, não faz sentido o desvio de verba obtida de modo fraudulento. Entre os dois crimes existe uma relação de consumpção. De modo diverso decidiu o Ac. STJ, de 28.5.1997, n.º 96P1444, resumo disponível em vLex, “I– Pratica um crime de desvio de subsídio, o arguido que sendo sócio gerente de uma determinada sociedade que se tendo candidatado a um subsídio para formação profissional no âmbito do FSE, vê concedido um “adiantamento”, mas não realiza qualquer acção de formação, seja ela teórica ou prática. II– Do mesmo modo, comete um crime de fraude na obtenção de subsídio, na forma tentada, quando pretendendo o “pagamento de saldo”, (que não foi efectuado por entretanto haver suspeita de irregularidades), fornece documentos eivados de elementos contrários à verdade, dando como realizada uma acção de formação que nunca se concretizou. III – Não há lugar a qualquer continuação criminosa mas a um concurso efectivo e real de infracções entre o desvio de subsídio previsto no artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 28/84, na parte em que recebeu o adiantamento e não se utilizou na finalidade para que foi atribuído, e a fraude na obtenção de subsídio (sob a forma tentada) prevista no artigo 36.º n.º 1, alíneas a) e b), e n.º 2, e artigo 4.º do mesmo diploma, na parte em que o agente se propõe receber o saldo, só não o tendo recebido por motivos alheios à sua vontade.” Analisando situação idêntica a que é conferida diferente qualificação jurídica, reveste-se de interesse o Ac. STJ de 20.12. 1996, abaixo transcrito em anotação ao artigo 37.º A comissão do crime no modo previsto no n.º 5 al.ª a), integra também a previsão do art. 256.º, do Código Penal. No entanto, considera-se que se verifica uma situação de consumpção já que, tratando-se de crime de conduta vinculada, o âmbito da norma já contém a valoração da ilicitude atinente ao referido crime. Já a comissão do crime na forma prevista no n.º 5, al.ª b), configura também a prática de um crime de abuso de poder, previsto e punido pelo art. 382.º, do Código Penal sendo que também aqui se verifica uma situação de concurso aparente.
- 7 “A pena de dissolução de sociedade só será decretada quando os fundadores da pessoa colectiva ou sociedade tenham tido a intenção, exclusiva ou predominante de, por meio dela, praticar crimes previstos neste diploma (Decreto-Lei n.º 28/84)

- ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva está a ser utilizada para esse efeito quer pelos seus membros quer por quem exerça a respectiva administração.” Ac. do STJ de 18.2.1998, proc. 1320/97, BMJ 474, p. 329. Quanto à pena acessória de publicação de sentença, ver a anotação ao artigo 23.º
- 8 De acordo com a Circular n.º 11/99, da PGR, nos termos da qual os magistrados do Ministério Público, ao iniciarem uma investigação relativa a este crime e ainda relativa aos crimes de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado e de fraude na obtenção de crédito, deverão comunicá-lo ao DCIAP que poderá avocar o inquérito respectivo. A tentativa é punível.

Artigo 37.º

Desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado

1. Quem utilizar prestações obtidas a título de subvenção ou subsídio para fins diferentes daqueles a que legalmente se destinam será punido com prisão até 2 anos ou multa não inferior a 100 dias.

2. Com a mesma pena será punido quem utilizar prestação obtida a título de crédito bonificado para um fim diferente do previsto na linha de crédito determinada pela entidade legalmente competente.

3. A pena será a de prisão de 6 meses a 6 anos e multa até 200 dias quando os valores ou danos causados forem consideravelmente elevados.

4. Se os factos previstos neste artigo forem praticados reiteradamente em nome e no interesse de uma pessoa colectiva ou sociedade e o dano não tiver sido espontaneamente reparado, o tribunal ordenará a sua dissolução.

5. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

Diversos (anotação 4)

- 1 O legislador inspirou-se, tal como em relação ao artigo anterior, na legislação alemã.
- 2 Quanto ao **bem jurídico** protegido *vide* a anotação ao artigo anterior.
- 3 O crime de desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado é um **crime de dano e de resultado**. Consubstancia-se na violação do dever de utilização das prestações recebidas na execução dos projectos para que foram concedidas, em desrespeito da sua afectação vinculada e consequentemente, a desígnios de estratégia económica do Estado. Como refere JOSÉ EDUARDO GUERRA, na obra citada, p. 122, “tanto viola a efectiva consecução dos fins concretamente pretendidos com o programa subvencional a não utilização do subsídio na realização da acção subvencionada como a utilização do respectivo montante na realização de uma acção de tal modo defeituosa que dela não decorre, para a economia nacional, o proveito visado.”
- 4 “O crime de desvio de subsídio é um **crime permanente** que apenas se consuma com o último acto de utilização do subsídio para fim diverso daquele para que foi concedido, pelo que só a partir do último acto de utilização é que começa a correr o prazo prescricional.” – Ac. RLP de 22.1.2003, proc. 0210885.
- “Para integração do crime de “desvio de subsídio” basta a utilização dolosa dos fundos concedidos a título de subvenção ou subsídio em qualquer fim – não importando qual – diferente daquele a que se destinavam. Na concessão de subsídio, os “adiantamentos” não são antecipações da prestação que vier a ser aprovada a final, mas parcelas do subsídio total já concedido e que é entregue faseadamente.

As informações inexactas ou incompletas que fundamentaram o pedido de saldo não visam obviamente a obtenção do subsídio (já anteriormente concedido) e sim o encobrimento de eventuais irregularidades na aplicação dos fundos recebidos." Ac. STJ de 20.12.96, proc. n.º 97P366.

Sobre os conceitos de valor consideravelmente elevado e subsídio ou subvenção, ver anotação ao artigo anterior.

Quanto à pena acessória de publicação de sentença, ver anotação ao artigo 23.º

É aplicável a Circular n.º 11/99, da PGR, referida no artigo anterior.

Artigo 38.º

Fraude na obtenção de crédito

1. Quem ao apresentar uma proposta de concessão, manutenção ou modificação das condições de um crédito destinado a um estabelecimento ou empresa:

a) Prestar informações escritas inexactas ou incompletas destinadas a acreditá-lo ou importantes para a Decisão sobre o pedido;

b) Utilizar documentos relativos à situação económica inexactos ou incompletos, nomeadamente balanços, contas de ganhos e perdas, descrições gerais do património ou peritagens;

c) Ocultar as deteriorações da situação económica entretanto verificadas em relação à situação descrita aquando do pedido de crédito e que sejam importantes para a Decisão sobre o pedido; será punido com prisão até 3 anos e multa até 150 dias.

2. Se o agente, actuando pela forma descrita no número anterior, obtiver crédito de valor consideravelmente elevado, a pena poderá elevar-se até 5 anos de prisão e até 200 dias de multa.

3. No caso do número anterior, se o crime tiver sido cometido em nome e no interesse de pessoa colectiva ou sociedade, o tribunal poderá ordenar a dissolução destas.

4. O agente será isento de pena:

a) Se espontaneamente impedir que o credor entregue a prestação pretendida;

b) Se, no caso de a prestação não ter sido entregue sem o seu concurso, se tiver esforçado com anterioridade séria e espontaneamente para impedir a entrega.

5. A sentença será publicada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

Diversos (anotação 4)

Trata-se de um preceito novo inspirado na lei alemã. O agente do crime pode ser qualquer pessoa, singular ou colectiva. 1

O bem jurídico protegido é o indicado na anotação ao art.º 36.º 2

Trata-se de um crime de mera actividade, não sendo necessária a concessão, manutenção ou modificação das condições do crédito. 3

Quanto à pena acessória de publicação de sentença ver anotação ao artigo 23.º 4

É aplicável a circular n.º 11/99, da PGR, referida na anotação ao art.º 36.º

Artigo 39.º
Restituição de quantias

Além das penas previstas nos artigos 36.º e 37.º, o tribunal condenará sempre na total restituição das quantias ilicitamente obtidas ou desviadas dos fins para que foram concedidas.

Sumário da anotação:

A natureza da restituição (anotações 1 e 2)

- 1 “A restituição a que alude o art. 39.º do Decreto-Lei 28/84, de 20-1, especificamente pensada para os dois tipos de ilícito previstos nos arts. 36.º (fraude na obtenção de subsídio e 37.º (desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado) do mesmo diploma legal, não se enquadra na previsão do n.º 3, do art. 2 (as sociedades civis e comerciais respondem solidariamente nos termos da lei civil, pelo pagamento das multas, coimas, indemnizações e outras prestações em que forem condenados os agentes das infracções previstas no presente diploma), pelo que a condenação do arguido, pessoa singular, naquela restituição não implica necessariamente a condenação da sociedade arguida em igual obrigação. Ac. STJ, de 11.10.2006, proc. 05P2236. Por outro lado, a restituição prevista naquele art. 39.º, traduz-se na reintegração dos valores recebidos no património de quem os entregou, por parte de quem os recebeu. Tendo apenas o arguido, e não também a sociedade arguida, recebido e feito sua quantia que lhe não pertencia, não podia aquela sociedade ser também condenada a restituir aquilo que nunca recebeu.” A final e em pé de página, de modo bastante esclarecedor, refere este aresto: “Em consonância, cfr. Ac. do STJ de 03.02.1994, BMJ 434/262, rec. N.º 45902: “Na interpretação da lei, deve presumir-se que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil). Ora o legislador do Decreto-Lei n.º 28/84 soube perfeitamente distinguir a figura jurídica “reparação do dano causado”, que utiliza nos arts. 27.º e 37.º, da outra “indemnizações”, que usa no artigo 45.º, e daquela outra “restituição” que empregou no artigo 39.º, e não devem confundir-se os referidos conceitos. Restituir é tão-somente devolver e não, indemnizar ou reparar o dano causado, sendo certo que são estas últimas expressões que os artigos 562.º e 564.º do Código Civil utilizam quando regulam a “obrigação de indemnização”. O legislador poderia ter redigido o citado art. 39.º de forma diferente e diria, se fosse outro o seu pensamento, que “além das penas (...) o Tribunal condenará sempre na total reparação do dano causado (...) ou (...) a indemnizar os danos causados”. Mas disse apenas “Total restituição das quantias ilicitamente obtidas ou desviadas dos fins para que foram concedidas.” Repare-se que os valores resultantes dos danos causados excederão certamente o valor das quantias concedidas.
- 2 O Ac. STJ de 25.10.2006, proferido no proc. 06P2672 e o AC. TRP, de 7.11.1998, proc. 0140376, decidiram que a previsão deste artigo sendo embora, uma consequência jurídica do crime não é uma sanção penal já que não tem correspondência com a culpa, tratando-se de uma sanção civil. Em sentido contrário decidiu o Ac. RLP de 15.7.2009, proc. 992/95.0CPRT-C.P1, que entendeu que a obrigação de restituição das quantias desviadas “traduz um efeito penal” do crime, “sendo um verdadeiro instrumento sancionatório insusceptível de transmissão (art. 30, 3, da CRP), pelo que se extingue com a morte do devedor, nos termos do disposto no art. 127, n.º 1 do C. Penal.” Face às diversas posições concluímos que a referido dever de restituir constitui uma consequência do crime que não se confunde com o dever

de indemnizar de natureza cível, razão porque lhe são aplicáveis as disposições legais referentes ao cumprimento e extinção das penas. O dever constitui-se com a prolação de sentença condenatória.

Artigo 40.º

Publicidade fraudulenta

Revogado pelo Decreto-Lei n.º 6/95, de 17 de Janeiro.

Artigo 41.º

Ofensa à reputação económica

1. Quem, revelando ou divulgando factos prejudiciais à reputação económica de outra pessoa, nomeadamente ao seu crédito, com consciência da falsidade dos mesmos factos, desse modo lesar ou puser em perigo interesses pecuniários dessa pessoa será punido com prisão até 1 ano e multa não inferior a 50 dias.

2. Se o crime for praticado através de qualquer meio de comunicação social, a pena poderá elevar-se de metade nos seus limites mínimo e máximo.

3. O procedimento criminal depende de queixa.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

O concurso (anotação 5)

O procedimento criminal (anotação 6)

Trata-se de uma disposição sem correspondência no Decreto-Lei n.º 41.204.

O **bem jurídico** protegido é a reputação económica do visado.

A acção será a de revelação ou divulgação de factos falsos prejudiciais à reputação económica da pessoa visada.

São elementos do tipo, além da falsidade dos factos, o resultado, já que se trata de um crime de dano. O resultado será a lesão, ou a criação do risco de lesão de interesses pecuniários da pessoa visada. A alternativa significa que o tipo é de **perigo abstracto concreto**. A verificação efectiva do dano significa a concretização da aptidão da conduta para a lesão. Acentuará o grau de ilicitude. Não se configura omissão ou conduta negligente que possa integrar o tipo. Não podem ser sujeitos passivos pessoas colectivas porque o tipo restringe a previsão aos indivíduos. O n.º 2 prevê agravamento pela potenciação da ofensa quando feita com a divulgação através dos meios de comunicação social.

Será necessária actuação dolosa. Sem prejuízo do regime do erro e das suas consequências, o agente tem de conhecer a falsidade dos factos. Se os reputar como verdadeiros (por exemplo, por resultarem de um inconfidência do visado), exclui-se a culpa. A negligência não é punível.

Pode haver **concurso** com os crimes comuns de difamação ou de injúria. O concurso em princípio é aparente porque a protecção da honra dispensada pela difamação (180.º) ou injúria (181.º) ou coincidirá com a protecção da reputação económica. Só em concreto se apurará tal relação de consumpção. Não há interferência com o crime do artigo 187.º do C. Penal (ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço) atenta a diferente natureza dos sujeitos passivos.

Trata-se de um crime de natureza **semi-pública**.

Artigo 41.º-A

Corrupção activa com prejuízo do comércio internacional

Artigo 41.º-B

Corrupção passiva com prejuízo do comércio internacional

Artigo 41.º-C

Corrupção activa no sector privado

(Revogados pela Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril)

ELIETE DE FÁTIMA CARREIRA FIDALGO DIAS,
JOSEFINA ESCOLÁSTICA MORAIS DUARTE FERNANDES e
JOÃO HENRIQUES DOS SANTOS RAMOS

NOTA PRÉVIA ao Decreto-Lei n.º 262/86

Dos crimes societários em geral. O conceito de **bem jurídico**, para além da sua função de padrão crítico e critério legitimador da incriminação, deve tornar-se “utilizável na tarefa prática de aplicação do direito penal” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2007, pág. 117). Entre outras vertentes, a identificação do bem jurídico protegido pela incriminação orienta a interpretação e aplicação da lei, permitindo resolver problemas de concurso de crimes e identificar os titulares dos interesses que a lei quis proteger com a incriminação, com legitimidade para apresentar queixa e/ou se constituírem assistentes (art. 113.º, n.º 1, do Código Penal e art. 68.º, n.º 1, do Código de Processo Penal). No que se refere aos crimes societários em geral, discute-se se as incriminações se dirigem à tutela de interesses individuais – mesmo que configurados de forma homogénea e podendo divergir para cada incriminação em especial; de interesses colectivos – supra-individuais, partilhados por várias ou mesmo todas as incriminações societárias; de uma pluralidade de interesses – individuais e colectivos, atribuindo-se assim uma natureza pluriofensiva (ver, entre outros, GABRIELA PARIS FERNANDES, *O crime de distribuição ilícita de bens da sociedade*, *Direito e Justiça*, 2001, Vol. XV, tomo II, pág. 245).

A maior parte da doutrina nacional opta por considerar protegido pelas incriminações societárias um bem jurídico colectivo, embora admitindo uma tutela reflexa ou indirecta de interesses individuais, aproximando-se das posições mistas. SUSANA AIRES DE SOUSA (op. cit., pág. 68) concebe o bem protegido pelas incriminações como “a sociedade comercial enquanto instrumento económico”. Atribui, no entanto, uma função de protecção indirecta e mediata a interesses individuais como os dos credores, dos sócios, dos accionistas, de terceiros e da própria economia pública. GERMANO MARQUES DA SILVA (*Disposições Penais do Código das Sociedades Comerciais – Considerações Gerais, Textos do CEJ, Sociedades Comerciais*, 1994/1995, pág. 45), entende que o bem jurídico protegido é a “economia pública”. Este último entendimento é partilhado por PAULO DE SOUSA MENDES que, no entanto, acrescenta que poderão existir “mais bens jurídicos que sejam tutelados, inclusivamente de forma mais directa e imediata” (*Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2009, págs. 1247/1248). No mesmo sentido, JOSÉ MANUEL MERÊA PIZARRO BELEZA, (*Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais*, RDE, Ano III, n.º 2, Julho/Dezembro 1977, pág. 280), realçando, no entanto, a protecção de interesses ligados à actividade das empresas. GABRIELA PARIS FERNANDES (op. cit., pág. 248), apesar de identificar a economia pública como o bem jurídico último protegido pelas incriminações societárias, atribui ao intérprete a função de identificar os bens jurídicos específicos envolvidos em cada crime.

Efectivamente a natureza supra-individual do bem jurídico protegido adequa-se melhor ao recorte típico dos crimes societários que, em regra, não exigem para a sua consumação, a ocorrência de danos concretos. Acresce que se tratam de crimes cujo procedimento criminal não depende de queixa, não se prevendo uma exclusão da ilicitude pelo consentimento do ofendido. Evidencia-se desta forma a preocupação do legislador em, através da confiança conferida pela tutela penal – mesmo que, na prática, se revele “simbólica” (ver anotação ao art. 527.º) – promover a criação e sustentação das sociedades comerciais, instituto jurídico essencial da prosperidade económica nas sociedades modernas. No entanto, quer-nos parecer, e conforme é adiantado pelos autores supra mencionados, que identificar “a economia pública” como bem jurídico tutelado por todas as incriminações do CSC,

dada a sua abrangência, não responde à exigência de funcionar como parâmetro argumentativo na resolução dos casos concretos. Por se tratar de um conceito muito extenso, perde a densidade normativa necessária à função de bem jurídico criminal, diluindo a diversidade que resulta da análise das várias incriminações. Pensamos assim que se deverá concretizar o bem jurídico protegido, sem negar que a economia pública é o fundamento último da criminalização da realidade societária. Trata-se, em nosso modesto entender, de um passo necessário para a compreensão e operacionalização desta realidade criminal. Ousamos afirmar que a identificação do bem jurídico deverá ter como ponto de partida (mas não de chegada) os valores protegidos pelo regime legal civil/comercial, constante do próprio código, cuja protecção se pretende reforçar com a tutela Penal. Ponto de partida porque, na maior parte dos casos, é o regime civil do CSC que delimita o ilícito pressuposto pela tutela penal, mecanismo comum no denominado “direito penal secundário”. Não ponto de chegada porque o ilícito penal se autonomiza daquele, ao seleccionar e limitar a incriminação àqueles comportamentos que se assumem como mais graves.

O art. 64.º, n.º 1, al.ª b), do CSC revela-se particularmente profícuo nesta procura, pois identifica com muita clareza os interesses que os gerentes ou administradores das sociedades – como se verá, principais visados com as incriminações –, devem proteger na sua actuação: o interesse da sociedade; os interesses de longo prazo dos sócios; e os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os trabalhadores, clientes e credores. Sendo verdade que em geral, as incriminações societárias não exigem a ocorrência de danos a estes interesses para a consumação do crime, os mesmos são convocados para a agravação abstracta da conduta, funcionando assim a conduta base como uma antecipação da tutela Penal. Por outro lado, face à pluralidade de potenciais ofendidos, situados dentro e fora da sociedade em causa, compreende-se a opção jurídico-penal de não fazer depender a criminalização de uma queixa. Nestes termos, e após analisar os conteúdos de cada norma incriminadora, atrevemo-nos a identificar os seguintes bens jurídicos protegidos pelas incriminações:

1. Protecção da conservação do capital social e da solidez financeira da sociedade: artigos 509.º, 510.º, 511.º, 513.º e 514.º
2. Protecção do direito de participação na vida societária: artigos 515.º, 516.º, 517.º e 520.º
3. Protecção do direito à informação: artigos 518.º, 519.º, 520.º, 522.º e 523.º
4. Protecção da garantia do credor pignoratício ou do usufrutuário: artigo 512.º
5. Protecção da segurança jurídica: artigos 521.º e 526.º

Decreto-Lei n.º 262/86 de 2 de Setembro, que aprova o Código das Sociedades Comerciais, republicado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março (Artigos 509.º a 523.º, 526.º e 527.º)

TÍTULO VII Disposições Penais e de Mera Ordenação Social

Artigo 509.º

Falta de cobrança de entradas de capital

1. O gerente ou administrador de sociedade que omitir ou fizer omitir por outrem actos que sejam necessários para a realização de entradas de capital é punido com multa até 60 dias.

2. Se o facto for praticado com intenção de causar dano, material ou moral, a algum sócio, à sociedade, ou a terceiro, a pena será de multa até 120 dias, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal.

3. Se for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, à sociedade, ou a terceiro, a pena será a da infidelidade.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 e 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

O consentimento (anotação 6)

A tentativa (anotação 7)

A participação (anotação 8)

O concurso (anotação 9)

A pena (anotação 10)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei 76-A/2006, de 29.03. O Decreto-Lei n.º 184/87 de 21.04 foi publicado ao abrigo da autorização legislativa constante do art. 1.º da Lei n.º 41/86, de 23.09. O Código das Sociedades Comerciais (CSC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86 de 2.09, não continha qualquer disposição penal, por falta de autorização parlamentar para o efeito (o processo ficou marcado por um período político conturbado, como se pode ver em SUSANA AIRES DE SOUSA, Direito Penal das Sociedades Comerciais, Qual o bem jurídico, RPCC, Ano 12, n.º 1, 2002, págs. 67/68). Todo o título VII do CSC, inicialmente com a epígrafe “Disposições Penais” e, após rectificação, com a actual “Disposições Penais e de Mera Ordenação Social”, foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 184/87 de 21.04. Até hoje, todo este título foi sujeito a apenas uma alteração, através do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29.03, no sentido de adaptar a descrição típica às novas formas de organização das Sociedades Anónimas, suprimindo a referência ao director da sociedade: onde antes se dizia “O gerente, administrador ou director de sociedade (...)” passou a ler-se “O gerente ou administrador de sociedade (...)”.

O **bem jurídico** protegido pelo crime em anotação reside na protecção da conservação do capital social e da solidez financeira da sociedade, tutelando os interesses desta última, como credora da obrigação de entrada (conforme ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Código das Sociedades Comerciais, Almedina, 2009, pág. 148), dos restantes sócios, dos credores e dos trabalhadores. O próprio normativo evidencia esta constelação de interesses protegidos ao agravar a moldura penal no caso

de existir uma intenção de causar, ou de terem sido causados, danos a algum sócio, à sociedade ou a terceiro. Veja-se também sobre este âmbito de protecção o preâmbulo da Segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho – Jornal oficial n.º L 026 de 30/01/1977.

- 3 O **tipo objectivo** consiste em “omitir ou fazer omitir por outrem actos que sejam necessários para a realização de entradas de capital”. Nos termos do art. 20.º, al.ª a), todo o sócio é obrigado a entrar para a sociedade com bens susceptíveis de penhora ou, nos tipos de sociedade em que tal seja permitido, com indústria. Em regra, as entradas terão de ser realizadas até ao momento da celebração do contrato – art. 26.º Sucede que tal obrigação pode ser diferida até 50% nas sociedades por quotas (art. 202.º, n.º 2), ou até 70% nas sociedades anónimas (art. 277.º, n.º 2). Quando tal sucede, o legislador impõe aos gerentes ou administradores o dever de diligenciar para que seja cumprida a obrigação de entrada do sócio, residindo na omissão deste dever o comportamento típico da presente incriminação.
- 4 Nas sociedades por quotas, uma vez decorrido o prazo para o sócio cumprir a sua obrigação de entrada – data certa ou facto certo e determinado e nunca depois de cinco anos ou metade da duração da sociedade, se inferior – terá o gerente de o interpelar para cumprir num prazo situado entre 30 e 60 dias (art. 203.º, n.ºs 1 e 3). Se, após o prazo concedido na interpelação, o sócio não cumprir a sua obrigação de entrada, terá de ser avisado por carta registada de que a partir do 30.º dia fica sujeito a exclusão e a perda total ou parcial da quota, dependendo de posterior deliberação da sociedade (art.º 204.º).

Nas sociedades anónimas, uma vez decorrido o prazo para o sócio cumprir a sua obrigação de entrada – nunca superior a cinco anos –, o administrador terá de o interpelar para cumprir num prazo situado entre 30 e 60 dias (art. 285.º, n.ºs 1 a 3). Uma vez decorrido esse prazo, poderá o administrador conceder novo prazo de 90 dias sob pena de o sócio perder as acções a favor da sociedade, sendo o aviso repetido no segundo mês do prazo (art. 285.º, n.º 4). O legislador não previu na norma quais os actos cuja omissão integram a prática do crime. Na verdade, para além daqueles que constam da lei, não só poderá o contrato de sociedade estabelecer outros deveres aos gerentes/administradores para o cumprimento da obrigação de entrada, como poderão ser praticados outros nos termos gerais, nomeadamente a instauração da acção executiva. Em nosso entender, o princípio da legalidade exige que apenas a violação dos deveres legais ou contratuais possa fazer o agente incorrer na prática do crime em análise. Outros comportamentos não previstos, nem na lei nem no contrato, encontram-se excluídos da censura penal, sob pena de inconstitucionalidade, por violação do princípio da legalidade. Autoria: o autor individual terá de ter a qualidade de gerente ou administrador, sendo, deste modo, um crime específico. Tratando-se de uma violação de um dever, a autoria é determinada pela titularidade desse dever. Ver nota 7, quanto à comparticipação. Discute-se se o administrador de facto pode ser autor individual dos crimes societários, na falta de uma previsão expressa como se verifica nos crimes de insolvência – ver art.º 227.º, 5, e 228.º, 3, ambos do Código Penal. Na ausência de previsão legal expressa, entendemos não poder ser punida a mera actuação do gerente de facto (ver GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit., págs. 320/321). O art. 509.º, n.º 1, é um **crime de mera actividade**: a mera omissão, por si ou por intermédio de outrem, da prática dos actos devidos (violação de um dever) que sejam necessários para a realização das entradas de capital.

O art. 509.º, n.º 2, é um **crime de resultado cortado**: agrava a moldura penal caso o agente actue com intenção de causar dano, material ou moral, a sócios, à sociedade ou a terceiro, mesmo que o resultado não se verifique. Nos danos

morais incluem-se danos não patrimoniais, de natureza psicológica ou que afectem a honra e consideração pessoal do sócio ou a imagem da sociedade.

O art. 509.º, n.º 3, é um **crime de resultado**: agrava a moldura penal no caso da conduta prevista do n.º 1 ter causado danos, materiais ou morais, a algum sócio, à sociedade ou a terceiro.

Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. No art. 509.º, n.º 2, acresce ao dolo do tipo a intenção de causar prejuízo. No art. 509.º, n.º 3, para além do dolo quanto à conduta, exige-se apenas a negligência face ao resultado, como decorre da expressão (“pudesse prever”, ou seja, mesmo que o agente não o tenha previsto efectivamente). Trata-se de uma solução congruente com o regime geral previsto no art. 18.º do Código Penal.

O **consentimento** do n.º 3 funciona como cláusula de exclusão da tipicidade da conduta agravada, mantendo-se a punibilidade da conduta nos termos dos números anteriores. Entendemos que, se o assentimento do sócio lesado exclui a tipicidade para o n.º 3, o consentimento desse sócio no caso previsto no n.º 2, e caso a intenção fosse prejudicá-lo, também a deverá excluir.

Em abstracto, só é punível a **tentativa** da conduta prevista no n.º 3, face à moldura penal e conforme o disposto no art. 527.º, n.º 2. Em concreto, não vislumbramos um caso de tentativa da prática do crime, pois teria de ser uma intenção da omissão dos actos necessários à realização das entradas, que acabaram por ser praticados por terceiros ou a entrada cumprida voluntariamente. A ser assim, nunca se poderiam imputar danos à omissão da conduta, pois os actos foram praticados (no mesmo sentido, PAULO SOUSA MENDES, op. cit., pág. 1254).

Discute-se se terceiros que não tenham a qualidade exigida no tipo legal podem ser responsabilizados, ao abrigo do regime previsto no art. 28.º, n.º 1, do Código Penal. Trata-se de saber se estamos perante a excepção prevista na parte final do citado normativo: se “outra for a intenção da norma incriminadora”. PAULO DE SOUSA MENDES (op. cit., pág. 1253) e GERMANO MARQUES DA SILVA (op. cit., pág. 47) respondem negativamente, retirando a “intenção da norma incriminadora” das extensões expressas de punibilidade de outros artigos do Código, bem como da ausência, nesta norma, da previsão da punibilidade do sócio, que estaria na origem do crime.

Temos dúvidas sobre a adequação de tal entendimento. Desde logo porque a regra geral reside na **comunicabilidade**, devendo exigir-se maior clareza normativa para a afastar. Acresce que os motivos de política criminal justificam precisamente o reforçar da regra. Com efeito, os crimes societários são, geralmente, praticados no âmbito de organizações, com intervenção de várias pessoas, partilhando funções. Ocorrem com frequência actuações conjuntas a mando ou a pedido dos gerentes ou administradores, envolvendo terceiros com verdadeiros poderes de decisão ou de actuação de facto, embora não detentores de qualquer estatuto formal societário. Excluir da censura penal estes agentes afectaria a eficácia da norma. Note-se que esta ineficácia é assinalada pelos próprios autores que afastam a comunicabilidade. Pensamos que a colocação do acento tónico no gerente ou administrador decorreu apenas da intenção do legislador, ao querer combater comportamentos prejudiciais para a sustentabilidade da sociedade, “quando as sociedades (...) se tornaram o instrumento fundamental de concentração de capitais”, se ter preocupado com “a desvinculação entre a propriedade do capital e a gestão das grandes sociedades comerciais através da assunção do poder de direcção pelos administradores frente aos accionistas (de tal modo que a dinâmica das sociedades passou a estar não tanto determinada pelo interesse e risco dos titulares do capital como pela capacidade técnica e profissional dos dirigentes) – GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit.,

pág. 239. Veja-se também as pertinentes observações de GERMANO MARQUES DA SILVA sobre a justiça das soluções legais, neste tipo de criminalidade (op. cit. pag. 48). Assim, e embora com dúvidas, pensamos que se deveria aplicar o regime do art. 28.º, n.º 1, do Código Penal, estendendo aos *extraneus* as características dos *intraneus*.

- 9 Neste crime, em que se pretende tutelar a realização inicial e manutenção do capital social, associado ao perigo de insustentabilidade da sociedade, podem suscitar-se problemas de **concurso** com o crime de infidelidade e com os crimes falenciais. Se no primeiro caso, as regras da especialidade poderão resolver o problema, no segundo o problema coloca-se, obviamente, quando a falta de diligências para a realização do capital tenha sido causal para o prejuízo ou para a insolvência. A doutrina identifica o património como o bem jurídico protegido com a incriminação da insolvência e da infidelidade (PEDRO CAEIRO e AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, págs. 364 e 407), diferente do bem jurídico protegido pela incriminação em análise, seja a economia pública, seja a protecção do capital social. No entanto, analisando funcionalmente os bens jurídicos protegidos, entendemos existir uma manifesta identidade substancial, sendo a insolvência um resultado de actos anteriores, afectando os sócios, a sociedade ou terceiros, credores e trabalhadores. Assim, embora com dúvidas, propendemos para entender que, quanto ao crime de infidelidade, o n.º 3 é uma norma especial, afastando aquela punição. Quanto à insolvência, entendemos que esta afasta a punibilidade do crime em anotação caso, repita-se, tenha sido a conduta causal da falência. Caso ocorram outras causas, pensamos que ocorrerá uma situação de concurso real.
- 10 Quanto à **pena** ver, em relação ao art. 509.º, n.º 3, a pena do crime de infidelidade, prevista no art. 224.º, do Código Penal. Ver ainda a nota 7 ao artigo 527.º sobre reparação dos danos antes de ser instaurado o procedimento criminal.

Artigo 510.º

Aquisição ilícita de quotas ou acções

1. O gerente ou administrador de sociedade que, em violação da lei, subscrever ou adquirir para a sociedade quotas ou acções próprias desta, ou encarregar outrem de as subscrever ou adquirir por conta da sociedade, ainda que em nome próprio, ou por qualquer título facultar fundos ou prestar garantias da sociedade para que outrem subscreva ou adquira quotas ou acções representativas do seu capital, é punido com multa até 120 dias.

2. O gerente ou administrador de sociedade que, em violação da lei, adquirir para a sociedade quotas ou acções de outra sociedade que com aquela esteja em relação de participações recíprocas ou em relação de domínio é, igualmente, punido com multa até 120 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A comparticipação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29.03, que apenas suprimiu a referência ao “Director de sociedade” e modificou, sem alteração substancial, a redacção do n.º 2. Ver nota 1 do art. 509.º 1

O **bem jurídico** consiste na protecção da conservação do capital social e da solidez financeira da sociedade, protegendo os credores e outros terceiros. PAULO SOUSA MENDES considera a economia pública como o bem jurídico, embora também o associe a interesses de terceiros que lidam com a sociedade, nomeadamente os credores sociais (op. cit., pág. 1255). A aquisição de acções próprias (directa, indirectamente ou potencialmente, através de garantias), implica a saída de património da empresa sem qualquer contrapartida patrimonial efectiva, pois o activo recebido é um direito sobre o próprio património da empresa que, com a contrapartida da aquisição, ficou diminuído. Por esse motivo, por exemplo, sempre que uma sociedade anónima adquire acções próprias só pode entregar bens que, nos termos dos artigos 32.º e 33.º, possam ser distribuídos aos sócios, devendo o valor dos bens distribuíveis ser, pelo menos, igual ao dobro do valor a pagar por elas (ver artigos 32.º e 33.º, *ex vi* art. 317.º). Ou seja, a aquisição de acções próprias não pode afectar a garantia subjacente à manutenção do capital social e das reservas obrigatórias. Visa-se tutelar os direitos dos credores e outros terceiros, mas não a sociedade e os outros sócios, pois, nestes casos, também se reduzem os direitos sobre a sociedade decorrentes das quotas ou acções detidas. 2

Nos termos do art. 220.º, n.ºs 1 e 2, *a contrario*, a sociedade por quotas só pode adquirir quotas próprias se: a) as mesmas estiverem integralmente liberadas, salvo o caso de perda a favor da sociedade, previsto no art. 204.º, e b) a título gratuito ou em acção executiva movida contra o sócio ou se, para esse efeito, dispuser de reservas livres em montante não inferior ao dobro do contravalor a prestar. PEDRO DE ALBUQUERQUE (Código das Sociedades Comerciais Anotado, 2009, Almedina, pág. 575) considera ainda aplicável às sociedades por quotas as limitações previstas no art. 316.º, o que aliás está de acordo com a descrição típica do crime em anotação. Efectivamente, após o n.º 1 do art. 316.º determinar que “uma sociedade não pode subscrever acções próprias e, por outra causa, só pode adquirir e deter acções próprias nos casos e condições previstas na lei”, o n.º 2 alarga tal proibição ao acto de encarregar outrem de, em seu nome mas por conta da sociedade, subscrever ou adquirir acções próprias. Tal actuação através de outrem é punida especificamente na norma em anotação. Nos termos dos artigos 317.º e 318.º, em regra, a sociedade anónima só pode adquirir acções liberadas e sem ultrapassar os 10% do seu capital, utilizando bens que poderiam ser distribuídos aos sócios nos termos dos artigos 32.º e 33.º, num montante até metade do valor desses bens. O limite de 10% só pode ser ultrapassado nos casos previstos no artigo 317.º, n.º 3, e, tratando-se de quotas não liberadas, só nos casos previstos no art. 318.º A norma incrimina o gerente ou administrador de sociedade que, em violação das normas acima referidas: 3

- a) Subscrever ou adquirir para a sociedade quotas ou acções próprias desta; ou
- b) Encarregar outrem de as subscrever ou adquirir por conta da sociedade, ainda que em nome próprio; ou
- c) Por qualquer título facultar fundos ou prestar garantias da sociedade para que outrem subscreva ou adquira quotas ou acções representativas do seu capital.

O legislador pretendeu assim censurar criminalmente qualquer forma, directa ou indirecta, imediata ou potencial, de fazer a sociedade adquirir participações sociais próprias em violação dos limites previstos na lei. O art. 510.º, n.º 2, alarga a punibilidade à aquisição de acções ou quotas de outra sociedade que com aquela esteja em relação de participações recíprocas ou em relação de domínio, situações

previstas nos artigos 485.º (participações recíprocas) e 486.º (relação de domínio). Não estão abrangidos neste caso os comportamentos referidos na parte final do n.º 1, mencionados pelas alíneas b) e c) da nota 3.1, o que poderá suscitar lacunas de punibilidade.

Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente ou administrador, sendo, deste modo, um **crime específico**.

- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo.
- 5 A **tentativa** não é punível face ao disposto no art. 527.º, n.º 2.
- 6 Sobre **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º
- 7 Embora não seja provável tal situação, na prática, caso a conduta fosse causa da insolvência, pensamos que estaríamos perante um **concurso aparente**: a insolvência consumiria este crime (ver anotação 8 ao artigo 509.º). Nos restantes casos, existirá, em regra, concurso real.
- 8 A **pena** aplicável é a de multa até 120 dias, em qualquer das modalidades.

Artigo 511.º

Amortização de quota não liberada

1. O gerente de sociedade que, em violação da lei, amortizar, total ou parcialmente, quota não liberada será punido com multa até 120 dias.

2. Se for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, à sociedade, ou a terceiro, a pena será a da infidelidade.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
O consentimento (anotação 5)
A participação (anotação 6)
O concurso (anotação 7)
A pena (anotação 8)

- 1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração.
- 2 O **bem jurídico** consiste na protecção da conservação do capital social e da solidez financeira da sociedade. Conforme refere TIAGO SOARES DA FONSECA (Código das Sociedades Comerciais Anotado, Almedina, 2009, pág. 606) a limitação à amortização de quotas “destina-se à tutela do capital social e, através desta, dos credores sociais”. Acrescentamos nós que também os outros sócios, a sociedade e os trabalhadores são protegidos com esta incriminação, pois tratar-se-ia de uma saída patrimonial sem se exercer contra o sócio o prévio direito de crédito da entrada. Esta circunstância explica que o n.º 2 agrave a pena caso ocorram danos a sócios, à sociedade ou a terceiros.
- 3 Nos termos do art. 232.º, n.º 3, “salvo no caso de redução do capital, a sociedade não pode amortizar quotas que não estejam totalmente liberadas”. A amortização da quota “consiste na extinção da mesma, com todos os direitos e obrigações inerentes não vencidos” (TIAGO SOARES DA FONSECA, op. cit., pág. 602). Uma quota não liberada significa que o titular ainda não cumpriu a sua obrigação de entrada. Assim, amortizar esta quota seria prescindir do crédito decorrente da obrigação de entrada. O crime consubstancia-se assim na amortização, pelo

gerente da sociedade, da quota não liberada, salvo no caso de redução do capital social, em que os credores ficam tutelados pelo disposto no art. 94.º Sucede que a amortização da quota depende sempre de deliberação pelo colectivo dos sócios, pelo que o gerente apenas poderá actuar em execução de uma deliberação (TIAGO SOARES DA FONSECA, op. cit., pág. 606). Por este motivo ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (Sociedades Comerciais, II Vol., pág. 367, nota 1040), afirma não parecerem exequíveis os artigos 511.º, 512.º e 513.º do CSC. Esta reserva pode ser um argumento para a punibilidade dos sócios que actuem juntamente com o gerente (que também poderá ser sócio), de acordo com o art. 28.º do Código Penal (ver a nota 7 do artigo 509.º). O art. 511.º, n.º 2 agrava a punição caso seja causado algum dano grave, material ou moral, pelo menos por negligência, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento, à sociedade ou a terceiro. O legislador exige, neste caso, que o dano seja “grave”. O legislador não estabelece qualquer critério quantitativo a partir do qual o dano atinge gravidade criminalmente relevante, nem se devendo recorrer sem mais a critérios quantitativos associados a outras realidades criminais, como por exemplo, dos crimes contra o património do Código Penal. Deverá assim o intérprete recorrer a indicadores associados ao caso concreto, como sejam o efeito sobre o património total do lesado, a relação entre a quota amortizada e o capital social total, os efeitos sobre os capitais próprios ou sobre o património da sociedade, para além do simples valor nominal da operação em causa. Nos danos morais incluem-se danos não patrimoniais, de natureza psicológica ou que afectem a honra e consideração pessoal do sócio ou a imagem da sociedade.

Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente, sendo, deste modo, um **crime específico**.

Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. No caso do n.º 2, exigindo-se dolo quanto à conduta, basta a negligência quanto ao resultado (ver nota 4.2 ao art. 509.º e art. 18.º do Código Penal). 4

No caso do n.º 2, o **assentimento** para a amortização por parte do sócio que vem a sofrer o dano exclui a tipicidade na vertente do n.º 2, mantendo-se a punibilidade do n.º 1. 5

Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º 6

Embora não seja provável tal situação, na prática, caso a conduta fosse causa da insolvência, pensamos que estaríamos perante um **concurso aparente**: a insolvência consumiria este crime (ver anotação 7 ao artigo 509.º). Nos restantes casos, existirá, em regra, concurso real. 7

A **pena** aplicável é a de multa até 120 dias, no caso do n.º 1. Ver, quanto ao n.º 2, a pena do crime de infidelidade, prevista no art. 224.º, do Código Penal. 8

Artigo 512.º

Amortização ilícita de quota dada em penhor ou que seja objecto de usufruto

1. O gerente de sociedade que, em violação da lei, amortizar ou fizer amortizar, total ou parcialmente, quota sobre a qual incida direito de usufruto ou de penhor, sem consentimento do titular deste direito, será punido com multa até 120 dias.

2. Com a mesma pena será punido o sócio titular da quota que promover a amortização ou para esta der o seu assentimento, ou que, podendo informar do facto, antes de executado, o titular do direito de usufruto ou de penhor, maliciosamente o não fizer.

3. Se for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, ao titular do direito de usufruto ou de penhor, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, ou à sociedade, a pena será a da infidelidade.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

O consentimento (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A comparticipação (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração.
- 2 O **bem jurídico** consiste no património do titular do direito de usufruto ou de penhor da quota
- 3 Nos termos do art. 233.º, n.º 4, “se sobre a quota amortizada incidir direito de usufruto ou de penhor, o consentimento (para a amortização) deve também ser dado pelo titular desse direito”. Sendo um direito real ou de garantia sobre a quota, a extinção desta implica a extinção daquele. A lei prevê, conforme resulta do art. 233.º, amortizações de quotas compulsivas ou voluntárias. As primeiras não dependem da vontade do titular da quota, mas apenas da prévia verificação de condições previstas na lei ou nos estatutos (TIAGO SOARES DA FONSECA, op. cit., pág. 607). Caso contrário, apenas com consentimento do titular pode ocorrer a amortização. A norma pune o gerente que amortizar ou fizer amortizar, total ou parcialmente, a mencionada quota sem consentimento do titular do direito, em violação da lei. Este último requisito relaciona-se precisamente com a amortização compulsiva, em que se prescinde de qualquer consentimento. O art.º 512.º, n.º 2, alarga a punibilidade ao sócio titular da quota sobre a qual recai o penhor ou o usufruto, caso este intervenha na amortização. Para além de se punir o acto de promover ou consentir na amortização – exigindo-se que o sócio conheça a falta de consentimento do titular do direito –, pune-se a omissão de informar o titular do direito que a quota se prepara para ser amortizada (mesmo que não tenha promovido ou dado o seu assentimento). Neste último caso de omissão de informação, exige-se uma actuação maliciosa, ou seja, não só consciente do mal que a situação iria causar ao titular do direito real ou de garantia como a astúcia de o prejudicar através desta forma “indirecta” de afectar a garantia. Tal como referido no artigo 511.º, estão em causa os actos de execução de uma deliberação dos sócios (ver nota 3.1 ao artigo 511.º).
Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente ou, no caso do n.º 2, a qualidade de sócio, sendo, deste modo, um **crime específico**. O art. 513.º, n.º 3, agrava a pena uma vez verificado um dano grave, material ou moral, (crime de resultado) ao titular do direito, a algum sócio que não tenha dado o assentimento, ou à sociedade. Sobre a gravidade e a natureza do dano ver nota 3.2 ao artigo 511.º
- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. No caso do n.º 3, exigindo-se dolo quanto à conduta, basta a negligência quanto ao resultado (ver nota 4.2 ao art. 509.º).
- 5 O **consentimento** do n.º 3 funciona como cláusula de exclusão da tipicidade da conduta agravada, mantendo-se a punibilidade nos termos dos números anteriores.

O consentimento do titular do direito exclui também a tipicidade, pois a amortização passa a ser válida (direito disponível).

Só a **tentativa** da conduta prevista no n.º 3 é punível na forma tentada, *ex vi* art. 527.º, n.º 2. 6

Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º Será ainda possível a co-autoria entre o gerente e o sócio titular, ambos autores nos termos dos números 1 e 2. 7

A **pena** aplicável é, quanto ao art. 512.º, n.º 3, a pena do crime de infidelidade, prevista no art. 224.º, do Código Penal, e anotação ao artigo 527.º, 4. 8

Artigo 513.º

Outras infracções às regras da amortização de quotas ou acções

1. O gerente de sociedade que, em violação da lei, amortizar ou fizer amortizar quota, total ou parcialmente, e por modo que, à data da deliberação, e considerada a contrapartida da amortização, a situação líquida da sociedade fique inferior à soma do capital e da reserva legal, sem que simultaneamente seja deliberada redução do capital para que a situação líquida se mantenha acima desse limite, será punido com multa até 120 dias.

2. O administrador de sociedade que em violação da lei amortizar ou fizer amortizar acção, total ou parcialmente, sem redução de capital, ou com utilização de fundos que não possam ser distribuídos aos accionistas para tal efeito é, igualmente, punido com multa até 120 dias.

3. Se for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, à sociedade, ou a terceiro, a pena será a da infidelidade.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

O consentimento (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29.03, que apenas suprimiu a referência ao “Director de sociedade” no número 2 e modificou, sem alterações substanciais, a técnica legislativa. Ver nota 1 do art. 509.º 1

O **bem jurídico** é a protecção da conservação do capital social e da solidez financeira da sociedade, protegendo a sociedade, os sócios e terceiros (credores e trabalhadores). Este entendimento sustenta-se também na circunstância do n.º 3 agravar a pena caso ocorram danos a sócios, à sociedade ou a terceiros. 2

Nos termos do art. 236.º, n.º 1, a sociedade por quotas só pode amortizar quotas quando, à data da deliberação, a sua situação líquida, depois de satisfeita a contrapartida da amortização, não ficar inferior à soma do capital e da reserva legal, a não ser que simultaneamente delibere a redução do seu capital. Sobre o conceito de amortização ver nota 3 ao artigo 511.º A situação prevista neste normativo ocorrerá quando à amortização da quota esteja associada uma contraprestação patrimonial, implicando a saída de bens da sociedade. Nestes casos, a situação líquida após 3

a operação de amortização poderá afectar o capital social e as reservas legais. Se a amortização for gratuita, obviamente que tal nunca sucederá.

O art. 513.º, n.º 1 pune o gerente de sociedade que amortizar ou fizer amortizar quota, total ou parcialmente, sem respeitar o regime legal. Uma vez que a amortização da quota exige prévia deliberação dos sócios, o gerente será punido pela execução da decisão. Tal como referido para os artigos 511.º e 512.º, suscita-se a responsabilização dos sócios que aprovarem a deliberação (ver nota 3.1 ao art. 511.º e nota 7 ao art. 509.º). O momento para aferir a situação líquida da sociedade é o da deliberação, apesar da responsabilidade penal recair sobre o gerente, que apenas executa a deliberação, naturalmente, em momento posterior. Esta dilação temporal pode causar dificuldades de censura do acto caso no momento da execução já não se verifiquem os pressupostos da ilicitude. O crime consumou-se, por se verificarem os seus elementos típicos, embora não ocorra o resultado subjacente à incriminação. Veja-se que o art. 236.º, n.º 3, prevê o caso do capital social ser afectado apenas no momento da entrega da contrapartida, cominando o acto de ineficaz, não sendo esta uma conduta censurada criminalmente.

O art. 513.º, n.º 2, pune conduta similar ao n.º 1, agora no âmbito da sociedade anónima, alargando ao caso em que sejam usados fundos que não possam ser distribuídos aos accionistas para esse efeito. Efectivamente, nos termos do art. 346.º, na amortização de acções sem redução do capital apenas podem ser utilizados fundos que, nos termos dos art. 32.º e 33.º, possam ser distribuídos aos accionistas. Neste – art. 32.º, n.º 1 (redacção do Decreto-Lei n.º 185/2009 de 12.08) – limita-se a possibilidade de distribuição à manutenção do capital e das reservas legais ou contratuais.

O art. 513.º, n.º 3, prevê a agravação caso a conduta prevista nos n.ºs 1 e 2 cause danos graves, materiais ou morais, à sociedade, a terceiros ou a um outro sócio ou accionista que não tenha dado consentimento. Sobre a gravidade e a natureza do dano ver nota 3.2 ao artigo 511.º

Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente, no caso do n.º 1, ou de administrador, no caso do n.º 2, sendo, deste modo, um **crime específico**.

- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. No caso do n.º 3, exigindo-se dolo quanto à conduta, basta a negligência quanto ao resultado (ver nota 4.2 ao art. 509.º).
- 5 O **consentimento** do n.º 3 funciona como cláusula de exclusão da tipicidade da conduta agravada, mantendo-se a punibilidade da conduta nos termos dos números anteriores.
- 6 Só a **tentativa** da conduta prevista no n.º 3 é punível – art. 527.º, n.º 2.
- 7 Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º
- 8 Para além da relação de especialidade com o crime de infidelidade, no caso da conduta prevista no n.º 3 ter sido causa da insolvência, pensamos ocorrer uma relação de **concurso aparente**: a insolvência consumiria este crime (ver nota 8 ao art. 509.º). Nos restantes casos, existirá, em regra, concurso real.
- 9 A **pena** aplicável é a de multa até 120 dias, nos casos dos n.ºs 1 e 2. Ver, quanto ao n.º 3, a pena do crime de infidelidade, prevista no art. 224.º, do Código Penal.

Artigo 514.º*Distribuição ilícita de bens da sociedade*

1. O gerente ou administrador de sociedade que propuser à deliberação dos sócios, reunidos em assembleia, distribuição ilícita de bens da sociedade é punido com multa até 60 dias.

2. Se a distribuição ilícita chegar a ser executada, no todo ou em parte, a pena será de multa até 90 dias.

3. Se a distribuição ilícita for executada, no todo ou em parte, sem deliberação dos sócios, reunidos em assembleia, a pena será de multa até 120 dias.

4. O gerente ou administrador de sociedade que executar ou fizer executar por outrem distribuição de bens da sociedade com desrespeito por deliberação válida de assembleia social regularmente constituída é, igualmente, punido com multa até 120 dias.

5. Se, em algum dos casos previstos nos n.ºs 3 e 4, for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, à sociedade, ou a terceiro, a pena será a da infidelidade.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

O consentimento (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A comparticipação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29.03, que apenas suprimiu a referência ao “Director de sociedade” e modificou, sem alterações substanciais, a técnica legislativa. Ver nota 1 do art. 509.º 1

O **bem jurídico** consiste na protecção da conservação do capital social e da solidez financeira da sociedade. Tutela indirectamente os interesses patrimoniais dos sócios que não tenham dado o seu assentimento, da sociedade e de terceiros, obstando à redução ilícita da capacidade da sociedade solver compromissos. Este entendimento sustenta-se também na circunstância do n.º 5 agravar a pena caso ocorram danos a sócios, à sociedade ou a terceiros. Aderimos assim ao entendimento de GABRIELA PARIS FERNANDES (op. cit., pág. 323), que considera ser o “princípio da intangibilidade do capital social” o bem jurídico tutelado, pois parece-nos o mais adequado e frutuoso na interpretação e aplicação da norma, maximizando as virtualidades do conceito de bem jurídico (ver nota 2 ao art. 509.º). PAULO SOUSA MENDES (op. cit., págs. 1259/1260) considera como bem jurídico tutelado a economia pública, acrescentando a tutela dos interesses de terceiros que lidam com a sociedade, nomeadamente dos credores sociais. Critica o entendimento de GABRIELA PARIS FERNANDES, sustentando que o capital social não é um bem em si mesmo e são os bens da sociedade, e não o capital social, que tutelam os credores. Embora reconheçamos o acerto desta última afirmação (criticando o valor atribuído pela lei ao capital social, ALEXANDRE MOTA PINTO, Capital social e tutela dos credores, para acabar de vez com o capital social mínimo nas sociedades por quotas, em Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pág. 837 e ss.), pensamos que o regime legal, criticável ou não, associa a ilicitude da distribuição dos bens para efeitos criminais, essencialmente, 2

aos efeitos sobre o capital social ou sobre outras vertentes formais com expressão contabilística para apurar a solidez da empresa. A criminalização surge como consequência do valor que o legislador societário decidiu atribuir ao capital social, motivo pelo qual pensamos que ele não pode ser afastado da identificação do bem jurídico. Entendimento contrário seria fundado caso o legislador tivesse punido qualquer distribuição de bens aos sócios que implicasse um activo total inferior ao passivo, o que não é o caso. Apesar de ser o património total da empresa que tutela os credores, foram os efeitos sobre o capital social que o legislador identificou como critério para avaliar a licitude das condutas, pois afectá-lo significa que a sociedade, não só não está a criar riqueza, como a está a consumir. A conduta prevista no n.º 4 não contraria este entendimento, conforme se referirá na nota 3.

- 3 A ilicitude subjacente à incriminação resume-se à violação dos artigos 32.º e 33.º, pois só este se refere a limites da distribuição de bens e afecta o bem jurídico acima identificado, afastando-se assim ilicitudes formais ou procedimentais (GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit., págs. 285/286 e 324; aderindo a este entendimento PAULO SOUSA MENDES, op. cit., fls. 1260). Nos termos do art. 32.º, n.º 1, não podem ser distribuídos aos sócios bens da sociedade quando o capital próprio desta, incluindo o resultado líquido do exercício tal como resulta das contas elaboradas e aprovadas nos termos legais, seja inferior à soma do capital social e das reservas que a lei ou o contrato não permitem distribuir aos sócios ou se tornasse inferior a esta soma em consequência da distribuição (redacção atribuída pelo Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12.08). O legislador não tipificou os actos materiais que se podem traduzir numa “distribuição de resultados”, podendo assim a mesma revestir formas mais ou menos expressas (ver GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit., pág. 286, nomeadamente o caso comum da gratificação aos sócios gerentes). Os destinatários da distribuição podem ser os sócios ou outros membros de órgãos sociais cuja remuneração dependa de uma aplicação de resultados (GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit., págs. 287 a 289)

O art. 514.º, n.º 1, pune a mera proposta de distribuição ilícita de bens, efectuada aos sócios pelo gerente ou administrador. Não exigindo a lei a aprovação da proposta, trata-se de uma antecipação da tutela penal ao mero risco de ser tomada a deliberação. Quanto ao conceito de “distribuição ilícita”, ver nota anterior. A proposta terá de ser feita “em Assembleia-geral”, e não em qualquer outro momento, nomeadamente não basta constar da convocatória (ver GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit., págs. 310/311).

O art. 514.º, n.º 2, agrava a pena no caso da deliberação ser executada. Salvo casos de conluio e dependendo da posição a tomar quanto à comunicabilidade da ilicitude (ver nota 7 ao artigo 509.º), em nosso entender, a punibilidade dependerá de ser o gerente ou administrador a propor a distribuição. Parece que este normativo não pune a execução da deliberação por iniciativa dos sócios, nem pune os sócios que assim deliberaram (aderimos assim ao entendimento de GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit., pág. 318, e PAULO SOUSA MENDES, op. cit., pág. 1262).

O art. 514.º, n.º 3, pune a distribuição “ilícita” dos bens sem deliberação dos sócios, ou seja, sem o agente respeitar as competências da Assembleia de sócios.

O art. 514.º, n.º 4, pune o desrespeito de deliberação de distribuição de bens. O normativo não exige a ilicitude da conduta, pelo que estaria em causa, não o bem jurídico de tutela do capital social, mas a mera inobservância das deliberações sociais. Aderimos, no entanto, à interpretação restritiva defendida por Gabriela Paris Fernandes (op. cit., págs. 314/315), que, valorando o elemento sistemático e a congruência valorativa, com base no princípio da tutela dos bens jurídicos penais,

defende que também aqui a deliberação tem de ser ilícita, nos termos exigidos pelos restantes normativos.

O n.º 5 agrava as condutas dos números 3 e 4 (não referindo o n.º 2, sem justificação aparente, como refere GABRIELA PARIS FERNANDES, pág. 317, com adesão de PAULO SOUSA MENDES, op. cit., pág. 1261) no caso de ser causado dano material ou moral a algum sócio que não tenha dado consentimento, à sociedade ou a terceiro. Sobre a gravidade e a natureza do dano ver nota 3.2 ao artigo 511.º Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente ou administrador, sendo, deste modo, um **crime específico**.

Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. No caso do n.º 5, exigindo-se dolo quanto à conduta, basta a negligência quanto ao resultado (ver nota 4.2 ao art. 509.º). 4

O **consentimento** do n.º 5 funciona como cláusula de exclusão da tipicidade da conduta agravada, mantendo-se a punibilidade da conduta nos termos dos números anteriores. 5

Só a **tentativa** da conduta prevista no n.º 5 é punível – art. 527.º, n.º 2. 6

Sobre a comunicabilidade da ilicitude ao abrigo do art. 28.º do Código Penal ver a anotação 7 ao art. 509.º. 7

Se existir **concurso** com o crime de infidelidade, pensamos que o crime em análise, com base numa relação de especialidade, consome o primeiro. No caso da conduta prevista no n.º 5, caso a mesma seja causa da insolvência, estaríamos perante um concurso aparente: a insolvência consumiria este crime (ver nota 7 ao art. 509.º). Nos restantes casos, existirá, em regra, concurso real. 8

A **pena** aplicável é a de multa até 60, 90 ou 120 dias, nos casos dos n.º 1 a 4. Ver, quanto ao n.º 5, a pena do crime de infidelidade, prevista no art. 224.º, do Código Penal. 9

Artigo 515.º

Irregularidade na convocação de assembleias sociais

1. Aquele que, competindo-lhe convocar assembleia geral de sócios, assembleia especial de accionistas ou assembleia de obrigacionistas, omitir ou fizer omitir por outrem a convocação nos prazos da lei ou do contrato social, ou a fizer ou mandar fazer sem cumprimento dos prazos ou das formalidades estabelecidos pela lei ou pelo contrato social, será punido com multa até 30 dias.

2. Se tiver sido presente ao autor do facto, nos termos da lei ou do contrato social, requerimento de convocação de assembleia que devesse ser deferido, a pena será de multa até 90 dias.

3. Se for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, à sociedade, ou a terceiro, a pena será a da infidelidade.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

O consentimento (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

- 1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração.
- 2 O **bem jurídico** consiste no direito de participação na vida societária, pelos sócios (art. 21.º, n.º 1, al.^a b), e pelos obrigacionistas (art. 355.º).
- 3 Determina o art. 21.º, n.º 1, al.^a b), ser direito do sócio “participar nas deliberações dos sócios, sem prejuízo das restrições previstas na lei.” Por sua vez, o art. 355.º, n.º 1, determina que os credores de uma mesma emissão de obrigações podem reunir-se em assembleia de obrigacionistas. Naturalmente que o dever de convocar as assembleias surge como meio essencial para o exercício dos direitos sociais. A assembleia-geral de sócios das sociedades anónimas deve ser convocada pelo presidente da mesa. Em casos especiais pode ser convocada pela comissão de auditoria, pelo conselho geral e de supervisão ou pelo conselho fiscal. A convocação pelo Tribunal não se inclui, obviamente, nos casos previstos neste normativo. As principais formalidades da convocação constam do art. 377.º, aplicável às sociedades por quotas *ex vi* art. 248.º, n.º 1, sem prejuízo das especificidades, nomeadamente no n.º 3 do mesmo normativo. A assembleia de obrigacionistas é convocada pelo representante comum dos obrigacionistas ou, verificados os pressupostos mencionados no art. 355.º, n.º 2, pelo presidente da mesa da assembleia de accionistas. Na sociedade por quotas, a convocação das assembleias-gerais compete ainda a qualquer dos gerentes – art. 248.º, n.º 3.
O art. 515.º, n.º 1, pune, por um lado, a violação do dever de convocar as assembleias, por si ou por intermédio de terceiro, nos prazos exigidos por lei ou pelo contrato. Por outro lado, pune ainda a convocação das assembleias sem cumprimento dos prazos ou formalidades estabelecidas pela lei, sendo estes requisitos instrumentais para um exercício efectivo do direito de participação na vida societária.
O art. 515.º, n.º 2, pune a não convocação após requerimento por terceira entidade, sempre que devesse ser deferida, situação prevista, para as sociedades anónimas, no art. 375.º, n.os 1 e 2. A possibilidade de indeferir consta do n.º 5, exigindo-se a fundamentação da recusa. Nestes casos, a norma apela a uma ponderação normativa do caso concreto – “devesse ser deferido” – que poderá fundamentar um juízo concreto de erro sobre a proibição – o agente, de boa-fé, julgava que o pedido não deveria ser deferido – excluindo, em nosso entender, o dolo, nos termos do art. 16.º do Código Penal.
O art. 355.º, n.º 3, prevê o requerimento para convocação da assembleia de obrigacionistas. Nas sociedades por quotas, determina o art. 248.º, n.º 2, que o pedido que nas sociedades anónimas depende de uma percentagem dos accionistas – ver art. 375.º, n.º 2 – pode ser feito por qualquer sócio. O art. 515.º, n.º 3, agrava a moldura penal caso a conduta tenha causado dano grave, material ou moral, a algum sócio, sociedade ou a terceiro. Sobre a gravidade e a natureza do dano ver a nota 3.2 ao artigo 511.º
Quanto à autoria, o autor individual do crime é aquele a quem compete convocar as assembleias, sendo um **crime específico**.
- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. No caso do n.º 3, exigindo-se dolo quanto à conduta, basta a negligência quanto ao resultado (ver nota 4.2 ao art. 509.º).
- 5 No n.º 3, o **consentimento** do sócio lesado exclui a tipicidade.
- 6 Só a conduta do n.º 3 é punida na forma tentada, face ao disposto no art. 527.º, n.º 2.
- 7 Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º
- 8 Há concurso aparente, por **especialidade**, com o crime de infidelidade, caso se verifique a situação prevista no n.º 3.

A **pena** aplicável é a de multa até 30 e 90 dias, nos casos dos n.ºs 1 e 2. Ver, quanto ao n.º 3, a pena do crime de infidelidade, prevista no art. 224.º, do Código Penal.

9

Artigo 516.º

Perturbação de assembleia social

1. Aquele que, com violência ou ameaça de violência, impedir algum sócio ou outra pessoa legitimada de tomar parte em assembleia geral de sócios, assembleia especial de accionistas ou assembleia de obrigacionistas, regularmente constituída, ou de nela exercer utilmente os seus direitos de informação, de proposta, de discussão ou de voto, será punido com pena de prisão até dois anos e multa até 180 dias.

2. Se o autor do impedimento, à data do facto, for membro de órgão de administração ou de fiscalização da sociedade, o limite máximo da pena será, em cada uma das espécies, agravado de um terço.

3. Se o autor do impedimento for, à data do facto, empregado da sociedade e tiver cumprido ordens ou instruções de algum dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização, o limite máximo da pena será, em cada uma das espécies, reduzido a metade, e o juiz poderá, consideradas todas as circunstâncias, atenuar especialmente a pena.

4. A punição pelo impedimento não consumirá a que couber aos meios empregados para o executar.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

O concurso (anotação 6)

A pena (anotação 7)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração.

1

O **bem jurídico** consiste na protecção do direito de participação na vida societária, pelos sócios (art. 21.º, n.º 1, al.^a b) e pelos obrigacionistas (art. 355.º).

2

Qualquer pessoa que, com violência ou ameaça de violência, impedir um sócio, obrigacionista ou outra pessoa legitimada para o efeito, de tomar parte ou exercer utilmente os seus direitos de informação, proposta, discussão ou voto, em assembleia comete o crime. O art. 516.º, n.º 2, agrava a pena quando o autor seja membro de órgão de administração ou fiscalização de sociedade, dados os deveres acrescidos de garantir o exercício dos direitos societários. O art. 516.º, n.º 3, prevê um privilegiamento da pena caso o acto seja praticado por empregado e actuar sob as ordens das pessoas indicadas no n.º 2. Uma vez que a obediência não exclui a punibilidade, por implicar a prática de um crime – art. 36.º, n.º 2, do Código Penal –, o legislador prevê uma possível dupla atenuação: atenuação automática da moldura penal e atenuação facultativa da pena concreta, a efectuar pelo juiz, no âmbito da moldura penal atenuada. De referir que as circunstâncias que fundamentem a atenuação especial terão de ser diferentes daquelas que levaram o legislador a atenuar a pena: o facto de ser empregado e ter cumprido ordens ou instruções.

3

Quanto à autoria, no caso do n.º 1, o autor individual pode ser qualquer pessoa. No caso do n.º 2, o autor terá de ter a qualidade de membro de órgão da administração ou fiscalização da sociedade, tratando-se assim de um **crime específico impróprio**. Finalmente, no n.º 3, o autor só beneficia do regime privilegiado se tiver a qualidade de empregado.

- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo.
- 5 A **tentativa** é punível em todos os casos, face ao disposto no art. 527.º, n.º 2.
- 6 O n.º 4 determina expressamente uma situação de **concurso real** entre este crime e os meios em que o impedimento se concretiza, nomeadamente ameaça, coacção ou ofensa à integridade física. O concurso real adequa-se à diversidade de bens jurídicos protegidos.
- 7 No caso do n.º 1, é aplicável a pena de prisão até dois anos e multa até 180 dias. Em relação aos restantes crimes previstos neste código, trata-se da pena mais grave, excluindo os casos em que o legislador remete para a pena aplicável ao crime de infidelidade. Diga-se que, considerando o concurso real determinado no art. 4.º do presente normativo, a moldura penal parece-nos exagerada, em termos relativos. O n.º 2 agrava os limites máximos previstos no n.º 1 em um terço, pelo que os limites máximos passam a ser de dois anos e oito meses de prisão e 240 dias de multa. O n.º 3 estabelece um regime de dupla atenuação. Por um lado, o limite máximo passa automaticamente para pena de prisão até um ano e multa até 90 dias. O Juiz poderá ainda, ponderando todas as circunstâncias, atenuar especialmente a pena, que, de harmonia com o disposto no art.º 73.º do CP, passará a pena de prisão até 8 meses e multa até 60 dias. Uma vez que o presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, aplica-se o regime previsto no Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com realce para o seu n.º 6, que, no caso da pena de prisão ser substituída por multa, determina a aplicação de uma só pena equivalente à soma da multa directamente imposta e da que resultar da substituição da prisão.

Artigo 517.º

Participação fraudulenta em assembleia social

1. **Aquele que, em assembleia geral de sócios, assembleia especial de accionistas ou assembleia de obrigacionistas, se apresentar falsamente como titular de acções, quotas, partes sociais ou obrigações, ou como investido de poderes de representação dos respectivos titulares, e nessa falsa qualidade votar, será punido, se pena mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal, com prisão até seis meses e multa até 90 dias.**

2. **Se algum dos membros dos órgãos de administração ou fiscalização da sociedade determinar outrem a executar o facto descrito no número anterior, ou auxiliar a execução, será punido como autor, se pena mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal, com prisão de três meses a um ano e multa até 120 dias.**

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

O concurso (anotação 6)

A pena (anotação 7)

- 1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração.
- 2 O **bem jurídico** consiste na protecção do direito de participação na vida societária, pelos sócios (art. 21.º, n.º 1, al.^a b) e pelos obrigacionistas (art. 355.º). Neste caso, não está em causa o impedimento dos sócios ou obrigacionistas exercerem o seu direito, mas garantir que a “dimensão” do direito associado à quantidade de quotas,

acções ou obrigações detidas, como o do voto, não seja afectado pela presença fraudulenta de terceiros.

Nos termos do art. 379.º, têm direito a estar presentes na assembleia-geral e aí discutir e votar os accionistas que, segundo a lei e o contrato, tiverem direito a, pelo menos, um voto. Os accionistas sem direito a voto e os obrigacionistas podem estar presentes, sem direito a votar, naturalmente. A presença pode ser assegurada por representantes – art. 379.º, n.º 3, e 380.º Nos termos do art. 355.º, n.º 5, a cada obrigação corresponde um voto. Assim, pratica o crime quem, cumulativamente: a) não for titular de acções, quotas, partes sociais ou obrigações nem tiver poderes de representação dos respectivos titulares; b) se apresentar na assembleia-geral de sócios ou especial de accionistas ou de obrigacionistas como se tivesse tal qualidade; e c) votar. Se algum destes elementos não se verificar, nomeadamente se o agente não votar, não comete o crime. O art. 517.º, n.º 2, determina a punição como autor, com pena mais grave, do membro do órgão de administração ou fiscalização que determinar outrem a praticar o crime ou auxiliar a sua execução.

Quanto à autoria, no caso do n.º 1, o autor individual pode ser qualquer pessoa. No caso do n.º 2, o autor terá de ser titular da qualidade de membro do órgão de administração ou fiscalização.

Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo.

A **tentativa** é punível em todos os casos, face ao disposto no art. 527.º, n.º 2.

Vista a **subsidiariedade expressa** em ambos os números, pelo que este artigo só se aplica caso o facto não seja punido de forma mais grave por outra disposição legal. A título de exemplo, pensamos que se o agente tiver falsificado documento, pune-se apenas por este crime (art. 256.º do Código Penal).

A **pena** aplicável é a de prisão até seis meses e multa até 90 dias, no caso do n.º 1, e a pena de prisão de três meses a um ano e multa até 120 dias, no caso do n.º 2. Uma vez que o presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, ver a nota 7 ao art. 516.º

Artigo 518.º

Recusa ilícita de informações

1. O gerente ou administrador de sociedade que recusar ou fizer recusar por outrem a consulta de documentos que a lei determinar que sejam postos à disposição dos interessados para preparação de assembleias sociais, ou recusar ou fizer recusar o envio de documentos para esse fim, quando devido por lei, ou enviar ou fizer enviar esses documentos sem satisfazer as condições e os prazos estabelecidos na lei, é punido, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal, com prisão até 3 meses e multa até 60 dias.

2. O gerente ou administrador de sociedade que recusar ou fizer recusar por outrem, em reunião de assembleia social, informações que esteja por lei obrigado a prestar, ou, noutras circunstâncias, informações que a lei deva prestar e que lhe tenham sido pedidas por escrito, é punido com multa até 90 dias.

3. Se, no caso do n.º 1, for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha dado o seu assentimento para o facto, ou à sociedade, a pena será a da infidelidade.

4. Se, no caso do n.º 2, o facto for cometido por motivo que não indicié falta de zelo na defesa dos direitos e dos interesses legítimos da sociedade e dos sócios, mas apenas compreensão errónea do objecto desses direitos e interesses, o autor será isento da pena.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A comparticipação (anotação 6)

A pena (anotação 7)

1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei 76-A/2006, de 29.03, que apenas suprimiu a referência ao “Director de sociedade”. Ver nota 1 do art. 509.º

2 O **bem jurídico** consiste na protecção do direito à informação. PAULO SOUSA MENDES (op. cit., pág. 1265, identifica o bem jurídico, para além da economia pública, com os interesses patrimoniais dos destinatários da informação).

3 Nos termos do art. 21.º, n.º 1, al.ª c), todo o sócio tem direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato. Um dos momentos mais relevantes para a intervenção na sociedade é precisamente a assembleia. O legislador distinguiu a informação necessária para preparação da assembleia-geral, prevista no artigo 289.º, e a informação a prestar na própria assembleia, prevista no art. 290.º A conduta criminalizada no n.º 1 refere-se precisamente à violação do regime legal previsto no art. 289.º (informação para preparação da assembleia-geral), punindo o gerente ou administrador que: a) se recusar ou fizer outrem recusar a consulta de documentos que a lei determinar que sejam postos à disposição dos interessados para preparação de assembleias sociais; ou b) recusar ou fazer recusar o envio de documentos para esse fim; ou c) enviar esses documentos sem satisfazer as condições e prazos previstos na lei.

O art. 518.º, n.º 2, por sua vez, pune, na primeira parte, a violação do regime previsto no art. 290.º: gerente ou administrador que recusar ou fizer recusar, na assembleia-geral, informações que por lei esteja obrigado a prestar. Na segunda parte do n.º 2, pune-se a violação do dever de prestar informações, em todas as outras circunstâncias, desde que admissíveis legalmente e lhe tenham sido pedidas por escrito.

O n.º 3 agrava a pena no caso, apenas na situação prevista no n.º 1 (não vislumbremos o motivo da exclusão do n.º 2), de ter ocorrido um resultado danoso grave, material ou moral, para um sócio ou para a sociedade, desde que o agente tenha actuado, quanto ao resultado, pelo menos com negligência. Sobre a gravidade e a natureza do dano ver nota 3.2 ao artigo 511.º

O n.º 4 prevê uma causa especial de atenuação ou isenção de pena, apenas para a situação prevista no n.º 2 e caso se verifique que o facto foi cometido por motivo que não indiciе falta de zelo na defesa dos direitos e dos interesses legítimos da sociedade e dos sócios, mas apenas compreensão errónea do objecto desses direitos e interesses.

Considerando que o direito de informação não é absoluto, o art. 290.º, n.º 2, permite a recusa de informação se a mesma puder ocasionar grave prejuízo à sociedade ou a outra sociedade com ela coligada ou violação de segredo imposto por lei. Acresce ainda a possibilidade de estarem em causa outros direitos mais ponderosos, conforme refere ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (Código das Sociedades Comerciais Anotado, cit., fls. 755). Face a estes contornos de avaliação substancial, o legislador, no n.º 4, determina a isenção de pena se, no caso concreto, se verificar que o agente, agindo com zelo, apenas interpretou erroneamente os direitos e

interesses da sociedade e dos sócios. Uma vez que a prática do crime exige o dolo, incluindo a conhecimento do dever de prestar a informação, a situação de isenção poderá, afinal, tratar-se de uma actuação negligente, não punível.

Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente ou administrador, sendo, deste modo, um **crime específico**.

Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo, incluindo o conhecimento da obrigação legal de prestação de informação. No caso do n.º 3, exigindo-se dolo quanto à conduta, basta a negligência quanto ao resultado (ver nota 4.2 ao art. 509.º).

A **tentativa** é punível nos casos do n.º 1 e 3, face ao disposto no art. 527.º, n.º 2.

Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º

O legislador previu no n.º 4 um caso especial de **dispensa de pena**, estando o regime geral previsto nos artigos 74.º do Código Penal e 280.º e 375.º, n.º 3, do Código de Processo Penal. Uma vez que o n.º 1 do presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, ver a nota 7 ao art. 516.º

Artigo 519.º

Informações falsas

1. Aquele que, estando nos termos deste Código obrigado a prestar a outrem informações sobre matéria da vida da sociedade, as der contrárias à verdade, será punido com prisão até três meses e multa até 60 dias, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal.

2. Com a mesma pena será punido aquele que, nas circunstâncias descritas no número anterior, prestar maliciosamente informações incompletas e que possam induzir os destinatários a conclusões erróneas de efeito idêntico ou semelhante ao que teriam informações falsas sobre o mesmo objecto.

3. Se o facto for praticado com intenção de causar dano, material ou moral, a algum sócio que não tenha conscientemente concorrido para o mesmo facto, ou à sociedade, a pena será de prisão até seis meses e multa até 90 dias, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal.

4. Se for causado dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio que não tenha concorrido conscientemente para o facto, à sociedade, ou a terceiro, a pena será de prisão até um ano e multa até 120 dias.

5. Se, no caso do n.º 2, o facto for praticado por motivo ponderoso, e que não indicié falta de zelo na defesa dos direitos e dos interesses legítimos da sociedade e dos sócios, mas apenas compreensão errónea do objecto desses direitos e interesses, poderá o juiz atenuar especialmente a pena ou isentar dela.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração.

O **bem jurídico** consiste na protecção do direito à informação (art. 21.º, n.º 1, al.ª c), tutelando indirectamente o património dos destinatários da informação

(identificando, para além da economia pública, o património como o bem jurídico protegido, sendo o n.º 1 uma antecipação da tutela penal, PAULO SOUSA MENDES, op. cit., pág. 1267. SUSANA AIRES DE SOUSA, op. cit., págs. 72/73, parece distinguir o bem jurídico protegido no n.º 1 – regular funcionamento da sociedade e a sua transparência – dos n.ºs 3 e 4 – património).

- 3 A descrição típica engloba todos os casos previstos no Código em que alguém, obrigado a prestar informações, as der contrárias à verdade. Refira-se, a título exemplificativo, os artigos 181.º e 214.º O n.º 2 alarga a punibilidade aos casos em que, apesar de não serem prestadas informações falsas, as mesmas são incompletas e, por esse motivo, induzam terceiros em erro tal como se a informação fosse falsa. No caso das sociedades comerciais, a complexidade das matérias pode funcionar como um pretexto para esta violação “indirecta” do dever de prestar informação que, em termos substanciais, terá o mesmo efeito que a falsidade, justificando a identidade da censura penal. O termo maliciosamente associa-se precisamente ao engenho, à astúcia, de, não faltando à verdade, atingir o mesmo efeito de indução em erro. O agente, pretendendo induzir em erro a pessoa a quem tem de prestar informação, concebe intencionalmente um quadro informativo que, por omissões “cirúrgicas”, atinge aquele objectivo. O n.º 3 agrava a moldura penal no caso da intenção ser causar dano a algum sócio ou à sociedade, alargando o conceito de dano aos danos morais. Trata-se de um crime de resultado cortado: mera intenção de causar o dano. O n.º 4 agrava a moldura penal quando o dano ao sócio ou sociedade, bem como ao terceiro (situação não prevista no número anterior), se concretiza. Basta a imputação negligente quanto ao dano (crime agravado pelo resultado). Assim, pode verificar-se este crime mesmo quando o agente, por não ter intenção de causar o dano, não incorre na prática do crime previsto no n.º 3. Por fim, o n.º 5 prevê uma causa especial de atenuação ou isenção de pena, caso se verifiquem de forma cumulativa: motivo ponderoso e compreensão errónea do objecto dos direitos e interesses da sociedade e dos sócios. Veja-se que este normativo diverge da redacção prevista no n.º 4 do art. 518.º: além de se exigir um motivo ponderoso, trata-se apenas de um regime não automático, dependendo da avaliação do caso concreto. Compreende-se este regime, pela gravidade dos efeitos e pela intensidade criminosa associada à prestação de informação que se sabe ser falsa.

Quanto à autoria, o autor individual terá de ser titular do dever de prestar informação, sendo, deste modo, um **crime específico**.

- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo, tendo o agente de saber que está obrigado a prestar informação e:
- a) No caso do n.º 1, saber que presta informações falsas;
 - b) No caso do n.º 2, intencionalmente pretender prestar informação incompleta, de forma maliciosa, para induzir em erro os destinatários;
 - c) No caso do n.º 3, ter intenção de causar dano à sociedade ou a algum sócio;
 - d) No caso do n.º 4, intenção igual aos números anteriores, sendo que, quanto ao dano, basta a negligência, acrescentando-se, face ao número anterior, o dano a terceiro;
 - e) No caso do n.º 5, o agente ser motivado por motivo ponderoso e estar em erro sobre os direitos e interesses da sociedade. Veja-se, em nosso entender, que o agente tem de saber e querer prestar informação parcial e indutora de erro. O erro recai sobre os direitos e interesses dos sócios ou sociedade, pelo que, em princípio, o agente terá intenção de induzir em erro terceiros, mas agindo por motivo ponderoso e pensando que dessa forma está a defender a sociedade ou os sócios.
- 5 A **tentativa** é punível em todos os casos, face ao disposto no art. 527.º, n.º 2.

Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º 6

Caso a informação prestada a outrem seja corporizada num documento, poderá ocorrer uma situação de **concurso** com o crime de falsificação de documento. Considerando que o legislador expressamente refere que a aplicação do presente normativo depende de outra disposição legal não prever a aplicação de pena mais grave, e sendo o crime de falsificação de documento punido com pena superior – ver art. 256.º do Código Penal –, será este último o aplicável, consumindo o crime em análise (neste sentido, PAULO DE SOUSA MENDES, op. cit., pág. 1267; ver ainda SUSANA AIRES DE SOUSA, op. cit., págs. 73/75). Se assim não fosse, optaríamos por um caso de concurso real, face à diversidade de bens jurídicos. Quanto ao n.º 4, poderão suscitar-se situações de concurso com o crime de burla (quando o dano for patrimonial), que implicará, em regra e em nosso entender, uma situação de concurso real, face à diversidade de bens jurídicos (embora defensável, parece-nos criminalmente desadequado sustentar estarmos perante uma situação de concurso aparente, com base na regra da especialidade, punindo o facto com uma pena muito inferior, apesar do dano causado – cfr. arts. 217.º e 218.º do Código Penal). No caso da **atenuação especial** prevista no n.º 5, pena será de prisão até dois meses e multa até 40 dias, de harmonia com o disposto no art.º 73.º do CP. Prevê-se ainda a possibilidade de isenção de pena. Uma vez que o presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, ver nota 7 ao art. 516.º 8

Artigo 520.º

Convocatória enganosa

1. Aquele que, competindo-lhe convocar assembleia geral de sócios, assembleia especial de accionistas ou assembleia de obrigacionistas, por mão própria ou a seu mandado fizer constar da convocatória informações contrárias à verdade será punido, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal, com pena de prisão até seis meses e multa até 150 dias.

2. Com a mesma pena será punido aquele que, nas circunstâncias descritas no número anterior, fizer maliciosamente constar da convocatória informações incompletas sobre matéria que por lei ou pelo contrato social ela deva conter e que possam induzir os destinatários a conclusões erróneas de efeito idêntico ou semelhante ao de informações falsas sobre o mesmo objecto.

3. Se o facto for praticado com intenção de causar dano, material ou moral, à sociedade ou a algum sócio, a pena será de prisão até um ano e multa até 180 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração. 1
O **bem jurídico** consiste na protecção do direito de participação na vida societária, 2
pelos sócios (art. 21.º, n.º 1, al.ª b)) e pelos obrigacionistas, associado à protecção do direito à informação.

- 3 O artigo 377.º, n.º 5, estabelece os requisitos mínimos que a convocatória de uma assembleia-geral deve conter. O mesmo regime aplica-se, por expressa remissão legal, às assembleias especiais de accionistas (ver art. 389.º, n.º 1) e assembleia de obrigacionistas (art. 355.º, n.º 2). Quanto às entidades a quem compete convocar a assembleia, veja-se anotação 3 ao art. 515.º Nos termos do n.º 1, pratica o crime quem, por mão própria ou a seu mandado, fizer constar informações falsas na convocatória. O n.º 2 pune o caso em que, todas as informações são verdadeiras mas, porque incompletas em partes específicas, induzem terceiros em erro (ver anotação 3.1 ao art. 519.º). O n.º 3 agrava a pena caso o facto seja praticado com intenção de causar dano, material ou moral, à sociedade ou a algum sócio, independentemente do dano se concretizar ou não (crime de resultado cortado). Quanto à autoria, o autor individual terá de ser titular do dever de convocar a assembleia, sendo, deste modo, um **crime específico**.
- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. Exige-se dolo específico quanto à agravação do n.º 3.
- 5 A **tentativa** é punível em todos os casos, nos termos do art. 527.º, n.º 2.
- 6 Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º
- 7 Há **concurso aparente** com o crime de falsificação, no caso da conduta do n.º 1. Considerando que o legislador expressamente refere que a aplicação do presente normativo depende de outra disposição legal não prever a aplicação de pena mais grave, e sendo o crime de falsificação de documento punido com pena superior – ver art. 256.º do Código Penal –, será este último o aplicável, consumindo o crime em análise. Quanto à conduta do n.º 3, podem suscitar-se problemas de concurso com o crime de burla, se o dano for patrimonial. Face à diversidade de bens jurídicos, pensamos que, em regra, ocorrerá uma situação de concurso real. No entanto, se a conduta apenas afectar a sociedade ou um ou mais sócios específicos, caso o dano ocorra e se verifiquem as condições de punibilidade – por exemplo, queixa –, pensamos que o crime de burla consumirá este crime, que será apenas a forma de executar a burla.
- 8 A **pena** aplicável é a de prisão até seis meses e multa até 150 dias, nos n.ºs 1 e 2, e até um ano e multa até 180 dias, no n.º 3. Uma vez que o presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, ver a nota 7 ao art. 516.º

Artigo 521.º

Recusa ilícita de lavrar acta

Aquele que, tendo o dever de redigir ou assinar acta de assembleia social, sem justificação o não fizer, ou agir de modo que outrem igualmente obrigado o não possa fazer, será punido, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal, com multa até 120 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

A pena (anotação 7)

- 1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, sem qualquer alteração.

- O **bem jurídico** consiste na protecção da segurança jurídica, tutelando a vida jurídica da sociedade e de todos os que com ela se relacionam. 2
- Nos termos do art. 63.º, n.º 1, as deliberações dos sócios só podem ser aprovadas pelas actas das assembleias ou, quando sejam admitidas deliberações por escrito, pelos documentos onde elas constem. A acta é um meio de prova, consubstanciando uma formalidade *ad probationem* (ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, op. cit., pág. 241). As actas podem ser: particulares, feitas pelo secretário da mesa, pelo secretário da sociedade ou pelo presidente da assembleia-geral ou alguém a seu mando; ou notariais. As actas devem ser assinadas por todos os sócios presentes – art. 189.º, n.º 5, art. 248.º, n.º 6, art. 270.º-E, n.º 2 – ou assinada pelo Presidente e pelo secretário, no caso das Sociedades Anónimas (art. 388.º, n.º 2). Assim, agentes deste crime são os sócios ou o Presidente e secretário, no caso das Sociedades Anónimas. A criminalização abrange, não só a falta pessoal de redacção ou de assinatura da acta, como a actuação causal para que outra pessoa, igualmente obrigada a tais actos, fique impedida de o fazer. Veja-se que o procedimento de validar uma acta, apesar de não assinada – art. 63.º, n.º 3 – não afasta a punibilidade da conduta, face à prévia consumação do crime.
- Quanto à autoria, o autor individual terá de ser titular do dever de elaborar ou assinar a acta, sendo, deste modo, um **crime específico**.
- Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. 4
- A **tentativa** não é punível face ao disposto no art. 527.º, n.º 2. 5
- Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º 6
- A **pena** aplicável é a de multa até 120 dias. 7

Artigo 522.º

Impedimento de fiscalização

O gerente ou administrador de sociedade que impedir ou dificultar, ou levar outrem a impedir ou dificultar, actos necessários à fiscalização da vida da sociedade, executados, nos termos e formas que sejam de direito, por quem tenha por lei, pelo contrato social ou por decisão judicial o dever de exercer a fiscalização, ou por pessoa que actue à ordem de quem tenha esse dever, é punido com prisão até 6 meses e multa até 120 dias.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotação 1)
- O bem jurídico (anotação 2)
- O tipo objectivo (anotação 3)
- O tipo subjectivo (anotação 4)
- A tentativa (anotação 5)
- A participação (anotação 6)
- O concurso (anotação 7)
- A pena (anotação 8)

- A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29.03, que apenas suprimiu a referência ao “Director de sociedade”. Ver a nota 1 do art. 509.º 1
- O **bem jurídico** consiste na protecção do direito à informação (art. 21.º, n.º 1, al.ª c), através da fiscalização da actividade da sociedade por várias entidades, reforçando a confiança de sócios e terceiros. 2

- 3 Neste crime está em causa a obstrução de fiscalização por quem tenha, por lei, pelo contrato social ou por decisão judicial o “dever” de exercer a fiscalização. Ou seja, embora várias pessoas, *maxime*, os sócios, tenham direito a obter informações, certas entidades têm o dever de fiscalizar a sociedade. Assim, nos termos do art. 262.º, referente à organização da sociedade por quotas, “o contrato de sociedade pode determinar que a sociedade tenha um conselho fiscal”. Se o não tiver, tem de designar um revisor oficial de contas (n.º 2), quando se verifiquem alguns indicadores de dimensão da sociedade. Tais entidades têm, por remissão para o regime das sociedades anónimas, o dever de fiscalizar as sociedades. Nas sociedades anónimas, e nos termos do artigo 413.º, a fiscalização pode competir a um fiscal único ou a um conselho fiscal e a um revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas, sendo que face a certos indicadores de dimensão, a fiscalização terá de ser exercida de acordo com o segundo modelo. As competências destas entidades encontram-se mencionadas no art. 420.º Os deveres de fiscalização podem ainda ser atribuídos pelo contrato social ou por decisão judicial – artigos 417.º e 418.º O crime consuma-se sempre que alguma destas entidades veja a sua actividade impedida ou dificultada, seja directamente pelos gerentes ou administradores, seja a seu mando.
- Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente ou administrador, sendo, deste modo, um **crime específico**.
- 4 Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo.
- 5 A **tentativa** é punível nos termos do art. 527.º, n.º 2.
- 6 Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º
- 7 Podem ocorrer casos em que o modo de impedir a fiscalização integre a prática de outros crimes, nomeadamente os crimes de ameaça ou coacção. Face à diversidade de bens jurídicos, em regra existirá uma situação de **concurso real**
- 8 A **pena** aplicável é a de prisão até seis meses e multa até 120 dias. Uma vez que o presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, ver a nota 7.1 ao art. 516.º

Artigo 523.º

Violação do dever de propor dissolução da sociedade ou redução do capital

O gerente ou administrador de sociedade que, verificando pelas contas de exercício estar perdida metade do capital, não der cumprimento ao disposto nos n.º 1 e 2 do artigo 35.º é punido com prisão até 3 meses e multa até 90 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29.03, que apenas suprimiu a referência ao “Director de sociedade”. Ver nota 1 do art. 509.º

O **bem jurídico** consiste na protecção do direito à informação (art. 21.º, n.º 1, al.^a c), uma vez que apenas está em causa a omissão do agente informar os sócios da situação. Face à actual redacção do art. 35.º, convocado para concretizar o ilícito típico, não está em causa um acto que afecte a solidez financeira da empresa ou a conservação do capital social, mas antes, perante esse facto consumado, o dever de informar os sócios, cabendo a estes decidir que medidas tomar. Veja-se que a perda do capital significa que a empresa, não só não está a gerar lucros, como já consumiu parte do capital. Só os sócios podem decidir se, face a esta situação, pretendem continuar com a sociedade, com as exigências legais, ou terminar a actividade – ver art. 35.º, n.º 3. 2

A conduta típica encontra-se descrita, por remissão, no art. 35.º, sendo que, face à nova redacção, a remissão para os n.º 1 e 2 deve fazer-se para os n.ºs 1 e 3. O art. 35.º tem sofrido uma evolução atribulada (ver ANTÓNIO MENESES CORDEIRO, Manual do Direito das Sociedades, I, Das Sociedades em Geral, 2.ª Edição 2007, Almedina, pág. 619 e ss.). Actualmente, o tipo objectivo verifica-se quando: 3

a) As contas de exercício (previstas no art. 65.º, n.º 1, e apenas estas, pois o art. 523.º não inclui as contas intercalares, ao contrário do art. 35.º) demonstrarem estar perdido metade do capital social (ou seja, quando o capital próprio da sociedade seja igual ou inferior a metade do capital social – art. 35.º, n.º 2);

b) O gerente ou administrador da sociedade ter verificado esse facto e

c) Não convocar de imediato a assembleia-geral (no caso do gerente da sociedade por quotas, ou, no caso dos administradores, requererem a convocação da mesma) a fim de nela informar os sócios da situação.

Pretende-se obstar a que o gerente ou administrador, consciente de que a actividade da empresa está a consumir o capital investido, não informe os titulares do capital. Esta conduta omissiva pode estar associada ao interesse individual dos primeiros em esconder a sua má gestão ou adiar, em seu proveito pessoal e prejuízo dos sócios ou terceiros, o encerramento da actividade. As medidas a tomar pelos sócios já não dependem do gerente ou administrador. Ver artigos 94.º e ss. sobre redução do capital e artigos 141.º e ss. sobre dissolução.

Quanto à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de gerente ou administrador, sendo, deste modo, um **crime específico**.

Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo. Inclui-se o conhecimento da situação de perda de metade do capital social bem como consciência do dever previsto no art. 35.º 4

Embora em abstracto fosse punível, *ex vi* art. 527.º, 2, neste caso revela-se inaplicável, pois a simples violação do dever integral de imediato a prática do crime, mesmo que outra pessoa a venha convocar. 5

Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º 6

Poderá suscitar-se o eventual **concurso** com o crime de insolvência negligente, caso aquela venha a ocorrer, na vertente prevista no art. 228.º, n.º 1, al.^a b), do Código Penal: o gerente ou administrador que, tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação. Face à diversidade de bens jurídicos, tendo em conta que no crime em análise está em causa a violação de um dever de informação aos sócios, e no crime de insolvência está em causa o património, entendemos verificar-se uma situação de concurso real. 7

A **pena** aplicável é a de prisão até três meses e multa até 90 dias. Uma vez que o presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, ver nota 7.1 ao art. 516.º 8

Artigo 524.º

Abuso de informações

(Revogado).

Artigo 525.º

Manipulação fraudulenta de cotações de títulos

(Revogado).

Artigo 526.º

Irregularidades na emissão de títulos

O administrador de sociedade que apuser, fizer apor, ou consentir que seja aposta, a sua assinatura em títulos, provisórios ou definitivos, de acções ou obrigações emitidos pela sociedade ou em nome desta, quando a emissão não tenha sido aprovada pelos órgãos sociais competentes, ou não tenham sido realizadas as entradas mínimas exigidas por lei, é punido com prisão até 1 ano e multa até 150 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04, alterado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29.03, que apenas suprimiu a referência ao “Director de sociedade”. Ver nota 1 do art. 509.º
- 2 O **bem jurídico** consiste na protecção da segurança jurídica, garantindo a credibilidade dos títulos societários.
- 3 Para além das acções, representativas do seu capital social, conforme art. 271.º, no CSC a possibilidade de emitir obrigações encontra-se reservada às sociedades anónimas – art. 348.º, n.º 1 (embora outras entidades possam emitir obrigações, cfr. FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, Código das Sociedades Comerciais Anotado, Almedina, 2009, pág. 855). Assim, o crime em análise apenas pode ser praticado no âmbito das sociedades anónimas, pelo administrador.
O crime consubstancia-se na colocação, por si ou terceiro, ou no respectivo consentimento, da assinatura do administrador em acções ou obrigações, sem que a emissão tenha sido aprovada pelos órgãos sociais ou não tenham sido realizadas as entradas mínimas exigidas por lei. Os títulos provisórios ou definitivos encontram-se previstos no art. 304.º, que se referem apenas às acções tituladas (ver *infra*). Nos termos do art. 1.º, do Código dos Valores Mobiliário (CVM), são valores mobiliários, além de outros, as acções (al.^a a) e as obrigações (al.^a b). O art. 46.º, n.º 1, do CVM, acrescenta que os valores mobiliários são escriturais ou titulados, consoante sejam representados por registos em conta ou por documentos em papel. Por fim, consta do art. 97.º, n.º 2, do CVM, que os títulos são assinados, ainda que através de chancela, por um titular do órgão de administração do emitente. Neste crime estão em causa, precisamente, as acções e obrigações tituladas, ou seja, corporizadas num documento que, necessariamente, tem de conter a assinatura

acima mencionada. A emissão de acções necessita de ser aprovada pelos órgãos sociais competentes. No caso de acções, determina o art. 272.º, al.^a a), que do contrato de sociedade deve especialmente constar o valor nominal e o número de acções. Quanto às obrigações, nos termos do art. 350.º, n.º 1, a sua emissão deve ser deliberada pelos accionistas, salvo se o contrato de sociedade autorizar que ela seja deliberada pelo conselho de administração.

Quando à autoria, o autor individual terá de ter a qualidade de administrador, sendo, deste modo, um **crime específico**.

Nos termos do art. 527.º, n.º 1, o crime só é punível se cometido com dolo.

A **tentativa** é punível *ex vi* art. 527.º, n.º 2.

Sobre a **comunicabilidade da ilicitude** ao abrigo do art. 28.º do Código Penal, ver a anotação 7 ao art. 509.º

Suscita-se a questão do eventual **concurso** com a prática de um crime de falsificação.

A estarem preenchidos todos os pressupostos, entendo que este crime consome o crime de falsificação, como lei especial, face à identidade do bem jurídico protegido.

A **pena** aplicável é a de prisão até um ano e multa até 150 dias. Uma vez que o presente normativo prevê pena cumulativa de prisão e multa, ver a nota 7 ao art. 516.º

Artigo 527.º

Princípios comuns

1. Os factos descritos nos artigos anteriores só serão puníveis quando cometidos com dolo.

2. Será punível a tentativa dos factos para os quais tenha sido cominada nos artigos anteriores pena de prisão ou pena de prisão e multa.

3. O dolo de benefício próprio, ou de benefício de cônjuge, parente ou afim até ao 3.º grau, será sempre considerado como circunstância agravante.

4. Se o autor de um facto descrito nos artigos anteriores, antes de instaurado o procedimento criminal, tiver reparado integralmente os danos materiais e dado satisfação suficiente dos danos morais causados, sem outro prejuízo ilegítimo para terceiros, esses danos não serão considerados na determinação da pena aplicável.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A imputação subjectiva – dolo (anotação 2)

A imputação subjectiva: a intenção de causar prejuízo (anotação 3)

A imputação subjectiva: a intenção de obter benefício (anotação 4)

O erro (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A reparação dos danos (anotação 7)

A eficácia sancionatória (anotação 8)

A **fonte** da disposição é o Decreto-Lei n.º 184/87, de 21.04.

O n.º 1, que reproduz a regra geral do art. 13.º do Código Penal, determina que os crimes previstos no CSC só são puníveis se praticados com dolo. Nos termos gerais, poderá o dolo revestir qualquer das modalidades previstas no art. 14.º do Código Penal: dolo directo, dolo necessário ou dolo eventual. Remete-se para cada anotação os casos em que o tipo legal admite a agravação da conduta pelo resultado, bastando-se esta com a imputabilidade a título de negligência. Este é, também, o regime geral previsto no art. 18.º do Código Penal: “quando a pena aplicável a um facto for agravada em função da produção de um resultado,

a agravação é sempre condicionada pela possibilidade de imputação desse resultado ao agente pelo menos a título de negligência” (neste mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., pág. 42).

- 3 O n.º 1 prevê o dolo do tipo, ou seja, o denominado “dolo genérico” (neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., pág. 41). Como foi sendo referido em cada uma das anotações, a norma legal pode exigir um dolo específico (nomeadamente a intenção de causar prejuízos a terceira entidade), circunstância que, em regra, implica uma agravação da pena aplicável.
- 4 O n.º 3 do artigo em análise impõe ao intérprete que considere circunstância agravante geral a intenção do agente em obter um benefício, para si ou para o cônjuge, parente ou afim até ao 3.º grau. Se estivermos perante um caso em que a intenção de causar prejuízo seja uma agravante da moldura penal, a verificação cumulativa da intenção de obter benefício funcionará como circunstância agravante dentro da moldura penal agravada.
- 5 Nos termos gerais, o **erro sobre elementos de facto ou de direito** do tipo de crime excluem o dolo – art. 16.º do Código Penal. No que se refere ao **erro sobre a ilicitude**, previsto no art. 17.º do Código Penal, a sua relevância depende da falta de censurabilidade do mesmo. Sem prejuízo da necessidade de ponderar sempre o caso concreto, aderimos ao entendimento de GERMANO MARQUES DA SILVA, segundo o qual “o desconhecimento da ilicitude será, em regra, censurável, pois quem tem as qualidades funcionais exigidas pelos tipos legais tem o dever de se informar sobre os deveres inerentes ao cargo.” (op. cit., pág. 42)
- 6 Enquanto no regime geral do Código Penal, a **tentativa** só é punível quando o crime consumado é punido com pena de prisão superior a 3 anos – art. 23.º do CP –, o n.º 3 do presente normativo faz depender a punibilidade da tentativa apenas da cominação ao crime consumado de pena de prisão ou pena de prisão e multa. De referir que tal decorre das molduras penais serem muito baixas. Com efeito, em nenhum dos casos o CSC prevê uma moldura penal abstracta cujo máximo seja superior a 3 anos.
- 7 Nos termos do n.º 4, a reparação dos danos materiais e a satisfação suficiente dos danos morais, antes de instaurado o procedimento criminal, obsta a considerar esses danos na determinação da pena aplicável. Face à redacção da Lei (pena aplicável e não pena a aplicar), parece que esses danos obstam mesmo à alteração da moldura penal abstracta, quando os danos funcionam como circunstância agravante do tipo de crime. GERMANO MARQUES DA SILVA (op. cit., pág. 43) e o PAULO DE SOUSA MENDES (op. cit., pág. 1274) apontam para ser o próprio ofendido a determinar se a satisfação foi ou não suficiente, o primeiro por aplicação analógica do regime previsto na altura no art. 171.º do Código Penal, redacção original, e o segundo invocando o art. 186.º, n.º 1, do Código Penal, versão dada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.03.

Salvo o devido respeito, temos algumas reservas sobre tal entendimento. A natureza pública dos crimes objecto deste código – ao contrário da natureza particular dos crimes contra a honra invocados – bem como a diferente redacção dos artigos, apontam, em nosso entender, para um critério objectivo-concreto, ou seja, cabendo ao Tribunal, considerando o caso concreto e as características concretas das pessoas, aplicar o conceito de adequação entre a satisfação do dano moral e as razões da punição. Entendimento contrário poderia facilmente “privatizar” o litígio, efeito inadequado ao tipo de conflitos que surgem na vida societária. O ofendido poderia utilizar este “poder” para reforçar a sua posição negocial num conflito face ao qual a conduta criminal pode até ser a menos grave (sendo uma afirmação estranha, em teoria, na prática ocorre com muita frequência, pois o valor da multa previsível

pode ser uma bagatela face aos valores envolvidos na vertente civil). Consciente deste efeito, GERMANO MARQUES DA SILVA aponta precisamente o atenuar da utilização da tutela penal como mecanismo de coacção como consequência salutar da natureza pública dos crimes societários. Quanto ao pressuposto de “sem outro prejuízo ilegítimo para terceiros”, embora com dúvidas, GERMANO MARQUES DA SILVA aponta para se tratar de situações vantajosas tuteladas pelo direito causadas pela prática do crime mas não directamente aos ofendidos. Parece-nos de seguir esta orientação, devendo ter-se em conta, analisando os tipos legais, que em regra estão em causa três entidades visadas com os crimes: a sociedade, os sócios ou terceiros (normalmente, e considerando os bens jurídicos tutelados, credores ou trabalhadores). Não faria sentido o legislador não exigir a reparação dos danos destes “terceiros”, que muitas vezes poderão ser os únicos ofendidos com a conduta.

Não poderíamos terminar sem uma menção, evidente para quem se debruça sobre a legislação penal societária, às elevadas cifras negras destas incriminações. Não se conhece jurisprudência superior neste domínio, levando PAULO SOUSA MENDES a falar de um “direito penal simbólico”, por inaplicável (e não no sentido da função simbólica da punibilidade). Também GERMANO MARQUES DA SILVA, já em 1994 o afirmava, de forma premonitória (op. cit., pág. 39). No mesmo sentido, em 2001, sem que o panorama se tenha alterado substancialmente, GABRIELA PARIS FERNANDES, op. cit., págs. 232 e 233). No entanto, é relativamente abundante o contencioso cível/comercial existente em áreas abrangidas pela censura penal societária. Assim, a explicação para o problema não pode residir na ausência de comportamentos criminosos (processos de inquérito social indiciam um crime de recusa de informação; pedidos de anulação de deliberação podem indiciar falta de informação, de convocatória ou de perturbação de participação). Dada a natureza pública dos crimes, também não pode servir de justificação a falta de denúncia dos eventuais lesados. Na verdade, seja por desconhecimento seja até por pretender manter o conflito reservado, para não danificar a imagem da sociedade no mercado, não ocorrem denúncias frequentes. Sendo crimes que, efectivamente, decorrem dentro de instituições privadas, sem exposição pública, urge configurar mecanismos de detecção oficiosos, potenciando a presença do Ministério Público nos Tribunais Cíveis ou de Comércio, que deverão fazer a ponte entre os casos com relevância criminal detectados nos processos cíveis e as estruturas de acção Penal. Deve também referir-se que se impõe a celeridade destes mecanismos de detecção face aos reduzidos prazos de prescrição, decorrentes de penas muito baixas. Concordando com GERMANO MARQUES DA SILVA quando refere serem adequadas penas baixas nesta área, pois mais relevante seria a perseguição penal, seria útil que se previssem prazos de prescrição especiais, compatíveis com o tempo necessário para detectar e investigar estas actuações, muitas vezes associadas a outras realidades criminais que tornam complexa a investigação.

8

RUI MANUEL DE JESUS BATISTA

Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.ºs 246/95, de 14 de Setembro, 232/96, de 5 de Dezembro, 222/99, de 22 de Julho, 250/2000, de 13 de Outubro, 285/2001, de 3 de Novembro, 201/2002, de 26 de Setembro, 319/2002, de 28 de Dezembro, 252/2003, de 17 de Outubro, 145/2006, de 31 de Julho, 104/2007, de 3 de Abril, 357-A/2007, de 31 de Outubro, 1/2008, de 3 de Janeiro, 126/2008, de 21 de Julho, e 211-A/2008, de 3 de Novembro, e da Lei 28/2009, de 19 de Junho (Artigo 200.º)

Artigo 200.º

Actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis

Aquele que exercer actividade que consista em receber do público, por conta própria ou alheia, depósitos ou outros fundos reembolsáveis, sem que para tal exista a necessária autorização, e não se verificando nenhuma das situações previstas no n.º 3 do Artigo 8.º, é punido com pena de prisão até 5 anos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotações 4 e 5)

O tipo objectivo (anotação 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

A tentativa (anotação 8)

- 1 O crime de actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis está previsto no Artigo 200.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, que institui o regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras. Este diploma não contém nenhuma outra norma de natureza Penal. Sofreu múltiplas alterações desde a sua entrada em vigor (por via dos Decretos-Lei n.º 246/95, n.º 232/96, n.º 222/99, n.º 250/2000, n.º 285/2001, n.º 201/2002, n.º 319/2002, n.º 252/2003, n.º 145/2006, n.º 104/2007, n.º 357-A/2007, n.º 1/2008 e n.º 126/2008) mas o Artigo 200.º conservou a sua redacção original até 2009. Veio a ser alterado pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho, que apenas alargou a moldura penal do crime nele descrito.
- 2 O Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, foi publicado na sequência da autorização legislativa decorrente da Lei n.º 9/92, de 3 de Julho. Esta lei autorizou o Governo a reformular o quadro jurídico do sistema financeiro, nas vertentes que à data eram conhecidas como bancária e parabancária. Pretendia, portanto, a Assembleia da República que se reformasse de uma forma completa a regulamentação do sistema financeiro português, embora se excluíssem expressamente desta autorização o sector dos seguros e de fundos de pensões.
- 3 No que respeita ao diploma de 2009 (a Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho), as alterações introduzidas são, como já se disse, muito pouco expressivas, mas ao mesmo tempo muito significativas. De facto, a Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho teve como propósito proceder “à actualização das molduras penais, que permanecem inalteradas desde a década de 90” (texto da Proposta de Lei n.º 227/X, que deu origem à lei). Expressamente, portanto, assumiu o legislador que tinha sido modesto em 1992 e deixou claro que “a finalidade subjacente a esta alteração foi simultaneamente a de adaptar as molduras das penas (...) à dimensão e características do sector financeiro na actualidade e o de reforçar o efeito de punição e de dissuasão associado ao regime sancionatório”. Em matéria penal (porque a alteração legislativa operou também em matéria de direito de mera ordenação social), “a moldura das

penas é elevada de três para cinco anos nos casos já actualmente tipificados, ou seja, quando se verifique o exercício de actividade ilícita de recepção de depósitos ou de outros fundos reembolsáveis (...). Assim, em concreto, o trecho final no Artigo 200.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, passou a referir a pena de cinco anos de prisão.

Este crime de actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis, descrito no Artigo 200.º do Decreto-Lei n.º 298/92, pune quem “exercer actividade que consista em receber do público (...) depósitos (...) sem que para tal exista a necessária autorização”. Genericamente, em termos imediatistas, pretende portanto este tipo de ilícito, desde logo, salvaguardar o papel e o sentido da intervenção do Banco de Portugal no processo de autorização de constituição de instituições de crédito. O Decreto-Lei n.º 298/92 prevê a intervenção do Banco de Portugal nesse processo, bem como no da supervisão das instituições de crédito e das sociedades financeiras. Aliás, prevê em termos genéricos, o “processo de estabelecimento e o exercício da actividade das instituições de crédito e das sociedade financeiras” (Artigo 1.º, n.º 1). Por outro lado, o mesmo diploma, no Artigo 8.º, confere às instituições de crédito a exclusividade da “actividade de recepção do público, de depósitos ou outros fundos reembolsáveis, para utilização por conta própria”. Descreve-se ainda no Artigo 16.º, n.º 1, que “a constituição de instituições de crédito depende de autorização a conceder, caso a caso, pelo Banco de Portugal”, sendo certo que, por força do Artigo 65.º, n.º 1, também do Decreto-Lei n.º 298/92, “as instituições de crédito não podem iniciar a sua actividade enquanto não se encontrarem inscritas em registo especial no Banco de Portugal”. Por último, o Artigo 93.º, n.º 1, confere ao Banco de Portugal a competência legal para “a supervisão das instituições de crédito, e em especial a sua supervisão prudencial”. A busca do interesse protegido por este tipo de crime exige que se recorra à Lei (de autorização legislativa) n.º 9/92, já acima referida, que autorizou o Governo a reformular o quadro jurídico do sistema financeiro. Foi por via deste diploma que a Assembleia da República autorizou o governo a criar este tipo de ilícito, descrito no Artigo 200.º do Decreto-Lei n.º 298/92, o qual pretendeu ser o corolário de um “sistema sancionatório que reforça a protecção de interesses públicos de grande relevância, nomeadamente o da segurança dos fundos e valores confiados às instituições de crédito” (Artigo 2.º, alínea a) da Lei n.º 9/92).

Pode pois retirar-se deste texto legal que o interesse último protegido pelo tipo de crime do Artigo 200.º é, assim, o da segurança dos fundos e valores confiados às instituições de crédito.

Preencherá os elementos do **tipo objectivo** de crime do Artigo 200.º aquela pessoa que aceitar depósitos do público. Esta aceitação poderá ser feita “por conta própria ou alheia” – portanto o agente do crime pode ser o “dono do negócio” ou alguém que represente o “dono do negócio” ou actue em vez dele. É elemento essencial a circunstância de quem receber os depósitos não estar previamente autorizado a fazê-lo pelo Banco de Portugal. Já acima se disse que, de acordo com o Artigo 16.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 298/92, a constituição de instituições de crédito depende de autorização do Banco de Portugal e que, por força do Artigo 65.º, n.º 1, também do Decreto-Lei n.º 298/92, as instituições de crédito têm que estar inscritas em registo especial no Banco de Portugal, para que possam iniciar e desenvolver a sua actividade. A expressão “receber depósitos do público” pretende, por um lado, dar um sentido profissional ou consistente à actividade exercida, que não será meramente ocasional. Por outro lado, deixa claro que se trata de um recebimento de depósitos de pessoas indiscriminadas, eventualmente desconhecidas do agente, mas que a ele se dirigiram.

- 7 Não se exige dolo específico para a prática deste crime, bastando-se o respectivo tipo com mero dolo genérico, dirigido aos actos que consubstanciem o tipo objectivo. Ou seja, basta-se o **tipo subjectivo** com o intuito, do agente, de praticar os factos típicos desde que, claro, saiba que não está autorizado a praticá-los.
- 8 Deixa-se aqui uma nota quanto à prática do crime na forma **tentada**. A razão desta nota resulta da alteração legislativa operada pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho. Antes desta alteração, a pena correspondente à prática do crime descrito no Artigo 200.º era a de prisão até três anos. Após a alteração de 2009, passou a ser de prisão até cinco anos. Ora, como resulta da regra geral do Artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, os crimes praticados na forma tentada apenas serão puníveis se corresponder ao crime na forma consumada pena superior a três anos de prisão. Como facilmente se concluiu, portanto, na versão anterior da lei, a tentativa de actos de recepção ilícita de depósitos não era punível. Após 2009, essa tentativa passou a sê-lo.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA VERDELHO

Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, que aprova o Código do Notariado (Artigos 83.º e 97.º)

Artigo 83.º

Definição

1. A habilitação notarial consiste na declaração, feita em escritura pública, por três pessoas, que o notário considere dignas de crédito, de que os habilitandos são herdeiros do falecido e não há quem lhes prefira na sucessão ou quem concorra com eles.

2. A declaração referida no número anterior pode ser feita, em alternativa, por quem desempenhar o cargo de cabeça-de-casal, devendo, nesse caso, ser-lhe feita a advertência prevista no artigo 97.º

3. A declaração deve conter a menção do nome completo, do estado, da naturalidade e da última residência habitual do autor da herança e dos habilitandos e, se algum destes for menor, a indicação dessa circunstância.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotações 4 a 6)

O tipo objectivo (anotações 7 e 8)

O tipo subjectivo (anotação 9)

As causas de justificação (anotação 10)

A tentativa (anotação 11)

A comparticipação (anotação 12)

A pena (anotação 13)

O Código do Notariado foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, tendo sofrido alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 40/96, de 7 de Maio, 250/96, de 24 de Dezembro, 257/96, de 20 de Setembro, 410/99, de 15 de Outubro, 64-A/2000, de 22 de Abril, 237/2001, de 30 de Agosto, 273/2001, de 13 de Outubro, 322-A/2001, de 14 de Dezembro, 2/2005, de 4 de Janeiro, 76-A/2006, de 29 de Março, 34/3008, de 26 de Fevereiro e 116/2008, de 4 de Julho.

O notariado constitui um dos elementos integrantes do sistema da justiça que configura e dá suporte ao funcionamento de uma economia de mercado, enquanto instrumento ao serviço da segurança e da certeza das relações jurídicas e, consequentemente, do desenvolvimento social e económico. Com a reforma do notariado, consagrou-se uma nova figura de notário, que reveste uma dupla condição, a de oficial, enquanto depositário de fé pública delegada pelo Estado, e a de profissional liberal, que exerce a sua actividade num quadro independente. Na verdade, esta dupla condição do notário, decorrente da natureza das suas funções, leva a que este fique ainda na dependência do Ministério da Justiça em tudo o que diga respeito à fiscalização e disciplina da actividade notarial enquanto revestida de fé pública e à Ordem dos Notários, que concentrará a sua acção na esfera deontológica dos notários. Nessa medida, a função notarial destina-se a dar forma legal e conferir fé pública aos actos jurídicos extrajudiciais (cfr. art. 1.º deste diploma). Por sua vez, o Estatuto do Notariado, no seu art. 1.º reforça que o notário é o jurista a cujos documentos escritos, elaborados no exercício da sua função, é conferida fé pública, sendo, simultaneamente, um oficial público que confere autenticidade aos documentos e assegura o seu arquivamento e um profissional liberal que actua de forma independente, imparcial e por livre escolha dos interessados

- 3 A habilitação visa comprovar a qualidade de sucessor de alguém que faleceu. Ela pode ser judicial ou notarial. A habilitação notarial mais corrente é a habilitação de herdeiros, mas a lei prevê igualmente a habilitação de legatários (cfr. art. 88.º deste diploma). Seja como for, a habilitação notarial tem a mesmo valor legal que a habilitação judicial (n.º 1 do art. 86.º deste diploma), o que permite dispensar o recurso aos tribunais. A escritura de habilitação notarial, comprovando a qualidade de herdeiro, confere legitimidade ao(s) habilitado(s) para praticar uma série de actos relativos aos bens da herança. A lei notarial elenca os que respeitam ao registo (predial, comercial e automóvel – cfr. n.º 1 do art. 86.º deste diploma). Contudo, o alcance é mais vasto e pode abarcar tanto à liquidação do imposto sucessório como ao recebimento de prestações de que o *de cuius* fosse credor. A habilitação notarial deve indicar que os habilitados são sucessores do falecido e que não existem outros que com eles concorram no mesmo grau sucessório. Os habilitandos são os que gozam de prioridade na hierarquia de pessoas sucessíveis, só esses podendo outorgar na escritura de habilitação. Por outro lado, apenas as pessoas que estejam no mesmo grau de prioridade podem outorgar a escritura. Finalmente, todas as pessoas que estejam no grau prioritário de sucessão devem constar da escritura de habilitação notarial. Na escritura de habilitação notarial os declarantes podem ser três testemunhas da qualidade de sucessores dos habilitados – herdeiros ou legatários (cfr. n.º 1 do preceito em anotação) – que reúnem, portanto e em simultâneo, a qualidade de outorgantes e de testemunhas (não instrumentais); ou o cabeça-de-casal da herança (n.º 2 do preceito em anotação).
- 4 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação prende-se com a segurança e a credibilidade na força probatória de um documento destinado ao tráfico jurídico, documento esse que obrigatoriamente reveste a forma de escritura pública (cfr. art. 80.º, n.º 2, al.ª d)), constituindo um documento autêntico, lavrado perante notário. O bem jurídico protegido na norma típica dos arts. 83.º e 97.º do Código do Notariado é em tudo similar ao bem jurídico protegido pelo tipo de crime de falsificação de documentos, do art. 256.º do Código Penal, porquanto visa proteger o bem jurídico da segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório no que respeita à prova documental (HELENA MONIZ, O Crime de Falsificação de Documentos, reimpr., Coimbra Editora, 1999, p. 65), atentas as duas funções que o documento pode ter, a “função de perpetuação que todo o documento tem em relação a uma declaração humana” e a “função de garantia”, “pois cada autor [de] documento tem a garantia de que as suas palavras não serão desvirtuadas e apresentar-se-ão tal como ele num certo momento e local as expôs” (cfr. Comentário Conimbricense do Código Penal, t. II, parte especial, Coimbra Editora, 1999, p. 680).
- 5 Trata-se de um **delito pluri-ofensivo** no qual se protege, por um lado, a fé pública do documento e, por outro, os interesses específicos que estão assegurados ou garantidos pelo documento como meio de prova.
- 6 A falsificação de documentos abrange quer a falsificação material, quer a falsificação ideológica. Na falsificação material “ocorre uma alteração, modificação total ou parcial do documento”, enquanto na falsificação ideológica “o documento é inverídico: tanto é inverídico o documento que é diferente do declarado, como o documento que, embora conforme com a declaração, incorpora um facto falso juridicamente relevante” (cfr. HELENA MONIZ, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 676. Ainda quanto à falsificação ideológica, diz HELENA MONIZ, “ou se trata de uma falsificação de documentos dispositivos em que o documento é diferente da declaração, ou se trata da falsificação de documentos narrativos, [em que] então o documento é diferente da realidade – isto é, os factos da realidade não são os mesmos factos que estão

descritos no documento” (O Crime de Falsificação de documentos. Da falsificação intelectual e da falsidade em documento, Almedina, 1993, p. 230). Porém, nem todo o facto falso integra a falsificação de documentos; para que haja falsificação de documentos é necessária a integração de “facto falso juridicamente relevante”, ou seja, “a integração de facto que crie, modifique ou altere uma relação jurídica” (HELENA MONIZ, Comentário Conimbricense, II, p. 683).

Os **elementos do tipo legal** de crime são:

- Especial qualidade do agente – cabeça-de-casal;
- Advertência legal, que deve constar da escritura;
- Prestar ou confirmar declarações falsas;
- Dolosamente e em prejuízo de outrem.

A conduta típica consiste na falsidade da declaração prestada ou confirmada em escritura pública de que os habilitandos são herdeiros do falecido e não há quem lhes prefira na sucessão ou quem concorra com eles, mostrando-se ainda necessário que haja a advertência prévia e que a mesma conste do documento. A conduta do agente é punida quando este declara um facto falso ou inexacto mas que seja apto a constituir, modificar ou extinguir a relação jurídica subjacente (seja juridicamente relevante).

Com as alterações ao Código do Notariado e como medida de simplificação, e por forma a evitar a presença obrigatória de três declarantes na realização de escrituras desta natureza, permitiu-se, em alternativa, que a declaração inerente ao acto previsto neste preceito passasse a ser feita pelo cabeça-de-casal da herança, à semelhança do que era disposto em processo civil para o regime do inventário, ora alterado, sendo-lhe, nesse caso, feita a advertência de que incorre em procedimento criminal. Conforme resulta do n.º 2 do preceito em anotação, agente do crime aqui previsto é a pessoa que desempenhe o cargo de cabeça-de-casal.

Tendo presente o disposto no art. 13.º do CP, a negligência não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Requer-se, em primeiro lugar a consciência da falsidade. Tratando-se de um **crime de resultado cortado**, não é exigível que se verifique o prejuízo efectivo de outra pessoa ou do Estado, nem o benefício ilegítimo do agente ou de terceira pessoa e nem mesmo o cometimento de outro crime (neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2008, p. 674).

Se o agente acreditar erroneamente que é verdade algo objectivamente falso ou inexacto, existe um **erro sobre a factualidade típica** relevante que exclui o dolo (cfr. n.º 1 do art. 16.º do CP) e a punição.

A **tentativa** é punível – cfr. n.º 2 do art. 256.º do CP. A desistência depois da consumação formal do tipo, impedindo que se produza o resultado da circulação do documento falso no tráfico jurídico é relevante (cfr. n.º 1 *in fine*, do art. 24.º do CP).

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que crime de falsificação de documento é um crime comum. Ressalva-se o caso de o crime ser cometido por funcionário, nos termos do n.º 4 do art. 256.º Neste caso, essa qualidade comunica-se aos participantes que a não possuam (cfr. art. 28.º do CP).

A **pena** aplicável é a de prisão de 6 meses a 5 anos ou pena de multa de 60 a 600 dias (cfr. n.º 3 do art. 256.º do CP). Agravação do n.º 4 – pena de prisão de 1 a 5 anos.

Artigo 97.º

Advertência

Os outorgantes são advertidos de que incorrem nas penas aplicáveis ao crime de falsas declarações perante oficial público se, dolosamente e em prejuízo de outrem, prestarem ou confirmarem declarações falsas, devendo a advertência constar da escritura.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 4)

A incriminação (anotações 5 e 6)

- 1 Numa primeira linha, as escrituras públicas de justificação notarial visam providenciar ao adquirente de um direito real sobre um imóvel um documento escrito para ele poder proceder ao registo predial que se faz somente na dependência de um escrito (cfr. n.º 1 do art. 43.º do Código do Registo Predial). A justificação notarial é outorgada por escritura pública. Numa segunda linha, a justificação notarial liga-se ao registo comercial (trata-se, nestas situações, de providenciar um título de aquisição de participação social em sociedades comerciais ou civis sob a forma comercial (n.º 1 do art. 94.º do diploma em anotação) ou de dissolução de sociedade nos termos do n.º 2 do art. 141.º do Código Comercial (art. 94.º, n.º 2 do diploma em anotação)).
- 2 A justificação notarial consiste na declaração de ocorrência de um acto jurídico de aquisição de um direito para o qual a lei não exige forma especial. Pode requerer a justificação do facto aquisitivo do direito, desde logo, aquele que se arroga da titularidade dele. Porém, em termos legais, essa legitimidade não se esgota no pretenso titular do direito – acrescem os interessados nessa justificação (cfr. n.º 2 do art. 92.º do diploma em anotação).
- 3 O campo de aplicação desta disposição prende-se com:
 - Escrituras de justificação para estabelecimento do trato sucessivo no registo predial (art. 89.º do diploma em anotação) – a justificação, para os efeitos do n.º 1 do art. 116.º do Código do Registo Predial, consiste na declaração, feita pelo interessado, em que este se afirme, com exclusão de outrem, titular do direito que se arroga, especificando a causa da sua aquisição e referindo as razões que o impossibilitam de a comprovar pelos meios normais. Quando for alegada a usucapião baseada em posse não titulada, devem mencionar-se expressamente as circunstâncias de facto que determinam o início da posse, bem como as que consubstanciam e caracterizam a posse geradora da usucapião.
 - Escrituras de justificação para reatamento do trato sucessivo no registo predial (art. 90.º do diploma em anotação) – a justificação, para os efeitos do n.º 2 do art. 116.º do Código do Registo Predial, tem por objecto a dedução do trato sucessivo a partir do titular da última inscrição, por meio de declarações prestadas pelo justificante. Na escritura de justificação devem reconstituir-se as sucessivas transmissões, com especificação das suas causas e identificação dos respectivos sujeitos. Em relação às transmissões a respeito das quais o interessado afirme ser-lhe impossível obter o título, devem indicar-se as razões de que resulte essa impossibilidade.
 - Escrituras de justificação para estabelecimento de novo trato sucessivo no registo predial (art. 91.º do diploma em anotação) – a justificação, nos termos do n.º 3 do art. 116.º do Código do Registo Predial, consiste na afirmação, feita pelo interessado, das circunstâncias em que se baseia a aquisição originária, com dedução das transmissões que a tenham antecedido e das subsequentes.

– Escrituras de justificação simultânea (art. 93.º do diploma em anotação) – a justificação pode ser feita no próprio título pela qual se adquire o direito, competindo ao alienante fazer previamente as declarações previstas anteriormente, se o negócio jurídico for de alienação;

– Escrituras de justificação para fins do registo comercial – (art. 94.º do diploma em anotação) – a justificação, para os efeitos de registo da transmissão da propriedade ou do usufruto de quotas ou de partes do capital social ou da divisão ou unificação de quotas de sociedades comerciais, ou civis sob forma comercial, tem por objecto a dedução do trato sucessivo a partir da última inscrição, ou o estabelecimento de novo trato sucessivo, por meio de declarações prestadas pelos respectivos gerentes ou administradores da sociedade ou pelos titulares dos respectivos direitos. A justificação a que se refere o n.º 2 do art. 141.º do Código das Sociedades Comerciais tem por objecto a declaração de dissolução da sociedade.

A outorga da escritura de justificação notarial exige a presença de três testemunhas, às quais a lei chama de (de forma algo infeliz) declarantes (cfr. art. 96.º do diploma em anotação). Essas testemunhas afiançam com o seu conhecimento pessoal que o facto ocorreu nos termos declarados pelo justificante. O seu papel é assegurar a veracidade da declaração de justificação. Para dissuadir a justificação de factos que realmente não ocorreram nos termos declarados, é que o legislador entendeu estabelecer a previsão deste art. 97.º

Aquilo que as testemunhas dizem não vai constar do documento, todavia é um elemento importante para que se possa reestabelecer o trato sucessivo. E aquando da realização do acto, baseado nas declarações das testemunhas, estas são advertidas de que se as declarações forem falsas incorrem no crime de falsas declarações. Não se tratando de uma declaração integrada no conteúdo do documento, a declaração não é integrada no documento. É certo que o documento é a declaração, o sentido do CP. Mas esta declaração não vai fazer parte do documento. Temos alguma dificuldade em entender esta situação como falsificação de documentos. Parece-nos mais adequado integrar nas falsas declarações (a questão estará em, tratando-se de um alargamento do tipo previsto no CP, teria que haver lei de autorização que tivesse previsto expressamente este facto).

Não integra o crime do art. 97.º do Código do Notariado, com referência aos arts. 359.º, n.ºs 1 e 2, e 360.º, n.º 1 do Código Penal, a conduta dos outorgantes numa escritura de justificação notarial que, não obstante advertidos pelo notário de que incorriam nas penas aplicáveis ao crime de falsas declarações perante oficial público se, dolosamente e em prejuízo de outrem, tivessem prestado ou confirmado declarações falsas, acabaram por prestar declarações que, respeitantes à aquisição de um prédio, sabiam não corresponder à realidade. II – Com efeito, os outorgantes e intervenientes nessa escritura não prestaram tais declarações na qualidade de partes, de assistentes ou de partes civis em processo penal ou na qualidade de arguidos sobre a sua identidade ou antecedentes criminais, nem foram ajuramentados, não constando dos factos provados que tenham agido em prejuízo de outrem, não sendo possível convolar a acusação para o crime do art. 256.º, n.ºs 1, al.ª b) e 3 do Código Penal por não concorrer um dos seus elementos típicos: intenção de causar prejuízo ou de obtenção de benefícios ilegítimos (ac. do TRP de 17-1-2001, proc. n.º 0040957).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Maio, que regula as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora, alterada pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho (Artigo 202.º)

Artigo 202.º

*Prática ilícita de actos ou operações de seguros, de resseguros
ou de gestão de fundos de pensões*

Quem praticar actos ou operações de seguros, resseguros ou de gestão de fundos de pensões, por conta própria ou alheia, sem que para tal exista a necessária autorização, é punido com pena de prisão até 5 anos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1, 2 e 3)

O bem jurídico (anotações 4 e 5)

O tipo objectivo (anotações 6 e 7)

O tipo subjectivo (anotação 8)

A tentativa (anotação 9)

- 1 O crime descrito no Artigo 202.º está inserido no Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que regulamenta o acesso e exercício da actividade seguradora e resseguradora, incluindo no seu âmbito o regime sancionatório desta actividade seguradora e da actividade de gestão de fundos de pensões. Este diploma, foi publicado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 93/97, de 16 de Agosto.
Não se trata de matéria nova na legislação portuguesa, uma vez que este Decreto-Lei n.º 94-B/98 veio substituir regulamentação que já anteriormente vigorava (o Decreto-Lei n.º 91/82, de 22 de Março, que por sua vez tinha substituído a legislação sancionatória da actividade seguradora de 1907...). Porém, esta legislação de 1998 assumiu grande importância, porque veio ajustar o regime sancionatório da actividade seguradora à economia moderna. A regulamentação resultante do regime de 1982 estava marcada pelo contexto em que fora aprovada: em 1975 tinha havido nacionalização das seguradoras portuguesas, na sequência da revolução de Abril de 1974, tendo sido proibido o acesso da iniciativa privada à actividade seguradora. Por outro lado, aquele regime jurídico era anterior à adesão de Portugal às Comunidades Europeias e, consequentemente, às iniciativas comunitárias tendentes a criar um mercado único no sector segurador, bem como à liberalização dos movimentos de capitais no espaço europeu e mundial.
- 2 Além disso, desenhando este Decreto-Lei n.º 94-B/98, de facto, um verdadeiro regime sancionatório da actividade seguradora e da actividade de gestão de fundos de pensões, o diploma teve neste âmbito como específico intuito o da criminalização do exercício não autorizado de actos ou operações de seguros, resseguros ou de gestão de fundos de pensões, uma vez que reconhecia haver que acautelar, nestas actividades económicas, interesses fundamentais de protecção da poupança das famílias, de garantia de riscos e de protecção dos interesses dos segurados e de terceiros. Esta criminalização, com objectivos sobretudo preventivos, pretendeu eliminar riscos decorrentes da liberalização do sector segurador, deixando ao campo contra-ordenacional outras infracções às regras reguladoras do acesso e do exercício da actividade em causa.
- 3 Este Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, veio a ser ajustado em 2009, por via da Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho. As alterações introduzidas por este diploma são pouco expressivas mas muito significativas. De facto, a Lei n.º 28/2009, teve como propósito proceder “à actualização das molduras penais, que permanecem

inalterados desde a década de 90” (texto da Proposta de Lei n.º 227/X, que deu origem à lei). Expressamente, portanto, assumiu o legislador que tinha sido modesto em 1998 e deixou claro que “a finalidade subjacente a esta alteração foi simultaneamente a de adaptar as molduras das penas (...) à dimensão e características do sector financeiro na actualidade e a de reforçar o efeito de punição e de dissuasão associado ao regime sancionatório”.

Em matéria penal (esta alteração de 2009 operou também em matéria de direito de mera ordenação social), “a moldura das penas é elevada de três para cinco anos nos casos já actualmente tipificados, ou seja, quando se verifique (...) a prática ilícita de actos ou operações de seguros, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões”. Assim, em concreto, o trecho final do Artigo 202.º passou a referir a pena de cinco anos de prisão.

Como já se disse, o Artigo 202.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98 pretende acautelar, por via da tutela penal, os interesses de protecção da poupança das famílias, de garantia de riscos e de protecção dos interesses dos segurados e de terceiros. Optou por fazê-lo numa perspectiva preventiva, sancionando aqueles que, sem a devida autorização legal, praticarem actos ou operações de seguros (e também de resseguros ou de gestão de fundos de pensões).

Já acima se referiu que este diploma (o Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril) foi publicado no uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 93/97, de 16 de Agosto. Esta, por sua vez, teve origem numa proposta de lei, apresentada pelo Governo à Assembleia da República (a Proposta de lei n.º 102/VII), a qual autorizou o Governo a legislar sobre o regime de acesso e exercício da actividade seguradora, o regime de endividamento das empresas de seguros e de resseguros e o regime sancionatório da actividade seguradora. Nesta proposta de lei, deixava-se claro que com este diploma se pretendia instituir um regime sancionatório que reforçasse a protecção de interesses públicos de grande relevância e, em especial o da garantia da capacidade financeira das empresas de seguros para fazer face às obrigações previamente contraídas para com os tomadores, segurados e beneficiários das apólices, e o da preservação da autonomia patrimonial dos fundos de pensões, objectivos prosseguidos pelas normas legais e regulamentares das actividades seguradora e dos fundos de pensões (cfr. Artigo 2.º). É aqui que tem que encontrar-se o cerne do interesse protegido pelo tipo de crime do Artigo 202.º Comete o crime de prática ilícita de actos ou operações de seguros, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões, do Artigo 202.º, em definição genérica e abrangente, quem se dedicar a uma actividade típica de uma seguradora, sem para isso estar legalmente autorizado. Esta prática poderá ser exercida “por conta própria ou alheia” – portanto o agente do crime pode ser o “dono do negócio” ou alguém que represente o “dono do negócio” ou actue em sua vez. Todavia, o elemento essencial do tipo de crime é a circunstância do seu agente não estar previamente autorizado a praticar aqueles actos, típicos das seguradoras. O Decreto-Lei n.º 94-B/98 descreve as condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora (cfr. Artigo 1.º), definindo que o exercício desta actividade fica sujeito à supervisão do Instituto de Seguros de Portugal (cfr. Artigo 6.º). No seu articulado estabelecem-se complexas regras para a obtenção de autorização de exercício desta actividade. Emblematicamente, nos Artigos 11.º e 12.º determina-se que a constituição de sociedades (anónimas) que pretendam exercer actividade seguradora, deverá ser prévia e especificamente autorizada (“caso a caso” – Artigo 12.º, n.º 1) por despacho do Ministro das Finanças, que poderá delegar esta sua competência no conselho directivo do Instituto de Seguros de Portugal.

- 7 Aqueles que não se munirem desta autorização e, não obstante, praticarem factos que se traduzam em actos ou operações de seguros, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões, incorrerão na prática de crime. A formulação do tipo não distingue práticas isoladas de actos desta natureza de eventuais práticas reiteradas e prolongadas no tempo. Do mesmo modo, não exige, para que se verifique crime, nenhum cunho profissional nesta prática seguradora. Por outro lado, não delimita o âmbito pessoal da actividade – isto é, não exige, por exemplo, que os actos típicos se refiram a seguros “ao público”, como por exemplo acontece com a incriminação paralela a esta, descrita no Artigo 200.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (que pune a actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis). Portanto, qualquer tipo de “actos ou operações de seguros, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões”, mesmo que sejam isolados ou efectuados a título não profissional ou acessório, ainda que se dirijam a um círculo de pessoas limitado e conhecido, sempre preencherão os elementos objectivos do tipo de crime.
- 8 Não se exige dolo específico para a prática deste crime, bastando-se o respectivo tipo com mero dolo genérico, dirigido aos actos que consubstanciem o tipo objectivo. Ou seja, basta-se o tipo subjectivo com o intuito, do agente, de praticar os factos típicos – actos ou operações de seguros, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões. E além disso, claro, que o dolo cubra a falta de autorização legal. Ou dito de outra forma, que o agente pretenda com a sua acção praticar factos típicos, sendo conhecedor da falta de autorização para essa prática.
- 9 Deixa-se aqui uma nota quanto à prática do crime na forma tentada. A razão desta nota resulta da alteração legislativa operada pela Lei n.º 28/2009 no texto do Artigo 202.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98 de 19 de Junho. Antes desta alteração, a pena correspondente à prática do crime de prática ilícita de actos ou operações de seguros, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões, era a de prisão até três anos. Após a alteração de 2009, como já acima se disse, a pena passou a ser de prisão até cinco anos. Ora, como resulta da regra geral do Artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, os crimes praticados na forma tentada apenas serão puníveis se corresponder ao crime na forma consumada pena superior a três anos de prisão. Como facilmente se concluiu, portanto, na anterior versão do Decreto-Lei n.º 94-B/98, a tentativa de actos que consubstanciassem o tipo de crime do Artigo 202.º não era punível. Após 2009, essa tentativa passou a sê-lo automaticamente, em virtude de aplicação do regime geral do Artigo 23.º do Código Penal.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA VERDELHO

Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de Agosto, que aprova o regime de acesso à profissão de motorista de táxi, alterado pelo Decreto-Lei n.º 298/2003, de 21 de Novembro (Artigo 12.º)

Artigo 12.º

Sanção acessória

1. Com a aplicação da coima pode ser determinada a sanção acessória de interdição do exercício da profissão se o motorista tiver sido condenado pela prática de qualquer das infracções previstas no n.º 1 do artigo 11.º ou de três das infracções previstas nos n.º 2 e 3 do mesmo artigo quando cometidas no período de um ano a contar da data da primeira decisão condenatória.

2. A sanção acessória pode ser aplicada ainda que no processo contra-ordenacional tenha havido pagamento voluntário da coima.

3. A interdição do exercício da profissão não pode ser por período superior a dois anos.

4. No caso de interdição do exercício da profissão, o infractor é notificado para proceder voluntariamente ao depósito do certificado de aptidão profissional na Direcção-Geral de Transportes Terrestres, sob pena de o mesmo ser apreendido.

5. Quem exercer a profissão estando inibido de o fazer nos termos dos números anteriores por sentença transitada em julgado ou decisão administrativa definitiva incorre na prática do crime de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Considerações gerais (anotações 2 a 4)

O bem jurídico (anotação 5)

O tipo objectivo (anotações 6 a 8)

O tipo subjectivo (anotação 9)

A pena (anotação 10)

A **fonte** da disposição é a autorização legislativa concedida pelo n.º 2 do art. 1.º da Lei n.º 18/97, de 11 de Junho. O diploma foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 298/2003, de 21 de Novembro. 1

O IMTT, Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, foi criado pelo Decreto-Lei n.º 147/2007, de 27 de Abril, e substituiu a DGTT. 2

As infracções previstas no n.º 1 do art. 11.º são as seguintes: 3

- A cobrança de tarifas superiores às legalmente fixadas;
- A ocultação, por qualquer forma, do mostrador do taxímetro;
- O accionamento do taxímetro antes do início do serviço, salvo nos casos permitidos; e
- A não emissão de recibo.

As infracções previstas nos n.ºs 2 e 3 do art. 11.º são as seguintes:

- A não obediência ao sinal de paragem quando se encontre livre;
- A não observância das orientações quanto ao itinerário e à velocidade e a adopção de itinerário mais longo do que o necessário, contra o interesse do passageiro;
- A falta de correcção e urbanidade no trato com os passageiros e terceiros;
- O abandono do passageiro sem que o serviço de transporte esteja terminado;
- A não entrega diligente dos objectos deixados no veículo;
- A falta de ajuda aos passageiros que careçam de cuidados especiais;
- A recusa da prestação de serviços fora das condições legalmente previstas;

- A recusa de transporte de bagagens nos termos fixados e da respectiva carga e descarga;
 - A recusa não permitida do transporte de animais;
 - Fazer-se acompanhar de pessoas estranhas ao serviço;
 - A falta de cuidado na apresentação pessoal;
 - A falta de diligência pelo asseio interior e exterior do veículo;
 - A não facilitação do pagamento do serviço; e
 - Fumar durante a prestação do serviço.
- 4 Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426).
- 5 No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, ob. cit, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – Comentário do Código Penal..., Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.
- 6 O **tipo objectivo** consiste no não cumprimento de uma ordem, consubstanciada na decisão judicial ou da autoridade administrativa competente que aplica a sanção acessória de interdição do exercício da profissão, traduzida na prática de actos inerentes ao exercício desta mesma actividade profissional. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada e decorre da decisão judicial ou da autoridade administrativa.
- 7 O agente do crime é o motorista de táxi condenado em sanção acessória de interdição do exercício da profissão, decisão essa transitada em julgado.
- 8 A **ordem** envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma omissão, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei ao juiz ou à autoridade administrativa competente (IMTT). A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei. O agente tem que ter conhecimento efectivo da ordem, não bastando que o meio de fazer chegar a ordem ao conhecimento do seu destinatário se mostre formalmente irrepreensível; torna-se necessário que aquele se tenha inteirado, de facto, do seu conteúdo. A comunicação deve ser suficiente para fundar o dolo do incumpridor daquele que desobedece à ordem.
- 9 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário

incumpre – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.

A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal). **10**

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, que aprova o Código de Valores Mobiliários, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 61/2002, de 20 de Março, 38/2003, de 8 de Março, 107/2003, de 4 de Junho, 183/2003, de 19 de Agosto, 66/2004, de 24 de Março, 52/2006, de 15 de Março, 219/2006, de 2 de Novembro, 357-A/2007, de 31 de Outubro, e 211/2008, de 3 de Novembro, e da Lei 28/2009, de 19 de Junho (Artigos 378.º, 379.º e 381.º)

Artigo 378.º

Abuso de informação

1. Quem disponha de informação privilegiada:

- a) Devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respectivo capital; ou
- b) Em razão do trabalho ou do serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a um emitente ou a outra entidade; ou
- c) Em virtude de profissão ou função pública que exerça; ou
- d) Que, por qualquer forma, tenha sido obtida através de um facto ilícito ou que suponha a prática de um facto ilícito;

e a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções ou, com base nessa informação, negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa.

2. Qualquer pessoa não abrangida pelo número anterior que, tendo conhecimento de uma informação privilegiada, a transmita a outrem ou, com base nessa informação, negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, é punida com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 240 dias.

3. Entende-se por informação privilegiada toda a informação não tornada pública que, sendo precisa e dizendo respeito, directa ou indirectamente, a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, seria idónea, se lhe fosse dada publicidade, para influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado.

4. Em relação aos instrumentos derivados sobre mercadorias, entende-se por informação privilegiada toda a informação com carácter preciso que não tenha sido tornada pública e respeite, directa ou indirectamente, a um ou mais desses instrumentos derivados e que os utilizadores dos mercados em que aqueles são negociados esperariam receber ou teriam direito a receber em conformidade, respectivamente, com as práticas de mercado aceites ou com o regime de divulgação de informação nesses mercados.

5. O disposto neste artigo não se aplica quando as operações sejam efectuadas pelo Banco Central Europeu, por um Estado, pelo seu banco central ou por qualquer outro organismo designado pelo Estado, por razões de política monetária, cambial ou de gestão da dívida pública, nem às transacções sobre acções próprias efectuadas no âmbito de programas de compra realizados nas condições legalmente permitidas.

6. (revogado pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho)

7. Se as transacções referidas nos n.ºs 1 e 2 envolverem a carteira de uma terceira pessoa, singular ou colectiva, que não seja constituída arguida, esta pode ser demandada no processo crime como parte civil, nos termos previstos no Código de Processo Penal, para efeito da apreensão das vantagens do crime ou da reparação de danos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 4)

O bem jurídico (anotação 5)

O tipo objectivo (anotações 6 a 10)

O tipo subjectivo (anotação 11)

A pena (anotações 12 a 14)

Os dois crimes típicos do mercado bolsista – abuso de informação privilegiada e manipulação de mercado –, estão previstos nos Artigos 378.º e 379.º do Código dos Valores Mobiliários, tal como o está o crime de desobediência, previsto no Artigo 381.º do mesmo diploma. Este Código dos Valores Mobiliários (Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro de 1999, em vigor desde 1 de Março de 2000), não criou de origem estes tipos de ilícito, que já anteriormente estavam previstos, respectivamente, nos Artigos 666.º e 667.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, de 1991, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril. O Código do Mercado dos Valores Mobiliários foi o primeiro quadro normativo referente ao mercado dos valores mobiliários a merecer o título de código. Vigorou entre 1992 e 2000. Em simultâneo com a sua entrada em vigor, foi criada a CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Por isso, 1991 pode ser considerado o ano do nascimento, em Portugal, dos crimes contra o mercado de valores mobiliários. É uma data tardia, se se tiver como referência a década de 1970, altura em que o mesmo tipo de ilícito foi introduzido em França ou a já longínqua década de 1940, que marcou a criação dos crimes desta natureza nos Estados Unidos da América.

Não obstante, apesar de 1991 ser o ano zero dos crimes de mercado, já desde 1986 que a legislação portuguesa (por via do Código das Sociedades Comerciais de 1986 – Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro) previa dois crimes similares aos que hoje se prevêm no Código dos Valores Mobiliários. No entanto, estes tipos de ilícito, previstos nos Artigos 524.º (abuso de informações) e 525.º (manipulação fraudulenta de cotações de títulos), nunca passaram do papel para a aplicação prática. Eram vagamente aproximados aos crimes que estão previstos na lei actual e foram revogados sem nunca terem sido aplicados: as estatísticas não registam nenhum processo em que tenha havido condenação por um ilícito dos que se referiram. Como já se deixou dito, ao Código das Sociedades Comerciais sucedeu o Código do Mercado dos Valores Mobiliários de 1991, o qual já previa, nos Artigos 666.º e 667.º, dois tipos de crime muito semelhantes aos que existem hoje em dia no Código dos Valores Mobiliários, datado de 1999. Não obstante, quanto aos tipos de crime, a versão actual é a que resulta das alterações operadas pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março e pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho.

Quanto ao diploma de 2006, procedeu a alterações substanciais na estrutura das infracções. Todavia, teleologicamente as infracções permanecem inalteradas, sendo-lhe corrigidos alguns defeitos que lhe tinham sido detectados, sobretudo ao nível da interpretação. Houve ainda algumas alterações resultantes da necessidade de transpor Directivas da União Europeia sobre a matéria. Estaria em causa, nomeadamente, a Directiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado). Em suma, a alteração legislativa de 2006, quanto aos tipos de crime, procedeu sobretudo a um ajustamento. Aliás, no preâmbulo deste Decreto-Lei n.º 52/2006, diz-se expressamente que “as alterações são as estritamente necessárias para transpor as Directivas da UE porque o essencial dos tipos mantém-se”.

De entre estas alterações “necessárias”, refira-se a introdução do crime de abuso de informação privilegiada se esta incidir sobre derivados sobre mercadorias. Ou ainda, sendo das mais importantes, a afirmação de que o processo negocial para uma grande transacção a fazer em Bolsa ou fora dela, mesmo que não venha a ser concluída, passa a ser considerada informação privilegiada. Esta área estava fora da letra do anterior tipo de crime, embora fosse assumido que estivesse dentro do seu espírito. A dúvida fica agora esclarecida num dos dois sentidos possíveis – as negociações passam também a ser informação privilegiada, mesmo que não tenham sido concluídas.

- 4 No que respeita ao diploma de 2009, as alterações introduzidas são mínimas, mas muito significativas. De facto, a Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho tinha como propósito proceder “à actualização das molduras penais, que permanecem inalterados desde a década de 90” (texto da Proposta de Lei n.º 227/X, que deu origem à lei, consultável em www.parlamento.pt). Expressamente, portanto, assumiu o legislador que tinha sido modesto em 2006 (e ainda mais em 1999) e deixou claro que “a finalidade subjacente a esta alteração foi simultaneamente a de adaptar as molduras das penas (...) à dimensão e características do sector financeiro na actualidade e o de reforçar o efeito de punição e de dissuasão associado ao regime sancionatório”. Em matéria penal (porque a alteração operou também em matéria de direito de mera ordenação social, “a moldura das penas é elevada de três para cinco anos nos casos já actualmente tipificados, ou seja, quando se verifique (...) a transmissão ou a actuação com base em informação privilegiada e a manipulação de mercado” (assim o refere a já citada Proposta de Lei n.º 227/X). Na verdade, em concreto, o trecho final do Artigo 378.º, n.º 1 passou a referir a pena de cinco anos de prisão (em substituição dos três anos de prisão que referia antes) e o trecho do n.º 2 do mesmo Artigo 378.º passou a referir a pena de quatro anos de prisão (em substituição dos dois anos de prisão que referia antes). Concomitantemente, foi revogado o n.º 6 do mesmo Artigo 378.º, que previa a punição da tentativa. Na verdade, à luz do Artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, na versão actual do Artigo 378.º, a tentativa sempre será punível, neste caso concreto. Porém, na versão anterior da lei, sendo a pena prevista a de prisão até três anos e até dois anos (n.ºs 1 e 2, respectivamente), ainda segundo o n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a tentativa apenas seria punível havendo expressa disposição nesse sentido, uma vez que não correspondia “ao crime consumado pena superior a três anos de prisão”.
- 5 Genericamente, pode dizer-se que pelo crime de abuso de informação pretende punir-se a utilização em proveito próprio de um bem que tem de ser partilhado com todos os intervenientes no mercado, o qual é a informação. A informação, bem pertence ao mercado, tem que ser pública. Não a sendo, quem a detiver fica em vantagem sobre os restantes operadores do mercado. Daí a conhecida regra segundo a qual quem detém informação privilegiada tem que se abster de negociar ou, não o querendo fazer, tem que revelar publicamente essa informação. Não o fazendo, poderá incorrer na prática de crime. Ou seja, proíbe a lei o uso indevido da informação que não seja pública, enquanto esta não for revelada, por este uso, antes da divulgação pública poder pôr em causa o normal funcionamento do mercado. Desta forma pretende salvaguardar-se a igualdade dos investidores, assegurando a todos o acesso à informação e, noutra perspectiva, a transparência do mercado. Está aqui em causa a necessidade de “colocar os investidores em posição de igualdade, nomeadamente no que respeita ao conjunto das informações que sejam postos à sua disposição” (FÁTIMA GOMES, “Insider Trading”, Lisboa, 1996, página 5). Importa, portanto, sublinhar a especificidade do **interesse protegido** por este tipo de crime. É comumente aceite que o interesse protegido é o da igualdade

dos agentes económicos perante o mercado. Outros autores especificam que o interesse protegido por este tipo de crime será a igualdade dos investidores: todos os investidores que intervêm no mercado deverão ter possibilidade de ter acesso à mesma informação, de modo a que todos possam decidir sobre os seus investimentos em condições de igualdade. De acordo com esta posição, quem tem informação privilegiada, dispõe de instrumentos desleais para tomar uma decisão, instrumentos esses dos quais não dispõe quem não dispõe dessa informação. Por exemplo, alguém que sabe que uma empresa fez um negócio ruinoso, o qual irá brevemente ser objecto de notícia, por ter sido descrito nas contas da empresa, pode prever que o mercado vai reagir negativamente a estas contas, que os outros investidores não conhecem. Essa pessoa dispõe de informação que a generalidade das pessoas não têm. Portanto, na perspectiva do investidor “as práticas de utilização abusiva de informação privilegiada revelam-se nocivas para quem negocia com um insider e minam a confiança dos investidores no funcionamento do mercado de valores mobiliários” (FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, “O novo regime dos crimes e contra-ordenações no Código dos Valores Mobiliários”, Almedina, 2000, página 65)

De tudo resulta que se está aqui, verdadeiramente, perante um “bem jurídico complexo e poliédrico” (JOSÉ DE FARIA COSTA e MARIA ELISABETE MATOS, “O crime de abuso de informação privilegiada”, Coimbra Editora, 2006, página 43). A jurisprudência portuguesa já decidiu a este propósito, por via do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Abril de 2005 (consultável em www.pgdlisboa.pt), segundo o qual “o bem jurídico tutelado no crime de abuso de informação privilegiada, uma vez que nele se visa assegurar o regular funcionamento do mercado financeiro, é complexo e diversificado, como o são a igualdade entre investidores, a confiança destes no mercado, o seu património, os pressupostos essenciais de um mercado eficiente ou a função negocial da informação e a justa distribuição do risco dos negócios”.

Incrimina-se, no Artigo 378.º do Código dos Valores Mobiliários, o abuso de informação privilegiada. A prática deste crime supõe a existência de “informação privilegiada”, a qual o próprio Artigo 378.º define, no n.º 3, como sendo “informação não tornada pública, precisa e dizendo respeito a qualquer emitente ou a valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros”. Além disso, esta informação sobre um determinado valor mobiliário tem que ser idónea, se lhe for dada publicidade, para “influenciar de maneira sensível o seu preço no mercado”. Portanto, “informação privilegiada” não é toda e qualquer informação. Desde logo, a lei descreve-a como “informação não pública”, o que leva autores a qualificá-la como “informação secreta”. É “secreta” no sentido de não estar divulgada, porque não é conhecida da generalidade das pessoas. Se o fosse, essa informação já não era privilegiada. Está portanto em causa informação que não é “disponível para todos”, ou que não “é susceptível de ser conhecida por todos” (JOSÉ DE FARIA COSTA e MARIA ELISABETE MATOS, “O crime de abuso de informação privilegiada”, Coimbra Editora, 2006, página 43). Depois, essa informação é precisa. Ou seja, não é uma vaga ideia. Embora não se exija que esta informação incorpore dados absolutamente completos sobre os factos em causa, por outro lado também não basta que se trate de vagas referências, ou de meros rumores no mercado. Os outros dois requisitos são tabelares: por um lado, a informação em causa deve respeitar ao mercado, ou seja, a emitentes de valores mobiliários; por outro, essa informação há-de ser susceptível de influenciar a cotação do valor mobiliário em causa. Quanto à susceptibilidade de influenciar o mercado, tem sido usado como critério de aferição o mesmo critério que usaria um investidor médio, com razoabilidade, para decidir

6

negócios no mercado. A este propósito, da influência no preço da cotação, ocorre citar a decisão final (sentença condenatória), no processo NUIPC 7202/01.0TDLSB, da Comarca de Lisboa, no qual se disse que a real e efectiva repercussão no preço “é completamente estranha à confirmação legal da incriminação prevista no Artigo 378.º, n.º 2”. Adianta ainda que “o tipo incriminador em causa não exige a produção de uma alteração quantitativa e efectiva do preço do mercado, mas apenas que a informação tenha uma aptidão qualitativa para fazer oscilar os preços do activo”.

7 Ainda quanto aos elementos objectivos do tipo de crime, o já citado Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20 de Abril de 2005 (consultável em www.pgdlisboa.pt), refere que “constituem elementos típicos deste ilícito as qualidades dos agentes, a posse e o conhecimento da informação privilegiada, a relação entre a posse da informação e as condutas proibidas e o dolo”.

8 De acordo com o texto do Artigo 378.º do Código dos Valores Mobiliários, em termos sintéticos, o tipo objectivo de crime de abuso de informação privilegiada será preenchido se o agente procurar tirar proveito de informação privilegiada (comprando ou vendendo valores mobiliários), se o agente transmitir essa informação a terceiro ou ainda se recomendar ou ordenar a terceiro que compre ou venda determinados valores mobiliários. Trata-se de um tipo de crime complexo, classificado pela doutrina como **crime de perigo abstracto**, quando se pune o mero acto de transmitir informação. Mas já será um crime de perigo abstracto concreto se além da transmissão da informação houver recomendação de negociação ou ordem de negociação de valor mobiliário.

9 Ainda numa perspectiva de preenchimento dos elementos objectivos do tipo de crime de abuso de informação privilegiada, tem a doutrina suscitado uma questão que também tem sido discutida nos tribunais, a qual é a de saber se incorrerá na prática de crime aquele que “abusa” de informação própria. A questão põe-se a propósito daquela informação privilegiada de que alguém tem conhecimento por ser o seu autor ou por ter intervindo de qualquer outra forma nos actos que geraram ou consubstanciam essa mesma informação. Será o caso do autor de uma oferta pública que ainda não foi divulgada. Nessa fase, apenas o seu autor ou autores a conhecem, sendo certo que saber da existência desta oferta pode ser informação privilegiada.

Esta questão tem sido decidida nos tribunais portugueses no sentido de ser punido o “abuso” de informação própria. Invoca-se a esse propósito, de forma simples, que o tipo de crime não exclui da punição nenhum género de informação, entre a “própria” e a “imprópria”, fazendo antes e apenas distinção entre informação privilegiada e aquela que o não é. Em sintonia com o que se disse, foi proferida sentença no processo NUIPC 7202/01.0TDLSB, que correu os seus termos na Comarca de Lisboa. Esta decisão judicial não está publicada.

Numa perspectiva oposta, tem sido discutida a inclusão – ou não –, no tipo de crime, do “abuso” de informação pelo legal representante de uma pessoa colectiva, se essa mesma acção for realizada em benefício da pessoa colectiva. Está aqui em causa a acção de um legal representante que detém informação privilegiada em razão daquela sua qualidade e actua, “abusando” dessa informação, em proveito da própria pessoa colectiva. Será o caso do administrador de uma sociedade que, com base em informação própria, do administrador, efectua negócios sobre valores mobiliários em nome e representação da sociedade de que é administrador. Na verdade, o tipo de crime pune acções “para si ou para outrem”. Mas este trecho foi já questionado num caso concreto por, alegadamente, violar o princípio da proporcionalidade do direito Penal. Segundo os defensores de tal posição – isolada, diga-se –, este trecho do Artigo 378.º violaria o Artigo 18.º, 3.º da Constituição da

República, porque comprimiria de forma desproporcional o direito à livre iniciativa económica, previsto no Artigo 61.º, n.º 1 da CRP. A respeito desta problemática, decidiu o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 494/2003 (DR, II.ª Série de 27 de Novembro de 2003), que **não será inconstitucional** interpretar o tipo de crime do Artigo 378.º no sentido de uma tal actuação ser punida. Ou seja, não será inconstitucional a punição de acção “para si ou para outrem”. Esta decisão do Tribunal Constitucional respeita a um recurso no processo NUIPC 10916/01.1TDLSB, da Comarca de Lisboa, no qual, a final, veio a recair sentença acolhendo esta perspectiva interpretativa.

Estão claras na doutrina algumas formas de actuação que não se incluem no tipo de crime, por delimitação negativa. Assim, não preencherá este tipo – nem porventura nenhum outro –, aquele agente que, tendo informação privilegiada, deixar de negociar sobre valores mobiliários. Ou seja, não será punido aquele que, planeando negociar (sem ainda ter concretizado qualquer acto nesse sentido), por ter acesso a informação privilegiada, deixa de prosseguir ou materializar esse seu intuito. Por maioria de razão daqui decorrente (e não só), também não preenche o tipo de crime (desde logo por falta dos seus elementos objectivos), aquele que meramente detém informação privilegiada. Também não praticará o tipo de crime quem detiver informação privilegiada e, em virtude dela decidir negociar, desde que a obtenção dessa informação privilegiada não tenha sido por via da sua qualidade profissional. Isto é, não será punida criminalmente a acção daquele que obtenha a informação privilegiada por qualquer outra via, que não a profissional. Exige-se, portanto, no tipo de crime (n.º 1 do artigo 378.º) que haja uma relação entre a qualidade profissional e a informação privilegiada e, assim sendo, o agente do crime deverá dispor da informação “devido à sua qualidade de titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou de titular de uma participação no respectivo capital, ou em razão do trabalho ou do serviço que preste, com carácter permanente ou ocasional, a um emitente ou a outra entidade”, ou ainda “em virtude de profissão ou função pública que exerça”. A este propósito, anota-se a decisão do Ministério Público, em sede de inquérito, proferida no processo NUIPC 13523/01.5TDLSB, que correu os seus termos na Comarca de Lisboa. Nesta decisão, não publicada, consideram-se reunidos os elementos do tipo objectivo de crime de abuso de informação, com excepção de um: o arguido não tinha nenhuma das qualidades especiais exigidas pelo n.º 1 ou pelo n.º 2 do Artigo 378.º Portanto, o arguido não era titular de um órgão de administração ou de fiscalização de um emitente ou titular de uma participação no respectivo capital, nem prestava trabalho ou serviço a um emitente. Por outro lado, não era titular de qualquer função ou profissão pública. Demonstrou-se que o arguido detinha informação privilegiada e negociou sobre valores mobiliários com base em informação privilegiada. Todavia, não foi possível demonstrar como tomou conhecimento dela. Estas circunstâncias levaram o Ministério Público na Comarca de Lisboa a não exercer acção penal quanto a estes factos.

Exclui também a prática de crime a acção negligente. O tipo de crime de abuso de informação é doloso, exigindo-se portanto para o seu preenchimento, que o agente actue com o intuito de usar, abusando, a informação privilegiada de que dispõe. Aliás, esta **exigência subjectiva do tipo** é corroborada por uma outra, de natureza mais objectiva: para que haja crime, é necessário que o detentor de informação privilegiada “a transmita a alguém fora do âmbito normal das suas funções” ou, em alternativa, “negocie ou aconselhe alguém a negociar em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros ou ordene a sua subscrição, aquisição, venda ou troca, directa ou indirectamente, para si ou para outrem”. Quanto à primeira

10

11

parte (a transmissão a terceiro), o dolo é simples de identificar e genericamente dirigido à acção. Quanto ao segundo tipo de comportamento (a negociação ou recomendação de negociação), apenas haverá crime se este comportamento for adoptado “com base” na informação privilegiada. É a exigência do n.º 1 do Artigo 378.º Portanto, se por um lado não é punida a acção negligente, por outro também o não será a acção que é adoptada independentemente do conhecimento que possa existir de informação privilegiada. Será o caso, por exemplo, de negócios sobre valores mobiliários que o agente sempre faria, independentemente da informação. Ou de qualquer outro cuja realização não esteja relacionada com a existência ou conhecimento da informação.

- 12 Como já ficou dito, o crime de abuso de informação, descrito no Artigo 378.º, é punido com **pena** de prisão até 5 anos ou com pena de multa, no caso do n.º 1 e com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 240 dias, no caso do n.º 2. Para além destas penas principais, por força do Artigo 380.º do Código dos Valores Mobiliários, poderá ainda haver lugar à aplicação de penas acessórias específicas. Nesta norma prevêm-se, em particular, a pena acessória de interdição do exercício de profissão ou actividade relacionada com o crime (alínea a) do Artigo 380.º) e a pena acessória de publicação da sentença a expensas do arguido (alínea b) do mesmo Artigo).
- 13 Nesta sede tem ainda que referir-se a particularidade do regime resultante do Artigo 380.º-A do Código dos Valores Mobiliários, introduzido pela alteração legislativa de 2006. Neste artigo prevê-se um regime especial de apreensão e perda das vantagens do crime, de acordo com o qual “sempre que o facto ilícito gerar para o arguido ou para terceiro por conta de quem o arguido negoceie vantagens patrimoniais (...) incluindo juros, lucros ou outros benefícios de natureza patrimonial, esses valores são (...) declarados perdidos na sentença condenatória, nos termos previstos nos números seguintes”. Ou seja, em termos práticos, esta disposição legal impõe sempre a declaração de perda das vantagens obtidas com a prática do crime. Nessa medida, esta regra legal traduz a imposição de uma verdadeira pena acessória, não constituindo um regime especial que derogue o regime geral previsto nos Artigos 109.º e 110.º do Código Penal.
- 14 Quanto a este crime de abuso de informação, resulta do n.º 7 do Artigo 378.º uma outra consequência da prática do crime, oponível a terceiros em benefício de quem o crime tenha resultado. De acordo com a citada norma, a pessoa terceira (portanto não arguida), “pode ser demandada no processo crime como parte civil, nos termos previstos no Código de Processo Penal, para efeito da apreensão das vantagens do crime ou da reparação de danos”.

Artigo 379.º

Manipulação do mercado

1. Quem divulgue informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas, realize operações de natureza fictícia ou execute outras práticas fraudulentas que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa.

2. Consideram-se idóneos para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado, nomeadamente, os actos que sejam susceptíveis de modificar as condições de formação dos preços, as condições normais da oferta ou da procura de valores mobiliários ou de outros instrumentos financeiros ou as condições normais de lançamento e de aceitação de uma oferta pública.

3. Os titulares do órgão de administração e as pessoas responsáveis pela direcção ou pela fiscalização de áreas de actividade de um intermediário financeiro que, tendo conhecimento de factos descritos no n.º 1, praticados por pessoas directamente sujeitas à sua direcção ou fiscalização e no exercício das suas funções, não lhes ponham imediatamente termo são punidos com pena de prisão até 4 anos ou pena de multa até 240 dias, se pena mais grave não lhes couber por força de outra disposição legal.

4. (revogado pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho)

5. Se os factos descritos nos n.ºs 1 e 3 envolverem a carteira de uma terceira pessoa, singular ou colectiva, que não seja constituída arguida, esta pode ser demandada no processo crime como parte civil, nos termos previstos no Código de Processo Penal, para efeito da apreensão das vantagens do crime ou da reparação de danos.

6. O disposto neste artigo não se aplica às operações efectuadas pelo Banco Central Europeu, por um Estado, pelo seu banco central ou por qualquer outro organismo designado pelo Estado, por razões de política monetária, cambial ou de gestão de dívida pública, nem às operações de estabilização de preços, quando sejam efectuadas nas condições legalmente permitidas.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 4)

O bem jurídico (anotação 5)

O tipo objectivo (anotações 6 a 11)

O tipo subjectivo (anotação 12)

A pena (anotação 13)

Os dois crimes típicos do mercado bolsista – abuso de informação privilegiada e manipulação de mercado –, estão previstos nos Artigos 378.º e 379.º do Código dos Valores Mobiliários, tal como o está o crime de desobediência, previsto no Artigo 381.º do mesmo diploma.

Este Código dos Valores Mobiliários (Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro de 1999, em vigor desde 1 de Março de 2000), não criou de origem estes tipos de ilícito, que já anteriormente estavam previstos, respectivamente, nos Artigos 666.º e 667.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, de 1991, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril. O Código do Mercado dos Valores Mobiliários foi o primeiro quadro normativo referente ao mercado dos valores mobiliários a merecer o título de código. Vigorou entre 1992 e 2000. Em simultâneo com a sua entrada em vigor, foi criada a CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Por isso, 1991 pode ser considerado o ano do nascimento, em Portugal, dos crimes contra o mercado de valores mobiliários. É uma data tardia, se se tiver como referência a década de 1970, altura em que o mesmo tipo de ilícito foi introduzido em França ou a já longínqua década de 1940, que marcou a criação dos crimes desta natureza nos Estados Unidos da América.

Não obstante, apesar de 1991 ser o ano zero dos crimes de mercado, já desde 1986 que a legislação portuguesa (por via do Código das Sociedades Comerciais de 1986 – Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro) previa dois crimes similares aos que hoje se prevêem no Código dos Valores Mobiliários. No entanto, estes tipos de ilícito, previstos nos Artigos 524.º (abuso de informações) e 525.º (manipulação fraudulenta de cotações de títulos), nunca passaram do papel para a aplicação prática. Eram vagamente aproximados aos crimes que estão previstos na lei actual e foram revogados sem nunca terem sido aplicados: as estatísticas não registam nenhum processo em que tenha havido condenação por um ilícito dos que se referiram. Como já se deixou dito, ao Código das Sociedades Comerciais sucedeu o Código do Mercado dos Valores Mobiliários de 1991, o qual já previa, nos Artigos 666.º

1

2

e 667.º, dois tipos de crime muito semelhantes aos que existem hoje em dia no Código dos Valores Mobiliários, datado de 1999. Não obstante, quanto aos tipos de crime, a versão actual é a que resulta das alterações operadas pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março e pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho.

3 Quanto ao diploma de 2006, procedeu a alterações substanciais na estrutura das infracções. Todavia, teleologicamente as infracções permanecem inalteradas, sendo-lhe corrigidos alguns defeitos que lhe tinham sido detectados, sobretudo ao nível da interpretação. Houve ainda algumas alterações resultantes da necessidade de transpor Directivas da União Europeia sobre a matéria. Estaria em causa, nomeadamente, a Directiva 2003/6/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2003, relativa ao abuso de informação privilegiada e à manipulação de mercado (abuso de mercado). Em suma, a alteração legislativa de 2006, quanto aos tipos de crime, procedeu sobretudo a um ajustamento. Aliás, no preâmbulo deste Decreto-Lei n.º 52/2006, diz-se expressamente que “as alterações são as estritamente necessárias para transpor as Directivas da UE porque o essencial dos tipos mantém-se”.

4 No que respeita ao diploma de 2009, as alterações introduzidas são mínimas, mas muito significativas. De facto, a Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho tinha como propósito proceder “à actualização das molduras penais, que permanecem inalterados desde a década de 90” (texto da Proposta de Lei n.º 227/X, que deu origem à lei). Expressamente, portanto, assumiu o legislador que tinha sido modesto, quer em 1999, quer em 2006 e deixou claro que “a finalidade subjacente a esta alteração foi simultaneamente a de adaptar as molduras das penas (...) à dimensão e características do sector financeiro na actualidade e o de reforçar o efeito de punição e de dissuasão associado ao regime sancionatório”.

Em matéria penal (porque a alteração operou também em matéria de direito de mera ordenação social, “a moldura das penas é elevada de três para cinco anos nos casos já actualmente tipificados, ou seja, quando se verifique (...) a transmissão ou a actuação com base em informação privilegiada e a manipulação de mercado” (assim o refere a já citada Proposta de Lei n.º 227/X, consultável em www.parlamento.pt). Na verdade, em concreto, o trecho final do Artigo 379.º, n.º 1 passou a referir a pena de cinco anos de prisão (em substituição dos três anos de prisão que referia antes) e o n.º 3 do mesmo Artigo 379.º passou a referir a pena de quatro anos de prisão (em substituição dos dois anos de prisão que referia antes).

Concomitantemente, foi revogado o n.º 4 do mesmo Artigo 379.º, que previa a punição da tentativa. Na verdade, à luz do Artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, na versão actual do Artigo 379.º, a tentativa sempre será punível, no caso concreto. Porém, na versão anterior da lei, sendo a pena prevista a de prisão até três anos e até dois anos (n.ºs 1 e 3, respectivamente), ainda segundo o n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a tentativa apenas seria punível havendo expressa disposição nesse sentido, uma vez que não correspondia “ao crime consumado pena superior a três anos de prisão”.

5 O crime de manipulação de mercado tem uma estrutura complexa. É pacífico o entendimento na doutrina de que o interesse protegido pelo tipo de crime é a verdade na formação dos preços, redundando na confiança que em geral os investidores depositam no mercado. A confiança no mercado é um vector essencial ao seu bom funcionamento, tendo em vista que os investidores transaccionem confiantemente valores mobiliários cotados. Sem confiança o mercado não funciona e para que o mercado seja de confiança, é essencial que seja um mercado verdadeiro. Dito de outra forma: é imprescindível que os preços ou cotações que se formam no mercado resultem do natural fluxo de ofertas de venda e ofertas de compra – a

velha lei da oferta e da procura. Para haver confiança no mercado e para haver confiança na formação dos preços é portanto necessário que os preços sejam exclusivamente o resultado de uma oferta de compra e de uma oferta de venda. Em suma, é interesse protegido o da confiança no mercado, encarado como um bem jurídico supra-individual.^a

Deixou-se dito que o interesse protegido pelo crime de manipulação de mercado gravita em volta da confiança no mercado, traduzida pela verdade na formação dos preços. Contra esta verdade e esta confiança no mercado atentará a atitude de quem o manipula para tentar com isto obter vantagens, alterando artificialmente as condições de oferta e de procura ou da formação dos preços.

Esta alteração artificial dos preços pode operar, refere o tipo de crime, por via da divulgação de informações falsas, por via da realização de operações de natureza fictícia, ou ainda através de outras “operações idóneas” à alteração intencional do regular funcionamento do mercado – cfr. n.º 1 do Artigo 379.º

Antes de mais, é importante destacar que todas estas práticas, enunciadas no tipo de crime, não têm que alterar necessariamente o mercado, para que se verifique crime. Pode suceder não haver alteração nenhuma: o que está em causa é a susceptibilidade para alterar as condições de funcionamento do mercado. É o que resulta das leituras combinadas do n.º 1, com o n.º 2 do Artigo 379.º

Numa perspectiva de tipo objectivo, a prática de crime de manipulação de mercado pode revestir duas formas diferentes: por um lado, a da manipulação ela mesma, descrita no n.º 1 do Artigo 379.º; por outro, a do crime de omissão de vigilância, descrita no n.º 3 do mesmo Artigo.

Quanto à primeira forma, o crime pode ser praticado por via da divulgação de informações falsas, incompletas, exageradas ou tendenciosas, ou por via da realização de operações de natureza fictícia ou, ainda, por via de outras práticas fraudulentas idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado.

A divulgação de informação pode ter por objecto informação falsa, entendida como aquela que não corresponde à verdade dos factos relatados. Mas pode também ter por objecto informação incompleta, exagerada ou tendenciosa (ambas terão uma base verdadeira, mas os factos relatados serão apresentados sublinhando-se, de forma eventualmente descontextualizada, apenas alguns elementos, levando a que assim se desvirtue a interpretação do todo). No fundo, esta informação não revela totalmente a realidade a que se refere (ALEXANDRE BRANDÃO DA VEIGA, “Crime de manipulação, defesa e criação de mercado”, Almedina 2001, página 42). Deste elemento deve destacar-se, por não se incluir nele, a divulgação de meras previsões de evolução do mercado, ou de outro tipo de análises de evolução, passada ou futura. Desde logo, este tipo de acção não preencheria o tipo de crime por não ser dolosa: em geral, os analistas do mercado não pretendem com as suas análises, influenciar o mercado. Mas além disso, este tipo de opinião de especialistas vem especificamente identificada como pertencendo a essa categoria e tem como fundamento interpretar e não descrever a realidade bolsista.

Ainda na **primeira forma** de prática do crime, importa referir uma forma mais insidiosa (conhecida no mercado como manipulação silenciosa, por oposição à divulgação de informação, por definição ruidosa) de manipulação do mercado, consubstanciada na realização de “operações de natureza fictícia” ou na execução de “outras práticas fraudulentas que sejam idóneas para alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado” (Artigo 379.º, n.º 1). Serão exemplo de operações de natureza fictícia os negócios de bolsa em que o vendedor e o comprador são a mesma pessoa, ainda que juridicamente se interponha entre ambos alguma outra pessoa (por exemplo uma sociedade *offshore* ou fantasma). O mesmo acontecerá

com a chamada venda circular de valores mobiliários, na qual várias entidades – sempre as mesmas – trocam entre elas, rotativa e sequencialmente, os mesmos valores mobiliários, pretendendo dar com esta actuação a ideia de que sobre aquele título existem muitas transacções. Será ainda exemplo a prática conhecida como “marcar o preço”, que ocorre quando, muito próximo da hora de fecho do mercado, de forma deliberada se introduzem à negociação ofertas de compra de um determinado valor mobiliário por um valor muito mais elevado que o preço até então transaccionado – o propósito será o de que este valor, muito mais elevado que o “normal”, venha a ser mais tarde referido pelos boletins informativos, como o preço de referência no fecho e assim dar a aparência de valorização do título. Todos estes negócios de bolsa têm em comum a circunstância de serem formalmente válidos e juridicamente vinculantes. Mas também têm em comum a característica de os respectivos outorgantes não pretenderem por via deles transaccionar valores mobiliários: a transacção é um mero instrumento que pretende atingir um outro fim; em regra, após a prática dos negócios fraudulentos, a situação real quanto à titularidade de valores mobiliários é idêntica à do início.

- 9 No que concerne à **segunda forma** da prática do crime, descrita no n.º 3 do Artigo 379.º, consubstancia um crime de omissão. Incurrerá na prática do crime quem “tendo conhecimento de factos descritos no n.º 1 (...) não lhes ponham imediatamente termo”. Não obstante, este crime, apenas poderá ser cometido por titulares de órgão de administração ou por pessoas responsáveis pela direcção ou pela fiscalização de áreas de actividade de um intermediário financeiro. E apenas ocorrerá se esses titulares tiverem conhecimento de actos de manipulação de mercado, como os descritos no n.º 1 do Artigo 379.º, os quais estiverem a ser praticados por pessoas directamente sujeitas à sua direcção ou fiscalização, no exercício das suas funções. Trata-se portanto de um **crime de omissão**, que praticará quem, estando obrigado a fiscalizar pessoas que trabalham na sua dependência, presença ou toma conhecimento de actos de manipulação de mercado e não exerce o seu poder funcional para lhe pôr termo. Importa anotar, a este propósito, que o n.º 3 do Artigo 379.º não utiliza conceitos e categorias do direito comercial e societário. As expressões “titulares de órgão de administração” e “pessoas responsáveis pela direcção ou pela fiscalização” não têm correspondência no direito societário. Portanto, terá o intérprete que fazer uma integração de acordo com a substância das funções do titular do cargo em causa em cada caso concreto.
- 10 A propósito dos **elementos objectivos** do tipo de crime, discutiu-se já nos tribunais se está implicitamente descrito no crime de manipulação de mercado o intuito lucrativo e, portanto, concomitantemente, se deverá apurar-se a vantagem do agente. Como mais abaixo se verá, a circunstância de o agente do crime vir a ter benefício económico com a prática de crime é relevante no momento da determinação da pena. Porém, é algo absolutamente exterior ao tipo. A este propósito e neste sentido se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 29 de Setembro de 2004 (consultável em www.pgdlisboa.pt) no qual se diz que “para o julgamento do crime de manipulação de mercado, previsto e punido pelo artigo 379.º do CVM, não se mostra essencial a realização de perícia para o apuramento de mais-valias; a definição de quanto é dispendido nessas operações é alheia ao tipo legal, como também é a de saber o valor pelo qual foram depois vendidas as acções”.
- 11 Ainda numa perspectiva de preenchimento dos elementos objectivos do tipo de manipulação de mercado, tem a doutrina suscitado uma questão que também tem sido discutida nos tribunais, a qual é a do rigoroso momento e do específico local em que se consuma este tipo de crime. Esta questão tem sido originada pela circunstância de, nos dias de hoje, toda a negociação bolsista se processar em

plataformas electrónicas com acesso remoto, por via das redes de comunicação, facilmente disponíveis para todos aqueles que têm legítimo acesso a ela, independentemente do local em que se encontrem. Apesar da negociação ser processada electronicamente, os investidores não têm acesso à plataforma de negociação, devendo para o efeito recorrer a um intermediário financeiro. Por outro lado, após a negociação, procede-se à liquidação financeira das transacções. Para esse efeito, são movimentadas contas bancárias e contas de valores mobiliários, pertencentes aos investidores.

Todas estas realidades – o escritório do intermediário financeiro, a instituição bancária onde está domiciliada a conta do cliente, a própria localização física do cliente, quando dá ordens de bolsa que corporizam manipulação de mercado –, podem estar localizadas em pontos muito distanciados. Ou seja, na prática, o crime pode ter várias ligações territoriais, importando saber quando e onde se consuma. Esta questão foi já debatida no processo NUIPC 12421/01.7TDLSB da Comarca de Lisboa, onde se discutiam actos de manipulação de mercado de um agente que residia e actuou num determinado local, estando o escritório do intermediário financeiro num segundo local e o sistema informático num terceiro. Concluiu o tribunal que a introdução de dados no sistema informático traduz apenas a prática de actos instrumentais à execução do crime – essa introdução de dados não faz parte do tipo de crime, já que a consumação se verifica apenas quando se forma o negócio fraudulento. Daqui retirou o tribunal que o crime se consumará no momento em que o sistema informático que aloja o sistema de negociação cruza a ordem de bolsa fraudulenta com uma outra. Portanto, o crime consumar-se-á no local onde está fisicamente localizado o computador da entidade gestora do mercado bolsista.

Quanto ao **tipo subjectivo**, no que respeita à primeira modalidade da prática do crime (Artigo 379.º, n.º 1) a versão actual da lei é simplista e requer apenas que as condutas delituosas sejam praticadas com dolo, nos termos gerais do Artigo 14.º do Código Penal. Exige-se, portanto, apenas dolo genérico quanto à natureza das informações divulgadas, ou à natureza das operações fictícias, ou ainda quanto à natureza das manobras fraudulentas. Não exige o tipo dolo específico, por exemplo de alteração do funcionamento do mercado.

O crime de manipulação de mercado, descrito no Artigo 379.º, é punido com **pena** de prisão até 5 anos ou com pena de multa, no caso do n.º 1 e com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 240 dias, no caso do n.º 3. Para além destas penas principais, por força do Artigo 380.º do Código dos Valores Mobiliários, poderá ainda haver lugar à aplicação de penas acessórias específicas. Nesta norma prevêem-se, em particular, a pena acessória de interdição do exercício de profissão ou actividade relacionada com o crime (alínea a) do Artigo 380.º) e a pena acessória de publicação da sentença a expensas do arguido (alínea b) do mesmo Artigo). Nesta sede tem ainda que referir-se a particularidade do regime resultante do Artigo 380.º-A do Código dos Valores Mobiliários, introduzido pela alteração legislativa de 2006. Neste artigo prevê-se um regime especial de apreensão e perda das vantagens do crime, de acordo com o qual “sempre que o facto ilícito gerar para o arguido ou para terceiro por conta de quem o arguido negoceie vantagens patrimoniais (...) incluindo juros, lucros ou outros benefícios de natureza patrimonial, esses valores são (...) declarados perdidos na sentença condenatória, nos termos previstos nos números seguintes”. Ou seja, em termos práticos, esta disposição legal impõe sempre a declaração de perda das vantagens obtidas com a prática do crime. Nessa medida, esta regra legal traduz a imposição de uma verdadeira pena acessória, não constituindo qualquer regime especial que derogue o regime previsto nos Artigos 109.º e 110.º do Código Penal.

Artigo 381.º

Desobediência

1. Quem se recusar a acatar as ordens ou os mandados legítimos da CMVM, emanados no âmbito das suas funções de supervisão, ou criar, por qualquer forma, obstáculos à sua execução incorre na pena prevista para o crime de desobediência qualificada.

2. Na mesma pena incorre quem não cumprir, quem dificultar e quem defraudar a execução das sanções acessórias ou das medidas cautelares aplicadas em processo de contra-ordenação.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A pena (anotação 5)

- 1 O Código dos Valores Mobiliários (Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro de 1999, em vigor desde 1 de Março de 2000), não criou de origem este tipo de ilícito, de desobediência, previsto no Artigo 381.º, o qual já anteriormente estava previsto no Artigo 668.º do Código do Mercado de Valores Mobiliários, de 1991, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril. Não obstante, o tipo de crime descrito no Decreto-Lei n.º 142-A/91 não coincide completamente com aquele que hoje em dia vigora, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 52/2006, de 15 de Março. O Código do Mercado dos Valores Mobiliários foi o primeiro quadro normativo referente ao mercado dos valores mobiliários a merecer o título de código. Vigorou entre 1992 e 2000. Em simultâneo com a sua entrada em vigor, foi criada a CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Este Código dos Valores Mobiliários foi recentemente alterado pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho. Todavia, esta lei, que alterou as molduras penais dos tipos de crime de abuso de informação privilegiada e de manipulação de mercado, em nada alterou o tipo de crime de desobediência, descrito no Artigo 381.º
- 2 Com a criação deste tipo pretende o legislador, conferindo tutela penal, fazer respeitar as deliberações da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários. Ou seja, é interesse protegido deste crime o do respeito pela instituição pública que é a CMVM e pelas suas deliberações, na respectiva actividade de aplicação da lei e em particular no âmbito das suas funções de supervisão. Não difere, pois este crime, do crime matricial previsto no Artigo 348.º do Código Penal, em relação ao qual a doutrina identifica, como interesse protegido, o da autonomia intencional do Estado, traduzida na possibilidade de concretizar as suas actividades e deliberações sem oposição por parte de outrem e, em particular, por parte dos destinatários dessas actividades e deliberações.
- 3 Não cabe no âmbito deste comentário abordar as genéricas questões respeitantes à desobediência, tal como ela resulta da matriz consagrada no Código Penal. Pretende-se apenas deixar aqui nota da especificidade deste formato, consagrado no Artigo 380.º do Código dos Valores Mobiliários. A desobediência descrita nesta lei especial pode consubstanciar três modalidades diferentes. Assim, desde logo, nos termos da primeira parte do n.º 1 do Artigo 380.º, incorrerá na prática de crime “quem se recusar a acatar as ordens ou os mandados legítimos da CMVM, emanados no âmbito das suas funções de supervisão”. Não há, nesta formulação, divergência de relevo, em relação à previsão do Artigo 348.º do Código Penal.

Mas incorrerá também na prática de crime quem “criar, por qualquer forma, obstáculos à execução” de ordens ou os mandados legítimos da CMVM, emanados no âmbito das suas funções de supervisão (é a segunda parte do n.º 1 do Artigo 380.º) e ainda quem “não cumprir, quem dificultar e quem defraudar a execução das sanções acessórias ou das medidas cautelares aplicadas em processo de contra-ordenação” (n.º 2 do Artigo 380.º). Estas duas formas de execução do crime, não extravasam os princípios gerais da previsão do Código Penal, limitando-se a especificar uma muito alargada gama de actuações que se considera ilícita e punível como desobediência. Com estas previsões pretendeu o legislador garantir, com tutela penal, o cumprimento das ordens da CMVM e, bem assim, a execução pronta de sanções acessórias aplicadas em processos de contra-ordenação. Pretendeu ainda reforçar a eficácia, por via da tutela penal, da imposição de medidas cautelares em processos de contra-ordenação.

Estas formas especiais de prática do crime de desobediência não são acompanhadas de especiais exigências quanto ao **tipo subjectivo**: o crime é doloso, tal como é doloso o modelo do Artigo 348.º do Código Penal. O dolo é genérico, bastando-se portanto o tipo de crime com a intenção do agente de praticar os actos que traduzam recusa de acatar ordens, ou criação de obstáculos à execução de ordens, ou dificultar ou defraudar a execução das sanções acessórias ou medidas cautelares aplicadas em processo de contra-ordenação.

O Artigo 380.º do Código dos Valores Mobiliários, descrevendo formas especiais de prática do crime de desobediência, não lhe faz corresponder nenhuma **pena**. Opta o legislador por remeter para o regime geral, fazendo corresponder a estes crimes a pena prevista para o crime de desobediência qualificada. Remete, portanto, para o regime do Artigo 348.º, n.º 2 do Código Penal, que estipula a pena “de prisão até dois anos ou de multa até 240 dias nos casos em que uma disposição legal cominar a punição da desobediência qualificada”.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA VERDELHO

Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada (Artigo 13.º)

CAPÍTULO V

Regime sancionatório

Artigo 13.º

Falsidade de informações

1. Quem, sendo membro dos órgãos sociais das instituições de crédito e sociedades financeiras, seu empregado ou a elas prestando serviço, ou funcionário da administração fiscal, fornecer informações ou entregar documentos falsos ou deturpados no âmbito de procedimento ordenado nos termos do capítulo II é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou multa não inferior a 60 dias.

2. Na mesma pena incorre quem, sem justa causa, se recusar a prestar informações ou a entregar documentos ou obstruir a sua apreensão.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 4)

O tipo objectivo (anotações 5 e 6)

- 1 A norma que agora se comenta está inserida na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira, a qual teve origem numa Proposta de Lei (com o n.º 94/VIII), apresentada pelo Governo à Assembleia da República em Julho de 2001. Esta Proposta de Lei veio a acolher a aprovação, na generalidade, de todos os partidos com representação parlamentar (embora na especialidade certos detalhes tenham merecido reprovação dos partidos da oposição).
Por este diploma normativo foram criadas medidas especiais em matéria de derrogação do segredo fiscal e das entidades financeiras, de registo de voz e imagem enquanto meio de prova e de perda em favor do Estado das vantagens do crime. Merece particular referência, neste comentário, a circunstância de se terem criado normas especiais de acesso a informação coberta pelo segredo bancário e fiscal. O segredo profissional das instituições financeiras constituía, para o legislador da época, um sério obstáculo à investigação criminal, impondo-se criar normas que o permitissem ultrapassar convenientemente.
- 2 O regime geral do sigilo bancário e da sua derrogação, para fins de investigação criminal, resulta da conjugação do Artigo 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro) e dos Artigos 135.º, 181.º e 182.º do Código de Processo Penal. Segundo estas normas, compete ao juiz de instrução determinar a junção a processos em investigação de documentos sujeitos a sigilo bancário. A Lei n.º 5/2002 pretende afastar este regime geral, pouco eficaz num ponto de vista da investigação criminal. Aquele regime geral do Código de Processo Penal, aplicável à esmagadora maioria das investigações, conduz quase necessariamente a um processo judicial em que deve ser dirimido o conflito de interesses entre as autoridades responsáveis pela investigação e as pessoas que invocam um segredo profissional. E, portanto, faz perder a eficácia num sem fim de diligências complexos e demoradas, levando a que a obtenção de informações por parte do Ministério Público ou dos órgãos de polícia criminal seja um processo que demora meses ou até anos, atraso que inevitavelmente se reflecte numa investigação morosa e, por vezes, completamente ineficaz.

Por via da Lei n.º 5/2002, veio conceder-se competência legal para solicitar as informações sujeitas a sigilo à autoridade judiciária titular da direcção do processo, quando esteja em causa certo tipo de investigações. Esta possibilidade é altamente relevante para a fase de inquérito, no qual o Ministério Público, que dirige a investigação, pode solicitar directamente informações às entidades financeiras e à administração fiscal, se a concreta investigação em causa visar um dos crimes previstos neste diploma. É o que resulta do disposto no n.º 1 do Artigo 2.º da Lei, que prevê, para estes crimes, que “nas fases de inquérito, instrução e julgamento (...) o segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito e sociedades financeiras, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como o segredo dos funcionários da administração fiscal, cedem, se houver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade”. Adianta-se ainda, no n.º 2, que esta “cedência” do segredo “depende unicamente de ordem da autoridade judiciária titular da direcção do processo, em despacho fundamentado”. Em consequência da enunciação destes princípios, avança o n.º 2 do Artigo 3.º, “as instituições de crédito e as sociedades financeiras são obrigadas a fornecer os elementos” que lhe forem solicitados.

O tipo de crime de falsidade de informações, previsto no Artigo 13.º que agora se comenta, vai ao encontro destes interesses: por um lado, pretende garantir mediante tutela penal que as informações solicitadas são efectivamente fornecidas (cfr. n.º 2). Por outro lado, tem como objectivo garantir que as informações e restantes elementos fornecidos não sejam “falsos ou deturpados”. Portanto, incorrerá na prática de crime quem “fornecer informações ou entregar documentos falsos ou deturpados”. Este tipo de crime, assemelha-se ao crime de falsas declarações. Mas não se sobrepõe ao mesmo. Exige-se, para que se preencha, apenas dolo genérico em relação à acção, não se afigurando que possa exigir-se qualquer outro tipo de intencionalidade, para que se verifique crime.

Como se disse, por outro lado, incorrerá na prática de crime quem se “recusar a prestar informações ou a entregar documentos ou obstruir a sua apreensão”. Tendo como referência o que acima se disse, descreve a lei dois tipos criminais diferentes. Este último que se referiu será preenchido por quem deixar de cooperar com as autoridades, quando for solicitado para o efeito. Preencherá, portanto, o **tipo objectivo** de crime aquele que recusar fornecer documentação ou informações, refere a lei, sem justa causa. Pressupõe este tipo de crime que o agente do crime tenha competência legal e funcional para fornecer aqueles documentos ou informações. Supõe ainda que a sua recusa de cooperação seja sem justa causa, conceito que haverá que preencher no caso concreto, de acordo com o ordenamento jurídico na sua amplitude. Como se disse, este tipo de crime assemelha-se ao crime de desobediência, cuja verificação, neste tipo de situações, afasta, por ser especial em relação ao mesmo. Na verdade, prevendo-se especificamente neste caso uma infracção criminal para a recusa de cooperação, não se afigura verosímil que possa ocorrer desobediência, de âmbito muito mais alargado e generalizado. Fica por esclarecer na lei a delimitação do que será “recusar a prestar informações” daquilo que será apenas mera demora na prestação dessas informações.

O Artigo 3.º da Lei n.º 5/2002, no seu n.º 2, estabelece prazos para a entrega dos documentos solicitados. Assim, estabelece-se naquele n.º 2 que “as instituições de crédito e as sociedades financeiras são obrigadas a fornecer os elementos solicitados, no prazo de” 5 dias, “quanto a informações disponíveis em suporte informático” e de 30 dias, “quanto aos respectivos documentos de suporte e a informações não disponíveis em suporte informático”. Porém, não se comina aqui, expressamente, uma sanção para a entrega fora do prazo ou a não entrega. Pelo contrário, cria-se

uma solução alternativa, no n.º 3, onde se dispõe que se “o pedido não for cumprido dentro do prazo, ou houver fundadas suspeitas de que tenham sido ocultados documentos ou informações, a autoridade judiciária titular da direcção do processo procede à apreensão dos documentos, mediante autorização, na fase de inquérito, do juiz de instrução”. Assim, num primeiro momento, a não satisfação do pedido apenas dá origem a uma reacção meramente processual. Esta não satisfação não representa já uma recusa, como exige o tipo de crime. Para que haja “recusa” terá que verificar-se uma qualquer atitude positiva nesse sentido. Não bastará a mera abstenção de fornecimento de informação. Importa considerar nesta sede o teor do Artigo 14.º da Lei n.º 5/2002, que qualifica como contra-ordenação a não satisfação dos pedidos de informação feitos pelas autoridades judiciárias. A previsão desta contra-ordenação, consubstanciada na mera não satisfação de solicitação, corrobora a necessidade de algo mais para que se consubstancie a recusa exigida pelo tipo de crime.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA VERDELHO

Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, que estabelece o regime jurídico de ingresso e permanência na actividade da construção (Artigo 48.º)

Artigo 48.º

Responsabilidade criminal

1. O desrespeito pelas decisões tomadas pelo IMOPPI, nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 38.º e no n.º 1 do artigo 41.º do presente diploma, integra o crime de desobediência nos termos do artigo 348.º do Código Penal.

2. A remoção, destruição, alteração, danificação ou qualquer outra forma de actuação que impeça o conhecimento do edital afixado ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 41.º integra o crime de arrancamento, destruição ou alteração de editais, nos termos do artigo 357.º do Código Penal.

3. As falsas declarações e as falsas informações prestadas, no âmbito dos procedimentos previstos no presente diploma, pelos empresários em nome individual, representantes legais das sociedades comerciais e técnicos das empresas integram o crime de falsificação de documentos, nos termos do artigo 256.º do Código Penal.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 3)

O bem jurídico do crime de desobediência (anotações 4 e 5)

O tipo objectivo do crime de desobediência (anotações 6 e 7)

O tipo subjectivo do crime de desobediência (anotação 8)

A comparticipação do crime de desobediência (anotação 9)

A pena do crime de desobediência (anotação 10)

O bem jurídico do crime de arrancamento, destruição ou alteração de editais (anotação 11)

Considerações gerais (anotação 12)

O tipo objectivo do crime de arrancamento, destruição ou alteração de editais (anotação 13)

O tipo subjectivo do crime de arrancamento, destruição ou alteração de editais (anotação 14)

A comparticipação do crime de arrancamento, destruição ou alteração de editais (anotação 15)

A pena do crime de arrancamento, destruição ou alteração de editais (anotação 16)

O IMOPPI foi substituído pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (InCI, I.P.) que passou a ser a entidade reguladora do sector da construção e do imobiliário. Em sede de decisões tomadas pelo InCI, I.P., quando a gravidade da infracção o justifique, podem ser aplicadas as seguintes **sanções acessórias**, nos termos do regime geral das contra-ordenações: interdição do exercício da actividade; suspensão dos títulos de registo e dos alvarás; privação do direito de participar em feiras ou mercados; e privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos (cfr. n.º 1 do art. 38.º deste diploma). Estas sanções têm a duração máxima de dois anos contados a partir da decisão condenatória definitiva (cfr. n.º 3 do art. 38.º deste diploma). A aplicação das sanções de suspensão ou interdição implica a entrega imediata do alvará ou título de registo e a invalidade de todas as suas eventuais reproduções, ficando ainda a empresa obrigada a comunicar ao InCI, I.P. as obras que tem em curso (cfr. n.º 2 do art. 38.º deste diploma). A empresa sujeita às sanções de suspensão ou interdição deve, para reinício da actividade, cumprir as condições exigidas pelo art. 11.º (cfr. n.º 4 do art. 38.º).

Quando se revele necessário para a instrução do processo de contra-ordenação ou resultem fortes indícios da prática de facto que constitua contra-ordenação nos termos deste diploma, o InCI, I.P., pode determinar uma das seguintes medidas: a **suspensão preventiva total ou parcial da actividade**, no caso de violação do disposto no n.º 1 do art. 4.º (o exercício da actividade da construção depende de

alvará a conceder pelo InCI, I.P., ficando o seu titular autorizado a executar os trabalhos enquadráveis nas habilitações no mesmo relacionadas) e no n.º 1 do art. 6.º (quando a natureza dos trabalhos se enquadre nas subcategorias previstas na portaria referida no n.º 5 do presente artigo e o seu valor não ultrapasse 10% do limite fixado para a classe 1, a execução dos mesmos pode ser efectuada por detentor de título de registo, a conceder pelo InCI, I.P.) – a aplicação da medida efectua-se mediante notificação pessoal e via postal ou mediante a afixação de editais nas instalações da empresa ou nos locais de acesso aos estaleiros das obras onde a mesma esteja a exercer a actividade – e a **suspensão da apreciação de pedido de classificação, reclassificação ou revalidação** formulado pela empresa junto do InCI, I.P. Estas medidas vigoram, consoante os casos, até ao seu levantamento pelo presidente do conselho de administração do InCI, I.P. ou por decisão judicial; ou até ao início da aplicação da sanção acessória de interdição do exercício da actividade. Não obstante, as medidas cautelares referidas no n.º 1 têm a duração máxima de um ano contado a partir da decisão que as imponha.

- 4 Crime de desobediência. No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, «Crimes contra a Autoridade Pública», in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – *Comentário do Código Penal...*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.
- 5 O crime de desobediência é um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e **de mera actividade** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).
- 6 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão proferida pelo InCI, I.P., transitada em julgado, traduzido no(a):
 - Exercício a actividade da construção e se encontrar interdito do exercício da actividade (e esta sanção acessória implica a interdição de finalizar as obras em curso e de celebrar novos contratos de empreitada de obras públicas ou particulares e de praticar todos e quaisquer actos relacionados com a actividade, seja para que efeito for, junto de entidades licenciadoras ou donos de obra – cfr. art. 39.º, n.º 1);
 - Celebração de novos contratos de empreitada de obras públicas ou particulares e na de prática de todos e quaisquer actos relacionados com a actividade, seja para que efeito for, junto de entidades licenciadoras ou donos de obra, encontrando-se suspenso o título de registo e do alvará (cfr. n.º 1 do art. 40.º);
 - Participação em feiras ou mercado – encontrando-se privado desse direito;
 - Participação em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas e a concessão de serviços públicos – encontrando-se privado deste direito;
 - Na violação as medidas cautelares referidas atrás.O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada.

O agente frustra as intenções estaduais manifestadas num acto jurídico – público individual e concreto que lhe é dirigido, fazendo prevalecer a sua vontade sobre legítimas imposições, proibições ou interdições emanadas da autoridade pública (administração ou tribunais) de que é destinatário. Mediante esta incriminação procura-se sancionar o incumprimento de sanções impostas por sentença criminal ou decisão administrativa que não possuam outro meio de assegurar a sua eficácia. Destaca-se, deste modo, enquanto valor merecedor de protecção penal, a efectividade da sentença criminal ou da decisão administrativa impositora de sanções acessórias. A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – (sobre o regime dos actos orais, cfr. art. 126.º do Código de Procedimento Administrativo; sobre notificações – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo).

7

O agente tem que ter conhecimento efectivo da ordem, não bastando que o meio de fazer chegar a ordem ao conhecimento do seu destinatário se mostre formalmente irrepreensível; torna-se necessário que aquele se tenha inteirado, de facto, do seu conteúdo. A comunicação deve ser suficiente para fundar o dolo do incumpridor daquele que desobedece à ordem.

Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpre – consciente e voluntariamente – a «ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente».

8

A **complicação** rege-se pelas regras gerais.

9

A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al. a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

10

Crime de arrancamento, destruição ou alteração de editais. No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autoridade das «providências públicas», comunicadas por edital (cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit, p. 840).

11

Quando se revele necessário para a instrução do processo de contra-ordenação ou resultem fortes indícios da prática de facto que constitua contra-ordenação nos termos deste diploma, o InCI, I.P., pode determinar a **suspensão preventiva total ou parcial da actividade**, no caso de violação do disposto no n.º 1 do art. 4.º (o exercício da actividade da construção depende de alvará a conceder pelo InCI, I.P., ficando o seu titular autorizado a executar os trabalhos enquadráveis nas habilitações no mesmo relacionadas) e no n.º 1 do art. 6.º (quando a natureza dos trabalhos se enquadre nas subcategorias previstas na portaria referida no n.º 5 do presente artigo e o seu valor não ultrapasse 10% do limite fixado para a classe 1, a execução dos mesmos pode ser efectuada por detentor de título de registo, a conceder pelo InCI, I.P.). A aplicação da medida efectua-se mediante notificação pessoal e via postal ou mediante a afixação de editais nas instalações da empresa ou nos locais de acesso aos estaleiros das obras onde a mesma esteja a exercer a actividade.

12

O **tipo objectivo** consiste na destruição, danificação, alteração ou inutilização ou qualquer outra forma de actuação que impeça a finalidade funcional do edital afixado.

13

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

14

A **complicação** rege-se pelas regras gerais.

15

A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou com multa até 120 dias (cfr. art. 357.º do Código Penal).

16

Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto, que regula o exercício das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária (Artigos 49.º e 50.º)

SECÇÃO II Responsabilidade criminal

Artigo 49.º *Responsabilidade por ilícitos criminais*

1. O não cumprimento da medida cautelar ou de sanção acessória previstas, respectivamente, na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 43.º e no artigo 45.º, quando regularmente determinadas e comunicadas pelo IMOPPI, integra o crime de desobediência, previsto no artigo 348.º do Código Penal.

2. A prestação de falsas declarações ou falsas informações escritas, no âmbito dos procedimentos administrativos previstos no presente diploma, por empresário em nome individual, administrador, gerente ou director de sociedade comercial, integra o crime de falsificação de documento, previsto no artigo 256.º do Código Penal.

Sumário da anotação:

Considerações gerais sobre o crime de desobediência (anotação 1)

O bem jurídico do crime de desobediência (anotação 2)

O tipo objectivo do crime de desobediência (anotações 3 a 5)

O tipo subjectivo do crime de desobediência (anotação 6)

A comparticipação do crime de desobediência (anotação 7)

A tentativa do crime de desobediência (anotação 8)

A pena do crime de desobediência (anotação 9)

Considerações gerais sobre o crime de falsificação de documentos (anotação 10)

O bem jurídico do crime de falsificação de documentos (anotações 11 e 12)

O tipo objectivo do crime de falsificação de documentos (anotação 13)

O tipo subjectivo do crime de falsificação de documentos (anotação 14)

A tentativa do crime de falsificação de documentos (anotação 15)

A comparticipação do crime de falsificação de documentos (anotação 16)

A pena do crime de falsificação de documentos (anotação 17)

- 1 O IMOPPI foi substituído pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (InCI, I.P.) que passou a ser a entidade reguladora do sector da construção e do imobiliário.
- 2 Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, «[o] tipo de **crime de desobediência**, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado» (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). «Substancialmente – considera CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjectivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes:

ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado» (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento do conteúdo e âmbito da decisão proferida pelo InCI, I.P, transitada em julgada, traduzido no(a): 3

- Manutenção da abertura (ou reabertura) do estabelecimento;
- Exercício da actividade mediação imobiliária e de angariação imobiliária
- Participação em feiras ou mercados – encontrando-se privado desse direito;
- Violação da medida cautelar referida na al. a) do n.º 1 do artigo 43.º deste diploma.

O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada.

O agente frustra as intenções estaduais manifestadas num acto jurídico – público individual e concreto que lhe é dirigido, fazendo prevalecer a sua vontade sobre legítimas imposições, proibições ou interdições emanadas da autoridade pública (administração ou tribunais) de que é destinatário. Mediante esta incriminação procura-se sancionar o incumprimento de sanções impostas por sentença criminal ou decisão administrativa que não possuam outro meio de assegurar a sua eficácia. Destaca-se, deste modo, enquanto valor merecedor de protecção penal, a efectividade da sentença criminal ou da decisão administrativa impositora de sanções acessórias.

Quando existam fortes indícios da prática de contra-ordenação punível com coima cujo limite máximo seja igual ou superior a € 15 000 ou quando se verifique a existência de perigo de destruição de meios de prova necessários à instrução do processo de contra-ordenação ou de continuação da prática da infracção, o InCI, I.P. pode determinar a aplicação da medida de encerramento preventivo de estabelecimento, no caso de violação do disposto no n.º 1 do art. 5.º (o exercício da actividade de mediação imobiliária depende de licença a conceder pelo InCI, I.P.) ou de contra-ordenação relacionada com o funcionamento do estabelecimento, considerando a gravidade da infracção e da culpa do agente (cf. al. a) do n.º 1 do art. 43.º). 4

Em sede de decisões tomadas pelo InCI, I.P., quando a gravidade da infracção o justifique, podem ser aplicadas às empresas de mediação imobiliária e aos angariadores imobiliários as seguintes sanções acessórias, nos termos do regime geral das contra-ordenações: encerramento de estabelecimento; interdição do exercício da actividade; ou privação do direito de participar em feiras ou mercados (cfr. n.º 1 do art. 45.º deste diploma). Estas sanções têm a duração máxima de dois anos contados a partir da decisão condenatória definitiva (cfr. n.º 2 do art. 45.º deste diploma). Compete ao InCI, I.P, a execução das medidas cautelares previstas no art. 43.º, bem como das sanções acessórias previstas no art. 45.º, podendo confiar a execução de medidas cautelares e sanções acessórias às autoridades policiais (cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 47.º). Impõe-se, igualmente, a regularidade na transmissão, porque os destinatários da norma ou mandado têm que tomar conhecimento pleno deles. A **ordem** envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei, que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a 5

ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário).

No art. 42.º encontram-se estabelecidas as modalidades de notificação. Quando a execução seja confiada às autoridades policiais, do mandado deve constar expressamente a cominação do crime de desobediência.

- 6 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpra – consciente e voluntariamente – a «ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente».
- 7 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.
- 8 A escassa gravosidade da pena (pena de prisão até 1 ano) aliada à ausência de menção específica em contrário (cfr. art. 13.º do Código Penal), impede a punibilidade da **tentativa**.
- 9 A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al. *a*) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).
- 10 Agentes do **crime de falsificação de documento** são o empresário em nome individual, administrador, gerente ou director de sociedade comercial. Constituindo a falsificação de documentos uma falsificação declaração incorporada no documento cumpre distinguir as diversas formas que o acto de falsificação pode assumir: falsificação material e ideológica. Enquanto na **falsificação material** o documento não é genuíno, na falsificação ideológica o documento é inverídico: tanto é inverídico o documento que foi objecto de uma falsificação intelectual como no caso de falsidade em documento. Na **falsificação intelectual** o documento é falsificado na sua substância, na falsificação material o documento é falsificado na sua essência material. Nas situações previstas no preceito em anotações, as informações ou declaração prestadas nos dois documentos – o termo de responsabilidade e o livro de obra – mostram-se inverídicas, ou seja, em documento prestam-se declarações ou informações de um facto falso juridicamente relevante; trata-se, pois, de uma narração de facto falso (sobre a matéria, cfr. HELENA MONIZ, O Crime de falsificação de documento – Da Falsificação Intelectual e da Falsidade em Documento, 1999, pp. 87 e ss., 181 ss., particularmente 221 e ss.).
- 11 O crime de falsificação de documentos é um **crime de mera actividade ou crime formal**. Apenas pode ser praticado por acção, de **perigo abstracto** (casos das als. *a*) a *d*) do n.º 1 do art. 256.º) ou de **dano** (casos das als. *e*) e *f*) do n.º 1 do art. 256.º) – entre outros, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica, 2008, p. 672)
- 12 O **bem jurídico** do crime de falsificação de documentos é o da segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório no que respeita a prova documental (cfr. HELENA MONIZ, ob. cit., 1999 pp. 41 e ss.).
- 13 Basta para a consumação do crime a prestação de falsas declarações ou falsas informações escritas, no âmbito dos procedimentos administrativos previstos no presente diploma enquanto facto falso juridicamente relevante. Sobre os procedimentos administrativos e respectivos conteúdos ou menções, cfr. P. n.º 1327/2004, de 19 de Outubro, que regulamenta os procedimentos administrativos previstos no Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto, que regula o regime jurídico das actividades de mediação imobiliária e de angariação imobiliária.
- 14 É um crime intencional, isto é, o agente necessita de actuar com “intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo”. Não se exige, no entanto, uma específica intenção de provocar um engano no outro.

A tentativa é punível. Quanto à desistência, cfr. art. 24.º, n.º 1, <i>in fine</i> , do Código Penal.	15
A complicação rege-se pelas regras gerais.	16
A pena aplicável é a de prisão até 3 anos ou pena de multa (cfr. n.º 1 do art. 256.º).	17

Artigo 50.º

Menções especiais

1. A escritura pública ou documento particular que titule negócio sobre bem imóvel deve mencionar se o mesmo foi objecto de intervenção de mediador imobiliário, com indicação, em caso afirmativo, da respectiva denominação social e número de licença, bem como a advertência das consequências penais previstas no n.º 2 a que os outorgantes ficam sujeitos, devendo o notário, para o efeito, exarar o que aqueles houverem declarado.

2. Quem, depois de ter sido advertido das consequências penais a que se expõe, recusar prestar, omitir ou falsear as informações previstas no n.º 1, perante notário ou funcionário nomeado para sua substituição, incorre na pena prevista para o crime de falsidade de depoimento ou declaração.

3. Quando haja indícios da intervenção, na mediação de negócios sobre bens imóveis de pessoa singular ou colectiva que não seja titular de licença para o exercício da actividade de mediação imobiliária, o notário deve enviar ao IMOPPI, até ao dia 15 de cada mês, cópia das respectivas escrituras notariais para efeitos de averiguação da prática de contra-ordenação.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 a 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

As causas de justificação (anotação 8)

A pena (anotação 9)

Com esta disposição procurou-se criar maior envolvimento e responsabilização dos intervenientes no mercado da mediação imobiliária e de angariação imobiliária, inserindo-se a obrigação dos outorgantes de negócio jurídico sobre bens imobiliários declararem e identificarem, no momento da escritura pública e na presença de notário, a intervenção de mediador na realização e formalização do negócio. O IMOPPI foi substituído pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. (InCI, I.P.) que passou a ser a entidade reguladora do sector da construção e do imobiliário. O **bem jurídico** protegido nesta incriminação prende-se com a segurança e a credibilidade na força probatória de um documento destinado ao tráfico jurídico, protegendo-se a veracidade das menções obrigatórias referidas no n.º 1. O **tipo objectivo** consiste na (a) recusa de prestação de declaração ou da menção; ou (b) omissão ou falsidade da declaração, menção ou informação, relativamente à intervenção de mediador imobiliário, com indicação, em caso afirmativo, da respectiva denominação social e número de licença, em negócio sobre bem imóvel. Só podem ser agentes do crime, os outorgantes de escritura pública ou documento particular que titule negócio sobre bem imóvel. A declaração (ou a sua recusa) tem lugar perante notário ou funcionário nomeado para sua substituição, devendo os intervenientes na escritura pública ou no documento particular (outorgantes) ser advertidos das consequências penais a que se expõe, ficando tudo exarado no respectivo documento.

- 6 Relativamente ao elemento típico “falsidade”, não obstante as dificuldades, propendemos para a denominada teoria objectiva – a falsidade da declaração afere-se pela sua conformidade com o acontecimento real a que ela se reporta. Sobre esta temática e para maiores desenvolvimentos, remete-se para A. MEDINA DE SEIÇA, Comentário Conimbricense do Código Penal (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 473-478). Não obstante, importa ter presente que a falsidade objectiva não equivale sem mais à tipicidade: a declaração pode não ser conforme com a realidade porque o agente se enganou ou laborou em premissas erradas. No entanto, este aspecto é para ser objecto de consideração em sede do tipo subjectivo que exige o *dolo* do agente.
- 7 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, as falsas declarações negligentes não são puníveis. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Requer-se, em primeiro lugar, a consciência da falsidade, da recusa ou omissão.
- 8 Se o agente acreditar erroneamente que é verdade algo objectivamente falso, existe um erro sobre a factualidade típica relevante que exclui o dolo (cfr. n.º 1 do art. 16.º do Código Penal) e a punição. Estado de necessidade – cfr. art. 34.º do Código Penal.
- 9 A **pena** aplicável é a de prisão de até 3 anos ou pena de multa (cfr. n.º 1 do art. 359.º do Código Penal); agravação – cfr. art. 361.º do Código Penal; retractação – cfr. art. 362.º do Código Penal.

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprova o Código dos Contratos Públicos (Artigo 464.º)

Artigo 464.º

Responsabilidade criminal

O desrespeito pelo infractor da decisão de aplicação definitiva da sanção acessória prevista no artigo 460.º constitui crime de desobediência nos termos do disposto no artigo 348.º do Código Penal.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotação 4)

O tipo objectivo (anotações 5 e 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

A comparticipação (anotação 8)

A pena (anotação 9)

Nos termos do art. 460.º, em simultâneo com a coima, pode ser aplicada ao infractor a sanção acessória de privação do direito de participar, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adoptado para a formação de contratos públicos, quando a gravidade da infracção e a culpa do agente o justifiquem. 1

A decisão de aplicação das coimas e das sanções acessórias cabe (art. 461.º, n.º 1) ao presidente do conselho directivo do Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., quando o objecto do contrato a celebrar abranja prestações típicas dos contratos de empreitada ou de concessão de obras públicas (al.ª a)); ou ao presidente da Autoridade de Segurança Alimentar e Económica, quando o objecto do contrato a celebrar não abranja prestações típicas dos contratos referidos na alínea anterior (al.ª b)). As decisões definitivas de aplicação da sanção acessória prevista no art. 460.º são publicitadas no portal da Internet dedicado aos contratos públicos durante todo o período da respectiva inabilidade (cfr. art. 463.º). 2

Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). “Substancialmente – considera CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjectivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes: ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, 3

a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado” (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.^a edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

- 4 No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – *Comentário do Código Penal...*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.
- 5 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão proferida pelas autoridades administrativas referidas na nota 2, traduzido na participação, como candidato, como concorrente ou como membro de agrupamento candidato ou concorrente, em qualquer procedimento adoptado para a formação de contratos públicos. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada e decorre da decisão administrativa. O agente frustra as intenções estaduais manifestadas num acto jurídico – público individual e concreto que lhe é dirigido, fazendo prevalecer a sua vontade sobre legítimas imposições, proibições ou interdições emanadas da autoridade pública (administração ou tribunais) de que é destinatário. Mediante esta incriminação procura-se sancionar o incumprimento de sanções impostas por sentença criminal ou decisão administrativa que não possuam outro meio de assegurar a sua eficácia. Destaca-se, deste modo, enquanto valor merecedor de protecção penal, a efectividade da sentença criminal ou da decisão administrativa impositora de sanções acessórias.
- 6 A **ordem** envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei, que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário). A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 467.º e ss. (cfr., igualmente, art 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo).
- 7 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua

natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpra – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

8

A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

9

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, sobre a corrupção no comércio internacional e no sector privado (Artigos 7.º a 9.º)

Artigo 7.º

Corrupção activa com prejuízo do comércio internacional

Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a funcionário, nacional, estrangeiro ou de organização internacional, ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 10)

O bem jurídico (anotações 11 e 12)

A aplicação no espaço (anotações 13 a 18)

O tipo objectivo (anotações 19 a 35)

O tipo subjectivo (anotação 36)

O concurso (anotações 37 a 40)

A pena (anotações 41 a 45)

- 1 A **obrigação de incriminar** a corrupção activa de agentes públicos estrangeiros nas transacções comerciais internacionais decorre da ratificação por Portugal da “Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais” da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico (OCDE), adoptada em Paris em 17 de Dezembro de 1997 (Decreto do Presidente da República n.º 19/2000 e Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000, ambos de 31 de Março), da “Convenção Penal sobre a Corrupção” do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de Abril de 1999 (Decreto do Presidente da República n.º 56/2001 e Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, ambos de 26 de Outubro), e da “Convenção contra a Corrupção” adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003, em Nova Iorque (Decreto do Presidente da República n.º 97/2007 e Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, ambos de 21 de Setembro).
- 2 Estas e outras convenções internacionais celebradas nas duas últimas décadas, para além de terem contribuído para a universalização de modelos legislativos norte-americanos, trouxeram consigo alguns dos valores próprios desse sistema jurídico que, em muitos casos, não coincidiam com os que eram adoptados nos diversos países europeus (NIETO MARTIN, *Americanisation or Europeanisation of Corporate Crime*, in *Les Chemins de l’Harmonisation Pénale – Harmonising Criminal Law*, volume coordenado por DELMAS-MARTY, MARK PIETH e ULRICH SIEBER, Société de Législation Comparée, Paris, 2008, p. 327 e ss., editado recentemente em castelhano sob o título *Los Caminos de la Armonización Penal*, Tirant lo Blanch, Valência, 2009, e NIETO MARTIN, *La Corrupción en el Comercio Internacional – o de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo*, *Revista Penal*, n.º 12, p. 3 e ss.).
- 3 A “Convenção relativa à Luta contra a Corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia”, adoptada pelo Conselho em 26 de Maio de 1997 (Decreto do Presidente da República n.º 58/2001 e Resolução da Assembleia da República n.º 72/2001, ambos de 15 de Novembro) tem um âmbito diferente, pretendendo propiciar a

- punição da corrupção dos funcionários da União Europeia e dos funcionários dos outros Estados membros por parte de cada um dos Estados que a integram. A Convenção da OCDE, de primordial importância nesta matéria (sobre esta convenção veja-se, entre outros, LEONARDO BORLINI, *Strumenti e Iniziative di Lotta alla Corruzione nel Commercio Internazionale*, in *Responsabilità d'Impresa e Strumenti Internazionali Anticorruzione*, Egea, Milano, 2000, p. 5), não admite a aposição de reservas. 4
- As reservas apostas por Portugal à Convenção do Conselho da Europa, admissíveis nos termos do artigo 37.º, eram válidas, de acordo com o artigo 38.º, pelo período de 3 anos, podendo ser renovadas por igual período. Uma vez que a declaração inicialmente feita por Portugal apenas foi renovada uma vez (Aviso n.º 34/2007, Diário da República 1.ª Série, N.º 43, de 1 de Março), essas reservas caducaram em 1 de Setembro de 2008, seis anos depois de a Convenção ter entrado em vigor em Portugal (informação que pode ser confirmada no sítio do Conselho da Europa na internet). Por isso, a partir desse momento, Portugal passou a ter a obrigação de incriminar a corrupção activa e passiva (artigos 2.º e 3.º) de agentes públicos de qualquer outro Estado (artigo 5.º) e de membros de qualquer assembleia pública com poderes legislativos ou administrativos de qualquer outro Estado (artigo 6.º), mesmo que em qualquer desses casos não se vise a prática de actos no âmbito do comércio internacional. 5
- O alargamento das incriminações pretendido por estas convenções tem por base a ideia de que “o direito penal estatal anticorrupção tem sido tradicionalmente um direito penal não solidário, no sentido de que apenas lhe tem interessado a repressão da corrupção dos seus próprios funcionários e a imparcialidade e o prestígio da sua administração”. “Um dos pontos-chave da política criminal internacional é precisamente a extensão dos tipos de corrupção a funcionários de outros países membros e igualmente a funcionários de organizações internacionais” (NIETO MARTÍN, *La Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales*, in *Estudios de Derecho Penal*, Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 2004, p. 103). 6
- A Convenção da OCDE (artigo 12.º) instituiu um “programa de acompanhamento sistemático de forma a fiscalizar e promover a [sua] plena aplicação” (sobre esse programa veja-se MARK PIETH, *La Armonización del Derecho Penal: la prevención de la corrupción como caso de estudio*, in *cit. Los Caminos de la Armonización Penal*, p. 293). O Grupo de Trabalho a quem foram atribuídas essas funções elaborou dois relatórios sobre a forma como em Portugal foi implementada esta Convenção. O primeiro em Maio de 2002 e o segundo em Março de 2007. Ambos podem ser consultados no sítio da OCDE na internet. 7
- O Conselho da Europa, por sua vez, encarregou o Grupo de Estados contra a Corrupção (GRECO) de acompanhar a aplicação pelas partes contratantes da Convenção elaborada no seu âmbito (artigo 24.º). O primeiro ciclo de avaliação deu lugar à elaboração de um relatório aprovado por aquele organismo em Julho de 2003. O segundo relatório foi adoptado em Maio de 2006. Ambos podem ser consultados no sítio do Conselho da Europa na internet. 8
- A Lei n.º 13/2001, de 4 de Junho, que foi aprovada na sequência da ratificação da Convenção da OCDE, introduziu no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, o artigo 41.º-A através do qual incriminou, entre nós pela primeira vez, a corrupção activa com prejuízo do comércio internacional. Essa disposição legal foi revogada pelo artigo 11.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, diploma que criou “o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado”, o qual se encontra presentemente em vigor. 9

- 10 A “Convenção relativa à Luta contra a Corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia”, a que se fez referência no ponto 3, dado os seus diferentes propósitos, apenas implicou, no que à corrupção concerne, a ampliação do conceito de funcionário constante do artigo 386.º do Código Penal e do conceito de titular de cargo político definido pelo artigo 3.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro).
- 11 O **bem jurídico** protegido por esta incriminação não coincide com o tutelado pelo artigo 374.º do Código Penal (corrupção activa de funcionários nacionais, da União Europeia, de Estados membros da União Europeia e de organizações internacionais de direito público de que Portugal seja membro) e pelo artigo 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (corrupção activa de titulares de cargos políticos). Através destas incriminações do Código Penal e da Lei de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos pretende-se proteger a “autonomia intencional do Estado” (ALMEIDA COSTA, Sobre o Crime de Corrupção, *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Tomo I, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, p. 145, e Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 661) ou a “integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário” e pelo titular do cargo político (PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 887). Diferentemente, esta norma visa tutelar a lealdade da concorrência no comércio internacional (em sentido próximo, FABIÁN CAPARRÓS, La Corrupción de Agente Público Extranjero e Internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 80, e RODRÍGUEZ PUERTA, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, dirigido por Quintero Olivares, 7.ª Edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 1766. Caracterizando a incriminação como pluri-ofensiva, embora de predominante natureza socioeconómica, CUESTA ARZAMENDI e BLANCO CORDERO, Los Nuevos Delitos de Corrupción en las Transacciones Comerciales e Internacionales, Revista de Ciencias Penales, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29, e NIETO MARTÍN, La Corruzione tra Privati, Giuffrè, Milano, 2003, p. 125). Sintomático do reconhecimento da natureza socioeconómica, que todos aceitam, é o facto de o legislador português ter inicialmente inserido a incriminação da corrupção activa com prejuízo do comércio internacional no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.
- 12 Trata-se, em qualquer dos casos, de um bem jurídico supra-individual de natureza imaterial que se considera ser essencial ao funcionamento do sistema social.
- 13 De acordo com artigo 3.º, alínea a), desta lei, “sem prejuízo do regime geral de **aplicação da lei penal no espaço** e do estabelecido em matéria de cooperação judiciária internacional, a presente lei é aplicável ainda”, “no caso da incriminação prevista no artigo 7.º, a factos praticados por portugueses ou por estrangeiros que sejam encontrados em Portugal, independentemente do local onde tenham sido praticados”.
- 14 Mesmo que qualquer das referidas convenções impusesse o alargamento do âmbito de aplicação no espaço desta norma incriminadora, o que não se verifica, não era imprescindível a previsão de qualquer nova norma específica, dado o disposto no n.º 2 do artigo 5.º do Código Penal que estipula que “a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional que o Estado Português se tenha obrigado a julgar por tratado ou convenção internacional”.
- 15 O simples facto de o agente ser encontrado em Portugal não constitui um ponto de conexão suficiente para legitimar o alargamento, de forma tão significativa, do âmbito de aplicação espacial da lei penal portuguesa quanto a esta incriminação

(sobre este problema, em geral, KAI AMBOS, *Temas de Derecho Penal Internacional y Europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 79).

A ressalva constante da primeira parte do corpo do mencionado artigo 3.º só pode ser entendida como dizendo também respeito ao artigo 6.º do Código Penal, disposição em que se estabelecem restrições à aplicação da lei portuguesa. Assim, relativamente a factos praticados fora do território nacional, a lei penal portuguesa só será aplicável quando o agente não tiver sido julgado no país da prática do facto ou se houver subtraído ao cumprimento total ou parcial da condenação. 16

A admissão de restrições à aplicação da lei portuguesa justifica, num duplo sentido, a referência feita nesse mesmo preceito ao estabelecido em matéria de cooperação internacional. Em primeiro lugar, se a extradição ou a entrega forem pedidas, Portugal pode, se estiverem verificados os condicionalismos legais, extraditar ou entregar o agente ao Estado requerente se o mesmo for competente à luz do princípio da territorialidade. Se, por qualquer motivo, não houver lugar a extradição ou entrega, Portugal deve, de acordo com o artigo 32.º, n.º 5, da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto, e o artigo 5.º, n.º 1, alínea f), do Código Penal, instaurar, se for o caso, procedimento criminal pelos factos que fundamentaram o pedido de extradição ou de entrega não satisfeito. 17

A referência à cooperação judiciária internacional justifica-se ainda porque pode haver lugar a delegação num Estado estrangeiro da instauração ou continuação do procedimento criminal, nos termos previstos no artigo 89.º e ss. da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto (veja-se também o n.º 3 do artigo 4.º da Convenção da OCDE). 18

Esta disposição tipifica um **crime de perigo abstracto**, porque não exige a efectiva lesão do bem jurídico protegido, e de **mera actividade**, porque não prevê a existência de qualquer evento que se separe espaço-temporalmente da conduta do agente. Trata-se, em qualquer das modalidades da conduta, de um crime comum, não requerendo o tipo qualquer qualidade especial do agente. 19

O artigo 4.º desta lei prevê a **responsabilidade penal das pessoas colectivas** e equiparadas. Uma vez que, de acordo com o n.º 2 do artigo 6.º, “aos crimes previstos na presente lei são subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Penal” esta remissão estende aos crimes tipificados na Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, o regime contido nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M daquele Código. 20

Como em qualquer outro crime, **o autor** (ou aquele que como tal é punido) pode executar o facto por si mesmo ou por intermédio de outrem, tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, ou determinar outra pessoa a praticá-lo (artigo 26.º do Código Penal). Por isso, não obstante a particular relevância que os intermediários têm na corrupção no comércio internacional (veja-se o relatório final, de 9 de Outubro de 2009, elaborado pelo “Working Group on Bribery”, intitulado “Typologies on the Role of Intermediaries in International Business Transactions”, que pode ser consultado no sítio da internet da OCDE), não se pretendendo, como parece manifesto, alargar as cláusulas de extensão da tipicidade previstas no indicado artigo 26.º, era desnecessária a referência à possibilidade de a conduta ser praticada pelo agente ou, “mediante o seu consentimento..., por interposta pessoa”. Porém, essa referência, mais do que desnecessária, é perturbadora, desde logo porque obnubila a eventual relevância criminal do comportamento do “intermediário na actuação” (designação utilizada por VALEIJE ALVAREZ, *El Tratamiento Penal de la Corrupción del Funcionario: El Delito de Cohecho*, Edersa, Madrid, 1995, p. 116). 21

É ainda mais perturbador o facto de a lei aparentemente admitir a possibilidade de existir “ratificação” da dádiva ou da promessa. Consumando-se o crime de corrupção activa com a entrega da vantagem ou com o conhecimento, por parte 22

do funcionário, da promessa, dificilmente se compreende que o legislador tenha admitido a possibilidade de existir ratificação do acto de terceiro através do qual se consumou o crime. A ratificação, que consiste na aceitação dos efeitos de um acto realizado por outrem, quando reportada ao cometimento de um crime já consumado, não permite a responsabilização daquele que ratifica pela prática dessa mesma infracção. Por isso, na corrupção activa, a referência à ratificação, a ter algum sentido útil, tem que ser interpretada como tendo por objecto actos anteriores à consumação e tem de ser realizada antes de esta ocorrer.

- 24 O legislador português, tendo acompanhado os “Elementos Comuns da Legislação Criminal” acordados no âmbito da OCDE [ponto 1), i)], admitiu apenas duas **modalidades da conduta**: a promessa e a dádiva. O texto das Convenções Internacionais mencionadas na anotação 1 impõe a criminalização da oferta, da promessa e da entrega (ou atribuição) da vantagem, conceitos que não coincidem exactamente com os dois utilizados pelo legislador nacional. A oferta abrange as situações em que o corruptor está disposto a dar a vantagem a qualquer momento. A promessa abarca os casos em que o corruptor se compromete a dar a vantagem mais tarde, em geral depois da prática do acto funcional. A entrega implica a transferência efectiva da vantagem para o corrupto ou para terceiro.
- 25 A dádiva ou a promessa tanto podem ser feitas directamente ao funcionário ou ao titular do cargo político como a terceiro com o conhecimento do agente público. A referência à existência de um eventual “intermediário no benefício” pretende evitar lacunas de punibilidade já que, com frequência, se pretende dificultar a identificação do destinatário da dádiva através da interposição de terceiros (familiares, amigos ou meros testas-de-ferro) que só aparentemente actuam por conta própria.
- 26 O beneficiário final da vantagem também pode ser um terceiro, quer se trate de uma pessoa singular, quer de uma pessoa colectiva, nomeadamente de um partido político. Essencial é que um tal destino tenha obtido o acordo do agente público (sobre a estreita relação entre o financiamento ilícito dos partidos políticos e a corrupção e sobre os efeitos que esta tem na corrupção administrativa, veja-se, referindo-se a França, JEAN-FRANÇOIS MÉDARD, *Finanziamento della Politica e Corruzione: il Caso Francese*, in *Finanziamento della Politica e Corruzione*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 165).
- 27 A inclusão neste tipo da referência aos **funcionários e aos titulares de cargos políticos nacionais** não era pressuposta, nem muito menos exigida, por qualquer das convenções internacionais mencionadas. É ainda mais incompreensível quando apenas se incriminou a corrupção activa e não também a passiva. Isso era o mínimo que se exigia se a pretensão fosse a de alargar a área de tutela do bem jurídico protegido (lealdade da concorrência no comércio internacional) e protegê-lo de uma forma reforçada.
- 28 Os **conceitos** de funcionário estrangeiro e de organização internacional e o de titular de cargo político estrangeiro encontram-se definidos nas alíneas a) a c) do artigo 2.º desta lei.
- 29 A alínea a) desse artigo inclui no conceito de funcionário estrangeiro as pessoas que possuam as qualidades indicadas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 386.º do Código Penal e se encontrem ao serviço de um país estrangeiro.
- 30 A alínea b) adapta às organizações internacionais de carácter público (e não às ONG e às organizações privadas humanitárias), mesmo àquelas de que Portugal não seja membro, o conceito de funcionário enunciado nas três alíneas do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal.
- 31 Utilizando uma técnica compreensivelmente distinta da que foi utilizada para a redacção do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, a alínea c) do artigo

2.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, considera como titular de cargo político estrangeiro a pessoa que, ao serviço de um país estrangeiro, exercer “um cargo no âmbito da função legislativa, judicial ou executiva, ao nível nacional, regional ou local, para o qual tenha sido nomeada ou eleita”. A inclusão dos que exercem um cargo no âmbito da função judicial no conceito de titulares de cargos políticos pretende evitar lacunas de punibilidade que podiam advir da diferente forma como nos diversos países se qualificam essas funções.

O âmbito dos **conceitos de vantagem patrimonial e não patrimonial** não difere daquele que eles assumem nos crimes de corrupção previstos no Código Penal. Trata-se de uma prestação “que beneficia objectivamente a situação do funcionário” (PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 881).

Embora a opinião não seja unânime na doutrina, não vemos qualquer razão para não incluir entre as vantagens não patrimoniais os “favores sexuais”, independentemente da sua natureza gratuita ou onerosa e de a iniciativa ter partido do corruptor ou do corrupto (FABIÁN CAPARRÓS, op. cit. p. 96/7, parcialmente contra VALEIJE ALVAREZ, op. cit. p. 152).

Na corrupção activa com prejuízo do comércio internacional não existe qualquer distinção entre a corrupção para acto lícito e ilícito, sendo ambas abrangidas pelo tipo incriminador. Embora o legislador nacional tenha uma ampla liberdade para configurar os elementos típicos da infracção, não pode restringir o âmbito da punição introduzindo elementos não previstos, nomeadamente, na Convenção da OCDE. Como se sublinha nos Comentários a esta Convenção adoptados pela Conferência de Negociação em 21 de Novembro de 1997 (ponto 4), “constitui crime no sentido do 1.º parágrafo subornar alguém para obter ou manter um negócio ou outra vantagem indevida independentemente de saber se a empresa envolvida era a concorrente melhor qualificada ou se era a empresa que podia ter legitimamente obtido o negócio”. A infracção não exige qualquer prova quanto ao sistema legal vigente no país a que pertence o agente público.

Nos pontos 7 a 9 dos citados Comentários esclarece-se que a conduta não deixa de ser abrangida pela Convenção da OCDE por haver tolerância das autoridades do Estado envolvido quanto ao pagamento de subornos ou por não existir na comunidade local uma adequada percepção da censura do comportamento.

O **tipo subjectivo**, para além do dolo, requer a existência de uma especial intenção do agente (neste mesmo sentido, referindo-se ao quadro convencional, STEFANO MANACORDA, *La Corruzione Internazionale del Pubblico Agente*, Jovene, Napoli, 1999, p. 271). Ele tem que visar “obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no comércio internacional”. Trata-se de um crime de tendência interna transcendente na modalidade de crime de resultado cortado porque “a acção típica é completada pela prossecução de um resultado externo que vai para além do tipo objectivo e que deve acontecer por si mesmo, isto é, sem intervenção do autor” (sobre a caracterização destes crimes, JESCHECK e WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, 5.ª edição, Comares, Granada, 2002, p. 342).

Uma vez que o Código Penal incrimina a corrupção activa de funcionários nacionais, da União Europeia, de Estados membros da União Europeia e de organizações internacionais de direito público de que Portugal seja membro e que a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, incrimina também a corrupção activa e equipara aos titulares de cargos políticos nacionais os titulares de cargos políticos da União Europeia e os titulares de cargos políticos de outros Estados membros da União Europeia, com alguma frequência sucederá que os concretos comportamentos se subsumam tanto na norma contida neste artigo 7.º como nas indicadas disposições do Código Penal

- e da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho. A nosso ver, entre essas normas e esta existe uma relação de **concurso efectivo** por serem diferentes os bens jurídicos tutelados.
- 38 De acordo com o artigo 10.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, “o comportamento descrito no artigo 7.º considera-se crime de corrupção para efeitos do disposto no artigo 368.º-A do Código Penal e na alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira)”.
- 39 A natureza do concurso entre o crime de corrupção e o de branqueamento de capitais previsto no artigo 368.º-A do Código Penal divide a doutrina portuguesa, sustentando uns que existe concurso efectivo e outros concurso aparente (sobre a questão, veja-se, por todos, PAULO MENDES, *A Dissimulação dos Pagamentos na Corrupção será punível também como Branqueamento de Capitais?*, in R.O.A. Ano 68, II/III, Lisboa, 2008, p. 795).
- 40 Embora o n.º 1 do artigo 6.º desta Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, preveja a existência de uma relação de subsidiariedade entre as normas incriminadoras contidas neste diploma e quaisquer outras, só se aplicando aquelas “se ao facto não couber pena mais grave por força de outra disposição legal”, não vislumbramos qualquer situação em que isso aconteça.
- 41 Não obstante a diversidade de bens jurídicos tutelados directa e explicitamente pelas normas incriminadoras (o que não afasta, em todos os casos, a protecção simultânea de outros interesses) e o facto de a corrupção no comércio internacional ser normalmente uma corrupção de alto nível que envolve os centros de poder político, administrativo e financeiro (PAOLO BERNASCONI, *Corruzione di Funzionari Esteri: Normativa e Prassi Sovranazionale*, in *La Corruzione: Profili Storici, Attuali, Europei e Sovranazionali*, Cedam, 2003, p. 325), deve assinalar-se a completa desarmonia entre a **moldura penal** prevista neste preceito e todas aquelas que, entre nós, estão previstas para a punição da corrupção activa, própria ou imprópria, ou das condutas que violam a lealdade da concorrência. Não se vê que o facto de a actuação do corruptor ter lugar no âmbito do comércio internacional justifique, só por si, a equiparação da moldura penal prevista neste artigo àquela que se encontra estabelecida para a corrupção passiva para acto ilícito (artigo 372.º do Código Penal), e muito menos que, em muitos casos, a conduta do corruptor activo acabe por ser punível dentro de uma moldura penal muito superior à que é aplicável ao corrupto.
- 42 De acordo com a alínea a) do artigo 5.º desta lei, “a pena é **especialmente atenuada** se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis”, circunstância a que, no nosso sistema, só era atribuído esse relevo no domínio da corrupção passiva (artigos 372.º, n.º 3, e 373.º, n.º 3, do Código Penal).
- 43 Nos termos da parte final dessa mesma alínea a), a pena é também especialmente atenuada se o agente “de algum modo contribuir decisivamente para a descoberta da verdade”, circunstância a que, no domínio da corrupção activa prevista no Código Penal, quer para acto ilícito, quer para acto lícito (artigo 374.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal), é atribuído o efeito de dispensa de pena [alínea c) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 9.º-A da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 90/99, de 10 de Julho].
- 44 À semelhança do que está, em geral, previsto para a corrupção passiva (artigos 372.º, n.º 2, e 373.º, n.º 3, do Código Penal), a alínea b) do artigo 5.º desta lei prevê que o agente seja “dispensado de pena se, voluntariamente, antes da prática do facto, repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor”. Esta previsão, como os seus próprios

termos inequivocamente indicam, só se pode aplicar à corrupção passiva, a qual não é punível pelo artigo 7.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril.

A parte final desta mesma alínea b) prevê a dispensa de pena relativamente ao agente que, antes da prática do acto, “retirar a promessa feita ou solicitar a restituição da vantagem dada”, dispensa esta que também se encontra prevista para a corrupção activa no n.º 2 do artigo 19.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

45

Artigo 8.º

Corrupção passiva no sector privado

1. O trabalhador do sector privado que, por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa.

2. Se o acto ou omissão previsto no número anterior for idóneo a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 4)

O bem jurídico (anotações 5 a 10)

A aplicação no espaço (anotações 11 a 16)

O tipo objectivo (anotações 17 a 25)

O tipo subjectivo (anotações 26 e 27)

A tentativa (anotação 28)

O concurso (anotação 29)

A pena (anotação 30)

A **obrigação de incriminar** a corrupção no sector privado decorre, antes de mais, da ratificação por Portugal da “Convenção Penal sobre a Corrupção” do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo a 30 de Abril de 1999 (Decreto do Presidente da República n.º 56/2001 e Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, ambos de 26 de Outubro). Essa incriminação é também imposta pela Decisão-Quadro 2003/568/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003 relativa ao combate à corrupção no sector privado (JOUE L 192/54 de 31 de Julho de 2003), cujo artigo 8.º revogou a Acção Comum 98/742/JAI. À corrupção no sector privado também se refere a “Convenção contra a Corrupção”, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003, em Nova Iorque (Decreto do Presidente da República n.º 97/2007 e Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, ambos de 21 de Setembro).

1

As reservas apostas por Portugal à Convenção do Conselho da Europa, admissíveis nos termos do artigo 37.º, eram válidas, de acordo com o artigo 38.º, pelo período de 3 anos, podendo ser renovadas por igual período. Uma vez que a declaração inicialmente feita por Portugal apenas foi renovada uma vez (Aviso n.º 34/2007, Diário da República 1.ª Série, N.º 43, de 1 de Março), essas reservas caducaram em 1 de Setembro de 2008, seis anos depois de a Convenção ter entrado em vigor em Portugal. Por isso, vigoram entre nós plenamente as obrigações decorrentes dos artigos 7.º e 8.º desta Convenção.

2

A Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, que foi aprovada na sequência da ratificação da “Convenção Penal sobre a Corrupção” do Conselho da Europa, introduziu no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, os artigos 41.º-B e 41.º-C através dos quais

3

incriminou, entre nós pela primeira vez, a corrupção activa e passiva no sector privado. Essas disposições legais foram revogadas pelo artigo 11.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, diploma que criou “o novo regime penal de corrupção no comércio internacional e no sector privado”, o qual se encontra presentemente em vigor.

- 4 Em consonância com a aposição de reservas à “Convenção Penal sobre a Corrupção” do Conselho da Europa, nessa altura Portugal apenas incriminou nos referidos artigos 41.º-B e 41.º-C a corrupção activa e passiva no sector privado quando dela resultasse “uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros”, restrição que com a nova lei desapareceu do ordenamento jurídico português.
- 5 A incriminação da corrupção no sector privado pode ser justificada em alguns países por, nas últimas décadas, se ter verificado uma “privatização da administração” e uma “fuga ao direito administrativo”. O Estado, embora tenha continuado a manter diversas formas de controlo, transferiu para o sector privado parte das suas actividades e dos serviços que antes prestava (privatização material), criou empresas públicas, empresas privadas e empresas com um estatuto híbrido que, para agilizar a sua gestão e se subtrair aos apertados limites impostos pelo direito administrativo, não sujeitou às suas regras (fuga ao direito administrativo) e entregou a privados a execução de determinadas funções que se mantiveram na esfera de competência pública (privatização funcional). Estas alterações, se simultaneamente não tivesse ocorrido um alargamento do conceito de funcionário, teriam como efeito uma restrição do âmbito de aplicação dos tradicionais crimes de corrupção.
- 6 Se bem que este movimento também tenha ocorrido em Portugal, o sucessivo alargamento do conceito penal de funcionário impediu, pelo menos em grande medida, uma tal restrição. Também por isso, a incriminação da corrupção no sector privado não pode ser justificada entre nós com base nesse tipo de fenómenos.
- 7 A incriminação da corrupção no sector privado pode, em abstracto, visar a tutela de três **bens jurídicos** distintos: a confiança e a lealdade em geral, a lealdade da concorrência e o património (BARBARA HUBER, *Introduzione, in La Corruzione tra Privati*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 39, CUESTA ARZAMENDI e BLANCO CORDERO, *La Criminalizzazione della Corruzione nel Settore Privato: Aspetti Sovranazionali e di Diritto Comparato, in op. cit.*, p. 49, NIETO MARTÍN, *La corruzione nel settore privato: riflessioni sull’ordinamento spagnolo alla luce del diritto comparato, in op. cit.*, p. 111, BAÑERES SANTOS e NIETO MARTÍN, *Corrupción entre Privados, in La Armonización del derecho penal español: Una evaluación legislativa*, Ministério de Justicia, 2006, p. 217, LORENZO SALAZAR, *The Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, in Responding to the Challenges of Corruption*, United Nations Publications, Rome/Milan, 2000, p. 227, LUIGI FOFFANI, *La “Corrupción Privada”: Iniciativas Internacionales y Perspectivas de Armonización, in Fraude y Corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo. Eurodelitos de Corrupción y Fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, p. 384, e os pontos 52 e ss. do “Explanatory Report” da Convenção do Conselho da Europa).
- 8 O tipo base descrito no n.º 1 deste preceito visa tutelar a confiança e a lealdade, valores que se reflectem no âmbito da relação laboral no dever de o trabalhador “guardar lealdade ao empregador” [alínea f) do n.º 1 do artigo 128.º do Código do Trabalho]. Pode seguramente duvidar-se da necessidade de tutela penal de um tal bem jurídico mesmo quando a lealdade no cumprimento das obrigações contratuais se restringa, como se impõe, aos interesses patrimoniais do outro contraente (CUESTA ARZAMENDI e BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 71).
- 9 A esse bem jurídico acresce, no tipo qualificado previsto no n.º 2, a lealdade da concorrência e o património. Não se exige, no entanto, a lesão de qualquer um destes bens jurídicos mas a mera aptidão da conduta para esse fim.

- Há quem sustente que “existem razões suficientes para pôr em causa que a concorrência justa e honesta ou as regras de bom funcionamento do mercado exijam a sua consideração como bens jurídico-penalmente relevantes, no contexto da sua possível lesão (ou mera colocação em perigo) por decisões quanto a actividades de prestação de serviços, aquisição ou venda de mercadorias, contrárias às obrigações daqueles que têm a função de tomá-las por conta das empresas para que trabalham” (VENTURA PÜSCHEL, Sobre la Tipificación de la Mal Llamada “Corrupción entre Particulares” (o de como la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado), *in* La Adecuación del Derecho Penal Español al Ordenamiento de la Unión Europea, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 489).
- De acordo com o artigo 3.º, alínea b), desta lei, “sem prejuízo do regime geral de **aplicação da lei penal no espaço** e do estabelecido em matéria de cooperação judiciária internacional, a presente lei é aplicável ainda”, “no caso das incriminações previstas nos artigos 8.º e 9.º, independentemente do local onde os factos tenham sido praticados, quando quem der, prometer, solicitar ou aceitar a vantagem ou a promessa seja funcionário nacional ou titular de cargo político nacional ou, sendo de nacionalidade portuguesa, seja funcionário de organização internacional”.
- Ao contrário do que à primeira vista poderia parecer, esta norma não consagra o princípio da nacionalidade activa sem as limitações que em relação a ele estão previstas na alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º do Código Penal. Por um lado, esta norma determina a aplicação da lei penal portuguesa quando quem solicitar ou aceitar a vantagem ou a promessa for “funcionário nacional ou titular de cargo político nacional”, independentemente da sua nacionalidade. Por outro, para além do que já resulta do Código Penal, não estende a aplicação da lei aos crimes cometidos por portugueses quando estes não tiverem a qualidade de funcionário ou titular de cargo político nacional ou funcionário de organização internacional.
- A Decisão-Quadro 2003/568/JAI, embora apontasse nesse sentido (artigo 7.º, n.º 1), não obrigava o legislador português a alargar o âmbito de aplicação da lei penal de forma a abranger todas as infracções praticadas fora do território pelos seus nacionais ou em benefício de uma pessoa colectiva que nele tenha a sua sede (n.º 2).
- A Convenção do Conselho da Europa (artigo 17.º n.º 1), depois de terem caducado as reservas feitas aquando da aprovação e ratificação, impõe a Portugal que, relativamente a qualquer infracção penal estabelecida nos seus artigos 2.º a 14.º, a lei penal se aplique sempre que “o autor da infracção seja um seu nacional, um seu agente público ou um membro de uma sua assembleia pública” e sempre que “a infracção envolva um dos seus agentes públicos ou membros das suas assembleias públicas, bem como qualquer pessoa mencionada nos artigos 9.º a 11.º que seja, simultaneamente, um seu nacional”.
- Embora o texto desta Convenção e o *Explanatory Report* não se refiram especificamente a cada uma das incriminações, distinguindo as situações, afigura-se-nos que, relativamente à corrupção no sector privado, este artigo da Convenção, para além do princípio da territorialidade a que se refere a alínea a), apenas impõe o estabelecimento do princípio da nacionalidade activa, não tendo neste âmbito qualquer relevo as funções públicas desempenhadas por qualquer pessoa relacionada com o crime. Por isso, parece difícil compreender a razão pela qual, na corrupção no sector privado, o legislador fez depender o âmbito de aplicação da lei penal portuguesa do cargo público exercido, elemento que não integra o tipo e que nem sequer é conatural à sua prática.
- Quanto ao âmbito de aplicação espacial da lei portuguesa vejam-se ainda as anotações 16 a 18 ao artigo 7.º desta mesma lei.

- 17 No n.º 1 deste artigo 8.º o legislador tipificou um **crime de dano**, exigindo portanto que o comportamento do agente consubstancie uma lesão efectiva da confiança e da lealdade. No tipo qualificado (n.º 2), para além da lesão deste bem jurídico, a conduta tem que ser apta a lesar a lealdade da concorrência ou o património. Tendo como referência esses bens jurídicos, esta incriminação configura um **crime de perigo abstracto-concreto**, também designado “pelas noções próximas de crime de aptidão ou de perigo hipotético” (SILVA DIAS, Entre Comes e Bebes, *in* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 8, Fasc. 4.º, p. 520).
- 18 Não se exige, em nenhum caso, a produção de um resultado que se separe espaço-temporalmente da conduta do agente. É, por isso, um **crime de mera actividade**.
- 19 A corrupção passiva no sector privado é um crime específico uma vez que a lei delimitou o círculo dos agentes. O autor é caracterizado como sendo um “trabalhador do sector privado”, no sentido que resulta das alíneas d) e e) do artigo 2.º Trata-se de uma noção muito ampla que abrange os trabalhadores e os dirigentes de todos os níveis, incluindo os membros do conselho de administração, os advogados, os consultores e os agentes comerciais desde que todos eles possam fazer surgir obrigações para a empresa (CUESTA ARZAMENDI e BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 48).
- 20 Quanto à responsabilidade das pessoas colectivas e às formas de comparticipação criminosa vejam-se as anotações 21 e 22 ao artigo 7.º desta lei.
- 21 O **tipo objectivo** exige que o trabalhador do sector privado solicite ou aceite uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa. Por isso, não preenche o tipo o comportamento de uma pessoa das relações de um trabalhador do sector privado que, sem o conhecimento deste, solicite ou aceite uma vantagem ou a sua promessa para que este venha a praticar qualquer acto ou omissão que constitua violação dos seus deveres funcionais. Uma vez que, neste âmbito, não é punido o tráfico de influência, esta conduta só será relevante para o preenchimento deste tipo a partir do momento em que o trabalhador venha a aceitar essa vantagem ou a sua promessa para o indicado fim. Com essa aceitação se consumará o crime. Aquele que, num primeiro momento, sem conhecimento do trabalhador, solicitou ou aceitou o benefício poderá vir a ser responsabilizado por corrupção activa. Por isso, não se compreende, também no âmbito da corrupção passiva no sector privado, a referência à possibilidade de ratificação da conduta do terceiro.
- 22 Tendo em conta a natureza do bem jurídico tutelado pelo tipo base, não comete este crime o trabalhador que, com pleno conhecimento da entidade patronal, receba uma vantagem indevida para um acto ou uma omissão contrários aos seus deveres funcionais (CUESTA ARZAMENDI e BLANCO CORDERO, *op. cit.*, p. 61).
- 23 Quanto aos conceitos de vantagem patrimonial e não patrimonial vejam-se as anotações 32 e 33 ao artigo 7.º desta lei.
- 24 O beneficiário final da vantagem também pode ser um terceiro, quer se trate de uma pessoa singular, quer de uma pessoa colectiva. Essencial é que um tal destino tenha obtido o acordo do trabalhador do sector privado.
- 25 Embora os instrumentos internacionais que vinculam o Estado Português delimitem as **circunstâncias da acção**, indicando a Convenção do Conselho da Europa que esta se deve realizar “no âmbito de uma actividade comercial” e a Decisão-Quadro que tenha lugar “no exercício de actividades profissionais”, o legislador português não incluiu no tipo incriminador qualquer restrição equivalente.
- 26 O **tipo subjectivo**, para além do dolo, requer, na corrupção antecedente, a existência de uma especial intenção do agente. A vantagem é concedida e a promessa é feita “para um qualquer acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais”. Trata-se, neste caso, de um crime de tendência interna transcendente

na modalidade de crime mutilado de dois actos porque, “para a realização do tipo, o autor deve querer causar com a sua própria conduta o resultado que vai para além do tipo objectivo” (sobre a caracterização destes crimes, JESCHECK e WEIGEND, Tratado de Derecho Penal – Parte General, 5.ª edição, Comares, Granada, 2002, p. 342).

No sector privado, apenas é punível a **corrupção própria**, ou seja, aquela em que o acto funcional consubstancie uma violação do dever do trabalhador. 27

A **tentativa** do crime base previsto no n.º 1 não é punível (artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal). 28

Se a conduta preencher simultaneamente o tipo qualificado de corrupção passiva no sector privado e o de infidelidade (artigo 224.º, n.º 1, do Código Penal) o agente deverá ser punido apenas pela corrupção por existir uma “*unidade do sentido social da ilicitude do facto punível*” (FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal – Parte Geral, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 992). 29

Também neste caso não se pode deixar de notar que não existe qualquer congruência do legislador português no que respeita à necessidade de tutela penal da lealdade da concorrência e quanto às penas que estabelece nos casos em que opta pela criminalização. Também se nota desarmonia entre as penas estabelecidas para a infidelidade e as previstas nesta disposição. 30

Artigo 9.º

Corrupção activa no sector privado

1. Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a pessoa prevista no artigo anterior, ou a terceiro com conhecimento daquela, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para prosseguir o fim aí indicado é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa.

2. Se a conduta prevista no número anterior visar obter ou for idónea a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

Sumário da anotação:

Remissão (anotação 1)

O tipo qualificado (anotação 2)

Sobre este preceito vejam-se as anotações aos artigos 8.º e 7.º desta lei, em especial na parte em que a primeira se refere à corrupção no sector privado e a segunda à corrupção activa. 1

Particular atenção requer o n.º 2 deste preceito uma vez que a conduta que visa obter a distorção da concorrência ou o prejuízo patrimonial para terceiros é a do agente, o corruptor, ao passo que aquela que é idónea para esse mesmo fim é a do corrupto. No primeiro caso a lei introduz no tipo qualificado um novo elemento subjectivo. No segundo a qualificação opera ao nível do tipo objectivo. 2

CARLOS MANUEL RODRIGUES DE ALMEIDA

Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março, que aprova o regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional (Artigo 43.º)

Artigo 43.º

Cessação das acções violadoras do regime da RAN

1. Independentemente do processamento das contra-ordenações e da aplicação das coimas, o director regional de agricultura e pescas competente pode ordenar a cessação imediata das acções desenvolvidas em violação ao disposto no presente decreto-lei.

2. O incumprimento da ordem de cessação constitui crime de desobediência, punido nos termos do artigo 348.º do Código Penal.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotação 4)

O tipo objectivo (anotações 5 e 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

A comparticipação (anotação 8)

A pena (anotação 9)

- 1 A RAN é o conjunto das áreas que em termos agroclimáticos, geomorfológicos e pedológicos apresentam maior aptidão para a actividade agrícola, traduzindo-se numa uma restrição de utilidade pública, à qual se aplica um regime territorial especial, que estabelece um conjunto de condicionamentos à utilização não agrícola do solo, identificando quais as permitidas tendo em conta os objectivos do presente regime nos vários tipos de terras e solos.
- 2 Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). “Substancialmente – considera CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjectivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes: ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado” (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

- Verificando-se acções desenvolvidas em violação ao disposto no presente decreto-lei e independentemente do processamento das contra-ordenações e da aplicação das coimas, pode o director regional de agricultura e pescas competente ordenar a cessação imediata dessas acções. O incumprimento da ordem de cessação implica a prática do crime de desobediência simples. 3
- No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – *Comentário do Código Penal...*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 822. 4
- O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão proferida pelo director regional de agricultura e pescas, traduzido na continuação e desenvolvimento de acções em violação do disposto no diploma em anotação, não obstante a ordem de cessação comunicada. O crime consuma-se com a continuação da prática do acto cuja cessação havia sido ordenado. 5
- A ordem envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei, que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário). A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo). 6
- Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumprir – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”. 7
- A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. 8
- A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal). 9

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

CAPÍTULO III

Direito de Propriedade Privada

Decreto n.º 29.833, de 17 de Agosto de 1939, que regula o contrato de penhor constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados (Artigo 1.º)

Artigo 1.º

O penhor que for constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados produzirá os seus efeitos, quer entre as partes, quer em relação a terceiros, sem necessidade de o dono do objecto empenhado fazer entrega dele ou a outrem.

§ 1.º Se o objecto empenhado ficar em poder do dono, este é considerado, quanto ao direito pignoratício, possuidor em nome alheio; e as penas de furto ser-lhe-ão impostas se alienar, modificar, destruir ou desencaminhar o objecto sem autorização escrita do credor, e bem assim se o empenhar novamente sem que no novo contrato se mencione, de modo expresso, a existência do penhor ou penhores anteriores que, em qualquer caso, preferem por ordem de datas.

§ 2.º Tratando-se de objecto pertencente a uma pessoa colectiva, o disposto no parágrafo antecedente aplicar-se-á àqueles a quem incumbir a sua administração.

Sumário da anotação

A fonte (anotações 1 a 4)

O bem jurídico (anotações 5 a 27)

O tipo objectivo (anotações 28 a 43)

O tipo subjectivo (anotação 44)

A comparticipação (anotação 45)

O concurso (anotações 46 a 49)

A pena (anotações 50 e 51)

- 1 A **fonte** deste ilícito penal corresponde ao que se achava consagrado no art. 422.º, do Código Penal de 1886, isto é, ao descaminho de coisas dadas de penhor mas confiadas à posse do proprietário por disposição do contrato de penhor.
- 2 Sobre a questão importa fazer menção ao Assento do STJ de 28.6.1979, in D.R., 1.ª série de 21.7.1979 e BMJ, 288, p. 246, que determinou que “o depositário que, nos termos do n.º 2, do art. 854.º do Código de Processo Civil, deixar de apresentar os bens, comete, segundo os casos, o crime do art. 453.º, do Código Penal ou o crime do art. 422.º, do mesmo Código”.
- 3 *Vide* ainda o Código Comercial de 1888 nos seus art. 397.º e seguintes e, por sua vez, os art. 855.º e 858.º, do Código Civil de Seabra de 1867.
- 4 O regime legal consagrado surge pela necessidade de, à data, o ordenamento jurídico-penal não definir de forma concreta a respectiva garantia Penal. Com efeito, nem o abuso de confiança, nem o descaminho previstos nos art. 453.º e 422.º, do Código Penal de 1886, respectivamente, eram específicos quanto ao penhor bancário, uma vez que se não abrangiam as figuras do furto ou do abuso de confiança de coisa própria.
- 5 Com a criação deste ilícito penal pretendeu o legislador, por um lado, conferir tutela penal à segurança dos interesses do credor e o acautelamento dos terceiros de boa fé contra a possibilidade de duplo penhor e, por outro, fomentar o crédito em ordem ao desenvolvimento económico. Trata-se, pois, em ambas as vertentes, de um crime contra o património, na sua perspectiva garantística do cumprimento da obrigação e para a confiança dos agentes económicos.

- No Ac. do TC n.º 572/95, elege-se como **bem jurídico** “a posse do credor e os interesses de terceiros de boa-fé e do comércio jurídico em geral”. 6
- Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, in “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, Tomo II, Coimbra editora, § 45, p. 112 e 113, “um crime contra um direito patrimonial singular e especializado, o direito de crédito do credor pignoratício”. 7
- Perfilhando a posição sustentada pela doutrina identificada, isto é identificando o bem jurídico como a protecção das expectativas (essencialmente de ordem patrimonial) do credor pignoratício bancário no cumprimento das obrigações contratuais do respectivo devedor veja-se o Ac. do STJ de 06.12.2001, proc. n.º 01P3636. 8
- FIGUEIREDO DIAS (op. cit.) suscita a questão da constitucionalidade deste tipo Penal. Com efeito, refere “seguro é (...) que a situação ali prevista (no preceito em apreço) nada tem em comum com as que são previstas no actual art. 205.º n.º 5: porque nestas a acção há-de desde logo recair sobre coisa alheia; e porque nelas o agente há-de ser detentor por força de depósito imposto por lei e não de disposição contratual (como acontece no caso do penhor mercantil em que, por um lado, a coisa é do próprio agente e, por outro, este é constituído fiel depositário por força do contrato)”. E logo acrescenta que “em definitivo, a vigência do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 29.833 no contexto do sistema jurídico-penal português actual seria inconstitucional”, por violação quer do princípio da proporcionalidade – por se considerar criminoso um descaminho de coisa própria empenhada e mantida na posse do proprietário por disposição contratual, quando se descriminalizou o mesmo descaminho de coisa que foi confiada ao proprietário pela autoridade judiciária competente – quer do princípio da igualdade (consagrado no art. 13.º n.ºs 1 e 2 da Constituição da República Portuguesa) – na medida em que aquele art. 1.º, exigindo uma qualificação típica da vítima ou do ofendido (teria que ser uma instituição bancária), acabava por tutelar apenas uma espécie de credores pignoratícios: os credores bancários”. E conclui: “tudo conduz, por isso, à conclusão de que tal incriminação não tem hoje qualquer fundamento político-criminal, não se revelando as condutas por ela abrangidas nem merecedoras, nem carentes de tutela penal.” 9
- Perfilhando a mesma tese veja-se o Ac. do STJ de 06.11.2001 já citado, ainda que sem assumir a assunção da inconstitucionalidade da incriminação, uma vez que a decisão radicou na prévia revogação do preceito com a entrada em vigor da reforma penal de 1982. 10
- A questão em si já foi alvo de apreciação pelo Tribunal Constitucional no Ac. supra identificado e aí se concluiu pela conformidade à Lei Fundamental. 11
- Como é bom de ver a questão radica na forma como o bem jurídico tutelado é identificado. E, nessa medida, a jurisprudência firmada sustenta que: “Não constituiu principal desiderato do legislador o de proteger o credor pignoratício ou, ao menos, não foi este o seu único intento. Com o mesmo visou-se estabelecer – relativamente a estabelecimentos bancários fornecedores de crédito a alguém que ao mesmo recorra e que não possua bens que possam ser dados como garantia à excepção daqueles que utiliza como factores ou instrumentos de produção – um regime, semelhante a outros já então existentes, segundo o qual esses mesmos bens poderiam ser afectos a garantia do crédito concedido e, sendo bens móveis, sem que houvesse uma transferência de detenção para o credor que, no entanto, por constituto possessório, passava a deter a respectiva posse”. 12
- Vale isto por dizer que o instituto do penhor que, em regra, implica a transferência da detenção da coisa empenhada ao credor ou a terceiro (cfr., hoje, n.º 1 do art.º 669.º do Código Civil), se viu, no regime então criado (e, bem assim, noutros semelhantes – aliás todos ressalvados hodiernamente pelo art.º 668.º do mesmo 13

Código), rodeado de determinadas especificidades entre as quais ressaltam, de uma parte, não ficar o autor do penhor privado da detenção da coisa, de outra, ficar o credor (ou terceiro) constituído como verdadeiro possuidor dela e, por último, ficar o autor do penhor na posição de fiel depositário da mesma.

- 14 Obviamente que, com um tal regime, pela intenção de não privar o autor do penhor da detenção das coisas empenhadas, já que elas seriam indispensáveis à prossecução da sua actividade económica e, assim, isso permitiria a consecução de créditos necessários, quer relativamente àquela prossecução, quer no tocante à solvabilidade do débito que contraiu, ou ainda ponderando que ao credor pode não interessar ou não estar em condições de assumir a exploração, o que tudo conduz à consideração de que ao gizar o regime em apreço se moveu o legislador pela satisfação de relevantes necessidades económicas, na medida em que as coisas dadas em penhor não saem da detenção do devedor, tornam, relativamente a terceiros de boa-fé, sobremaneira difícil saber se sobre as mesmas o aludido devedor tem, ou não, a respectiva disponibilidade, atenta a circunstância de não existir qualquer dado registral que nesse sentido aponte. Daí que, afoitamente, se possa dizer que a peculiaridade do regime em causa (ditado pela satisfação das referidas “relevantes necessidades económicas”), no tocante à não privação do devedor da detenção da coisa, cria uma situação, relativamente a terceiros de boa-fé, através da qual estes podem ser gravemente prejudicados caso aquele devedor, ilicitamente, lhes alienar ou, *verbi gratia*, der novamente como garantia, aquela coisa, sobre a qual não tem qualquer liberdade de disposição, já que dela é mero possuidor em nome alheio, criando, eventualmente, do mesmo passo, acrescidas dificuldades para o credor pignoratício.
- 15 Poder-se-ia, pois, afirmar que, com a instituição de regimes, como o vertente, de penhor sem privação de detenção sobre a coisa, se veio a criar uma garantia obrigacional porventura menos dotada de salvaguardas para o credor e para terceiros de boa-fé, mas que, todavia, apresenta sérias vantagens económicas, quer para o próprio devedor, quer para o comércio jurídico em geral. Nesta dualidade de interesses – e sob pena de, em nome de uma sobrevaloração das vantagens económicas, designadamente as do comércio jurídico em geral e as do devedor, em detrimento das garantias dos terceiros de boa fé e do próprio credor, ficarem estas relegadas para um plano de acentuado desfavor – sempre se imporá o estabelecimento de uma tutela suficientemente forte de modo a que ficassem, por esse estabelecimento, acentuadamente desincentivados os comportamentos do citado devedor que se traduzissem na frustração daquelas garantias, sendo certo que, como se torna límpido, o sistema geral de índole civil não apresenta, face às medidas sancionatórias que dele constam, um peso tal que, na prática, venha a constituir um desincentivo à tomada daqueles comportamentos. A isto acresce que, mesmo do ponto de vista do credor pignoratício, não é o seu crédito que se intenta directamente proteger, mas sim a sua posse sobre a coisa empenhada (obtida por constituto possessório), que exerce em nome próprio, constituindo a dissipação das coisas por parte do devedor (que é um detentor em nome alheio) uma verdadeira infidelidade, a par de uma retirada ilícita da posse de outrem que, na substância das coisas, não é muito diferente de outras situações, tuteladas penalmente, e nas quais se visa, justamente, a protecção da posse. Não se poderá, em face do exposto, dizer, por um lado, que o sancionamento penal levado a cabo pela norma em análise intenta, unicamente, tutelar a relação jurídico-civil estabelecida entre o credor pignoratício e o devedor, desta arte se visando proteger um direito de crédito (antes, e pelo contrário, como se explanou, interessa sobremaneira a tutela de terceiros de boa-fé e da confiança no comércio jurídico); por outro, que

não são suficientes os sancionamentos constantes do ordenamento jurídico civil para obstem a uma possível violação dos interesses subjacentes à constituição do penhor sem privação da detenção da coisa, mormente tendo em conta os interesses de terceiros de boa-fé (seguimos de perto a fundamentação por parte da decisão do TC).

Ainda nesta parte, uma última referência, aliás suscitada no âmbito do recurso interposto junto do TC mas que não foi alvo de conhecimento. A de se saber se a norma incriminadora padece de inconstitucionalidade abstracta, quando interpretada no sentido de ser aplicável aos casos em que o devedor já pagou a dívida para cuja garantia deu de penhor as coisas que depois veio a alienar ou a dissipar. Cremos que, no entanto, a posição do TC teria que ser conforme ao julgamento que efectuou da norma. Ou seja, tendo presente que o ponto de partida se fixa no conceito definido para o bom jurídico tutelado parece claro que enquanto existir o penhor, o respectivo credor, para além da ofensa da sua posse, poderá sempre opô-la a terceiros adquirentes ainda que de boa-fé. E assim, também aqui, inclinamo-nos para sustentar a bondade e conformidade constitucional da norma. Outra questão que se prende com a validade e/ou vigência da norma é a de se saber se a mesma não estará revogada. Os §§ 1.º e 2.º do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 29.833, acima citado, ter-se-ão mantido em vigor após a revogação do Código Penal de 1886 e a sua substituição pelo Código Penal de 1982 (quer na sua redacção inicial, quer nas redacções posteriores).

FIGUEIREDO DIAS (ob. cit.) pugna pela sua revogação. No mesmo sentido, e ao contrário de todas as demais decisões que conhecemos e que estão aqui referenciadas, a jurisprudência firmada no Ac. do STJ de 06.12.2001, já citado.

Tal posição discorre com base nos seguintes argumentos: à luz do Código Penal de 1886, podia dizer-se que aquele ilícito constituía um crime específico relativamente ao que se encontrava tipificado no art. 422.º daquele Código, por se reportar ao penhor mercantil e a situações que não cabiam na previsão daquele normativo, mais propriamente ao descaminho de coisas dadas de penhor mas confiadas à posse do proprietário por disposição do contrato de penhor. No citado art. 422.º dispunha-se que “as penas de furto serão impostas ao que fraudulentamente subtrair uma coisa que lhe pertence, estando ela em penhor ou depósito em poder de alguém, ou a destruir ou desencaminhar, estando penhorada ou depositada em seu poder por mandado de justiça”. Podia, assim, dizer-se que o descaminho ou a subtracção de coisas dadas em penhor estava tipificado genericamente no art. 422.º do Código Penal de 1886 e que nos parágrafos do art. 1.º do Decreto-Lei 29.833 se regulava uma determinada espécie de penhor em que ao proprietário ficava contratualmente confiada a posse da coisa.

No entanto, tudo se alterou com a entrada em vigor do Código Penal de 1982. No actual Código (em qualquer das apontadas versões) não está contemplada qualquer incriminação correspondente ao aludido art. 422.º do Código Penal de 1886, o que significa que deixaram de ser incriminadas e punidas as condutas que neste estavam tipificadas. A subtracção ou o descaminho de coisa dada em penhor (do penhor geral; não estamos ainda a abordar a questão particular do penhor bancário ou mercantil) deixou de constituir crime (veja-se que no crime de furto só se incrimina hoje a subtracção de coisa móvel alheia (art. 296.º do Código Penal de 82 e 203.º n.º 1 do Código Penal de 1995), no de abuso de confiança a apropriação de coisa móvel que foi entregue ao agente por título não translativo de propriedade, o que é incompatível com a situação do penhor, onde o agente é o proprietário da coisa mas não tem a sua livre disponibilidade (art. 300.º n.º 1 do Código Penal de 82 e art. 205.º do Código Penal de 1995) e no de descaminho

de objectos colocados sob o poder público exige-se que a coisa seja colocada pelo poder público sob a guarda de alguém, ou que tenha sido objecto de arresto, de apreensão ou de providência cautelar (art. 396.º e 397.º do Código Penal de 1982 e 355.º do Código Penal de 1995), integrando a respectiva violação ou incumprimento mero ilícito civil regulado nos art. 666.º e seguintes do Código Civil.

- 21 Importa ainda apreciar se a conduta que ficou descrita seria susceptível de enquadrar um outro tipo legal de crime. No caso e afastada que está a possibilidade de subsunção aos crimes de furto, de abuso de confiança e de descaminho, restaria somente o crime de desobediência (veja-se o Ac. do STJ de 2.11.1988, proc. n.º 039671, afirmando que “o dono de coisa dada em penhor mercantil que a aliene, em prejuízo do credor, não comete ilícito penal, nomeadamente o de abuso de confiança. Este importa inversão do título da posse, o que se não dá, naquele caso”).
- 22 Contudo, a descrição típica do art. 348.º, do Código Penal de 1995 (art. 388.º, do Código Penal de 1982) exige que a ordem ou mandado inobservados tenham emanado de autoridade ou funcionário competente, ou seja, que provenham de alguém que esteja dotado de autoridade pública, o que claramente o caso deste normativo legal, em a sua natureza radica no contrato entre dois entes de natureza privada. Com efeito, após o início da vigência do Código de 1982, fora do sistema, qualquer veleidade de conceber um crime contra a propriedade, nomeadamente de abuso de confiança, quando em causa esteja a protecção de coisa própria, sendo para mais, inconcebível, uma qualquer “apropriação” por parte de quem, não obstante a existência do penhor sobre a coisa, continua a ser o proprietário dela – art. 666.º, n.º 1, 668.º e 679.º, do Código Civil.
- 23 Para além das assinaladas considerações de índole constitucional de que a manutenção de uma tal incriminação se mostra incapaz de ultrapassar, é certo que a lei geral não revoga lei especial – art.º 7.º, n.º 3, do Código Civil. Mas esta afirmação não pode ser encarada como absoluta, já que, teoricamente, é admissível que um diploma de carácter geral revogue outro especial: nos próprios termos do citado n.º 3, seja essa a sua intenção inequívoca. E uma tal intenção inequívoca pode resultar de uma das três formas de revogação previstas no n.º 2 do mesmo artigo 7.º: expressa, tácita ou de sistema, esta entendida como a que acontece na circunstância de a nova lei regular toda a matéria da lei anterior. “A abrogação tácita não resulta só de incompatibilidade: opera-se também quando uma lei nova regula toda a matéria já disciplinada pela lei anterior. Aqui deduz-se, com efeito, a vontade por parte do legislador de liquidar o passado, estabelecendo um novo sistema de princípios completo e autónomo. Temos então um novo ordenamento jurídico com directivas originais, que não tolera desvios ou enxertos de leis precedentes”. Por outro lado, “a abrogação não faz cair só a lei directamente atingida; afecta ainda todas as disposições dependentes ou acessórias que a ela se prendem, conquanto resultem de leis diversas.” (cfr. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra editora, pp. 145 e 148).
- 24 Ora, como se lê respectivamente nos pontos 22 e 23 do preâmbulo do Código Penal de 1982, relativos à Parte Especial, quanto aos crimes contra o património, foi objectivo declarado do legislador, por um lado, a criação de “uma (nova) ordem que contraria a visão saída do liberalismo radical”. Por outro, a introdução, no sistema, de uma parte especial onde pode ser surpreendido “um forte sentido de descriminalização”. A matéria dos crimes contra o património, integrada na falada “nova ordem” recebeu, assim, inequivocamente, uma inovadora e completa regulamentação, que revogou de forma expressa, não só o anterior Código Penal como as leis especiais, dele dependentes e ou acessórias, que, pelo menos, por aquela foram contrariadas.

- E a incriminação extravagante que ora nos importa não poderia deixar de ser dependente ou acessória do revogado Código Penal, ao menos na definição típica do crime de abuso de confiança e do conceito de património que lhe subjaz. 25
- Deste modo, tem de entender-se abrangida pela revogação geral do n.º 1 do Decreto-Lei n.º 400/82, “disposições legais que prevêm e punem factos incriminados pelo novo Código Penal”, tal extravagante incriminação prevista no artigo 1.º deste Decreto-Lei. É, de resto, a solução que sempre resultaria dos princípios que regem a sucessão de leis penais: “quando a lei nova, mediante a adição de novos elementos, restringe a extensão da punibilidade, há despenalização se o elemento adicionado é especializador (...)”. E ainda: “Haverá despenalização (...) sempre que o erro sobre o elemento adicionado (novo) excluísse o dolo do tipo legal de crime contido na lei nova (...)”. Ora, a ter-se como acertada a tese que via na falada incriminação do incumprimento do penhor bancário uma espécie de abuso de confiança de coisa própria, sempre a nova lei – Código Penal de 1982 – teria implicado a adição de um novo elemento especializador e restritivo da extensão da punibilidade, qual seja, a típica exigência de a acção relevante ter de versar sempre sobre coisa alheia. Elemento típico novo que, a ser objecto de erro, naturalmente, excluiria o dolo do tipo legal em causa – art.º 16.º, n.º 1, do Código Penal. 26
- Dai a conclusão pela despenalização, neste contexto, de condutas porventura previstas no Decreto-Lei de 1939 ou qualquer outro crime contra o património, cujo objecto material passasse pela subtracção ou descaminho de coisa própria. 27
- Seja como for, o regime da hipoteca sobre bens móveis é um dos aspectos importantes do regime de garantia. Em relação ao objecto da hipoteca, o Código Civil determina que podem ser hipotecadas “as coisas móveis que, para este efeito, sejam por lei equiparadas às imóveis”. Assim, podem ser hipotecados os veículos, as aeronaves, os navios, etc. Por sua vez, o Código Comercial dispõe que o penhor mercantil garante a dívida que resulta do exercício de uma empresa comercial e que o penhor mercantil pode ser constituído com ou sem desapossamento. 28
- O **penhor mercantil** é diferente do penhor do Código Civil e semelhante à hipoteca sobre bens móveis. O penhor do Código Civil prefigura uma relação pignoratícia sobre bens móveis em que existe transferência da posse; a hipoteca sobre bens móveis é uma relação hipotecária sem desapossamento dos bens móveis. 29
- Mas o penhor mercantil contém algumas das características do penhor do Código Civil e da hipoteca sobre bens móveis no que se refere à utilidade do bem objecto de garantia. No Código Civil não existem, em princípio, limitações para o âmbito da garantia do crédito, mas existem requisitos para a garantia de dívidas através do penhor mercantil, pois aqui a dívida que se cauciona tem que resultar do exercício de uma empresa comercial. Esta limitação é definida pela especificidade do bem objecto de penhor. 30
- A principal forma de constituição do penhor no Código Civil é a transferência da posse do bem objecto de penhor e geralmente o bem objecto de penhor é entregue ao credor pignoratício. Mas o Código Comercial determina que o bem objecto de penhor pode ser entregue a terceiros ou, através de uma determinada forma, pode ser feita uma entrega simbólica, isto é, embora seja necessário proceder à transferência da posse do bem objecto de penhor, a forma da transferência é flexível. Por exemplo, não é necessário entregar o objecto real, fazendo-se em vez disso uma entrega simbólica, nem é necessário entregar o bem ao credor pignoratício, este pode ser entregue a um terceiro escolhido por ambas as partes. Assim é possível escolher, conforme a situação, a transferência com ou sem desapossamento. 31
- Esta é a diferença principal entre o penhor mercantil e o penhor do Código Civil — a entrega do bem objecto de penhor reveste-se de uma forma especial. A condição 32

para a constituição do penhor no Código Civil é a entrega do bem objecto de penhor, mas a constituição do penhor mercantil tem duas condições necessárias: a entrega do objecto pode ser feita com ou sem desapossamento. A constituição do penhor com desapossamento consiste na entrega do bem objecto de penhor ao credor pignoratício, a terceiro escolhido por ambas as partes ou consiste numa entrega simbólica. A constituição do penhor sem desapossamento é efectuada por escrito e deve ser assinada na presença do notário; a forma escrita, principalmente nas situações de entrega sem desapossamento.

- 33 Assim, verificamos que as condições para a constituição do penhor mercantil e do penhor do Código Civil são diferentes, porque a forma escrita não é a forma necessária do contrato civil. A posse e o registo são as duas principais formas de publicidade do direito real, pois de acordo com os princípios do direito civil tradicional, a forma de publicidade do direito real relativo a bens móveis é a posse e dos direitos relativos a bens imóveis é o registo. Mas de acordo com as disposições do Código Comercial e do Código de Registo Comercial, a constituição do penhor mercantil sem desapossamento está sujeita a registo, o que também é uma das diferenças entre o penhor mercantil e o penhor do Código Civil.
- 34 De acordo com as disposições do Código Comercial o empenhador do penhor sem desapossamento é considerado como possuidor do objecto em nome de outra pessoa, isto é, o credor pignoratício tem indirectamente a posse do objecto e o empenhador assume a responsabilidade de fiel depositário. Este tipo de relação jurídica dispõe das características do contrato de depósito, mas é diferente da responsabilidade do fiel depositário do contrato de depósito, porque no penhor sem desapossamento o empenhador pode continuar a utilizar o bem objecto de penhor, mantendo o seu valor, o que não acontece com o fiel depositário do contrato de depósito.
- 35 O **tipo objectivo** do ilícito radica na coisa empenhada através de contrato de penhor bancário. Ressalva a lei (art. 3.º), o penhor dado em garantia de operações bancárias, de créditos, de títulos de créditos, de quotas e de coisas imateriais. A coisa dada de penhor terá que ficar na posse do seu proprietário (dono) sendo assim considerado como possuidor em nome alheio relativamente ao direito pignoratício. Como tal, estamos perante um crime específico próprio ou puro porquanto se exige que o autor seja o proprietário da coisa dada de penhor e assim, essa qualidade fundamenta a própria ilicitude do facto.
- 36 No caso do objecto ser pertença de pessoa colectiva, a responsabilidade criminal incide, necessariamente, sobre os seus representantes legais, excluindo-se a responsabilidade penal das pessoas colectivas por força do regime especial (§ 2).
- 37 É essencial que o objecto empenhado esteja devidamente identificado, qualitativa e quantitativamente, não bastando, para efeitos de preenchimento do ilícito, uma simples referência a um objecto identificado em moldes vagos e imprecisos (TOLDA PINTO e REIS BRAVO, *Colectânea de Legislação Penal Extravagante*, Direito Penal Económico e Afim, Coimbra editora, p. 13).
- 38 Na jurisprudência atente-se no Ac. do STJ de 10.12.1992, CJ, Acs. STJ, I, 2, 228 e Ac. do TRP de 10.12.1992, proc. n.º 043107. É válido o contrato de penhor mercantil de um estabelecimento comercial constituído apenas por coisas móveis e direitos, como o direito ao arrendamento e trespasse do estabelecimento. A denúncia do arrendamento desse local, não autorizada pelo prestamista, feita pelo proprietário de um estabelecimento comercial dado de penhor mercantil, traduz-se numa alienação ilícita deste, e constitui a comissão de um crime equiparado ao de furto, nos termos do art. 1.º, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 29 833, de 17.08.1939 (Acs. do TRE de 18.06.1991, CJ, XVI, 4, 308, e de 17.03.1992, CJ, XVIII, 2, 304, e do STJ, de 06.05.1993, *in* BMJ, 427, 231/235).

- A coisa dada de penhor pode pertencer a pessoa singular ou colectiva. O penhor com susceptibilidade de fazer operar a tipificação criminal só pode ser aquele que fique a constar de documento autêntico ou de documento autenticado, sendo que as disposições do art. 1.º, nos seus dois §§ têm de constar obrigatoriamente do contrato (art. 2.º). Quanto à prova do penhor veja-se o Decreto-Lei 32 032, de 22.05.1942, com a ressalva do § único da sua única disposição normativa. 39
- A conduta típica assenta nas modalidades de actuação tipificadas na norma, a saber: alienação, modificação, destruição, desencaminhamento sem autorização escrita do credor e novo penhor sem menção expressa do anterior. 40
- Comete o crime, aquele que, tendo dado em penhor mercantil 30 bovinos leiteiros, os vende, conquanto soubesse que não podia dispor deles, desse modo, frustrando a garantia do empréstimo que lhe fora concedido para a sua aquisição (Ac. do STJ de 09.02.1994, CJ, Acs do STJ, II, 1, 222). 41
- A actuação tem de incidir sobre a totalidade da coisa dada de penhor, não bastando, a simples venda de parte do objecto (Ac. do STJ de 02.06.1993, proc. n.º 9240615. Contra vide o Ac. do STJ de 13.07.1955, *in* BMJ, 50, pág. 251). 42
- A denúncia unilateral do contrato de arrendamento de estabelecimento comercial com penhora mercantil, sem autorização do credor pignoratício, integra a prática do crime (Ac. do STJ, de 06.05.1993, *in* BMJ, 427, 231/235). 43
- As modalidades de actuação típicas têm de se verificar a título doloso, em qualquer uma das suas modalidades – arts. 13.º e 14.º, do Código Penal. 44
- A co-autoria é enquadrável, assim como a cumplicidade, na exacta medida do domínio do facto sobre a coisa dada de penhor. Todo aquele que for dono e actuar tipicamente comete o crime. Tratando-se de um **crime específico próprio**, poder-se-á colocar a questão da aplicação do disposto no art. 28.º, do Código Penal. Inclina-mo-nos para defender o contrário tendo presente a última parte da disposição legal referida. Trata-se, numa outra classificação doutrinária, de um crime de mão própria, e portanto abrangida pela própria intenção da norma incriminadora. 45
- Poder-se-á, em tese, antever a prática do crime de falsificação de documento, na modalidade típica de fazer constar uma inverdade declarativa de facto juridicamente relevante, nos termos do artigo 256.º, n.º 1, al.ª d), do Código Penal. Por exemplo, nas actuações típicas onde se exige a autorização do credor e, do mesmo modo, quanto à enunciação da inexistência de penhor(es) anterior(es). A ser assim, estamos perante condutas diversas, que tutelam bens jurídicos diferentes e, como tal, as condutas do agente terão que ser alvo de punição a título de concurso real e efectivo. Nesse sentido veja-se o Ac. do STJ, de 16.04.1997, *in* BMJ, 466, pp. 193/208. À luz do actual Código Penal, e como já se disse ao longo da anotação, os crimes de furto, de dano e de abuso de confiança, não se verificam porquanto só incidem sobre coisas alheias. 46
- Uma outra situação é ainda configurável no que respeita ao concurso com o crime de burla. Imagine-se a seguinte hipótese prática: A celebra um contrato de penhor com banco B tendo por objecto um conjunto de mercadorias X. Na pendência do contrato, aliena o conjunto de mercadorias a C, omitindo a prévia existência do contrato de penhor bancário celebrado com B. Cometeu também um crime de burla? – Tudo parece indicar nesse sentido. Porém, importa esmiuçar os regimes legais a analisar para que se conclua em sentido oposto. No art. 450.º, n.º 4, do Código Penal de 1886, era punido como autor de um crime de burla todo aquele que alheasse como livre uma coisa especialmente obrigada a outrem, encobrindo maliciosamente a obrigação (ainda assim, se o banco sabia, ao emprestar o dinheiro, que este se destinava à compra das máquinas penhoradas, não se pode dizer que o 47

credor foi enganado quanto à propriedade dos bens do dito objecto de penhor – Ac. do STJ, de 10.12.1992, proc. n.º 043107).

- 48 Tutelava-se o interesse do adquirente que havia sido prejudicado patrimonialmente uma vez que havia adquirido algo que não se encontrava livre de ónus e encargos. Enriquecia o alienante porque recebia um preço mais alto à custa do património do adquirente que, caso soubesse dos encargos, ou não compraria, ou exigiria um preço mais baixo.
- 49 Sucede que o Código Penal de 1982, mesmo depois das revisões de 1995 e 2007, não contempla uma norma incriminadora idêntica. E hoje o crime de burla, previsto e punido, pelo art. 217.º, exige mais para o seu preenchimento objectivo. Em suma, não há crime de burla sem prejuízo patrimonial do enganado ou de terceiro. Ora, com a venda do conjunto de mercadorias X, terá o adquirente sido enganado quanto ao seu valor? Terá assim sofrido uma diminuição do seu património? – Assim não é, uma vez que a alienação do bem dado de penhor faz com que essa garantia se extinga. Como vimos *supra*, o penhor mercantil não determina, ao contrário do penhor comum, a entrega do bem ao credor (aliás, elemento essencial do contrato conforme se retira do art. 669.º, do Código Civil). Daí a necessidade da tutela penal. Pois que, de acordo com o disposto no art. 677.º do Código Civil, o penhor cessa com a sua alienação, e essa situação terá que também ser aplicável ao penhor mercantil. Nesse sentido, veja-se os Ac. do STJ de 20.11.1953 e de 13.07.1955, *in* BMJ, 40, pág. 473 e 50, pág. 251, respectivamente, “se o objecto do penhor foi desencaminhado ou dissipado pela sociedade devedora, a garantia real constituída com esse objecto deixou de existir; o desaparecimento ou dissipação do objecto do penhor, logicamente, faz extinguir este penhor, de facto e de direito”. Assim, regressando à nossa hipótese, temos pois, que a alienação fez extinguir o direito de penhor relativamente ao banco B e determinou a transmissão do direito de propriedade das mercadorias no que respeita a C. E assim, apenas se pode concluir que C adquiriu as mercadorias X livres do direito de penhor de que C havia sido titular. E, tudo isto, determina que C não tivesse tido qualquer empobrecimento porquanto, por força da lei, efectivamente adquiriu algo livre de ónus e encargos. Para B o prejuízo patrimonial não advém da verificação do contrato de compra e venda que A celebrou com C mas, isso sim, da violação do contrato de penhor. E essa está tipificada. Termos em que, acompanhando o decidido no já assinalado Ac. do STJ de 16.04.1997, se conclui que o crime de burla não se verifica.
- 50 Face à remissão, actualmente, as **molduras penais** do crime de furto estão previstas nos arts. 203.º e 204.º, do Código Penal. Naturalmente que não vislumbramos que as qualificativas previstas nos n.ºs 1 e 2, do Código Penal sejam todas aplicáveis. Só aquelas que dizem respeito à expressão patrimonial da coisa dada de penhor podem ser chamadas a intervir.
- 51 São aplicáveis as regras contidas no art. 206.º, do Código Penal.

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO CARMO

Decreto-Lei n.º 507/72, de 12 de Dezembro, sobre a protecção dos cabos submarinos de telecomunicações (Artigos 1.º a 19.º)

Artigo 1.º

As infracções previstas e punidas nos termos do presente diploma praticadas em território nacional, incluído águas interiores e mar territorial, ou no alto mar, desde que o respectivo agente seja membro da tripulação de embarcação portuguesa, são consideradas crimes marítimos e como tais sujeitas às disposições do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, em tudo o que não seja contrariado pelo mesmo diploma.

Artigo 2.º

1. O comandante de uma embarcação ocupada na reparação ou na colocação de um cabo submarino ou subfluvial que não respeitar na parte que lhe for aplicável, as normas respeitantes a sinais do Regulamento para Evitar Abalroamentos no Mar será punido com prisão até 2 meses agravada com multa de 5.000\$ a 50.000\$ se a infracção der causa a que outra embarcação quebre ou deteriore outro cabo, interrompendo ou dificultando as comunicações efectuadas através dele.

2. Na mesma pena incorrem:

a) O comandante, mestre, arrais ou patrão de qualquer embarcação que, avistando, ou podendo avistar os sinais indicativos de uma embarcação ocupada na reparação ou colocação de cabos, não mantenha a sua embarcação afastada pelo menos, 1 milha marítima da embarcação em manobra;

b) O comandante, mestre, arrais ou patrão de qualquer embarcação que, vendo ou podendo ver as bóias assinalando um cabo em colocação, avariado ou em estado de ruptura, não mantenha a sua embarcação afastada dessas bóias pelo menos um quarto de milha marítima.

Artigo 3.º

1. É punido com pena de prisão até dois meses, agravada com multa de 5.000\$ a 50.000\$:

1) O comandante, mestre, arrais ou patrão de qualquer embarcação que fundear a menos de um quarto de milha marítima de um cabo submarino ou subfluvial em reparação ou colocação e cuja posição estiver assinalada pelas bóias respectivas ou amarrar a uma destas bóias;

2) O comandante, mestre ou arrais de qualquer embarcação de pesca que, avistando ou podendo avistar os sinais içados por uma embarcação ocupada na reparação ou colocação de um cabo, não retire as redes ou aparelhos de pesca, já lançados à água, para além de 1 milha marítima dessa embarcação;

3) O comandante, mestre ou arrais de qualquer embarcação de pesca que não conservar as suas redes ou aparelhos de pesca pelo menos a um quarto de milha marítima da linha das bóias destinadas a sinalizar a posição dos cabos em reparação ou colocação.

2. Para os efeitos do disposto na alínea b), do número anterior, as embarcações de pesca têm o prazo de vinte e quatro horas para retirar as redes ou aparelhos de pesca sem que, durante esse prazo, possa ser posto obstáculo às suas manobras.

3. Se, com antecedência mínima de vinte e quatro horas, tiver sido feito aviso à navegação, indicando o local e a data da realização dos trabalhos de reparação ou colocação de cabos, as embarcações de pesca que possam ter tomado conhecimento do aviso não beneficiam do prazo referido no número anterior.

Artigo 4.º

1. O comandante da embarcação ocupada na reparação ou colocação de um cabo submarino ou subfluvial deve proceder de forma que dessas operações resulte o mínimo prejuízo possível para navegação, sob pena de incorrer m multa de 5.000\$ a 20.000\$.

2. O comandante da embarcação ocupada na reparação ou colocação de um cabo que, contrariando o disposto na parte final do n.º 2 do artigo anterior, der causa a que embarcação de pesca perca as suas redes ou aparelhos de pesca é punido com prisão até 2 meses e multa de 5.000\$ a 50.000\$.

Artigo 5.º

1. Todo aquele que por negligência quebrar ou deteriorar um cabo submarino ou fluvial, interrompendo ou dificultando as comunicações efectuadas através desse cabo, é punido com prisão até nove meses e multa de 20.000\$ a 100.000\$.

2. Quando se verifique que o corte ou deterioração do cabo foi intencional, a pena será de prisão de quatro meses a dois anos e multa de 60.000\$ a 300.000\$.

3. Relativamente ao disposto no número anterior, a tentativa é punida com prisão até quatro meses e multa até 60.000\$.

Artigo 6.º

1. O comandante, mestre, arrais ou patrão da embarcação a cuja tripulação pertencer o autor material de uma infracção ocorrida em qualquer das circunstâncias previstas no n.º 1 do artigo anterior é também punido como autor.

2. O facto de, pelo comandante, mestre, arrais ou patrão da embarcação a cuja tripulação pertencer o infractor, ter sido dado conhecimento da infracção à autoridade marítima competente será tomado em conta como atenuante de especial valor.

Artigo 7.º

1. As penas previstas nos artigos anteriores para a rotura ou deterioração de um cabo não são aplicáveis quando essa rotura ou deterioração se der no mar territorial ou águas interiores portuguesas na porção do cabo que, segundo o contrato com as respectivas companhias, deva ser protegido por uma linha de bóias ou por sinais, e estes ou aqueles não existirem ou não forem visíveis.

2. Nos portos ou ancoradouros onde o cabo passar ou amarrar é permitido fundear ou conservar as redes ou aparelhos de pesca a menos de um quarto de milha marítima dos cabos em reparação ou colocação, quando tal seja determinado pelo respectivo capitão do porto, atendendo às condições do fundeadouro.

Artigo 8.º

1. Quando no mar territorial ou em águas interiores portuguesas for necessário efectuar o levantamento das armações de pesca para se proceder às operações de reparação ou colocação de um cabo, o capitão do porto estabelecerá o prazo dentro do qual aquelas armações devem ser levantadas.

2. Ao comandante da embarcação ocupada na reparação ou colocação de um cabo que dolosamente não respeite o prazo referido no número anterior é aplicável o disposto no n.º 2 do artigo 4.º.

Artigo 9.º

1. O disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 5.º não é aplicável se a rotura ou deterioração for determinada pelo comandante, mestre, arrais ou patrão de uma embarcação a fim de garantir a segurança desta ou se necessária para salvaguarda de vidas humanas, depois de terem sido tomadas todas as precauções necessárias para evitar essas roturas ou deteriorações.

2. A rotura ou deterioração de um cabo nas condições do número anterior deve ser comunicada, no prazo de vinte e quatro horas, à autoridade marítima do primeiro porto nacional onde a embarcação entrar, pelo respectivo comandante, mestre, arrais ou patrão, sob pena de lhe ser aplicada a multa de 5.000\$ a 50.000\$.

Artigo 10.º

Quando uma embarcação tenha a bordo um piloto das barras e portos nacionais a responsabilidade criminal pelas infracções resultantes de acto ou omissão ocorrido a bordo pertence a esse piloto, salvo nos casos em que o Regulamento Geral dos Serviços de Pilotagem das Barras e dos Portos do Continente e das Ilhas Adjacentes dispuser em contrário.

Artigo 11.º

As condições a que devem obedecer as portas das redes das embarcações de pesca nacionais, a fim de evitar de rotura ou deterioração dos cabos submarinos ou subfluviais são estabelecidas nas disposições que regulam a pesca de arrasto.

Artigo 12.º

Todo aquele que fabricar, vender, embarcar ou fizer embarcar instrumentos ou aparelhos que sirvam para cortar ou deteriorar cabos submarinos ou subfluviais, quando haja fundadas suspeitas de que se destinam a alguns desses fins, é punido com multa de 5.000\$ a 50.000\$, que pode ser agravada, conforme as circunstâncias, com prisão de oito dias a dois meses.

Artigo 13.º

1. São competentes para conhecer das infracções previstas nos artigos anteriores:

a) O tribunal marítimo da sede da capitania do porto onde tiver sido feita a matrícula da embarcação, quanto às infracções praticadas no alto mar;

b) O tribunal marítimo da sede da capitania do porto em cuja área de jurisdição tiver sido praticada a infracção, independentemente da nacionalidade do infractor ou da embarcação de cuja tripulação este faça parte, quanto às infracções praticadas no mar territorial ou em águas portuguesas.

2. Sendo a embarcação de nacionalidade estrangeira, e a infracção cometida, no mar territorial ou em águas interiores portuguesas, quando aquela se dirigir para o mar, o tribunal competente é o da sede da capitania do primeiro porto português em que a embarcação tocar ou o infractor desembarcar.

Artigo 14.º

O exercício da acção penal depende:

a) Quanto às infracções cometidas no mar territorial e em águas interiores portuguesas, do disposto no Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante quanto à notícia da infracção;

b) Quanto às infracções cometidas no alto mar e em execução do disposto na Convenção Internacional de 14 de Março de 1884 para Protecção dos cabos submarinos:

1) Da remessa ao capitão do porto competente dos autos de notícia e demais elementos recolhidos pelos comandantes dos navios da Armada ou dos navios encarregados pelo Governo Português de fiscalizar o cumprimento da Convenção;

2) Da remessa ao capitão do porto competente dos processos verbais, levantados por comandantes de navios de guerra estrangeiros ou de navios encarregados por Governos estrangeiros de fiscalizar o cumprimento da Convenção, os quais devem ser autenticados e traduzidos pelo respectivo consulado;

3) De denúncia à mesma autoridade marítima feita pelo ofendido.

Artigo 15.º

1. Os comandantes dos navios da Armada ou dos navios encarregados pelo Governo Português de fiscalizar o cumprimento da Convenção, quando tiverem seguros indícios da prática no alto mar de qualquer das infracções previstas neste diploma por embarcações de nacionalidade portuguesa ou de qualquer Estado contratante, mandarão lavrar auto de notícia do facto.

2. Dos autos de notícia devem constar com a maior clareza possível os elementos e as circunstâncias da prática da infracção, com indicação do dia, hora e local em que foi cometida, identificação do infractor e de pelo menos duas testemunhas que possam depor sobre os factos, a assinatura do oficial que levanta o auto, das testemunhas quando for possível e do infractor se quiser assinar.

3. O infractor e as testemunhas têm o direito de juntar ou fazer juntar ao auto assim levantado, e na sua própria língua, todas as explicações que julgarem úteis, desde que devidamente assinadas.

4. O auto assim lavrado é remetido pelo comandante ao seu superior hierárquico, juntamente com os restantes elementos colhidos no prazo de 24 horas a contar da sua chegada ao primeiro porto português em que tocar.

5. O superior hierárquico que receber os documentos a que se refere o número anterior, ou qualquer entidade do Ministério da Marinha que, por qualquer razão, receber os processos verbais de que trata a subalínea 2), da alínea b), do artigo anterior, providencia para que os mesmos sejam remetidos o mais breve possível ao capitão do porto onde tem sede o tribunal marítimo competente ou, no caso da embarcação ser estrangeira, às autoridades do Estado do pavilhão da embarcação pela competente via diplomática.

Artigo 16.º

1. No que respeita à acção civil por danos resultantes de qualquer infracção punível por este diploma observar-se-á, na parte aplicável, o disposto nos artigos respectivos do Código de Processo Penal.

2. O pedido de indemnização será deduzido no prazo estabelecido para a acusação, podendo o lesado deduzi-lo contras a pessoas que só sejam civilmente responsáveis pelo facto imputado ao arguido.

Artigo 17.º

Têm direito a ser indemnizados pelos proprietários dos cabos:

a) Os proprietários das armações de pesca que devido à reparação ou colocação dos cabos tenham de as levantar;

b) Os proprietários ou armadores de embarcações que provem que sacrificaram o ferro, uma rede ou um aparelho de pesca para danificarem o cabo submarino ou subfluvial.

Artigo 18.º

1. Para os efeitos do artigo anterior e quanto aos factos ocorridos na área de jurisdição de qualquer repartição marítima, aplicam-se as disposições do Regulamento Geral das Capitánias quanto a avarias de embarcações.

2. A decisão proferida pela autoridade marítima será comunicada á autoridade consular do país a que pertencer o cabo e ao proprietário deste quando for caso disso.

Artigo 19.º

1. Para os efeitos do artigo 17.º e quanto aos factos ocorridos no alto mar, o direito de indemnização só é reconhecido se tiver sido lavrado tanto quanto possível logo após o acidente, e para dele dar fé, um processo verbal confirmado por testemunho dos membros da tripulação e se o comandante, mestre, arrais ou o patrão apresentar, no prazo de vinte e quatro horas a contar da sua chegada ao primeiro porto português de destino ou de arribada, o respectivo relatório de mar ao capitão do porto, que, por sua vez, deve dar logo conhecimento do facto às autoridades consulares do Estado de que for nacional o proprietário do cabo, quando disso for caso.

2. Recebidos os elementos referidos no n.º 1, observar-se-á o disposto no artigo anterior.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotação 3)

A revogação (anotações 4 a 18)

A protecção jurídica de cabos submarinos e subfluviais existe entre nós desde 1 21.4.1886 com a denominada Carta de Lei no seguimento da aprovação, mediante ratificação da Convenção Internacional para a Protecção dos Cabos Submarinos, assinada em Paris a 14.3.1886. O Decreto n.º 8257, de 11.7.1922 deu expressão a normas processuais quanto ao tratamento do regime substantivo.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 507/72, de 12.12, surge, pelas palavras do legislador, 2 para “eliminar legítimas e frequentes dúvidas que se levantam quanto aos tribunais competentes para conhecer das infracções à Convenção Internacional” (...) e para “definir e aplicar, com clareza, em matéria processual, o princípio, hoje consagrado da completa separação entre a jurisdição dos tribunais marítimos e a dos tribunais comuns”.

Sem grandes dificuldades interpretativas, o presente diploma, com a previsão 3 de diversos crimes de dano e de perigo, em distintas modalidades de actuação, inclusive com a imputação subjectiva a título negligente do dano, visou a protecção da segurança das comunicações, em especial daquelas que são realizadas através de cabos submarinos.

A presente anotação ao diploma assinalado é por nós tratado de forma genérica 4 e unitária em razão da conclusão a que chegamos quanto à sua vigência actual. Temos para nós que o Decreto-Lei em questão foi alvo de **revogação** desde a entrada em vigor do Código Penal de 1982, isto é, com o Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9 e, no que tange às normas de direito adjectivo, também elas se mostram revogadas com a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987.

Conforme adiantamos o regime penal instituído com este diploma previa nos seus 5 diversos arts. várias modalidades de actuação tipificadas como crimes de resultado, fossem eles de dano ou de perigo, relacionados com a prática de actividades que atentassem contra a segurança dos cabos submarinos e subfluviais. Há ainda que

realçar que o regime em causa determinava que, nalgumas situações, os ilícitos revestiam a natureza de crimes específicos próprios (exemplo dos comandantes, mestres, arrais ou patrão das embarcações e ainda o piloto das barras e portos nacionais). A par, existiam crimes comuns. Merece ainda realce a punibilidade de actos preparatórios relacionados com o fabrico, a venda e o embarque de instrumentos que sirvam para cortar ou deteriorar cabos submarinos quando houvessem fundadas suspeitas de que se destinassem aqueles fins (art. 12.º). Atente-se ainda que, na complexidade normativa do diploma, também ali se previam normas substantivas relacionadas com a prática de factos que eram tidos como justificados para efeitos de não preenchimento objectivo da conduta penal relacionada com o dano em cabos (art. 9.º) – trata-se de uma causa de justificação expressamente prevista na Parte Geral do Código Penal.

- 6 A par do regime substantivo que ali se mostrava consagrado, surgem também normas de natureza adjectiva, como sejam regras de competência material e territorial, relacionadas com os Tribunais marítimos na sua vertente, ultrapassada, de conhecer de causas penais (art. 13.º e 14.º). A par destas surge uma outra, relacionada com o exercício da acção penal e a respectiva elaboração do auto de notícia (art. 15.º). Por fim, e ainda no que respeita ao regime de ressarcimento dos estragos provocados, o diploma estabelecia as regras constantes dos art. 16.º a 19.º, que, não têm qualquer especialidade que mereça destaque face ao regime vigente no Código de Processo Penal.
- 7 Para o objecto substantivo que quanto a nós importa anotar, com maior relevo, previa no seu art. 5.º, n.º 1, que “todo aquele que por negligência quebrar ou deteriorar um cabo submarino ou fluvial, interrompendo ou dificultando as comunicações efectuadas através desse cabo, é punido com prisão até nove meses e multa de 20.000\$ a 100.000\$”. Tínhamos, pois, um crime de dano negligente. O n.º 2 do art. penalizava a conduta dolosa, isto é, na expressão do legislador “intencional”.
- 8 Recorde-se que o crime de “dano culposo” era tipificado, igualmente, na modalidade de imputação subjectiva negligente, pelo art. 482.º, do Código Penal de 1886. Claro está que, apesar do tipo objectivo contido nesta norma pudesse incluir os cabos submarinos, tal disposição era afastada em termos de aplicação pelo regime especial contido no diploma em análise.
- 9 Sucede que com a reforma de 1982, o legislador apesar de ter sido claro em estabelecer que “são revogados o Código Penal aprovado pelo Decreto de 16 de Setembro de 1886 e todas as disposições legais que prevêm e punem factos incriminados pelo novo Código Penal” (art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei 400/82), e, para além disso, de enunciar um conjunto de diplomas que também eram expressamente revogados, não o fez de forma exaustiva (n.º 2 do citado art. 6.º).
- 10 A nosso ver o legislador foi cauteloso, justamente por temer que não lograsse abranger todos os diplomas que contivessem regime ou normas penais extravagantes. Atente-se que assim foi porquanto no corpo do n.º 2 estabeleceu que “nomeadamente, são revogadas as seguintes disposições:”. Ora, o advérbio de modo utilizado em termos de linguagem interpretativa não pode deixar de querer dizer que existem outros normativos que naturalmente terão que ser considerados como implicitamente revogados.
- 11 É essa a nossa posição, em bloco, quanto ao diploma em análise. Vejamos então. A punibilidade criminal do denominado dano negligente foi afastada com a reforma penal de 1982. E essa revogação no que tange ao Código Penal causou algumas dificuldades interpretativas quanto a normas penais extravagantes (veja-se o caso do dano negligente então previsto no direito estradal com o Decreto-Lei n.º 114/93, de 3.5). Era, assim, porquanto o Código Penal de 1982 não revogou de

forma expressa o regime contido no Código da Estrada. Certo é que, quanto a esse problema, o Código da Estrada de 1993 não retomou o crime de dano negligente que anteriormente previa.

A questão foi retomada na reforma penal operada em 1995 e aí foi expressamente estabelecido que não haveria lugar à restauração do crime de dano negligente (“Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, p. 518 e seguintes).

Aderimos por completo às considerações teóricas e doutrinárias a que ali se fez menção como forma de justificar a dimensão civilística do dano não intencional, aliás, na esteira daquilo que são os exemplos nos restantes ordenamentos jurídicos europeus.

Quanto aos demais ilícitos previstos neste diploma legal, dúvidas não nos restam que estão expressamente revogados pelos crimes que vieram a ser consagrados no Código Penal. E, assim, quanto ao crime de dano há que chamar à colação a sua integração nos tipos objectivos consagrados nos art. 212.º, n.º 1 e, fundamentalmente, atendo o valor elevado que implica o estrago em cabos submarinos e subfluviais, no art. 213.º, n.º 1, a), já para não falar no preenchimento cumulativo da al. c), ou pelas mesmas razões, nas al. a) e d), do n.º 2, do art. 213.º, do Código Penal.

As restantes condutas previstas neste regime penal de 1972 estão também elas revogadas pela própria punibilidade da tentativa do crime de dano (n.º 2, do art. 212.º, do Código Penal) e, nos casos em que as condutas são punidas a título de crimes de perigo, veja-se o tipo objectivo contido no art. 289.º, relacionado com a condução perigosa de meio de transporte por água, quando, justamente a criação do perigo afecte bens patrimoniais de valor elevado. Também aqui, atente-se, que estamos perante uma norma penal que visa a tutela da segurança das comunicações e, simultaneamente a propriedade alheia. Em acolhimento desta nossa posição, veja-se que o tipo objectivo desta última norma terá que contemplar qualquer meio de transporte por água, de qualquer dimensão, ou natureza, nele se incluindo todas as embarcações de pesca – referimo-nos a estas porquanto são elas as que oferecem uma maior potencialidade de risco de lesar cabos submarinos – veja-se o funcionamento de algumas artes de pesca, como sejam as que são utilizadas na pesca do arrasto de fundo (merece destaque a preocupação do legislador de 1972 quanto a esta arte de pesca, quando expressamente lhe faz referência no art. 11.º). Porque se desconhece jurisprudência dos Tribunais superiores quanto a casos de aplicação do regime em anotação, deixar-se-á apenas a indicação da sentença proferida pelo Tribunal de 1.ª instância do extinto 1.º Juízo do Tribunal Judicial da Comarca de Santiago do Cacém (actualmente Comarca do Alentejo Litoral), proferida no âmbito do proc. 42/07.5 MASTC que, concluiu pela condenação pela prática do crime de dano do art. 213.º, do Código Penal.

A finalizar e com a necessária precariedade quanto à validade desta última referência, dá-se notícia de que se encontra em processo de aprovação legislativa (Projecto de Lei n.º 281/X), a Lei da Navegação Comercial Marítima, na qual, apesar de existir uma norma revogatória abrangente, também ali não se encontra qualquer indicação quanto ao regime jurídico em anotação.

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO CARMO

Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro, que remodela o actual sistema de registo da propriedade automóvel, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 242/82, de 22 de Junho, 461/82, de 26 de Novembro, 217/83, de 25 de Maio, 54/85, de 4 de Março, 403/88, de 9 de Novembro, 277/95, de 25 de Outubro, e 182/2002, de 20 de Agosto, 178-A/2005, de 28 de Outubro, e 20/2008, de 31 de Janeiro (Artigos 10.º, 11.º, 14.º, 16.º e 22.º)

Artigo 10.º

1. Do certificado de matrícula devem constar todos os registos em vigor, exceptuados os que publicitem:

a) Providências judiciais ou administrativas que determinem a apreensão do veículo;

b) A propriedade de veículo adquirida por entidade comercial que tenha por actividade principal a compra de veículos para revenda e que proceda ao pedido de registo de tal facto em virtude de alienação de veículo no exercício dessa actividade, nos termos e com as limitações fixadas por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça.

2. Nos casos a que se refere a alínea b) do número anterior, se o veículo não for objecto de revenda pela entidade comercial nela referida no prazo de 180 dias a contar da aquisição da sua propriedade, a propriedade adquirida por tal entidade é mencionada no certificado de matrícula.

3. Quando os conservadores tenham conhecimento de que as anotações do certificado de matrícula estão incompletas ou desactualizadas, podem notificar o respectivo titular para o apresentar na conservatória dentro do prazo que lhe for designado, sob pena de incorrer na prática do crime de desobediência.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotação 4)

O tipo objectivo (anotações 5 a 5.8)

O tipo subjectivo (anotação 6)

As causas de justificação (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 O Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro foi alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 242/82, de 22 de Junho, 461/82, de 26 de Novembro, 217/83, de 25 de Maio, 54/85, de 4 de Março, 403/88, de 9 de Novembro, 277/95, de 25 de Outubro, e 182/2002, de 20 de Agosto, 178-A/2005, de 28 de Outubro, e 20/2008, de 31 de Janeiro.
- 2 O Decreto-Lei n.º 45/75, de 12 de Fevereiro, visou remodelar a matéria de registo de automóveis, propriedade ou outros direitos ou factos com ele directamente relacionados, individualizando os respectivos proprietários, tornar possível o seu tratamento automático e dar publicidade aos direitos inerentes aos veículos automóveis (art. 1.º). E as suas normas prendem-se, sempre, directa ou indirectamente, com questões de registo de ou sobre automóveis. Reportam-se sempre a situações que estão previstas como actos sujeitos a registo (artigo 5.º) e procuram regular procedimentos que decorrem da obrigatoriedade de registo (cfr. *v. g.* o artigo 10.º) ou acautelar o desenvolvimento dos seus procedimentos, como a apreensão que visa acautelar a venda do veículo e o direito do credor (cfr. *v. g.* artigos 17.º e 18.º).
- 3 O registo de veículos tem essencialmente por fim dar publicidade à situação jurídica dos veículos a motor e respectivos reboques, tendo em vista a segurança do comércio jurídico (cfr. n.º 1 do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de

Fevereiro). As suas normas destinam-se, pois, a proteger terceiros, embora exista também alguma protecção do titular inscrito, mas que se traduz apenas na maior facilidade da prova da titularidade do direito inscrito por força da presunção registral e na garantia decorrente do princípio do trato sucessivo de que, sem a sua intervenção, não será lavrada uma nova inscrição definitiva sobre o bem. Face à sua natureza declarativa, o registo não confere direitos mas apenas os publicita. Para efeitos de registo, são considerados veículos os veículos a motor e respectivos reboques que, nos termos do Código da Estrada, estejam sujeitos a matrícula (cfr. art. 2.º do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro). Nos termos do art. 117.º, do Código da Estrada (obrigatoriedade de matrícula), os veículos a motor e os seus reboques só são admitidos em circulação desde que sujeitos a matrícula donde constem as características que permitam identificá-los, exceptuando-se os veículos que se deslocam sobre carris e os reboques cujo peso bruto não exceda 300 Kg. O Decreto-Lei n.º 178-A/2005, de 28 de Outubro, aprovou o projecto “Documento único automóvel”, criando o certificado de matrícula, que agrega a informação anteriormente constante do título de registo de propriedade e do livrete do veículo. Nos termos do seu art. 4.º, o certificado de matrícula é emitido quando se efectue o primeiro registo de veículo importado, admitido, montado, construído ou reconstruído em Portugal (cfr. n.º 1), sendo que, a realização de qualquer acto relativo a veículo que implique alteração dos elementos constantes do certificado de matrícula determina a emissão de novo certificado, sendo obrigatória a entrega do anterior (cfr. n.º 2). Os certificados de matrícula em mau estado de conservação devem ser apreendidos pelas autoridades a quem compete a fiscalização das leis de trânsito e remetidos a um serviço emissor, para efeitos de substituição, sem prejuízo se poderem ser substituídos oficiosamente ou mediante requerimento dos interessados (cfr. n.ºs 3 e 4).

No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – *Comentário do Código Penal...*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 822. Por sua vez, tem subjacente a segurança do comércio jurídico na medida em que o registo de veículos tem essencialmente por fim dar publicidade à situação jurídica dos veículos a motor e respectivos reboques,

Os **elementos objectivos** do crime de desobediência são:

- A existência de um comando da autoridade ou do funcionário (na acepção do art. 386.º do CP);
- Sob a forma de ordem ou mandado, impondo uma determinada conduta, um dever de acção ou omissão, nos termos concretamente definidos;
- A sua legalidade material e formal;
- A competência da entidade que o emite;
- A regularidade da comunicação ao destinatário;

- A violação do dever concretamente emergente desse comando;
- Não existindo disposição legal que, em concreto, especificamente considere uma determinada conduta punível como crime de desobediência, é ainda necessário, que a autoridade ou o funcionário façam a cominação da punição.

O crime aqui previsto pressupõe que o autor do não acatamento da ordem emanada do conservador se encontre investido numa particular posição: seja o titular do certificado de matrícula, ou seja, a pessoa, singular ou colectiva, em nome do qual o veículo for matriculado e que, na qualidade de proprietária ou a outro título jurídico dele possa dispor, sendo responsável pela sua circulação (cfr. n.º 2 do art. 118.º do Código da Estrada).

A acção típica consiste no não acatamento por parte do titular do certificado de matrícula – dentro de determinado prazo para o efeito fixado – da ordem emanada do conservador, ordem essa legítima e regularmente comunicada ao visado e que impõe a apresentação do documento por se verificar que as anotações que do mesmo devem constar se mostrarem incompletas ou desactualizadas.

A ordem do conservador envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime (o titular do certificado de matrícula), assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei aos conservadores, ordem essa que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário).

Em matéria de anotações constantes do certificado de matrícula, cfr. anexo ao Decreto-Lei n.º 178-A/2005, de 28 de Outubro.

O crime é cometido por omissão: sanciona-se o simples deixar de fazer aquilo que foi legitimamente ordenado ou mandado, independentemente das consequências ou do resultado.

No caso concreto, a existência do crime de desobediência está condicionada ao decurso do prazo estabelecido pelo conservador para a apresentação do certificado de matrícula. Consubstanciando a ordem ou o mandado uma norma de conduta concreta emanada da autoridade competente (do conservador dentro das atribuições funcionais próprias ou delegadas de quem a profere), a mesma é dirigida ao titular do certificado de matrícula mediante a imposição de uma conduta que se traduz na apresentação do documento. O incumprimento integral (ou fora do prazo), faz incorrer o titular do certificado do veículo na prática do crime de desobediência. No acto de notificação (ou do conteúdo da notificação) e onde é fixado o prazo para o respectivo cumprimento, deve ser regularmente comunicado ao destinatário a cominação do n.º 3 do preceito em anotação – da mesma deve resultar inequivocamente que o destinatário se inteirou, de facto, do seu conteúdo e, designadamente, das consequências legais resultantes da inobservância da ordem. A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo.

- 6 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpra – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.

A ilegitimidade da ordem não constituirá uma causa de justificação, uma vez que a legitimidade da mesma é elemento da factualidade típica. Conflito de deveres – cfr. art. 36.º do Código Penal 7

A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias (cfr. al.ª a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal). 8

Artigo 11.º

1. Nenhum acto sujeito a anotação no certificado de matrícula ou que tenha por objecto a extinção ou modificação de factos nele anotados pode ser efectuado sem que o certificado já emitido seja apresentado.

2. O disposto no número anterior não é aplicável:

a) Em caso de extravio ou destruição do certificado de matrícula;

b) Nos casos de pedidos de registo de veículos promovidos pela Internet.

2. No caso de ser requerido registo por interessado que não seja titular do certificado de matrícula, o conservador deve notificar o titular daquele certificado, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo anterior, sem prejuízo da realização do registo.

3. Se a notificação não vier a realizar-se ou o certificado não for remetido à conservatória dentro do prazo estabelecido, o conservador deve pedir a apreensão desse documento a qualquer autoridade administrativa ou policial.

Sumário da anotação:

Remissões (anotações 1 e 2)

O registo por interessado que não o titular (anotação 3)

A referência ao n.º 2 do art. 10.º efectuada no n.º 2 do preceito em anotação deve ser entendida como efectuada para o n.º 3 do art. 10.º, em consequência das alterações legislativas operadas pelo Decreto-Lei n.º 20/2008, de 31 de Janeiro. 1

Para maiores desenvolvimentos, cfr. anotações ao artigo anterior. 2

Prevê-se no n.º 2 do preceito em anotação a possibilidade de vir a ser requerido o registo por interessado que não seja o titular do certificado de matrícula. Nestes casos, sem prejuízo da realização do registo, o conservador deve notificar o respectivo titular para o apresentar na conservatória dentro do prazo que lhe for designado, sob pena de incorrer na prática do crime de desobediência. E duas situações podem ocorrer. Se for efectuada a notificação e o titular não proceder à respectiva apresentação no prazo fixado, independentemente de incorrer na prática do crime de desobediência, o conservador deve pedir a apreensão desse documento a qualquer autoridade administrativa ou policial (note-se que a apresentação fora de prazo tendo havido cominação implica a prática do crime de desobediência). Se a notificação não vier a realizar-se, o conservador deve pedir a apreensão desse documento a qualquer autoridade administrativa ou policial. 3

Artigo 14.º

1. Quem prestar declarações falsas ou inexactas para obter a emissão de duplicados do título de registo responde pelos danos a que der causa e incorre, além disso, nas sanções aplicáveis ao crime de falsas declarações.

2. Em iguais responsabilidades e pena incorre o que, com dolo, utilize o duplicado do título obtido nas condições a que se refere o número anterior.

Sumário da anotação:

Considerações prévias (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotação 3)

O tipo objectivo (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

As causas de justificação (anotação 6)

A tentativa (anotação 7)

A comparticipação (anotação 8)

A pena (anotação 9)

- 1 Em caso de extravio ou destruição do certificado de matrícula, pode ser emitida uma segunda via deste, com base em requerimento do titular do certificado, cuja assinatura deve ser reconhecida presencialmente ou efectuada na presença do funcionário competente do serviço receptor do pedido, ou, nos casos de veículos da propriedade do Estado ou de outras entidades públicas, com base em ofício. Na hipótese de extravio o requerente deve assumir o compromisso de entregar, no serviço competente, o exemplar que vier a ser recuperado (cfr. n.ºs 1 e 2 do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 178-A/2005, de 28 de Outubro). Nos termos do n.º 3 do art. 19.º deste diploma, o livrete e o título de registo de propriedade mantêm-se válidos para os veículos matriculados antes da entrada em vigor desta diploma, sem prejuízo da emissão de certificado de matrícula nos casos de necessidade da sua substituição, nomeadamente por extravio, destruição, mau estado de conservação ou alteração do seu conteúdo, bem como se tal substituição for requerida pelo interessado (cfr. n.º 4). Obtém-se através do preenchimento do modelo n.º 7 (oficialmente aprovado) e visa quer comunicar alterações (da residência ou sede, nome ou firma, utilizador) ou obter uma 2.ª via do Documento Único Automóvel.
- 2 No n.º 1, estamos perante uma situação de prestação de declarações falsas para a obtenção de um duplicado do título de registo automóvel. Verifica-se uma identidade entre a declaração prestada e a declaração documentada, todavia uma não identidade entre a declaração prestada e a realidade (declaração prestada = declaração documentada mas declaração prestada ≠ realidade e declaração documentada ≠ realidade). A situação constitui um caso de falsidade em documento, que apenas é relevante em sede de falsificação de documentos se se tratar de uma declaração falsa de facto juridicamente relevante, facto que por si só constitui, modifica ou extingue uma relação jurídica. Esta declaração falsa permite a obtenção de um duplicado do certificado de registo automóvel. Contudo, no caso da prestação da declaração visar a obtenção tão-só de um duplicado mas não alterar os elementos que eventualmente estão no registo, a falsa declaração não é de um facto falso juridicamente relevante. Pelo que estaríamos perante um caso de falsas declarações. O problema estará no facto de se se considerar que estamos perante um caso de falsificação de documentos, o legislador estaria a remeter para o crime de falsas declarações cujo âmbito é distinto. Deste modo, estaríamos perante um alargamento do tipo de falsas declarações por este artigo — note-se que esta legislação e mais concretamente este preceito foi introduzido ao abrigo da Lei Constitucional n.º 3/74.
- 3 No caso de estarmos perante um crime de falsificação de documento — com alteração dos elementos constantes do registo — o **bem jurídico** protegido nestas duas incriminações prende-se com a segurança e a credibilidade na força probatória de um documento destinado ao tráfico jurídico, documento esse autêntico que é emitido pelo IMTT (Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, I.P.). Trata-se de um **delito pluri-ofensivo** no qual se protege, por um lado, a fé pública

do documento e, por outro, os interesses específicos que estão assegurados ou garantidos pelo documento como meio de prova.

A falsificação de documentos abrange quer a falsificação material, quer a falsificação ideológica. Na falsificação material “ocorre uma alteração, modificação total ou parcial do documento”, enquanto na falsificação ideológica “o documento é inverídico: tanto é inverídico o documento que é diferente do declarado, como o documento que, embora conforme com a declaração, incorpora um facto falso juridicamente relevante” (cfr. HELENA MONIZ, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 676). Ainda quanto à falsificação ideológica, diz HELENA MONIZ, “ou se trata de uma falsificação de documentos dispositivos em que o documento é diferente da declaração, ou se trata da falsificação de documentos narrativos, [em que] então o documento é diferente da realidade – isto é, os factos da realidade não são os mesmos factos que estão descritos no documento” (*O Crime de Falsificação de documentos. Da falsificação intelectual e da falsidade em documento*, Almedina, 1993, p. 230).

Porém, nem todo o facto falso integra a falsificação de documentos; para que haja falsificação de documentos é necessária a integração de “facto falso juridicamente relevante”, ou seja, “a integração de facto que crie, modifique ou altere uma relação jurídica” (HELENA MONIZ, *Comentário Conimbricense*, II, p. 683).

No n.º 1, o objecto de acção consiste na prestação de declarações falsas ou inexactas com vista à emissão de duplicados do título de registo e, desse modo, passar a constar do duplicado de registo falsamente facto juridicamente relevante. Assim, o facto de ter feito a declaração de facto falso ou inexacto que passa a integrar um documento (duplicado de registo) acrescenta algo mais à ilicitude do facto de ter proferido falsas declarações – nessa medida, as falsas declarações constituem um crime de falsificação de documento. Por declaração entende-se toda a comunicação feita por uma pessoa junto das entidades competentes para a emissão de duplicados do título de registo.

Relativamente ao elemento típico “falsidade”, não obstante as dificuldades, propendemos para a denominada teoria objectiva – a falsidade da declaração afere-se pela sua conformidade com o acontecimento real a que ela se reporta. Sobre esta temática e para maiores desenvolvimentos, remete-se para A. MEDINA DE SEIÇA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 473-478). Importa ter em atenção que este dever de verdade também se refere a inexatidões (devendo entender-se apenas aquelas que se mostram susceptíveis de influírem de maneira relevante na avaliação e decisão da entidade emitente – tais factos têm, pois, de, potencialmente, ser idóneos para provocar a emissão dos duplicados do título de registo por parte da entidade competente). Não obstante, importa ter presente que a falsidade ou inexatidão objectiva não equivale sem mais à tipicidade: a declaração pode não ser conforme com a realidade porque o agente se enganou ou laborar em premissas erradas. No entanto, este aspecto é para ser objecto de consideração em sede do tipo subjectivo que exige o dolo do agente. Como refere FIGUEIREDO DIAS, a al.ª b) do n.º 1 do art. 256.º (actual al.ª d)) não contempla qualquer falsificação do documento, mas sim uma falsa declaração em documento regular (Actas, 1993, p. 298). A conduta do agente é punida quando este declara um facto falso ou inexacto mas que seja apto a constituir, modificar ou extinguir a relação jurídica subjacente (seja juridicamente relevante). E só é punida se essa declaração (falsa ou inexacta), uma vez incorporada no documento, acrescenta algo mais à ilicitude da conduta que a simples declaração oral. No n.º 2 pune-se, igualmente, o uso de documento obtido nas condições referidas no n.º 1. Trata-se, no essencial, da

circulação de documento falso (duplicado de título de registo baseado em facto falso juridicamente relevante) que apenas será punido no caso de se tratar de uso por pessoa distinta da que falsificou. A mera detenção (ou cedência a terceiro) de um documento falso é impune, se não for acompanhada do dolo e, em particular, do elemento típico subjectivo.

- 5 Tendo presente o disposto no art. 13.º do CP, a negligência não é punível. O tipo subjectivo basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Requer-se, em primeiro lugar a consciência da falsidade ou da inexactidão; no n.º 2 exige-se que o agente, ao utilizar o duplicado do título de registo, tenha conhecimento (ainda que sob a forma de suspeita) de que o mesmo foi anteriormente obtido com base em declaração falsa ou inexacta. Tratando-se de um **crime de resultado cortado**, não é exigível que se verifique o prejuízo efectivo de outra pessoa ou do Estado, nem o benefício ilegítimo do agente ou de terceira pessoa e nem mesmo o cometimento de outro crime (neste sentido, PAULO PONTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2008, p. 674).
- 6 Se o agente acreditar erroneamente que é verdade algo objectivamente falso ou inexacto, existe um **erro sobre a factualidade típica** relevante que exclui o dolo (cfr. n.º 1 do art. 16.º do CP) e a punição. Estado de necessidade – cfr. art. 34.º do CP.
- 7 A **tentativa** é punível – cfr. n.º 2 do art. 256.º do CP. A desistência depois da consumação formal do tipo, impedindo que se produza o resultado da circulação do documento falso no tráfico jurídico é relevante (cfr. n.º 1 *in fine*, do art. 24.º do CP).
- 8 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. Uma vez que crime de falsificação de documento é um crime comum. Ressalva-se o caso de o crime ser cometido por funcionário, nos termos do n.º 4 do art. 256.º Neste caso, essa qualidade comunica-se aos participantes que a não possuam (cfr. art. 28.º do CP)
- 9 A **pena** aplicável é a de prisão de 6 meses a 5 anos ou pena de multa de 60 a 600 dias (cfr. n.º 3 do art. 256.º do CP). Agravação do n.º 4 – pena de prisão de 1 a 5 anos.

Artigo 16.º

1. **Provados os registos e o vencimento do crédito ou, quando se trate de reserva de propriedade, o não cumprimento do contrato por parte do adquirente, o juiz ordenará a imediata apreensão do veículo.**

2. **Se no acto da apreensão não for encontrado o certificado de matrícula, deve o requerido ser notificado para o apresentar em juízo no prazo que lhe for designado, sob a sanção cominada para o crime de desobediência qualificada.**

Sumário da anotação:

Considerações prévias (anotações 1 a 4)

O tipo objectivo (anotação 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A pena (anotação 7)

- 1 Nos termos do art. 15.º do diploma em anotação, vencido e não pago o crédito hipotecário ou não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade, o titular dos respectivos registos pode requerer em juízo a apreensão do veículo e do certificado de matrícula (cfr. n.º 1). O requerente expõe na petição o fundamento do pedido e indica a providência requerida, oferecendo a prova com a petição (cfr. n.ºs 2 e 3).

Uma vez provados os registos e o vencimento do crédito ou, quando se trate de reserva de propriedade, o não cumprimento do contrato por parte do adquirente, o juiz ordenará a imediata apreensão do veículo 2

A apreensão do veículo e do certificado de matrícula pode ser realizada directamente pelo tribunal ou, a requisição deste, por qualquer autoridade administrativa ou policial (cfr. n.º 1 do art. 17.º). A autoridade que efectuar a apreensão fará recolher a viatura a uma garagem ou a outro local apropriado, onde ficará depositada à ordem do tribunal, e nomeará fiel depositário, lavrando-se auto da ocorrência (cfr. n.º 2 do art. 17.º). A secretaria deve extrair certidão do auto de apreensão, logo após a sua junção ao processo e independentemente de despacho, e entregá-la ao requerente para fins de registo (cfr. n.º 3 do art. 17.º). O mutuante de um contrato de financiamento para aquisição de um automóvel a crédito não dispõe de legitimidade para lançar mão da providência cautelar de apreensão de veículos automóveis conferida pelo Dec.-Lei 54/75, exactamente porque não dispõe de legitimidade para propor a acção de que este procedimento é dependente (ac. do TRP de 3.3.2009, proc. n.º 0826330). 3

Se no acto da apreensão não for encontrado o certificado de matrícula, deve o requerido ser notificado para o apresentar em juízo no prazo que lhe for designado, sob a sanção cominada para o crime de desobediência qualificada. Da conjugação dos arts. 15.º, n.º 1 e 16.º, n.º 2 deste diploma, resulta que este último se aplica ao incumprimento de contrato de compra e venda com reserva de propriedade, por parte do comprador e dívidas garantidas por hipoteca que não sejam pagas na data do seu vencimento. Restringindo-se o seu campo de aplicação, apenas, aos dois referidos casos ali previstos: reserva de propriedade ou da hipoteca inscritas no registo automóvel. A falta de cumprimento da ordem para apresentação em juízo do certificado de matrícula por parte do requerido, até ao termo do prazo que lhe foi fixado, dá lugar: à prática do crime de desobediência qualificada, nos termos do disposto no art. 348.º do Código Penal. 4

O crime é cometido por omissão – sanciona-se o simples deixar de fazer aquilo que foi legitimamente ordenado ou mandado, independentemente das consequências ou do resultado. No caso concreto, a existência do crime de desobediência está condicionada ao decurso do prazo fixado para o cumprimento da ordem judicial. No acto de notificação e onde é dado conhecimento ao requerido do conteúdo da ordem judicial e do prazo fixado para o respectivo cumprimento, deve ser regulamente comunicado ao requerido a cominação do n.º 2 do preceito em anotação. Ou seja, essa comunicação deve ser documentada e da mesma deve resultar inequivocamente que o destinatário se inteirou, de facto, do seu conteúdo e, designadamente, das consequências legais resultantes da inobservância da ordem. 5

I – O art. 348.º, n.º 2 do CP exige a existência de uma disposição legal que comine a punição da conduta como desobediência qualificada. II – Da conjugação dos artigos 15.º, n.º 1 e 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 54/75 de 12/12 resulta que este último se aplica ao incumprimento de contrato de compra e venda com reserva de propriedade, por parte do comprador e dívidas garantidas por hipoteca que não sejam pagas na data do seu vencimento. Restringindo-se o seu campo de aplicação, apenas, aos dois referidos casos ali previstos: reserva de propriedade ou da hipoteca inscritas no registo automóvel. III – Não resultando que a ordem dada para entrega de documentos fosse no âmbito da providência a que se fez referência, por incumprimento de obrigações hipotecárias ou por incumprimento de contrato de compra e venda do veículo com reserva de propriedade não

pode pois invocar-se o artigo 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 54/75 como fonte ou norma que preveja a cominação exigida pelo artigo 348.º, n.º 2 do Código Penal, por não verificado qualquer dos pressupostos de aplicação daquele preceito (ac. do TRC de 07.11.2007, proc. n.º 676/06.5TAGRD.C1).

- 6 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpre – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.
- 7 A **pena** aplicável é a de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias (cfr. n.º 2 do art. 348.º do Código Penal).

Artigo 22.º

1. A apreensão, a penhora e o arresto envolvem a proibição de o veículo circular.
2. A circulação do veículo com infracção da proibição legal sujeita o depositário às sanções aplicáveis ao crime de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:

A proibição legal de circular (anotação 1)

Remissão (anotação 2)

A desobediência qualificada por circulação de veículo na jurisprudência (anotação 3)

- 1 Do conteúdo do diploma e preceito em anotação – reportando-se este último à apreensão, penhora e arresto, envolvendo a proibição de o veículo circular como formas de garantir a realização do registo obrigatório, ou de satisfação de crédito hipotecário vencido e não pago ou de incumprimento das obrigações que originaram a reserva de propriedade – resulta que ele se refere a estas realidades específicas, não fornecendo a lei qualquer elemento de que se possa retirar-se a sua aplicação a outras situações de apreensão de veículos ou a outras realidades que não aquelas específicas a que se refere o diploma que é de âmbito especial e não geral. Na verdade, se o n.º 2 prevê que “a circulação do veículo com infracção da proibição legal sujeita o depositário às sanções aplicáveis ao crime de desobediência qualificada” o certo é que o mesmo se reporta (porque é precedido) ao n.º 1 onde se prescreve que “a apreensão, a penhora e o arresto envolvem a proibição de o veículo circular (...)” e que os arts. 15.º, 16.º deste diploma se inserem num campo de previsão da possibilidade de apreensão do veículo e documentos nos casos de falta de registo quando obrigatório, de vencimento e não pagamento de crédito hipotecário ou de falta de cumprimento das obrigações legais que originaram a reserva de propriedade. O legislador pretendeu nele tratar de forma específica os casos de apreensão motivadas pelas circunstâncias referidas – logo e salvo melhor opinião, entende-se que este diploma – que visa regular especificamente o registo da propriedade automóvel – não tem natureza genérica e, consequentemente, o n.º 2 deso preceito em anotação, não possui tal natureza relativamente a toda e qualquer situação de apreensão de veículos. Neste sentido se pronunciou o Ac. do TRP de 7.5.1993 ao concluir que “as penas da desobediência qualificada têm âmbito restrito e como se conclui do n.º 2 do art.º 16.º do Decreto-Lei n.º 54/75 de 12.2. e só nos casos aí previstos serão aplicáveis”. Também o Ac. do TRL de 13.10.98, entendeu que “o arguido que utiliza veículo automóvel apreendido ao abrigo do Decreto-Lei n.º 522/85 – por falta de seguro obrigatório – comete crime de desobediência simples e não crime de desobediência qualificada, por não ser aqui aplicável a cominação

constante do art.º 22.º do Decreto-Lei 54/75 de 12.2.º Com interesse nesta matéria refira-se ainda o Ac. do TRL de 7.11.1984 (CJ, 1984, 5.º, p. 182) que entendeu que constitui a prática do crime de desobediência simples a condução não autorizada de veículo apreendido por falta de pagamento de imposto de circulação por o art. 22.º do Decreto-Lei n.º 54/75 sujeitar o depositário às sanções para o crime de desobediência qualificada pela circulação de veículo apreendido penhorado ou arrestado mas tratando-se aí de apreensão judicial para garantia de cumprimento de obrigações e não havendo lei semelhante para a situação de apreensão por falta de pagamento de imposto, o crime será o de desobediência simples.

Sobre o crime de desobediência qualificada, cfr. anotações ao preceito anterior.

O depositário que faça transitar na via pública um veículo automóvel, apreendido por falta de seguro obrigatório, comete, verificados os respectivos elementos constitutivos, o crime de desobediência simples do artigo 348.º, n.º 1, alínea b), do Código Penal e não o crime de desobediência qualificada do artigo 22.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro (ac. de Uniformização de Jurisprudência, STJ n.º 5/2009, D.R., n.º 55, Série I, de 19 de Março de 2009).

I – Englobando a previsão do artigo 22.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro, a proibição de circulação de veículo objecto de qualquer penhora, arresto ou apreensão (para além da apreensão prevista no artigo 15.º), o depositário que circule com um veículo penhorado, arrestado ou apreendido, ou que permita a circulação de um veículo nessa situação, comete o crime de desobediência qualificada nos termos do n.º 2 do citado artigo 22.º II – Incorre por isso na prática desse crime o depositário de um veículo apreendido e penhorado pela Guarda Nacional Republicana, por ordem do juiz, no âmbito de uns autos de execução especial por alimentos, que o continua a conduzir pela via pública, não obstante ter sido advertido da respectiva proibição (ac. do TRP de 05.04.2000, proc. n.º 9941372).

A utilização pelo fiel depositário do veículo apreendido e penhorado, no âmbito de execução por custas contra ele instaurada, que fora advertido dos inerentes deveres, mormente o da sua não utilização sob pena de incorrer no crime de desobediência, integra o crime previsto e punido pelo artigo 348.º, n.º 2 do Código Penal, com referência ao artigo 22.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 45/75 de 12 de Fevereiro (ac. do TRP de 12.07.2000, proc. n.º 0040286).

Do exposto se conclui que a circulação de veículo automóvel, apreendido ao abrigo do Decreto-Lei n.º 45/89 de 11.2, não constitui crime de desobediência se a autoridade ou o funcionário que apreendeu o veículo não cominar a sua punição como crime de desobediência, uma vez que não existe disposição legal que comine tal sanção, por o art. 22.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 54/75 se referir apenas a situações de apreensão de veículos nele expressamente previstas (ac. do TRL de 18.01.2005, proc. n.º 7988/2004-5).

1 – O Decreto-Lei n.º 54/75 de 12 de Fevereiro tem como finalidade regular as normas que disciplinam o registo da propriedade automóvel. 2 – Os artigos 16.º e 22.º do referido diploma têm apenas aplicabilidade no âmbito específico do registo de propriedade de veículos e respectivos documentos. 3 – A violação destes normativos não integra o crime de desobediência qualificada previsto e punido pelo art. 348.º, n.ºs 1, al.ª a) e 2 do CP, com referência ao art. 16.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12/2, mas o crime de desobediência simples previsto e punido pelo art. 348.º, n.º 1, al.ª b) do CP (ac. do TRC de 09.01.2008, proc. n.º 711/06.7TAACB.C1).

Decreto-Lei n.º 391/79, de 20 de Setembro, que aprova o regulamento das contrastarias, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 384/89, de 8 de Novembro, 57/98, de 16 de Março, 171/99, de 19 de Maio e 75/2004, de 27 de Março (Artigos 12.º e 13.º)

Artigo 12.º

1. O punção de fabrico ou equivalente é um punção privativo dos industriais, dos ensaiadores-fundidores ou dos importadores, consoante se destine a marcar os artefactos de ourivesaria e medalhas comemorativas de metal precioso de sua exclusiva produção, a marcar as barras fundidas e ensaiadas em laboratório ou a marcar os artefactos de origem estrangeira importados em seu nome, e serve para, como tais, os identificar, responsabilizando os industriais, os ensaiadores-fundidores ou os importadores por quaisquer vícios de fabrico, de fundição ou de qualidade inapreciáveis no ensaio da contrastaria ou praticados, após a marcação, com o seu comprovado conhecimento.

2. O uso de punção de fabrico ou equivalente é exclusivo da pessoa singular ou colectiva a favor de quem esteja registado ou de seus mandatários, sendo expressamente proibida a sua utilização ou reprodução por qualquer outra pessoa.

3. À violação desta proibição é aplicável a pena prevista no artigo 269.º, do Código Penal.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 33)

O bem jurídico (anotações 34 a 37)

O tipo objectivo (anotações 38 a 60)

O tipo subjectivo (anotação 61)

O concurso (anotação 62 e 63)

A tentativa (anotação 64)

A pena (anotações 65 a 68)

- 1 “A especificidade da indústria e do comércio de artefactos de metais preciosos fez com que, ao longo dos séculos, o número de leis e regulamentos deste sector tenha sido o mais elevado dentro das artes e ofícios. Tal facto deve-se, essencialmente, ao elevado valor dos metais preciosos e ao fabrico dos artefactos com toques inferiores aos legais uma vez que tais procedimentos ilícitos davam lugar a actividades bastante rendosas facilitadas, aliás, pela incapacidade de distinção por parte do comprador da qualidade intrínseca desses artefactos.
- 2 Assim, desde tempos remotos até aos nossos dias tem havido a tentação de produzir e vender artefactos falsificados face aos toques legais, recorrendo ainda hoje, por vezes, os infractores a toques baixos ou à falsificação de punções das Contrastarias. Tais procedimentos ilícitos motivaram os Estados actuais para que assegurassem uma adequada protecção dos consumidores promovendo igualmente uma concorrência leal entre os diversos agentes económicos; para atingir esse propósito recorreu-se à marcação através de Contrastarias dependentes do Estado, e não dependentes dos agentes económicos envolvidos, complementada com uma adequada fiscalização suportada, naturalmente, por legislação que, entre outros parâmetros, estabelece penalizações para omissões ou fraudes” – (http://www.incm.pt/site/resources/docs/125_Contrastarias_brochura.pdf).
- 3 Façamos uma breve sinopse histórica para que se compreenda a legitimação das incriminações previstas neste diploma legal (*in. loc. cit.*): “No Séc. XIII, as leis iniciadas com D. Afonso II (1211-1223) foram continuadas com D. Afonso III (1248-1279) e cominavam as falsificações de artefactos de ouro e prata com penas

bastante severas, as mesmas, aliás, aplicáveis aos fabricantes de moeda falsa. Neste último reinado o toque do ouro foi, então, fixado em 9 dinheiros (18 quilates ou 750 milésimas) e o da prata em 11 dinheiros (917 milésimas).

No reinado de D. Afonso V, após a liberalização do preço da venda dos metais, estabelecida nas Ordenações Afonsinas de 1446, os ourives de prata trabalharam-na em várias ligas, vendendo-a como se tivesse o toque legal. No caso do ouro os toques chegaram a descer abaixo de 7 quilates, o que, após a denúncia de alguns ourives e de vedores que representavam na Câmara os seus interesses, conduziu a que o Rei estabelecesse a Ordenação de 1460 em que foram redefinidos os toques legais de 18 quilates para o ouro e 11 dinheiros para a prata, bem como a marcação das peças e as penas associadas ao não cumprimento da lei.

Ao primeiro período de contrastação de artefactos sucedeu um período, entre finais do séc. XVI até à segunda metade do séc. XVII, de completa ausência de marcação, através de uma deliberada extinção das marcas portuguesas, promovida pela dinastia filipina. O corte foi tão radical que se projectou durante 50 anos após o fim do domínio castelhano.

Seguiu-se, depois, um período de subida do toque do ouro – com D. João III – para 24 quilates, e o da prata fixada em 11 dinheiros, ou seja, em termos actuais, 999 e 916 milésimas, respectivamente.

Os períodos seguintes viram o ouro legal descer para 22 quilates, e oscilar entre 22 e 21 quilates, no reinado de D. Pedro II, para acabar por se fixar no valor de 20,5 quilates, em 1688, enquanto a prata descia para 10 dinheiros e 6 grãos (854 milésimas). No reinado de D. Afonso V, após a liberalização do preço da venda dos metais, estabelecida nas Ordenações Afonsinas de 1446, os ourives de prata trabalharam-na em várias ligas, vendendo-a como se tivesse o toque legal. No caso do ouro os toques chegaram a descer abaixo de 7 quilates, o que, após a denúncia de alguns ourives e de vedores que representavam na Câmara os seus interesses, conduziu a que o Rei estabelecesse a Ordenação de 1460 em que foram redefinidos os toques legais de 18 quilates para o ouro e 11 dinheiros para a prata, bem como a marcação das peças e as penas associadas ao não cumprimento da lei.

Antes da fundação das Repartições de Contrastaria da Casa da Moeda, as funções de Ensaaiador – ou seja de profissionais que faziam os ensaios dos artefactos e lhes apunham as marcas de garantia, eram exercidas por membros das Corporações de ourives, escolhidos entre os mais competentes para o efeito.

O Decreto de 4.8.1688 de D. Pedro II deu origem ao Regimento do Senado da Câmara de Lisboa em 1689 que instituiu dois ensaiadores municipais, um para o ouro e outro para a prata. Tal regime perdurou até ao Séc. XIX, desaparecendo em virtude de alguma permissividade do controlo por parte dos funcionários municipais.

Note-se que competia ao Provedor da Casa da Moeda fazer as vistorias necessárias aos estabelecimentos de ourivesaria a fim de examinar as peças que estavam à venda, com um claro propósito de fiscalização.

As ligações entre a Casa da Moeda e o sector de ourivesaria e suas actividades não eram, em Portugal como noutros países europeus, meramente ocasionais. De facto, era comum os Mestres da Balança e alguns moedeiros da Casa da Moeda serem seleccionados entre os ourives de maior prestígio; o exemplo mais conhecido foi, no reinado de D. Manuel I, Gil Vicente, ourives da Rainha e produtor da famosa Custódia de Belém, que foi nomeado para Mestre da Balança em 1513.

A ocorrência de diversos conflitos entre Juizes de Officio, Contrastes Municipais e Municípios, em 1881, face a queixas da Câmara Municipal do Porto, da Associação de Ourives e da Sociedade Aurífera sobre o desleixo de algumas Câmaras Municipais

e a falta de leis contra os abusos e irregularidades dos toques, deu azo a que no reinado de D. Luís fosse decretada a uniformidade de toques para todo o país, na convicção de que, com tal medida, viria a sanear-se a situação.

- 13 Porém, essa medida continuou a revelar-se insuficiente, o que levou a que, no ano seguinte, tivessem sido extintos os Contrastes Municipais do mesmo passo que, através da Carta de Lei de 27 de Julho de 1882 se procedeu à criação das Repartições de Contrastaria de Lisboa e do Porto, subordinadas à Casa da Moeda e Papel Selado, e à constituição das Contrastarias. Com esta medida sanaram-se os abusos decorrentes da falta de isenção praticada pelos municípios.
- 14 Essa mesma carta determinou, designadamente, que fosse incompatível o cargo de ensaiador ou de contraste com outra profissão relacionada com obras de ouro ou de prata. Tal incompatibilidade revela bem a importância da independência no exercício das funções de ensaiador vedando-se expressamente, pela primeira vez, a possibilidade de interferência de interesses comerciais no sector.
- 15 Em 1886, havia sido criada a Repartição de Contrastaria de Braga e definidos os toques de 916 e de 800 milésimas para o ouro e de 916 e 833 para a prata. No ano seguinte, começaram a ser utilizadas as marcas das três repartições de Contrastaria criadas, com idêntica figura para cada metal, diferindo apenas nos seus contornos. A referida Repartição de Contrastaria de Braga acabaria por ser extinta em 1911, mas em 1913, veio a ser criada uma nova Repartição de Contrastaria em Gondomar.
- 16 As antigas marcas municipais foram, então, recolhidas e substituídas por punções provisórios, usados entre 1881 e 1887, altura em que ficou completado o fabrico dos punções das novas Contrastarias. Através do Regulamento das Contrastarias de 1932 (Decreto 20740, de 11 de Janeiro) foram redimensionadas as três repartições de Contrastaria, tendo a de Lisboa e a de Gondomar semelhantes quadros de pessoal, sendo, então, a de maior dimensão a do Porto. Este novo Regulamento trazia consigo, entre outros aperfeiçoamentos, novos desenhos de marcas para as Contrastarias e, pela primeira vez, marcas para o ouro branco. Porém, dada a dificuldade em obter uma nova série de punções de Contrastaria, estes só entrariam ao serviço em 1938.
- 17 Mais tarde, é retirada a denominação de Repartição às Contrastarias e, em 8 de Agosto de 1938, através do Decreto-Lei n.º 28902, são confiados à Contrastaria do Porto os serviços que estavam a cargo da Contrastaria de Gondomar, restando aí apenas, um Posto de Recepção e Entrega de artefactos.
- 18 Com a criação da Imprensa Nacional – Casa da Moeda, E.P. (INCM, E.P.), em 1972, as Contrastarias foram integradas nesta Empresa Pública, como Serviços ligados directamente à sua Administração.
- 19 Em 1979, um novo Regulamento de Contrastarias vem a lume através do Decreto-Lei n.º 391/79, de 20 de Setembro e com ele, entre diversas inovações, surge uma nova série de punções que viriam, no entanto, apenas a ser usados a partir de 1985. Em 1 de Maio de 1986 foi criado na INCM, o Departamento de Contrastarias que passou a integrar a Contrastaria de Lisboa e a Contrastaria do Porto com o seu Posto de Gondomar.
- 20 O referido Regulamento, ainda em vigor, introduziu novos símbolos para os punções e novos teores para alguns metais; outras alterações tiveram lugar nas décadas seguintes, de que se destacam: a introdução, em 1998 (através do Decreto-Lei n.º 57/98, de 16 de Março), de novos toques, a retirada de alguns punções, como o do ouro branco e da joalheria, e a introdução de disposições que possibilitaram o reconhecimento de Contrastarias do Espaço Económico Europeu.
- 21 Portugal, com o seu sistema de Contrastarias obrigatórias, faz parte de uma maioria de países da União Europeia (52%) que pretende oferecer os mais elevados padrões

de garantia de qualidade aos consumidores de artefactos de metais preciosos, uma vez que este sistema é independente dos agentes económicos, outorgando, simultaneamente, a garantia de qualidade aos artefactos, apoiada nas mais avançadas tecnologias do sector, técnicos com formação adequada, bem como pela adopção de punções de elevada segurança contra falsificações.

Os restantes países da UE ou têm marcação voluntária por Contrastarias (9 países, 33%) ou, apenas, declaração do fabricante ou autocertificação dos artefactos (4 países, 15%). O risco que impende sobre os artefactos provenientes do Espaço Económico Europeu (EEE) ou importados do espaço a ele exterior, sejam auto-certificados, ou sem marcas, obriga, cada vez mais, a cuidados redobrados, tanto mais que começam a aparecer falsificações de marcas feitas do modo mais sofisticado possível, designadamente através da tecnologia a *laser*. 22

A Imprensa Nacional Casa da Moeda, S.A. assegura, através das suas Contrastarias, um conjunto de actividades das quais se destacam: o ensaio e marcação de artefactos de ourivesaria e barras de metais preciosos, a concessão de matrículas e o licenciamento das actividades do sector, a autorização dos punções de fabrico ou equivalente, a formação, exame e nomeação de Avaliadores Oficiais e de Ensaiaadores Fundidores e a peritagem técnica e a elaboração dos respectivos autos, em colaboração com a ASAE e outras polícias. Todas estas actividades estão inter-relacionadas pois, quer os cuidados com punções de responsabilidade diferentes, quer as peritagens a artefactos com marcas falsificadas ou de Contrastarias do EEE ou da Convenção de Viena, exigem cada vez maior formação técnica dos peritos e fiscais, o que só é possível através de um Organismo Oficial competente e independente. 23

Complementarmente, a INCM assegura a assessoria técnica ao Ministério das Finanças, como por exemplo através de pareceres sobre candidatos a futuros membros da Convenção, sobre projectos de Directivas ou sobre Regulamentos comunitários relacionados com o sector de ourivesaria, o fornecimento das quantidades de artefactos legalizados pelos diferentes agentes económicos às Repartições de Finanças para fins de informação fiscal e a representação na Convenção sobre Controlo e Marcação de Artefactos de Metais Preciosos (ao nível das reuniões do Comité Permanente e do Grupo Técnico Permanente). 24

Durante a última década as Contrastarias portuguesas sofreram profundas modificações, particularmente a partir de 1997, com as quais foi possível a Acreditação dos seus Laboratórios para a realização das diferentes análises de ligas de metais preciosos, bem como, adicionalmente, para latões, bronzes e cupro-níqueis, que são as ligas das principais moedas actuais. Os seus resultados em ensaios interlaboratoriais internacionais e nas diferentes auditorias a que são anualmente submetidas têm demonstrado o elevado nível dos actuais serviços. 25

Os serviços das Contrastarias encontram-se organizados através de uma estrutura tripla: As secções de Recepção, de Laboratório e de Marcação. Os artefactos, após recepção e controlo do seu peso, são conduzidos aos Laboratórios para os ensaios definidores da qualidade das ligas de metal precioso e são depois entregues nas secções de Marcação, para as aplicações das marcas de Contrastaria, que definem não só o tipo de metal, mas também quer o respectivo toque quer a Contrastaria que os controlou. 26

As secções de Marcação efectuem ainda, com o apoio dos Laboratórios, as peritagens resultantes das apreensões nas acções de fiscalização e elaboram os respectivos autos de exame. 27

Os punções oficiais são fabricados na INCM que dispõe, para o efeito, do mais elevado nível de segurança, segundo os padrões internacionais. As Contrastarias da INCM, S.A. são membros fundadores da AEAO – Associação Europeia de 28

- Contrastarias, estendida em 2007 a Associação Internacional de Contrastarias (IAAO) que envolve mais de cinquenta Contrastarias de trinta e cinco países, na qual ocupa actualmente o lugar da Vice-Presidência.
- 29 É pertinente referir também que nas Reuniões do Comité Permanente da Convenção, países como a Índia e a China têm vindo a participar na qualidade de observadores. A Índia criou nos últimos anos cerca de quarenta Contrastarias, embora não tivesse delas qualquer tradição, o que revela o elevado interesse internacional que este sistema de controlo está de novo a assumir. De facto, os sistemas de autocertificação pelo fabricante, salvo raras excepções, revelaram-se sempre, ao longo dos séculos, inapropriados por razões de *deficit* técnico e de falta de independência, face aos interesses em presença.
- 30 A garantia da alta qualidade da ourivesaria em Portugal continua a ser solicitada pelas diferentes Associações que representam os diversos agentes do sector, através da legalização dos artefactos pelas Contrastarias da INCM, bem como pela subsequente fiscalização do mercado, assistida pelas necessárias perícias técnicas quando solicitadas às Contrastarias.” (toda a informação que antecede consta do sítio da INCM em <http://www.incm.pt>).
- 31 É ainda autorizada a venda no território nacional de artefactos de ourivesaria marcados ao abrigo da Convenção sobre o Controlo e Marcação de Artefactos de Metais Preciosos (Convenção de Viena).
- 32 Esta Convenção foi assinada em Viena em 1972 entre sete países europeus, entre os quais Portugal, a fim de facilitar o comércio internacional de artefactos de metais preciosos, visando a protecção do consumidor, justificada pela natureza particular destes artefactos. São eles: a Áustria, a Finlândia, a Noruega, Portugal, a Suécia, a Confederação Suíça e o Reino Unido.
- 33 Têm vindo a aceder à Convenção, ao longo dos anos, outros países, nomeadamente a Irlanda, a Dinamarca, a República Checa, a Holanda, a Letónia, a Lituânia, Israel, Polónia, Chipre e a República Eslovaca. Esta era a situação em Junho de 2008. Fazem actualmente parte da Convenção 18 países, encontrando-se já outros em vias de acesso.
- 34 O elevado valor dos artefactos em metais preciosos e suas ligas e a possibilidade de falsificações e outras fraudes a eles associados justificam a necessidade de garantir os seus toques (permilagem de metal precioso contida numa liga), com vista a uma adequada protecção do consumidor e a uma concorrência leal dos diferentes agentes económicos envolvidos.
- 35 Em Portugal, essa garantia, dada pela verificação do toque legal e aplicação da marca de contrastaria junto à marca de responsabilidade, de fabricante ou equivalente, é tarefa das Contrastarias da INCM, que recorre a métodos de aposição de marcas tentado evitar, desse modo, a existência de falsificações.
- 36 Acompanhamos, assim, de perto a lição de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, in “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, Tomo II, p. 838, pois que, para nós, aquilo que é aqui protegido é, à semelhança do crime previsto e punido pelo art. 269.º, do Código Penal, a “integridade ou autenticidade do sistema legal de certificação pública”, no caso concreto, a marca de contrastaria junto à marca de responsabilidade, de fabricante ou equivalente.
- 37 Não deixaremos aqui de consignar que, ainda que de forma indirecta, a presente incriminação também visa protecção dos consumidores porquanto são eles os últimos prejudicados com a prática das condutas aqui em causa. Não deixa de ser curioso que estamos perante uma forma de tutela dos direitos dos consumidores em legislação que remonta a 1979.

- A noção legal de “documento” contida no art. 255.º, a), do Código Penal é aqui aplicável. No dizer de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO (op. cit. p. 839) “a marca deixada pelo instrumento impressor perfecciona um documento escrito já existente: será o caso típico da aposição de um selo branco em documento já lavrado. Outras vezes, essa marca constitui ela própria o documento: documento sinal. Encontra-se neste último grupo, por exemplo, o contraste gravado em peça de ouro ou prata pelos serviços de contrastaria da INCM”.
- Atentemos, por ora, nas especificidades das marcas de contrastaria. Um artefacto de metal precioso diz-se que está legalmente marcado quando tiver apostas as marcas de punções de duas espécies: punção de fabrico ou equivalente (por vezes dito punção de responsabilidade) e punção ou punções de Contrastaria.
- O **punção de fabrico ou equivalente** reproduz uma marca que inclui, dentro de um perímetro, a letra inicial do nome do industrial, do ensaiador-fundidor ou do importador (ou da firma) e um símbolo privativo, não confundível com os outros já existentes e não extraído do reino animal.
- O **punção de Contrastaria** reproduz uma marca legal, cujo perímetro é definido, irregular nas marcas da Contrastaria de Lisboa e octogonal irregular nas marcas da Contrastaria do Porto.
- O símbolo varia conforme o metal: no ouro, é constituído por uma cabeça de veado para os toques iguais ou superiores a 800 milésimas e uma andorinha em voo para os toques inferiores a 800 milésimas;
- Na prata configura-se uma cabeça de uma águia (voltada para a esquerda nos toques legais iguais ou superiores a 925 milésimas e para a direita nos toques legais iguais ou inferiores a 835 milésimas).
- Na platina, é ilustrado por uma cabeça de um papagaio.
- Todas estas marcas apresentam na parte inferior o toque correspondente, em milésimas (os desenhos das gravuras a que se fez menção, das Contrastarias de Lisboa e do Porto) podem ser consultadas no sítio já referenciado).
- Os **punções das Contrastarias Portuguesas** informam, simultaneamente, sobre o metal precioso em questão, o seu toque e a Contrastaria que fez o controlo de qualidade e a marcação.
- O sistema de marcação legal, envolvendo para além da marca de responsabilidade, a marca de Contrastaria (e de toque) responde na sua leitura às questões: quem fabricou ou importou, o que fabricou (qual o metal e o toque) e quem verificou a conformidade e marcou (que Contrastaria garantiu a qualidade).
- Os **símbolos das marcas da Convenção** (marca comum de controlo, CCM) consistem numa balança, no interior de perímetros diferentes, conforme o metal precioso e com o toque, em algarismos árabes, inscrito no centro. O sistema de marcação da Convenção exige, para além da CCM, três outras marcas: De responsabilidade (fabricante/importador); número, em algarismos árabes, do toque; e a marca da Contrastaria.
- Por fim há que fazer ainda menção às **marcas do Espaço Económico Europeu** (E.E.E). Consideram-se, também que, estão legalmente marcados os artefactos provenientes de outro Estado do EEE quando respeitem as seguintes condições (art. 11.º, n.º 1, c) do Regulamento das Contrastarias): tenham apostado o punção de fabrico ou equivalente e o punção de toque (este punção subentende, onde existam, o punção da Contrastaria e o de toque, o que em muitos países são dois distintos); esteja depositado na INCM documento comprovativo do registo do respectivo punção de fabrico ou equivalente no país de origem; o conteúdo informativo das marcas de garantia de toque seja reconhecido pelo Instituto Português da Qualidade como equivalente ao das marcas de garantia de toque estabelecidas no Regulamento das

- Contrastarias e não seja susceptível de induzir em erro o consumidor; as marcas de garantia de toque tenham sido aplicadas por um organismo independente do país de origem, em condições reconhecidas como equivalentes às estabelecidas no Regulamento das Contrastarias pelo Instituto Português da Qualidade.
- 50 Encontram-se reconhecidas, pelo Instituto Português da Qualidade, de acordo com a citada norma, como equivalentes das marcas nacionais (em termos de conteúdo informativo e de condições de aplicação) as marcas de alguns organismos independentes do EEE. É o caso das Contrastaria de Londres e de Sheffield, de Edimburgo (Reino Unido), da Warborg Goud en Zilver N.V Holanda e dos Laboratórios de Valência (AIMME), de Córdoba (SAVECO), de Madrid (Laboratório de Ensayo e Contraste de Objectos de Metales Preciosos) e da Galiza (Laboratorio Oficial de Contrastación de Metales Preciosos de Galicia), de Barcelona (Technological Center, SA – LGAI) e de Murcia (Laboratório Oficial de Metales Preciosos), Espanha cujas marcas têm as “contraseñas” V1, A1, M1, G1, C1 e MU1, respectivamente.
- 51 Encontram-se também depositadas marcas de fabrico, ou equivalentes, de fabricantes ou importadores do EEE no Departamento de Contrastarias da INCM.
- 52 As informações sobre os organismos independentes do EEE reconhecidos poderão ser obtidas junto do Instituto Português da Qualidade ou nas Contrastarias de Lisboa e do Porto. As marcas de fabricantes, ou equivalentes, de acordo com a lei, podem ser confirmadas em qualquer das Contrastarias da INCM.
- 53 Uma última observação quanto aos objectos insusceptíveis de serem considerados artefactos de ourivesaria. Com o Decreto-Lei n.º 171/99, deixou ser obrigatória a punção de marca a relógios de metal pobre de uso pessoal.
- 54 Tecidas estas considerações de enquadramento quanto à temática que nos ocupa, centremo-nos agora no **tipo objectivo** de ilícito.
- 55 O n.º 1 da norma em anotação não encerra em si mesmo qualquer regime sancionatório. Trata-se, tão-só, da enunciação de conceitos respeitantes ao que se há-de entender por punções e quais os objectivos que presidem à sua existência.
- 56 O n.º 2, esse sim, é que delimita as modalidades de actuação proibidas penalmente, a saber: a utilização ou a reprodução das punções de fabrico ou equivalente. Ou seja, as punções de contrastaria, enquanto “cunhos do Estado” caem fora do âmbito desta proibição, sendo alvo de previsão normativa no art. 13.º, deste Regulamento.
- 57 Estamos, pois, perante condutas distintas, o que permite considerar que, na modalidade de reprodução, se trata de um **crime de perigo abstracto** e na modalidade de utilizar e usar já configura um **crime de dano**. O sistema legal de certificação que se pretende tutelar foi atingido na esfera de protecção da norma, uma vez que se fez uso da marca de forma infiel (nesse sentido, veja-se CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in op. cit.* p. 839).
- 58 Reproduzir, a nosso ver, implica contrafazer, falsificar. A consumação dá-se com o fabrico do punção e, em termos probatórios, haverá que conferir a semelhança através da marca que o mesmo produz com aquele que se visa imitar.
- 59 Pode ser agente activo deste crime qualquer pessoa, estamos pois perante um **crime comum**. Nas palavras de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in op. cit.* p. 842, “há-de ser alguém que não tenha o poder de usar legitimamente” o punção.
- 60 Para a modalidade típica consubstanciada na utilização, também concordamos com a opinião da Ilustre penalista citada quando menciona que apenas se preenche o tipo legal quando a utilização é susceptível de prejudicar outra pessoa ou o Estado; adequada a produzir o resultado tutelado pelo bem jurídico.
- 61 O crime é doloso, sendo pertinente aqui destacar que, ao contrário daquilo que sucede no art. 269.º, do Código Penal, não se exige qualquer dolo específico (ou

elemento especial da ilicitude subjectiva) concretizado na intenção de os empregar como autênticos ou de causar prejuízo a outras pessoas ou ao Estado.

Desde logo existirá **concurso efectivo** com o crime sancionado pelo art. 13.º deste diploma legal porquanto o objecto da acção é diferente. Por outro lado, temos as maiores dúvidas que as modalidades de actuação aqui tuteladas não estejam elas perfeitamente previstas no tipo objectivo previsto no art. 269.º, do Código Penal. Se assim for, a solução fica para as regras gerais do concurso aparente de normas. A diferença estará, dentro daquilo que logramos apreender, apenas na afirmação do elemento especial da ilicitude relacionado com o dolo específico de causar prejuízo a terceiros e/ou ao Estado.

Será ainda configurável o concurso real com os crimes de falsificação de documento e de burla, previstos e punidos, pelos art. 256.º e 217.º, do Código Penal, respectivamente.

Sobre a **tentativa** remete-se para a anotação 67.

O legislador consagrou expressamente que a pena a aplicar pela prática deste crime é a que consta do art. 269.º do Código Penal (redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 57/98, de 16.3). Na redacção originária do Regulamento a remissão era efectuada para o art. 230.º, do Código Penal de 1886.

Dentro da interpretação mais consentânea com as regras que assim o determinam quanto às leis penais, cremos que a **moldura penal** abstracta a conferir será a seguinte: quem reproduzir será punido com a pena prevista no n.º 1, do art. 269.º Quem utilizar verá a sua conduta penalizada nos termos do n.º 3 daquela mesma norma. Assim, para o primeiro, pena de 1 a 5 anos de prisão, e para o segundo, a pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 240 dias.

Estas nossas conclusões levam-nos a uma outra. A **tentativa de reprodução** é punida nos termos gerais, mas já assim não sucederá com a mera utilização tentada.

Questão diversa e que cumpre tomar posição é a de se saber se os **actos preparatórios** relacionados com a reprodução do punção são ou não puníveis nos termos do art. 271.º, n.º 1, a), do Código Penal. Parece-nos que assim se deverá concluir, na medida em que o mesmo fundamento jurídico criminal que preside à incriminação daqueles actos preparatórios (a denominada antecipação da própria antecipação) em nada difere daquele que é o bem jurídico tutelado por esta norma incriminadora.

Artigo 13.º

1. Os punções de contrastaria são cunhos do Estado que servem para aplicar as marcas de garantia de toque dos metais preciosos ou para assinalar determinadas circunstâncias e, nessa qualidade, a sua falsificação, contrafacção ou uso abusivo de que eventualmente sejam objecto constituem factos puníveis nos termos do Código Penal e do presente regulamento.

2. Quando, em lugar das marcas dos punções de contrastaria, forem encontradas, nas barras ou medalhas comemorativas de metal precioso, artefactos de ourivesaria ou relógios de uso pessoal, quaisquer outras susceptíveis de, à vista desarmada, produzirem a impressão de que os objectos estão legalmente marcados, aplicar-se-ão os preceitos relativos ao uso de punção falso, sendo, porém, a multa reduzida a metade e podendo dispensar-se a baixa de matrícula e remessa do processo ao tribunal criminal pela primeira infracção.

3. Igual protecção é assegurada aos punções de garantia de toque dos metais dos artefactos de ourivesaria, aprovados em convenções ou acordos internacionais de que o Estado Português seja ou venha a ser contratante como signatário ou aderente.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 a 14)

O tipo subjectivo (anotação 15)

A tentativa (anotação 16)

O concurso (anotação 17)

A pena (anotações 18 e 19)

- 1 Remete-se para a anotação do crime que antecede.
- 2 Nada a assinalar para além do que fizemos constar da anotação ao art. 12.º deste diploma legal.
- 3 No tocante ao **tipo objectivo** remete-se, igualmente, para a anotação anterior no que concerne a todos os conceitos respeitantes ao que se há-de entender por punção das contrastarias.
- 4 O n.º 1 do preceito reafirma a técnica legislativa encontrada no n.º 1 do art. 12.º Isto é, dada a natureza específica daquilo que é tutelado o legislador sentiu a necessidade de frisar aquilo que é efectivamente objecto da acção típica.
- 5 E o que aqui se pune é justamente a falsificação, a contrafacção e uso abusivo das marcas de garantia que resultam dos punções da Contrastaria.
- 6 O n.º 3 da norma vai mais longe e abre uma cláusula de extensão quanto ao objecto da acção, isto é, tutelando a falsificação, a contrafacção e o uso abusivo dos punções de garantia de toque que sejam válidos em território nacional. Digamos que constitui um alargamento da aplicação da lei penal portuguesa. Remetemos para as anotações ao art. anterior no que respeita a todos os punções tutelados pela lei nacional.
- 7 O n.º 2, a nosso ver, tem uma tripla função interpretativa. Por um lado assume relevância perceber qual foi o objectivo do legislador ao consagrar que eventual verificação de uma falsificação, contrafacção ou uso de uma marca resultante de punção adulterado, quando a sua relevância seja a de “à vista desarmada” susceptível de produzir a impressão de que os objectos estão legalmente marcados.
- 8 Estará o legislador a referir-se aos denominados “falsos grosseiros” ou não será assim porquanto se trata de uma marca que não é facilmente detectada aos olhos do cidadão comum? – Se entendermos que estamos perante a consagração legal de uma falsificação grosseira, cremos que, à semelhança daquilo que é entendimento doutrinário e jurisprudencial uniforme, não haverá preenchimento da conduta típica ilícita porquanto o bem jurídico tutelado pela esfera normativa do preceito não é sequer atingido. Mas parece-nos que a interpretação global da norma, sem impedir esta construção, ainda assim vai noutro sentido. Atente-se que o legislador, apesar de realçar que a detecção da adulteração terá que ser alcançada à “vista desarmada”, ainda assim previu que, nessas situações, poderá haver lugar a um comportamento “desculpabilizante” das Autoridades. Isto, claro está, se for a primeira infracção detectada.
- 9 E o legislador fala, inclusive, em dois momentos distintos quanto a essa “desculpabilização”. Por um lado, em termos de não remeter a notícia do facto ao tribunal criminal e, por outro lado, em termos de sanção acessória de “baixa de matrícula”.
- 10 A actualização dos conceitos e dos institutos jurídicos não permite, na actualidade, que assim se entenda. Estamos, ao que parece, perante uma clara consagração do princípio da oportunidade que, a ser assim, face à natureza pública do ilícito, não pode deixar de ser dado conhecimento ao Ministério Público, enquanto detentor da acção penal (art. 241.º e seguintes do Código de Processo Penal).

- E aqui entramos na vertente processual da norma. Estaria o legislador a consagrar algo que é agora o instituto da suspensão provisória do processo ou mesmo o do arquivamento em caso de dispensa de pena. Ao que nos é permitido concluir, estamos convictos de que a interpretação actualista da norma, dos seus objectivos, conjugada com um entendimento global do sistema substantivo e adjectivo penal, não pode deixar de ser interpretado no sentido de permitir às Autoridades Judiciárias, não sendo caso de um “falso grosseiro”, fazer uso de mecanismos de diversão e de oportunidade quanto à resolução do caso concreto. 11
- Por fim, a norma prevê ainda o regime penal a aplicar no caso. Isto é, a conduta será punida por recurso à utilização de punção falso, ainda que com implicações na moldura penal abstracta. 12
- Mas regressemos à análise do tipo objectivo do crime que nos ocupa. As modalidades de actuação típicas reconduzem-se à falsificação, contrafacção ou uso abusivo dos punções da contrastaria. 13
- As considerações tecidas aquando da anotação ao art. 12.º, valem aqui de forma integral (cfr. anotações 55 a 60). 14
- No tocante ao **tipo subjectivo** veja-se a anotação 61 do art. 12.º Também aqui a imputação subjectiva terá que ser dolosa. 15
- Em relação à **tentativa** nada há a assinalar para além do que ficou dito na anotação ao art. 12.º 16
- Quanto ao **concurso** valem as considerações tecidas nos comentários ao art. precedente. 17
- A remissão operada pela norma “puníveis nos termos do Código Penal e do presente Regulamento” permite-nos afirmar que o tipo penal “principal” (sem prejuízo, claro está das regras do concurso) chamado a intervir será o tipificado no art. 269.º, n.ºs 1 e 2, do Código Penal com as penalidades ali previstas. 18
- No mais, remete-se, mais uma vez, para as anotações ao art. 12.º, também aqui com validade. 19

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO CARMO

Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho, que aprova o código do registo predial, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 355/85, de 2 de Setembro; 60/90, de 14 de Fevereiro, 80/92, de 7 de Maio, 30/93, de 12 de Fevereiro, 255/93, de 15 de Julho, 227/94, de 8 de Setembro, 267/94, de 25 de Outubro, 67/96, de 31 de Maio, 375-A/99, de 20 de Setembro, 533/99, de 11 de Dezembro, 273/2001, de 13 de Outubro, 323/2001, de 17 de Dezembro e 38/2003, de 8 de Março, pela Lei 3/2006, de 27/02, e pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que República o Código (Artigo 153.º)

Artigo 153.º

Responsabilidade civil e criminal

1. Quem fizer registar um acto falso ou juridicamente inexistente, para além da responsabilidade criminal em que possa incorrer, responde pelos danos a que der causa.

2. Na mesma responsabilidade incorre quem prestar ou confirmar declarações falsas ou inexactas, na conservatória ou fora dela, para que se efectuem os registos ou se lavrem os documentos necessários.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O âmbito (anotação 2)

O tipo de falsas declarações (anotação 3)

- 1 A disposição encontra-se inserida no Código de Registo Predial aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 8.06 não tendo sido alterado por nenhum dos diplomas posteriores de revisão desse código. O Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4.07 introduziu um novo art. 153.º-A sobre tramitação electrónica sem qualquer relevo, directo ou indirecto em termos penais.
- 2 O n.º 1 constitui um preceito sem qualquer relevo normativo, constituindo um lembrete sobre os regimes da responsabilidades criminal e civil.
- 3 O n.º 2 também não apresenta qualquer relevo normativo e a eventual intenção legislativa de remeter para uma regra geral sobre falsas declarações a entidades estatais no quadro de procedimentos administrativos não produz qualquer efeito dada inexistência do alvo do reenvio (ver ainda anotação ao art. 252.º, n.º 2, do Código de Registo Civil nesta obra).

PAULO JOAQUIM DA MOTA OSÓRIO DÁ MESQUITA

Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, que aprova o código do direito de autor e dos direitos conexos, alterado pelas Leis n.ºs 45/85, de 17 de Setembro e 114/91, de 3 de Setembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pelas Leis n.ºs 50/2004, de 24 de Agosto, e 24/2006, de 30 de Junho, e 16/2008, de 1 de Abril, que República o código (Artigos 195.º a 202.º, 211.º-A, 212.º, 217.º a 220.º, 222.º, 224.º e 225.º)

TÍTULO IV

Da Violação e Defesa do Direito de Autor e dos Direitos Conexos

Artigo 195.º

Usurpação

1. Comete o crime de usurpação quem, sem autorização do autor ou do artista, do produtor de fonograma e videograma ou do organismo da radiodifusão, utilizar uma obra ou uma prestação por qualquer das formas previstas neste Código.

2. Comete também o crime de usurpação:

a) Quem divulgar ou publicar abusivamente uma obra ainda não divulgada nem publicada pelo seu autor ou não destinada a divulgação ou publicação, mesmo que a apresente como sendo do respectivo autor, quer se proponha ou não obter qualquer vantagem económica;

b) Quem coligir ou compilar obras publicadas ou inéditas sem autorização do autor;

c) Quem, estando autorizado a utilizar a obra, prestação de artista, fonograma, videograma ou emissão radiodifundida, exceder os limites da autorização concedida, salvo nos casos expressamente previstos neste Código.

3. Será punido com as penas previstas no artigo 197.º o autor que, tendo transmitido, total ou parcialmente, os respectivos direitos ou tendo autorizado a utilização da sua obra por qualquer dos modos previstos neste Código, a utilizar directa ou indirectamente com ofensa dos direitos atribuídos a outrem.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 7)

O tipo objectivo (anotações 8 a 18)

O tipo subjectivo (anotações 19 a 21)

As causas de justificação e de desculpa (anotação 22)

A tentativa (anotação 23)

A participação (anotação 24)

O concurso (anotações 25 e 26)

A pena (anotação 27)

O procedimento criminal (anotação 28)

A cons tituição como assistente (anotação 29)

As **fontes** desta disposição radicam desde logo, a nível internacional, no articulado da Convenção de Berna Para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de Setembro de 1886, completada em Paris a 4 de Maio de 1896, revista em Berlim a 13 de Novembro de 1908, completada em Berna a 20 de Março de 1914, e revista sucessivamente em Roma a 2 de Junho de 1928, em Bruxelas a 26 de Junho de 1948, em Estocolmo a 14 de Julho de 1967 e em Paris a 24 de Julho de 1971. Portugal aderiu, por decreto de 18 de Março de 1911, à Convenção Internacional de Berna, à data revista em Berlim em 13 de Novembro de 1908; mais tarde, por Decreto-Lei n.º 38304, de 16 de Junho de 1951, ratificou a referida Convenção já com as

1

revisões de Roma, em 1928, e de Bruxelas, em 1948. Após as sucessivas revisões que se sucederam, depositou o instrumento de ratificação desta Convenção, disso dando notícia através do Aviso de 16 de Novembro de 1978, publicado no DR, I.^a série, n.º 1, de 2 de Janeiro de 1979, tendo entrado em vigor em 12 de Janeiro de 1979. Do articulado da Convenção resulta o princípio de que os Estados membros deverão conferir protecção aos “direitos dos autores sobre as suas obras literárias e artísticas”, art. 1.º Deixa, todavia, a cada um dos Estados membros a faculdade de definir, internamente, o tipo e os mecanismos jurídico-legais de tutela dos Direitos de autor. Refira-se, ainda, um outro instrumento jurídico internacional de relevo, embora de alcance mais restrito, na matéria em apreço, a Convenção Internacional do Direito de Autor, assinada em Genebra em 6 de Setembro de 1952 e aprovada para ratificação, em Portugal, por Resolução da Assembleia Nacional de 11 de Maio de 1956. Como se verá Portugal optou, decisivamente, pela via do direito penal como instrumento tutelar dos direitos de autor e direitos conexos. No quadro do direito positivo nacional a primeira regulamentação do tipo legal de crime de usurpação, embora com conceptualização pouco clara, variável e não completamente idêntica, surge no Decreto n.º 13725, publicado a 3 de Junho de 1927, no seu art. 126.º O mesmo se diga do regime do Decreto-Lei 46980, de 27 de Abril de 1966, que lhe sucedeu, nos arts. 190.º a 201.º Depois disto edificou-se o actual Código com o Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março, em homenagem às posteriores revisões da Convenção de Berna (Paris, 1971, cuja adesão se concretizou através do Decreto n.º 73/78, bem como à Convenção Universal sobre Direito de Autor, cuja adesão se materializou através do decreto 140-A/79, de 26 de Setembro. Elemento decisivo para a regulamentação do novo Código foram, também, a Convenção de Roma para protecção de Artistas, Intérpretes ou Executantes, de Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiodifusão, de 1961, e a Convenção de Genebra para Protecção dos Produtores contra a Reprodução não Autorizada dos seus Fonogramas, de 1971. Foram ainda introduzidas alterações pela Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro.

- 2 O **bem jurídico** que a norma incriminadora visa tutelar deverá ser encontrado no complexo de direitos que constituem o direito de autor. Claro que directamente e imediatamente se protege a “obra” entendida como “criação intelectual do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizados...”, art.º 1.º, n.º 1 do CDADC. Mas se é manifesto que na primeira linha da tutela penal está a “obra protegida” não o é menos que, ao proteger imediatamente a “obra”, se visa garantir em última e primacial instância o direito de autor enquanto feixe de direitos cujo titular se encontra na pessoa do autor ou daquele ou da entidade a quem foram transmitidos, na parte em que, legalmente, tal seja permitido. Neste sentido concordamos com FIGUEIREDO DIAS e ANABELA MIRANDA RODRIGUES quando escrevem que “a obra intelectual é o objecto da agressão criminosa, enquanto o direito de autor, na complexidade dos seus elementos componentes, é patentemente o bem jurídico protegido...” (A legitimidade da Sociedade Portuguesa de Autores em Processo Penal).
- 3 Justamente “o direito de autor abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais”, art. 9.º, n.º 1. Aqui, pois, se encontra o complexo de elementos que integram o direito de autor. De um lado os direitos patrimoniais de que o autor pode dispor total ou parcialmente, fruindo e utilizando a obra, autorizando a utilização ou fruição por terceiros total ou parcialmente e, de outro lado, independentemente dos direitos patrimoniais encontramos os direitos morais, cujo núcleo central, são a “paternidade”, a “genuinidade” e “integridade” da obra que sempre se manterão na esfera jurídica

do autor mesmo se este transmitiu os direitos patrimoniais ou os mesmos já se extinguíram. O Autor é, como refere o art. 27.º, n.º 1 do CDADC "... o criador intelectual da obra." Parece claro e não poderia ser de outro modo. Veja-se, no caso das obras por encomenda algumas questões referentes à titularidade dos direitos de autor e outras à figura do plágio: Acórdão, de 18/6/2009, RL, "I – Na ausência de convenção, à pergunta sobre a titularidade do direito de autor nas obras por encomenda (arts. 14.º e 15.º do CDADC) responde a lei com duas presunções, a do n.º 2, segundo a qual a titularidade é o criador intelectual e a do n.º 3 segundo a qual se o nome do criador não for apresentado como o do autor, a titularidade é do destinatário da obra e esta última presunção prevalece sobre a anterior que apenas se aplicará em última análise. II – A actividade de plágio supõe a existência de uma apropriação da criatividade de outrem, da expressão original do outro sujeito mesmo se disfarçada sob uma diferente configuração e a sua apresentação como se se tratasse de uma obra própria, traço diferenciador de outras figuras como a reprodução não autorizada, que incorpora uma comunicação fiel e exacta dos elementos e características do original, não negando a sua titularidade ao criador intelectual. III – Na actividade aferidora do plágio, torna-se necessário identificar uma autêntica ausência de criação, de esforço criativo, e uma vez identificada essa ausência devem então ser ponderadas as coincidências estruturais básicas ou essenciais que podem denunciar o delito de plágio" *in* www.dgsi.pt.

As normas incriminadoras dos tipos em análise visam, em primeira linha, a tutela de direitos patrimoniais do autor e do titular de direitos conexos e, deixando a ideia chave do crime de usurpação, estaremos genericamente perante uma conduta consubstanciada na utilização de obra e, nalguns casos, também de "prestação", sem a necessária autorização legal.

O conceito de "**obra**" não foge à sua expressão e substância natural e linguística. Na verdade, o substantivo "obra" significa alguma coisa que se operou (que se realizou) no mundo físico e haverá, necessariamente, de ter repercussão no mundo das coisas. Obra com carácter original, individualizável e integrada nos quadros literários, científicos ou artísticos. Daí que a norma do art. 1.º exija a exteriorização da "criação intelectual" por qualquer forma, no conceito de OLIVEIRA ASCENSÃO, Direitos de Autor e Direitos Conexos, Coimbra editora, 1992, 60-66. Tal significa que a criação do espírito humano, para merecer a protecção do direito, terá que ser materializada sob uma "forma" externa perceptível aos restantes indivíduos (terceiros). Nesta conformidade deverão ser excluídas da força tutelar do direito de autor um conjunto de categorias intelectuais que, manifestamente, pré-existem à obra. A excepção consistirá em, qualquer destas categorias, que por si só e enquanto tal, já se erija em obra proveniente da criação humana verdadeiramente original e individualizável (p. ex., um projecto de arquitectura, o roteiro ou guião de filme, etc.).

Com interesse para a matéria em discussão, o Ac. STJ, de 30/01/2000, www.dgsi.pt, "I. No n.º 2 do artigo 1.º do CDADC as ideias não são, por si só e enquanto tais, protegidas. II – Naquele n.º 2 consigna-se um princípio fundamental do direito de autor, segundo o qual este direito não incide sobre o tema ou a ideia, mas sim sobre a forma dada ao tema ou à ideia. III – São as obras em si mesmas que são protegidas – a sua forma ou o seu modo de expressão – e não as ideias do autor. IV – Para que se possa falar de obra protegida é necessário que a criação do espírito de que se trata tenha sido exteriorizada, isto é, expressa por certa forma. V – Uma solução plasmada em certa proposta de concepção urbanística e arquitectónica concretizada e exteriorizada através de peças escritas e gráficas que a integram, consente a conclusão de se estar perante uma criação intelectual no

domínio científico (e, porventura, artístico) que possui os requisitos de originalidade e da exteriorização. VI – Os pedidos de pareceres e estudos prévios sobre a viabilidade técnica e económica da solução contida numa proposta de concepção urbanística e arquitectónica por iniciativa da entidade promotora, sem autorização e o conhecimento do seu autor, constitui uma utilização ilícita da referida proposta. VII – Ocorre violação dos direitos de divulgação e de utilização logo que a obra é, sem autorização do seu autor, divulgada a terceiros com vista à sua utilização. VIII – A violação daqueles direitos responsabiliza os seus autores pelos danos patrimoniais e não patrimoniais causados”. Ainda o Acórdão, de 8/7/2004, RP, “A reprodução de um coração humano, sob encomenda de um laboratório, para efeito de exposição num congresso de cardiologia, não tem originalidade suficiente para ser considerada uma obra artística com protecção do CDADC”. Quanto às obras que merecem a tutela do direito (Acórdão, de 13/7/95, RL,) “... II – Emerge do disposto nos arts. 4.º e 214.º, alínea a) do CADC que os títulos das obras só merecem protecção quando sejam originais e inconfundíveis com o título de qualquer outra obra anteriormente divulgada ou publicada. III – Extravasa esse âmbito proteccionista bem como o da concorrência desleal a palavra “Telejornal”, que é uma designação genérica, usual para designar qualquer obra do género de noticiário transmitido pela televisão e que faz parte do léxico português”, www.dgsi.pt.

Por ter também muito interesse e se explanar sobre vários assuntos que vão da conceptualização de “obra” às “perícias legais”, neste domínio, transcreve-se o sumário do Acórdão, de 10/7/2007, RE “I – Ao referir-se a criação intelectual, o CDADC inscreve a obra protegida no campo da cultura e não, apenas, no universo das transacções económicas. Por outro lado, a obra não se confunde com o suporte material que a encerra, o *corpus mechanicum* (...). O seu carácter criativo, constitui, pois, característica necessária da obra protegida pelo Direito de autor, exigindo-se um mínimo de criatividade, encarada no nosso ordenamento jurídico como o sentido de originalidade ou individualidade, que – como refere Oliveira Ascensão – “...por vezes se torna até essencial para determinar se há violação do direito de autor preexistente.” II – A criatividade da obra, resultante da sua concepção como criação intelectual no art. 1.º do CDADC, não se confunde com o mérito, que o art. 2.º, corpo, expressamente afasta como requisito da obra protegida. A lei exclui o mérito, enquanto manifestação de um juízo estético ou artístico da obra, que traduz a avaliação gradativa da mesma à luz de critérios daquela natureza: “se não exige que se reconheça uma personalidade, exige-se que se reconheça positivamente que há um mínimo de criação. Um novo elemento, que não constava do quadro de referências da comunidade, não se apresentava como óbvio, nem se reduz a uma aplicação unívoca de critérios pré-estabelecidos, foi introduzido por um acto criativo. Este é o fundamento da atribuição do direito de autor”. Pode, pois, considerar-se com aquele autor que o carácter criativo da obra a que alude o art. 1.º do CDADC depende de não constituir o resultado da aplicação unívoca de critérios pré-estabelecidos, nomeadamente de natureza técnica, em que estejam ausentes verdadeiras escolhas ou opções do autor e traduzir um resultado que não seja óbvio, banal, e que, portanto, permita distingui-lo de outros, reconhecer-lhe uma individualidade própria, enquanto obra, independentemente do suporte material que a encerra. III – A questão da qualificação da obra como criação artística, abrangida pelo direito de autor tem uma dimensão essencialmente normativa e jurídica e outra factual. A dimensão normativa respeita à interpretação das normas e princípios legais aplicáveis, *maxime*, os constantes do CDADC, de modo a concluir, ou não, pela exigência de um conteúdo mínimo de criatividade, seu enquadramento e alcance. A dimensão factual tem que ver com a necessidade

de a obra ser concretamente apreciada, à luz de parâmetros técnicos e artísticos, por quem disponha de conhecimentos especializados nas respectivas áreas, de modo a habilitar o tribunal a decidir se estamos perante obra protegida pelo direito de autor ou não, ou seja, recorrendo à prova pericial (cfr. art. 153.º e ss. do CPP).

IV – Há domínios e situações em que basta a experiência e o senso comum que se pressupõe nos juristas em geral e nos juízes em particular, para decidir se estamos perante criação intelectual, como será o caso da generalidade das obras literárias e mesmo das artes plásticas ou artesanais. Outros domínios e situações há em que só a apreciação dos factos por parte de especialistas permite ao tribunal decidir a final, como é o caso dos presentes projectos de arquitectura. Por um lado, a correcta compreensão do conteúdo dos projectos, o reconhecimento dos seus elementos e relações que devem estabelecer-se entre eles, exige conhecimentos técnicos e mesmo artísticos, nesta área específica, que o tribunal não detém. Por outro lado, é igualmente importante o conhecimento da prática corrente, no que respeita às características dos projectos de arquitectura do ponto de vista da sua individualidade, nomeadamente no que concerne à existência, ou não, de modelos ou projectos *standard*, despersonalizados, categoria em que, na alegação dos recorridos, se incluirá o projecto do assistente, valoração esta que também exige especiais conhecimentos e experiência.

V – Entre os dois principais modelos de prova pericial, o processo penal português adoptou o chamado modelo de perícia oficial, seguido na maioria dos países continentais – por contraposição ao modelo de perícia contraditória dos países anglo-saxónicos –, que se caracteriza por ser o tribunal ou outra autoridade judiciária a nomear o perito (e não as partes a apresentá-los separadamente, como sucede nos ordenamentos de perícia contraditória), que presta o seu contributo sob a direcção do tribunal (e não da parte que o apresentou), não sendo considerado testemunha (contrariamente ao que sucede nos sistemas de *common law*, em que têm a designação de *expert witness*), antes gozando de um estatuto especial.

VI – Daí que, de acordo com o disposto no art. 152.º do CPP, a perícia deva ser realizada em estabelecimento, laboratório oficial apropriado e subsidiariamente – *maxime*, quando não for possível a realização da perícia por um daqueles organismos – por perito nomeado pelo tribunal [ou pelo MP na fase de inquérito] de entre pessoas que integram uma lista existente em cada comarca. Na sua falta ou impossibilidade de, pode o tribunal nomear pessoa que não conste da lista de peritos, fazendo incidir a sua escolha em pessoa de reconhecida honorabilidade e competência na matéria em causa.

VII – Só pode valer como prova pericial, gozando da especial força probatória reconhecida pelo art. 163.º do CP, a perícia realizada por pessoa de reconhecida honorabilidade e competência, em matéria técnica, científica ou artística, cujo conhecimento é necessário para a percepção ou apreciação de factos que integrem o objecto do processo.

VIII – Assim, a correcta delimitação do objecto das diversas ciências, técnicas e artes, deve assumir-se como questão metodológica fundamental na decisão sobre a necessidade da perícia, o âmbito da mesma e sobre quem deve realizá-la, sob pena de poderem ocorrer desvios decisivos em matéria de aquisição e valoração da prova.

IX – A decisão de questão jurídica, enquanto tal, não pode ser objecto de perícia em sentido próprio, visto esta pressupor a necessidade de recorrer a conhecimentos especializados diferentes dos supostos no tribunal, a quem compete decidir do direito, sendo certo que a decisão sobre eventual violação de direitos de autor por projecto de arquitectura, encerra questão jurídica que, não obstante a sua especificidade, cabe ao tribunal resolver. Logo, não podem os senhores advogados ou outros juristas, enquanto tal, isto é, na qualidade de especialistas em qualquer ramo ou área do direito, ser peritos, no sentido próprio

que tal designação tem em sede de prova pericial, sem prejuízo de o poderem ser em função de qualificação de outra natureza técnica, científica ou artística que eventualmente cumulem com a formação jurídica, o que não é o caso dos autos, pois apenas são identificados como advogados. X – Tanto no inquérito como na Instrução, a existência de indícios suficientes significa que os indícios, com sentido de conjunto da prova recolhida nas fases preliminares, são suficientes para submeter o arguido a julgamento e isso acontece quando a condenação for provável, como decorre da noção legal de indícios suficientes contida no art. 283.º, n.º 2 do CPP. XI – “... apenas o critério da possibilidade particularmente qualificada ou probabilidade elevada de condenação, (...) responde convenientemente às exigências do processo equitativo, da estrutura acusatória, da legalidade processual e do estado de direito democrático, e é o que melhor se compatibiliza com a tutela da confiança do arguido, com a presunção de inocência de que ele beneficia e com o *in dubio pro reo*. O Juízo ou convicção a estabelecer na fase de inquérito, há-de, pois, ser equivalente ao de julgamento, designadamente no que respeita à apreciação do material probatório e ao grau de convicção, que não se compadece com a ideia de verosimilhança ou de admissão da margem “razoável” de dúvida. A prova “suficiente” há-de corresponder à que “... em julgamento levaria à condenação, se aquele ocorresse com o quadro probatório, no tempo e nas circunstâncias que determinam o libelo acusatório ou o despacho de pronúncia.” www.dgsi.pt.

- 7 O mesmo se diga, no que tange à existência de marca distintiva assente na criatividade, originalidade e individualidade, das “prestações” dos artistas, intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão, art. 176.º, n.º 1 do CDADC. Estamos, aqui, no domínio dos chamados direitos conexos com o direito de autor. Visa-se, pois, com a norma incriminadora, em última e primordial instância, proteger os mencionados direitos conexos de que são titulares os agentes que supra enunciámos. A lei desenha o contorno dos direitos conexos de forma mais fechada, elencando as categorias em causa justamente para evitar equívocos quanto a direito de autor e àquele com este conexo, que só existe porque o originário existe. Veja-se, nesta sequência e para este efeito, o conceito legal de artistas, intérpretes, executantes, produtores de fonogramas, organismos de radiodifusão e ainda de fonograma, reprodução, cópia e retransmissão na norma do art.º 176.º do CDADC.
- 8 O **tipo objectivo** consiste, afinal, num complexo de tipos que bem poderiam ter sido configurados de forma menos complicada. Já não discutimos o conceito de usurpação, expresso na norma, à primeira vista em colisão com o “pensar em português”. Na verdade as condutas previstas mais se assemelham a contrafacção que a usurpação. Todavia, historicamente, o Decreto-Lei n.º 46980, de 27 de Abril de 1966 já enveredava por este mesmo caminho conceptual.
- 9 O n.º 1, que deveria conter a definição básica do crime de usurpação, configura apenas mais um dos tipos que esta norma legal encerra. Em bom rigor o art. 195.º prevê cinco tipos legais de crime. No n.º 1 considera-se autor do crime de usurpação quem, sem autorização do autor ou do titular de direito conexo, “por qualquer das formas” previstas no CDADC “utilizar” uma obra ou prestação. Pode, portanto, ser objecto da usurpação a “obra” ou a “prestação”. Trata-se, aqui, de crime formal que se verifica independentemente de qualquer resultado material. O autor é titular do direito exclusivo de utilização e exploração da obra, total ou parcialmente, de onde resultarão as vantagens patrimoniais inerentes a tais actividades como vem previsto no art. 67.º Entendemos, pois, que o tipo previsto neste n.º 1 se preencherá quer o agente se proponha obter vantagem económica ou não, dado que estamos perante estádios de diferente utilização da obra em comparação com a previsão do

tipo da alínea a) do n.º 2. Na verdade, a distinção haverá de ser encontrada numa relação de especialidade da previsão da alínea a) do n.º 2 em relação ao previsto no n.º 1 com base na diferente situação da obra (não divulgada ou publicada ou não destinada a sê-lo, em contraponto com obra já divulgada ou publicada) e não na intenção ou não de obter vantagens patrimoniais, já que, nos parece, que também na previsão do n.º 1 não é afastada a hipótese de o agente poder agir sem intenção de obter proventos materiais. Basta pensar que aqui se visa proteger os direitos patrimoniais do autor, pelo que a divulgação ou publicação, mesmo que sem intuito de obter lucro, retira ao autor os proventos que lhe seriam devidos pela mencionada divulgação ou publicação.

Entendemos que a expressão “**por qualquer das formas previstas neste Código**”, sem descurar a ideia de protecção dos direitos concretos regulamentados, não deixa de se apresentar ampla e larga face ao conceito legal de utilização e à letra da norma. Em nosso entender a utilização aqui em causa poderá abranger, sem excepção, todas as formas previstas no código consideradas como integradoras desse conceito. Divergimos, assim, da interpretação restritiva de JORGE MIRANDA/ /MIGUEL PEDROSA MACHADO, *Constitucionalidade da protecção penal dos direitos de autor e da propriedade industrial*, RPCC, ano 4, fasc. 4.º, Out/Dez, 1994, pp. 465 e ss), bem como de ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO/JORGE MANUEL ALMEIDA DOS REIS BRAVO, *Legislação Penal Extravagante*, Direito Penal Económico e Afins, Coimbra Editora, 1998, p. 189.

No art. 68.º elencam-se as formas de utilização e exploração da obra de modo bastante amplo e aberto, não só contemplando as modalidades conhecidas e em uso actualmente, como aquelas que venham a ser desenvolvidas no futuro.

O art. 75.º dispõe quanto às situações de utilização livre e respectivos limites legais. A lei prevê ainda algumas formas de utilização especiais, aplicáveis à obra e à prestação, que se referem: a “edição” prevista no art. 83.º; a “recitação e a execução” cujo regime vem desenhado nos arts. 121.º a 123.º; e a “representação cénica” – arts. 107.º a 120.º

Ainda outros casos individualizáveis de utilização e exploração da obra e da prestação: “as obras cinematográficas” – arts. 124.º a 139.º; “as obras produzidas por processo análogo a cinematografia” – art. 140.º; “a fixação fonográfica e videográfica” – arts. 141.º a 148.º; “a radiodifusão e outros processos destinados à reprodução dos sinais, dos sons e das imagens” – arts. 149.º a 156.º. A este propósito encontram-se diversas decisões das quais indicaremos algumas.

Com interesse para o enquadramento de algumas questões do tipo, cfr. Ac. STJ, de 11/3/97, www.dgsi.pt, “I – A transmissão de música ambiente, previamente fixada em bobines, nas instalações de um estabelecimento bancário, depende de autorização dos respectivos autores, aos quais devem ser pagos os respectivos direitos. II – Um estabelecimento bancário é um **lugar público**. III – A comunicação de uma obra musical é feita em lugar público sempre que não seja realizada em privado, num ambiente familiar.”

Ac. do TRP, de 8.10.1997 “I – O tipo objectivo do crime de usurpação previsto e punido pelos artigos 195 n.º 1 e 197 n.º 1 da Lei n.º 45/85, de 17 de Setembro, analisa-se através das seguintes vertentes: – bem jurídico protegido (é o exclusivo da exploração económica da obra, reservada ao seu autor); objecto da acção (é a obra protegida); sujeito passivo do crime (é o titular do bem jurídico); utilização da obra (é a conduta típica); e inexistência de autorização (trata-se de um elemento negativo do tipo e que só em relação às utilizações públicas se exige autorização).

II – Existe erro sobre uma circunstância de facto, que exclui o dolo, estando o arguido convencido de que não necessitava de qualquer autorização, mas infundadamente,

por falta de conhecimento que deve ser imputada a uma falta de informação (e por isso fazia funcionar no estabelecimento de bar de que ele era proprietário uma aparelhagem de música, que emitia temas musicais ouvidos por diversos clientes, sem licença dos autores das obras difundidas ou da Sociedade Portuguesa de Autores). III – Tal erro, porém, não lhe é censurável, porque o arguido estava no negócio há apenas 3 meses e tinha contratado com uma agência de documentação a obtenção das diversas autorizações necessárias para o funcionamento do mesmo, pelo que não pode ser punido nem sequer a título de negligência.” www.dgsi.pt. Acórdão do TRG, de 15.11.2004. “I – Comunicação de obras radiodifundidas a que se reportam os artigos 149.º, n.º 2 e 155.º do DADC, em que deverá funcionar a prévia autorização dos autores e o direito destes a perceber a respectiva contrapartida patrimonial é aquela que se traduz em nova utilização da obra radiodifundida, com ou sem prévia fixação, através de altifalante ou de qualquer instrumento análogo transmissor de sinais, sons ou imagens, nomeadamente aos casos previstos nos arts. 3.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 42660, de 20 de Novembro de 1959. II – Tendo autorizado a radiodifusão das suas obras e, por isso, recebido dos organismos emissores a correspondente remuneração, exerceram os autores os seus direitos pessoais e patrimoniais em termos de cobertura da actividade de mera recepção das emissões independentemente do lugar – público ou privado – em que ocorra. III – Deste princípio de livre recepção de emissões de radiodifusão só se exceptuam as situações em que a recepção se consubstancia em transmissão potenciadora de uma nova utilização das obras literárias ou artísticas. IV – Não se verificam os pressupostos desta excepção no caso de os empresários dos hotéis, cafés, restaurantes, pensões, bares, tabernas, *pubs* e estabelecimentos similares se limitarem à recepção das emissões de radiodifusão. V – Vistos os factos provados nos autos, dos quais resulta tão só que o televisor existente no café do arguido estava a receber o filme que o operador de radiodifusão estava a difundir, nada lhe acrescentando, não se mostram preenchidos os elementos do tipo legal do crime de usurpação...” www.dgsi.pt.

Acórdão do TRP, de 8.3.1995. “I – A mera recepção de emissões de radiodifusão num estabelecimento comercial de comidas e bebidas, de modo a ser vista pelos respectivos clientes, não depende da autorização da Sociedade Portuguesa de Autores, em representação dos respectivos autores, salvo se a recepção-transmissão envolver procedimentos técnicos diversos dos que integram o próprio aparelho receptor tais como altifalantes ou instrumentos análogos.”

Acórdão do TRP, de 4.6.1996. “I – É de manter a absolvição do arguido que, no seu café, aumentara o som do seu televisor através de colunas exteriores ligadas ao mesmo para permitir que os clientes do café ouvissem melhor, dada a extensão deste, já porque agiu (sem culpa) ao não pagar a licença de transmissão a conselho da Associação Comercial de Braga que, com apoio em Parecer da Procuradoria Geral da República, defende, junto dos seus associados, não serem devidos direitos de autor, já porque se entende que se trata de mera recepção não integradora de crime.” www.dgsi.pt.

Acórdão do TRC, de 28.2.2001. “I – Tratando-se de um estabelecimento de restaurante, cuja finalidade essencial não é a transmissão para um público indefinido de obras musicais, nem constituindo tal transmissão um elemento preponderante do negócio no seu estabelecimento, gerido pelo arguido, não consubstancia o crime p.p. pelo art. 195.º do CDADC a recepção/comunicação de obras musicais que ele possibilita ao público no seu estabelecimento, já que tal comunicação é a mesma que a entidade emissora lhe fornece no momento, sem que da sua parte haja qualquer autonomia.” www.dgsi.pt.

Acórdão do TRG, de 2.7.2007. “Do Acórdão: I – Se num estabelecimento comercial for difundido aos clientes, pela televisão, um vídeo musical, com colunas de som ligadas ao televisor, é exigível autorização da Sociedade Portuguesa de Autores e a falta da mesma integra a prática de um crime de usurpação, p.p. pelas disposições conjugadas dos arts. 149.º, 195.º e 197.º do CDADC. II – Com efeito, nos termos do art. 149.º, n.º 2 do CDADC “depende igualmente de autorização a comunicação da obra em qualquer lugar público, por qualquer meio que sirva para difundir sinais, sons ou imagens” e o arguido não se limitou a “fazer a mera recepção de um programa de televisão em público”, mas antes, ao ligar ao televisor quatro colunas de som, estava a “difundir sinais e sons”, para além dos que resultam do mero funcionamento de recepção do televisor. Do Voto de Vencido: III – Quem, no caso, difundia a obra em causa era a TV Cabo, como entidade emissora, e o arguido apenas ampliava um dos sinais, o de som, por tal forma que nada retirava ou acrescentava à obra em si, melhorando apenas, qualitativamente, o aspecto sonoro, o que também não cabe na previsão do art.º 155.º do citado Código, que prevê que “é devida igualmente remuneração ao autor pela comunicação pública da obra radiodifundida, por altifalante ou por qualquer outro instrumento análogo transmissor de sinais, de sons ou de imagens”, ou seja, prevê uma situação de transmissão autónoma. IV – No caso, a conduta do arguido não era uma actividade de recepção-transmissão, mas sim, se quisermos ser rigorosos, uma actividade de recepção ampliação e só de um dos sinais, mantendo-se a obra recebida e ampliada a mesma e sem qualquer violação dos direitos de autor. V – O CDADC só prevê o direito dos autores à remuneração pela comunicação pública das obras radiodifundidas nas situações de transmissão, isto é, de nova utilização ou aproveitamento no termos atrás enunciados e, como se disse, a conduta do arguido não era uma actividade da recepção-transmissão, mas sim, se quisermos ser rigorosos, uma actividade de recepção-ampliação de um só dos sinais, como se disse, mantendo-se a obra recebida e ampliada a mesma e sem qualquer violação dos direitos de autor. VI – A levar-se o entendimento tão longe como no acórdão em apreço, em todos os locais onde estão instaladas colunas sonoras para difusão de música – locais de trabalho, estabelecimentos de restauração, edifícios públicos, etc. – teriam que ser pagos direitos sem que se faça qualquer transmissão, mas sim mera recepção. VII – Aliás, comparativamente com aparelhos *standard*, um aparelho receptor da maior qualidade pode dispor de mais e melhores altifalantes e debitar muitos mais decibéis e nem por isso transgredir a lei, como não se transgredir se por qualquer meio técnico for possível ampliar também o sinal visual, pois as aparelhagens amplificadoras (ou difusoras) não são susceptíveis de ser captadas por qualquer outra aparelhagem.” www.dgsi.pt.

Acórdão do TRL, de 4.11.2003. “I – Resultando provada a materialidade que caracteriza a prática do crime de usurpação – inscrição num concurso e exibição pública de vídeo sem autorização da detentora dos direitos de autor, autoria esta que não pode ser partilhada pela arguida – apenas deverá, tendo em atenção as circunstâncias da prática dos factos, ser reduzida a medida da pena”. www.dgsi.pt. Acórdão do TRL, de 3.11.99. “I – Tendo determinada Câmara Municipal encomendado à assistente (firma especializada no ramo) um videograma com fins culturais e promocionais do respectivo concelho e, nada se tendo convencionado sobre a titularidade do direito de autor, presume-se que a obra feita pertence ao seu criador intelectual (a assistente), pelo que o uso e fruição de tal obra sem autorização do autor pode integrar crime de usurpação” www.dgsi.pt.

Acórdão do TRP, de 3.6.2008. “I – O direito de obter cópia de um filme feito em colaboração depende da prova pela requerente, de que foi concluída a produção

dessa obra e que a mesma está em condições de ser utilizada e, ainda, que colaborou na produção desse filme. II – O objecto do direito de autor é a obra enquanto “criação intelectual”, exteriorizada por qualquer forma que os sentidos possam apreender, não as ideias, os temas ou os processos enquanto não se der a sua exteriorização” www.dgsi.pt.

- 14 Questão suscitada por PAULO SOUSA MENDES, “A tutela penal de direitos de propriedade intelectual na proposta de Directiva”, *Direito da Sociedade da informação*, Vol. VII, pp. 323 e 324, Coimbra 2008 é a seguinte “(...) um músico de rua a cantar melodias conhecidas sem ter pedido prévia licença cometerá o crime de pirataria? E as pessoas que lhe derem moedas ou simplesmente pararem para o escutar poderão ser punidas como instigadoras ou cúmplices? Dir-se-á que essas condutas acabarão ficando de fora do conceito de ilícito penal por serem socialmente adequadas, sendo afinal de contas impuníveis.”
- 15 Alínea a) do n.º 2 art. 195.º: Comete também o crime de usurpação quem, abusivamente, publicar ou divulgar obra não publicada ou divulgada pelo seu autor ou obra não destinada a divulgação ou publicação, quer se proponha ou não obter vantagem económica. Em ambos os casos se exclui a prestação que, pela sua natureza, não seria compatível com previsão da norma. Estaremos, no caso, perante tipo em que se protege o chamado “direito ao inédito” integrador dessa figura cimeira que é o “direito de autor” na sua vertente pessoal. Todavia o segundo segmento enunciado configura um alcance diverso da violação do direito ao inédito (ou pelo menos um sentido mais amplo) uma vez que supõe a existência de uma obra já divulgada mas que o respectivo autor, no momento, não destina à publicação ou divulgação (p. ex.: exerceu o direito de retirada).
- 16 Alínea b) do n.º 2 do art. 195.º: Comete o crime de usurpação quem coligir ou compilar obras publicadas ou inéditas sem autorização do autor. Estamos perante “obras” e não “prestações” pelo que apenas está em causa o autor e não já o titular de direitos conexos. Mostra-se aqui irrelevante que a obra esteja inédita. Todavia refere-se apenas a obra “**publicada**” deixando de lado as “divulgadas”. É certo que o legislador bem sabia que, na técnica do CDADC, são acções diferentes de utilização da obra ou da prestação. Mas será que quis afastar deste tipo as obras apenas divulgadas e não publicadas? Entendemos pela negativa uma vez que o interesse do autor que se protege numa também está em causa na outra. Deste modo tratar-se-á de uma infeliz forma de redacção que deverá ser corrigida em sede de interpretação no sentido de, neste caso, onde se lê “publicadas” caiba, simultaneamente, o conceito de divulgada. A não ser deste modo, ficaria a descoberto uma importante parcela de interesses a que o CDADC confere protecção nas suas normas e na sua filosofia. O preceito legal aplica-se a compilação de obras não protegidas, ou de utilização livre e que não obstante, necessitem de autorização do autor para o efeito da realização da compilação (Ex: art. 3.º, n.º 1, art. 7.º, n.º 2, 76.º, n.º 3, etc.). Mas aplicar-se-á também – numa relação de especialidade como tipo do n.º 1 – no caso das obras protegidas cuja utilização carecesse de autorização em qualquer circunstância.
- 17 Alínea c) do n.º 2 do art. 195.º: Supõe-se a existência de uma prévia autorização que vem a ser excedida nos seus limites no exercício da utilização da obra ou da prestação por quem era o beneficiário da mesma. Embora se use a expressão “**autorização**” deverá entender-se que a previsão abrange quaisquer dos modos de disposição previstos na lei, a saber, transmissão, oneração, ou autorização. No caso estamos, pois, perante um exercício excessivo em relação ao âmbito da autorização da utilização que é concedida. A questão que, neste quadro, se poderá colocar é a de saber se qualquer excesso sucumbe na tipificação penal ou, ao invés,

encontrando-nos no contexto da vinculação contratual no âmbito dos direitos de autor nos quedaremos, noutros casos, em violação do contrato e, por conseguinte, se tratará de ilícito civil. “Parece necessária uma interpretação restritiva que reconduza aos casos mais graves” a aplicação da lei criminal. Neste âmbito as violações de condições de preços que servirão de exemplo enquanto meras obrigações contratuais que, a serem violadas, não acarretarão qualquer responsabilidade Penal. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor, Estudos em Homenagem ao Prof. Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001, p. 474. Por outro lado, “as previsões penais só se aplicam a terceiros, que não participaram desses negócios, se os direitos destes derivam de direitos autorais outorgados e eles têm conhecimento da limitação dos direitos que adquiriram” OLIVEIRA ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 489, 2001. Está pois em causa o autor ou o titular de direito conexo e não já qualquer terceiro que intervenha na cadeia negocial, a não ser que o faça a título de autoria conforme referido acima ou, admitindo-se a existência de plano pré-concebido, de comparticipação. Poderá discutir-se, nesta sede legal e apenas em certa medida (aquela que advém de ter havido autorização e a mesma ser excedida), a problemática inerente aos casos da recepção em lugares públicos de emissões televisivas ou radiofónicas.

N.º 3 do art. 195.º: Esta norma pune o autor (e só o autor) que, tendo transmitido os seus direitos ou tendo autorizado a utilização da obra por qualquer forma prevista no CDADC, a utilizar directamente, com ofensa dos direitos atribuídos a outrem. Como se vê, o trajeto da actividade punida traduz-se na inversão dos caminhos anteriores. Na verdade, agora é o próprio autor que pode incorrer em infracção, estranhamente titulada de “usurpação”. Seguramente não pode ser o mesmo conceito de “usurpação” que, com as variantes evidenciadas, o art. 195.º desenhou nos n.ºs 1 e 2. Pensamos que melhor seria ter-se cindido este n.º 3 numa previsão autónoma, não só porque o conceito de usurpação dificilmente é compaginável com uma conduta imputável ao autor da obra, como a conduta descrita neste n.º 3 não deveria cair na criminalização mas sim no quadro dos ilícitos civis (incumprimento doloso ou não de contrato).

O **tipo subjectivo** consubstancia-se da seguinte forma: no n.º 1 e no n.º 2, alíneas b) e c), mostra-se necessário que o agente conheça a exigência legal de prévia autorização para utilizar a obra ou a prestação e, não obstante esse conhecimento, não deixe de agir dolosamente sob qualquer das formas de dolo previstas no Código Penal. Por outro lado, ainda que desconheça a necessidade de autorização e tal se deva a conduta negligente – entendida como vem expressa no Código Penal – será também punido a esse título por força do disposto no art. 197.º, n.º 2 do CDADC. Refere a lei que a obra ou prestação haverá de ser utilizada por “qualquer das formas” previstas no Código. Trata-se de um espaço amplo e traduz um caso típico de recurso a normas extra penais para dar corpo ao tipo. De certo modo, face à complexidade das normas a que é necessário recorrer para integrar o tipo e à sua extensão, configura – aqui, como na generalidade dos crimes previstos no CDADC – uma verdadeira norma em branco que importa preencher. Já para não falar do uso generalizado de conceitos abertos a carecer de integração e esforço interpretativo, o que, manifestamente, para qualquer cidadão comum não se tornará fácil.

Exige-se, no caso da alínea a) do n.º 2 a verificação de um elemento específico que consiste numa **conduta “abusiva”** por parte do agente do crime. Trata-se de “um elemento subjectivo da ilicitude” (tal como sustenta OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 467, 2001),

- a requerer integração casuística por parte do intérprete e aplicador da lei. “Assim, aquele que divulga uma poesia que um amador destinara apenas aos seus ócios, para lhe causar uma agradável surpresa, está a agir intencionalmente, mas não abusivamente. Não comete crime.” (OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., 2001, p. 467).
- 21 Quanto ao n.º 3 apresenta a especialidade inerente ao tipo qual seja a de o autor conhecer e ter consciência da vinculação contratual através da qual tenha transmitido, total ou parcialmente os respectivos direitos ou tenha autorizado a utilização da sua obra por qualquer dos modos previstos no código, agindo assim de acordo com qualquer das modalidades do dolo previstas no código penal ou, escapando-lhe essa consciência e conhecimento e devendo tê-los, agiu negligentemente por qualquer dos tipos de negligência – art.º 197.º do CDADC – também previstos no Código Penal.
- 22 No que se refere às **causas de justificação e causas de desculpa** pensamos que nenhuma especialidade existe em relação a qualquer outro tipo legal de crime. É certo que não vemos como configurar uma situação de legítima defesa neste tipo de crimes, mas a verdade é que isso também sucede noutros casos.
- 23 A **tentativa** não é punível atenta a moldura penal – até 3 anos – e o disposto no n.º 1, do art. 23.º do Código Penal
- 24 A **comparticipação** aтем-se às regras gerais (arts. 25.º a 29.º todos do Código Penal).
- 25 Poderemos detectar situação de **concurso** entre a previsão do art.º 195.º e a do art.º 199.º No primeiro caso não importa a “utilização” da obra ou prestação e no segundo – que se refere apenas a “obra” e não já a “prestação” – verifica-se o aproveitamento da obra usurpada ou contrafeita para fins que poderemos designar de comerciais. Em nossa opinião esta relação de concurso é aparente remetendo-se para a anotação 15 ao art. 199.º
- Já quanto ao crime de “fraude sobre mercadorias”, previsto e punido no art. 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, o concurso, a verificar-se, será real.
- 26 “I – No caso de concurso de crime e de contra-ordenação o processamento da contravenção cabe a entidade competente para a instrução criminal e a aplicação da coima cabe ao juiz competente para o julgamento do crime”, Ac. do STJ, de 6.6.90, in www.dgsi.pt.
- 27 Quanto às **penas** veja-se anotação ao art.º 197.º
- 28 No que se refere ao **procedimento criminal** remete-se para a anotação ao art. 200.º
- 29 Sobre a constituição de **assistente** ver o Acórdão do TRL, de 9.12.1997, segundo o qual “a A Sociedade Portuguesa de Autores, CRL, porque lei especial lhe confere capacidade judiciária para intervir criminalmente em defesa dos direitos e interesses legítimos dos seus representados em matéria de direito de autor, está, só por isso, especialmente legitimada a constituir-se assistente em processo penal por crimes de usurpação, contrafacção e aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada”.

Artigo 196.º

Contrafacção

1. Comete o crime de contrafacção quem utilizar, como sendo criação ou prestação sua, obra, prestação de artista, fonograma, videograma ou emissão de radiodifusão que seja mera reprodução total ou parcial de obra ou prestação alheia, divulgada ou não divulgada, ou por tal modo semelhante que não tenha individualidade própria.

2. Se a reprodução referida no número anterior representar apenas parte ou fracção da obra ou prestação, só essa parte ou fracção se considera como contrafacção.

3. Para que haja contrafacção não é essencial que a reprodução seja feita pelo mesmo processo que o original, com as mesmas dimensões ou com o mesmo formato.

4. Não importam contrafacção:

a) A semelhança entre traduções, devidamente autorizadas, da mesma obra ou entre fotografias, desenhos, gravuras ou outra forma de representação do mesmo objecto, se, apesar das semelhanças decorrentes da identidade do objecto, cada uma das obras tiver individualidade própria;

b) A reprodução pela fotografia ou pela gravura efectuada só para o efeito de documentação da crítica artística.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 a 9)

O tipo subjectivo (anotação 10)

A tentativa (anotação 11)

A participação (anotação 12)

O concurso (anotação 13)

A pena (anotação 14)

O procedimento criminal (anotação 15)

As **fontes** seguem a mesma trajectória daquelas já enunciadas para o crime de usurpação, pelo que se remete para a anotação 1 relativa ao art. 195.º

O **bem jurídico** tutelado pela norma incriminadora será o “complexo de direitos que integram o direito de autor e os direitos conexos” nos casos em que estes estiverem em causa. Sobre esta matéria ver as anotações 2, 3, 4 e 5 referentes ao art. 195.º Até por contraposição ao crime de “usurpação” aqui protege-se, essencialmente, os direitos pessoais (morais, na linguagem legal) do autor ou titular de direitos conexos. O **tipo objectivo** surge com uma formulação positiva e uma delimitação negativa. No primeiro segmento (n.º 1) afirma-se que comete o crime de contrafacção quem utilizar – aqui se recorrendo novamente as várias formas de utilização previstas no CDADC e que já enunciámos na anotação ao art. 195.º – como sendo criação ou prestação sua, obra, prestação de artista, fonograma, videograma ou emissão de radiodifusão, divulgada ou não divulgada, ou por tal modo semelhante que não tenha individualidade própria.

Como se vê deverá estar em causa obra ou prestação com tal semelhança ao original que em relação ao mesmo não tenha suficientes laivos de originalidade e individualidade criativa que as torne distintas de tudo o resto. No limite estaremos perante o denominado plágio.

A utilização de obra ou prestação pode ser total ou parcial (n.º 2).

No caso de apenas uma fracção ou parte da obra ou prestação serem utilizadas serão, estas fracções e apenas estas, consideradas contrafeitas e não o todo. Anote-se que a lei no seu n.º 1 lança mão do conceito de “utilização”, como parece lógico e congruente com a terminologia do Código. Porém, nos restantes números exprime-se por “reprodução” referindo-se exactamente à mesma conduta, sendo certo que – no contexto do CDADC – os dois conceitos não são coincidentes, são aliás bem distintos. Isto só pode significar, face ao conceito técnico de “reprodução” que a contrafacção se terá que traduzir sempre na produção de um ou mais exemplares. O n.º 3 esclarece que poderá ocorrer contrafacção mesmo se a “reprodução” se verificar por recurso a processo diferente do original ou a obra ou prestação surjam com dimensões ou formatos diversos do original.

No n.º 4 deste artigo procede-se àquilo que mencionámos como sendo uma delimitação negativa, o mesmo é dizer que se traçam as fronteiras afirmando o que não é considerado contrafacção. A saber, não serão consideradas contrafacções as

traduções semelhantes devidamente autorizadas da mesma obra, ou a semelhança entre fotografias, desenhos, gravuras ou qualquer forma de representação do mesmo objecto, desde que as semelhanças advenham da identidade do objecto e se descubra em cada obra a necessária marca distintiva que lhe confira originalidade e individualidade. Veja-se que, aqui, só estão em causa obras e já não prestações. Exclui-se, também, do alvo da contrafacção a “reprodução” pela fotografia ou pela gravura apenas para documentação de crítica artística. Em nossa opinião, se estivermos no âmbito de crítica científica ou literária, a norma aqui em análise terá o mesmo alcance, sem o que enfrentaríamos grave incongruência com o conceito legal de obra protegida.

- 9 Ainda no domínio do Código anterior mas com interesse pela matéria diz-nos o Ac. do STJ, de 31/10/91, www.dgsi.pt, “II – Comete o crime de contrafacção... o arguido que entregou, nos serviços competentes de uma Câmara Municipal, um projecto de construção de uma moradia, que veio a ser aprovado, e que era idêntico, com ligeiras alterações, quer na sua volumetria, quer na sua configuração interna, a outro projecto elaborado pela ofendida que entregara uma fotocópia ao arguido”.
- 10 O **tipo subjectivo** traduz-se na utilização voluntária, como sendo criação ou prestação própria, obra, prestação de artista, fonograma, videograma, ou emissão de radiodifusão que seja mera reprodução total ou parcial de obra ou prestação alheia, divulgada ou não divulgada e – como já se afirmou – sem individualidade própria que lhe confira carácter único e original. Também a conduta negligente, em qualquer das modalidades previstas no Código Penal, é punível – art. 197.º, n.º 2 do CDADC.
- 11 A **tentativa** não é punível pelas razões apontadas na anotação 21 ao art.º 195.º para a qual se remete.
- 12 A **complicação** circunscreve-se, sem especialidades, às regras gerais (arts. 25.º a 29.º todos do Código Penal).
- 13 No que se refere ao **concurso** de crimes vale o que ficou dito na anotação 23 ao art.º 195.º no que respeita ao crime do art.º 199.º, para a qual se remete. Por outro lado, resulta claro que as figuras da usurpação e da contrafacção apresentam margens nítidas de distinção. Na verdade, a primeira trata de mera utilização não autorizada sem que o agente se arrogue a sua autoria (da obra ou prestação) enquanto na segunda o agente utiliza a obra ou prestação alheias como sendo suas. Entendemos que poderá haver concurso real entre este tipo legal e aqueloutro (fraude sobre mercadorias) previsto e punido no art.º 23.º do Decreto n.º 28/84, de 20 de Janeiro.
- 14 No tocante às **penas** aplicáveis remete-se para a anotação ao art.º 197.º
- 15 O **procedimento criminal** será tratado nos comentários ao art.º 200.º

Artigo 197.º (Penalidades)

1. Os crimes previstos nos artigos anteriores são punidos com pena de prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias, de acordo com a gravidade da infracção, agravadas uma e outra para o dobro em caso de reincidência, se o facto constitutivo da infracção não tipificar crime punível com pena mais grave.

2. Nos crimes previstos neste título a negligência é punível com multa de 50 a 150 dias.

3. Em caso de reincidência, não há suspensão de pena.

Sumário da anotação:
 As fontes (anotação 1)
 A pena (anotações 2 a 13)

- No que concerne às **fontes** remete-se para a anotação 1 relativa ao art. 195.º dado 1
 terem percurso idêntico embora com referência a disposições legais diversas.
- A disposição legal em análise respeita unicamente às **penas aplicáveis** aos tipos 2
 legais de crime previstos nos arts 195.º, 196.º, 198.º e 199.º, todos do CDADC.
- Fácil se torna verificar que a sistemática da norma resulta incompreensível. Na 3
 verdade foi construída justamente ao meio dos tipos e no n.º 1 se afirma que “os crimes previstos nos artigos anteriores são punidos...” para depois os tipos legais contidos nos artigos seguintes remeterem, quanto à punição, para a norma do art.º 197.º Num quadro lógico não se vê razão para, seguindo-se a mesma técnica, não vir esta disposição a final.
- Todos os crimes previstos nos arts. citados em 3 são punidos com pena igual, ou 4
 seja, com prisão até três anos e multa de 150 a 250 dias. A pena será, pois, sempre, decomposta em prisão e multa cumulativas. Naturalmente que o cálculo da multa haverá de ser feito de acordo com as regras gerais (art. 47.º do Código Penal), o mesmo sucedendo com a aplicação das restantes regras de “substituição da multa por trabalho” e “conversão da multa não paga em prisão subsidiária” (arts. 48.º e 49.º do Código Penal). Aliás o art. 6.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março impõe que “enquanto vigorarem normas que prevejam penas cumulativas de prisão e multa, sempre que a pena de prisão for substituída por multa será aplicada uma só pena equivalente à soma da multa directamente imposta e da que resultar da substituição da prisão” e prossegue o n.º 2 da mesma norma “é aplicável o regime previsto no art. 49.º do Código Penal à única multa resultante do que dispõe o número anterior, sempre que se tratar de multas em tempo”.
- Em caso de **reincidência** a pena de prisão e a de multa são agravadas para o dobro. 5
 No que concerne à **pena de prisão** pode-se afirmar, linearmente, que serão os 6
 crimes punidos com prisão “até seis anos”.
- No que tange à **pena de multa** a moldura será de “de 300 a 500 dias”. 7
- Trata-se de norma excepcional e muito mais violenta em comparação com as regras 8
 do Código Penal. Na verdade, no que toca à pena de multa, o art.º 47.º, n.º 1 do CP prevê que “em regra”, o limite mínimo será de 10 dias e o máximo de 360 dias. Ora, no caso de reincidência, o limite máximo aplicável por força do disposto na norma em apreço ultrapassa largamente a regra do CP. Admite-se que assim possa ser até porque, não só estamos perante norma excepcional, como a letra do art. 47.º, n.º 1 do CP afirma a regra deixando espaço para as excepções.
- Por outro lado, de acordo com as regras legais do CP, a reincidência tem como 9
 efeito – art. 76.º, n.º 1 – que o limite mínimo da pena aplicável ao crime é “elevado de um terço e o máximo permanece inalterado”. Também aqui, quer na pena de prisão, quer na de multa, as regras legais do CP são frontalmente ultrapassadas. O legislador não podia ignorar que o CP assim dispunha e não obstante quis manter uma “violência” no calibre da reacção penal no contexto do CDADC mais acentuada do que no CP. A excepcionalidade das normas do CDADC isso permitem e, neste quadro, a lei prevê efeito mais gravoso para a reincidência.
- Os crimes previstos nos arts. 195.º, 196.º, 198.º e 199.º, todos do CDAC são puníveis 10
 a título de **negligência** em qualquer das suas modalidades – art. 15.º do CP – por força do disposto no art. 197.º, n.º 2, sob análise, e tendo em consideração o comando legal do art. 13.º do CP.

- 11 No n.º 3 dispõe-se que “em caso de reincidência não há suspensão da pena”. Importa aqui reflectir se, como referem ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO/ /JORGE MANUEL ALMEIDA DOS REIS BRAVO, op. cit. Coimbra 1998, pp. 201 e 202, esta disposição se encontra, em parte revogada, face à norma do art. 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março (diploma que aprovou o Código Penal) uma vez que encerra uma clara restrição à suspensão da pena de prisão quando esta é aplicada em concreto pelo tribunal. Concordamos, por inteiro, com os Autores citados, posto que a supra mencionada norma refere expressamente – incidindo também sobre o n.º 3 do art. 197.º que já vigorava à altura – que “são também revogadas as disposições legais que em legislação penal avulsa proíbem ou restringem a substituição da pena de prisão por multa ou a suspensão da pena de prisão”.
- 12 Com relevância para a questão da suspensão da pena de prisão dispõe o art.º 7.º do citado Decreto-Lei que “enquanto vigorarem normas que prevejam cumulativamente penas de prisão e multa, a suspensão da execução da pena de prisão decretada pelo tribunal não abrange a pena de multa”.
- 13 Por último surge-nos a enigmática expressão da parte final do n.º 1 do artigo em anotação “... se o facto constitutivo da infracção não tipificar crime punível com pena mais grave”. Qual o sentido útil deste segmento da norma? Cremos que nenhum. Não só porque seria desnecessária como, percorrendo os diversos tipos legais de crime, não se detecta um que integre, no tipo, os mesmos factos e consuma qualquer dos crimes do CDADC a que se refere o art. 197.º Não vemos que, entre estes e quaisquer outros com pena mais grave, haja concurso aparente. Será então, este segmento duplamente inútil e apenas existirá como uma previsão aberta para o futuro na perspectiva do que possa suceder quanto ao surgimento de novos tipos legais de crime.

Artigo 198.º

Violação do direito moral

É punido com as penas previstas no artigo anterior:

- a) **Quem se arrogar a paternidade de uma obra ou de prestação que sabe não lhe pertencer,**
- b) **Quem atentar contra a genuinidade ou integridade da obra ou prestação, praticando acto que a desvirtue e possa afectar a honra ou reputação do autor ou do artista.**

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 4)

O tipo objectivo (anotações 5 e 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

A participação (anotação 8)

A tentativa (anotação 9)

O concurso (anotação 10)

A pena (anotação 11)

O procedimento criminal (anotação 12)

- 1 As **fontes** poderão reconduzir-se àquelas já enumeradas na anotação 1 ao art. 195.º, embora, neste caso, de uma forma ainda muito incipiente e diluída nos conceitos de usurpação e contrafacção.

O **bem jurídico** integra um complexo de direitos pessoais (defesa de uma personalidade), designados de “morais” pela lei em termos que nos parecem pouco adequados e exactos, e que se poderá desdobrar na seguinte formulação: o “direito de paternidade” da obra ou da prestação tutelado pela norma da alínea a) e o “direito à integridade” da obra ou da prestação protegidas pela disposição da alínea b). Como já vimos no comentário ao art. 195.º, n.º 2, anotações 15 e 16, também o “direito ao inédito” integra a categoria dos direitos pessoais (morais), o mesmo se diga do “direito ao nome”, sempre que seja possível, na conduta do agente, apurar que não está em causa o “direito de paternidade” mas tão-só o referido direito ao nome. Neste caso é o mesmo tutelado nos termos do art. 205.º do CDADC no quadro das contra-ordenações. Por seu turno, o denominado “direito de modificação” que integra o núcleo dos direitos pessoais do direito de autor, não goza de protecção legal de *per si*, a não ser que seja, casuisticamente, subsumido em condutas violadoras de direitos patrimoniais o que, diga-se, poderá ser frequente. No caso dos artistas titulares das prestações, a tutela penal do direito de paternidade deverá ser considerada intimamente ligada à norma do art. 180.º do CDADC, pelo que só na medida em que a conduta ofensiva do direito tutelado puser em crise, quando da divulgação da prestação, a indicação de “... o nome ou pseudónimo do artista...” poderemos integrar a conduta na alínea a) do art. 198.º, ou, noutro passo, sendo ilícitas as utilizações das prestações as mesmas “deformem, mutilem e desfigurem uma prestação, que desvirtuem nos seus propósitos ou atinjam o artista na sua honra ou na sua reputação” – art. 182.º do CDADC – estaremos perante factibilidade susceptível de integrar a previsão da alínea b).

O **tipo objectivo** integra as condutas violadoras dos chamados “direitos morais” na terminologia legal ou “pessoais” (como seria preferível) aqui, nesta norma, consubstanciados no “direito de paternidade” e no “direito à integridade” quanto aos autores com toda a amplitude que essa qualidade lhes confere e, no que se refere aos artistas, com a configuração que deixámos expressa na anotação 4.

Assim, no que toca aos autores, cumpre deixar as seguintes indicações para melhor se perceber o alcance da tutela em apreço. O autor, independentemente dos direitos de carácter patrimonial que poderá onerar ou alienar, goza – mesmo nesse caso –, durante toda a vida, da protecção legal, no caso também penal, quanto à genuinidade e integridade da obra, podendo opor-se à sua destruição, a qualquer tipo de mutilação, deformação ou outro qualquer tipo de modificação ou acto que ponha a obra em causa e possa ofender a sua honra e reputação. Trata-se de direito inalienável, irrenunciável e imprescritível que se mantém após a morte do autor (art. 56.º do CDADC).

Em caso de decesso do autor, e enquanto a obra não cair no domínio público, cabe aos respectivos sucessores exercer os direitos aqui em relevo. Já as obras que se encontrem no quadro legal do domínio público, tal exercício passa para o Estado (art. 57.º).

O art. 58.º estabelece que quando o autor tiver revisto toda a sua obra, ou parte dela, e nesse contexto tiver autorizado a divulgação ou publicação *ne variatur* não podem os sucessores (ou terceiros) vir a reproduzir a obra revista, naqueles termos, segundo versões anteriores.

O art. 59.º proíbe modificações à obra sem o consentimento do autor ainda que seja lícita a utilização da obra sem consentimento do autor. Na verdade uma coisa é o consentimento para modificar e outra para utilizar.

O art. 60.º disciplina estas situações quanto a obras de arquitectura ou de obra plástica de onde resulta a proibição de modificações sem consentimento do autor podendo até, em caso de desacordo entre o autor e o dono da obra, aquele repudiar

a paternidade da obra modificada, ficando o proprietário impedido de, no futuro, invocar em seu proveito o nome do autor.

Por outro lado “se o arrematante do direito de autor sobre obra penhorada e publicada promover a publicação desta, o direito de revisão das provas e correcção da obra e, em geral, os direitos morais não são afectados” (art. 60.º).

Acresce que o autor de obra publicada ou divulgada pode, a todo o tempo, retirá-la da circulação e fazer cessar a respectiva utilização “... sem prejuízo das indemnizações a que tal atitude o obriga” (art. 62.º). Trata-se do exercício do direito de retirada.

- 7 O **tipo subjectivo** consubstancia-se em conduta voluntária ou negligente – em qualquer das modalidades do dolo ou da negligência (arts. 13.º, 14.º e 15.º do CP) – que provoque algum efeito na obra, de tal forma que ponha em crise a paternidade, a integridade e genuinidade da mesma.
- 8 No que toca à **comparticipação** não se detecta qualquer desvio às normas gerais do arts. 25.º a 29.º todos do CP.
- 9 A **tentativa** não é punível dado que a moldura penal abstracta vai até aos três anos de prisão (art. 197.º, n.º 1 do CDADC e art. 23.º do CP).
- 10 No que concerne ao **concurso** entendemos que o tipo legal de crime do art. 198.º pode concorrer materialmente com qualquer dos tipos previstos no CDADC os quais tutelam direitos patrimoniais.
- 11 As **penas** são as previstas no art. 197.º pelo que se remete para as anotações que respeitam a essa norma.
- 12 O **procedimento criminal** será comentado na anotação ao art. 200.º

Artigo 199.º

Aproveitamento de obra contrafeita ou usurpada

1. Quem vender, puser à venda, importar, exportar ou por qualquer modo distribuir ao público obra usurpada ou contrafeita ou cópia não autorizada de fonograma ou videograma, quer os respectivos exemplares tenham sido produzidos no País quer no estrangeiro, será punido com as penas previstas no artº 197.º

2. A negligência é punível com multa até cinquenta dias.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 a 8)

O tipo subjectivo (anotações 9 a 12)

A tentativa (anotação 13)

A participação (anotação 14)

O concurso (anotação 15)

A pena (anotação 16)

- 1 As **fontes**, não obstante as naturais diferenças de regime, quer na sua extensão quer na sua conceptualização, apontam no mesmo sentido do que já foi dito na anotação 1 ao art. 195.º e, no caso do direito positivo português, desde logo, no art. 131.º do Decreto n.º 13725, de 3 de Junho de 1927.
- 2 No que concerne ao **bem jurídico** tutelado pela norma poderemos concluir que será um dos vectores do complexo de direitos que integram a unidade direito de autor, a saber, “o direito de colocar em circulação comercial, em bom rigor, no mercado os exemplares”. Trata-se aqui de exemplares. Este direito tanto pode caber ao autor como ao titular do direito de autor, na sua vertente patrimonial, se for pessoa ou entidade distinta do autor.

O **tipo objectivo** integra as condutas entendidas como de comercialização de exemplares, o que corresponde a coisa diversa do conceito legal de utilização da obra, assentes no pressuposto de que tais exemplares tenham sido “usurpados” ou “contrafeitos” de acordo com a tipologia respectiva (arts. 195.º e 196.º). Como se deixou expresso na anotação 2, quando a norma se refere a “obra” deveremos interpretar no sentido de se tratar de “exemplares” da obra, uma vez que são realidades distintas. Vejam-se, com interesse para esta distinção, as anotações 3, 5 e 6 ao art. 195.º

Poderemos estar perante a comercialização de fonograma ou videograma que, como sabemos, não integra o conceito legal de obra (ver anotações 5, 6 e 7 ao art. 195.º) e, sendo assim, o sentido útil da previsão de “comercialização de fonogramas e videogramas” só é susceptível de ser encontrado se, no âmbito normativo, couberem os videogramas e fonogramas que não contiverem e não forem suporte de obra protegida (literária, artística ou científica) posto que esta, a existir neste quadro, já estaria contida na enunciação geral de “obra”, mostrando-se desnecessário acrescentar “fonogramas e videogramas”. Na verdade, estas obras seriam também usurpadas ou contrafeitas.

Por outro lado constata-se que, se é verdade que os crimes de usurpação e contrafacção abrangem as prestações de um artista e dos organismos de radiodifusão, não o é menos que este tipo legal de crime do art. 199.º não os abarca. Desta forma, a comercialização de um filme que contém a prestação de um artista ou uma gravação de uma emissão de radiodifusão não autorizadas não incorre em infracção penal (OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Penal de Autor*, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 484, 2001).

A distinção entre os tipos legais previstos nos arts. 195.º e 196.º e o que agora nos ocupa radica, desde logo, no facto de este último não implicar a utilização (nos termos do quadro técnico/jurídico desenhado no CDADC) da obra. Nesta conformidade quando ocorrer utilização da obra e consequente violação do direito de autor estaremos perante usurpação ou contrafacção. No caso de apenas nos confrontarmos com comercialização de cópias ilícitas estaremos no contexto da previsão do art. 199.º O mesmo se diga no caso de violação dos direitos dos produtores de videogramas ou fonogramas.

O transporte não é punido por este tipo legal de crime, embora se pudesse considerar que cabia no significado abrangente da expressão “... ou por qualquer modo distribuir ao público...” (n.º 1), posto que estamos perante crime de resultado e o mero acto de transportar não consubstancia a colocação no mercado à disposição do público. O transporte constituirá um mero acto de execução não punível e insuficiente para consumir a infracção ou, quando muito, configurar, conforme as circunstâncias que da prova resultarem, uma tentativa. Como veremos a tentativa não é punida.

Por outro lado quando a lei refere, no n.º 1, a enunciação dos actos puníveis e uma definição abrangente onde sempre caberão outras condutas que, na vida, venham a surgir, não deixa de estar dirigida à colocação no mercado e, neste âmbito, ao agente que “comercializa”. Vale por dizer que o consumidor final não comete esta infracção (OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., pp. 484 e 485, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001).

No que concerne ao **tipo subjectivo** assenta em conduta voluntária dolosa em qualquer das suas modalidades, bem como em conduta negligente (n.º 2) também em qualquer das suas modalidades.

- 10 É claro que haverá de se ter em consideração o pressuposto do conhecimento (ou violação do dever de cuidado, se for o caso) de que os exemplares das obras ou dos videogramas ou fonogramas deverão ter proveniência ilícita.
- 11 O n.º 2 faz ressaltar incongruência assinalável. Na verdade, a redacção anterior às alterações decorrentes da Lei n.º 114/91 configurava este tipo legal de crime como o único que era punido a título de negligência. Porém, as mencionadas alterações redesenharam o art. 197.º como norma geral, quanto a penas aplicáveis, e ali se estabelece, como vimos, que todos os tipos legais de crime previstos “neste título” são punidos a título de negligência. Todavia este art. 199.º mantém a norma do n.º 2 com uma punição concreta do crime negligente fora dos parâmetros do art. 197.º O mesmo é dizer que se criou uma dupla previsão de punição por negligência e, neste âmbito, se fixaram critérios diversos quanto à respectiva penalidade.
- 12 Entendemos que as alterações introduzidas pela mencionada Lei n.º 114/91 **não revogaram** o disposto neste n.º 2 posto que o legislador não podia deixar de conhecer da existência deste normativo nos seus precisos termos, pelo que é forçoso concluir que foi deliberada a intenção de o manter em vigor.
- 13 A **tentativa** não é punível dado que a moldura penal abstracta vai até aos três anos de prisão (art. 197.º, n.º 1 do DADC e art. 23.º do CP).
- 14 Quanto à **complicação** aplicam-se as regras gerais do arts. 25.º a 29.º todos do Código Penal.
- 15 No que se refere ao **concurso**, a nosso ver, este tipo legal de crime pode constituir-se em concurso aparente com os crimes dos arts. 195.º e 196.º, uma vez que a “utilização da obra também compreende a venda, aluguer, etc., ou seja, a colocação no mercado e, nessa perspectiva, a comercialização. Neste sentido o Ac. RP, de 19/10/2005, www.dgsi.pt. No mesmo sentido Acórdão, de 18/1/95, RP, “I – Uma acção típica posterior a um facto punível, destinada a assegurar, aproveitar ou a realizar o ganho anti-jurídico obtido mediante o primeiro facto, resulta consumida se não lesa nenhum novo bem jurídico e o dano não se estende quantitativamente acima da medida do já protegido. II – Os bens jurídicos protegidos pelos arts. 195.º, n.º 1 e 199.º do CDADC são os mesmos: os direitos patrimoniais e morais que o autor tem sobre a sua obra, *in* www.dgsi.pt.”
- 16 As **penas** são as previstas no art. 197.º a que já nos referimos, com o desvio do n.º 2, a que já se aludiu nas anotações 11 e 12, que prevê pena de multa até 50 dias se o crime for cometido por negligência.

Artigo 200.º

(Procedimento criminal)

1. O procedimento criminal relativo aos crimes previstos neste código não depende de queixa do ofendido, excepto quando a infracção disser exclusivamente respeito à violação de direitos morais.

2. Tratando-se de obras caídas no domínio público, a queixa deverá ser apresentada pelo Ministério da Cultura.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

As definições e conceitos legais (anotações 2 e 3)

A natureza dos crimes (anotações 4 a 6)

- 1 As **fontes** reconduzem-se, sempre com as necessárias adaptações em razão dos tipos anteriormente previstos e da extensão e diversidade da previsão quanto ao procedimento criminal, àquelas já enunciadas – quanto ao direito positivo

português – na anotação 1, no âmbito do art. 195.º Veja-se, como exemplo, o disposto no art. 110.º, parágrafo único do Decreto n.º 13 725, no que se refere à protecção do nome literário ou artístico e do título das obras. Trata-se de previsões legais ainda pouco sistematizadas (porque a protecção conferida seguia preferencialmente o regime civil e das apreensões cautelares ou não) e abrangentes quer do ponto de vista da arquitectura e delimitação dos tipos legais quer das normas relativas ao procedimento criminal.

As regras gerais previstas no Código Penal quanto ao procedimento criminal e ao exercício do direito de queixa são aplicáveis, por inteiro, neste domínio:

Titulares do direito de queixa – art. 113.º do CP

Renúncia e desistência da queixa – art. 116.º do CP

Extinção do direito de queixa – art. 115.º do CP

Extensão dos efeitos da queixa – art. 114.º do CP

Importa deixar alguns **conceitos e definições do CDADC** relevantes neste domínio, como sejam aqueles que enquadram (incluindo e excluindo) os titulares do direito de autor e os titulares dos direitos conexos e, por conseguinte, os titulares do direito de queixa quando a violação atinja cada uma destas figuras.

Genericamente o direito de autor, já o dissemos (anotações 2 e 3 ao art. 195.º), assenta num complexo de direitos, tutelados legalmente em termos de direito interno e internacional a favor do criador intelectual por forma a este poder utilizar e dispor livre e de forma exclusiva da obra, nisso se incluindo a faculdade de permitir que terceiros a usem.

Art. 27.º do CDADC: “... o autor é o criador intelectual da obra”. Presume-se autor aquele cujo nome tiver sido indicado como tal na obra, conforme o uso consagrado, ou anunciado em qualquer forma de utilização ou comunicação ao público – cfr. o art. 14.º n.º 3 do CDADC a propósito dos casos em que a menção do autor não ocorra. “... a referência ao autor abrange o sucessor e o transmissário dos respectivos direitos”.

Art. 10.º do CDADC: 1. “O direito de autor sobre a obra como coisa incorpórea é independente do direito de propriedade sobre as coisas materiais que sirvam de suporte à sua fixação ou comunicação” 2. “O fabricante e o adquirente dos suportes referidos no número anterior não gozam de quaisquer poderes compreendidos no direito de autor”.

Art. 11.º do CDADC: “O direito de autor pertence ao criador intelectual da obra, salvo disposição expressa em contrário.”

Art. 12.º do CDADC: “O direito de autor é reconhecido independentemente de registo, depósito ou qualquer outra formalidade” nos mesmos termos do art. 5.º, n.º 2 da Convenção de Berna.

Art. 13.º do CDADC: “Aquele que subsidie ou financie por qualquer forma, total ou parcialmente, a preparação, conclusão, publicação ou divulgação de uma obra não adquire por esse facto sobre esta, salvo convenção escrita em contrário, qualquer dos poderes incluídos no direito de autor.”

Art. 14.º do CDADC: “A titularidade do direito de autor relativo a obra feita por encomenda ou por conta de outrem, quer em cumprimento de dever funcional quer de contrato de trabalho determina-se de harmonia com o que tiver sido convenicionado”. “Na falta de convenção presume-se que a titularidade... cabe ao autor da obra intelectual”. O facto de o “nome do criador da obra não vir mencionado nesta ou não figurar em local destinado para o efeito ... constitui presunção que o direito de autor fica a pertencer à entidade por conta de quem a obra é feita”.

Art. 16.º do CDADC: “A obra que for criação de uma pluralidade de pessoas denomina-se obra “em colaboração, quando divulgada em nome dos colaboradores

ou de alguns deles, quer possam discriminar-se quer não os contributos individuais” ou ainda quando seja “obra de parte aleatória em que a contribuição criativa do ou dos intérpretes se ache originariamente prevista”. Noutro passo estaremos perante “obra colectiva quando organizada por iniciativa de entidade singular ou colectiva e divulgada ou publicada em seu nome”.

Art. 17.º do CDADC: “o direito de autor da obra feita em colaboração, na sua unidade, pertence a todos os que nela tiverem colaborado, aplicando-se ao exercício desse direito as regras da compropriedade”... “Se a obra feita em colaboração for divulgada ou publicada apenas em nome de algum ou alguns dos colaboradores, presume-se, na falta de designação explícita dos demais em qualquer parte da obra, que os não designados cederam os seus direitos àquele ou àqueles em nome de quem a divulgação ou publicação é feita”. “Não se consideram colaboradores e não participam, portanto, dos direitos de autor sobre a obra aqueles que tiveram simplesmente auxiliado o autor na produção e divulgação ou publicação desta...”

Art. 19.º do CDADC: “O direito de autor sobre obra colectiva é atribuído à entidade singular ou colectiva que tiver organizado e dirigido a sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada”. “Se... no conjunto da obra colectiva for possível discriminar a produção pessoal de algum ou alguns dos colaboradores, aplicar-se-á, relativamente aos direitos sobre essa produção pessoal, o preceituado quanto á obra feita em colaboração”. “Os jornais e outras publicações periódicas presumem-se obras colectivas, pertencendo às respectivas empresas o direito de autor sobre as mesmas.”

Art. 20.º do CDADC: “Chama-se obra compósita aquela em que se incorpora, no todo ou em parte, uma obra preexistente, com autorização, mas sem a colaboração, do autor desta”. “Ao autor da obra compósita pertencem exclusivamente os direitos relativos à mesma, sem prejuízo dos direitos do autor da obra preexistente”.

Art. 21.º do CDADC: Obra radiodifundida é aquela que “... foi criada segundo as condições especiais da utilização pela radiodifusão sonora ou visual, e, bem assim, as adaptações a esses meios de comunicação de obras originariamente criadas para outra forma de utilização”. “Consideram-se co-autores da obra radiodifundida, como obra feita em colaboração, os autores do texto, da música e da respectiva realização, bem como da adaptação se não se tratar de obra inicialmente produzida para a comunicação audiovisual”. O regime legal das obras cinematográficas é aqui aplicável com as necessárias adaptações.

Art. 22.º do CDADC: “Consideram-se co-autores da obra cinematográfica, o realizador, o autor do argumento, dos diálogos, se for pessoa diferente, e o da banda musical”. “Quando se trate de adaptação de obra não composta expressamente para o cinema, consideram-se também co-autores os autores da adaptação e dos diálogos.”

Art. 23.º do CDADC: “Aos criadores que não sejam considerados autores da obra cinematográfica é aplicável o regime legal relativo às obras compósitas” (art. 20.º).

Art. 24.º do CDADC: “Consideram-se autores de obra fonográfica e videográfica, os autores do texto ou da música gravada e ainda, no segundo caso, o realizador”.

Art. 25.º do CDADC: “Autor de obra de arquitectura, de urbanismo ou de *design* é o criador da sua concepção global e respectivo projecto.”

Por seu turno o art. 26.º do CDADC refere-se aos “colaboradores técnicos” – pessoas singulares ou colectivas – enquanto “colaboradores, agentes técnicos, desenhistas, construtores ou outro semelhante na produção e divulgação das obras” estipulando que não podem arrogar-se quaisquer direitos inclusos no direito de autor, sem prejuízo da titularidade de algum direito conexo que, eventualmente, lhe caibam face a “prestação” por si realizada, que mereça protecção face às suas características distintivas.

- Os crimes previstos nos arts. 195.º, 196.º, 199.º, todos do CDADC, têm **natureza pública**, porém se as obras ou, nos casos em que integrem o tipo, as prestações tiverem caído no “domínio público” os aludidos crime têm **natureza semipública** dependendo o procedimento criminal de queixa do “Ministério da Cultura”. 4
- Na mesma situação de crimes com **natureza pública** estão os previstos nos arts. 218.º, 219.º, 224.º do DADC, aditados pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, dado que o comando do art. 197.º manda aplicar o regime nele contido aos crimes do CDADC que, atentas as alterações e aditamentos referidos, integra também estes últimos tipos. 5
- No caso do crime do art. 198.º do CDADC, em que está em causa a violação exclusiva de direitos morais, tem **natureza semipública**, pelo que o procedimento criminal depende queixa do ofendido. 6

Artigo 201.º

(Apreensão e perda de coisas relacionadas com a prática do crime)

1. São sempre apreendidos os exemplares ou cópias das obras usurpadas ou contrafeitas, quaisquer que sejam a natureza da obra e a forma de violação, bem como os respectivos invólucros materiais, máquinas ou demais instrumentos ou documentos de que haja suspeita de terem sido utilizados ou de se destinarem à prática da infracção.

2. Nos casos de flagrante delito, têm competência para proceder à apreensão as autoridades policiais e administrativas, designadamente a Polícia Judiciária, a Polícia de Segurança Pública, a Polícia Marítima, a Guarda Nacional Republicana, a Autoridade de Segurança Alimentar e Económica e a Inspeção-Geral das Actividades Culturais.

3. A sentença que julgar do mérito da acção judicial declara perdidos a favor do Estado os bens que tiverem servido ou tiverem servido ou estivessem destinados directamente a servir para a prática de um ilícito, ou que por este tiverem sido produzidos, sendo as cópias ou exemplares destruídos, sem direito a qualquer indemnização.

4. Na aplicação destas medidas o tribunal, deve ter em consideração os legítimos interesses de terceiros, em particular dos consumidores.

5. O tribunal, ponderada a natureza e qualidade dos bens declarados perdidos a favor do Estado, pode atribuí-los a entidades, públicas ou privadas, sem fins lucrativos se o lesado der o seu consentimento expresse para o efeito.

6. O tribunal pode igualmente impor ao infractor, ou ao intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados pelo infractor, uma medida destinada a inibir a continuação da infracção verificada, designadamente a interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões, a privação do direito de participar em feiras ou mercados ou o encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento.

7. Nas decisões de condenação à cessação de uma actividade ilícita, o tribunal pode prever uma sanção pecuniária compulsória destinada a assegurar a respectiva execução.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

A apreensão como regra (anotações 2 e 3)

A apreensão em flagrante delito (anotação 4)

Os procedimentos legais (anotação 5)

A destruição (anotações 6 e 7)

O interesses de terceiros de boa-fé (anotação 8)

A atribuição a instituições (anotações 9 e 10)

As medidas inibitórias de condutas (anotações 11 a 13)

A sanção pecuniária compulsória (anotações 14 e 15)

- 1 As **fontes** reconduzem-se, posto que as medidas de apreensão com contornos e objectivos diversos já ali se detectavam, aos instrumentos legais enunciados na anotação 1 ao art. 195.º Esta redacção e configuração da norma foram dadas pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril.
- 2 Como **regra**, sem desvios, os exemplares ou cópias contrafeitas ou usurpadas são sempre **apreendidos**, bem como os instrumentos ou máquinas que serviram ou estavam destinados à prática da infracção e os suportes e invólucros materiais ou documentos de que haja suspeita – basta o indício – que sejam produto ou meio de prática do crime.
- 3 A presente norma mostra-se mais restrita e severa que a disciplina do Código Processo Penal – art. 178.º – dado que no domínio do direito de autor os objectos aqui em causa, uma vez erguida a suspeita com foros de seriedade, são sempre apreendidos.
- 4 Nos casos de **flagrante delito** as autoridades administrativas e os Órgãos de Polícia Criminal referidos no n.º 2 têm competência para proceder à apreensão. Com interesse para diversos normativos deste artigo veja-se o Acórdão, de 2/5/2001, RP: “I – O IGAE (Inspecção-Geral das Actividades Económicas), enquanto órgão de polícia criminal, tem competência para proceder à investigação e instauração de processos-crime, e não apenas para a investigação e instrução dos processos por contra-ordenações cuja competência lhe esteja legalmente atribuída. II – A inspecção levada a cabo por um inspector da IGAE num gabinete técnico de arquitectura, em conformidade com planeamento operacional previamente elaborado sobre “pirataria informática” – na sequência da qual foi levantado auto de notícia, por se mostrar indiciada a prática de um crime de reprodução não autorizada de programas de computador previsto e punido pelos artigos 14 n.º 1 do Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, e 9 n.º 1 da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, detido e constituído arguido o arquitecto responsável pelo gabinete, e, assim, dada origem a inquérito nos competentes serviços do Ministério Público – insere-se no âmbito das competências atribuídas à IGAE, como órgão de polícia criminal, e aos seus inspectores, como autoridade de polícia criminal – artigos 1 alíneas c) e d), 55, 56 e 243 do Código de Processo Penal e artigos 3 n.ºs 1 e 3, alíneas a) e b), 4 n.º 1 e 29 alíneas a) e b) do Decreto-Lei n.º 269-A/95, de 19 de Outubro. III – A busca efectuada no gabinete de arquitectura, aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponde pena de prisão, nas circunstâncias atrás referidas, cai na previsão do artigo 174 n.º 4, alínea c) do Código de Processo Penal, não necessitando de autorização prévia da competente autoridade judiciária. V – Na fase de inquérito, não deve ser restituído o material informático apreendido, nos termos do artigo 186 do Código de Processo Penal, quer por razões de conservação da prova, quer porque, nos termos do artigo 12 da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, é susceptível de vir a ser declarado perdido a favor do Estado, em caso de condenação.” www.dgsi.pt.
- 5 Em qualquer caso, os **procedimentos legais** prévios ou subsequentes – conforme as circunstâncias em que a apreensão ocorre – serão os gerais impostos pelas regras do Código de Processo Penal (arts. 178.º a 186.º), pelo que será possível a devolução dos objectos apreendidos sempre que verificados os pressupostos do art 186.º e desde que os objectos em si não sejam de origem ilícita ou só possam ter utilidade para a prática de crimes. Se for qualquer outro tipo de instrumento, máquina ou documento de uso vulgar na vida corrente que, incidentalmente, serviu para a prática de crime não vemos óbice a que se devolva desde que, com suficiente margem de segurança, esteja indiciado que aquele a quem se devolve não o utilize para práticas delituosas do mesmo tipo ou de tipo diferente. Na verdade

não vemos razões de qualquer índole que permitam ou até que seja desejável o afastamento das regras do Código de Processo Penal. Dito isto ficamos em oposição ao ponto V do Acórdão sumariado acima que, como vemos, foi tirado em 2001, e carece hoje – atentas as alterações introduzidas e já notificadas – de entendimento actualizado. Tal entendimento, a nosso ver, é o que aqui deixamos expresso.

Os objectos aqui em análise – demonstrando-se que serviram ou estavam destinados directamente a servir para a prática de um ilícito, ou que, por essa via, tenham sido produzidos – serão declarados perdidos a favor do Estado, na sentença, que ordenará a sua **destruição** sem que daí decorra qualquer direito a indemnização.

A apreensão e declaração de perda a Favor do Estado ou de destruição ocorrem mesmo se o crime for negligente e mesmo em casos de absolvição, cfr. Acórdão, de 16/6/99, RP “I – Absolvido o arguido do crime que lhe era imputado (arts. 195.º, 197.º e 176.º do CDADC), apurando-se que detinha em sua casa e em clubes de vídeo de que é proprietário cópias de videogramas não autorizadas e equipamentos afins, mas não se provou que tais cópias fossem destinadas à venda ou aluguer ou que alguma vez assim tenha agido – impõe-se a declaração de perdimento a favor do estado das referidas cópias de videogramas e equipamentos afins.” www.dgsi.pt.

A decisão que declarar os objectos perdidos e ordenar a sua destruição deve ponderar os **interesses legítimos de terceiros** de boa-fé, por exemplo, o consumidor final que ignorava a natureza e a proveniência do objecto.

Pode ainda o tribunal, tendo em consideração as características dos objectos, **atribuí-los a entidades, públicas ou privadas, sem fins lucrativos**. Este regime representa uma alteração radical em relação ao anterior – que ordenava a destruição sem mais – e aproxima-se do quadro geral do Código Penal (arts. 109.º a 112.º). Se é certo que se deverá, em primeira linha, ter em conta o que vem disposto nas normas do CDADC como refere o AC. STJ, de 6/6/90, “... III – A perda a favor do Estado dos exemplares ou cópias de obras usurpadas, bem como dos respectivos invólucros materiais, máquinas ou instrumentos que hajam sido utilizados ou se destinam a prática de infracção aos direitos de autor, nomeadamente os aparelhos de vídeo e de televisão, está regulada no artigo 201.º do CDADC, não sendo de aplicar os preceitos gerais...” do Código Penal, não será, a nosso ver, de excluir o recurso aos preceitos gerais, se tal se mostrar necessário, uma vez que, nada no sistema jurídico penal, impede a sua aplicação.

Todavia a lei exige, para que o tribunal atribua os objectos às entidades supra enunciadas, que o lesado dê o seu consentimento. Tal representa um desvio ao regime geral.

Nesta norma estão previstas **medidas inibitórias de determinadas condutas** com vista a evitar a continuação da actividade ilícita. Tais medidas são aplicáveis, posto que se trata de interdições impostas na sentença que conheça o mérito da causa, em sede de decisão condenatória.

Desde logo, em termos sistemáticos, não deixa de se nos afigurar algo estranho e desajustado que num artigo sob epígrafe “Apreensão e perda de coisas relacionadas com a prática do crime” surjam normas enquadráveis em “medidas de segurança não privativas da liberdade” em tudo similares ao que se prevê no Código Penal (arts. 100.º a 103.º)

Por outro lado, o regime legal em apreço não afasta a possibilidade de aplicação de medidas preventivas do mesmo tipo no âmbito da previsão geral do Código de Processo Penal – arts. 199.º e 200.º – no âmbito processual de aplicação das medidas de coacção.

Pode o tribunal, como garante do cumprimento da medida inibitória aplicada, impor “**sanção**” **pecuniária compulsória**. No fundo esta “sanção” coloca-se muito

perto daquilo que será uma “caução” enquanto figura destinada a garantir um comportamento e sujeita a ser quebrada se a conduta imposta for violada. O mesmo é dizer que estamos perante figura muito similar à caução do art. 197.º do CPP e distinta da caução económica do art. 227.º do mesmo diploma.

- 15 O regime legal da norma aqui em análise está directamente relacionado com a matéria penal da problemática do direito de autor e direitos conexos. Porém, nos arts. 210.º-I e 210.º-J, aditados pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril – o mesmo diploma que conferiu à norma em anotação a redacção hoje em vigor –, verifica-se uma quase integral repetição do regime aqui exposto quanto a destino dos bens, instrumentos do crime e medidas inibitórias e sanção pecuniária compulsória. Ora se o regime deste art. 201.º vale para a disciplina do direito criminal, e o regime dos artigos aditados iluminem o direito civil, nada impedirá, ao que pensamos e até por força do disposto no art. 211.º B, no que se refere ao direito subsidiário, que estes últimos possam trazer informação conceptual ao direito penal, como seja o conceito de escala comercial” – art. 210.º L.

Artigo 202.º

(Regime especial em caso de violação de direito moral)

1. Se apenas for reivindicada a paternidade da obra, pode o tribunal, a requerimento do autor, em vez de ordenar a destruição, mandar entregar àquele os exemplares apreendidos, desde que se mostre possível, mediante adição ou substituição das indicações referentes à sua autoria, assegurar ou garantir aquela paternidade.

2. Se o autor defender a integridade da obra, pode o tribunal, em vez de ordenar a destruição dos exemplares deformados, mutilados ou modificados por qualquer outro modo, mandá-los entregar ao autor, a requerimento deste, se for possível restituir esses exemplares à forma original.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

A actualidade da norma (anotações 2 a 4)

A entrega dos exemplares ao autor (anotação 5)

- 1 As **fontes**, sempre com o necessário enquadramento, porque se trata de um caminho evolutivo, reconduzem-se aos instrumentos legais já referidos na anotação 1 ao art. 195.º Por exemplo o art. 107.º do Decreto 13725 refere-se a apreensões mas ainda em moldes civilistas.
- 2 O presente **artigo tinha a sua plena utilidade** no contexto da redacção anterior à Lei 16/2008, de 4 de Abril, uma vez que, nesse quadro, a regra base do art. 201.º era a destruição dos objectos apreendidos, constituindo o art. 202.º uma excepção muito circunscrita.
- 3 Como já se viu, com a redacção da Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, a disciplina do art. 201.º, nesse aspecto, aproximou-se do regime geral podendo/devendo o tribunal ponderar as circunstâncias do caso e ordenar ou não a destruição.
- 4 Todavia a previsão deste artigo não terá perdido total actualidade uma vez que procura tratar de forma especial os casos de “violação de direitos morais” no que respeita às consequências sobre o destino das obras quando está em causa a sua “paternidade” ou a “integridade”.
- 5 Nestas situações que, realmente, parecem não caber nas previsões do art. 201.º, disciplinam-se os casos em que o autor reivindica a paternidade da obra ou defende a sua integridade. Nesses casos, e sempre por sua iniciativa processual,

os **exemplares poderão ser-lhe entregues** desde que atendidos os pressupostos constantes da norma.

Artigo 211.º-A

(Publicidade das decisões judiciais)

1. A pedido do lesado e a expensas do infractor, pode o tribunal ordenar a publicitação da decisão final.

2. A publicitação prevista no número anterior pode ser feita através da divulgação em qualquer meio de comunicação que se considere adequado.

3. A publicitação é feita por extracto, do qual constem elementos da sentença e da condenação, bem como a identificação dos agentes.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A sistemática (anotação 2)

A aplicação ao direito penal (anotação 3)

A publicidade das decisões tem tradição no direito português, designadamente no direito penal e direito penal secundário. No caso, **a fonte** deste artigo radica em aditamento ao CDADC produzido pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, procedendo à terceira alteração ao Código da Propriedade Industrial, à sétima alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro.

A sistemática deste artigo parece desajustada. Aparentemente estará inserido nas previsões relativas a matéria cível em geral. Mas se atentarmos um pouco mais demoradamente veremos que tal não é seguro, posto que lhe sucedem normas contra-ordenacionais, de providência cautelar e indemnização civil.

Não vemos motivo de qualquer ordem para excluir desta previsão as sentenças penais, uma vez que pode estar em causa o bom nome e o prestígio do autor que poderá ser restabelecido com recurso a este mecanismo de publicitação. Aliás, no domínio do direito penal, existem várias situações que admitem a **publicitação** das decisões (arts. 183.º e 189.º do Código Penal e art. 77.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro).

Artigo 212.º

(Concorrência desleal)

A protecção prevista no presente Código não prejudica a protecção assegurada nos termos da legislação sobre concorrência desleal.

Sumário da anotação:

Remissão (anotação 1)

O concurso (anotação 2)

O conceito legal de concorrência desleal mostra-se desenhado e previsto nos arts. 317.º e 318.º ambos do Código da Propriedade Industrial e ali consubstancia uma contra-ordenação punida nos termos do art. 331.º do mesmo Código.

Pode haver **concurso** real com os crimes dos arts. 195.º, 196.º, 198.º e 199.º do CDADC.

TÍTULO VI

Protecção das Medidas de Carácter Tecnológico e das Informações para a Gestão Electrónica dos Direitos

Artigo 217.º

Protecção das medidas tecnológicas

1. É assegurada protecção jurídica, nos termos previstos neste Código, aos titulares de direitos de autor e conexos, bem como ao titular do direito *sui generis* previsto no Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, com excepção dos programas de computador, contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por “medidas de carácter tecnológico” toda a técnica, dispositivo ou componente que, no decurso do seu funcionamento normal, se destinem a impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas, que não sejam autorizados pelo titular dos direitos de propriedade intelectual, não devendo considerar-se como tais:

- a) Um protocolo
- b) Um formato
- c) Um algoritmo
- d) Um método de criptografia, de codificação ou de transformação.

3. As medidas de carácter tecnológico são consideradas “eficazes” quando a utilização da obra, prestação ou produção protegidas seja controlada pelos titulares de direitos mediante a aplicação de um controlo de acesso ou de um processo de protecção como, entre outros, a codificação, cifragem ou outra transformação da obra, prestação ou produção protegidas, ou um mecanismo de controlo da cópia, que garanta a realização do objectivo de protecção.

4. A aplicação de medidas tecnológicas de controlo de acesso é definida de forma voluntária e opcional pelo detentor dos direitos de reprodução da obra, enquanto tal for expressamente autorizado pelo seu criador intelectual.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

As medidas de carácter tecnológico (anotação 3)

A produção (anotação 4)

A exclusão da qualidade de medida tecnológica (anotação 5)

O protocolo (anotação 6)

O algoritmo (anotação 7)

O formato (anotação 8)

A criptografia (anotação 9)

A codificação (anotação 10)

A transformação (anotação 11)

As medidas eficazes (anotação 12)

A cifragem (anotação 13)

A aplicação das medidas tecnológicas de controlo (anotações 14 a 16)

- 1 Preceito legal aditado ao CDADC pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual. Procede a alterações ao Código da Propriedade Industrial, ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e ao Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro. A **fonte** da norma radica, pois, nos instrumentos jurídicos mencionados.
- 2 A presente norma confere **tutela jurídica** aos titulares de direitos de autor e conexos bem como ao titular do direito *sui generis* das “bases de dados” previsto no

Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho “contra a neutralização de qualquer medida eficaz de carácter tecnológico”. O mesmo é dizer que sujeita à tutela do direito as medidas destinadas a proteger, restringir ou de qualquer forma condicionar o impedir o acesso do público em geral a obra ou prestação em que seja possível introduzir o mencionado mecanismo de “medida eficaz de carácter tecnológico”. Em rigor, o **bem jurídico** protegido será o universo dos referidos mecanismos e cada um deles em concreto.

As referidas “**medidas de carácter tecnológico**” serão todas aquelas que – como já se indicou – visem impedir ou restringir actos relativos a obras, prestações e produções protegidas” desde que tal acesso não seja autorizado pelos titulares dos direitos respectivos.

Já abordámos o conceito de obra e prestação protegida. Surge, no entanto, um novo conceito e correspondente terminologia que, a nosso ver, se referirá aos videogramas e fonogramas, a saber, a **produção**. Pode respigar-se do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 227/89, de 8 de Julho onde se refere a “... produção...” dos fonogramas. Por produção poderemos entender a manipulação no sentido de construção, composição, montagem, compilação do conteúdo vídeo ou áudio. E num sentido mais amplo podemos ali surpreender a “reprodução”. “É verdade que não se despacham ainda encomendas pela internet. Mas uma obra pode ser comunicada e depois reproduzida no terminal de destino – um fonograma, por exemplo. Não há motivo nenhum para não considerarmos isto incluído na figura da reprodução, muito embora não haja neste caso um exemplar físico que tenha sido multiplicado previamente pelo expedidor e enviado depois ao destinatário. A mesma situação é muito clara no âmbito dos direitos conexos. A expansão da internet ao domínio sonoro e audiovisual torna patentes estas possibilidades”, OLIVEIRA ASCENSÃO, Propriedade Intelectual e Internet, Direito da Sociedade da Informação, Volume VI, Coimbra, 2006, pp. 147 e 148.

Não se consideram medidas de carácter tecnológico para os efeitos desta disposição legal “um protocolo, um formato, um algoritmo e um método de criptografia, de codificação ou de transformação”. O mesmo é dizer que não merecem protecção legal. Tal disposição compreende-se em nome da investigação científica e da evolução tecnológica, uma vez que as entidades elencadas são elementos chave para o desenvolvimento de linguagens e técnicas não podendo ficar encerrados ao conhecimento público.

Um **protocolo**, na ciência da computação, é uma convenção que controla e possibilita uma conexão, comunicação ou transferência de dados entre dois sistemas computacionais (entre dois ou mais computadores). Dizendo de outro modo, um protocolo pode ser definido como o conjunto das regras que regem a sintaxe, semântica e sincronização da comunicação. Os protocolos podem ser concretizados pelo *hardware*, *software* ou por uma combinação dos dois.

Entre os protocolos mais importantes podemos destacar os mais utilizados pela Internet (HTTP, FTP), os protocolos de comunicação e transferências de arquivos via *modem* (XModem, YModem, ZModem e Kermit) e os utilizados para comunicação de computadores de uma rede (IPX e TCP/IP), entre outros. Se dois computadores que estão tentando trocar informações usarem protocolos diferentes eles não se comunicarão.”, ver “<http://rogersil.blogspot.com/2009/04/protocolo-informatica.html>”.

Algoritmo: Segundo Alberto Sampaio e Isabel Sampaio, Texto de Apoio, Instituto Superior de Engenharia Departamento de Engenharia Informática (DEI), visível em <http://www.dei.isep.ipp.pt/~ana/APRO/sebalgprog.pdf>, “os computadores apenas fazem aquilo que mandamos, pelo que não deve existir qualquer ambiguidade

nas instruções que damos ao computador. Assim, um algoritmo pode ser definido como uma sequência ordenada, e sem ambiguidade, de passos que levam à solução de um dado problema. Por exemplo, as indicações dadas para se chegar a uma dada rua constituem um algoritmo para se encontrar a rua.

Mas é importante que os algoritmos tenham as seguintes propriedades: passos simples e sem ambiguidade, devendo estar numa ordem cuidadosamente definida; devem também ser eficazes, i.e., devem resolver o problema num número finito de passos.

Exemplo 1: Elabore um algoritmo que permita a um *robot* efectuar a mudança do pneu usado de uma viatura.”

- 8 **Formato** é, em síntese, a forma usada por uma qualquer aplicação informática que lhe permite reconhecer os dados gerados por ela própria. Cada aplicativo tem um formato específico, padronizado ou não, para que possa tratar as informações contidas no arquivo gerado. Alguns tipos de arquivo mais comuns foram criados por grandes empresas como a Microsoft, Adobe, IBM, Oracle dentre outras, e tornaram-se padrão de mercado.

Indicam-se alguns exemplos:

Formato .HS – Programa do Haskell

Formato .XLS – Planilhas do Microsoft Excel

Formato .DBF – Bancos de dados Dbase

Formato .MDB – Bancos de dados Access

Formato .FB – Bancos de dados Firebird

Formato .DOC – Documento de texto do Microsoft Word

Formato .PDF – Documentos Acrobat Adobe

Formato .TXT – Arquivos Texto comum.

- 9 **Criptografia** será a técnica utilizada para escrever mensagens em forma cifrada ou em código. Trata-se instrumento estudado no quadro das comunicações secretas, usadas, designadamente, para autenticar a identidade de utilizadores; autenticar e proteger o sigilo de comunicações pessoais e de transacções comerciais e bancárias; e proteger a integridade de transferências electrónicas de fundos.

- 10 A **codificação**, em processamento digital de sinais, significa a modificação de características de um sinal para o tornar mais adequado para uma determinada aplicação, como por exemplo transmissão ou armazenamento de dados. Neste contexto, existem três tipos de codificação:

Codificação de canal: códigos detectores ou correctores de erros;

Codificação de fonte: Criptografia e compressão de dados; e

Códigos de linha: especificam a forma do sinal elétrico que será usado para representar os símbolos de informação. No caso binário, especifica o sinal elétrico dos *bits* 1 e 0.

- 11 **Transformação**: Do latim *transformatione* = *trans* (“movimento para além de”, “através de”; “posição para além de”; “posição ou movimento de través”) + *formatione* (“acto, efeito ou modo de formar”)] é acto ou efeito de transformar(-se), vale por dizer, dar nova forma, feição ou carácter a algo, abstracto ou concreto, pessoal ou não; tornar(-se) diferente do que era; mudar(-se), alterar(-se), modificar(-se), transfigurar(-se), metamorfosear(-se).

O termo transformação, numa acepção semiológica, pode ser entendido como uma função que, aplicada sobre um ente (abstracto ou concreto), resulta um novo ente, modificado (em sentido amplo) relativamente ao estado original. Nessa compreensão ampla, o novo estado pode eventualmente coincidir com o estado original.

No âmbito da informática poderemos falar nas seguintes linguagens de transformação:

Linguagem de transformação XML: processo de transformação dum documento XML em outro, com linguagens como XSLT, XQuery, STX, FXT, XDuce, HaXml, FlexML, etc.

Transformação baseada em vocabulário.

Transformação de dados: processo de conversão de dados de uma fonte para um destino, com ou sem a preservação de atributos de formato.

Transformação de modelo: processo de conversão de um modelo noutra e cujo processo pode ocorrer por várias formas. A transformação de modelo ocorre geralmente no uso de linguagens como GReAT, VIATRA, ATL, etc.

Transformação de programa: processo de conversão de códigos-fonte especiais em outras estruturas mais ou menos elaboradas ou avançadas.

Transformação de texto: a reflexão ou rotação literais de um texto para propósitos artísticos por meio do uso de caracteres Unicode.

Por seu turno as medidas de carácter tecnológico são consideradas **eficazes** quando permitam o controlo da obra, prestação ou produção protegidas por parte dos titulares dos respectivos direitos por recurso a processos de “controlo de acesso, ou de protecção como, entre outros, a codificação, cifragem ou outra transformação... ou mecanismo de controlo da cópia”.

A **cifragem** é uma “técnica criptográfica usada para garantir a confidencialidade de determinada informação. Ou seja, é uma escrita secreta utilizada por um grupo de agentes que pretende que uma informação partilhada por eles, não chegue ao conhecimento de quaisquer outros agentes (...) A utilização de cifras é um mecanismo bastante importante, a nível informático e não só, que gere a confidencialidade e autenticidade de informações sujeitas a condições adversas”, Ver Técnicas Criptográficas-Cifras, Ana Rita Santos Freitas, Angélica Sofia Freitas Campos, Sílvia Maria Fernandes Vilas Boas Dias, José Manuel E. Valença, Universidade do Minho, in <http://wiki.di.uminho.pt/twiki/pub/Education/Archive/InformaticaJuridicaT1B/SilviaDiasAnaFreitasAngelicaCampos5.doc>.

Cabe aos detentores dos direitos de reprodução da obra – com autorização expressa do criador intelectual – definir voluntária e segundo livre opção a **aplicação das mencionadas medidas tecnológicas de controlo**.

“Tudo se limita à protecção dos dispositivos. Não se prevêem sequer hipóteses em que seja lícito circunscrever estes dispositivos. É muito grave, porque assim o titular do sítio tem as mãos livres para considerar matéria protegida tudo o que entender: a possibilidade por parte do público de detecção, defesa e controlo dos desvios é praticamente nula. Deste modo, a coberto do direito de autor, acaba por se atribuir um exclusivo que pode versar, ao sabor do titular do sítio, sobre qualquer conteúdo da rede”, OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., Coimbra, 2006, p. 154. No que respeita aos conteúdos em rede (internet) parece-nos assistir razão ao Autor citado. Continuando com OLIVEIRA ASCENSÃO, op. cit., p.152, Coimbra, 2006, os dispositivos tecnológicos de protecção abrangem “todos os processos técnicos que vedam, condicionam o acesso ou restringem a utilização que se possa fazer do conteúdo dos sítios em rede. Todas as leis estabelecem restrições aos direitos autorais. Podem ser exaustivas, como nos sistemas europeus, ou valorativas, como no regime norte americano do *fair use*. Representam espaços de liberdade, que fogem ao exclusivo outorgado ao autor: sejam os limites em benefício do ensino ou da pesquisa, por exemplo. Mas os dispositivos tecnológicos que defendem os sítios na internet inutilizam as restrições legais. Diga a lei o que disser, a técnica desmente-a. As liberdades ressalvadas por lei não podem ser exercidas no ciberespaço. O Direito não deixou de intervir nesta matéria. Mas a primeira preocupação foi a de proteger os dispositivos tecnológicos.”

Artigo 218.º

Tutela penal

1. Quem, não estando autorizado, neutralizar qualquer medida eficaz de carácter tecnológico, sabendo isso ou tendo motivos razoáveis para o saber, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 100 dias.

2. A tentativa é punível com multa até 25 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotações 4 a 9)

A participação (anotação 10)

A tentativa (anotação 11)

A pena (anotação 12)

- 1 Remete-se para a anotação 1 ao art. 217.º uma vez que as **fontes** desta norma radicam nos mesmos instrumentos legais.
- 2 O **bem jurídico** tutelado haverá de ser encontrado, em segunda instância, no núcleo dos direitos de autor e direitos conexos, uma vez que se pretende salvaguardar e condicionar e, nesse sentido, limitar o acesso à obra ou à prestação protegidas ressalvando aqueles que para tanto estiverem autorizados. E, em grau imediato e instrumental, as enunciadas “medidas eficazes de carácter tecnológico”. Assim, sem prejuízo do que ficou dito nas anotações 14, 15 e 16 do art. 217.º, visa-se proteger os direitos dos “titulares do direito de autor e dos direitos conexos” – cfr. Arts. 217.º, n.ºs 2 e 3.
- 3 O **tipo objectivo** reconduz-se a conduta que, por qualquer forma, neutralize uma – qualquer que seja – medida eficaz de carácter tecnológico.
- 4 O **tipo subjectivo** reconduz-se à conduta levada a efeito por quem actue de forma livre e voluntária sabendo que, com o seu comportamento, torna inoperacional (neutraliza) qualquer das designadas “medidas eficazes de carácter tecnológico”. A lei exige que o agente tenha consciência e conhecimento de que está em presença de uma “medida eficaz de carácter tecnológico”, como vem definida na norma legal, ou que tenha motivos razoáveis para ser detentor dessa consciência e conhecimento.
- 5 Estamos, pois, perante conduta dolosa em todas as suas modalidades e, em nossa opinião – ao contrário do que sucede nos crimes punidos pelo art. 197.º – a conduta negligente não é punida.
- 6 Na verdade o tipo de ilícito negligente assenta na violação de um dever de cuidado que em rigor consiste na “violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objectivo de ilícito” FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Tomo I, 2.ª edição, p. 870, Coimbra 2007. Ainda segundo o Autor citado e de acordo com a doutrina do “duplo escalão” que se adopta, “a determinação do dever de cuidado parece dever decorrer do cuidado objectivamente devido – ou, como também se diz, do cuidado necessário no tráfico – e, por isso, com apelo às capacidades da sua observância pelo homem médio. Op. cit., p. 871.
- 7 Prescreve o art. 15.º do Código Penal que “age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz, a) representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas actuar sem se conformar com essa realização, ou, b) não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto”.

- Ora estar o agente no domínio de “motivos razoáveis” para saber que se encontra perante uma “medida eficaz de carácter tecnológico” significa ser detentor de motivos consistentes para dever saber que assim era e, não obstante, levar por diante a sua conduta. Tal afasta qualquer rasto de negligência e, a nosso ver, o comportamento descrito na lei assume natureza dolosa como vem enunciado no art. 14.º do Código Penal. 8
- Aliás, veja-se o normativo do art. 224.º, n.º 1 de onde resulta claro, usando a mesma terminologia e acrescentando o advérbio de modo “intencionalmente”, que o crime tem natureza dolosa. Tal servirá como referência de interpretação uma vez que os pressupostos subjectivos da conduta são coincidentes. Remete-se, pois, para a anotação 4 ao art. 224.º 9
- A **complicação** rege-se pelas regras gerais. 10
- A **tentativa** é punível o que, face à moldura penal aplicável, representa uma excepção ao regime geral do Código Penal consubstanciada no seu art. 23.º do n.º 1. 11
- A **pena** aplicável vai até 1 ano de prisão ou multa até 100 dias. 12

Artigo 219.º

Actos preparatórios

Quem, não estando autorizado, proceder ao fabrico, importação, distribuição, venda, aluguer, publicidade para venda ou aluguer, ou tiver a posse para fins comerciais de dispositivos, produtos ou componentes ou ainda realize as prestações de serviço que:

- a) Sejam promovidos, publicitados ou comercializados para neutralizar a protecção de uma medida eficaz de carácter tecnológico; ou
- b) Só tenham limitada finalidade comercial ou utilização para além da neutralização da protecção da medida eficaz de carácter tecnológico, ou
- c) Sejam essencialmente concebidos, produzidos, adaptados ou executados com o objectivo de permitir ou facilitar a neutralização da protecção de medidas de carácter tecnológico eficazes; é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 20 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Os actos preparatórios (anotações 2 e 3)

A complicação (anotação 4)

A pena (anotação 5)

- No que concerne às **fontes** remete-se para a anotação 1 ao art. 217.º 1
- A regra geral emitida pelo art. 21.º do Código Penal é a de que os **actos preparatórios** não são puníveis, salvo disposição em contrário. 2
- Ora, no caso, estamos perante uma das previsões em contrário da regra geral uma vez que se impõe punição dos actos preparatórios que vêm previstos na norma do artigo em análise e cujo elenco é, a nosso ver, taxativo. Na realidade, nada na letra ou no espírito da lei confere ao intérprete a faculdade de juntar outros actos ou outros tipos de actos preparatórios à enumeração legal. A determinação da fronteira entre aquilo que será de considerar actos preparatórios ou não, atenta a especialidade técnica da matéria em presença, deverá requerer, em grande número de casos, prova técnica especializada. 3
- Também neste caso a **complicação** não apresenta especialidades em relação às regras gerais. 4
- As **penas** são de prisão até 6 meses ou de multa até 20 dias. 5

Artigo 220.º

Extensão aos acordos

As medidas eficazes de carácter tecnológico resultantes de acordos, de decisões de autoridades ou da aplicação voluntária pelos titulares de direitos de autor e conexos destinadas a permitir as utilizações livres aos beneficiários, nos termos previstos neste código, gozam da protecção jurídica estabelecida nos artigos anteriores.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A disciplina da norma (anotações 2 a 4)

Remissão (anotação 5)

- 1 Remete-se para a anotação 1 ao art. 217.º uma vez que as **fontes**, sempre com as necessárias adaptações, entroncam nos mesmos instrumentos legais.
- 2 Esta norma disciplina, agora numa perspectiva positiva, a neutralização de “**medidas de carácter tecnológico eficazes**” destinadas a permitir o livre acesso à obra ou à prestação por parte dos beneficiários da respectiva autorização, as quais resultarão de acordos, de decisões de autoridades ou de acção voluntária dos titulares dos respectivos direitos.
- 3 Ou seja, se no art. 218.º se punem as condutas que neutralizem “medidas eficazes de carácter tecnológico” que visam restringir o acesso, aqui defendem-se aquelas que têm por objectivo torná-lo livre aos beneficiários.
- 4 Naturalmente que uma “medida eficaz de carácter tecnológico” que restringe acesso – não sendo uma restrição universal – sempre abrirá o acesso a quem tenha, para tanto, a necessária autorização. E, nesse sentido, uma “medida eficaz de carácter tecnológico” cujo escopo seja libertar o acesso a quem, para tanto obtenha a necessária autorização (é disso que se trata), sempre restringirá o dito acesso a quem não obtenha a respectiva autorização. Serve para dizer que, excluindo a permissão de acesso ou a restrição universais e absolutas esta norma perde utilidade em relação à disciplina dos arts. 217.º e 218.º, uma vez que estamos perante uma mesma realidade do ponto de vista dos efeitos. É claro que a estrutura do mecanismo de protecção poderá ser diferente e, nesse quadro, evitar-se-ão dúvidas e equívocos se a discussão se centrar, não sobre os efeitos, mas sobre a natureza técnica específica de cada medida.
- 5 Diz-nos este artigo que estas medidas olhadas, como dissemos, de uma perspectiva positiva são tuteladas nos termos dos arts. 217.º, 218.º e 219.º Assim **remete-se** para as respectivas considerações produzidas no lugar próprio.

Artigo 222.º

Informação para a gestão electrónica de direitos

1. É assegurada protecção jurídica, nos termos previstos neste Código, aos titulares de direitos de autor e conexos, bem como ao titular do direito *sui generis* previsto no Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, com a excepção dos programas de computador, contra a violação dos dispositivos de informação para a gestão electrónica dos direitos.

2. Para os efeitos do disposto no número anterior, por “informação para a gestão electrónica dos direitos” entende-se toda a informação prestada pelos titulares dos direitos que identifique a obra, a prestação e a produção protegidas, a informação sobre as condições de utilização destes, bem como quaisquer números ou códigos que representem essa informação.

3. A protecção jurídica incide sobre toda a informação para a gestão electrónica dos direitos presente no original ou nas cópias das obras, prestações e produções protegidas ou ainda no contexto de qualquer comunicação ao público.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A gestão electrónica de direitos (anotações 2, 3, 4, 5 e 6)

O objecto da protecção jurídica (anotações 3 e 7)

O processo evolutivo, uma **fonte** progressiva, da norma em presença reconduz-se ao já referido na anotação 1 do art. 217.º **1**

As “**informações para a gestão electrónica de direitos**” serão aquelas que, fornecidas pelos titulares de direitos, que identificam e distinguem a obra, a prestação ou a produção legalmente protegidas, bem como os elementos informativos relativos às condições de utilização de direitos e quaisquer números ou códigos que representem essa informação. **2**

O que se protege, nesta norma, são esses dispositivos de gestão do exercício de direitos que, como se percebe da letra e do espírito da norma, se apresentam como mecanismos de restrição à utilização da obra, da prestação ou da produção protegidas. **3**

O conceito de “gestão electrónica de direitos” apenas difere da gestão normal realizada no mundo físico atendendo ao meio em que as comunicações e utilizações se processam. De resto o que está em causa será a exploração da obra, prestação ou produção por parte do titular dos direitos respectivos. **4**

Esta gestão pode ser individual – exercida directamente pelo titular do direito – ou colectiva nos casos, cada vez mais frequentes, dada a complexidade dos meios onde as obras circulam, em que esses titulares se associam em entidades com funções de gestão dos direitos em apreço. **5**

A protecção das informações em análise incide também sobre aquelas que se mostrem contidas nas cópias das obras, prestações e produções protegidas, o mesmo é dizer devidamente autorizadas, bem como num contexto de qualquer comunicação ao público (casos de espectáculos difundidos). **6**

A **protecção jurídica assegurada** tem como objecto, como se disse em 3, os dispositivos electrónicos de gestão de direitos relativos a obras, prestações e produções protegidas e, extensivamente, ao designado direito *sui generis* previsto no Decreto Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, a saber, as bases de dados. A lei exclui expressamente a protecção, nos termos e no quadro do CDADC, aos dispositivos de gestão dos programas de computadores. **7**

Artigo 224.º

Tutela Penal

1. Quem, não estando autorizado, intencionalmente, sabendo ou tendo motivos razoáveis para o saber, pratique um dos seguintes actos:

a) Suprima ou altere qualquer informação para a gestão electrónica de direitos,
b) Distribua, importe para distribuição, emita por radiodifusão, comunique ou ponha à disposição do público obras, prestações ou produções protegidas, das quais tenha sido suprimida ou alterada, sem autorização, a informação para a gestão electrónica dos direitos, sabendo que em qualquer das situações indicadas está a provocar, permitir, facilitar ou dissimular a violação de direitos de propriedade intelectual; é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 100 dias.

2. A tentativa é punível com multa até 25 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A comparticipação (anotação 6)

A pena (anotação 7)

- 1 No que concerne às **fontes** remete-se para anotação 1 ao art. 217.º
- 2 Relativamente ao **bem jurídico** tutelado o mesmo não diverge do que está em causa na previsão do art. 218.º, posto que, apontando-se para a gestão de direitos tal supõe, substantivamente, como pano de fundo, a protecção do direito de autor e conexo. No caso, poderemos dizer que se protegem os mecanismos que delimitam o acesso à obra, prestação ou produção, mas sempre com um escopo inultrapassável: a tutela do direito de autor e conexo em toda a sua complexidade de direitos.
- 3 O **tipo objectivo** consiste no acto de, sempre sem autorização, suprimir, fazendo desaparecer ou tornar inactiva, qualquer informação para a gestão electrónica de direitos ou ainda na conduta que se concretize em distribuir, emitir por radiodifusão, comunicar ou por qualquer forma pôr à disposição do público obras, prestações ou produções protegidas das quais tenha sido suprimida ou alterada a informação electrónica para a gestão de direitos.
- 4 O **tipo subjectivo** é caracterizado por uma conduta intencional – dolosa – do agente que actua sabendo da tipologia da conduta objectiva ou que tem motivos razoáveis para o saber, seja por informação recolhida ou formação específica, e não deixa de se conformar com o resultado do comportamento. Estamos, pois, perante um crime doloso e, assim sendo, ao invés do que sucede no quadro dos crimes punidos pela norma do art. 197.º o tipo negligente não é punido.
- 5 A **tentativa** é punível no que, a presente norma, se constitui excepção à regra do art. 23.º, n.º 1 do Código Penal atendendo à moldura penal.
- 6 No que respeita à **comparticipação** não se detectam especificidades em relação às regras gerais.
- 7 As **penas** previstas apresentam limites mais baixos que a regra dos crimes do CDADC podendo, de acordo com as regras gerais de aplicação das penas, ser aplicada prisão ou multa.

Artigo 225.º

Apreensão e perda de coisas

1. Relativamente aos crimes previstos nos artigos anteriores, podem ser aplicadas as seguintes penas acessórias:

a) A perda dos instrumentos usados na prática dos crimes, incluindo o lucro ilícito obtido;

b) A inutilização e, caso necessário, a destruição dos instrumentos, dispositivos, produtos e serviços cujo único uso sirva para facilitar a supressão ou neutralização, não autorizadas, das medidas eficazes de carácter tecnológico, ou que permita a supressão ou modificação, não autorizadas, da informação para a gestão electrónica de direitos.

2. O destino dos bens apreendidos é fixado na sentença final.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

As penas acessórias (anotações 2 e 3)

O destino dos objectos (anotação 4)

- Quanto a matéria de **fontes** desta norma cumpre remeter para a anotação 1 ao art. 217.º 1
- A designação de **penas acessórias** não parece, a nosso ver, harmonizar-se com as categorias do Código Penal. Na verdade o comando desta norma prende-se, inequivocamente, com aquilo a que o Código Penal classifica como “perda de instrumentos, produtos e vantagens” – cfr. art. 109.º a 112.º do CP – na parte que respeita a instrumentos usados ou que apenas, ou quase totalmente, servem para a prática do crime. 2
- Não obstante, em termos substantivos, o regime em causa no CDADC segue de perto, embora com outra nomenclatura, o regime do Código Penal quanto à perda de instrumentos, produtos e vantagens. 3
- Quanto ao **destino dos objectos**, refira-se, tão-só, que o n.º 2 não pode significar que, após a apreensão dos objectos, os mesmos se manterão apreendidos e inamovíveis até que a decisão final fixe o seu destino. Ao invés, nada impede, que seja aplicado o regime do art. 186.º do Código de Processo Penal. 4

JOSÉ ANTÓNIO BRANCO

Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, sobre a emissão de cheque sem provisão, alterado pelos Decretos-Lei n.º 316/97 e n.º 323/2001 e pela Lei n.º 48/2005 (Artigos 11.º e 12.º)

Artigo 11.º

Crime de emissão de cheque sem provisão

1. Quem, causando prejuízo patrimonial ao tomador do cheque ou a terceiro:

a) Emitir e entregar a outrem cheque para pagamento de quantia superior a € 150 que não seja integralmente pago por falta de provisão ou por irregularidade do saque;

b) Antes ou após a entrega a outrem de cheque sacado pelo próprio ou por terceiro, nos termos e para os fins da alínea anterior, levantar os fundos necessários ao seu pagamento, proibir à instituição sacada o pagamento desse cheque, encerrar a conta sacada ou, por qualquer modo, alterar as condições da sua movimentação, assim impedindo o pagamento do cheque; ou

c) Endossar cheque que recebeu, conhecendo as causas do não pagamento integral referidas nas alíneas anteriores;

se o cheque for apresentado a pagamento nos termos e prazos estabelecidos pela Lei Uniforme Relativa ao Cheque, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa ou, se o cheque for de valor elevado com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se valor elevado o montante constante de cheque não pago que exceda o valor previsto no artigo 202.º, alínea a), do Código Penal.

3. O disposto no n.º 1 não é aplicável quando o cheque seja emitido com data posterior à da sua entrega ao tomador.

4. Os mandantes, ainda que pessoas colectivas, sociedades ou meras associações de facto, são civil e solidariamente responsáveis pelo pagamento de multas e de indemnizações em que forem condenados os seus representantes pela prática do crime previsto no n.º 1, tanto que estes tenham agido nessa qualidade e no interesse dos representados.

5. A responsabilidade criminal extingue-se pela regularização da situação, nos termos e prazo previstos no artigo 1.º-A.

6. Se o montante do cheque for pago, com reparação do dano causado, já depois de decorrido o prazo referido no n.º 5, mas até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena pode ser especialmente atenuada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A participação (anotação 5)

O concurso (anotação 6)

A pena (anotação 7)

- 1 A tutela penal do cheque surge com o Decreto n.º 13004, de 12.1.1927, que no seu artigo 23.º estabelecia a previsão, e no seu artigo 24.º a condição objectiva de punibilidade e a punição, do crime novo de emissão de cheque sem provisão, nos termos que seguem:

“Artigo 23.º: É considerada criminosa a emissão de um cheque que, apresentado a pagamento no competente prazo do artigo 12.º do presente decreto, não for integralmente pago por falta de provisão.

Artigo 24.º: Ao sacador de um cheque cujo não pagamento, por falta de provisão, tiver sido verificado nos termos e no prazo prescritos nos arts. 21.º e 22.º do presente decreto, será aplicada, a pedido do portador do cheque, a pena de seis meses a dois anos de prisão correcional”.

O Decreto-Lei n.º 182/74, de 2.5, veio aumentar a moldura penal prevista para o crime (“Artigo 2.º: O crime de emissão de cheque sem cobertura previsto no Decreto n.º 13004, de 12 de Janeiro do 1927, passa a ser punido com a pena de dois a oito anos de prisão maior”) e obrigar a aceitação do cheque (“Artigo 1.º: Até determinação em contrário, a não aceitação de cheques apresentados como meio de pagamento é punida com uma multa equivalente ao décuplo do respectivo valor, com um mínimo de 10.000\$00”).

O Decreto-Lei n.º 530/75, de 25.9, criou a medida (administrativa) de inibição ao uso de cheque, até dois anos, da competência do Banco de Portugal, “meio eficaz” aplicável a “pessoas tidas por indesejáveis utilizadoras do cheque”, na expressão do preâmbulo.

A Lei n.º 25/81, de 21.08, passa a prever a isenção de pena para os casos em que o sacador pague o valor do cheque, juros de mora e indemnização e a medida judicial de inibição do uso de cheque de seis meses a dois anos, para reincidentes; diminui a moldura penal correspondente a cheques de valor até 50.000\$00, que passa a ser de prisão e multa, mantendo-se a pena de dois a oito anos de prisão nos casos restantes.

O Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.09, que aprova o Código Penal, procede no seu artigo 5.º à alteração do artigo 24.º do Decreto n.º 13004, traçando um quadro punitivo e de circunstâncias agravantes idêntico ao previsto no Código Penal para os crimes de burla dos então artigos 313.º e 314.º

“Artigo 24.º, n.º 1: O sacador do cheque... será punido com prisão até três anos.

2 – A pena será de um a dez anos se:

- a) O agente se entregar habitualmente à emissão de cheques sem provisão;
- b) A pessoa directamente prejudicada ficar em difícil situação económica;
- c) O quantitativo sacado for consideravelmente elevado.”

O Decreto-Lei n.º 14/84, de 11.1, passa a prever a extinção da responsabilidade criminal decorrente do pagamento do montante do cheque acrescido dos juros compensatórios e moratórios antes de instaurado o procedimento criminal, e adota uma nova disciplina da medida administrativa de restrição ao uso do cheque (artigo 10.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1) “na sequência do Decreto-Lei n.º 530/75” (preâmbulo).

O Ac. do TC n.º 430/91 veio, porém, a declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade – por violação de reserva de competência da Assembleia da República, resultante da conjugação das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 168.º da CRP, em matéria de direito sancionatório público – da norma do artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 14/84, de 11.01, bem como a inconstitucionalidade – essa meramente consequencial – do artigo 13.º, n.º 1 do mesmo diploma.

O Decreto-Lei n.º 454/91, de 28/12, autorizado por lei “impregnada de uma intenção descriminalizadora” (na expressão do TC, Ac. n.º 371/91), veio proceder à “distinção entre pequenos e grandes cheques”, destituindo de relevância penal os cheques de valor não superior a 5.000\$00; a este valor mínimo de protecção do cheque passou a corresponder a imposição ao banco sacado do dever de pagar cheques até àquele montante; incluiu-se no tipo o elemento novo causação de prejuízo patrimonial; consignou-se o alargamento do modo típico, com a previsão de novas condutas penalmente ilícitas e determinou-se a aplicação das penas do crime de burla ao sacador de cheque sem provisão, “atenta a proximidade material dos comportamentos”, a que passaram a acrescer sanções acessórias; tipificou-se

como crime de desobediência qualificada a emissão de cheques enquanto durar a interdição.

“Artigo 11.º, n.º 1 – Será condenado nas penas previstas para o crime de burla, observando-se o regime geral de punição deste crime, quem, causando prejuízo patrimonial:

a) Emitir e entregar a outrem cheque de valor superior ao indicado no artigo 8.º que não for integralmente pago por falta de provisão, verificada nos termos e prazos da Lei Uniforme Relativa ao Cheque;

b) Levantar, após a entrega do cheque, os fundos necessários ao seu pagamento integral;

c) Proibir à instituição sacada o pagamento de cheque emitido e entregue.

2 – Nas mesmas penas incorre quem endossar cheque que recebeu, conhecendo a falta de provisão e causando com isso a outra pessoa um prejuízo patrimonial (...)

Artigo 12.º, n.º 1 – A quem for condenado por crime de emissão de cheque sem provisão pode o tribunal aplicar as seguintes sanções acessórias:

a) Interdição temporária do uso de cheque;

b) Publicidade da decisão condenatória.

(...)

7 – Incorre na pena do crime de desobediência quem não respeitar a injunção a que se refere o número anterior e na do crime de desobediência qualificada quem emitir cheques enquanto durar a interdição fixada na sentença.

(...)”

O Decreto-Lei n.º 316/97, 19.11, altera o Decreto-Lei n.º 454/91, procedendo simultaneamente à restrição e à ampliação do âmbito da incriminação: restringe, ao actualizar o valor do artigo 8.º para 12.500\$00, deixando ainda fora da tutela penal “os denominados cheques de garantia, os pós-datados e todos os que se não destinem ao pagamento imediato de uma obrigação subjacente” (preâmbulo); amplia, ao abranger na incriminação os casos dolosos de irregularidade de saque e de criação de impedimentos ao pagamento do cheque, ou seja, “factos de análoga relevância aos já então previstos nas als. b) e c) do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28.12” (preâmbulo). O Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17/12, procede à conversão em euros dos valores expressos em escudos no Decreto-Lei n.º 454/91. O Decreto-Lei n.º 48/2005, de 29.08, actualiza o valor do cheque penalmente tutelado para quantia superior a € 150. Sobre esta temática ver GRUMECINDO BAIRRADAS, “A Protecção Penal do Cheque”, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 33 a 59; TOLDA PINTO, Cheques em Provisão, Coimbra Editora, 1998, pp. 103 a 107; TAIPA DE CARVALHO, “Crime de Emissão de Cheque sem Provisão”, Coimbra Editora, 1998, pp. 11 a 41.

- 2 O Decreto-Lei n.º 316/97, de 19.11, toma clara opção no preâmbulo, identificando o bem jurídico tutelado pelo crime de emissão de cheque sem provisão com o interesse patrimonial do tomador: “a tutela penal do cheque, ainda que com o âmbito limitado agora estabelecido, visa sobretudo a protecção do respectivo tomador”. Justifica, no entanto, as alterações de 1997 ao regime de 1991, com a prossecução dos objectivos (“frustrados”) da reforma de 1991, ou seja, “conseguir o aumento desejável da confiança neste meio de pagamento”. A assumida tutela da confiança social do cheque como meio de pagamento, resulta ainda da exclusão da tutela penal dos denominados cheques-garantia, ou seja, os cheques utilizados como meio de garantia de pagamento futuro, assim se reforçando a credibilidade do cheque como meio de pagamento imediato. O legislador justifica a tutela penal do cheque com uma dupla razão: o interesse patrimonial do tomador e a garantia

da credibilidade social do cheque como meio de pagamento. Esta dupla protecção não tem sido vista de igual modo nem pela doutrina nem pela jurisprudência, atribuindo, uns e outros, maior ou menor relevância aos dois bens jurídicos em causa. Assim, TAIPA DE CARVALHO, op. cit., 1998, p. 12, afirma que “a *ratio* desta figura criminal foi sempre dupla: tutela da credibilidade social do cheque como meio de pagamento e protecção dos interesses patrimoniais do tomador do cheque; ou seja: os bens jurídicos tutelados pela criminalização da emissão de cheque sem cobertura foram e continuam a ser o bem jurídico supra-individual “confiança social no cheque como meio de pagamento” e o bem jurídico individual “património do tomador do cheque””. GERMANO MARQUES DA SILVA, “Regime Jurídico-penal dos Cheques sem Provisão”, Principia, 1997, p. 21, refere que “no regime emergente do Decreto-Lei n.º 454/91 não havia dúvida de que o crime de emissão de cheque sem provisão tutelava o património do portador e, como consequência disso, o prejuízo patrimonial integrava o tipo de crime como seu elemento essencial (evento)” e, em “Proibição de Pagamento do Cheque”, in “Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura, 2003, II, p. 92, acrescenta “O Decreto-lei n.º 316/97 introduziu no regime jurídico do cheque uma importantíssima inovação (...) A causa da tutela penal do cheque não é mais simplesmente a confiança no título, o interesse na circulação deste meio de pagamento, é o embuste, o engano de que é vítima o credor que é enganado pelo devedor, que em lugar de pagar finge que paga. Nem é sequer o não pagamento que é tutelado, é o artifício escusado utilizado pelo devedor para enganar o credor”. Já FIGUEIREDO DIAS, “Crime de Emissão de Cheque sem Provisão”, in CJ, XVII, 3, 68, defende que mesmo durante a vigência do Decreto n.º 13004 “o bem jurídico protegido com a incriminação da emissão de cheque sem provisão residia no património da vítima” e que a admissibilidade de perdão como causa do arquivamento “inviabilizam, *in limine*, a recondução do objecto de tutela à entidade abstracta e supra-individual da confiança ou credibilidade do cheque em si mesmo considerada”. GRUMECINDO BAIRRADAS, op. cit., p. 69 considera que o Decreto-Lei n.º 316/97 veio favorecer o entendimento de que o bem jurídico protegido é o património do beneficiário, uma vez que estes diplomas (de 1991 e de 1997) “tornaram a efectiva verificação de prejuízo patrimonial um dos elementos do crime”. Também no sentido de que o valor primordialmente tutelado é o património do tomador do cheque, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Sobre a desistência de queixa no crime de emissão de cheque sem provisão”, in Direito e Justiça, VIII, 2, 323, Universidade Católica Portuguesa e TOLDA PINTO, op. cit, p. 108. Refere este último autor que “com a publicação do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28/12, o bem jurídico penalmente tutelado com a incriminação passou a ser primordialmente o interesse patrimonial do portador e, reflexamente, a confiança no poder circulatório e liberatório do cheque, que os mais modernos penalistas qualificam como o interesse social na autenticidade ou na veracidade do cheque. Ora, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 316/97, de 19 de Novembro, essas duas bivalências mantêm-se. Contudo, o legislador pretendeu reforçar a confiança no cheque como valor a proteger com a adopção destas novas medidas”.

A posição da jurisprudência não tem sido nem uniforme, nem totalmente coincidente com a da doutrina. No Assento do STJ n.º 6/93 começou por se considerar que “o bem jurídico protegido pelo tipo legal de crime de emissão de cheque sem provisão é a confiança na circulação do cheque, dada a sua função económico-jurídica como meio de pagamento”. No Assento do STJ n.º 13/97 refere-se já que o bem jurídico protegido “é o património do beneficiário do cheque e ainda a confiança que deve rodear a circulação do cheque”. No Assento do STJ n.º 4/99 reconhece-se

“carecer de apoio, quer no normativo legal quer na jurisprudência, o argumento de ser o interesse juridicamente tutelado e protegido pelo crime de emissão de cheque sem provisão o património do beneficiário do cheque”. Já no AFJ do STJ n.º 1/2007, começa-se por dizer que o legislador toma posição explícita no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 316/97, de 19.11, ao afirmar que a tutela penal do cheque visa sobretudo a protecção do respectivo tomador, reconhece-se que “não correspondeu este entendimento ao deste Tribunal, mas, de qualquer modo, sempre aqui se ligou a ideia de prejuízo neste crime ao não pagamento da quantia a que o cheque se reportava”. O AFJ do STJ n.º 9/2008 conclui que, embora anteriormente ao Decreto-Lei n.º 454/91, de 28.12, a doutrina e a jurisprudência dominantes vissem no crime de emissão de cheque sem provisão um crime de perigo abstracto protegendo o bem jurídico da confiança e da credibilidade do cheque como meio de pagamento, com o Decreto-Lei n.º 316/97, de 19.11, não só se consolidou com se aprofundou a natureza patrimonial do crime, tutelado penalmente enquanto meio de uma obrigação actual subjacente, sendo o bem jurídico protegido fundamentalmente o património do ofendido.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional no seu acórdão n.º 663/98 destaca as duas espécies de bens jurídicos que têm sido protegidos pela incriminação: “os patrimónios do tomador e dos giratários e a fé pública na validade do cheque como título de crédito abstracto em circulação”, rematando, “os vários regimes jurídicos que se sucederam diferiram na importância relativa de uma e de outra espécie de bem jurídico. O actual regime do Decreto-Lei n.º 316/97 dá clara prevalência à primeira espécie de bens jurídicos”. Neste acórdão, o TC pronunciou-se pela não inconstitucionalidade das normas dos artigos 11.º, 11.º-A, 12.º, 13.º, 13.º-A e 1.º-A do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28.12, na redacção do Decreto-Lei n.º 316/97, de 19.11 repudiando a construção de que o regime vigente seria inconstitucional por ofensa da proibição da prisão por dívidas, posição defendida no Ac. do STJ n.º 819, de 20.1.1998. Neste acórdão do STJ considerara-se o Decreto-Lei n.º 316/97 insusceptível de aplicação pelos tribunais, por enfermar de inconstitucionalidade material, concluindo-se pela descriminalização do tipo legal emissão de cheque sem provisão, uma vez que “a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não determina a repristinação automática da norma por ela revogada, especialmente quando aquela vem, declaradamente, proceder à substituição de um regime por outro, considerado mais perfeito e mais adequado à realidade jurídica e social do país”. Em sede de apreciação preventiva da constitucionalidade, o Ac. do TC n.º 398/91 pronunciara-se já pela não inconstitucionalidade das normas dos artigos 8.º, n.º 1, 9.º, n.º 1, als. a), b) c) e d), e n.º 2, 11.º, n.º 1, als. a) e b) e n.º 3 do Decreto-Lei n.º 454/91.

- 3 O crime de emissão de cheque sem provisão é um **crime de dano**, quanto ao bem jurídico, dano que consiste na causação de um prejuízo patrimonial (neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., 1997, pp. 22 e 52; no sentido de que já o era mesmo no âmbito do direito anterior ao Decreto-Lei n.º 454/91, FIGUEIREDO DIAS, op. cit., p.66). Encontrando-se hoje ultrapassada e sem interesse prático a questão de saber a partir de que momento o elemento “prejuízo patrimonial” passou a integrar o tipo, recorde-se apenas o Assento do STJ n.º 1/1981, em que ainda se considerava o crime de emissão de cheque sem cobertura como um crime de perigo abstracto, para cuja consumação bastava a consciência da ilicitude da conduta e da falta da provisão para a ordem de pagamento dada, sendo por isso desnecessária a ocorrência de prejuízo patrimonial para preenchimento integral do tipo. Ver ainda Ac. do TC n.º 663/98 em cuja fundamentação se conclui que o crime de emissão de cheque sem provisão deve ser entendido com crime de dano doloso

contra o património, sem prejuízo do relevo que tem no seu regime a protecção da confiança na circulação do cheque. (Ver ainda anotação 2.) É um crime material ou de resultado, quanto ao objecto da acção, uma vez que a consumação exige a verificação da recusa de pagamento pela instituição bancária.

O crime de emissão de cheque sem provisão tem sempre **natureza semi-pública**, independentemente do valor do cheque, assumindo-a pacificamente desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 316/97, de 19/12, que procedeu ao aditamento do artigo 11.º-A ao Decreto-Lei n.º 454/91 de 28.12. “Artigo 11.º-A, n.º 1 – O procedimento criminal pelo crime previsto no artigo anterior depende de queixa”. O titular do direito de queixa é o legítimo portador do cheque. Anteriormente ao Decreto-Lei n.º 316/97, de 19.12, a jurisprudência dividira-se quanto à questão da natureza pública ou semi-pública do crime do artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28.12, tendo sido então fixada jurisprudência pelo Assento do STJ n.º 4/99 no seguinte sentido: “No domínio do CÓDIGO PENAL de 1982, o crime de emissão de cheque sem provisão, previsto e punido pelo artigo 11.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, tinha natureza pública, sendo ineficaz a desistência de queixa pelo ofendido, sem prejuízo do disposto nos arts. 313.º, n.º 2 e 303.º, do mesmo Código”. Sobre a questão de saber a que entidade compete a apresentação e desistência de queixa-crime na hipótese de crime de emissão de cheque sem provisão para pagamento de dívidas de impostos ver Parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 132/2001, in DR 8.3.2003 – II.ª série. “Artigo 11.º-A, n.º 4 – Compete ao Procurador-Geral da República, ouvido o departamento respectivo, autorizar a desistência da queixa nos casos em que o Estado seja ofendido”.

Na sistematização do Ac. do TC n.º 663/98, são elementos do **tipo objectivo** do crime de emissão de cheque sem provisão, na forma referida na al.ª a) do n.º 1 do artigo 11.º: “1. existência de uma obrigação de pagamento, por parte do agente, subjacente à emissão, que é um pressuposto exigido pelo n.º 2 do artigo 11.º-A; 2. emissão de cheque sem provisão, com data não posterior à entrega ao tomador, para pagamento de quantia superior a 12.500\$00 (hoje, € 150); 3. erro como não conhecimento do tomador pela falta de provisão: deduz-se *a contrario* do n.º 3 do artigo 11.º, que exclui a verificação do tipo de crime quando o cheque seja emitido com data posterior à da sua entrega pelo tomador, isto é, quando este tem conhecimento da falta de provisão; 4. entrega do cheque pelo agente e sua aceitação pelo tomador em pagamento da obrigação subjacente: a aceitação está implícita no carácter receptício da entrega e a referência à obrigação subjacente resulta do n.º 2 do artigo 11.º-A; 5. não pagamento integral do cheque apresentado a pagamento por falta de provisão ou irregularidade de saque; 6. prejuízo patrimonial do tomador ou de terceiro; 7. apresentação do cheque a pagamento nos termos e prazos estabelecidos na Lei Uniforme Relativa ao Cheque: trata-se de uma condição objectiva de punibilidade, não obstante a apresentação a pagamento já estar abrangida pelo dolo do agente, porque sem a sua verificação objectiva naqueles termos e prazos que são irrelevantes para a culpa, não há punição nem do crime continuado nem da tentativa; 8. a regularização da situação, mediante consignação em depósito ou pagamento directamente ao portador, nos termos e prazos previstos no artigo 1.º-A é causa de extinção da responsabilidade criminal (n.º 5 do artigo 11.º), pelo que a não regularização pode considerar-se uma condição negativa de punibilidade” (v. ainda 9., na anotação 4.).

Elementos que compõem o tipo objectivo comuns a todas as modalidades de actuação e presentes nas formas de acção da al.ª a):

A **emissão do cheque**, consistente no preenchimento e assinatura do cheque por aquele que o passa e assina – o sacador (artigo 1.º, n.º 6 da LURC). O preenchimento

pelo sacador não tem de ser integral, satisfazendo também as exigências legais o preenchimento pelo portador, desde que o faça seguindo as instruções do sacador (artigo 13.º da LURC).

No Assento do STJ n.º 1/93, considerou-se que só é válido o cheque entregue em branco desde que seja completado nos termos dos acordos realizados, nada permitindo fazer presumir, na lei, que a simples entrega do cheque em branco contém em si a anuência para o seu preenchimento, uniformizando a jurisprudência no sentido de que “para efeitos penais... a entrega pelo sacador de cheque incompleto quanto à data não faz presumir que foi dada autorização de preenchimento ao tomador, nos termos em que este o fez”. A data tem de constar do cheque no momento da apresentação a pagamento, sob pena de não poder valer como cheque, o que não impede que possa ser emitido em branco quanto à data. Nesta hipótese, a data a apor pelo portador terá de ser coincidente com a da efectiva entrega pelo sacador. Daí poder entender-se que o Assento mantém actualidade relativamente a acordo de preenchimento com a data da efectiva emissão e entrega do cheque, tendo apenas caducado na parte referente a acordo de pós-datação, face à despenalização destas situações. Neste sentido, GRUMECINDO BAIRRADAS, op. cit., p. 98, e TOLDA PINTO, op. cit., p. 102. No sentido de que o cheque entregue com data em branco para ser preenchido posteriormente à entrega não beneficia de tutela penal, parece-nos ser a posição de GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., 1997, p. 50. “No regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 316/97, para além do que se fez consignar no seu artigo 11.º, encareceu-se a imprescindibilidade da indicação não só dos factos constitutivos da obrigação subjacente à emissão do cheque e dos respectivos elementos de prova, como a data de entrega do cheque ao tomador. Tal data – afinal a que consubstancia a entrega efectiva ou material do título – constitui mais um elemento a levar em conta para perfectibilizar a configuração do ilícito, conjuntamente com os da emissão e do vencimento e os da falta de provisão ou irregularidade do saque ou os do levantamento prematuro dos fundos necessários ao pagamento, da proibição à entidade sacada do pagamento do cheque emitido, do encerramento da conta sacada ou de alteração dos condicionalismos da sua movimentação, visando obstar ao pagamento do cheque”. (Ac. do STJ de 17.6.1999, in www.dgsi.pt).

A **entrega do cheque**, consistente num acto voluntário de entrega do cheque ao beneficiário, momento a partir do qual este entra em circulação e se pode considerar *emitido*. “Não existe emissão se o título, embora voluntariamente preenchido, vem a ser entregue ao beneficiário sem a intervenção da vontade do subscritor” (GRUMECINDO BAIRRADAS, op. cit., p. 72). Mas exige-se ainda que o cheque seja “confiado a outrem com poderes para receber o valor da prestação que o cheque se destina a pagar” (GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., 1997, p. 45).

O **pagamento de quantia superior a 150€**, não sendo penalmente relevante o cheque de valor nominal inferior ou igual àquele montante. O cheque de valor até 150€, se emitido com falta ou insuficiência de provisão, será sempre pago pela instituição de crédito sacada (artigo 8.º). O valor do cheque não coincide obrigatoriamente com o valor do prejuízo causado. Em caso de divergência é apenas àquele, e não a este, que se atende para o efeito da tutela Penal. Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, 1997, op. cit., p. 46. Contra, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 321: “poder-se-á pôr a questão da punibilidade de um agente que emite na mesma ocasião vários cheques de 5.000\$00 (hoje, 150€). Tudo dependerá da data aposta em cada um dos cheques. Se a data for a mesma, haverá conduta punível. Se as datas forem distintas, então não haverá crime. É que o crime só se consuma com a ocorrência de um prejuízo patrimonial penalmente relevante.

Ou seja, se dois ou mais desses cheques de 5.000\$00 emitidos na mesma ocasião tiverem aposta uma mesma data, ocorre nessa data a consumação de um prejuízo penalmente relevante. Ao invés, se tiverem datas distintas, em cada uma dessas datas não se verifica a consumação de um resultado penalmente relevante.” Ver ainda anotações 3.3.5 e 6.1.

A datação do cheque com data não posterior à entrega ao tomador. O n.º 3 do artigo 11.º consagra a intenção expressa no preâmbulo de “excluir da tutela penal os denominados cheques de garantia, os pós-datados e todos os que se não destinem ao pagamento imediato de uma obrigação subjacente”. Estes cheques passam a beneficiar de tutela meramente cambiária, uma vez que não constituem meio de pagamento em sentido próprio. Dentro da tutela penal ficam apenas os cheques emitidos com data anterior ou correspondente à data da entrega do cheque, acentuando-se assim a função do cheque como meio de pagamento imediato. Próxima desta questão, da relação entre datação e entrega do cheque, tem-se colocado uma outra, consistente em saber se a preexistência da dívida em relação à emissão e entrega do cheque retira a este a tutela penal. GERMANO MARQUES DA SILVA considera inaceitável o entendimento de que o não-pagamento do cheque destinado a pagar dívidas contraídas anteriormente à sua emissão não causa prejuízo patrimonial ao seu portador, na medida em que a dívida civil se manteria no património do portador do cheque (op. cit, 1997, p. 54).

Para TOLDA PINTO, op. cit., p. 179, “importará em cada caso apurar se estamos perante um pagamento imediato ou um pagamento diferido. Entendendo-se o primeiro como o pagamento directo, próximo, contíguo, instantâneo, que não sofre dilação. Estaremos perante um pagamento diferido quando o mesmo for retardado, demorado, dilatado, protelado, procrastinado. Assim, não devem ser objecto de tutela penal os cheques que se destinem a efectuar um pagamento retardado, protelado de uma relação subjacente anterior. O legislador entende merecer tutela penal o cheque “meio de pagamento” em sentido estrito. E nessa medida, o seu âmbito restringir-se-á às situações em que o cheque seja emitido para pagamento imediato de uma relação subjacente à sua emissão, em que, de certa forma, estará igualmente subjacente determinada contraprestação por parte do beneficiário do cheque. Não vamos ao ponto de defender a exigência de um grau de simultaneidade absoluta entre a emissão e a entrega da contraprestação (subjacente à emissão. Mas terá de existir uma proximidade tal que afaste a possibilidade de estarmos perante um cheque que se destine a garantir a contraprestação – o cheque garantia não merece a tutela penal” .

TAIPA DE CARVALHO, op. cit, p. 21, adverte que “a criminalização da conduta de emissão e entrega de um cheque sem provisão (ou tipicamente equivalente) para pagamento de uma dívida anterior não tem por objecto de tutela penal o pagamento de dívidas, mas sim a credibilidade social do cheque enquanto meio de pagamento imediato, e a confiança do credor na autenticidade do meio de pagamento “cheque” (que não a confiança pessoal entre o credor e o devedor) utilizado pelo devedor. Ora, o legislador pode, legitimamente, considerar que estes interesses da credibilidade social do cheque como meio de pagamento imediato, e da confiança do tomador do cheque são merecedores de tutela penal”.

A jurisprudência dividiu-se quanto à tutela penal destes cheques, entendendo uns que, nos casos em que o cheque visasse o pagamento de obrigação preexistente à data da sua emissão, inexistiria prejuízo patrimonial penalmente relevante, já que a dívida civil se manteria no património do tomador, apenas se verificando o trair da confiança na emissão do cheque como meio de pagamento, e, outros, que o não

pagamento da quantia titulada pelo cheque que visa pagar uma dívida anterior corresponderia à causação de prejuízo patrimonial e seria penalmente relevante. A questão da tutela penal do cheque emitido para pagamento de obrigação preexistente à data da respectiva emissão veio a ser apreciada no AFJ do STJ n.º 1/2007, a propósito de caso de emissão e entrega de cheque sem provisão para pagamento de dívidas fiscais ao Estado (v. anotação 3.3.5).

“A preexistência da dívida em relação à emissão do cheque não retira a este a tutela penal, pois não estamos face a um cheque pós-datado ou de mera garantia. No rigor dos termos, todas as dívidas são preexistentes aos respectivos pagamentos, pois só se paga o que se deve. Em lado algum se impõe que o cheque só tenha tutela penal quando o pagamento por cheque seja efectuado como contrapartida da imediata entrega das mercadorias ou da prestação de serviços. O que se exige é que o cheque se destine ao pagamento imediato de quantia e não que sejam contemporâneas a sua emissão e a celebração do negócio jurídico subjacente, fonte da obrigação” (Ac. do TRC de 24.9.2008, *in* www.dgsi.pt).

“Havendo uma conta-corrente entre um hotel, prestador de serviços, e a entidade que dos mesmos beneficiava e o acordo de, só atingido determinado montante, ser emitida a respectiva factura para pagamento, não deixa de ser praticado o crime de emissão de cheque sem provisão se forem devolvidos sem provisão os cheques emitidos aquando da apresentação da factura” (Ac. do TRL de 18.5.2006, *in* www.dgsi.pt).

“O que importa é que o portador do cheque, na data em que este lhe foi entregue tenha direito a receber o montante inscrito” (Ac. do TRL de 14.7.2004, *in* www.dgsi.pt).

“Pagamento de contribuição à segurança social: Vendo o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social frustrado o seu direito de receber na data de apresentação a pagamento a quantia a que tinha direito, sofreu um prejuízo patrimonial e consequentemente não tendo o cheque obtido pagamento depois de regularmente apresentado está-se perante um crime de emissão de cheque sem provisão” (Ac. do TRL de 3.3.2005, *in* www.dgsi.pt).

“Se numa acção executiva, exequente e executado acordam em reduzir o montante da quantia exequenda e na forma faseada de pagamento desta, o cheque emitido pelo executado, para pagamento imediato duma dessas prestações, que seja devolvido por falta de provisão, não haverá prejuízo patrimonial por não ter havido, expressa pelas partes, a vontade de novação” (Ac. do TRC de 21.6.2006, *in* www.dgsi.pt). Em sentido contrário, Ac. do TRL de 20.4.2006, *in* www.dgsi.pt: “Como causa de extinção das obrigações em geral, além do cumprimento, surge (...) a novação, que consiste em o devedor contrair perante o credor uma nova obrigação que substitua a antiga; essa vontade de contrair nova obrigação que substitua a antiga deve ser expressamente manifestada (artigo 859.º do Código Civil). Aplicando estas regras à emissão de um cheque para pagamento de uma dívida preexistente dir-se-á que, ao emitir o cheque, o devedor expressou uma vontade de contrair nova obrigação em substituição da antiga, e que a consequência dessa nova declaração de vontade – manifestada por escrito através do título que é o cheque – foi a de extinguir a obrigação antiga pela novação (de dívida) – artigo 861.º, n.º 1 do Código Civil. Esta extinção pela novação tem como consequência a de acarretar a extinção das garantias que asseguravam o cumprimento da dívida anterior. O prejuízo patrimonial surgiu não com o não pagamento anterior, mas sim com o não pagamento do cheque emitido – e que é simultaneamente uma declaração negocial expressa da vontade de substituir a dívida antiga por uma nova”. Quanto ao cheque entregue com data em branco, ver anotação 3.

O **prejuízo patrimonial**, que será o prejuízo derivado do não pagamento da obrigação, válida e exigível, subjacente à emissão do cheque. A introdução deste elemento no tipo visou excluir da tutela penal os cheques de garantia, os pós-datados e todos os que se não destinem ao pagamento imediato de uma obrigação subjacente. No AFJ do STJ n.º 1/2007, o STJ chama a atenção para a necessidade de distinção entre o prejuízo derivado do não pagamento da obrigação cartular que o cheque consubstancia e o prejuízo derivado do não pagamento da obrigação subjacente à emissão do cheque, acrescentando: “se se entendesse que estava em causa apenas o não pagamento da obrigação cartular, ficaria por compreender a necessidade de referência ao prejuízo patrimonial no corpo do artigo, já que a alínea a) daquele n.º 1 alude a cheque que não seja integralmente pago, a alínea b) ao impedimento do pagamento do cheque e a alínea c) ao endosso do cheque não pago. Seria redundante a exigência se o prejuízo patrimonial coincidissem com o que é referido em tais alíneas.(...) O n.º 2 do artigo 11.º-A, que estatui que a queixa deve conter a indicação dos factos constitutivos da obrigação subjacente, não pode deixar de ser interpretado como exigência de que o cheque relevante para efeitos do crime é aquele que foi emitido tendo subjacente uma obrigação (...). O prejuízo patrimonial há-de situar-se na não satisfação da obrigação subjacente”. E fixa jurisprudência no sentido de “integrar o conceito de prejuízo patrimonial a que se reporta o n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28.12, o não recebimento, para si ou para terceiro, pelo portador do cheque, aquando da sua apresentação a pagamento, do montante devido, correspondente à obrigação subjacente relativamente à qual o cheque constituía meio de pagamento”.

É hoje praticamente aceite com uniformidade, na doutrina e na jurisprudência, uma concepção jurídico-económica de património. “Na concepção económico-jurídica de património, de cariz predominantemente penalística, o património é o conjunto de utilidades económicas detidas pelo sujeito, cuja fruição a ordem jurídica não desaprova” (GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., 1997, p. 53). “O património é constituído pela globalidade das situações e posições com valor e utilidade económica, detidas por uma pessoa e protegidas pela ordem jurídica ou, pelo menos, cuja fruição não é desaprovada por essa mesma ordem jurídica (...) A noção jurídico-económica de património arranca de um estrito critério económico e introduz, de seguida, um elemento limitador de natureza axiológico-jurídica, traduzido na conformidade da situação de facto com o direito, globalmente considerado” (TOLDA PINTO, op. cit, p. 149). “A valoração da factualidade para se concluir da existência de prejuízo patrimonial, como elemento essencial constitutivo do crime de emissão de cheque sem provisão, deve basear-se numa concepção jurídico-económica; se face ao ordenamento jurídico, a relação jurídica subjacente à emissão do cheque for ilícita, não poderá ser geradora de obrigações próprias ou alheias e, portanto, tal título não merece tutela penal, se não for pago por falta de provisão ou por o sacador ter proibido à instituição sacada o respectivo pagamento” Ac. do TRL de 16.1.1996, in CJ, XXI, 1, 148. “Na linha da corrente jurisprudencial dominante, entende-se que o elemento constitutivo “prejuízo patrimonial” desempenha apenas uma função limitadora que permite recusar tutela penal àqueles casos em que o prejuízo económico que o não pagamento de um cheque sempre envolve não merece o reconhecimento do ordenamento jurídico, sendo certo que um direito de crédito exigível, que tem uma fonte lícita, não pode deixar de integrar o património do credor e, como tal, a não realização desse direito do credor consubstancia um prejuízo patrimonial cuja dimensão corresponde ao valor do crédito não satisfeito. A circunstância de o crédito estar já anteriormente constituído quando o título de crédito foi entregue, não permite

arredar a verificação daquele elemento constitutivo do tipo, pois que, ao utilizar um cheque como meio de pagamento de uma obrigação vigente, o seu subscritor engana o credor, efectuando um pretenso pagamento, daí resultando o citado prejuízo patrimonial” (Ac. do TRL de 31.10.2006, *in* www.dgsi.pt). Sobre a questão do cheque destinado a pagar dívidas contraídas anteriormente à sua emissão ver anotação 3.3.4.

A **falta de provisão** traduz-se na inexistência de fundos suficientes no momento em que o cheque deva ser apresentado a pagamento ao banco sacado. A provisão é a existência de fundos à disposição do sacador no banco sacado, de acordo com um contrato de depósito celebrado entre estes, dando ao sacador o direito de dispor desses fundos mediante cheque. Se a falta de provisão for conhecida do tomador, a situação não beneficia de tutela Penal. Neste sentido, GRUMECINDO BAIRRADAS, *op. cit.*, pp. 84-85, “a punição destas situações só poderia basear-se (e mesmo aí a situação era discutível), no carácter indisponível dos interesses protegidos. Foi com esse fundamento que o Assento n.º 1/1981 consagrou a irrelevância desse conhecimento (“o consentimento do ofendido no acto lesivo do seu interesse – emissão e entrega de um cheque sem provisão com o seu conhecimento de que a não tinha – não versa sobre direitos de que seja titular exclusivo”). A partir do momento em que o crime foi definido em termos de proteger essencialmente o interesse do tomador, deixou de existir qualquer razão para não considerar relevante o consentimento do ofendido (artigo 38.º do Código Penal)”. O conhecimento da falta de provisão por parte do tomador afastará o dolo do sacador, uma vez que inexistente o engano típico do cheque e a correspondente intenção de defraudar. (ver anotação 4).

A **irregularidade de saque** engloba as situações em que o saque ou ordem de pagamento não obriga a instituição de crédito, tais como quando ocorra discrepância entre a assinatura do cheque e a da respectiva ficha de assinaturas, quando o cheque não contém todas as assinaturas necessárias no caso para obrigar o sacado, ou quando a assinatura não é válida para aquela conta. Pode ocorrer que o cheque seja emitido por pessoa que não é o titular da conta, ou por pessoa que não tem poderes ou autorização para movimentar a conta através de cheque. Fora dos casos de comparticipação criminosa (ver anotação 5), estas situações não preenchem o tipo de crime emissão de cheque sem provisão, existindo eventualmente crime de falsificação e/ou crime de burla, na ocorrência dos respectivos elementos típicos.

Elementos que compõem o tipo objectivo específicos da al.ª b):

O **levantamento dos fundos necessários ao pagamento** é um comportamento posterior à entrada em circulação do cheque e pode ser praticado pelo sacador ou por terceiro. Este terceiro, à semelhança do sacador, tem de ser titular da conta ou encontrar-se munido de poderes especiais ou de autorização para a movimentar. Na al.ª b), do n.º 1, além dos elementos da al.ª a) exige-se “um acto especificamente causador do não pagamento do cheque, na pressuposição de que, sem esse acto, a conta estaria provisionada e o cheque emitido seria pago. Se, independentemente de qualquer das condutas descritas na al.ª b) o cheque não tivesse sido pago porque a conta não estava provisionada para o pagamento, não sendo portanto este o acto causador do prejuízo pelo não pagamento, o facto não será incriminado por esta conduta, mas pela prevista na al.ª a) (...). A al.ª b) pressupõe a prévia emissão e a entrega a outrem de cheque sobre a conta”. GERMANO MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, 1997, p. 65. Diferente parece ser a posição de TOLDA PINTO, *op. cit.*, p. 160: “se o emitente do cheque, numa mesma unidade de resolução, levantou fundos suficientes e disponíveis como forma de obstar ao pagamento de cheque que vai emitir e entregar a outrem ou que já foi por si emitido e entregue em momento

anterior, encontra-se preenchida a previsão da al.^a b) do n.º 1 deste artigo 11.º. “O levantamento pode ser directo, ou ter lugar através da emissão de outro cheque” (GRUMECINDO BAIRRADAS, op. cit. p. 94).

A **proibição de pagamento** é um comportamento posterior à entrada em circulação do cheque e pode ser praticado pelo sacador ou por terceiro. Este terceiro, à semelhança do sacador, tem de ser titular da conta ou encontrar-se munido de poderes especiais ou de autorização para a movimentar. Traduz-se numa ordem formulada pelo sacador, ou por esse terceiro, à instituição de crédito sacada para que não pague o cheque. Só a proibição injustificada de pagamento do cheque preenche a conduta típica prevista na al.^a b) do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 454/91. “No caso do sacador emitir e entregar um cheque para pagamento de mercadorias e, após recepção das mercadorias, vier a constatar que as mesmas não satisfazem os requisitos estabelecidos no acordo, dirigindo-se à instituição de crédito sacada e aí formulando uma proibição de pagamento do cheque, mediante declaração escrita, temos para nós que estamos perante uma causa injustificada de proibição” TOLDA PINTO, op. cit. p. 164. O AFJ do STJ n.º 9/2008 fixou a seguinte jurisprudência: “verificados que sejam todos os restantes elementos constitutivos do tipo objectivo e subjectivo do ilícito, integra o crime de emissão de cheque sem provisão previsto na al.^a b) do n.º 1 do artigo 11.º do decreto-lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, na redacção introduzida pelo decreto-lei n.º 316/97, de 19 de Novembro, a conduta do sacador de um cheque que, após a emissão deste, falsamente comunica ao banco sacado que o cheque se extraviou, assim o determinando a recusar o seu pagamento com esse fundamento”. “A falsa comunicação de desaparecimento do cheque não foi mais do que um expediente habilitado para evitar que o cheque viesse a ser devolvido por falta de fundos; é relativamente frequente a comunicação de extravio de cheques ou a invocação de falta ou vícios da vontade como fundamentos (falsos) para a revogação de cheques; a al.^a b) do n.º 1 do artigo 11.º prevê, como conduta típica, o acto de proibir à instituição sacada o pagamento de cheque em circulação” (Ac. do TRC de 24.9.2008, in www.dgsi.pt). Sobre a questão do poder de revogação do cheque, que consubstancia uma proibição de pagamento, e sua relação com o alcance do artigo 32.º da LURC e a vigência ou não do artigo 14.º, 2.ª parte do Decreto n.º 13004, ver anotação 6.3.

O **encerramento da conta sacada** é um comportamento posterior à entrada em circulação do cheque e pode ser praticado pelo sacador ou por terceiro. Este terceiro, à semelhança do sacador, tem de ser titular da conta ou encontrar-se munido de poderes especiais ou de autorização para a movimentar. É hoje modalidade de acção expressamente prevista. Na vigência da redacção anterior ao Decreto-Lei n.º 316/97, de 19.11, o Assento do STJ n.º 13/1997 fixara já jurisprudência no sentido de “a declaração ‘devolvido por conta cancelada’ aposta no verso do cheque pela entidade bancária sacada, equivale, para efeitos penais, à verificação da recusa de pagamento por falta de provisão, pelo que deve haver-se por preenchida esta condição objectiva de punibilidade do crime de emissão de cheque sem provisão, previsto e punível pelo artigo 11.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro”. O pedido de encerramento de conta pode ser da iniciativa do sacador ou de terceiro, contitular da conta ou com poderes para a movimentar. Como bem refere TOLDA PINTO, op. cit. p. 168, desconhecendo o terceiro a emissão e entrega do cheque pelo sacador, o terceiro não comete o crime de emissão de cheque sem provisão; desconhecendo o sacador aquela ordem no momento em que emite e entrega o cheque, o sacador não comete o crime de emissão de cheque sem provisão. Ressalvam-se os casos de actuação conjunta, que poderão configurar uma co-autoria. A causa do não pagamento tem de ser conhecida do

sacador, sob pena de ausência de preenchimento do elemento subjectivo do crime. Assim pode suceder nos casos de encerramento da conta pela instituição de crédito. Também no caso de não pagamento do cheque por congelamento da conta, não haverá responsabilidade penal do sacador quando este desconhece essa situação (GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., 1997, p.74).

A **alteração das condições de movimentação** é um comportamento posterior à entrada em circulação do cheque e pode ser praticado pelo sacador ou por terceiro. Este terceiro, à semelhança do sacador, tem de ser titular da conta ou encontrar-se munido de poderes especiais ou de autorização para a movimentar. Consiste num pedido da iniciativa do sacador ou desse terceiro, junto da instituição de crédito, para que esta altere as condições de movimentação da conta. Prevê-se a alteração por qualquer modo, pretendendo-se abranger todas as situações.

Elementos que compõem o tipo objectivo, específicos da al.^a c):

O **endosso de cheque**: o endossante pode também ser autor do crime, nos termos da al.^a c) do n.º 1, se endossar cheque conhecendo as causas do seu não pagamento integral, previstas nas als. a) e b) do mesmo n.º 1. Ao proceder desta forma, o endossante garante o pagamento, apesar de conhecer que o cheque não será pago. Trata-se de responsabilidade penal autónoma e distinta da do sacador, podendo co-existir com a responsabilidade daquele. Sobre a responsabilidade do portador do cheque (não endossante) que o transmite a outrem, ver anotação 5.

Condições objectivas de punibilidade: apresentação a pagamento e verificação da falta de provisão, ou das restantes situações previstas nas als. a) e b), nos termos e prazos estabelecidos no artigo 29.º da LURC. A punibilidade do crime pressupõe a apresentação a pagamento (e o seu não pagamento integral) nos termos e prazos estabelecidos no artigo 29.º da Lei Uniforme Relativa ao Cheque: “O cheque pagável no país onde foi passado deve ser apresentado a pagamento no prazo de oito dias. O cheque passado num país diferente daquele em que é pagável deve ser apresentado respectivamente num prazo de vinte dias ou de setenta dias, conforme o lugar do pagamento se encontre na mesma ou em diferentes partes do mundo. Para este efeito os cheques passados num país europeu e pagáveis num país à beira do Mediterrâneo ou vice-versa são considerados como passados e pagáveis na mesma parte do mundo. Os prazos acima indicados começam a contar-se do dia indicado no cheque como data da emissão”. A data da apresentação do cheque a pagamento é a data de apresentação à instituição de crédito sacada ou a uma câmara de compensação e não a data de depósito numa instituição bancária. A verificação da falta de provisão deve ser feita da forma prescrita no artigo 40.º da LURC. “Se o cheque for apresentado no último dia do prazo o protesto ou a declaração equivalente pode ser feito no primeiro dia útil seguinte” (artigo 41.º da LURC).

Condição negativa de punibilidade: a não regularização da situação mediante a consignação em depósito ou pagamento directamente ao portador, nos termos e prazos previstos no artigo 1.º-A, uma vez que esse pagamento é causa de extinção da responsabilidade criminal, nos termos do n.º 5 do artigo 11.º

“Artigo 1.º-A, n.º 1: Verificada a falta de pagamento do cheque apresentado para esse efeito, nos termos e prazos a que se refere a LURC, a instituição de crédito notifica o sacador para, no prazo de trinta dias consecutivos, proceder à regularização da situação. N.º 2: a notificação a que se refere o número anterior deve, obrigatoriamente conter: a) a indicação do termo do prazo e do local para a regularização da situação; b) advertência de que a falta de regularização da situação implica a rescisão da convenção de cheque e, conseqüentemente, a proibição de celebrar ou manter convenção de cheque com outras instituições de crédito, nos termos do

disposto no artigo 3.º, e a inclusão na listagem de utilizadores que oferecem risco. N.º 3: A regularização prevista no n.º 1 faz-se mediante consignação em depósito ou pagamento directamente ao portador do cheque comprovado perante a instituição de crédito sacada, do valor do cheque e dos juros moratórios calculados à taxa legal, fixada nos termos do Código Civil, acrescida de dez pontos percentuais.” Sobre a constitucionalidade desta causa de extinção da responsabilidade criminal ver Ac. do TC n.º 398/91 proferido em sede de apreciação preventiva de constitucionalidade de diversas normas do Decreto para ser promulgado como Decreto-Lei n.º 454/91.

O crime de emissão de cheque sem provisão é um crime doloso, uma vez que não se encontra especialmente prevista a punição da negligência – artigo 13.º do Código Penal. Na sistematização efectuada pelo Ac. do TC n.º 663/98, enuncia-se como **elemento subjectivo** do crime “o dolo de todos os elementos objectivos e do nexos causal que os relaciona entre si, nexos que se pode analisar em diversas relações de causalidade interligadas” (ver anotação 3.2). O dolo é genérico, bastando-se com o conhecimento dos elementos típicos objectivos previstos nas três alíneas do n.º 1 e com a vontade de praticar o facto. Assim, na tipologia do artigo 11.º, pratica o crime o agente que, voluntária e conscientemente, conhecendo ainda a ilicitude de cada um e de todos os seus actos: 1 – emite um cheque conhecendo a falta de provisão ou a irregularidade de saque (al.ª a)); 2 – sabendo da emissão e entrega de cheque por si ou por terceiro: procede a levantamento anterior ou posterior de fundos sabendo que desse levantamento resulta a falta de provisão; proíbe à instituição de crédito sacada o pagamento ou pede à instituição sacada o encerramento da conta ou a alteração das condições de movimentação sabendo que assim impede o pagamento do cheque (al.ª b)); 3 – endossa cheque conhecendo qualquer uma das causas de não pagamento integral referidas nas alíneas anteriores (al.ª c)). O dolo pode revestir qualquer uma das modalidades previstas no artigo 14.º do Código Penal: dolo directo, dolo necessário ou dolo eventual. O agente tem de representar todos os elementos típicos, agindo com intenção de os realizar ou sabendo que são consequência necessária da sua conduta, ou representá-los como consequência possível da sua conduta, conformando-se com essa realização. O dolo há-de verificar-se no momento da emissão e entrega do cheque ou de qualquer uma das restantes formas de acção típicas previstas no artigo 11.º

Na modalidade prevista na al.ª a) do n.º 1, é autor do crime quem emitir e entregar cheque nas demais condições constantes do tipo. Trata-se de um **crime específico**, a cometer por quem possa dispor da provisão através do cheque. Valem também aqui as regras gerais do direito penal clássico relativas à comparticipação nos crimes específicos (artigo 28.º do Código Penal). É de admitir a autoria mediata, a instigação, a cumplicidade, verificada a previsão do artigo 26.º do Código Penal. Concorda-se com GRUMECINDO BAIRRADAS quando diz “não tem qualquer justificação a prática corrente que consiste em acusar, apenas, o sacador do cheque, a qual conduz, por vezes, a situações particularmente chocantes, como por exemplo quando o devedor se encontra legalmente impedido de emitir cheques e usa, para pagamento das suas dívidas, cheques de contas de familiares, que são por estes assinados, de acordo com as suas ordens” (op. cit., pp. 86 e 87). “O crime de emissão de cheque sem provisão, em termos de autoria imediata e quanto às modalidades de comportamento referenciadas na al.ª a) do n.º 1 do artigo 11.º, só pode ser praticado por pessoas que reúnam uma qualidade/característica essencial: sejam titulares de uma conta bancária (e/ou titular da provisão) ou, não o sendo, actuem em sua representação ou autorizados pelo titular da conta. Nas contas conjuntas

ou colectivas cada um dos contitulares tem plena liberdade de movimentação a débito e a crédito”, TOLDA PINTO, op. cit, p. 118.

Nas situações previstas na al.^a b), quando o sacador não é a mesma pessoa que pratica as modalidades de acção aí previstas, sendo estas antes praticadas por um terceiro, fora dos casos de comparticipação o sacador não será criminalmente responsável. Tendo o cheque sido emitido e entregue com provisão, não se verificando o pagamento por facto imputável a terceiro, será apenas este a pessoa criminalmente responsável, nos termos da al.^a b). Sobre a responsabilidade penal do endossante, autónoma e distinta da do sacador, ver anotação 3. O portador do cheque (não endossante), que o transmite a outrem (no caso do cheque em branco), conhecendo a falta de provisão, não está abrangido pela previsão da al.^a c) do n.º 1 do artigo 11.º “Diferentemente do endosso, na simples transmissão por tradição o transmitente não garante o pagamento do cheque. Há, pois, uma diferença de regime. Não nos parece que se verifiquem os pressupostos de uma interpretação extensiva”. (GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., 1997, p. 76). “Para efeitos da incriminação, se a lei usou a expressão endossar cheque, não é possível considerar abrangida a mera transmissão material do título” (GRUMECINDO BAIRRADAS, op. cit. p. 96).

Não está especialmente prevista a **responsabilidade criminal da pessoa colectiva**, sendo por isso apenas as pessoas singulares susceptíveis de tal responsabilidade (artigo 11.º do Código Penal). No entanto o n.º 4 prevê a responsabilidade civil e solidária das pessoas colectivas, sociedades ou meras associações de facto pelo pagamento de multas e de indemnizações em que forem condenados os seus representantes, tanto que estes tenham agido nessa qualidade e no interesse dos representados, devendo entender-se que “as referidas multas e indemnizações não são só as multas e indemnizações penais a que forem condenados os responsáveis penais pelo crime de emissão de cheque sem provisão, mas também as indemnizações de perdas e danos emergentes do crime de emissão de cheque sem provisão” (GERMANO MARQUES DA SILVA, op. cit., 1997, p. 90).

- 6 A emissão, pelo mesmo agente, de dois ou mais cheques sem provisão não corresponde necessariamente ao cometimento de igual número de crimes, valendo também aqui todas as razões que subjazem à definição de crime único ou de pluralidade de crimes do direito penal clássico (artigo 30.º do CÓDIGO PENAL). Como refere GRUMECINDO BAIRRADAS, op. cit., p. 104, “a entrega de vários cheques, na mesma ocasião, ao mesmo tomador, para pagamento de uma única dívida, leva a concluir que estamos perante uma unidade de resolução criminosa, logo, perante um único crime”. Assim, “respeitando o processo em causa a um cheque que faz parte de um conjunto de cheques, emitidos todos no mesmo momento e no mesmo circunstancialismo, como parte do preço de aquisição do mesmo objecto, sendo a emissão de cada um dos cheques uma parcela do mesmo comportamento finalisticamente unitário, mas tendo originado uma pluralidade de processos, julgado um por acórdão da Relação, transitado em julgado, no sentido de inexistir crime, verifica-se o pressuposto da *exceptio rei judicatae* que impede a reapreciação da causa, sob pena de violação do princípio do *ne bis in idem*” (Ac. do TRP de 6.7.1994 in www.dgsi.pt). Esta questão perdeu relevância atenta a descriminalização dos cheques pós-datados.

O valor a considerar para o efeito de criminalização ou não do comportamento é sempre o valor de cada um dos cheques individualmente considerados, quer integrem ou não conjuntamente com outros um crime único. Tendo o agente emitido e entregue à mesma pessoa vários cheques, numa mesma ocasião e no quadro de uma única resolução criminosa, o valor a considerar para efeito de enquadramento

típico como crime único corresponde à soma do valor total dos cheques, exceptuados aqueles que individualmente não ultrapassem os 150€. Estaremos, então, perante a forma “agravada” ou “simples” do crime consoante tal valor total integre ou não o valor elevado previsto no n.º 1 parte final e n.º 2 do artigo 11.º Neste sentido, Ac. do TRE de 6.6.2006 *in* www.dgsi.pt: “independentemente da unificação de condutas delituosas, quando for o caso, o legislador manifesta inequivocamente o propósito de excluir da tutela penal a emissão e entrega de cheques (considerados singularmente) até determinado valor, mas aqui com a contrapartida – para os lesados – da obrigação da instituição de crédito sacada pagar o cheque; em caso de emissão de vários cheques, o que releva para efeitos de criminalização ou descriminalização é o valor titulado por cada cheque, ou seja, a quantia para cujo pagamento o cheque serviu e não o valor do prejuízo causado ao tomador que pode ser superior ou inferior ao quantitativo declarado no cheque.” Contra, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Sobre a desistência de queixa no crime de emissão de cheque sem provisão”, *in* *Direito e Justiça*, VIII, 2, 321, Universidade Católica Portuguesa: “poder-se-á pôr a questão da punibilidade de um agente que emite na mesma ocasião vários cheques de 5.000\$00 (hoje, 150€). Tudo dependerá da data aposta em cada um dos cheques. Se a data for a mesma, haverá conduta punível. Se as datas forem distintas, então não haverá crime. É que o crime só se consuma com a ocorrência de um prejuízo patrimonial penalmente relevante. Ou seja, se dois ou mais desses cheques de 5000\$00 emitidos na mesma ocasião tiverem aposta uma mesma data, ocorre nessa data a consumação de um prejuízo penalmente relevante. Ao invés, se tiverem datas distintas, em cada uma dessas datas não se verifica a consumação de um resultado penalmente relevante”. Já a entrega de cheques, em momentos sucessivos e com renovada intenção criminosa, ao mesmo tomador, pode integrar a figura do crime continuado, a punir nos termos do artigo 79.º do Código Penal, desde que integralmente preenchidos todos os requisitos do artigo 30.º, n.º 2 do Código Penal.

O crime de emissão de cheque sem provisão estará numa situação de **concurso aparente** com o crime de burla, caso se possa considerar que a factualidade imputada preenche a totalidade dos elementos típicos dos dois crimes. Do concurso aparente existente entre as duas normas (artigo 11.º e artigo 217.º do Código Penal), traduzido numa relação de especialidade, resultaria a exclusão de uma delas. O crime de emissão de cheque sem provisão – no caso, a lei especial – excluiria o crime de burla – no caso, a lei geral. O legislador de 1991 justificara a aplicação das penas do crime de burla ao autor do crime de cheque sem provisão precisamente como “uma consequência da proximidade material desses comportamentos com os que integram aquela figura do direito penal clássico” (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28.12). GERMANO MARQUES DA SILVA (Proibição de Pagamento do Cheque, *in* *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, II, 2003, p. 93) refere que “a causa da tutela penal do cheque não é mais simplesmente a confiança no título, o interesse na circulação deste meio de pagamento, é o embuste, o engano de que é vítima o credor que é enganado pelo devedor, que em lugar de pagar finge que paga. Nem é sequer o não pagamento que é tutelado, é o artifício escusado utilizado pelo devedor para enganar o credor”. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 69, identifica também que “a emissão de cheque sem provisão apresenta, em relação à burla, a nota comum de constituir um delito de execução vinculada. Em ambos os casos o atentado ao património do ofendido é realizado através de um artifício fraudulento tendente a induzir a vítima em erro. No presente contexto, a emissão do cheque apenas comporta o elemento especializador de o meio enganoso consistir na criação ou no aproveitamento da convicção de que o cheque tem provisão”.

Controvertida é a questão de saber se a ausência de verificação de algum dos elementos típicos do crime de emissão de cheque sem provisão ou de condição objectiva de punibilidade importaria, então, a condenação do agente pelo crime (aparentemente) concorrente de burla, desde que preenchidos os elementos típicos destes. Concorde-se com GRUMECINDO BAIRRADAS, op. cit., p. 105, quando diz que “a maioria da jurisprudência entende que para existir crime de burla, para além da mera entrega do cheque sem provisão, é necessária uma conduta astuciosa destinada a criar no tomador o convencimento sobre a existência de provisão. Esta posição parece ser, claramente, a preferível, uma vez que a definição de crime de burla exige um erro ou engano sobre factos que deve ser astuciosamente provocado (...). Para este efeito, a mera entrega de um cheque sem provisão não é bastante, uma vez que quem o recebe tem consciência de que é possível a sua falta de provisão; assim, a aceitação de cheque, embora resulte de erro ou engano, não foi provocada por um acto astucioso”. Não obstante a sua proximidade com o crime de burla, não é correcto dizer-se que pode haver crime de burla sempre que falta um dos requisitos ou condição de procedibilidade do crime de emissão de cheque sem provisão. Ter-se-á que proceder à análise casuística e detectar, para além da casualidade típica do cheque, a ocorrência de factualidade configurante do acto astucioso causador do engano, típico da burla.

“O crime de emissão de cheque sem provisão pode ser uma forma especial do crime de burla, uma forma de o executar, e isto quando o erro ou engano, com intuito de conseguir enriquecimento ilegítimo, se traduza precisamente na entrega fraudulenta de um cheque. Este aparece, então, apenas como um modo, um meio, de executar o crime de burla. Neste caso, para se diferenciar os crimes, ter-se-á que diferenciar a convicção do tomador: se esta consiste apenas na convicção de que o cheque vale como meio de pagamento, estamos perante um crime de emissão de cheque sem provisão. Se, pelo contrário, a convicção do tomador não é apenas essa, mas outra que astuciosamente lhe foi incutida pelo emitente do cheque, aparecendo o cheque apenas como um de outros factos que fundamentaram essa outra convicção, então o crime poderá ser o de burla” (Ac. do TRC de 19.01.2005, in www.dgsi.pt).

“Entende-se por astúcia qualquer artifício fraudulento tendente a provocar o engano ou a induzir o burlado em erro, ou seja, uma actuação engenhosa, um estratagema ardiloso, uma encenação orientada a ludibriar. A simples emissão de cheque sem provisão não integra, só por si, o crime de burla e como meio enganatório não basta que o sacador, no momento da entrega do cheque, guarde silêncio sobre a falta de provisão. No caso, o arguido actuou de forma pré-ordenada, usando uma encenação que ele próprio criou, destinada à consecução dos seus desígnios, assim conseguindo a entrega de bens mediante engano astuciosamente provocado (...) fazendo uso de um verbo fácil, duma cuidada apresentação, com recurso a uma indumentária e adereços de conceituadas marcas, jovem de sucesso e sólida e estável família (...)” (Ac. do TRL de 23.2.2000, in www.dgsi.pt).

“Havendo uma relação de especialidade entre o crime de emissão de cheque sem provisão e os crimes de burla e de falsificação, por força do princípio da especialidade subsiste apenas o crime de cheque sem provisão; sendo os factos subsumíveis ao crime de emissão de cheque sem provisão, não pode indagar-se se são subsumíveis ao crime de burla e de falsificação. (...) O eventual crime de burla estaria em concurso aparente com o de emissão de cheque sem provisão. Ora, atendendo às regras da especialidade, apenas poderia prevalecer o crime de emissão de cheque sem provisão. Como este não está verificado, por se tratar de cheque pré-datado, e porque o crime de burla está consumido, não faz sentido

dizer-se que há crime de burla quando falta um dos requisitos do crime de emissão de cheque sem provisão. Os crimes de burla e de falsificação quando cometidos através de cheque, estão numa relação de especialidade com este, como de resto foi intenção do legislador, colhida no exórdio do Decreto-Lei n.º 316/97, de 19.11, pelo que, havendo concurso aparente de normas, apenas uma delas subsiste sob pena de, assim não acontecendo, se violar o princípio *ne bis in idem*” (Ac. do TRP de 20.5.2009, in www.dgsi.pt). Sobre a relação existente entre os dois crimes ver ainda fundamentação do Ac. do TC n.º 663/98 onde se reconhece que o actual regime do Decreto-Lei n.º 316/97 acentua as semelhanças com a burla.

O crime de emissão de cheque sem provisão pode estar numa situação de concurso aparente com o crime de falsificação quando o sacador comunica falsamente ao banco o extravio do cheque. O concurso aparente existente entre as duas normas (artigo 11.º e artigo 256.º, n.ºs 1 e 3 do Código Penal) resolver-se-ia pelas regras da consumpção, sendo o crime de falsificação (crime meio) consumido pelo crime de emissão de cheque sem provisão. No caso de não se encontrarem preenchidos todos os elementos típicos do crime de emissão de cheque sem provisão (por exemplo, nos casos de pós-datação) ou na ausência de verificação da condição objectiva de punibilidade, coloca-se a questão de saber se pode/deve o agente ser punido pelo crime de falsificação, quando o cheque não é pago por falsa comunicação de extravio. A questão prende-se com a revogação do cheque, que consubstancia uma proibição de pagamento, e com o alcance do artigo 32.º da LURC e a vigência ou não do artigo 14.º, 2.ª parte do Decreto n.º 13004, a qual não tem merecido tratamento doutrinário e jurisprudencial uniforme.

Dispõe o artigo 32.º da LURC: “A revogação do cheque só produz efeitos depois de findo o prazo de apresentação. Se o cheque não tiver sido revogado, o sacado pode pagá-lo mesmo depois de findo o prazo”. Dispunha o artigo 14.º, 2.ª parte do Decreto n.º 13004: “A revogação do mandato de pagamento, conferido por via do cheque ao sacado só obriga este depois de findo o competente prazo de apresentação (...) No decurso do mesmo prazo o sacado não pode, sob pena de responder por perdas e danos, recusar o pagamento do cheque com fundamento na referida revogação.”

O Assento do STJ n.º 4/2000 fixou a seguinte jurisprudência: “Se, na vigência do Código Penal de 1982, mas antes do início da do Decreto-Lei n.º 454/91, depois de ter preenchido, assinado e entregue o cheque ao tomador, o sacador solicita, por escrito, ao banco sacado que não o pague porque se extraviou (o que sabe não corresponder à realidade) e se, por isso, quando o portador/tomador lhe apresenta o cheque, dentro do prazo legal de apresentação, o sacado recusa o pagamento e, no verso do título, lança a declaração de que o cheque não foi pago por aquele motivo, o sacador não comete o crime previsto e punido pelo artigo 228.º, n.º 1, al.ª b) e n.º 2, nem o previsto e punido pelo artigo 228.º, n.º 1 al.ª b) do Código Penal de 1982”.

Considerou-se, para tanto, que durante o prazo de apresentação a irrevogabilidade do cheque é absoluta, não admitindo excepções, nem mesmo em casos de verificação de justa causa, como, por exemplo, o extravio e o desapossamento ilícito; por outro lado, após o prazo de apresentação, a revogação é absolutamente eficaz, independentemente de ter ou não ter justificação. O direito à revogação não nasce, assim, por efeito directo do extravio. E conclui: “se assim é, se o extravio do cheque, em si e só por si, não tem consequência jurídica, então o relato falso da sua ocorrência não basta para integrar a al.ª b) do n.º 1 do artigo 228.º do Código Penal de 1982”. Considera, este assento, em vigor a segunda parte do artigo 14.º do Decreto n.º 13004, do qual resulta que o sacado não pode, sob pena de responder por perdas

e danos, recusar o pagamento do cheque com fundamento na revogação; assim, porque, do documento que enviou ao sacado, não fez constar falsamente facto juridicamente relevante, não comete o sacador o crime de falsificação. Também na fundamentação do AFJ do STJ n.º 4/2008 se considerou em vigor a segunda parte do artigo 14.º do Decreto n.º 13004, fixando-se a seguinte jurisprudência: “uma instituição de crédito sacada que recusa o pagamento de cheque, apresentado dentro do prazo estabelecido no artigo 29.º da LUCH, com fundamento em ordem de revogação do sacador, comete violação do disposto na primeira parte do artigo 32.º do mesmo diploma, respondendo por perdas e danos perante o legítimo portador do cheque, nos termos previstos no artigo 14.º, segunda parte, do Decreto n.º 13004 e 483.º, n.º 1 do Código Civil”. Este acórdão teve, porém, nove votos de vencido, num dos quais (subscrito pelo Conselheiro Salvador da Costa) se afirma “está revogado o normativo da segunda parte do proémio do artigo 14.º do decreto n.º 13004”. Na fundamentação do AFJ do STJ n.º 9/2008 considera-se já como “doutrina dominante a de que o artigo 14.º foi revogado pela Lei Uniforme, cujo artigo 32.º ao estabelecer a ineficácia da revogação durante o prazo de apresentação a pagamento, apenas quer significar que o cheque continua válido como cheque, mantendo o portador o direito de acção contra os responsáveis cambiários e não que o sacado não possa obedecer à ordem de revogação, que se mantém livre”. GERMANO MARQUES DA SILVA (op. cit., 2003, p. 99) entende que o artigo 14.º foi integralmente revogado pela LURC e que o seu artigo 32.º se encontra plenamente em vigor. E conclui “o sacado não pode recusar arbitrariamente o pagamento ao portador legítimo do cheque, mas pode recusá-lo se o sacador proibir o pagamento invocando justa causa (...). Não compete ao banco depositário, mandatário do sacador, assumir-se como uma espécie de julgador (...) mas respeitar a confiança que inspira ao mandante, seu cliente, e, na base da alegada justa causa, não proceder como se o cheque fosse de pagar. O banco sacado deve bastar-se com a indicação de um dos motivos em abstracto previstos e constantes do Regulamento do SICOI como possibilitando a aceitação da revogação por justa causa, sem necessidade de indagação em concreto sobre a efectiva ocorrência de justa causa”. Em sentido afirmativo, do cometimento do crime de falsificação pelo sacador que falsamente comunica o extravio, veja-se Ac. do TRG de 5.1.2009, *in* www.dgsi.pt: “A falsa declaração de extravio de um cheque, que determina a recusa do seu pagamento, integra um crime de emissão de cheque sem provisão em concurso aparente com um crime de falsificação; este último ilícito, enquanto crime instrumental ou crime meio, é consumido pelo crime de emissão de cheque sem provisão; no caso de não estarem verificados todos os demais elementos constitutivos do crime de emissão de cheque sem provisão, nomeadamente por se tratar de cheque pós-datado, a comunicação de falso extravio deve ser punida como crime de falsificação de documento do artigo 256.º, n.º 1, al.ª b) do Código Penal; a doutrina do assento n.º 4/2000, de 19.1, não é aplicável a situações ocorridas depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28.12.”. E, conclui: “Esta jurisprudência obrigatória reporta-se expressa e exclusivamente às situações ocorridas antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 454/91 que veio introduzir profundas alterações na definição típica do crime de emissão de cheque sem provisão, nomeadamente inscrevendo agora nos elementos do tipo objectivo o prejuízo patrimonial. (...) Face ao novo regime jurídico do cheque não pode, pois, continuar a afirmar-se que o extravio do cheque, em si e só por si, não tem consequências jurídicas, nem que do documento que enviou ao sacado o sacador não fez constar, falsamente, facto juridicamente relevante”. No mesmo sentido, ainda Ac. do TRP de 12.5.2004 e Ac. do TRP de 4.10.2006, ambos *in* www.dgsi.pt. Parece-nos no entanto que a questão nuclear se

mantém da forma com que o assento a tratou: saber se continua ou não em vigor a segunda parte do artigo 14.º do Decreto n.º 13004, do qual resulta que o sacado não pode, sob pena de responder por perdas e danos, recusar o pagamento do cheque com fundamento na revogação; assim sendo, “porque do documento que enviou ao sacado, não fez constar falsamente facto juridicamente relevante, não comete o sacador o crime de falsificação”. Os casos de verdadeiro extravio, furto, roubo sempre se devem considerar fora da previsão do artigo 32.º da LUCH, não decorrendo desta norma qualquer proibição à recusa do pagamento pelo sacado. Nos termos do n.º 1, segmento final, o crime de emissão de cheque sem provisão é punido com **pena** de prisão até 3 anos ou com pena de multa ou, se o cheque for de valor elevado com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. Acrescenta o n.º 2 que, para efeitos do disposto no número anterior, considera-se valor elevado o montante constante de cheque não pago que exceda o valor previsto no artigo 202.º, alínea a), do Código Penal. Prevêem-se duas penas, em alternativa e a título de pena principal, para cada uma das situações, consoante o valor do cheque exceda (valor elevado) ou não exceda (valor não elevado) 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto. O crime menos grave é punido com a pena de prisão de 1 mês a 3 anos (artigo 41.º, n.º 1 do Código Penal) ou com pena de multa de 10 dias a 360 dias (artigo 47.º, n.º 1 do Código Penal) e o crime mais grave, com pena de 1 mês a 5 anos de prisão ou com pena de multa de 10 a 600 dias. A previsão de duas penas principais em alternativa reconduz o julgador, num primeiro momento, ao critério de escolha de pena do artigo 70.º do Código Penal, sem prejuízo de posterior funcionamento dos artigos 43.º a 46.º e 50.º a 59.º, caso a opção inicial relativa à pena principal seja pela pena privativa de liberdade, e dos artigos 48.º, 49.º e 60.º, caso a opção relativa à pena principal seja pela pena não privativa de liberdade. Na sua redacção inicial, o Decreto-Lei n.º 454/91, de 28/12, previa a condenação “nas penas previstas para o crime de burla, observando-se o regime geral de punição deste crime” (ver anotação n.º 1), remetendo para os então artigos 313.º (burla simples, punida com prisão até três anos) e 314.º (burla agravada, punida com prisão de 1 a 10 anos) do Código Penal de 1982. O Decreto-Lei n.º 316/97, 19.11, abandona esta dependência do quadro sancionatório da burla, autonomizando totalmente a punição do crime de emissão de cheque sem provisão. Curiosamente, as penas hoje previstas para o crime de burla (artigos 217.º, n.º 1 e 218.º, n.º 1 do Código Penal) são iguais às previstas no artigo 11.º, n.º 1. Prevê-se ainda, no art. 12.º, a possibilidade de condenação em sanções acessórias “destinadas a reforçar os efeitos preventivos de novas infracções” (preâmbulo do Decreto-Lei n.º 454/91, de 28/12). As sanções acessórias que poderão acrescer à pena principal são a interdição do uso de cheque e a publicidade da decisão condenatória. Sobre a anterior medida administrativa de restrição ao uso do cheque prevista no Decreto-Lei n.º 14/84, de 11.1, ver anotação 1. A moldura abstracta da interdição é de seis meses a seis anos de duração. No caso de esta ser aplicada ao condenado, deverá ser-lhe igualmente imposta a injunção de restituição às instituições de crédito respectivas dos módulos de cheque que tiver em seu poder ou em poder dos seus mandatários.

O artigo 12.º tem a seguinte redacção:

“1 – O tribunal pode aplicar, isolada ou cumulativamente, conforme os casos, as seguintes sanções acessórias a quem for condenado por crime de emissão de cheque sem provisão, previsto no artigo 11.º:

- a) Interdição do uso de cheque;
- b) Publicidade da decisão condenatória.

2 – A interdição do uso de cheque terá a duração mínima de seis meses e a duração máxima de seis anos.

3 – A publicidade da decisão condenatória faz-se a expensas do condenado, em publicação de divulgação corrente na área do domicílio do agente e do ofendido, bem como através da afixação de edital, por período não inferior a um mês, nos lugares destinados para o efeito pela junta de freguesia do agente e do mandante ou do representado.

4 – A publicidade é feita por extracto de que constem os elementos da infracção e as sanções aplicadas, bem como a identificação do agente.

5 – A sentença que condenar em interdição do uso de cheque é comunicada ao Banco de Portugal, que informa todas as instituições de crédito de que devem abster-se de fornecer ao agente e aos seus mandatários módulos de cheque para movimentação das suas contas de depósito, salvo no caso previsto no artigo 6.º

6 – (...)

7 – (...)

8 – O condenado em interdição do uso de cheque poderá ser reabilitado judicialmente se, pelo menos por um período de dois anos depois de cumprida a pena principal, se tiver comportado por forma que torne razoável supor que não cometerá novos crimes da mesma natureza.

9 – A sentença que conceder a reabilitação é igualmente comunicada ao Banco de Portugal para informação a todas as instituições de crédito.”

Artigo 12.º

(...)

(...)

7. Incorre na pena do crime de desobediência quem não respeitar a injunção a que se refere o número anterior e na do crime de desobediência qualificada quem emitir cheques enquanto durar a interdição fixada na sentença.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

O concurso (anotação 5)

A pena (anotação 6)

- 1 O Decreto-Lei n.º 14/84, de 11.1, considerando “conveniente a adopção de uma medida administrativa que restrinja o uso de cheques por parte de pessoas que reconhecidamente o fazem de forma indevida” (preâmbulo), adopta uma nova disciplina da medida administrativa de restrição ao uso do cheque (artigo 10.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1). No art. 17.º passa a punir com a pena prevista para o crime de desobediência quem, estando abrangido por essa medida de restrição ao uso de cheque, emita cheque com provisão ou não devolva às instituições de crédito os módulos de cheques em seu poder, e com a pena prevista para o crime de desobediência qualificada quem, estando abrangido pela medida de restrição ao uso de cheque, emita cheque sem provisão, “sem prejuízo da responsabilidade pelo crime de emissão de cheque sem provisão” (n.º 2). O Ac. do TC n.º 430/91 veio a declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade – por violação de reserva de competência da Assembleia da República, resultante da conjugação das alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 168.º da CRP, em matéria de direito sancionatório

público – da norma do artigo 10.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 14/84, de 11.01, bem como a inconstitucionalidade – essa meramente consequencial – do artigo 13.º, n.º 1 do mesmo diploma. O Decreto-Lei n.º 454/91, de 28/12, tipificou como crime de desobediência simples o desrespeito pela injunção de restituição dos módulos de cheque ao banco, e como crime de desobediência qualificada a emissão de cheques (com ou sem provisão) enquanto durar a “interdição temporária do uso de cheque”, sanção acessória fixada na sentença. O Decreto-Lei n.º 316/97, 19.11, manteve a tipicidade dos crimes de desobediência, tendo apenas alterado a denominação da sanção acessória “interdição temporária do uso de cheque” para “interdição do uso de cheque” e procedido a agravação da respectiva moldura.

O crime de desobediência é um **crime de dano** quanto ao bem jurídico. Protege-se a “autonomia intencional do Estado” e, de uma forma particular, “a não colocação de entraves à actividade administrativa por parte dos destinatários dos seus actos”, entendendo-se aqui administração pública como o “conjunto das funções assumidas como próprias pelo Estado” (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal, III, 2001, p. 350).

Os actos de desobediência previstos no tipo objectivo consistem na falta de obediência a ordem legítima, porque emanada de um tribunal, e regularmente comunicada ao seu destinatário, através de uma sentença Penal. O n.º 6 do art. 12.º tem a seguinte redacção: “A sentença que condenar em interdição do uso de cheque deve ordenar ao condenado que restitua às instituições de crédito que lhos forneceram todos os módulos de cheques que tiver em seu poder ou em poder dos seus mandatários”. O dever de obediência tem, no caso, a sua fonte na lei, assentando em disposição legal que expressamente comina a punição. Os actos de desobediência podem consistir no desrespeito pela ordem de restituição dos módulos de cheque à entidade bancária e/ou na emissão de cheques (ver anotação 3.3. ao art. 11.º), com ou sem provisão, enquanto durar a interdição do uso de cheque. A não obediência devida à primeira injunção tipifica o crime na sua forma simples; a emissão de cheque no período de duração da sanção acessória interdição do uso de cheque, tipifica desobediência qualificada. No primeiro caso, a ordem legítima consubstancia a imposição de uma acção determinada – proceder à restituição dos módulos de cheque – e, no segundo, a ordem legítima consubstancia a imposição de uma abstenção – a não emissão de cheque durante determinado período de tempo. O crime é doloso, uma vez que não se encontra especialmente prevista a punição da negligência – artigo 13.º do Código Penal. O dolo é genérico, bastando-se com o conhecimento de todos os elementos do tipo objectivo e com a vontade de praticar o facto. Pode revestir qualquer uma das modalidades previstas no artigo 14.º do Código Penal: dolo directo, dolo necessário ou dolo eventual. O agente tem, assim, de representar todos os elementos típicos, agindo com intenção de os realizar ou sabendo que são consequência necessária da sua conduta, ou representá-los como consequência possível da sua conduta conformando-se com essa realização.

O crime de desobediência qualificada pode concorrer com o crime de emissão de cheque sem provisão sempre que o agente emita cheque durante o período da interdição e esse cheque não tenha provisão. Com o mesmo comportamento – emissão de cheque sem provisão – o agente viola (e preenche) dois tipos de crime, sendo esse concurso efectivo e real dada a autonomia de bens jurídicos protegidos por cada um dos ilícitos penais: o interesse patrimonial do tomador e a credibilidade social do cheque como meio de pagamento, por um lado, e a autonomia intencional do Estado, pelo outro. Trata-se de **concurso real** de crimes (art. 30.º, n.º 1 do Código Penal).

- 6 Nos termos do art. 348.º, n.º 1, al.^a a) e n.º 2 do Código Penal, o crime de desobediência simples é punido com pena de **prisão** até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, e o crime de desobediência qualificada, com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. Prevêem-se duas penas, em alternativa e a título de pena principal, para cada um dos dois tipos de ilícito. O crime menos grave é punido com a pena de prisão de 1 mês a 1 ano (artigo 41.º, n.º 1 do Código Penal) ou com pena de multa de 10 dias a 120 dias (artigo 47.º, n.º 1 do Código Penal) e o crime mais grave, com pena de 1 mês a 2 anos de prisão ou com pena de multa de 10 a 240 dias. A previsão de duas penas principais em alternativa reconduz o julgador, num primeiro momento, ao critério de escolha de pena do artigo 70.º do Código Penal, sem prejuízo de posterior funcionamento dos artigos 43.º a 46.º e 50.º a 59.º, caso a opção inicial relativa à pena principal seja pela pena privativa de liberdade, e dos artigos 48.º, 49.º e 60.º, caso a opção relativa à pena principal seja pela pena não privativa de liberdade.

ANA MARIA BARATA BRITO

Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março, que aprova o código da propriedade industrial, alterado pelos Decretos-Leis n.º 318/2007, de 26 de Setembro, e 360/2007, de 2 de Novembro, e pela Lei n.º 16/2008, de 1 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25 de Julho, que República o código (Artigos 320.º a 330.º, 335.º, 338.º-M, 338.º-N, 341.º e 342.º)

CAPÍTULO II Ilícitos criminais e contra-ordenacionais

SECÇÃO I Disposição geral

Artigo 320.º *Direito subsidiário*

Aplicam-se subsidiariamente as normas do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, designadamente no que respeita à responsabilidade criminal e contra-ordenacional das pessoas colectivas e à responsabilidade por actuação em nome de outrem, sempre que o contrário não resulte das disposições deste Código.

Sumário da anotação:

Generalidades sobre a propriedade industrial (anotação 1)

O âmbito da tutela jurídica da propriedade industrial (anotação 2)

A fonte (anotação 3)

A remissão para o regime do Decreto-Lei n.º 28/84 (anotação 4)

A estrutura da tutela penal da propriedade industrial (anotação 5)

O Código da Propriedade Industrial (CPI) foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5.3, e alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 318/2007, de 26.9, e 360/2007, de 2.11, pela Lei n.º 16/2008, de 1.4, e pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25.7. (que o republicou). As alterações introduzidas por este último diploma entraram em vigor no dia 1 de Outubro de 2008, com algumas excepções (art. 16.º do Dec.-Lei n.º 143/2008). Apesar das alterações introduzidas por estes diplomas, as disposições penais, *maxime* as incriminatórias, não têm sido alteradas praticamente desde a aprovação do CPI pelo Decreto-Lei n.º 36/2003. Em sede de direito internacional, os institutos da propriedade industrial encontraram, pela primeira vez, tratamento autónomo e sistemático, na Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, de 20 de Março de 1883, usualmente designada por Convenção da União de Paris. A Propriedade Industrial, conjuntamente com os Direitos de Autor e os Direitos Conexos, constitui a Propriedade Intelectual, que tutela, essencialmente, o valor da inovação e da capacidade distintiva. Enquanto a Propriedade Industrial tem por objecto a protecção das invenções, das criações estéticas (*design*) e dos sinais usados para distinguir produtos, serviços e empresas no mercado, o Direito de Autor visa a protecção da autoria das obras literárias e artísticas (incluindo as criações originais da literatura e das artes). As criações intelectuais podem ser objecto de um direito de propriedade – um direito de propriedade industrial. Este direito permite assegurar o monopólio ou o uso exclusivo sobre uma determinada invenção, uma criação estética (*design*) ou um sinal usado para distinguir produtos e empresas no mercado. O âmbito da propriedade industrial corresponde à necessidade de ordenar a liberdade de concorrência feita essencialmente por duas formas: pela atribuição da faculdade de utilizar, de forma exclusiva ou não, de certas realidades imateriais (abrange os chamados direitos privativos da propriedade industrial); e pela

imposição de determinados deveres no sentido de os vários agentes económicos que operam no mercado adoptarem regras e modos de procedimento honestos – onde se integra a repressão da concorrência desleal (punível como contra-ordenação, nos termos dos artigos 316.º e 317.º do CPI). A primeira dessas duas ordens de ideias abrange os chamados direitos privativos da propriedade industrial, que tutela duas grandes categorias: a protecção das inovações e a protecção dos sinais distintivos do comércio. Dado o grande número de figuras semelhantes, convém destringer consoante o bem material cuja faculdade de utilização a lei atribui, se trata de uma criação do espírito ou de um sinal de identificação. Na primeira hipótese, incluem-se as patentes, os modelos e os desenhos, e ainda os direitos à topografia dos semicondutores. No segundo caso, integram-se as marcas, as recompensas, os nomes e insígnias do estabelecimento, os logótipos e as denominações de origem e indicação geográfica (cfr. CARLOS OLAVO, “Protecção jurídica do titular da marca”, *RCEJ*, N.º 4 – Número Especial, 1.º semestre 2006, pp. 205-207).

3 Esta disposição teve como **fonte** imediata a norma do art. 258.º do CPI anterior, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/95, de 24.1.

4 Tem sido discutido se a inserção desta norma deve circunscrever-se à remissão para o sistema de punibilidade de pessoas colectivas, ou, ao invés, sobre se deve estender-se ao sistema dogmático do que poderia chamar-se “parte geral” do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1., dado que o mesmo contém regras com especificidades e particularidades que podem justificar a sua aplicabilidade ao âmbito dos ilícitos criminais contra a propriedade industrial; estão nesse caso a regra especial da punibilidade da tentativa (art. 4.º) e as normas sobre penas acessórias, entre outras. É questionável que a remissão para as normas respeitantes à responsabilidade criminal das pessoas colectivas deva continuar a reportar-se às do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1., uma vez que a Reforma Penal de 2007, no tocante à revisão do Código Penal, aprovada pela Lei n.º 59/2007, de 4-9, teve como um dos principais aspectos inovatórios, justamente, a consagração da responsabilidade penal de pessoas colectivas e entidades equiparadas (artigos 11.º, 90.º-A a 90.º-M, 118.º, n.º 2, 122.º, n.º 3 e 127.º, n.º 2). Sendo certo que na data da entrada em vigor das alterações do CPI, aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 143/2008, já se encontrava em vigor, há um ano, o novo regime regra da responsabilidade criminal de pessoas colectivas consagrado no Código Penal, teria sido curial harmonizar a remissão a efectuar, não para o Decreto-Lei n.º 28/84, mas para os “termos gerais” previstos agora naquele Código, à semelhança do que sucedeu relativamente a outros regimes penais avulsos. Em todo caso, sendo essa a remissão expressamente plasmada na lei, cujo regime pode talvez justificar-se em função da específica natureza da criminalidade em causa, admite-se como sendo aquela que de uma forma menos assistemática regulamenta a responsabilidade penal de pessoas colectivas, no âmbito da criminalidade contra a propriedade industrial. Constando dos termos da remissão a referência exclusivamente a “pessoas colectivas” parece deverem considerar-se excluídas do seu alcance as entidades desprovidas de personalidade jurídica, as “meras associações de facto” que o art. 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 28/84 consagra.

Mais controversa será, ainda, a admissibilidade da remissão para o regime da tentativa, contemplado no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 28/84 – de acordo com o qual a tentativa é sempre punível, ainda que o crime não seja punível com pena de prisão superior a três anos –, dado que todos os ilícitos penais do presente diploma são puníveis, no máximo, com pena de prisão até três anos. Apesar de, segundo o disposto no art. 23.º, n.º 1 do CP a tentativa só ser punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão,

deve entender-se haver uma remissão para o disposto no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 28/84 – uma vez que o contrário não resulta deste Código, antes, o sentido do art. 335.º parece reforçar essa inferência –, de acordo com o qual a tentativa é sempre punível (independentemente da moldura penal). Por outro lado, não se compreenderia que os actos preparatórios dos crimes previstos nos artigos 321.º a 327.º deste Código fossem puníveis – ainda que a título de contra-ordenação, nos termos do art. 335.º – e os actos de execução (que não chegam a completar a consumação) ficassem impunes (no sentido indicado, cfr. o Ac. RP de 7-1-2004, proc. 0315263). A tentativa será, assim, punível nos termos dos artigos 23.º, n.º 2 e 73.º do CP.

Relativamente aos termos do estabelecimento da responsabilidade criminal de pessoas colectivas, cfr. os artigos 2.º, 3.º e 54.º do Decreto-Lei n.º 28/84, e respectivas anotações, bem como os artigos 11.º, 12.º, 118.º, n.º 2, 122.º, n.º 3, 127.º, n.º 2 e 90.º-A a 90.º-M do CP.

Enquanto no anterior CPI a tutela penal da propriedade industrial se estruturava em torno da noção de concorrência desleal – que era criminalmente punível, nos termos dos artigos 260.º do anterior CPI – tal não acontece no presente Código, em que a concorrência desleal pode relevar, tão-só, em termos contra-ordenacionais, nos termos dos artigos 317.º, 318.º e 331.º Além do art. 260.º do antigo CPI, os comportamentos de concorrência desleal são igualmente definidas e proibidas no art. 10.º-bis da Convenção da União de Paris, que dispõe o seguinte:

“1 – Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União, protecção efectiva contra a concorrência desleal.

2 – Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

3 – Deverão proibir-se especialmente:

1.º) Todos os actos susceptíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou actividade industrial ou comercial de um concorrente;

2.º) As falsas afirmações no exercício do comércio, susceptíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a actividade industrial ou comercial de um concorrente;

3.º) As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja susceptível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade de mercadorias”.

O anterior Código da Propriedade Industrial não contemplava uma definição legal de concorrência desleal, pois ao contrário do que sucedia no correspondente art. 212.º do Código de 1940, a referência à concorrência desleal não consta do texto do presente artigo mas tão-só da sua epígrafe. No entanto, era posição unânime que os pressupostos do conceito de concorrência desleal se continham no proémio do art. 260.º, e que se traduzem no seguinte:

- A existência de um acto de concorrência;
- Que esse acto seja contrário às normas e usos honestos;
- De qualquer ramo da actividade;
- Qualidade do sujeito activo ou passivo do acto de concorrência desleal;
- Que o agente actue com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar, para si ou para terceiro, um benefício ilegítimo.

Por outro lado, as diversas alíneas do art. 260.º não tinham carácter taxativo mas apenas exemplificativo. A concorrência traduz-se em actos de competição entre vários agentes económicos tendo por objectivo primordial o atingir a supremacia no mercado em relação aos demais concorrentes, pressupondo, pois, a possibilidade de

flutuação de escolha por parte dos consumidores. A preocupação do legislador em reprimir a concorrência desleal integra-se na perspectiva de facilitar ou salvaguardar a competição tendo em vista a concorrência em sentido objectivo, isto é, a liberdade de cada um poder criar e expandir os seus negócios. A propriedade industrial, em geral, incluindo a concorrência desleal, circunscreve-se ao âmbito das actividades económicas. Embora o art. 260.º do anterior CPI, contrariamente ao art. 212.º do Código de 1940, não restrinja a concorrência desleal às actividades económicas, tal restrição resulta do art. 2.º do anterior CPI, onde se dispunha que a propriedade industrial abrange a indústria e comércio propriamente ditos, as indústrias das pescas, agrícolas, florestais, pecuárias e extractivas, bem como todos os produtos naturais ou fabricados e os serviços (neste sentido, CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Almedina, 1997).

JORGE PATRÍCIO PAÚL (*Os pressupostos da concorrência desleal*, Almedina, 1997), entende que se verifica a possibilidade de a disciplina da concorrência desleal ser aplicável às actividades profissionais, em especial às profissões liberais, em virtude daquele art. 260.º do CPI ter suprimido o qualificativo “económico”, utilizado no Código de 1940 para identificar a actividade. Os interesses protegidos pelas diversas infracções previstas no art. 260.º do anterior CPI excediam os interesses de outros agentes económicas, ainda que actuassem no âmbito do mesmo sector do mercado. Na verdade, nas alíneas c), d), e) e f) do preceito em questão reprimia-se a apropriação de elementos que ou não existem ou pertencem a terceiros, mesmo que não sejam concorrentes. Por outro lado, decorre do artigo 10.º-bis, 3), n.º 3, da Convenção da União de Paris, anteriormente transcrito, como requisito de concorrência desleal, a susceptibilidade de indução do público em erro. Daqui se conclui que a repressão da concorrência desleal visará também, de certo modo, proteger o interesse do público em geral.

Logo, o fundamento das normas repressivas da concorrência desleal radicar-se-á, em primeira análise, na protecção do interesse geral que a lei considera como melhor forma de prossecução da actividade económica: o regular funcionamento do mercado. A repressão da concorrência desleal configura-se como a reacção da lei contra a inobservância de um dever geral de proceder honesta e correctamente na luta mercantil, sendo reforçada perante a lei portuguesa que qualifica a respectiva violação como crime público.

Em outra medida, a protecção aos concorrentes relativamente aos actos de concorrência desleal que os possam ofender, de forma directa ou em termos colectivos, é também finalidade da lei, pelo que a respectiva violação determina obrigação de indemnizar, de acordo com o artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil. Seguindo a noção que CARLOS OLAVO apresenta de concorrência desleal, esta é, pois, uma disciplina de comportamentos, comandada por uma preocupação de interesse geral, que não incide primacialmente sobre os interesses económicos dos concorrentes, mas sobre a concorrência em si considerada, como quadro fundamental da vida colectiva.

Actualmente, os comportamentos, também indicados de forma exemplificativa (não taxativa) de concorrência desleal, decorrem ainda do regime da Convenção da União de Paris, e acham-se plasmados nas alíneas do art. 317.º do CPI:

a) Os **actos susceptíveis de criar confusão** com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; Integram os chamados *actos de confusão*. Estamos perante comportamentos que têm como finalidade provocar no espírito do público consumidor a confusão entre um determinado empresário, seu estabelecimento, produtos serviços ou crédito. Conforme refere CARLOS OLAVO, o critério para aferir essa confusão há-de radicar-se na reacção normal do consumidor médio, no seu comportamento em

face de uma dada actuação; um determinado acto de um empresário integrará o critério de concorrência desleal, se o consumidor médio não for capaz de distinguir entre uma actividade e outra actividade empresarial. Há, em qualquer caso, uma indução do público em erro que é indispensável para a compreensão do âmbito do preceito. Esta alínea deve ser aproximada do conteúdo do art. 245.º, n.º 1, do CPI que dispõe o seguinte: “A marca registada considera-se imitada ou usurpada por outra, no todo ou em parte, quando, cumulativamente: a) A marca registada tiver prioridade; b) Sejam ambas destinadas a assinalar produtos ou serviços idênticos ou afins; c) Tenham tal semelhança gráfica, figurativa, fonética ou outra que induza facilmente o consumidor em erro ou confusão, ou que compreenda um risco de associação com marca anteriormente registada, de forma que o consumidor não as possa distinguir senão depois de exame atento ou confronto”.

b) As **falsas afirmações** feitas no exercício de uma actividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes. Reconduzem-se aos chamados *actos de descrédito*: falsas afirmações com o fim de desacreditar. Exige-se que estas falsas declarações sejam feitas no exercício do comércio ou da indústria e no exercício da concorrência. Traduz-se na actuação que tem por finalidade desprestigiar a actividade de concorrentes, ou seja, quando o desvio de clientela alheia reside na depreciação da actividade económica que beneficia dessa mesma clientela. Esse fim de desacreditar tem de se referir aos bens especificamente demarcados: o estabelecimento, os produtos, os serviços ou a própria reputação dos concorrentes. Como se referiu, tem de se verificar o dolo específico do agente: intenção de causar prejuízo ou obter benefício ilegítimo acrescido do fim específico de depreciar, de denegrir. Uma afirmação verdadeira com a finalidade de denegrir (sendo passível de qualificação como concorrência desleal) não se encontra seguramente abrangida pela previsão aqui estabelecida.

c) As **invocações ou referências não autorizadas** feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios. Estes comportamentos integram os chamados *actos de apropriação*. Aqui se integram todos os actos em que se invoque, como próprias, certas qualidades ou características que pertencem a terceiro. O preceito só pode ter o sentido de excluir os casos em que o agente se pretende apoderar de vantagens inerentes a prestações alheias mas já não poderá funcionar quando a referência, mesmo não autorizada, se destina a caracterizar objectivamente a própria prestação (OLIVEIRA ASCENSÃO, O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal?, Almedina, 1997). OLIVEIRA ASCENSÃO entende que se devem distinguir várias categorias de casos:

- São lícitas as referências técnicas a produtos alheios, necessárias para caracterizar o próprio produto (por ex., a caracterização de acessórios para a marca ou modelo a que se destinam);
- É lícita a publicidade comparativa, admitida no art. 16.º do Código da Publicidade: apoia-se em características essenciais, afins, objectivamente demonstráveis de bens ou serviços e supõe por natureza referências não autorizadas;
- É ilícita (porque desleal) a referência que se destina a obter para o próprio produto uma consideração vantajosa que não resulte da própria prestação nem seja necessária para o esclarecimento do mercado: não estamos perante um caso de publicidade comparativa e não se funda na própria prestação mas no aproveitamento de prestação alheia;
- São lícitas as informações verdadeiras e objectivas que tenham por finalidade caracterizar objectivamente a própria prestação, ainda que impliquem uma referência a terceiros, que pode não ser autorizada;

- A qualificação como desleal só se justifica quando está ínsita a obtenção de uma posição vantajosa que não resulta da caracterização da própria prestação, mas da alheia;

- Em todos os outros casos, as referências a outrem, que sejam verdadeiras, mesmo não autorizadas, devem ser consideradas lícitas.

d) As **falsas indicações de crédito ou reputação próprios**, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas actividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela. Estes comportamentos integram os chamados *actos de apropriação*. Aqui se integram todos os actos em que se invoque, como próprias, certas qualidades ou características que não existem. E, sendo falsas, irão induzir o público em erro sendo, portanto, a razão fundamental porque são rejeitadas, ou seja, mostra-se inadmissível que se faça concorrência à custa do engano do consumidor já que o bem ou serviço oferecido terá preferência, não pelas suas características próprias e intrínsecas, mas em consequência do erro do consumidor. Nestes casos não há um concorrente directamente atingido, só que a lei não aceita que se obtenham vantagens na concorrência graças à indução do público em erro, conduta também proibida, como se sabe, nos termos do art. 11.º do Código da Publicidade.

e) As **falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços**, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado. Estes comportamentos integram, também, os chamados *actos de apropriação*. Aqui se integram todos os actos em que se invoque certas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade e utilidade dos produtos, mercadorias, serviços, falsas indicações sobre a proveniência, a localidade, região ou território, a fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento que não existem. E, sendo falsas, irão induzir o público em erro, sendo, portanto, a razão fundamental porque são rejeitadas. Esta alínea ultrapassa algumas dificuldades de articulação com o art. 11.º do Código da Publicidade que o art. 260.º do anterior CPI apresentava, ao nível da proibição do reclamo doloso, pondo em primeiro plano o interesse do concorrente, enquanto a proibição da publicidade enganosa no Código da Publicidade se enquadra já numa visão sincrética dos interesses no sistema de concorrência, pela consideração do interesse do consumidor em não ser obstaculizado na espontaneidade da sua escolha e que decorre das directrizes comunitárias e da directriz constitucional estabelecida no art. 60.º, n.º 2, da CRP (cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, A concorrência desleal e o direito da publicidade, Almedina, 1997). O art. 260.º constituía, assim, um *plus* relativamente ao art. 11.º, n.º 1, do Código da Publicidade, não obstante se verificar a possibilidade de existirem casos concretos susceptíveis de se subsumir simultaneamente nas duas disposições devendo aplicar-se o regime geral do concurso estabelecido no Decreto-Lei n.º 433/82. A primeira parte da alínea consagra a previsão da denominada propaganda mentirosa que se traduz em afirmações de factos específicos e concretos em relação às qualidades ou características de determinado produto ou serviço, quando este as não possui, colocando o sujeito activo da infracção numa posição de supremacia em relação aos seus concorrentes, através de um emprego de meio imerecido ou desleal.

f) A **supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica** dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento. Visa-se impedir que o agente esconda (oculte ou suprima) uma marca registada ou uma denominação de origem ou indicação geográfica que lhe podem ser inconvenientes. O agente não

dá falsas indicações apresentando a própria prestação, omitindo um elemento que deveria representar uma indicação útil para o consumidor e, com a sua concreta actuação, diminui a genuinidade da escolha deste. Estamos perante situações de indução em erro, ou afins destas.

A Portaria n.º 882/2010, de 10 de Setembro, criou o Grupo Anti-Contrafacção, com um Portal de Internet em www.anti-contrafaccao.org, susceptível de, entre outras finalidades, disponibilizar o sistema de queixa electrónica.

SECÇÃO II Ilícitos criminais

Artigo 321.º

*Violação do exclusivo da patente, do modelo de utilidade
ou da topografia de produtos semicondutores*

É punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias quem, sem consentimento do titular do direito:

- a) Fabricar os artefactos ou produtos que forem objecto da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores;**
- b) Empregar ou aplicar os meios ou processos que forem objecto da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores;**
- c) Importar ou distribuir produtos obtidos por qualquer dos referidos modos.**

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A pena (anotação 6)

Remissões (anotação 7)

A norma em apreço tem inspiração no art. 261.º (violação do exclusivo da invenção) do CPI anterior. 1

Nos termos do art. 51.º, n.º 1 do CPI, podem ser objecto de **patente** “as invenções novas, implicando actividade inventiva, se forem susceptíveis de aplicação industrial, mesmo quando incidam sobre um produto composto de matéria biológica, ou que contenha matéria biológica, ou sobre um processo que permita produzir, tratar ou utilizar matéria biológica”, podendo tratar-se de produtos ou processos em todos os domínios tecnológicos. Podem obter-se patentes de processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidas (art. 51.º, n.º 3). A protecção de uma invenção que respeite os termos do n.º 1 do art. 51.º pode fazer-se opcionalmente a título de patente ou de modelo de utilidade (n.º 4) e pode ser simultânea ou sucessiva (n.º 5). Considera-se que uma invenção implica actividade inventiva se, para um perito na especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica (cfr. art. 55.º, n.º 2). Considera-se que uma invenção é susceptível de aplicação industrial se o seu objecto puder ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura (cfr. art. 55.º, n.º 3). Em matéria de direitos conferidos pela patente, rege o art. 101.º A patente dá o direito exclusivo de explorar o invento em qualquer parte do território português. A patente confere ainda ao seu titular o direito de impedir a terceiros, sem o seu consentimento, o fabrico, a oferta, a armazenagem, a introdução no comércio ou a utilização de um produto objecto de patente, ou a importação ou posse do mesmo 2

para algum dos fins mencionados. O titular da patente pode opor-se a todos os actos que constituam violação da sua patente, mesmo que se fundem noutra patente com data de prioridade posterior, sem necessidade de impugnar os títulos ou pedir a anulação das patentes em que esse exercício se funde. Os direitos conferidos pela patente não podem exceder o âmbito definido pelas reivindicações.

O art. 102.º consagra limitação aos direitos conferidos pela patente. Deste modo os direitos conferidos pela patente não abrangem os actos realizados num âmbito privado e sem fins comerciais; a preparação de medicamentos feita no momento e para casos individuais nos laboratórios de farmácia, mediante receita médica, nem os actos relativos aos medicamentos assim preparados; os actos realizados exclusivamente para fins de ensaio ou experimentais, incluindo experiências para preparação dos processos administrativos necessários à aprovação de produtos pelos organismos oficiais competentes, não podendo, contudo, iniciar-se a exploração industrial ou comercial desses produtos antes de se verificar a caducidade da patente que os protege; a utilização a bordo dos navios dos outros países da União (de Paris para Protecção da Propriedade Industrial) ou da OMC (Organização Mundial do Comércio) do objecto da invenção patenteada no corpo do navio, nas máquinas, na mastreação, aprestos e outros acessórios, quando esses navios entrarem temporária ou acidentalmente nas águas do país, desde que o referido objecto seja exclusivamente utilizado para as necessidades do navio; a utilização do objecto da invenção patenteada na construção ou no funcionamento de veículos de locomoção aérea ou terrestre dos outros países da União ou da OMC ou de acessórios desses veículos, quando esses entrarem temporária ou acidentalmente no território dos Estados Contratantes; os actos previstos no artigo 27.º da Convenção, de 7 de Dezembro de 1944, Relativa à Aviação Civil Internacional, se estes actos disserem respeito a aeronaves de outro Estado mas ao qual se aplicam as disposições do referido artigo. Contudo o art. 52.º impõe limitações quanto ao objecto de patente. São elas: as descobertas, assim como as teorias científicas e os métodos matemáticos; os materiais ou as substâncias já existentes na natureza e as matérias nucleares; as criações estéticas; os projectos, os princípios e métodos do exercício de actividades intelectuais em matéria de jogo ou no domínio das actividades económicas, assim como os programas de computadores, como tais, sem qualquer contributo; as apresentações de informação.

Por outro lado, não são patenteáveis (art. 53.º) os processos de clonagem de seres humanos; os processos de modificação da identidade genética germinal do ser humano; as utilizações de embriões humanos para fins industriais ou comerciais; os processos de modificação de identidade genética dos animais que lhes possam causar sofrimentos sem utilidade médica substancial para o homem ou para o animal, bem como os animais obtidos por esses processos; o corpo humano, nos vários estádios da sua constituição e do seu desenvolvimento, bem como a simples descoberta de um dos seus elementos, incluindo a sequência ou a sequência parcial de um gene (sem prejuízo do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 54.º; as variedades vegetais ou as raças animais, assim como os processos essencialmente biológicos de obtenção de vegetais ou animais; os métodos de tratamento cirúrgico ou terapêutico do corpo humano ou animal e os métodos de diagnóstico aplicados ao corpo humano ou animal, podendo ser patenteados os produtos, substâncias ou composições utilizados em qualquer desses métodos. A duração da patente é de vinte anos (art. 99.º). O seu titular pode usar as designações “patenteado”, “patente n.º” ou “Pat. N.º” (art. 100.º).

Os **modelos de utilidade** são formas de protecção das invenções novas, que implicam actividade inventiva, se forem susceptíveis de aplicação industrial

(art. 117.º, n.º 1 do CPI). Os modelos de utilidade visam a protecção das invenções por um procedimento administrativo mais simplificado e acelerado do que o das patentes. A mesma invenção pode ser objecto, simultânea ou sucessivamente, de um pedido de patente e de um pedido de modelo de utilidade (art. 117.º, n.ºs 1 e 4 do CPI). Aplica-se aos modelos de utilidade o disposto nos artigos 56.º e 57.º, com as necessárias adaptações e o disposto nos artigos 58.º, 59.º e 60.º (artigos 120.º, n.º 4 e 121.º, 122.º e 123.º do CPI). Durante a vigência do modelo de utilidade, o seu titular pode usar, nos produtos, a expressão “Modelo de utilidade n.º” e “MU n.º” ou, no caso previsto no artigo 130.º, a expressão “Modelo de utilidade provisório n.º” e “MU provisório n.º” (art. 143.º). O CPI distingue três vias de processo de pedido de patente: via nacional (artigos 61.º a 74.º), via europeia (artigos 75.º a 89.º) e via Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (artigos 90.º a 96.º). Por seu turno, o CPI distingue duas vias de processo de modelo de utilidade: via nacional (artigos 124.º a 138.º) e via Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (artigos 90.º a 96.º *ex vi* art. 139.º).

As definições de produtos semicondutores e de topografias de produtos semicondutores encontram-se nos artigos 153.º e 154.º do CPI. De acordo com o art. 153.º “**Produto semiconductor** é a forma final, ou intermédia, de qualquer produto que, cumulativamente: a) Consista num corpo material que inclua uma camada de material semiconductor; b) Possua uma ou mais camadas compostas de material condutor, isolante ou semiconductor, estando as mesmas dispostas de acordo com um modelo tridimensional predeterminado; c) Seja destinado a desempenhar uma função electrónica, quer exclusivamente, quer em conjunto com outras funções.” Por seu turno, o art. 154.º define **topografia de um produto semiconductor** como “(...) o conjunto de imagens relacionadas, quer fixas, quer codificadas, que representem a disposição tridimensional das camadas de que o produto se compõe, em que cada imagem possua a disposição, ou parte da disposição, de uma superfície do mesmo produto, em qualquer fase do seu fabrico.” Estas definições são, por outro lado, retomadas, sensivelmente com o mesmo conteúdo, no art. 1.º, alíneas f) e g) da chamada Lei do Cibercrime, a Lei n.º 109/2009, de 15.09 (que transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação, e adapta o direito interno à Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa). Nesses termos, por “Topografia”, entende-se “uma série de imagens ligadas entre si, independentemente do modo como são fixadas ou codificadas, que representam a configuração tridimensional das camadas que compõem um produto semiconductor e na qual cada imagem reproduz o desenho, ou parte dele, de uma superfície do produto semiconductor, independentemente da fase do respectivo fabrico” (al.ª f) do art. 1.º da Lei n.º 109/2009); por “Produto semiconductor”, “a forma final ou intermédia de qualquer produto, composto por um substrato que inclua uma camada de material semiconductor e constituído por uma ou várias camadas de matérias condutoras, isolantes ou semicondutoras, segundo uma disposição conforme a uma configuração tridimensional e destinada a cumprir, exclusivamente ou não, uma função electrónica” (al.ª g) do art. 1.º da Lei n.º 109/2009). Só gozam de protecção legal as topografias de produtos semicondutores que resultem do esforço intelectual do seu próprio criador e não sejam conhecidas na indústria dos semicondutores. Gozam igualmente de protecção legal as topografias que consistam em elementos conhecidos na indústria dos semicondutores, desde que a combinação desses elementos, no seu conjunto, satisfaça as condições previstas no número anterior. A protecção concedida às topografias de produtos semicondutores só é aplicável às topografias propriamente ditas, com exclusão de qualquer conceito, processo,

sistema, técnica ou informação codificada nelas incorporados (art. 155.º, n.ºs 1 a 3 do CPI). É aplicável às topografias de produtos semicondutores o disposto nos artigos 58.º, 59.º e 60.º (artigos 156.º a 158.º do CPI), bem como as disposições relativas às patentes, em tudo o que não contrarie a natureza daquele direito privativo (art. 159.º do CPI). É aplicável ao pedido de registo de topografias de produtos semicondutores o disposto nos artigos 61.º, 62.º e 65.º a 72.º, com as necessárias adaptações (art. 160.º do CPI). Os efeitos do registo das topografias de produtos semicondutores – artigos 162.º a 167.º do CPI. Durante a vigência do registo, o seu titular pode usar, nos produtos semicondutores fabricados através da utilização de topografias protegidas, a letra “T” maiúscula, com uma das seguintes apresentações: T, “T”, [T], T* ou T (art. 163.º do CPI).

- 3 A violação do exclusivo conferida por lei ao titular da patente abrange a reprodução ou imitação (contrafacção) do produto ou artefacto patenteado, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores, bem como as diversas modalidades de comportamento referenciadas na alínea c), a todos correspondendo idêntica sanção. As acções objectivas típicas correspondem às seguintes:

a) Fabrico de artefactos ou produtos que forem objecto da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores: a acção típica aqui descrita será a produção, mecânica ou não, dos artefactos, produtos, modelos de utilidade ou da topografia de produtos semi-condutores, por terceiros não autorizados.

b) Emprego ou aplicação dos meios ou processos que forem objecto da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores: a acção típica aqui em causa será o emprego ou aplicação de meios e de processos, técnicos ou tecnológicos reservados pelo direito exclusivo aos titulares da patente, do modelo de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores, por terceiros não autorizados.

c) Importação ou distribuição de produtos obtidos por qualquer dos referidos modos: o que aqui se sanciona é a importação e distribuição de produtos obtidos pelos modos referidos nas alíneas anteriores.

Podendo ser objecto de patente as invenções novas, implicando actividade inventiva (considerando-se que uma invenção implica actividade inventiva se, para um perito da especialidade, não resultar de uma maneira evidente do estado da técnica), se forem susceptíveis de aplicação industrial (se o seu objecto puder ser fabricado ou utilizado em qualquer género de indústria ou na agricultura, bem como os processos novos de obtenção de produtos, substâncias ou composições já conhecidos. Mostra-se indiferente se a patente, modelo de utilidade ou topografia de produtos semicondutores se encontram, ou não, a ser explorados, importando apenas que se encontrem válidos.

Para que haja **contrafacção (reprodução ou imitação) de produtos** ou aplicação ou emprego de processos que são objecto de patente, modelo de utilidade ou de topografia de produtos semicondutores, não se mostra necessário que se esteja na presença de uma reprodução total ou completa do objecto da invenção.

O critério decisivo a considerar é aquilo que constitui o objecto característico e fundamental da invenção, desvalorizando-se modificações de pormenor a maioria das vezes introduzidas na tentativa de tornar menos visível a contrafacção. Bastará, assim, que os produtos patenteados reproduzidos ou processos empregues hajam sido imitados nas suas partes essenciais e constitutivas, existindo contrafacção quando os meios essenciais constitutivos da invenção protegida se encontram na invenção objecto de censura criminal. O que relevará na apreciação da conduta violadora serão as semelhanças encontradas, e não as diferenças.

O **tipo subjectivo** de ilícito é doloso. Além do dolo genérico – na configuração de qualquer das suas modalidades – e a verificação de qualquer dos comportamentos objectivos descritos na norma incriminatória, mostra-se necessário que o agente conheça ou represente, adicionalmente, a ausência de consentimento do titular do direito sobre a patente, modelo de utilidade ou da topografia de produtos semi-condutores. No entanto, mostrar-se-á, em contrapartida, suficiente que, durante o período de vigência dos direitos do titular (da patente, modelo de utilidade ou da topografia de produtos semi-condutores) o agente realize o acto objectivamente típico, sem que se exija a verificação de um dano efectivo, apenas necessária no âmbito da responsabilidade civil. 4

Apesar de, segundo o disposto no art. 23.º, n.º 1 do CP a tentativa só ser punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão, por efeito do art. 320.º deste Código deve entender-se ser feita uma remissão para o disposto no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de acordo com o qual a tentativa é sempre punível (independentemente da moldura penal). Por outro lado, não se compreenderia que os actos preparatórios dos crimes previstos nos artigos 321.º a 327.º deste Código fossem puníveis – ainda que a título de contra-ordenação, nos termos do art. 335.º – e os actos de execução (que se aproximam mais da consumação) ficassem impunes. 5

A **pena** aplicável é a pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias. A pena de multa é fixada em dias, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 71.º, do CP, sendo em regra, o limite mínimo de 10 dias e o máximo 360 dias (que é limite máximo que cabe à pena do crime em causa), correspondendo cada dia de multa a uma quantia entre € 5,00 e € 500,00, que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos pessoais – cfr. art. 47.º, n.ºs 1 e 2, do CP. Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição e que são as referidas no art. 40.º do CP – cfr. art. 70.º do CP. 6

E, em matéria de substituição da pena de prisão por multa, dispõe o art. 43.º do CP (substituição da pena de prisão): a pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano é substituída por pena de multa ou por outra pena não privativa da liberdade aplicável, excepto se a execução da prisão for exigida pela necessidade de prevenir o cometimento de futuros crimes. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo 47.º Se a multa não for paga, o condenado cumpre a pena de prisão aplicada na sentença. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 49.º (n.º 2).

Cfr. art. 335.º: punição dos actos preparatórios como contra-ordenação. 7

I. A concessão de uma patente tendo por objecto um produto confere ao seu titular o direito exclusivo de explorar esse produto, podendo impedir que um terceiro pratique actos através dos quais se concretiza a exploração do produto, opondo-se à sua fabricação ou venda qualquer que seja o processo empregado por esse terceiro de obtenção do produto. Trata-se da aplicação da doutrina da protecção absoluta das patentes de produto. Por seu turno, a concessão de uma patente de processo confere ao seu titular um direito exclusivo de explorar o invento, que neste caso consiste no processo protegido, não podendo um terceiro produzir, vender ou de qualquer forma comercializar o produto obtido através do processo patenteado, podendo, no entanto, esse terceiro, produzir o produto desde que o faça por processo diferente daquele que é objecto de patente. É esta última a situação que ocorre com os produtos farmacêuticos em que a patente de processo apenas atribui a tais produtos um monopólio relativo, já que os mesmos

podem ser obtidos por um processo diferente do patenteado. II. Se uma patente tiver por objecto um processo de fabrico de um produto novo, o mesmo produto fabricado por um terceiro será, salvo prova em contrário, considerado como fabricado pelo processo patenteado. III. São pressupostos desta inversão do ónus de prova prevista no CPI: a) A titularidade de patente de processo de fabrico de um produto; b) A novidade deste à data do pedido de concessão da patente; c) A sua obtenção por aquele processo; d) A identidade daquele produto com o posterior. IV. A denominada “doutrina dos equivalentes” que, no essencial, visa qualificar o grau de evidência ou de originalidade da invenção, é susceptível de ser aplicada sempre que ocorre identidade do efeito técnico, evidência dos meios modificados e semelhança da solução técnica encontrada. V. Deve considerar-se verificada a infracção do direito de patente por equivalência sempre que: a) A invenção patenteada e a invenção questionada se situarem no âmbito do mesmo problema técnico; b) Ambas apresentarem uma solução idêntica e os elementos modificados estiverem ao alcance de um perito na especialidade, a partir da interpretação lógica e objectivista do conteúdo das reivindicações da invenção protegida, de acordo com a orientação hermenêutica do artigo 1.º do Protocolo interpretativo do artigo 69.º da Convenção Europeia da Patente. (Ac RL de 17.09.2009, proc. 893/1995.L1-2)

Artigo 322.º

Violação dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos

É punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias quem, sem consentimento do titular do direito:

- a) Reproduzir ou imitar, totalmente ou em alguma das suas partes características, um desenho ou modelo registado;**
- b) Explorar um desenho ou modelo registado, mas pertencente a outrem;**
- c) Importar ou distribuir desenhos ou modelos obtidos por qualquer dos modos referidos nas alíneas anteriores.**

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Generalidades sobre o regime dos direitos exclusivos relativos a desenhos ou modelos (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A pena (anotação 6)

Remissões (anotação 7)

- 1 A norma em apreço tem inspiração no art. 263.º do CPI anterior (violação dos direitos exclusivos relativos a modelos e desenhos).
- 2 O **desenho ou modelo** designa a aparência da totalidade, ou de parte, de um produto resultante das características de, nomeadamente, linhas, contornos, cores, forma, textura ou materiais do próprio produto e da sua ornamentação (art. 173.º do CPI). Gozam de protecção legal os desenhos ou modelos novos que tenham carácter singular. Gozam igualmente de protecção legal os desenhos ou modelos que, não sendo inteiramente novos, realizem combinações novas de elementos conhecidos ou disposições diferentes de elementos já usados, de molde a conferirem aos respectivos produtos carácter singular (art. 176.º, n.ºs 1 e 2). O critério de novidade é definido no art. 177.º: O desenho ou modelo é novo se, antes do respectivo pedido de registo ou da prioridade reivindicada, nenhum desenho ou modelo idêntico foi divulgado ao público dentro ou fora do País;

consideram-se idênticos os desenhos ou modelos cujas características específicas apenas difiram em pormenores sem importância.

Considera-se que um desenho ou modelo possui carácter singular se a impressão global que suscita no utilizador informado diferir da impressão global causada a esse utilizador por qualquer desenho ou modelo divulgado ao público antes da data do pedido de registo ou da prioridade reivindicada; na apreciação do carácter singular é tomado em consideração o grau de liberdade de que o criador dispôs para a realização do desenho ou modelo (art. 178.º).

O âmbito da protecção conferida pelo registo abrange todos os desenhos ou modelos que não suscitem uma impressão global diferente no utilizador informado. Na apreciação do âmbito de protecção deve ser tomado em consideração o grau de liberdade de que o criador dispôs para a realização do seu desenho ou modelo (art. 199.º). Qualquer desenho ou modelo registado beneficia, igualmente, da protecção conferida pela legislação em matéria de direito de autor, a partir da data em que o desenho ou modelo foi criado, ou definido, sob qualquer forma (art. 200.º).

A duração do registo de desenhos e modelos é de 5 anos a contar da data do pedido, podendo ser renovada, por períodos iguais, até ao limite de 25 anos. As renovações a que se refere o número anterior devem ser requeridas nos últimos seis meses da validade do registo (art. 201.º). Durante a vigência do registo, o seu titular pode usar, nos produtos, a expressão “Desenho ou modelo n.º” ou as abreviaturas “DM n.º” (art. 202.º). O registo de um desenho ou modelo confere ao seu titular o direito exclusivo de o utilizar e de proibir a sua utilização por terceiros sem o seu consentimento. A utilização referida no número anterior abrange, em especial, o fabrico, a oferta, a colocação no mercado, a importação, a exportação ou a utilização de um produto em que esse desenho ou modelo foi incorporado, ou a que foi aplicado, bem como a armazenagem desse produto para os mesmos fins (art. 203.º). Em matéria de processo do registo, e respectiva tramitação, cfr. artigos 184.º a 198.º.

Esta disposição incriminatória consagra um **crime de dano**, na sequência do sistema do art. 263.º do anterior CPI, que abrangia uma maior gama de acções típicas, como (enquanto no regime do CPI de 1940, aprovado pelo Decreto n.º 30.679, de 24-8-1940, o tipo se configurava como um crime de perigo abstracto). Apresenta-se também como um **crime material** e não, como anteriormente, crime formal ou de mera actividade – o resultado lesivo é elemento constitutivo do tipo de crime. A acção típica do crime em apreço decompõe-se nas seguintes modalidades:

- Reprodução ou imitação, totalmente ou em alguma das suas partes características, um desenho ou modelo registado;
- Exploração de um desenho ou modelo registado, mas pertencente a outrem;
- Importação ou distribuição de desenhos ou modelos obtidos por qualquer dos modos referidos anteriormente, sem o consentimento do titular do direito.

Em relação aos modelos e desenhos industriais são proibidas:

- A reprodução total;
- A reprodução de alguma das suas partes características;
- A sua imitação total;
- A imitação de alguma das suas partes características.

Também em relação aos modelos ou desenhos o que interessa essencialmente é o seu aspecto geral.

O **tipo subjectivo** de ilícito é doloso. Além do dolo genérico – na configuração de qualquer das suas modalidades – e a verificação de qualquer dos comportamentos objectivos descritos na norma incriminatória, mostra-se necessário que o agente

3

4

conheça ou represente, adicionalmente, a ausência de consentimento do titular do direito sobre o desenho registado.

- 5 Apesar de, segundo o disposto no art. 23.º, n.º 1 do CP a **tentativa** só ser punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão, por efeito do art. 320.º deste Código, deve entender-se ser feita uma remissão para o disposto no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de acordo com o qual a tentativa é sempre punível (independentemente da moldura penal). Por outro lado, não se compreenderia que os actos preparatórios dos crimes previstos nos artigos 321.º a 327.º deste Código fossem puníveis – ainda que a título de contra-ordenação, nos termos do art. 335.º – e os actos de execução (que não chegam a perfazer a consumação) ficassem impunes.
- 6 A **pena** aplicável é a pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias. Cfr. anotação 6 ao artigo anterior.
- 7 I – No domínio do anterior Código da Propriedade Industrial (Decreto n.º 30.679, de 24-8-1940), a sentença que decidisse uma acção de declaração de nulidade de registo de títulos de depósito e desenhos industriais produzia efeitos “ex tunc”. II – Tal retroactividade está actualmente consignada no C.P.I. vigente. III – A decisão a proferir em acção ordinária já proposta e em que se peticiona a nulidade do registo de depósitos de desenhos industriais é prejudicada em relação à decisão em processo crime em que é imputada aos arguidos a prática do crime de contrafacção por fabricação e comercialização de produtos com utilização desses desenhos. IV – O processo crime deve, pois, ser suspenso, aguardando a decisão a proferir na acção cível (Ac. do TRC de 6.3.1996, C.J., Ano XXI, T. II, p. 46)

Artigo 323.º

Contrafacção, imitação e uso ilegal de marca

É punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias quem, sem consentimento do titular do direito:

a) Contrafazer, total ou parcialmente, ou, por qualquer meio, reproduzir uma marca registada;

b) Imitar, no todo ou em alguma das suas partes características, uma marca registada;

c) Usar as marcas contrafeitas ou imitadas;

d) Usar, contrafazer ou imitar marcas notórias cujos registos já tenham sido requeridos em Portugal;

e) Usar, ainda que em produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, marcas que constituam tradução ou sejam iguais ou semelhantes a marcas anteriores cujo registo tenha sido requerido e que gozem de prestígio em Portugal, ou na Comunidade Europeia se forem comunitárias, sempre que o uso da marca posterior procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio das anteriores ou possa prejudicá-las;

f) Usar, nos seus produtos, serviços, estabelecimento ou empresa, uma marca registada pertencente a outrem.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Generalidades sobre a marca (anotação 2)

O bem jurídico (anotação 3)

O tipo objectivo (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)
Remissões (anotação 9)

O preceito teve a sua origem no tipo incriminador do n.º 1 do art. 264.º do anterior CPI, a que correspondia a mesma epígrafe. O seu teor corresponde, com alterações, ao n.º 1 do referido preceito (o qual, por seu turno, se inspirou no art. 217.º do CPI de 1940, aprovado pelo Decreto n.º 30 679, de 24-08-1940).

O CPI não consagra uma noção definitiva de *marca*. Contudo, se atentarmos no conteúdo do art. 222.º poder-se-á dizer que, em termos gerais, a marca pode ser definida como o sinal distintivo que serve para identificar o produto ou o serviço que é proposto ao consumidor. Em termos de distinção, o CPI consagra as marcas de produtos – que identificam produtos – e as marcas de serviços – que identificam serviços –, desde que possuam carácter distintivo, independentemente da protecção que lhe seja reconhecida pelos direitos de autor.

A marca terá por função primacial distinguir produtos ou serviços, traduzida na identificação da proveniência de um produto ou serviço (não significa identificar-se a firma ou denominação da entidade que fornece os produtos ou serviços, factor, muitas vezes, indiferente para o consumidor).

Nos termos do art. 222.º, a marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas, podendo igualmente ser constituída por frases publicitárias para produtos ou serviços a que respeitem, independentemente do direito de autor, desde que possuam carácter distintivo.

Não satisfazem as condições acima referidas (art. 223.º):

- As marcas desprovidas de qualquer carácter distintivo;
- Os sinais constituídos exclusivamente pela forma imposta pela própria natureza do produto, pela forma do produto necessária à obtenção de um resultado técnico ou pela forma que confira um valor substancial ao produto (note-se que a lei admite implicitamente que a marca seja constituída pela forma do produto, desde que seja resultante de criação do espírito e não das características do produto);
- Os sinais constituídos exclusivamente por indicações que possam servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, a proveniência geográfica ou a época de produção do produto ou da prestação do serviço, ou outras características dos mesmos (note-se que os elementos genéricos aqui referidos que entrem na composição de uma marca não serão considerados de uso exclusivo do requerente, excepto quando na prática comercial os sinais tiverem adquirido eficácia distintiva; exige-se, portanto, que o sinal tenha eficácia distintiva);
- As marcas constituídas, exclusivamente, por sinais ou indicações que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio (note-se que os elementos genéricos aqui referidos que entrem na composição de uma marca não serão considerados de uso exclusivo do requerente, excepto quando na prática comercial os sinais tiverem adquirido eficácia distintiva; torna-se necessário, pois, que o sinal tenha eficácia distintiva);
- As cores, salvo se forem combinadas entre si ou com gráficos, dizeres ou outros elementos por forma peculiar e distintiva.

Apesar de, nos termos do art. 222.º, vigorar o princípio da liberdade na composição da marca, o mesmo encontra limites, cuja violação pode importar a recusa ou invalidade do registo. Assim, mostra-se necessário que o sinal (ou conjunto de sinais) seja susceptível de representação gráfica (cfr. art. 238.º, n.º 1, al.^a a)), que

o sinal tenha carácter distintivo (art. 238.º, n.º 1, al.^a b)), que a marca não seja, exclusivamente, constituída por sinais ou indicações referidos nas alíneas b) a e) do n.º 1 do artigo 223.º (art. 238.º, n.º 1, al.^a c)), e que não contrarie o disposto nos artigos 222.º, 225.º, 228.º a 231.º e 235.º (art. 238.º, n.º 1, al.^a e));

A marca não pode integrar símbolos, brasões, emblemas ou distinções do Estado, dos municípios ou de outras entidades públicas ou particulares, nacionais ou estrangeiras, o emblema e a denominação da Cruz Vermelha, ou de outros organismos semelhantes, bem como quaisquer sinais abrangidos pelo artigo 6.º-ter da Convenção da União de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, salvo autorização; sinais com elevado valor simbólico, nomeadamente símbolos religiosos, salvo autorização; expressões ou figuras contrárias à lei, moral, ordem pública e bons costumes; sinais que sejam susceptíveis de induzir o público em erro, nomeadamente sobre a natureza, qualidades, utilidade ou proveniência geográfica do produto ou serviço a que a marca se destina (art. 238.º, n.º 4). Não pode, ainda, uma marca ser registada, se for constituída, exclusivamente, pela Bandeira Nacional da República Portuguesa ou por alguns dos seus elementos (art. 238.º, n.º 5). É ainda recusado o registo de uma marca que contenha, entre outros elementos, a Bandeira Nacional nos casos em que seja susceptível de: a) Induzir o público em erro sobre a proveniência geográfica dos produtos ou serviços a que se destina; b) Levar o consumidor a supor, erradamente, que os produtos ou serviços provêm de uma entidade oficial; c) Produzir o desrespeito ou o desprestígio da Bandeira Nacional ou de algum dos seus elementos (art. 238.º, n.º 6).

Constitui ainda fundamento de recusa do registo de marca: a) A reprodução ou imitação, no todo ou em parte, de marca anteriormente registada por outrem para produtos ou serviços idênticos ou afins, que possa induzir em erro ou confusão o consumidor ou que compreenda o risco de associação com a marca registada; b) A reprodução ou imitação, no todo ou em parte, de logótipo anteriormente registado por outrem para distinguir uma entidade cuja actividade seja idêntica ou afim aos produtos ou serviços a que a marca se destina, se for susceptível de induzir o consumidor em erro ou confusão; c) A infracção de outros direitos de propriedade industrial; d) O emprego de nomes, retratos ou quaisquer expressões ou figurações, sem que tenha sido obtida autorização das pessoas a que respeitem e, sendo já falecidos, dos seus herdeiros ou parentes até ao 4.º grau ou, ainda que obtida, se produzir o desrespeito ou desprestígio daquelas pessoas; e) O reconhecimento de que o requerente pretende fazer concorrência desleal ou de que esta é possível independentemente da sua intenção (art. 239.º, n.º 1).

Mediante reclamação, pode também ser recusado o registo de marca com os seguintes fundamentos: a) A reprodução ou imitação de firma, de denominação social e de outros sinais distintivos, ou apenas parte característica dos mesmos, que não pertençam ao requerente, ou que o mesmo não esteja autorizado a usar, se for susceptível de induzir o consumidor em erro ou confusão; b) A infracção de direitos de autor; c) O emprego de referências a determinada propriedade rústica ou urbana que não pertença ao requerente; d) A infracção do disposto no artigo 226.º (art. 239.º, n.º 2).

Através do registo, o interessado adquire o direito privativo da propriedade industrial que é o direito à marca – direito sobre um bem imaterial (um sinal) que tem por conteúdo a exploração económica exclusiva desse sinal, com o objectivo de distinguir a proveniência empresarial de determinado produto ou serviço.

O direito ao registo da marca cabe a quem nisso tenha legítimo interesse, designadamente (art. 225.º): a) Aos industriais ou fabricantes, para assinalar os produtos do seu fabrico; b) Aos comerciantes, para assinalar os produtos do seu comércio;

- c) Aos agricultores e produtores, para assinalar os produtos da sua actividade;
- d) Aos criadores ou artífices, para assinalar os produtos da sua arte, ofício ou profissão;
- e) Aos que prestam serviços, para assinalar a respectiva actividade.

O registo da marca confere ao seu titular o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de usar, no exercício de actividades económicas, qualquer sinal igual, ou semelhante, em produtos ou serviços idênticos ou afins daqueles para os quais a marca foi registada, e que, em consequência da semelhança entre os sinais e da afinidade dos produtos ou serviços, possa causar um risco de confusão, ou associação, no espírito do consumidor (art. 258.º). A duração do registo é de 10 anos, contados a partir da data da respectiva concessão, podendo ser indefinidamente renovado por iguais períodos (art. 255.º). Durante a vigência do registo, o seu titular pode usar nos produtos as palavras “Marca registada”, as iniciais “M. R.”, ou ainda simplesmente ® (art. 257.º).

O art. 228.º define o conceito de **marca colectiva**. Assim, entende-se por marca colectiva uma marca de associação ou uma marca de certificação, podendo constituir marca colectiva os sinais ou indicações utilizados no comércio para designar a origem geográfica dos produtos ou serviços. Saliente-se que o registo da marca colectiva dá ainda ao seu titular o direito de disciplinar a comercialização dos respectivos produtos, nas condições estabelecidos na lei, nos estatutos ou nos regulamentos internos. Trata-se de uma realidade que não deve ser entendida como efectiva e própria marca já que verdadeiramente visa atestar certas características de um produto ou serviço, enquanto a marca visa distingui-los. A marca colectiva abrange a marca de associação e a marca de certificação, consistirá na susceptibilidade de utilização de um determinado sinal, pertencente a uma pessoa colectiva a quem seja legalmente atribuída ou reconhecida uma marca de garantia ou certificação ou que tutele, controle ou certifique as actividades económicas, isto é, a marca colectiva certifica que certo produto ou serviço obedeceu a um especial processo produtivo ou reveste uma determinada qualidade.

O direito ao registo das marcas colectivas é reconhecido: *a)* às pessoas colectivas a que seja legalmente atribuída ou reconhecida uma marca de garantia ou de certificação e possam aplicá-la a certas e determinadas qualidades dos produtos ou serviços; *b)* às pessoas colectivas que tutelam, controlam ou certificam actividades económicas, para assinalar os produtos dessas actividades, ou que sejam provenientes de certas regiões, conforme os seus fins e nos termos dos respectivos estatutos ou diplomas orgânicos devem promover a inserção, nos respectivos diplomas orgânicos, estatutos ou regulamentos internos, de disposições em que se designem as pessoas que têm direito a usar a marca, as condições em que deve ser utilizada e os direitos e obrigações dos interessados no caso de usurpação ou contrafacção (art. 231.º, n.ºs 1 e 2).

As marcas colectivas abrangem igualmente as chamadas **marcas de qualidade** que consistem em determinados sinais que são apostos quando o serviço ou o produto têm certas características.

Por sua vez, o art. 229.º consagra a chamada **marca de associação**, a qual se traduz num sinal determinado, pertencente a uma associação de pessoas físicas ou colectivas, cujos membros utilizam ou têm intenção de usar para produtos ou serviços relacionados com o objecto da associação.

Finalmente, o art. 230.º define a **marca de certificação**. Uma marca de certificação é um sinal determinado, pertencente a uma pessoa colectiva que controla os produtos ou os serviços ou estabelece normas a que estes devem obedecer. Este sinal serve para ser utilizado nos produtos ou serviços submetidos àquele controlo ou para os quais as normas foram estabelecidos.

No art. 232.º consagra-se um princípio de subsidiariedade. Deste modo, aplicam-se às marcas colectivas, com as devidas adaptações, as disposições do CPI relativas às marcas de produtos e serviços.

Em matéria de marcas, o CPI consagra três tipos de registos: o registo nacional (artigos 233.º a 245.º), o registo de marca comunitária (art. 247.º) e o registo internacional (artigos 248.º a 254.º).

O art. 245.º consagra o **conceito de imitação ou usurpação**. Assim, a marca registada considera-se imitada ou usurpada, no todo ou em parte, por outra quando, cumulativamente:

- a marca registada tiver prioridade;
- sejam ambas destinadas a assinalar produtos ou serviços idênticos ou afins;
- tenham tal semelhança gráfica, figurativa ou fonética ou outra, que induza facilmente o consumidor em erro ou confusão, ou que compreenda um risco de associação com a marca anteriormente registada, de forma que o consumidor não as possa distinguir senão depois de exame atento ou confronto.

Constitui imitação ou usurpação parcial de marca o uso de certa denominação de fantasia que faça parte de marca alheia anteriormente registada.

Portanto, para haver imitação, a imitação deve ter tal semelhança gráfica, fonética ou figurativa com outra já registada, que induza facilmente em erro ou confusão o consumidor, não podendo este distinguir as duas senão depois de um exame atento ou confronto. Segundo FERRER CORREIA, “(…), o consumidor, quando compra determinado produto marcado com um sinal semelhante a outro que já conhecia, não tem em vista (em regra) as duas marcas, para fazer delas um exame comparativo. Compra o produto por se ter convencido de que a marca que o assinala é aquele que retinha na memória” (Lições de Direito Comercial, Vol. I, 1973, p. 329). Daí que a imitação deva ser apreciada pela semelhança que resulta do conjunto dos elementos que constituem a marca e não pelas eventuais diferenças que poderiam oferecer os diversos pormenores considerados de forma isolada ou separadamente (cfr. PINTO COELHO, Lições de Direito Comercial, Vol. I, 1957, p. 426).

Nos termos do art. 258.º, o registo da marca confere ao seu titular o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de usar, no exercício de actividades económicas, qualquer sinal igual ou semelhante (confundível) com essa marca em produtos ou serviços idênticos ou afins àqueles para os quais a marca foi registada, e que, em consequência da semelhança entre os sinais e da afinidade dos produtos ou serviços, possa causar, no espírito do consumidor, um risco de confusão ou de associação (entre os sinais e a marca).

Em matéria de eficácia do direito, o art. 259.º, n.º 1, consagra o princípio do chamado **“esgotamento do direito”**: os direitos conferidos pelo registo da marca não permitem ao seu titular proibir o uso desta para produtos comercializados pelo próprio ou com o seu consentimento, no espaço económico europeu. Tal disciplina não se aplica sempre que existam motivos legítimos que justifiquem que o titular se oponha à comercialização posterior dos produtos, nomeadamente sempre que o estado desses produtos seja modificado ou alterado após a sua colocação no mercado. Contudo, os direitos conferidos pelo registo comportam igualmente outras limitações. Na verdade, nos termos do art. 260.º, o direito conferido pelo registo da marca não permite ao seu titular impedir a terceiros o uso na sua actividade económica, desde que seja feito em conformidade com normas e usos honestos em matéria industrial e comercial: o seu próprio nome e endereço; de indicações relativas à espécie, à qualidade, à quantidade, ao destino, ao valor, à proveniência geográfica, à época e meio de produção do produto ou da prestação do serviço ou

a outras características dos produtos ou serviços; da marca, sempre que tal seja necessário para indicar o destino de um produto ou serviço, nomeadamente sob a forma de acessórios ou peças sobressalentes.

A marca deve conservar-se inalterável, ficando qualquer mudança nos seus elementos componentes sujeita a novo registo exceptuando-se as simples modificações que não prejudiquem a identidade da marca e só afectem as suas proporções, o material em que tiver sido cunhada, gravada ou reproduzida e a tinta ou a cor, se esta não tiver sido expressamente reivindicada como uma das características da marca. Também não prejudica a identidade da marca a inclusão ou supressão da indicação expressa do produto ou serviço a que a marca se destina, e do ano de produção, nem a alteração relativa ao domicílio ou lugar em que o titular está estabelecido. Saliente-se que a marca nominativa só está sujeita às regras da inalterabilidade no que respeita às expressões que a constituem, podendo ser usada com qualquer aspecto figurativo, desde que não ofenda direitos de terceiros (art. 261.º).

Nos termos dos arts. 31.º e 32.º, os direitos emergentes de patentes, modelos de utilidade, registos de topografias de produtos semicondutores, de desenhos ou modelos e de marcas podem ser transmitidos a título gratuito ou oneroso.

Temos, portanto, que a marca é transmissível e essa transmissibilidade, em princípio, processa-se livremente.

O trespassse do estabelecimento faz presumir a transmissão do pedido de registo ou da propriedade da marca, salvo estipulação em contrário. O pedido de registo ou a propriedade da marca registada são transmissíveis, independentemente do estabelecimento, se isso não puder induzir o público em erro quanto à proveniência do produto ou do serviço ou aos caracteres essenciais para a sua apreciação – esta restrição deve ser encarada como aplicação do princípio da verdade das marcas e, nessa perspectiva, a doutrina vem indicando como casos susceptíveis de induzir o público em erro aqueles em que a marca está, por circunstâncias especiais, de tal modo vinculada a um produto que não possa dele dissociar-se, como sucede nos casos em que a própria marca reproduz o nome ou a firma do comerciante a quem pertence ou os casos em que contenha referência a distinções honoríficas conferidas ao seu originário titular (CARLOS OLAVO, Propriedade Industrial, Almedina, 1997, p. 80).

O **bem jurídico** protegido com a incriminação é, claramente, o exclusivo de exploração do direito privativo tutelado: a marca registada ou já protegida por outro modo, independentemente do registo. Neste sentido, entre outros, o Ac. da Relação de Guimarães de 17.03.2003 (n.º de processo: 1505/02-1), disponível, em texto integral, em www.dgsi.pt, e o Ac. da Relação do Porto de 12.07.2000 *in* Colectânea de Jurisprudência, Tomo IV, pp. 223 e ss.: “embora em ambos aqueles crimes [fraude sobre mercadorias e imitação de marca] o interesse protegido seja a defesa do património, no crime de contrafacção protege-se directamente quem fez o registo da marca, enquanto no crime de fraude na venda se protege de forma directa o consumidor (pretende-se que o consumidor não se veja enganado com a aquisição de um património realmente menos valioso) e só indirectamente a pessoa que fez o registo da marca (apenas e na medida em que a contrafacção é elemento constitutivo essencial desse tipo legal de crime)”.

Para que se encontre preenchido o tipo de ilícito criminal aqui previsto, mostra-se necessário que o agente, sem consentimento do titular do direito de uso de determinada marca registada pratique uma das modalidades de comportamento que se encontram tipificadas nas diversas alíneas do artigo em análise, e que são: a) Contrafazer, total ou parcialmente, ou reproduzir por qualquer meio uma marca registada;

- b) Imitar, no todo ou nalguma das suas partes características, uma marca registada;
- c) Usar as marcas contrafeitas ou imitadas;
- d) Usar, contrafazer ou imitar as marcas notórias cujos registos já tenham sido requeridos em Portugal;
- e) Usar, ainda que em produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, marcas que constituam tradução ou sejam iguais ou semelhantes a marcas anteriores cujo registo tenha sido requerido e que gozem de prestígio em Portugal, ou na Comunidade Europeia se forem comunitárias, sempre que o uso da marca posterior procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio das anteriores ou possa prejudicá-las;
- f) Usar, nos seus produtos, serviços, estabelecimento ou empresa, uma marca registada pertencente a outrem.

As alíneas a) e b) consistem na execução material de marca contrafeita ou imitada, abrangendo todos os agentes que fraudulentamente a executaram ou mandaram executar ou reproduzir. Não se mostra relevante que a marca tenha sido efectivamente usada. Importa, sim, é que a contrafacção ou imitação tenha sido concretizada com o objectivo último de ser utilizada como marca. Por sua vez, as als. c), d), e) e f), prevêem o uso ilegal de marca de modos diferenciados: uso de marcas contrafeitas ou imitadas, uso, contrafacção ou imitação de marcas notórias cujos pedidos de registo já tenham sido requeridos em Portugal, uso de marca traduzida ou idêntica ou semelhante, cujo registo haja sido requerido ou goze de prestígio em Portugal ou na CE, sem justo motivo, tirando partido indevido do carácter distintivo, ou uso nos seus produtos de marca regista pertencente a outrem.

Conforma refere JOÃO FERREIRA, “Ao nível do tipo objectivo, pode encontrar-se três formas de acção que, por seu turno, se subdividem. Aquele que sem consentimento (deste modo, a prestação de consentimento não se traduz numa causa de justificação, mas sim numa causa de exclusão da tipicidade, pelo que, dogmaticamente estamos perante a figura do acordo) do titular do direito de propriedade industrial sobre a marca realizar uma destas acções: contrafacção de marca (contrafazer, total ou parcialmente, ou, por qualquer meio, reproduzir uma marca registada; contrafazer marcas notórias [quanto a estas, ver art. 241.º, do CPI] cujos registos já tenham sido requeridos em Portugal); imitação de marca (imitar, no todo ou em alguma das suas partes características, uma marca registada; imitar marcas notórias cujos registos já tenham sido requeridos em Portugal); uso ilegal de marca (usar as marcas contrafeitas ou imitadas; usar marcas notórias cujos registos já tenham sido requeridos em Portugal; usar, ainda que em produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, marcas que constituam tradução ou sejam iguais ou semelhantes a marcas anteriores, cujo registo tenha sido requerido e que gozem de prestígio [quanto a estas ver art. 242.º, do CPI] em Portugal, ou na Comunidade Europeia, se forem comunitárias, sempre que o uso da marca posterior procure, sem justo motivo, tirar partido indevido do carácter distintivo ou do prestígio das anteriores ou possa prejudicá-las; usar, nos seus produtos, serviços, estabelecimento ou empresa, uma marca registada pertencente a outrem)” (“Crime de contrafacção de marca e crime de fraude sobre mercadorias: unidade ou pluralidade de infracções?”, *RMP*, N.º 113.º, Jan.-Mar. 2008, pp. 69 e 70).

Deve mencionar-se que o Regulamento (CEE) n.º 3842/86, de 1-12 (que o Decreto-Lei n.º 160/88, de 13-5, visou regulamentar internamente), para efeitos alfandegários, considera, no seu art. 1.º, n.º 2, que mercadoria em contrafacção será qualquer mercadoria que se apresente indevidamente sob uma marca de fábrica ou comercial idêntica a uma marca validamente registada para tal mercadoria no ou para o Estado-membro em que a mercadoria foi declarada para colocação em livre prática

ou que não se possa distinguir da mesma nos seus aspectos essenciais e que, por esse facto, viola os direitos do titular da marca em causa nos termos da legislação desse Estado-Membro. Este diploma, deste modo, vem a estabelecer uma noção demasiado ampla de contrafacção, que não elucida nem auxilia especialmente na análise do preceito. Refira-se, a título informativo, que os requisitos da imitação de marca vêm sendo enunciados pelo STJ de forma pacífica, desde há muito, como segue: *a)* respeitarem (as marcas em confronto) ao mesmo ou produtos afins; *b)* existir entre elas semelhança gráfica, figurativa ou fonética, de modo a induzir facilmente em erro ou confusão o consumidor; *c)* exigir exame atento a distinção das marcas imitante e imitada. Por outro lado, é também pacífica a distinção entre matéria de facto e de direito no domínio da imitação e uso indevido de marcas: apurar as semelhanças e dissemelhanças entre as marcas em presença é matéria de facto, avaliar se, em face delas, existe ou não imitação é matéria de direito.

Não se torna, ao invés do que era exigido no art. 264.º do anterior CPI, necessário que o agente actue com intenção de causar prejuízo a outrem ou de alcançar benefício ilegítimo, ou, no caso da al.^a f), ainda de modo a iludir o consumidor sobre a origem dos produtos. Exige-se, tão só, a verificação do dolo genérico (art. 13.º do CP). Por outro lado, em todas as modalidades de comportamento, necessário se mostra que exista dolo genérico e adicionalmente, a consciência de actuar sem consentimento do titular do direito à marca.

Sobre a punibilidade da **tentativa**, cfr. anotação 4 ao art. 320.º Cfr., ainda, a propósito da punibilidade dos actos preparatórios, o art. 335.º e respectivas anotações. Assim, quem, sem consentimento do titular do direito e com intenção de preparar a execução dos actos referidos no artigo 323.º, fabricar, importar, adquirir ou guardar para si ou para outrem sinais constitutivos de marcas registadas, será punido com coima de € 3.000,00 a € 30.000,00, sendo pessoa colectiva e de € 750,00 a € 7.500,00, tratando-se de pessoa singular. Trata-se, como se disse anteriormente, de uma excepção ao art. 21.º do CP, onde se consagra a regra geral da não punibilidade dos actos preparatórios. Este diploma não contém uma definição de actos preparatórios sendo que a mesma deve ser procurada com recurso *a contrario* à norma do art. 22.º onde é definido o que são actos de execução. Preparação e execução são fases distintas na exteriorização da vontade criminosa. No CP de 1886 entendia-se como actos preparatórios os actos externos conducentes a facilitar ou a preparar a execução do crime mas que ainda não constituíam execução (cfr. art. 14.º) mas daquele texto não ressaltava a existência de uma delimitação negativa já que haviam actos externos que exteriorizam a intenção criminosa, mas apenas preparam ou facilitam a execução do crime e não constituem nem a execução nem o começo da execução do crime. Ora, actos preparatórios (da execução) são actos impregnados pelo fim de consumação do crime, isto é, quando praticados em função do propósito já formado de vir a praticar (ou concorrer) para a prática do crime. No caso do art. 335.º do CPI, a punibilidade dos actos preparatórios exige a intenção de tornar operativa (fabricar, importar, adquirir ou guardar para si ou para outrem sinais constitutivos de marcas registadas com intenção de preparar a execução dos actos referidos no artigo 323.º).

Relativamente à questão do **concurso** entre o tipo de crime em apreço e o previsto no art. 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84, apesar das posições e entendimentos doutrinários não serem unívocos, parece existir um entendimento jurisprudencial preponderante no sentido da verificação de uma relação de concurso efectivo. Refere JOÃO FERREIRA que, “Como já se deixou adivinhar, a nossa jurisprudência tem divergido de forma acentuada quanto à relação entre as normas jusindustriais supra referidas e o crime de fraude sobre mercadorias. E, como seria de esperar, tem-se dividido

em duas correntes, uma para a qual é possível o concurso efectivo entre ambas as infracções criminais, e outra que entende estar-se perante uma situação de concurso aparente entre as mesmas” (“Crime de contrafacção de marca e crime de fraude sobre mercadorias: unidade ou pluralidade de infracções?”, *RMP*, N.º 113.º, Jan.-Mar. 2008, p. 65). Informa o mesmo Autor que “(...) a favor da tese do concurso efectivo, tem-se invocado essencialmente que: os dois tipos de crime protegem bens jurídicos diferentes e, em face do art. 30.º, do Código Penal (CP), é esse o critério decisivo para afirmar a ocorrência de uma situação de concurso efectivo; não existe entre ambos os crimes qualquer relação de especialidade, de subsidiariedade, de consumpção, nem se está perante um facto posterior não punível; a ressalva constante da parte final do art. 23.º, n.º 1, não opera, pois o seu facto típico não consta do crime de contrafacção de marca já que neste não se exige a intenção de enganar. Do lado da tese do concurso aparente de normas, a nosso ver, evoca-se prevalentemente que apesar de protegerem distintos bens jurídicos, os elementos típicos do crime de contrafacção de marca equivalem-se aos do crime de fraude sobre mercadorias com excepção do elemento diferenciador deste – a intenção de enganar; havendo elementos típicos sobreponíveis, para uns há relação de consumpção, para outros, relação de subsidiariedade explícita (cfr. parte final do art. 23.º, n.º 1); o crime de fraude sobre mercadorias protege indirectamente a titularidade e o exclusivo das marcas; a tese contrária viola o princípio constitucional *ne bis in idem*.” (JOÃO FERREIRA, “Crime de contrafacção de marca e crime de fraude sobre mercadorias: unidade ou pluralidade de infracções?”, *RMP*, N.º 113.º, Jan.-Mar. 2008, p. 66). De uma forma impressiva e conclusiva, considera o mesmo Autor que temos vindo a seguir que “(...) em situação de preenchimento dos vários elementos típicos de cada uma das normas incriminadoras, verifica-se um caso de pluralidade de infracções. Outra solução olvida uma explicação cabal do complexo regime legal vigente. Em síntese, deve perspectivar-se o crime do art. 323.º como uma espécie de “furto”, o crime do art. 324.º como uma espécie de “receptação” e o crime do art. 23.º como uma “burla tentada”. Esta, servindo-se de elementos comuns aos art. 323.º e 324.º, funciona como uma espécie de “circunstância agravante” destes dois tipos industriocriminais, se bem que em termos inéditos, pois, ao contrário das outras, funciona, heterodoxalmente, em sistema de concurso efectivo com o art. 323.º.” (“Crime de contrafacção de marca e crime de fraude sobre mercadorias: unidade ou pluralidade de infracções?”, *RMP*, N.º 113.º, Jan.-Mar. 2008, pp. 93 e 94).

8 A **pena** aplicável é de prisão até 3 anos ou de multa até 360 dias. Cfr. anotações 5 e 6 ao art. 321.º

9 Os elementos constitutivos do tipo legal do crime de contrafacção de marca são também elementos constitutivos do tipo legal do crime de fraude na venda. Porém, a verificação deste crime de fraude na venda exige algo mais: a intenção de enganar. E é neste requisito “intenção de enganar” que se diferenciam aqueles tipos de ilícito. Assim, embora o interesse protegido seja sempre a defesa do património, no crime de contrafacção protege-se directamente quem fez o registo da marca, enquanto no crime de fraude na venda se protege de forma directa o consumidor (pretendendo-se que o consumidor não seja enganado com a aquisição de um património menos valioso), mas também se protege indirectamente a pessoa que fez o registo da marca (na medida em que a contrafacção é elemento constitutivo essencial desse tipo legal de crime).

Estando provados, na mesma actuação, os elementos integradores da previsão dos dois referidos crimes, verifica-se uma relação de consumpção, existindo concurso aparente de infracções, o que determina que o agente apenas deva ser punido pelo crime de fraude na venda. (Ac. do TRL, de 27.03.2001, proc. n.º 00113605)

O art. 264.º, n.º 1, do Código da Propriedade Industrial, protege directamente o titular do registo da marca, visando prevenir e punir a feitura, a imitação e o uso do produto contrafeito, haja ou não comercialização. No crime de fraude sobre mercadorias, previsto e punido pelo art. 23.º, n.º 1 do Decreto Lei n.º 28/84, protege-se a defesa da confiança do consumidor e o seu interesse patrimonial. Sendo diferentes os tipos e diferentes os bens jurídicos, a sua violação envolve um concurso efectivo de crimes. (Ac. do TRG, de 17.03.2003, proc. 1505/02-1)

I – O conceito de “manifesta improcedência”, como motivo de rejeição de recurso, é coincidente com o conceito civilista de recurso “manifestamente infundado”, ou manifestamente inviável. II – Não sendo possível concluir, dos factos alegados e provados, que a demandante seja titular dos direitos protegidos pela norma legal protectora de marca registada, carece de legitimidade para deduzir pedido cível indemnizatório relativo ao crime tipificado no art. 264.º, n.º 2, do Cód. Prop. Industrial. (Ac. do TRL, de 16.1.2003, proc. JTTL00047593)

São requisitos de imitação de uma marca por outra: a) que a marca registada tenha prioridade, b) que as marcas imitada e imitanda digam respeito ao mesmo produto ou serviço ou a produto ou serviço similar ou semelhante ou de afinidade manifesta; c) que ambas tenham tal semelhança gráfica, figurativa ou fonética, que possam induzir facilmente o consumidor em erro ou confusão, ou que a marca a registar compreenda um risco de associação com a marca anteriormente registada, de forma que o consumidor não possa distinguir as duas senão depois de exame atento ou confronto. Para se determinar se existe afinidade entre determinados produtos, não se deve atender propriamente à sua natureza intrínseca, mas antes aos respectivos destinos ou aplicações e possibilidade de confusão e de concorrência no mercado. E será ainda de ponderar se os produtos correspondem às mesmas necessidades da clientela e se são normalmente vendidos nos mesmos estabelecimentos. (Ac. do TRL, de 29.04.2003, proc. 2149/2003-7)

Comete, em concurso real, o crime de contrafacção e uso ilegal de marca e o crime de fraude sobre mercadorias, quem pretendia vender artigos de marca contrafeita, conhecendo a natureza desses artigos. (Ac. do TRP, de 7.1.2004, proc. 0315263)

I – Malgrado a existência de jurisprudência em sentido divergente, entendemos que entre os crimes de fraude sobre mercadorias, previsto e punido pelo artigo 23.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, e de contrafacção de marca, previsto e punido pelo artigo 264.º, n.º 1, alínea a), do Código da Propriedade Industrial, se verifica uma relação de concurso efectivo de crimes, por serem distintos os bens jurídicos tutelados por um e por outro. II – Conforme refere Manuel da Costa Andrade, – “A nova lei dos crimes contra a economia (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de “bem jurídico”, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, 1.ª edição, Coimbra 1985, p. 91 – o direito penal económico contido no Decreto-Lei n.º 28/84 assenta em específicos e autónomos bens jurídicos que, para além da sua índole supraindividual, se caracterizam materialmente pela sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar. III – No referido artigo 23.º, precisamente o preceito que, no diploma, abre o capítulo dos “Crimes contra a Economia”, incriminam-se condutas genericamente reconduzíveis à categoria de “Fraude sobre mercadorias” que têm em comum a potencialidade de enganar o público, sendo as modalidades de acção susceptíveis de preencher a respectiva factualidade integradas por condutas dotadas de características que violam as expectativas reconhecidas dos consumidores em relação a mercadoria concreta, o que se pode dar através de Imitações, contrafacção, produção defeituosa, redução quantitativa, etc. IV – O bem jurídico tutelado é assim a confiança dos

operadores económicos na genuinidade e autenticidade dos produtos quer no que respeita às qualidades, quer mesmo no que toca às quantidades.V – Por sua vez, dispõe o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 16/95, de 24 de Janeiro, que alterou o Código da Propriedade Industrial, que “a propriedade industrial desempenha a função social de garantir a lealdade da concorrência pela atribuição de direitos privativos no âmbito do presente diploma, bem como pela repressão da concorrência desleal”. VI – Na verdade, o Código da Propriedade Industrial visa, em primeira linha, a protecção de interesses individuais ou particulares como sejam a actividade e os seus processos e resultados criativos, designadamente o direito de patentes, de marcas, do nome insígnia do estabelecimento e das denominações de origem, com incidência no património das pessoas singulares ou colectivas que se dedicam àquela actividade, pelo que o bem jurídico tutelado é aqui o interesse privado, individual – cfr. acórdão da Relação do Porto, de 28 de Junho de 2000, publicado na Colectânea de Jurisprudência, Ano XXV, Tomo III – 2000. pp. 239-240. VII – Efectivamente, a contrafacção de marcas registadas põe em causa a tutela legal contra a falsificação das marcas de procedência, ou seja, os sinais identificativos da pertença de uma mercadoria a uma empresa determinada, que permitam diferenciá-la das similares dos seus competidores no mercado.VIII – Assim, sendo diferentes os bens jurídicos tutelados no tipo-de-ilícito do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 28/84 e no tipo-de-ilícito do artigo 264.º do Código da Propriedade Industrial, o recorrente, com a sua conduta, violou dois bens jurídicos distintos e de diferente natureza, pelo que se verifica uma situação de concurso efectivo de crimes. (Ac. do TRG, de 17.10.2005, proc. 173/05-1)

I – O crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos protege o interesse comercial da marca. O crime de fraude nas mercadorias protege o interesse do público em geral. II – Mesmo sem ser industrial de fabrico de roupas o arguido atenta contra o interesse comercial da marca quando as vende, sabendo que a marca anunciada não corresponde à realidade. III – Existe uma relação de concurso efectivo de crimes, quando a conduta do agente preenche o crime de fraude sobre mercadorias (previsto e punido pelo art.º 23.º do D. L. n.º 28/84) e o crime de contrafacção de marcas (previsto e punido pelo art.º 324.º do C. P. Industrial – D. L. 36/2003, de 5/3). (Ac do TRC, de 27.09.2006, proc. 1404/06)

I – O Decreto-Lei n.º 28/84, de 20/01, dispõe sobre os ilícitos contra a economia, cujo bem ou interesse protegido é o consumidor em geral ou, se se quiser também, a boa-fé nas relações negociais em geral. Daí que, em geral também, não esteja em causa qualquer marca *qua tale* de qualquer produto ou bem adquirido ou a adquirir. II – Já o CPI regula e tem por finalidade “garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos de produção e desenvolvimento da riqueza”, garantindo assim que “a veracidade e autenticidade dos títulos da sua concessão assegura aos titulares o seu uso exclusivo por tempo indefinido” (arts. 1.º, 3.º e 4.º, n.ºs 2 e 3 do CPI). III – Resultando provado que o arguido, que exerce a actividade profissional de comércio de roupas, detinha todo um conjunto, vasto, de peças de roupa, etiquetadas com variadíssimas marcas notoriamente conhecidas, todas elas contrafeitas, não tendo o seu fabrico sido autorizado pelos proprietários das marcas que ostentam, que destinava à venda, em detrimento do bom nome dessas marcas e em prejuízo dos seus proprietários e dos consumidores em geral, julgando-se, por outro lado, não provado que “todas as marcas em causa se encontram registadas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial”, verifica-se contradição entre a fundamentação e a decisão condenatória pelo crime do art. 324.º, do CPI. IV – Verifica-se, também, no presente caso, o vício de “insuficiência da matéria de facto” para a decisão, já que aquele facto

declarado não provado, relativo ao registo das marcas, sendo essencial, devia ter sido investigado, cabendo ao tribunal *a quo* diligenciar pela sua prova. (Ac. do TRL, de 21.03.2007, proc. 1547/2007-3)

I – Comete o crime de venda de produto contrafeito, previsto e punido pelo art. 324.º do C.P.I., quem vender, puser em circulação ou ocultar produtos contrafeitos, por qualquer dos modos e nas condições referidas nos arts. 321.º a 323.º, com conhecimento dessa situação.

II – A formulação deste tipo criminal é abrangente e compreensiva, nele cabendo condutas que, não fora a extensão da previsão legal, cairiam na forma tentada do crime. Com efeito, no âmbito da norma cabe não só a conduta consistente na venda, como também a colocação de produtos contrafeitos em circulação ou a sua simples ocultação, sendo indiferente à consumação do crime que o agente tenha sido ou não surpreendido a vendê-los ao público consumidor. (Ac. do TRP, de 05.12.2007, proc. 0714122)

Artigo 324.º

Venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos

É punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias quem vender, puser em circulação ou ocultar produtos contrafeitos, por qualquer dos modos e nas condições referidas nos artigos 321.º a 323.º, com conhecimento dessa situação.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

O concurso (anotação 6)

A pena (anotação 7)

Remissões (anotação 8)

O preceito em análise teve a sua fonte imediata no n.º 2 do art. 264.º do anterior CPI, o qual dispunha: “Quem vender ou puser à venda ou em circulação produtos ou artigos com marca contrafeita, imitada ou usada nos termos do número anterior com conhecimento dessa situação será punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias”. 1

O **bem jurídico** será ainda o mesmo que é tutelado nos artigos 321.º a 323.º, ou seja o uso exclusivo do titular do direito de propriedade industrial sobre a inovação ou marca, aqui se alargando o âmbito de tutela penal, a comportamentos posteriores e adicionais (ou complementares) dos factos consignados naqueles artigos. 2

Nos termos deste artigo, pune-se quem vender, puser em circulação ou ocultar produtos contrafeitos, por qualquer dos modos e nas condições referidas nos artigos 321.º a 323.º, com conhecimento dessa situação. Tratar-se-á de condutas posteriores aos actos ali previstos – de fabrico de produtos objecto de patente, modelos de utilidade ou da topografia de produtos semicondutores, de reprodução, exploração ou importação e distribuição de desenhos ou modelos registados, ou de contrafacção, imitação ou uso da marca registada –, que se traduzam na venda, colocação em mera circulação, ou ocultação de produtos contrafeitos. São, por outro lado, actos que se traduzem, de certa forma, num auxílio material ao criminoso, agente dos crimes puníveis nos termos dos anteriores artigos. Concretamente no que concerne à estrutura do crime em apreço, já se expendeu no acórdão do TRP, de 5.12.2007 (Relator: Desembargador Jorge França) que, “Assim sendo, a formulação deste tipo 3

criminal, à semelhança do que acontece com a referente ao tipo de tráfico de droga, por exemplo, é de tal maneira abrangente e compreensiva que nele cabem condutas que, não fora a extensão da previsão legal, cairiam na forma imperfeita, tentada, do crime. Com efeito, no âmbito da norma cabe não só a conduta consistente na venda como, também, na colocação de produtos contrafeitos em circulação ou a sua simples ocultação”.

- 4 O **tipo subjectivo** é doloso, sendo, no entanto, questionável que seja admissível a punição a título de dolo eventual.
- 5 Sobre a punibilidade da **tentativa**, cfr. anotação 4 ao art. 320.º
- 6 A questão da punição do **concurso** entre a prática de um dos crimes previstos nos artigos 321.º a 323.º com a conduta típica deste ilícito não é isenta de dúvidas. De facto, parece não haver especiais problemas quando sejam distintos os agentes responsáveis por uma das condutas puníveis nos termos dos artigos 321.º a 323.º e os agentes das condutas aqui previstas. No entanto, a dúvida surge quando se verifique identidade entre o agente que incorre numa e noutra das condutas, quando é o mesmo o agente a praticar uma das condutas dos artigos 321.º a 323.º e a deste artigo. Não há dúvida que a previsão da presente norma comporta uma ampliação de condutas penalmente relevantes, com o propósito de uma tutela mais completa da propriedade industrial. A circunstância de os tipos de crime cominados artigos 321.º a 323.º tutelarem, afinal, o mesmo bem jurídico protegido pelo crime do artigo em análise, autorizam a conclusão de que a prática dos factos previstos no preceito pelos mesmos agentes responsáveis pela prática dos crimes dos artigos 321.º a 323.º, não sendo circunstância indiferente ou irrelevante, não implica a sua autonomização sancionatória, podendo tais factos relevar em termos de uma ilicitude acrescida, com necessários reflexos na determinação concreta da pena. Conclusão que é, s.m.o., reforçada pelo facto de a pena cominada neste preceito, sendo de cerca de um terço da cominada nas incriminações dos artigos 321.º a 323.º significar, assim, uma menor relevância da sua dignidade penal. Considera JOÃO FERREIRA que “(...) em situação de preenchimento dos vários elementos típicos de cada uma das normas incriminadoras, verifica-se um caso de pluralidade de infracções. Outra solução olvida uma explicação cabal do complexo regime legal vigente. Em síntese, deve perspectivar-se o crime do art. 323.º como uma espécie de “furto”, o crime do art. 324.º como uma espécie de “receptação” e o crime do art. 23.º como uma “burla tentada”. Esta, servindo-se de elementos comuns aos art. 323.º e 324.º, funciona como uma espécie de “circunstância agravante” destes dois tipos industriocriminais, se bem que em termos inéditos, pois, ao contrário das outras, funciona, heterodoxalmente, em sistema de concurso efectivo com o art. 323.º” (“Crime de contrafacção de marca e crime de fraude sobre mercadorias: unidade ou pluralidade de infracções?”, *RMP*, N.º 113.º, Jan.-Mar. 2008, pp. 93 e 94).
- 7 A **pena** aplicável é de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. Cfr. anotações 5 e 6 ao art. 321.º
- 8 I – Comete o crime de venda de produto contrafeito, previsto e punido pelo art. 324.º do C.P.I., quem vender, puser em circulação ou ocultar produtos contrafeitos, por qualquer dos modos e nas condições referidas nos arts. 321.º a 323.º, com conhecimento dessa situação. II – A formulação deste tipo criminal é abrangente e compreensiva, nele cabendo condutas que, não fora a extensão da previsão legal, cairiam na forma tentada do crime. Com efeito, no âmbito da norma cabe não só a conduta consistente na venda, como também a colocação de produtos contrafeitos em circulação ou a sua simples ocultação, sendo indiferente à consumação do crime que o agente tenha sido ou não surpreendido a vendê-los ao público consumidor. (Ac. do TRP, de 5.12.2007, proc. 0714122)

I. A colocação em circulação de produtos contrafeitos, deve assentar a sua matriz numa intencionada genérica e ampla perspectiva de entendimento, mas enquadrada pela realidade que se prende com a actividade comercial. Assim, não se podia dizer, logo (isto é, sem mais, pura e simplesmente), que aquela situação (a definida por aqueles factos) estava afastada daquela genérica e ampla perspectiva de entendimento, já que as ditas peças de vestuário contrafeitas haviam sido compradas para posterior venda (isto tem a ver, manifestamente, com a perspectiva comercial; e de tal maneira as coisas são assim que se está face a contrato de compra e venda de natureza comercial – art. 463.º, 1.º, do C. Comercial). Bem pelo contrário, efectivamente, pois essa específica compra e venda, pela sua própria natureza, comercial, faz com que (necessariamente, pois se assim não fosse estar-se-ia a desprezar esta natureza do negócio), a partir da entrega da coisa vendida, porque para revenda, pelo comprador, a mesma entre, de imediato, na circulação comercial.

II. Aliás, até por uma outra razão, mais comezinha, qual seja a de este ser (como seria, se não tivesse havido a intervenção da autoridade), exactamente, o último passo do circuito comercial, antes da nova venda (ou revenda).

III. Por tudo isto, temos de concluir no sentido de que se verifica esse específico elemento do tipo objectivo do crime em destaque.

IV. E como se verificam, igualmente, o elemento do tipo subjectivo, temos que se tem de imputar ao arguido a prática do crime de circulação de produtos ou artigos, com previsão e punição nos arts 323.º, al.ª c), e 324.º do C. da Propriedade Industrial. (Ac. do TRP, de 5.3.2008, proc. 0746287)

Preenche o elemento do tipo “puser em circulação” do crime de venda, circulação ou ocultação de produtos ou artigos (324.º C. Propriedade Industrial) a conduta do agente que transporta produtos contrafeitos que destina vender. (Ac. RP de 10.02.2010, proc. 5/06.8FBVRL.P1).

Artigo 325.º

Violação e uso ilegal de denominação de origem ou de indicação geográfica

É punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias quem:

a) Reproduzir ou imitar, total ou parcialmente, uma denominação de origem ou uma indicação geográfica registada;

b) Não tendo direito ao uso de uma denominação de origem, ou de uma indicação geográfica, utilizar nos seus produtos sinais que constituam reprodução, imitação ou tradução das mesmas, mesmo que seja indicada a verdadeira origem dos produtos ou que a denominação ou indicação seja acompanhada de expressões como “Género”, “Tipo”, “Qualidade”, “Maneira”, “Imitação”, “Rival de”, “Superior a” ou outras semelhantes.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A pena (anotação 5)

A **fonte** do preceito pode, de alguma forma, ser encontrada na al.ª f) do art. 260.º do CPI anterior, que punia as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adoptado. 1

Tutela-se o valor e direito ao uso da denominação de origem ou de uma indicação geográfica registada (cfr. artigos 228.º, n.º 2, 305.º e 306.º). Trata-se de comportamentos 2

que se configuram como **actos de apropriação**. Aqui se integram todos os actos em que se invoquem certas indicações sobre a denominação de origem ou de uma indicação geográfica registada, que, não existindo, ou que, podendo ser verdadeiras, o agente não seja titular do direito ao seu uso. Nos termos do art. 305.º, “Entende-se por denominação de origem o nome de uma região, de um local determinado ou, em casos excepcionais, de um país que serve para designar ou identificar um produto: a) Originário dessa região, desse local determinado ou desse país; b) cuja qualidade ou características se devem, essencial ou exclusivamente, ao meio geográfico, incluindo os factores naturais e humanos, e cuja produção, transformação e elaboração ocorrem na área geográfica delimitada. 2 – São igualmente consideradas denominações de origem certas denominações tradicionais, geográficas ou não, que designem um produto originário de uma região, ou local determinado, e que satisfaçam as condições previstas na alínea b) do número anterior. 3 – Entende-se por indicação geográfica o nome de uma região, de um local determinado ou, em casos excepcionais, de um país que serve para designar ou identificar um produto: a) originário dessa região, desse local determinado ou desse país; b) cuja reputação, determinada qualidade ou outra característica podem ser atribuídas a essa origem geográfica e cuja produção, transformação ou elaboração ocorrem na área geográfica delimitada. 4 – As denominações de origem e as indicações geográficas, quando registadas, constituem propriedade comum dos residentes ou estabelecidos na localidade, região ou território, de modo efectivo e sério e podem ser usadas indistintamente por aqueles que, na respectiva área, exploram qualquer ramo de produção característica, quando autorizados pelo titular do registo. 5 — O exercício deste direito não depende da importância da exploração nem da natureza dos produtos, podendo, consequentemente, a denominação de origem ou a indicação geográfica aplicar-se a quaisquer produtos característicos e originários da localidade, região ou território, nas condições tradicionais e usuais, ou devidamente regulamentadas”. Se os limites da localidade, região ou território a que uma certa denominação ou indicação pertence não estiverem demarcados por lei, são os mesmos declarados pelos organismos oficialmente reconhecidos que superintendam, no respectivo local, o ramo de produção, os quais têm em conta os usos leais e constantes, conjugados com os superiores interesses da economia nacional ou regional (art. 306.º). O processo de registo das denominações de origem ou das indicações geográficas pode ser feito pela via nacional (artigos 307.º e 308.º) ou internacional (art. 309.º).

- 3 As **condutas objectivas típicas** consistem na reprodução ou imitação, total ou parcialmente, de uma denominação de origem ou de uma indicação geográfica registada ou na utilização, por quem não tenha direito ao uso de uma denominação de origem, ou de uma indicação geográfica, nos seus produtos, de sinais que constituam reprodução, imitação ou tradução das mesmas, mesmo que seja indicada a verdadeira origem dos produtos ou que a denominação ou indicação seja acompanhada de expressões como “Género”, “Tipo”, “Qualidade”, “Maneira”, “Imitação”, “Rival de”, “Superior a” ou outras.
- 4 O preenchimento do **tipo subjectivo** do ilícito faz-se a título doloso.
- 5 A **pena** é de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias. Cfr. anotações 4 e 5 ao art. 321.º

Artigo 326.º*Patentes, modelos de utilidade e registos de desenhos ou modelos obtidos de má-fé*

1. É punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias quem, de má fé, conseguir que lhe seja concedida patente, modelo de utilidade ou registo de desenho ou modelo que legitimamente lhe não pertença, nos termos dos artigos 58.º, 59.º, 121.º, 122.º, 156.º, 157.º, 181.º e 182.º

2. Na decisão condenatória, o tribunal anula, oficiosamente, a patente, o modelo de utilidade ou o registo ou, a pedido do interessado, transmiti-los-á a favor do inventor ou do criador.

3. O pedido de transmissão da patente, do modelo de utilidade ou do registo, referido no número anterior, pode ser intentado judicialmente, independentemente do procedimento criminal a que este crime dê origem.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O tipo objectivo (anotação 2)

O tipo subjectivo (anotação 3)

A pena (anotação 4)

O preceito tem origem remota no art. 262.º do anterior CPI (Patente obtida de má-fé), sendo que tal norma contemplava apenas a tutela da patente. 1

O comportamento ilícito consignado na incriminação é a obtenção, de má-fé, da concessão de patente, modelo de utilidade ou registo de desenho ou modelo que legitimamente lhe não pertença – e que pertença ou esteja em vias de ser deferida a outrem – mediante a falsa invocação da relação de sucessão (art. 58.º, n.º 1), da participação da invenção patenteada (art. 58.º, n.º 2), das especiais obrigações decorrentes da relação laboral (art. 59.º), regras aplicáveis aos modelos de utilidade (*ex vi* artigos 121.º e 122.º), aos desenhos e modelos (*ex vi* artigos 181.º e 182.º) e às topografias de produtos semi-condutores (*ex vi* artigos 156.º e 157.º). A alusão no n.º 1 do preceito aos artigos 156.º e 157.º – que remetem para o regime geral do direito ao registo ou para as regras especiais da titularidade do registo relativamente a topografias de produtos semicondutores –, é contraditória, uma vez que a previsão da norma não alude à tutela de tais inventos. Nos termos do n.º 2, na decisão condenatória, o tribunal anula, oficiosamente, a patente, o modelo de utilidade ou o registo ou, a pedido do interessado, transmiti-los-á a favor do inventor ou do criador. Cfr. art. 114.º, quanto à declaração de nulidade ou anulação da patente. Cfr., art. 152.º, relativamente à declaração de nulidade ou anulação de modelo de utilidade. Cfr., ainda, artigos 208.º a 210.º, quanto à declaração de nulidade ou anulação do registo de desenho ou modelo. 2

O tipo subjectivo é doloso, mas parece ser questionável a verificação da modalidade do dolo eventual, considerando a forma como aparece tipificado o elemento subjectivo (“má-fé”). 3

A pena aplicável será a de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. Sobre a pena, cfr. anotações 5 e 6 ao art. 321.º 4

Artigo 327.º*Registo obtido ou mantido com abuso de direito*

É punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias quem requerer, obtiver ou mantiver em vigor, em seu nome ou no de terceiro, registo de marca, de nome, de insígnia ou de logótipo que constitua reprodução ou imitação de marca ou nome comercial pertencentes a nacional de qualquer país da União,

independentemente de, no nosso país, gozar da prioridade estabelecida no artigo 12.º, com a finalidade comprovada de constranger essa pessoa a uma disposição patrimonial que acarrete para ela um prejuízo ou para dela obter uma ilegítima vantagem económica.

Sumário da anotação:

Generalidades (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A pena (anotação 5)

- 1 O logótipo pode ser constituído por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente por elementos nominativos, figurativos ou por uma combinação de ambos. O logótipo deve ser adequado a distinguir uma entidade que preste serviços ou comercialize produtos, podendo ser utilizado, nomeadamente, em estabelecimentos, anúncios, impressos ou correspondência (art. 304.º-A). O fundamento da tutela do nome e da insígnia consiste na individualização do estabelecimento comercial. Se ambos identificam ou individualizam o estabelecimento, distingue-os a sua composição, porquanto o nome do estabelecimento é um sinal nominativo e a insígnia um sinal figurativo ou emblemático. Tendo em consideração a revogação dos artigos 282.º a 304.º do CPI (na versão originária do Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5-3) pelo art. 14.º do Decreto-Lei n.º 143/2008, de 25-7, cumpre atentar no que se refere ao regime do nome e insígnia do estabelecimento nos artigos 11.º a 13.º deste diploma. Assim, os pedidos de registo de nomes de estabelecimento e de insígnias de estabelecimento que tenham sido apresentados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 143/2008, e que não tenham sido ainda objecto de despacho ou de decisão judicial passam a designar-se pedidos de registo de logótipos, aplicando-se as alterações ao Código da Propriedade Industrial introduzidas pelo referido Decreto-Lei (art. 11.º, n.º 1). Os registos de nomes de estabelecimento e de insígnias de estabelecimento caducados relativamente aos quais esteja a decorrer, à data da entrada em vigor do citado Decreto-Lei, o prazo de revalidação passam a designar-se registos de logótipos aquando do deferimento da revalidação (art. 11.º, n.º 2). Os registos de nomes de estabelecimento e de insígnias de estabelecimento relativamente aos quais, à data da entrada em vigor do referido Decreto-Lei, esteja a decorrer o prazo para pagamento da taxa de registo passam a designar-se registos de logótipos aquando do respectivo pagamento (art. 11.º, n.º 3). Após a entrada em vigor do mencionado Decreto-Lei, os titulares de registos de nomes de estabelecimento e de insígnias de estabelecimento podem requerer, a todo o tempo e sem qualquer encargo, a conversão daqueles direitos em registos de logótipos (art. 11.º, n.º 4). Os registos de nomes de estabelecimento e de insígnias de estabelecimento que não tenham sido convertidos nos termos do número anterior convertem-se, automaticamente, em registos de logótipos aquando da primeira renovação que ocorrer após a entrada em vigor do mencionado Decreto-Lei (art. 11.º, n.º 5).
- 2 Parece estar em causa na incriminação presente a tutela da liberdade de utilização de marca e de logótipo, por parte de nacional de país da União, ainda que em Portugal o agente goze de prioridade estabelecida no art. 12.º, desde que a finalidade da obtenção ou manutenção do registo da marca ou do logótipo seja a de constranger esse nacional a uma disposição patrimonial que lhe acarrete um prejuízo ou para dele obter vantagem económica ilegítima. O que aproxima o tipo de crime de uma forma especial de “extorsão”.

- Os **comportamentos tipicamente relevantes** serão os seguintes: requerimento; 3
obtenção; ou manutenção em vigor, em seu nome ou no de terceiro, de registo
de marca, de nome, de insígnia ou de logótipo, que constituam reprodução ou
imitação de marca ou nome comercial pertencentes a nacional de qualquer país
da União, independentemente de, no nosso país, gozar da prioridade estabelecida
no artigo 12.º, com a finalidade comprovada de constranger essa pessoa a uma
disposição patrimonial que acarrete para ela um prejuízo ou para dela obter uma
ilegítima vantagem económica.
- O **tipo subjectivo** do crime em apreço é doloso. A incriminação encerra uma 4
previsão de ser levado a cabo mediante a finalidade comprovada de constranger
essa pessoa a uma disposição patrimonial que acarrete para ela um prejuízo ou
para dela obter uma ilegítima vantagem económica, o que parece sugerir a previsão
de um dolo específico.
- A **pena** aplicável é a de prisão até 3 anos ou a pena de multa até 360 dias. Cfr., 5
sobre a pena, anotações 5 e 6 ao art. 321.º

Artigo 328.º

Registo de acto inexistente ou realizado com ocultação da verdade

É punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias quem, independentemente da violação de direitos de terceiros, fizer registar um acto juridicamente inexistente ou com manifesta ocultação da verdade.

Sumário da anotação:

- O bem jurídico (anotação 1)
- O tipo objectivo (anotação 2)
- O tipo subjectivo (anotação 3)
- A pena (anotação 4)

- Encontra-se previsto o registo de múltiplos actos no âmbito da propriedade 1
industrial. O **bem jurídico** tutelado é o dever de veracidade, por parte do operador
económico, em termos de lealdade e fidedignidade, o que aproxima a norma de
uma incriminação por falsidade ou falsas declarações perante os órgãos competentes
para o registo de actos a ele sujeitos.
- O **comportamento objectivo** tipicamente relevante é a consecução de registo de 2
acto juridicamente inexistente ou com manifesta ocultação da verdade, indepen-
dentemente da violação de direitos de terceiros.
- O **tipo subjectivo** do ilícito aqui previsto é doloso, em qualquer das modalidades 3
do dolo. Não se prevê qualquer dolo específico, uma vez que é indiferente, para
o preenchimento dos pressupostos típicos, a afectação de direitos de terceiros.
- A **pena** aplicável é a de prisão até 3 anos ou a pena de multa até 360 dias. Cfr., 4
sobre a pena, anotações 5 e 6 ao art. 321.º

Artigo 329.º

Queixa

O procedimento por crimes previstos neste Código depende de queixa.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotação 1)
- O princípio da oficiosidade e excepções (anotação 2)
- A natureza semi-pública dos crimes e o regime de apreensões (anotação 3)
- Remissões (anotação 4)

- 1 A disposição em apreço é inovatória, não conhecendo regime semelhante no anterior CPI, revestindo as infracções nele previstas natureza pública. A alteração da natureza do crime, quanto ao princípio da oficiosidade (no que respeita à natureza quanto à necessidade do exercício do direito de queixa) originou, aquando da entrada em vigor do actual CPI, acesa problemática, atendendo à sucessão de regimes penais no tempo (cfr., sobre o assunto, TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 389-409).
- 2 O preceito consagra uma excepção ao princípio da oficiosidade ou da promoção oficiosa, entendido como a atribuição ao Estado da exclusividade da titularidade da acção penal, exercida oficiosamente através do MP ou, em casos especiais, por outras entidades oficiais (v.g., órgãos de polícia criminal, forças de segurança, organismos do Estado com competências específicas para a fiscalização de certas actividades, etc). Como refere FIGUEIREDO DIAS, “(...) o princípio da promoção oficiosa não se afirma sem limitações. Limitações de ordem legal, por um lado, derivadas da existência dos crimes semi-públicos e dos crimes particulares (...). Dizem-se crimes públicos aqueles em que o MP promove oficiosamente e por sua própria iniciativa o processo penal e decide com plena autonomia – embora estritamente ligado por um princípio de legalidade – da submissão ou não submissão de uma infracção a julgamento. Dizem-se crimes particulares em sentido lato aqueles em que a legitimidade do MP para por eles acusar precisa de ser integrada por uma denúncia (chamados crimes semi-públicos ou semi-particulares) ou também por uma acusação particular (crimes particulares em sentido estrito).” (*Direito Processual Penal*, I Vol., Coimbra Editora, Coimbra, 1981, p. 120).
- 3 De notar que a atribuição de natureza semi-pública aos delitos previstos no CPI não impede que os OPC competentes procedam a diligências preventivas e de fiscalização, tais como a apreensão de objectos em que se manifeste a prática objectiva de uma infracção prevista neste Código, bem como de materiais ou de instrumentos predominantemente utilizados para a sua prática (art. 342.º). No entanto, independentemente de queixa, a apreensão pode justificar-se, ainda, tendo em conta que, mesmo no caso de a conduta, em concreto, não se materializar na prática de um dos crimes aqui previstos, poder integrar outro tipo de infracção, desde logo a contra-ordenação prevista no art. 335.º, que qualifica como tal os actos preparatórios – criminalmente impunes, salvo disposição em contrário (art. 21.º do CP) – dos crimes aqui elencados.
- 4 Sobre o regime substantivo dos crimes de natureza semi-pública, cfr. artigos 113.º a 116.º do CP. Sobre o regime processual dos crimes de natureza semi-pública e a legitimidade do MP para o respectivo procedimento, cfr. os artigos 48.º a 52.º, 241.º a 247.º do CPP.
O crime de contrafacção, imitação e uso ilegal de marca era, à data do seu cometimento um crime público nos termos da legislação que o previa e punia – art. 264.º, n.º 2 do Código da Propriedade Industrial (Decreto-Lei n.º 16/95, de 24.1). Com a alteração produzida pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5.3 procedeu-se à alteração da natureza do crime que passou a depender de queixa (arts. 323.º e 329.º do C.P.I.). Não se configurando a queixa, à data em que o MP iniciou o procedimento, condição objectiva de procedibilidade, não são de aplicar as regras da sucessão de leis no tempo como se de uma alteração ao tipo legal de crime, mais favorável se tratasse, mantendo, assim, o MP a legitimidade para o exercício da acção penal. (Ac. do TRL, de 26.11.2004, proc. 9365/2004-5)
Se, quando entra em vigor uma lei que converte um crime de público em semi-público (ou particular), ainda não se iniciou o procedimento criminal, o início deste passa a ficar dependente da apresentação da queixa; mas se, quando entra

em vigor a referida lei, o procedimento criminal já foi iniciado, não é necessária a queixa, mas pode o ofendido extinguir o processo, desistindo do (impedindo o) prosseguimento da acção penal. (Ac. do TRG, de 04.07.2005, proc. 2247/04-1)

I – Se a lei antiga estipulava que, para permitir a perseguição criminal, não se tornava necessário que o titular do interesse jurídico formulasse queixa e a nova lei já o exige, o procedimento iniciado sob a égide da lei antiga, mais intensa o seu iter persecutório, deve ser ilaqueado e o procedimento criminal ser declarado extinto, porque mais favorável ao arguido, independentemente das vicissitudes processuais que ocorreram. II – Mesmo não se verificando todos os elementos de que depende a existência do crime, a mercadoria apreendida que se encontrava em contravenção às regras que regem a propriedade industrial deve ser declarada perdida a favor do Estado. (Ac. do TRC, de 25.01.2006, proc. 3980/05)

I – A queixa, condição do procedimento criminal, constitui um pressuposto processual, de natureza adjectiva, mas é também uma condição material de responsabilidade penal do agente. II – Uma lei que transforma um crime público em semi-público é mais favorável ao arguido do que a anterior, deixando a promoção do processo criminal de estar na livre disponibilidade do Ministério Público. (Ac. do TRC, de 29.11.2006, proc. 166/03.8TATMR-A.C1)

I – A entrada em vigor de uma nova lei que atribui a natureza semi-pública a um crime que era público, não pode ter o sentido de exigir uma queixa que não era necessária à luz da lei vigente à data da prática dos factos. II – O art. 329.º do C. P. Industrial, não sendo uma norma incriminadora ou sancionatória, isto é, de direito substantivo, não tem aplicação por via do art. 2.º, n.º 4, do CPP. (Ac. do TRC, de 23.05.2007, proc. 185/97.1TAVGS.C1)

I – O art. 2.º, n.º 4 do C. Penal impõe que, entre duas ou mais leis penais que se sucedam no tempo, aplicáveis (ou potencialmente aplicáveis) à mesma pessoa ou ao mesmo facto, prevalece a de conteúdo mais benévolo, isto é, aplica-se a que menos comprima direitos, liberdades e garantias. II – Deve assim ser aplicada a lei nova, surgida depois da acusação, segundo a qual o ilícito em causa (contrafacção, imitação e uso ilegal de marca) passou a revestir natureza semi-pública (art. 329.º do C.P.I.). III – Daí que, não tendo o ofendido, após a vigência da nova lei, formalizado ou manifestado o desejo de procedimento criminal, o MP perde a legitimidade para o exercício da acção penal. (Ac. do TRP, de 20.01.2010, proc. JTRP00043408) A Portaria n.º 882/2010, de 10 de Setembro, criou o Grupo Anti-Contrafacção, com um Portal de Internet em www.anti-contrafaccao.org, susceptível de, entre outras finalidades, disponibilizar o sistema de queixa electrónica.

Artigo 330.º

Destinos dos objectos apreendidos

1. São declarados perdidos a favor do Estado os objectos em que se manifeste um crime previsto neste Código, bem como os materiais ou instrumentos que tenham sido predominantemente utilizados para a prática desse crime, excepto se o titular do direito ofendido der o seu consentimento expresso para que tais objectos voltem a ser introduzidos nos circuitos comerciais ou para que lhes seja dada outra finalidade.

2. Os objectos declarados perdidos a que se refere o número anterior são total ou parcialmente destruídos sempre que, nomeadamente, não seja possível eliminar a parte dos mesmos ou o sinal distintivo nele apostado que constitua violação do direito.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O regime (anotação 2)

Remissões (anotação 3)

- 1 O preceito não tinha correspondência no anterior CPI. Foi introduzido pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5-3.
- 2 Fixa-se um regime especial no tocante ao destino dos objectos em que se manifeste um crime previsto neste Código, bem como os materiais ou instrumentos que tenham sido predominantemente utilizados para a prática desse crime, e, nessa medida, constitui desvio à regra dos artigos 109.º e 110.º do CP. A lei parece deixar ficar na dependência do consentimento expresso do titular do direito ofendido, que tais objectos voltem a ser introduzidos nos circuitos comerciais ou para que lhes seja dada outra finalidade, nomeadamente de ordem assistencial ou filantrópica. A manifestação de vontade do titular do direito ofendido não pode sobrepor-se, no entanto, à declaração de perda dos objectos e instrumentos a favor do Estado, se não for possível eliminar a parte dos mesmos ou o sinal distintivo nele apostado que constitua violação do direito: é o que sucede, normalmente, nos casos de contrafacção de artigos de vestuário, em que se encontre apostado sinal distintivo (emblema, logótipo, marca), com carácter permanente e que não se consiga destacar, sob pena de desfiguração ou inutilização.
- 3 Cfr. regime dos artigos 109.º a 112.º do CP e art. 9.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-1. I – No caso do crime de contrafacção não há lugar a um automático perdimento das máquinas em que foram fabricados os artigos contrafeitos, pois que a tanto desde logo se opõe o art. 30.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa. II – Para que um objecto seja declarado perdido a favor do Estado é necessário, conforme se estatui no n.º 1 do art. 109.º do C. Penal que: ... tivesse servido “para a prática de um facto ilícito típico,... e quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso... oferecerem sério risco de ser utilizadas para o cometimento de novos factos ilícitos típicos.” III – Ora se é certo que as máquinas serviram para a prática de um facto ilícito típico e que têm potencialidade para servir para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, tal potencialidade, que se não confunde com possibilidade e muito menos com probabilidade, é rigorosamente igual para todas as máquinas de todas as outras fábricas têxteis. IV – Nenhum facto consta da matéria apurada que possa levar à conclusão de que existe sério risco de serem utilizadas para o cometimento de novos factos ilícitos típicos, o que acontecia se, por exemplo, a arguida apenas fabricasse com elas artigos contrafeitos, ou, no mínimo, que a contrafacção era a principal actividade da arguida, matéria que não consta da factualidade assente, falta um dos requisitos necessários para decretar o perdimento das máquinas, não poderiam aquelas ser declaradas perdidas a favor do Estado. (Ac. do TRG, de 27.10.2003, proc. 1365/03-1)
1. O artigo 330.º do Código da Propriedade Industrial, por constituir regime especial, prevalece sobre o regime geral de perda de instrumentos e produtos do artigo 109.º do Código Penal. 2. Não devem ser declarados perdidos a favor do Estado, as garrafas de vinho apreendidas quando o elemento figurativo dos rótulos é perfeitamente destacável dos produtos onde estão apostos e, deste modo, a imitação de marca registada evidenciada pelos rótulos não se transmite às garrafas e ao vinho que estas contêm. (Ac. do TRC, de 10.02.2010, proc. 295/06.6ECLSB.C1)

Artigo 335.º
Actos preparatórios

É punido com coima de € 3000 a € 30 000, caso se trate de pessoa colectiva, e de € 750 a € 7500, caso se trate de pessoa singular, quem, sem consentimento do titular do direito e com intenção de preparar a execução dos actos referidos nos artigos 321.º a 327.º deste Código, fabricar, importar, adquirir ou guardar para si, ou para outrem sinais constitutivos de marcas, nomes, insígnias, logótipos, denominações de origem ou indicações geográficas registados.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Os actos preparatórios e a tentativa (anotação 2)

O concurso (anotação 3)

O preceito não tinha correspondência no anterior CPI. Foi introduzido na versão originária deste Código, pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5.3. Todavia, o art. 265.º do anterior CPI previa a punibilidade dos actos preparatórios – com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias – dos actos referidos no art. 264.º daquele diploma (contrafacção, imitação e uso ilegal da marca). 1

Apesar de a norma assumir uma natureza de incriminação contra-ordenacional, insere-se em conexão com as demais normas incriminatórias penais, dada a complementaridade material da sua previsão. Como é sabido, os **actos preparatórios** não são, por regra, puníveis (art. 21.º do CP). Contudo, há excepções, mesmo ao nível penal (cfr., artigos 271.º, 275.º e 344.º do CP). Por outro lado, os crimes previstos neste Código não seriam puníveis, a título de tentativa, dado que nenhum deles é punível com pena superior a três anos de prisão, o que respeitaria a regra do art. 23.º, n.º 1 do CP. Contudo, como se expendeu já em anotação ao art. 320.º, sendo aplicável o disposto no art. 4.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1. – que estabelece a punibilidade da tentativa para os crimes previstos naquele diploma, independentemente da moldura penal – também os crimes previstos neste diploma serão puníveis a título de tentativa. 2

Ao estabelecer a punibilidade, a título contra-ordenacional, da preparação dos actos referidos nos artigos 321.º a 327.º deste Código, a título de fabrico, importação, aquisição ou guarda para si, ou para outrem, de sinais constitutivos de marcas, nomes, insígnias, logótipos, denominações de origem ou indicações geográficas registados, sem consentimento do titular do direito, o legislador manifesta o seu propósito de reforçar a perseguição de tais factos; estará em causa a consideração da relevância da sua potencial nocividade ou danosidade para o tráfico económico e, reflexamente, para os interesses dos consumidores, apesar de os factos consumados poderem não atingir o patamar da dignidade penal, designadamente pelo não exercício do direito de queixa, pelo respectivo titular. Por outro lado, terá sido propósito do legislador cobrir em termos sancionatórios, todas aquelas actividades que integrem estádios prévios aos da tentativa, e que, de outra forma, ficariam impunes.

A previsão em apreço pressupõe a prática dos factos enumerados com intenção de preparar a execução dos actos referidos nos artigos 321.º a 327.º deste Código. 3
Dessa forma, parece que a sua punibilidade só ocorrerá se não se entrar no estado da tentativa (e, muito menos, se não chegar a consumar-se o tipo de crime em causa). O crime consumado consumirá (regra da consumpção) a norma incriminatória contra-ordenacional (art. 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27.2., alterado pelos

Decretos-Lei n.ºs 356/89, de 17.10, 244/95, de 14.9., 323/2001, de 17.12. e pela Lei n.º 109/2001, de 24.12).

Artigo 338.º-M

Sanções acessórias

1. Sem prejuízo da fixação de uma indemnização por perdas e danos, a decisão judicial de mérito deve, a pedido do lesado e a expensas do infractor, determinar medidas relativas ao destino dos bens em que se tenha verificado violação dos direitos de propriedade industrial.

2. As medidas previstas no número anterior devem ser adequadas, necessárias e proporcionais à gravidade da violação, podendo incluir a destruição, a retirada ou a exclusão definitiva dos circuitos comerciais, sem atribuição de qualquer compensação ao infractor.

3. Na aplicação destas medidas, o tribunal deve ter em consideração os legítimos interesses de terceiros, em particular dos consumidores.

4. Os instrumentos utilizados no fabrico dos bens em que se manifeste violação dos direitos de propriedade industrial devem ser, igualmente, objecto das sanções acessórias previstas neste artigo.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A natureza e o objectivo (anotação 2)

O regime (anotação 3)

Remissões (anotação 4)

- 1 O preceito não tinha correspondência no anterior CPI. Foi aditado pelo art. 6.º da Lei n.º 16/2008, de 1.4. à versão originária do CPI aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5.3.
- 2 O preceito em causa está inserido na subsecção VI do CPI denominada “Medidas decorrentes da decisão de mérito”, as quais, note-se, podem não ser proferidas no âmbito e termo de um processo criminal. Donde, decorrerá uma relativa impropriedade da epígrafe da disposição. Na verdade, apesar de no n.º 1 se mencionar o termo “infractor”, o certo é que, em lado algum se prevê que tais medidas relativas ao destino dos bens em que se tenha verificado violação dos direitos de propriedade industrial sejam aplicadas ou determinadas na sequência da condenação pela prática de qualquer ilícito criminal previsto no Código. Dir-se-ia que, preponderantemente, as medidas que são aqui previstas são passíveis de ser aplicadas no âmbito de uma acção de indemnização por responsabilidade civil, que culmine numa decisão judicial (de mérito) condenatória. Ponto é que sejam pedidas pelo lesado.
- 3 As medidas aqui contempladas, respeitam ao destino dos bens em que se tenha verificado violação dos direitos de propriedade industrial, devendo ser adequadas, necessárias e proporcionais à gravidade da violação. Podem ser as seguintes: a destruição; a retirada ou a exclusão definitiva dos circuitos comerciais, sem atribuição de qualquer compensação ao infractor. O n.º 3 expressa a preocupação do legislador com a especial atenção que o julgador deve adoptar ao aplicar as medidas aqui previstas, com os interesses legítimos de terceiros, designadamente e em especial com os dos consumidores. Os instrumentos utilizados no fabrico dos bens em que se manifeste violação dos direitos de propriedade industrial estão igualmente sujeitos às sanções acessórias previstas neste artigo (n.º 4).
- 4 Cfr. artigos 330.º e 338.º-N e respectivas anotações.

Artigo 338.º-N
Medidas inibitórias

1. A decisão judicial de mérito pode igualmente impor ao infractor uma medida destinada a inibir a continuação da infracção verificada.

2. As medidas previstas no número anterior podem compreender:

a) A interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões;

b) A privação do direito de participar em feiras ou mercados;

c) O encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento.

3. O disposto neste artigo é aplicável a qualquer intermediário cujos serviços estejam a ser utilizados por terceiros para violar direitos de propriedade industrial.

4. Nas decisões de condenação à cessação de uma actividade ilícita, o tribunal pode prever uma sanção pecuniária compulsória destinada a assegurar a respectiva execução.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O regime e a natureza (anotação 2)

Remissões (anotação 3)

O preceito não tinha correspondência no anterior CPI. Foi aditado pelo art. 6.º da Lei n.º 16/2008, de 1-4, à versão originária do CPI aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5-3. Deve entender-se que as medidas inibitórias aqui previstas visam complementar uma certa escassez de cobertura punitiva das “sanções acessórias” previstas no artigo anterior. É duvidoso se, face à designação (*nomen juris*) da epígrafe do preceito, estas medidas têm uma natureza penal, sendo certo que o pressuposto parece não ser eminentemente sancionatório ou repressivo, mas sim preventivo ou inibitório (da continuação da infracção).

A natureza das medidas inibitórias contempladas nas diversas alíneas do n.º 2 – note-se que não são taxativas – parece enquadrar-se melhor com uma natureza de sanção ou pena acessória, já que corresponde a espécies de sanções com idênticas designações e configuração, designadamente no CP e no Decreto-Lei n.º 28/84.

Cfr. os princípios e regimes das penas acessórias de interdição do exercício de actividade (artigos 90.º-A, al.ª b) e 90.º-J do CP e 8.º, al.ª d) e 12.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-1), de privação do direito a participar em feiras ou mercados (artigos 8.º, al.ª g) e 15.º do Decreto-Lei n.º 28/84), de encerramento do estabelecimento (artigos 90.º-A, al.ª e) e 90.º-L do CP e 8.º, als. i) e j) e 17.º e 18.º do Decreto-Lei n.º 28/84), de acordo com os quais se devem harmonizar as medidas aqui previstas, no sentido de não deverem exorbitar os seus pressupostos e duração. Cfr. anotação ao artigo anterior.

Artigo 341.º
Assistentes

Além das pessoas a quem a lei processual penal confere o direito de se constituírem assistentes, têm legitimidade para intervir, nessa qualidade, nos processos crime previstos neste Código as associações empresariais legalmente constituídas.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O âmbito de entidades com legitimidade (anotação 2)

Remissões (anotações 3 e 4)

- 1 O preceito teve como **fonte** o art. 273.º do CPI anterior.
- 2 O art. 273.º do anterior CPI previa que, além das pessoas a quem a lei de processo penal confere o direito de se constituírem assistentes, tinham, também, legitimidade para intervir como assistentes nos processos crime previstos naquele Código, “os organismos patronais, sindicatos ou associações interessadas, legalmente constituídos”. O actual Código restringiu, assim, o universo de potenciais assistentes, ao circunscrevê-lo às associações empresariais legalmente constituídas, para além das pessoas a quem a lei de processo penal confere o direito de se constituírem assistentes. Tratar-se-á, evidentemente, de pessoas, singulares ou colectivas, que sejam ofendidas com a prática do crime, titulares dos direitos violados (e não apenas lesados, como sucede nos casos de licenciamento de exploração de marcas).
- 3 Sobre a legitimidade para a constituição de assistente: cfr. artigos 113.º a 116.º do CP e 68.º do CPP. Sobre a posição processual e atribuições do assistente: cfr. art. 69.º do CPP. Sobre a representação judiciária dos assistentes: cfr. art. 70.º do CPP.
- 4 Os crimes sobre a propriedade, nomeadamente os previstos no Código da Propriedade Industrial, erigidos em *ultima ratio* para tutela do conteúdo e da fruição das diferentes manifestações da propriedade industrial – no presente caso uma marca industrial – têm forçosamente como ofendido o seu dono, ou outrem a quem tenha sido transmitida tal titularidade por alguma via legal, contratual ou mesmo sucessória. O bem jurídico-penal tutelado de forma especial pela norma incriminadora é a integridade e identidade da marca, a par da exclusividade da fruição das virtualidades que da mesma a lei permita que sejam extraídas, tituladas pelo respectivo dono, ou outrem que tenha adquirido tais direitos. No conceito de ofendido não estão abrangidos os titulares de interesses que só de forma mediata ou indirecta beneficiam do efeito irradiante da tutela incriminadora da norma, além de que não basta uma ofensa indirecta a um interesse para que ao seu titular se possa considerar ofendido. (Ac. do TRL, de 27.06.2006, proc. 4512/2006-5)
I – Sendo uma empresa licenciada para explorar determinada marca, não tem legitimidade para intervir como assistente nos casos de crime contra a propriedade industrial, uma vez que não pode considerar-se como ofendida mas apenas lesada, visto que a representada não deixou de ser a titular da marca em causa, ou seja, o contrato de exploração não tem a virtualidade de alterar a qualidade de quem é realmente ofendida. II – O legislador quis consagrar um conceito restrito de ofendido, ao permitir a constituição de assistente apenas ao titular “dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”. III – No caso em análise, o crime que se investiga é um crime contra a propriedade industrial e neste tipo de ilícitos “o bem jurídico-penal tutelado de forma especial pela norma incriminadora é a integridade e identidade da marca, a par da exclusividade da fruição das virtualidades que da mesma lei permita que sejam extraídas, tituladas pelo respectivo dono, ou outrem que tenha adquirido tais direitos. Mas os direitos patrimoniais decorrentes de um contrato cuja tutela decorre paralelamente não emprestam à identificação do bem jurídico senão a concretização da ofensa.” – Ac. do TRL, de 27.06.2007. (Ac. RG de 07-04-2008, proc. 2096/07-2)

Artigo 342.º

Fiscalização e apreensão

1. Antes da abertura do inquérito e sem prejuízo do que se dispõe no artigo 329.º, os órgãos de polícia criminal realizam, oficiosamente, diligências de fiscalização e preventivas.

2. São sempre apreendidos os objectos em que se manifeste um crime previsto neste Código, bem como os materiais ou instrumentos que tenham sido predominantemente utilizados para a prática desse crime.

3. Independentemente de queixa, apresentada pelo ofendido, a autoridade judiciária ordena a realização de exame pericial aos objectos apreendidos, referidos no número anterior, sempre que tal se mostre necessário para determinar se são ou não fabricados ou comercializados pelo titular do direito ou por alguém com sua autorização.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A perda e a apreensão (anotação 2)

A apreensão e os pressupostos do procedimento criminal (anotação 3)

Remissões (anotação 4)

O art. 274.º do CPI anterior contemplava já a hipótese de apreensão pelas autoridades aduaneiras, no acto da importação ou da exportação todos os produtos ou mercadorias que trouxeram, por qualquer forma directa ou indirecta, falsas indicações de proveniência ou denominação de origem, marcas ou nomes ilicitamente usados ou aplicados ou em que se manifestem indícios de uma infracção prevista naquele Código.

A **apreensão** é um instituto de natureza processual, enquanto a perda é um instituto de índole substantiva. Aquele é essencialmente precário, visando a preservação à disposição do processo, dos “objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir a prática de um crime, os que constituírem o seu produto, lucro, preço ou recompensa, e bem assim todos os objectos que tiverem sido deixados pelo agente no local do crime ou quaisquer outros susceptíveis de servir a prova” (art. 178.º, n.º 1 do CPP); a perda consubstancia-se numa declaração judicial de transferência, a título definitivo, da titularidade de um bem do seu dono para o Estado – *instrumenta sceleris* – por revestir certas características de perigosidade e que, essencialmente por razões preventivas, é posto fora do comércio, com vista à sua destruição ou com destino especial (art. 109.º, n.º 1 do CP). À apreensão não se segue inexoravelmente a declaração de perda a favor do Estado, sendo a inversa também verdadeira, pois pode ser declarado perdido a favor do Estado um bem ou direito que não haja sido previamente apreendido no processo. Do complexo normativo que regula os termos gerais da apreensão de objectos em processo criminal decorre que a apreensão efectuada por órgão de polícia criminal (OPC) é validada por despacho da autoridade judiciária (art. 178.º, n.º 3 do CPP); os pressupostos da apreensão enunciados no n.º 1 deste art. 178.º devem conjugar-se com o disposto no art. 109.º, n.º 1 do CP, apesar de o respectivo âmbito de aplicação ser diverso, como se viu, só devendo manter-se apreendidos os objectos que forem susceptíveis de vir a ser declarados perdidos a favor do Estado (artigos 178.º, n.º 1, e 186.º *a contr.* do CPP); os titulares de bens ou direitos objecto de apreensão podem requerer ao juiz de instrução a modificação ou revogação da medida (art. 178.º, n.º 6 do CPP), sendo correspondentemente aplicável o disposto no n.º 5 do artigo 68.º Tal incidente é decidido pelo juiz de instrução.

Nos termos deste artigo, os objectos em que se manifeste um crime previsto neste Código, bem como os materiais ou instrumentos que tenham sido predominantemente utilizados para a prática desse crime, são sempre apreendidos, independentemente de queixa, e, eventualmente, antes mesmo da abertura de inquérito ou até mesmo que este não venha a ser instaurado. Trata-se, pois, de

disposição inovatória. De notar que à apreensão se segue o exame pericial aos objectos apreendidos, independentemente de vir a ser, ou não, instaurado procedimento na sequência de queixa que, entretanto venha a ser formalizada. Tal exame – no caso de não vir a ser instaurado inquérito – torna-se necessário para determinar as características dos objectos, designadamente para efeitos de produção de prova no âmbito de processo por contra-ordenações previstas neste Código, nomeadamente as dos artigos 331.º, 335.º, ou quaisquer outras, que se materializem com a indevida utilização de objectos. É discutível se o exame pericial previsto no n.º 3 do preceito tem, ou não, de observar as formalidades de uma típica perícia processual penal, considerando que ao mesmo pode não se seguir a instauração de inquérito. O que o preceito parece exigir, será a realização de uma inspecção que inequivocamente determine, sempre que tal se mostre necessário, se os objectos apreendidos são ou não fabricados ou comercializados pelo titular do direito ou por alguém com sua autorização. Daí que a norma se refira a “exame pericial” com a finalidade referida, a fim de habilitar a autoridade judiciária a qualificar juridicamente a situação, em termos de *sumaria cognitio*.

- 4 O preceituado neste artigo deve conjugar-se com o regime de apreensões do CPP, bem como com o regime do art. 242.º, n.º 3 e 247.º, n.º 1, do CPP. Normalmente, mesmo que a apreensão não seja imediatamente conhecida do titular do direito de propriedade violado, deverá ser-lhe dado conhecimento, nos termos do art. 247.º, n.º 1 do CPP.

A Portaria n.º 882/2010, de 10 de Setembro, criou o Grupo Anti-Contrafacção, com um Portal de Internet em www.anti-contrafacciao.org, susceptível de, entre outras finalidades, disponibilizar o sistema de queixa electrónica.

JORGE MANUEL ALMEIDA DOS REIS BRAVO

TÍTULO VI

**DIREITOS
E DEVERES SOCIAIS**

CAPÍTULO I

Impostos, Segurança Social e Solidariedade

Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, sobre jogo ilícito, com as alterações introduzidas pela Declaração de Rectificação, de 30 de Dezembro 1989, Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, Lei n.º 28/2004, de 16 de Julho, Decreto-Lei n.º 40/2005, de 17 de Fevereiro, e Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (Artigos 108.º a 117.º)

CAPÍTULO IX

Ilícitos e sanções

SECÇÃO I

Dos crimes

Artigo 108.º

Exploração ilícita de jogo

1. Quem, por qualquer forma, fizer a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até 2 anos e multa até 200 dias.

2. Será punido com a pena prevista no número anterior quem for encarregado da direcção do jogo, mesmo que não a exerça habitualmente, bem como os administradores, directores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora.

Sumário da anotação:

A fonte legal imediata (anotação 1)

As outras fontes (anotação 2)

O bem jurídico (anotações 3 e 4)

A conformidade constitucional da incriminação – proporcionalidade (anotações 5 e 6)

A conformidade face aos Tratados da União Europeia (anotação 7)

A definição de jogo e os diversos regimes de regulamentação (anotação 8)

O tipo objectivo (anotação 9)

A esperança de ganho e o pagamento de prémios (anotação 10)

O elemento crucial: jogos de fortuna ou azar legalmente reservados (anotação 11)

O acórdão do STJ, n.º 4/2010 – fixação de jurisprudência (anotação 12)

Os locais permitidos a exploração (anotação 13)

Os “conceitos-tipo” dos jogos de fortuna e azar (anotação 14)

A interpretação teleologicamente fundada: adequação social e ofensividade (anotação 15)

A posição adoptada (anotação 16)

As máquinas de jogo em especial (anotação 17)

Os expositores contendo cápsulas “*premiadas*” (anotação 18)

A conformidade constitucional da incriminação – determinabilidade (anotação 19)

A extensão da autoria (anotação 20)

A classificação do crime (anotação 21)

O tipo subjectivo (anotação 22)

A falta de consciência da ilicitude (anotação 23)

A tentativa (anotação 24)

A pena (anotação 25)

Fonte legal imediata: O artigo 2.º n.º 6, da Lei n.º 14/89, de 30 de Junho – autorização ao Governo para legislar em matéria de jogos de fortuna ou azar em casinos e de exploração e prática ilícita de jogos de fortuna ou azar, em que este crime foi expressamente previsto com a exacta sanção aplicável que dele consta: “6) Definir

1

os crimes relativos à exploração e à prática ilícita dos jogos de fortuna ou azar e prever as seguintes sanções: a) Prisão até 2 anos e multa até 200 dias para quem explorar jogos de fortuna ou azar ilícitos, pena que é agravada de um terço quando no local forem encontrados menores de 18 anos; b) Prisão até 6 meses e multa até 50 dias para quem for encontrado a praticar jogos de fortuna ou azar ilícitos; c) Pena prevista na alínea anterior, reduzida a metade, para quem for encontrado em local de jogo ilícito e por causa deste; d) Pena correspondente ao crime de extorsão para quem usar de sugestão, ameaça ou violência para constranger outrem a jogar ou para dele obter meios para a prática do jogo; e) Pena correspondente à do crime de burla agravada para quem explorar ou praticar o jogo ou assegurar a sorte através de erro ou engano; f) Pena correspondente à do crime de moeda falsa para quem viciar ou falsificar fichas de jogo e para quem as utilize; g) Pena correspondente ao crime de usura para quem, com intenção de alcançar benefício patrimonial para si ou para outrem, facultar a uma pessoa dinheiro ou qualquer outro meio para jogar; h) Prisão até 2 anos e multa até 200 dias para quem, sem autorização legal ou violando as normas legais aplicáveis, fabricar, publicitar, importar, transportar, transaccionar, expuser ou divulgar material e utensílios que sejam caracterizadamente destinados à prática de jogos de fortuna ou azar; i) Apreensão e destruição, a mandado de tribunal, do material e utensílios de jogos encontrados nos locais onde se pratiquem jogos de fortuna ou azar ilícitos; j) Apreensão de todo o dinheiro e valores destinados ao jogo, bem como os móveis do local onde se pratiquem jogos de fortuna ou azar ilícitos e ainda do dinheiro que for encontrado nas pessoas presentes no mesmo local, sendo tudo, por decisão do tribunal, declarado perdido a favor do Fundo de Turismo”.

- 2 **Outras fontes:** A repressão penal da exploração e da prática dos jogos de azar remonta ao Direito Romano, tendo-se acentuado no final da Idade Média e mantido com as Ordenações, onde já se pune a prática de certos jogos de cartas e dados (Livro V, Título XL §1.º das Ordenações Afonsinas, incluindo a pena de morte com D. Dinis; ou o Livro V, Título XLVIII das Ordenações Manuelinas). A «difusão do jogo e os graves inconvenientes provocados pela paixão do jogo – litígios, rixas e delitos, fraudes e enganões múltiplos para garantir a vitória à *outrance*, a que não foram insensíveis nobres e sacerdotes, acolhendo estes últimos na Igreja jogadores que, assim, beneficiavam da imunidade concedida aos lugares sacros para jogar e apostar – convenceram rapidamente os legisladores que não bastava limitar o jogo de azar e que urgia tomar medidas mais drásticas. Ou seja, que era preciso abandonar a tolerância e introduzir normas severas» (MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e CALVÃO DA SILVA, “Jogo e Aposta – Subsídios de Fundamentação Ética e Histórico-Jurídica”, SCML, Lisboa, 1982, p. 47).

É com o Código Penal de 1852 que, no Título II, do Livro II, relativo aos crimes contra a ordem e tranquilidade pública, se prevê, agora de modo mais abrangente e sistematizado, a incriminação de diversas práticas de jogo (Capítulo X). No artigo 264.º prevê-se que quem se “sustentar do jogo fazendo dele a sua principal agência, será julgado e punido como vadio”; no artigo 265.º, “o que for achado jogando jogo de fortuna ou azar”, na primeira vez será punido com repreensão e em caso de reincidência com multa; artigo 266.º, jogo com menor em pena de prisão de um a 6 meses; artigos 265.º e 266.º, incitar ao jogo ou jogar com menor ou *filho-famílias*; artigo 268.º, a “violência ou coacção para constranger outrem a jogar”, em pena de prisão de 2 meses a 1 ano; artigo 269.º, “aos que empregarem meios fraudulentos para assegurar a sorte”, aplicação das penas do furto.

Finalmente, no artigo 267.º do Código Penal de 1852, prevê-se uma norma incriminadora extraordinariamente semelhante àquela sob anotação, “Aquelles, que em

qualquer lugar derem tabolagem de jogo de fortuna, ou de azar, e os que forem encarregados da direcção do jogo, posto que o não exerçam habitualmente; e bem assim qualquer administrador, preposto, ou agente, serão punidos com prisão de dois meses a um anno, e multa correspondente. § único. O dinheiro e effeitos destinados ao jogo, os moveis da habitação, os instrumentos, objectos, e utensilios destinados ao serviço do jogo, serão apprehendidos, e perdidos, metade a favor do Estado, e metade a favor dos apprehensores.”.

O regime legal codificado foi mantido, *ipsis verbis*, no Código Penal de 1886.

Após acesos debates, nos alvares da república e anos seguintes, sobre os perigos do jogo descontrolado e a necessidade de actualização do regime legal, esta codificação penal do jogo seria revogada em 1927, pelo artigo 63.º do Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927. No artigo 1.º desse diploma define-se, pela primeira vez, os “jogos de fortuna ou azar” como aqueles cujos resultados são inteiramente contingentes, não dependendo a perda ou o ganho da perícia, da destreza, inteligência ou cálculo do jogador. As novas incriminações constam do Decreto n.º 14.708, de 10 de Dezembro de 1927, punindo com prisão maior de 2 a 8 anos aqueles que “derem tavolagem de **jogo de fortuna ou azar** ou que forem encarregados da direcção do jogo”, fazendo-o “fora das zonas e épocas” legalmente permitidas (tal como previstas no Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927), incluindo “qualquer administrador, proposto ou agente” (artigo 1.º). A dosimetria da pena seria reduzida pelo Decreto n.º 16.416 de 25 de Janeiro de 1929, republicado em 4 de Fevereiro de 1929.

Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 41.562, de 18 de Março de 1958, vem regular novamente a matéria do jogo, incluindo a incriminação do jogo ilícito. De acordo com o seu artigo 1.º, “Denominam-se de fortuna ou azar os jogos cujos resultados são contingentes, por dependerem exclusivamente da sorte”; o artigo 2.º, “A prática de jogos de fortuna ou azar só é permitida nos casinos existentes nas zonas de jogo e nas épocas estabelecidas para o seu funcionamento. § único. Sempre que qualquer outra forma de jogo em que, além da sorte, intervenha o cálculo ou perícia do jogador atinja tal incremento público que ponha em perigo os bons costumes, o Ministro do Interior, sob proposta do Conselho da Inspecção de Jogos, poderá tomar as medidas convenientes para reprimir ou restringir a sua prática”; o artigo 3.º inclui um catálogo dos jogos permitidos nos casinos. As incriminações foram previstas no artigo 45.º, segundo o qual “aqueles que infringirem o disposto no artigo 2.º, quer explorando jogos de fortuna ou azar, quer neles exercendo a sua actividade, serão punidos com prisão correccional até seis meses e demissão dos seus cargos se forem funcionários do Estado ou dos corpos administrativos”; e no artigo 47.º, “as pessoas que forem encontradas praticando clandestinamente jogos de fortuna ou azar, e não estejam abrangidos pelo artigo 45.º, serão punidos com a multa de 1.000\$00 a 50.000\$00, elevada ao dobro no caso de reincidência.

Finalmente, o regime vigente até à entrada em vigor do Decreto-Lei sob anotação, é instituído pelo Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Lei n.º 82/83, de 11 de Fevereiro, e n.º 22/85, de 17 de Janeiro. Mantém, *ipsis verbis*, nos artigos 1.º e 2.º, a anterior definição e âmbito dos jogos de fortuna ou azar permitidos, o artigo 4.º actualiza o catálogo dos jogos, incluindo as máquinas e a admissibilidade de novos jogos por autorização governamental: “Nos casinos das zonas de jogo é autorizada a exploração dos seguintes jogos de fortuna ou azar: 1) Jogos bancados [...] 2) Jogos não bancados [...] 3) Máquinas automáticas (pagando directamente fichas ou moedas). [...] § 3.º Precedendo parecer do Conselho da Inspecção de Jogos, pode o Ministro do Interior autorizar a exploração de outros jogos de fortuna ou azar. Semelhantes

incriminações foram previstas nos artigos 56.º e 58.º, incluindo o jogo nas máquinas automáticas descritas no artigo 4.º, com a pena majorada para 6 meses a 2 anos de prisão, no primeiro caso. Foram aí incriminadas outras três situações de facto: no artigo 58.º, para além dos jogadores, “os que estiverem presentes na sala ou compartimento da casa onde se jogue ou onde sejam apreendidos quaisquer utensílios, especialmente destinados à prática dos mesmos jogos, serão punidos com multa de 1000\$00 a 5000\$00 e, em caso de reincidência, com prisão de três meses a um ano”; no artigo 62.º, “será aplicável a pena correspondente ao crime de burla àqueles que usem meios fraudulentos para se assegurarem da sorte ao jogo”; ou no artigo 63.º, “aqueles que falsifiquem as fichas dos casinos das zonas de jogo, ou delas façam uso, incorrem nas sanções previstas no artigo 208.º do Código Penal” (falsificação de moeda).

O Decreto-Lei n.º 22/85, de 17 de Janeiro, alargou a incriminação pelo jogo ilícito em máquina, mediante a previsão de uma nova tipologia de máquinas reservadas ao jogo nos casinos das zonas de jogo: “máquinas automáticas, mecânicas, eléctricas ou electrónicas que, não pagando directamente prémios em dinheiro, fichas ou coisas com valor económico, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte”.

A noção dos jogos de fortuna e azar seria alargada no Decreto-Lei sob anotação, deixando de exigir-se a dependência exclusiva da sorte, de modo a incluir todos “aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte” (também assim, o acórdão do TRL, de 26-10-2005, processo n.º 7610/2005-3). Deste breve excurso histórico, conclui-se que as fontes dos preceitos legais mais significativos, para análise da incriminação sob anotação, relevam de uma base mais que centenária:

a) Para o crime previsto neste artigo 108.º (exploração ilícita de jogo), o artigo 267.º do Código Penal de 1852/1886 (há mais de 150 anos), o artigo 1.º do Decreto n.º 14.708, de 10 de Dezembro de 1927, que introduz o conceito de *jogos de fortuna ou azar*, e o artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 41.562, de 18 de Março de 1958;

b) Locais permitidos de jogo, o Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927 e o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 41.562 de 18 de Março de 1958;

c) Tipologia dos jogos permitidos em casino, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 41.562, de 18 de Março de 1958, e de modo ainda mais próximo ao vigente, o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, revisto aqui pelo Decreto-Lei n.º 22/85;

d) Definição de jogos de fortuna ou azar, o Decreto-Lei n.º 41.562 de 18 de Março de 1958, ainda que “exclusivamente” dependentes da sorte.

- 3 **Bem jurídico:** Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a infância e juventude, o livre desenvolvimento da personalidade, a estabilidade social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património. Os bens jurídicos são protegidos por antecipação da tutela penal, aquém da lesão efectiva ou do perigo concreto de lesão; outrossim, a norma incriminadora basta-se, para a plena consumação típica, com a mera presunção do perigo de lesão, sendo um crime de perigo abstracto.

Directamente, a incriminação visa garantir e reforçar o próprio “sistema de autorização regulamentada”; ou, por outro prisma, protege o monopólio estatal da exploração dos jogos de fortuna ou azar (cfr. artigos 9.º e 10.º). Desta forma, “o Estado tenta controlar os efeitos negativos do jogo, chamando a si a tarefa de regulamentar e disciplinar essa manifestação lúdica do homem, estabelecendo, por meio de leis apropriadas, os locais onde certas modalidades de jogo consideradas

mais atentatórias de bens comunitários de relevo podem ser praticadas, as entidades que as podem explorar, o seu modo de funcionamento e de fiscalização, as regras que devem ser observadas para garantir a seriedade e isenção dos jogadores, as restrições e condições de acesso aos locais onde ele se pratica, de modo a assegurar a protecção de certas pessoas, como menores e incapazes, o prestígio de certas funções, a segurança e a tranquilidade públicas” (acórdão n.º 4/2004, do STJ – fixação de jurisprudência).

Deve, assim, afastar-se qualquer motivação de índole moral, designadamente para impedir a prática do jogo, enquanto actividade moralmente reprovável, pois “o fundamento ético-social do sancionamento penal do jogo de azar não se encontra tanto na necessidade de proteger o jogador contra as inclinações, gostos ou vícios que lhe podem – e normalmente são – prejudiciais, quanto na necessidade de reprimir a prática de uma actividade que constitui objecto de uma significativa reprovação social, do ponto de vista ético, tendo em conta os males e prejuízos para a própria sociedade que se considera encontrarem-se-lhe associados – por exemplo, acréscimo de burlas, usuras e fraudes, bem como de litígios e violências, facilitando o alastramento do crime organizado; significativa perturbação da vida familiar dos jogadores, com repercussão na capacidade de manutenção e educação dos filhos; ou, ainda, possibilidade de incidência negativa no domínio das relações laborais ou económicas dos jogadores” (acórdão n.º 99/2002, do Tribunal Constitucional, processo n.º 482/2001).

Diversamente, relevando o fundamento moral, ISABEL CLÍMACO (“Os jogos de fortuna e azar”, “O Lazer Tolerado ou o Vício Legalizado?”, em “Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto”, Coimbra Editora, 2006, p. 472), afirma que, não obstante a liberalização ocorrida nos últimos tempos, “persiste, no entanto, o elemento conservador que sempre envolveu o jogo por variadas razões – culturais, políticas e sobretudo morais” (*ob. cit.*, p. 482); ou RUI PINTO DUARTE, sustenta que os valores protegidos pelas normas incriminadoras são os *bons costumes*, a propriedade e o interesse fiscal, ou certos entendimentos desses valores cuja permanência na ordem jurídica resulta da inércia política (“O Jogo e o Direito”, em “Themis – Revista de Direito”, ano II, n.º 3, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001, p. 89).

Em busca da interpretação teleologicamente fundada, ressaltam, desde logo, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 422/89 de 2 de Dezembro, os seguintes vectores estratégico-materiais: Qualifica-se “a presente legislação, de interesse e ordem pública, dadas as respectivas incidências sociais, administrativas, penais e tributárias”; pretende-se “instaurar um sistema mais adequado de regulamentação e de controlo da actividade”; “acentua-se a responsabilidade das concessionárias pela legalidade e regularidade da exploração e prática do jogo concessionado”; pretende “proibir-se a efectivação de empréstimos nas salas de jogos e em quaisquer outras dependências ou anexos aos casinos”; sem descurar a “animação e equipamento turístico das regiões”. No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/95 de 19 de Janeiro, assume especial relevo como afirmação e manutenção da *mens legislatoris*: “importa encontrar novas soluções, não pondo em causa os interesses de ordem pública cuja tutela foi sempre assumida neste domínio”. Em conformidade, destacam-se os seguintes preceitos legais: artigos 3.º, n.º 1, 4.º, 6.º, 7.º e 8.º (limites aos locais da prática de jogo); artigos 9.º e 10.º (monopólio do Estado e exercício em concessão por concurso público); artigo 16.º (obrigações de índole turística); artigo 17.º (capital social das concessionárias); artigo 29.º, n.º 2 (reserva do direito de acesso aos casinos); artigo 33.º (avisos); artigo 36.º (restrições de acesso); artigo 37.º (expulsão das salas de jogo); artigo 38.º (proibição de acesso); artigo 50.º

4

(período de abertura das salas de jogos); artigo 51.º (encerramento das salas de jogos); artigo 52.º (equipamento de vigilância e controlo); artigos 53.º a 69.º (da prática de jogos nos casinos); artigos 70.º a 83.º (das pessoas afectas à exploração e à prática dos jogos em casinos – impedimentos, categorias, segredo profissional, deveres, actividades proibidas); artigos 84.º a 94.º (regime fiscal); artigos 95.º a 107.º (inspecção e garantias); em especial o artigo 95.º, n.º 2 (normas de interesse e ordem pública).

Considerado este percurso teleológico-sistemático, confirma-se que a opção pela incriminação visa salvaguardar e reforçar o “sistema de autorização regulamentada”, dirigido funcionalmente a proteger: A confiança dos jogadores e a prevenção da fraude, logo, a ordem pública, a segurança e o património; As pessoas mais desprotegidas, combatendo o jogo por menores e incapazes; O lucro legitimado pela repartição social, combatendo os lucros individuais ilegítimos; O património individual e os interesses sociais, protegendo a regulação do jogo para combater os seus efeitos nocivos às pessoas, na família e no trabalho, pelo incitamento à despesa e ao endividamento; Os interesses económicos da sociedade, pelo desenvolvimento do turismo e dos bens culturais; Os interesses tributários do Estado, pela recolha de receita fiscal que possa beneficiar toda a comunidade, satisfazendo as suas necessidades colectivas.

- 5 **Conformidade constitucional da incriminação:** A selecção normativo-criminalizadora, axiologicamente legítima, deve ser conforme aos princípios gerais do direito penal e cumprir os princípios da dignidade da pessoa humana, da exclusão de protecção dos bens jurídicos, da fragmentariedade, da intervenção mínima e da proporcionalidade. A incriminação não se legitima unicamente em critérios de dignidade ou merecimento de pena, antes deve sujeitar-se a uma operação racional que pondere especificamente a sua necessidade político-criminal, corroborando, no quadro axiológico-constitucional vigente, se estão reunidas as condições de adequação, necessidade e proporcionalidade das medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias, plasmadas no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Entre a selecção dos bens jurídico-penais e a ordem axiológica constitucional tem que ocorrer uma “analogia substancial, fundada numa essencial correspondência de sentido; a permitir afirmar que a ordem de valores jurídico-constitucional constitui o quadro de referência e, em simultâneo, o critério regulativo do âmbito de uma aceitável e necessária actividade punitiva do Estado” (FIGUEIREDO DIAS, “Os Novos Rumos da Política Criminal, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 36, 1976, Lisboa, p. 16).

Perante um caso de jogo em máquina automática e tendo por objecto as normas conjugadas dos artigos 3.º, n.º 1, 4.º, n.º 1, alínea g) e 108.º, n.º 1 deste diploma legal, o Tribunal Constitucional já teve o ensejo de decidir, no citado acórdão n.º 99/2002, pela conformidade face ao princípio da subsidiariedade do direito penal, princípio da proporcionalidade, necessidade ou máxima restrição das penas. A decisão reafirmou o largo âmbito de discricionariedade que é reconhecido ao legislador, quanto ao juízo sobre a necessidade do recurso aos meios penais. A “margem de liberdade de conformação legislativa”, no que se refere à opção de criminalizar determinada conduta, apenas poderá ser coarctada quando a punição criminal se apresente como manifestamente arbitrária ou excessiva. Ora, “não se vê que o legislador, ao criminalizar a exploração do jogo, pudesse estar a violar o princípio da necessidade da pena, procedendo a uma opção manifestamente arbitrária ou excessiva”, considerando que a incriminação visa salvaguardar “interesses constitucionalmente protegidos – a segurança dos cidadãos, o respeito da legalidade democrática, a protecção da infância e da juventude, a estabilidade

da vida social e económica”, e ainda atendendo à “pouca gravidade da pena em causa, bem como a sua substituição por multa”.

Em suma, a incriminação está dentro da *ampla margem conformativa* reconhecida ao legislador, entrando de modo legítimo no “pórtico constitucional” do direito penal (a expressão é de FARIA COSTA, “Noções fundamentais de Direito Penal (*Fragmenta Iuris Poenalis*). Parte Geral, Porto, 1999, p. 77).

RUI PINTO DUARTE (*op. cit.*, p. 82), citado naquele aresto, questiona a constitucionalidade, apenas quanto do crime de prática ilícita de jogo (artigo 110.º), em especial quando a prática de jogo não envolva o dispêndio de dinheiro pelo jogador, constituindo uma repressão injustificada da liberdade individual que se traduz na ilegitimidade do Estado para tutelar, criminalizando, “opções de conduta de que não resultam directamente lesões para os direitos de outros cidadãos” (*ibidem*, p. 92). Todavia, a sua argumentação, pese embora relativamente a uma incriminação diversa, foi igualmente ponderada e rebatida, considerada a unidade valorativa aproximada entre as duas incriminações.

Esta jurisprudência decidiu pela conformidade constitucional da incriminação, numa situação em que estava em causa uma máquina de jogo, enquadrável no artigo 4.º, n.º 1, al. g), deste Decreto-Lei. O mesmo é dizer que a fiscalização concreta, mesmo que limitada a parâmetro racional de interpretação ou de aplicação casuística, não constitui uma “carta branca” de conformidade constitucional, no que se refere à incriminação da exploração não autorizada de todo e qualquer jogo, cujo resultado seja contingente; mas, tão-só, às máquinas de jogo previstas naquele preceito legal. Ainda assim, fica em muito facilitada a tarefa do aplicador, que encontra na respectiva fundamentação um critério de constitucionalidade, em que há-de edificar os limites da interpretação normativa conforme à Constituição, nas demais situações de incriminação da exploração de jogos de fortuna e azar. Em síntese, a conformidade constitucional do regime punitivo vigente, há-de partir da constelação de valores e bens jurídicos ali resenhados, para excluir todas as condutas em que o princípio da ofensividade o imponha, por carência de potencial agressivo, mesmo que em abstracto.

Também aqui se confirma que estão em causa objectivos de política social e de prevenção da fraude, destinados a limitar os efeitos nocivos do jogo, mediante a imposição de restrições adequadas, necessárias e proporcionais, tendo em vista implementar um “sistema de autorização regulamentada”, ficando o fundamento ético-social do sancionamento penal do jogo estribado na protecção de bens jurídico-constitucionais, como a ordem pública e a segurança dos cidadãos, o respeito da legalidade democrática, a protecção da infância e da juventude, a estabilidade da vida social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património.

Conformidade face aos Tratados da União Europeia: A questão coloca-se face ao reconhecido princípio da livre prestação de serviços, ao qual um “sistema de autorização regulamentada” como o português, constitui inelutavelmente um entrave. O Tribunal de Justiça da União Europeia, em sentido paralelo ao da conformidade constitucional apontada, tem decidido de modo constante que o entrave é efectivo mas se encontra justificado por ponderosas razões económicas e sociais de contenção da fraude e da despesa, com vantagem em colocar os jogos num circuito controlado e potenciar o aproveitamento dos seus lucros para o financiamento de actividades sem fins lucrativos ou de interesse geral, tais como obras sociais, de beneficência, o desporto ou a cultura. Neste sentido, veja-se o acórdão de 24 de Março de 1994 – Processo C-275/92, “Caso Schlinder”; o acórdão 21 de Setembro de 1999 – Processo C-24/97; o acórdão 21 de Outubro de 1999 – Processo C-67/98; o acórdão de 11 de Setembro de 2003 – Processo C-6/01, ou

6

7

“Caso ANOMAR”; 5) o acórdão 6 de Novembro de 2003 – Processo C-243/01, ou “Caso Gambelli”; o acórdão 6 de Março de 2007 – Processo C-338/04, C-359/04 e C-360/04, ou “Caso Placanica”; ou por último, o acórdão 8 de Setembro de 2009 – Processo C-42/07, ou “Caso Liga Portuguesa de Futebol e SCML contra Bwin / Bet and Win”. Conclui-se que não é inconstitucional nem viola as regras de concorrência protegidas pela legislação comunitária, ou sequer quaisquer decisões do Tribunal de Justiça, a situação penalmente tutelada de monopólio na promoção e exploração de jogos de fortuna e azar (concordante, o acórdão do TRL, de 16-10-2007, processo n.º 2728/2007-5).

Por todos, veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça, de 11 de Setembro de 2003, “Caso ANOMAR – Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas”, em processo instaurado contra o Estado Português, onde foi proferida Declaração que se mantém válida: “[...] 4) Uma legislação nacional, como a legislação portuguesa, que limita a exploração e a prática de jogos de fortuna ou azar às salas de casinos existentes em zonas de jogo permanente ou temporário criadas por decreto-lei, e se aplica indistintamente a cidadãos nacionais e de outros Estados-Membros, constitui um entrave à livre prestação de serviços. No entanto, os artigos 49.º CE e seguintes não se opõem a uma tal legislação nacional, tendo em conta as preocupações de política social e de prevenção da fraude nas quais se baseia. 5) A eventual existência, noutros Estados-Membros, de legislações que estabelecem condições de exploração e de prática dos jogos de fortuna ou azar menos restritivas do que as previstas pela legislação portuguesa não tem efeitos sobre a compatibilidade desta última com o direito comunitário. 6) No âmbito de uma legislação compatível com o Tratado CE, a escolha das modalidades de organização e de controlo das actividades de exploração e de prática dos jogos de fortuna ou azar, como a celebração com o Estado de um contrato administrativo de concessão ou a limitação da exploração e da prática de certos jogos aos locais devidamente autorizados para o efeito, incumbe às autoridades nacionais no quadro do seu poder de apreciação.”.

Aliás, a opção portuguesa pela criminalização não se encontra isolada, sendo acompanhada pela generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus. Designadamente, o código penal alemão pune com prisão até dois anos ou com multa, no §284, quem organizar publicamente um jogo de azar sem autorização administrativa, ou ceder instalações para tal efeito; ou com pena de prisão de seis meses a cinco anos, se actuar de forma profissional ou como membro de um grupo que se tenha constituído para cometer continuamente tais actos. A participação em jogo de azar não autorizado é punida com prisão até seis meses ou com multa. O código penal francês pune, no artigo 410.º, os organizadores e exploradores não autorizados de jogos de azar ou de lotarias com penas que podem ir, consoante os casos, até três ou seis meses de prisão, para além de pesadas multas e do confisco de todos os bens móveis nos locais onde se pratique o jogo proibido.

- 8 **A definição de jogo e os diversos regimes de regulamentação:** De acordo com HUZINGA, em “*Homo Ludens*” (apud, RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, p. 70), “o jogo é uma acção ou ocupação voluntária que se realiza dentro de determinados limites de tempo e de espaço, de acordo com regras voluntariamente aceites, mas não absolutamente obrigatórias, acção essa que tem o seu fim em si mesma e que é acompanhada por uma sensação de tensão e de fruição pela consciência de ser algo de distinto da vida vulgar”. Muito mais se poderia escrever sobre o jogo, na história como na cultura ou na sociedade, mas percebe-se já, a partir desta definição, todo o apelo que o jogo teve e continua a ter nas sociedades hodiernas. Pois “o jogo como um fenómeno social e cultural, particular estado de espírito do homem ou manifestação do espírito que constitui uma forma de expressão e

de estar no mundo, cujo poder instintivo de atracção o torna ineliminável e de desterro impossível” (MOTA PINTO, PINTO MONTEIRO e CALVÃO DA SILVA, *op. cit.*). A que acrescem todos os comportamentos aditivos, estados e patologias de dependência, jogo compulsivo ou crónico, *ludopatia*, em pessoas com maior susceptibilidade biológica e psíquica à estimulação das endorfinas e da dopamina, em busca de uma satisfação imediata propiciada pelo resultado aleatório, com ou sem retribuição pecuniária.

Por este prisma, a crítica mais certa que se pode dirigir ao quadro jurídico vigente, em Portugal como noutros países da Europa, é que ele já não permite controlar minimamente o jogo proibido e as avultadas verbas daí derivadas, aí onde o jogo, de facto, tem tido um surto de crescimento exponencial – o espaço global da Internet. De acordo com um estudo aos “Serviços de Jogo no Mercado Interno da União Europeia”, do Instituto Suíço de Direito Comparado, em 14-06-2006, para a Comissão Europeia, o volume anual de negócio estimado foi em 2004 de € 7.000 milhões (€ 3.000 milhões para a União Europeia), prevendo-se € 17.000 milhões em 2010, sendo a idade dos utilizadores apostadores de 63%, no escalão entre os 18-35 anos; 32%, no escalão entre os 36-55 anos; e 5%, no escalão superior aos 55 anos. Números bem reveladores da dimensão planetária do fenómeno e do seu potencial de crescimento, associado à idade jovem da maioria dos utilizadores actuais e ao crescente nível de acesso e uso das tecnologias informáticas de informação. Uma legislação intra-fronteiras, para uma realidade global e transnacional; um diploma legal com mais de 30 anos no seu articulado, centenário nos seus conceitos e milénar nos seus princípios, cada vez mais insusceptível de dar uma resposta adequada ao fenómeno. Na convergência real-virtual, é caso para temer que este “sistema de autorização regulamentada”, não alcançando a “realidade” que se agiganta já hoje pelo espaço reticular *on-line*, venha a ficar, afinal, refém de um certo bairrismo “virtualmente” periférico.

Não obstante e perspectivadas as várias atitudes possíveis perante o jogo – da proibição absoluta, à liberalização, passando pela regulamentação, os Estados têm optado geralmente por uma via intermédia, dita de “autorização regulamentada”. Todavia, não existe em Portugal um único regime legal do jogo, podendo ser identificadas pelo menos quatro modalidades de jogo legalmente regulado, a que correspondem outros tantos regimes jurídicos.

a) Desde logo, os “jogos de perícia”, em especial as “máquinas de diversão”, estão sujeitos a um regime específico, aprovado pelo Capítulo VI, do Decreto-Lei n.º 310/2002, de 18 de Dezembro (artigos 19.º a 28.º), relativo ao “licenciamento do exercício da actividade de exploração de máquinas de diversão”. São consideradas máquinas de diversão: “Aqueles que, não pagando prémios em dinheiro, fichas ou coisas com valor económico, desenvolvem jogos cujos resultados dependem exclusiva ou fundamentalmente da perícia do utilizador, sendo permitido que ao utilizador seja concedido o prolongamento da utilização gratuita da máquina face à pontuação obtida (artigo 19.º, n.º 1, al. a)); e «aquelas que, tendo as características definidas na alínea anterior, permitem a apreensão de objectos cujo valor económico não exceda três vezes a importância despendida pelo utilizador» (artigo 19.º, n.º 1, al. b)). A exploração de máquinas desta categoria – automáticas, mecânicas, eléctricas ou electrónicas –, sejam elas importadas, produzidas ou montadas no país, está sujeita a um regime de registo e licenciamento (artigo 20.º, n.º 1). O registo da máquina é requerido pelo respectivo proprietário ao presidente da câmara municipal em que se encontra ou em que se presume irá ser colocada em exploração (art. 20.º, n.º 2). Para que a máquina possa ser colocada em exploração, exige-se, ainda, a emissão de licença de exploração por períodos anuais ou semestrais, pelo

presidente da câmara, onde aquela se encontra ou em que se presume irá ser colocada em exploração (artigo 23.º). As máquinas de diversão podem ser exploradas no interior de recinto ou estabelecimento previamente licenciado para a prática de jogos lícitos com máquinas de diversão, não podendo este situar-se nas proximidades de estabelecimentos de ensino (artigo 24.º, n.º 2). Para que possam ser exploradas mais de três máquinas simultaneamente, o estabelecimento em causa terá de estar licenciado para a exploração exclusiva de jogos (artigo 24.º, n.º 1).

A infracção é geradora de responsabilidade contra-ordenacional (artigo 48.º).

b) Outra categoria respeita aos denominados “jogos sociais”, regulados autonomamente em vários diplomas legais: Euromilhões, art. 11.º, do Decreto-Lei n.º 210/2004, de 20 de Agosto; Totobola e Totoloto, artigos 22.º e 23.º, do Dec.-Lei n.º 84/85, de 28 Março; Lotaria Nacional, art. 28.º do Decreto n.º 12790, de 30 Novembro 1926 (contravenção até à conversão operada pela Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho); Apostas mútuas hípicas, artigos 22.º e 23.º, do Decreto-Lei n.º 268/92, de 28 de Novembro; ou ainda, a Lotaria Popular, a Lotaria Instantânea, o Totogolo, o Loto 2, ou o *Joker*. A infracção aos regimes dos jogos sociais constitui contra-ordenação.

c) Uma categoria prevista neste diploma legal, corresponde às “modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar e outras formas de jogos”. A lei define-as como “operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside conjuntamente na sorte e perícia do jogador, ou somente na sorte, e que atribuem como prémios coisas com valor económico” (artigo 159.º, n.º 1). Tratam-se, designadamente, de rifas, tómbolas, sorteios, concursos publicitários, – concursos de conhecimentos e passatempos (artigo 159.º, n.º 2). A exploração destas modalidades afins do jogo de fortuna ou azar e outras formas de jogo depende de autorização do membro do governo responsável pela administração interna, que fixará, em cada caso, as condições que tiver por convenientes e determinará o respectivo regime de fiscalização (artigo 160.º, n.º 1). Não podem desenvolver temas característicos dos jogos de fortuna ou azar, nomeadamente o póquer, frutos, campanhas, roleta, dados e bingo, como também a lotaria de números ou instantânea, totobola e totoloto, nem substituir por dinheiro ou fichas os prémios atribuídos (art. 161.º, n.º 3). Em qualquer dos casos, a infracção deste regime é geradora de responsabilidade contra-ordenacional (artigo 163.º).

d) Finalmente, a última categoria, concerne aos “jogos de fortuna ou azar”: “Jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte” – artigo 1.º (deste diploma legal). Esta categoria pode ser subdividida em jogos que implicam ou não a utilização de máquinas. Relativamente aos jogos mediante utilização de máquinas, prevêem-se os “jogos em máquinas pagando directamente prémios em fichas ou moedas”, e os “jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte” (artigo 4.º, n.º 1, alíneas f) e g)). O direito de explorar jogos de fortuna ou azar é reservado ao Estado e só pode ser exercido por empresas constituídas sob a forma de sociedades anónimas a quem o governo adjudicar a respectiva concessão mediante contrato administrativo (artigo 9.º). A concessão da exploração é feita por concurso público (artigo 10.º). Os bens do Estado são transferidos para a concessionária e são reversíveis no termo da concessão (artigos 19.º e 23.º). A exploração e a prática dos jogos de fortuna ou azar só são permitidas nos casinos existentes em zonas de jogo permanente ou temporário, criadas por Decreto-Lei, bem como, em casos excepcionais e mediante autorização ministerial, em navios, aeronaves, salas reservadas ao jogo do bingo e por ocasião de manifestações de

relevante interesse turístico (artigos 3.º, n.º 1, 6.º, 7.º e 8.º). As normas relativas à exploração e prática do jogo são de interesse e ordem pública (art. 95.º, n.º 2). A exploração e prática de jogos de fortuna ou azar, fora das prescrições legais, constitui crime nos termos aqui anotados (artigos 108.º e 110.º), assim como as restantes infracções conexas aos jogos de fortuna ou azar (artigos 111.º a 115.º). Conclui-se, assim, pela existência de diversos sistemas de regulação e proibição em vigor, nem sempre exaustivos, coerentes e compatíveis entre si, relevando o facto de, considerados os diversos regimes sancionatórios aplicáveis – entre o ilícito de mera ordenação social e o crime, assumir uma importância crucial a delimitação do ilícito-típico dos crimes de jogo. Bem como do seu âmbito de aplicação, tendo em vista uma interpretação normativa conforme à Constituição, mantendo a necessária analogia substancial com os bens jurídicos protegidos, e o respeito pelos limites de adequação social nas condutas atípicas. Em especial, no que com concerne ao crime de exploração ilícita de jogo, incluído na regulamentação da categoria dos jogos de fortuna ou azar, o ilícito central nesta matéria.

A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação cumulativa dos seguintes **elementos objectivos do tipo de ilícito**:

- a) A exploração (n.º 1 deste artigo 108.º) ou a direcção (bem como a administração, direcção, gerência ou trabalho da entidade exploradora – n.º 2 deste artigo 108.º);
- b) de jogos de fortuna ou azar – aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte (artigo 1.º e artigo 108.º, n.º 1);
- c) cuja exploração seja reservada aos casinos (artigo 4.º, n.º 1 e n.º 3), ou reservada aos estabelecimentos de Bingo ou outros locais temporariamente autorizados (artigos 6.º a 8.º), ou um jogo enquadrável nos “conceitos-tipo” desses jogos;
- d) fazendo-o fora dos locais legalmente autorizados (n.º 1 deste artigo 108.º).

O pagamento para jogar ou a retribuição premial do jogo ou da aposta, constituem elementos objectivos do tipo, alternativos, que resultam indirectamente da definição de “jogos legalmente reservados aos casinos ou outros locais autorizados”, respectivamente consoante se tratem de ou não de jogos em máquina de jogo (ver *infra* n.º 16).

Não se exige nenhum outro requisito objectivo, designadamente quanto à abertura ou não do local ao público; quanto às características pessoais ou institucionais da entidade exploradora; ou quanto à dimensão, duração, reiteração ou grau de organização da actividade praticada.

Tratando-se de um crime de perigo abstracto, a norma incriminadora presume inelidivelmente o perigo para os bens jurídicos protegidos, designadamente os relativos à perda e ganho de património (concordante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “Comentário do Código Penal – À Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, UCE, Lisboa, 2008, p. 67, que resenha, no mesmo sentido, CAVALEIRO DE FERREIRA, FARIA COSTA e FIGUEIREDO DIAS; divergindo, por admissão da prova negativa do perigo, à luz dos princípios da ofensividade e da culpa, RUI PEREIRA, SILVA DIAS e FERNANDA PALMA).

Porém, a presunção não impede, antes pelo contrário, que se faça uma interpretação do tipo de ilícito conforme aos bens jurídicos protegidos, reduzindo teleologicamente o âmbito de aplicação dos seus elementos típicos, pelo “recorte hermenêutico” da ilicitude global da conduta à luz de um juízo de adequação social, que seja ainda compatível com o “limiar mínimo” do princípio de ofensividade, como aliás propugnamos (cfr. *infra* n.ºs 11, 13, 15 e 16).

Esperança de ganho e pagamento de prémios: Reitera-se que, tratando-se de um crime de perigo abstracto e formal, em que o perigo de lesão dos bens jurídicos

9

10

protegidos é presumido pela incriminação e em que não se exige qualquer resultado típico, não é o ganho, a esperança de ganho, ou o facto de retribuírem dinheiro ao jogador, que caracteriza, *a priori*, os jogos como jogos de fortuna ou azar, reservados aos casinos ou zonas de jogo permanente ou temporário. Isto é evidente no caso das máquinas que não pagam directamente em fichas ou em dinheiro, mas que desenvolvem temas típicos dos jogos de fortuna ou azar ou atribuem pontuações (concordantes os acórdãos do TRL de 07-11-2007, processo n.º 5955/2007-3, de 16-10-2007, processo n.º 2728/2007-5, de 29-06-2006, processo n.º 3381/2006-5, de 03-10-2001, no processo n.º 0028443, de 26-05-1998, processo n.º JTRL00022914; diversamente, o acórdão do TRL de 07-02-2007, processo n.º 8653/2006-3, segundo o qual “com a alteração àquele diploma operada pelo DL 10/95, de 19/01, o cerne da distinção entre crime e contra-ordenação, em matéria de jogo, passou a colocar-se não já na relevância da sorte ou azar para obtenção do resultado, mas antes na natureza dos prémios atribuídos”, assim “quando tais prémios consistem em dinheiro, estar-se-á perante ilícito criminal, ao passo que a atribuição de prémios de outra natureza caracteriza o ilícito de mera ordenação social”).

Acresce que com as “Regras de Execução dos Jogos de Fortuna ou Azar”, de 2005 e 2007, clarifica-se a situação das máquinas de jogo, passando a distinção legal a assumir a distinção entre as máquinas que *pagam* directamente ou indirectamente e as que *não pagam* prémios de todo, incluindo ambas no rol das máquinas autorizadas em casinos; fica definitivamente arredada a possibilidade de caracterizar todos os *jogos de fortuna ou azar*, por referência a uma retribuição por prémios, e reforça-se a posição antes sustentada (ver *infra* n.º 17).

Todavia, considerada a técnica “dispersiva” (por várias normas) e “enunciativa” (quanto ao tipo de jogos) utilizada na descrição legal do tipo de ilícito, *maxime* no que se refere à descrição dos “jogos de fortuna ou azar” penalmente típicos, existem certos “conceitos-tipo” cuja essência, decorrente daqueles que são *reservados aos locais de jogo autorizado* – casinos ou salas de bingo, radica justamente em serem jogados “a dinheiro” (*v.g.* jogos carteados, dados, roleta, bingo), ou serem jogados por pagamento “com dinheiro” (máquinas de jogo), excluindo a incriminação fora desse casos, por carência de previsão típica expressa e pela própria adequação social da conduta não prevista (*infra* n.ºs 14 a 16).

- 11 **Jogos de fortuna ou azar legalmente reservados aos locais de jogo:** Na interpretação teleologicamente fundada do tipo jurídico-penal sob referência, identificados os bem jurídicos protegidos e o relevo da tutela do “sistema de autorização regulamentada”, há que concretizar o conceito de “jogos de fortuna ou azar”, assimilado pela incriminação enquanto elemento objectivo do tipo de ilícito, podendo concluir-se que a norma incriminadora resulta compósita, das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º e 108.º, por reclamar na sua caracterização o recurso ao conceito de jogos de fortuna ou azar “legalmente reservados” – autêntico *punctum crucis* nesta matéria (quanto à constitucionalidade desta técnica legislativa na descrição legal do tipo de garantia, ver *infra* n.º 19).

Neste sentido, é constante a jurisprudência mais recente. Entre muitos outros, veja-se o acórdão do TRL, de 26-10-2005, processo n.º 7610/2005-3 (autêntico *leading case*), os acórdãos do TRL, de 5-04-2006, processo n.º 3490/05-3, e de 31-02-2007, processo n.º 9598/2006-3; o acórdão do TRC, de 1-02-2007, processo n.º 1/05.2 FDCBR.C1, os acórdãos do STJ de 27-02-2008, processo n.º 08P293, e de 28-11-2007, processo n.º 07P3186; os acórdãos do TRC de 9-04-2008, processo n.º 24/05.1 FANZR.C1, e de 28-10-2009, processo n.º 145/07.6 TAAGD.C1; os acórdãos do TRP, de 21-05-2008, processo n.º 0812492, de 7-02-2008, processo n.º 0842841, de 29-10-2008, processo n.º 0842889, de 20-05-2009, processo n.º 3940/07.2

TAVNG.P1 e de 15-07-2009, processo n.º 18/05.7 FABGC.P1, o acórdão do STJ, n.º 4/2010, de 4-02-2010, processo n.º 2485/08 (fixação de jurisprudência), o acórdão do TRP de 25-03-2010, processo n.º 1052/05.2 GALSD.P1.

Todavia, a questão não é jurisprudencialmente pacífica (o próprio acórdão do STJ n.º 4/2010 – fixação de jurisprudência, teve diversos votos de vencido), tendo por referência a distinção dos *jogos de fortuna ou azar* face às *modalidades afins* (ver *supra* n.º 8), vários foram os entendimentos sufragados. Pese embora anteriores ao citado acórdão de fixação de jurisprudência, os critérios jurisprudenciais mais representativos são:

- a) A aleatoriedade do resultado, considerando-se como exploração ilícita de *jogo de fortuna ou azar*, partindo da definição legal do artigo 1.º, todo aquele que dependa essencialmente do acaso e da sorte do jogador, de modo que este não tem qualquer possibilidade de influenciar ou condicionar o correspondente resultado (acórdão do TRE, de 12-10-1999, CJ IV, p. 296, acórdãos do TRP, de 24-05-1995, CJ III, p. 259);
- b) Natureza do prémio, caracterizando-se os “jogos de fortuna e azar” pela atribuição de um prémio em dinheiro, enquanto nas modalidades afins o prémio seria de outra natureza (o citado acórdão do TRL, de 07-02-2007, no processo n.º 8653/2006-3; o acórdão do TRE de 13-02-2007, CJ I, p. 258; e o acórdão do TRP, de 9-04-2008);
- c) Critério misto da natureza do prémio e do seu tema, sendo *jogos de fortuna* e *azar* os que desenvolvam temas próprios desses jogos (póquer, dados, frutos, roleta, etc.) e *modalidades afins* os restantes (acórdãos do TRL, de 16-10-2007, processo n.º 2728/2007-5, e de 7-11-2007, processo n.º 5955/2007-3; acórdão do TRE, de 3-06-2008, processo n.º 421/2008-1);
- d) Natureza da relação com o jogador, sendo que nas *modalidades afins* seria por oferta ao público, indo ao seu encontro, ao invés nos *jogos de fortuna e azar* seria o público a procurar a entidade exploradora (os acórdãos do TRL, de 26-09-2006, processo n.º 3381/2006-5, e de 9-04-2008, processo n.º 6544-07-3; o acórdão do TRP, de 27-02-2008, processo n.º 0716981, o acórdão do TRE, de 14-03-2008, processo n.º 1432/2007-1);
- e) Critério *misto* da natureza do prémio com a natureza da intervenção do jogador (acórdão do TRP, de 27-02-2008, processo n.º 1698/2007-1);
- f) Critério denominado *formal*, inaugurado pelo acórdão do TRL, de 26-10-2005, processo n.º 7610/2005-3, após salientar que, no actual regime legal, num caso como noutro a contingência do resultado pode derivar apenas da sorte e, por outro lado, após afastar uma distinção assente na natureza do prémio: “Em primeiro lugar, a lei, em caso algum, se refere a ele para distinguir os jogos de fortuna e azar das modalidades afins. Em segundo lugar, de entre as modalidades de jogos de fortuna ou azar especificamente previstas no artigo 4.º há algumas em que os prémios podem consistir, pelo menos imediatamente, em fichas e o resultado ser apresentado como pontuações. Por último, constitui contra-ordenação, nos termos do n.º 3 do artigo 161.º e do n.º 1 do artigo 163.º, a substituição por dinheiro ou fichas dos prémios atribuídos pelas modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar”. Neste contexto, sustenta que “na ausência de qualquer distinção material entre os dois conceitos, a distinção tenha que ser formal, sendo para o efeito considerados jogos de fortuna ou azar apenas aqueles cuja exploração, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 4.º da actual redacção do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, é autorizada nos casinos.”.

Aderimos ao sentido, resultante desta interpretação, actualmente dominante na jurisprudência, quanto à exigência típica que se tratem de jogos de fortuna ou azar cuja exploração seja reservada aos casinos, ou outros locais de jogo autorizado. Todavia, não acompanhamos a classificação formal proposta para a distinção,

para além do que possa conter de afirmação do elemento literal de interpretação (artigo 108.º: “fora dos locais legalmente autorizados”). Pelo contrário, este é o critério que melhor cumpre o programa de política criminal na protecção de bens jurídicos constitucionais e maior analogia substancial apresenta a esses valores (ver *infra* n.ºs 14 a 16).

Referimo-nos ao reforço do “sistema de autorização regulamentada”, assente em “valores de relevante ressonância ético-social, nomeadamente pelos efeitos devastadores a nível social, familiar, económico e laboral, com incremento de criminalidade grave, não só de carácter patrimonial mas também de carácter pessoal (vida, integridade física, ameaça, coacção) que a dependência de jogos de grande poder aditivo e potenciação de descontrolo pode acarretar” – citado acórdão do STJ, n.º 4/2010.

Nesta exacta medida, o critério hermenêutico não pode deixar de ser material, aliás por imposição constitucional. Como bem refere o acórdão do STJ: “O critério para se distinguirem os dois tipos de ilícito — ilícito criminal e ilícito de mera ordenação social — não pode deixar de ser material, no sentido de que se há-de partir das próprias categorias legais, em que assumem, quanto aos tipos legais de crime, relevo especial, na respectiva interpretação, o critério teleológico, fundamentalmente ligado à protecção de um bem jurídico, como expressão do princípio da legalidade, não só na sua feição formal mas também na sua vertente material (*nullum crimen sine lege, certa et prior*) e a que estão associados princípios de matriz constitucional tão importantes como os da dignidade penal, de carência de pena e de máxima restrição penal.”.

- 12 **O acórdão do STJ, n.º 4/2010, fixou a seguinte jurisprudência:** “Constitui modalidade afim, e não jogo de fortuna ou azar, nos termos dos artigos 159.º, n.º 1, 161.º, 162.º e 163.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, na redacção do Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, o jogo desenvolvido em máquina automática na qual o jogador introduz uma moeda e, rodando um manípulo, faz sair de forma aleatória uma cápsula contendo uma senha que dá direito a um prémio pecuniário, no caso de o número nela inscrito coincidir com algum dos números constantes de um cartaz exposto ao público”.

Para tanto, argumenta, em síntese, que “se os jogos em causa apresentavam resultados que dependiam exclusiva ou fundamentalmente da sorte, não desenvolviam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar nem pagavam directamente prémios em fichas ou moedas. Por conseguinte, não podiam ser enquadradas em qualquer dos tipos de jogos de fortuna ou azar praticados em máquinas automáticas, tal como descritos nas referidas alíneas f) e g) do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 422/89, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 10/95, revertendo, antes, para as modalidades afins referidas no artigo 159.º, pois constituem uma espécie de sorteio por meio de rifas ou tómbolas mecânicas.” (segue a posição do *acórdão-fundamento* – o acórdão do STJ de 18-11-2007, processo n.º 07P3186).

- 13 **Local permitido para a sua exploração:** De acordo com o modelo preconizado, de *autorização regulamentada*, a exploração dos jogos de fortuna ou azar encontra-se concessionada, sendo o jogo permitido nos casinos das áreas de jogo permanentes ou, relativamente a jogo não bancado e em máquinas, em certas condições e mediante autorização específica da tutela, desde que cumpridas as regras gerais (artigos 3.º e 7.º); nos navios ou aeronaves (artigo 6.º); e nas salas próprias para o jogo do bingo, nos termos de legislação especial (artigo 8.º), correspondente ao Decreto-Lei n.º 314/95, de 24 de Novembro, que aprova o Regulamento da Exploração do Jogo do Bingo.

Exige-se para a realização da acção típica, que se tratem de jogos reservados à exploração concessionada em determinados locais e que sejam explorados fora desses locais, pelo que se afigura decisivo identificar esses jogos. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, deste diploma legal: “Nos casinos é autorizada a exploração, nomeadamente, das seguintes espécies de jogos de fortuna ou azar: a) Jogos bancados em bancas simples ou duplas: bacará ponto e banca, banca francesa, *boule*, *cussec*, *écarté* bancado, roleta francesa e roleta americana com um zero; b) Jogos bancados em bancas simples: *black jack/21*, *chukluck* e trinta e quarenta; c) Jogos bancados em bancas duplas: bacará de banca limitada e *craps*; d) Jogo bancado: keno; e) Jogos não bancados: bacará *chemin de fer*, bacará de banca aberta, *écarté* e bingo; f) Jogos em máquinas pagando directamente prémios em fichas ou moedas; g) Jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte. Nos termos da Portaria n.º 217 / 2007, de 26 de Fevereiro, que aprova as actuais “Regras de Execução dos Jogos de Fortuna ou Azar”, autoriza-se a exploração nos casinos do jogo de fortuna ou azar póquer não bancado, nas variantes “omaha” e “hold’em” e aprovam-se as regras de execução dos jogos de fortuna ou azar designados por roleta americana, roleta francesa, banca francesa, *craps*, *cussec*, *blackjack/21*, póquer sem descarte, bacará ponto e banca, bacará ponto e banca/Macau, bacará *chemin de fer*, póquer não bancado nas variantes “omaha”, “hold’em” e “póquer sintético” e máquinas automáticas.

O ponto a reter é que a lei não prevê a incriminação do “jogo ilícito” mas, diversamente, a “exploração e a prática ilícitas” de jogo. O que significa que, no quadro legal vigente, em bom rigor não existem jogos de fortuna ou azar ilícitos, antes é ilícita a exploração e a prática dos jogos de fortuna ou azar, em desrespeito às condições regulamentares, fundamentalmente, quando realizadas fora dos locais autorizados. Diversamente, no território da RAE de Macau, os artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 8/96/M de 22 de Julho (que regula o jogo ilícito naquela ERA de Macau), incriminam especificamente a exploração e a prática ilícita de jogo em “locais autorizados”.

“Conceitos-tipo” dos jogos de fortuna e azar: A necessidade de determinação do tipo penal, na expandida interpretação conforme à Constituição, nas fronteiras da constelação de bens jurídicos protegidos, implica o recurso a “conceitos-tipo” com construção similar aos “exemplos-padrão”, em uso na legística penal, que correspondem aos jogos autorizados, tal como previstos no art. 4.º da Lei do Jogo (a figura jurídica é convocada para esta matéria por RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, pág. 81). Ou seja, para caracterizar os “jogos de fortuna ou azar” reservados aos “locais legalmente autorizados”, torna-se necessário recorrer aos “tipos legais de jogo”, apresentados de forma não taxativa naquele preceito legal (“nos casinos é autorizada a exploração nomeadamente [...]”), que decorre do inciso “nomeadamente”.

Mediante o recurso à figura dos “conceitos-tipo”, previne-se a existência de lacunas punitivas geradoras de manifesta incongruência axiológica, por referência às situações punidas e materialmente idênticas, o que redundaria em violação do princípio constitucional da igualdade. Pela evidência, veja-se o caso dos jogos carteados a dinheiro não expressamente previstos, como as restantes modalidades de “póquer” ou mesmo jogos de cariz mais popular como a “lerpa”. Sendo tais jogos enquadráveis no “conceito-tipo” dos jogos carteados a dinheiro, legalmente autorizado para jogo exclusivo em casinos, a sua exploração ou prática fora desses locais, deve fazer incorrer o seu agente na prática do crime. Isto, sem

14

recurso à analogia e no pleno respeito pela princípio da tipicidade penal, já que “a construção dos tipos penais com inclusão dos conceitos-tipo não equivale à construção de normas penais em branco, mas meramente à introdução de conceitos indeterminados no tipo, o que parece ser pacificamente admitido” (RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, pág. 81, nota 39, embora chegando a conclusão diversa quanto ao preenchimento do *conceito-tipo*).

Prescreve ainda o sobredito acórdão do STJ, n.º 4/2010: “A definição do tipo legal de crime implica, por consequência, a concretização do princípio da máxima determinabilidade, ou seja, de um certo grau de determinação dos respectivos elementos, definição que, por isso, não pode ser tão genérica, que corresponda praticamente a uma indeterminação, nem tão particularista ou casuística, que dissolva na profusão de elementos o que deve ser tido como essencial. Daí que, muitas vezes, o legislador combine elementos generalizadores com elementos concretizadores, nomeadamente por meio do emprego da técnica de exemplos regra ou exemplos padrão.”. Aliás, nesta matéria poucas dúvidas se suscitam ao intérprete, face ao juízo de conformidade constitucional, retirado do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 93/2001 (*infra* n.º 19).

Em síntese, os **“conceitos-tipo” dos jogos de fortuna ou azar susceptíveis de integrar a prática do crime de exploração ilícita, podem ser agrupados em duas tipologias consistentes:**

1.ª) Com atribuição directa ou indirecta de uma retribuição ou prémio em dinheiro – os jogos carteados, dados, roleta, bingo, e as máquinas de jogo (jogo “a dinheiro”);

2.ª) Com atribuição directa ou indirecta de um prémio diverso de dinheiro ou mesmo sem atribuição de prémio – as máquinas de jogo que desenvolvam temas próprios daqueles jogos de fortuna ou azar (incluindo os temas a que se refere expressamente o art. 161.º, n.º 3: póquer, frutos, campanhas, roleta, dados, bingo), ou que apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte (em qualquer dos casos jogo “com dinheiro”, pois o carácter lucrativo e tributável das concessões exclui as máquinas de funcionamento gratuito).

O critério hermenêutico adoptado (ver *infra* n.ºs 15 e 16), responde às instâncias dos princípios da igualdade, proporcionalidade, e da necessidade de pena, sendo ainda compatível a defesa do tipo de garantia decorrente do princípio da legalidade, tipicidade ou determinabilidade penal. Pois, como salienta o acórdão do STJ, n.º 4/2010: “não obstante exemplificativa a especificação dos jogos de fortuna ou azar constante da lei, ela é *tendencialmente completa* e comporta uma certa rigidez, como é próprio de um tipo legal de crime, que é um tipo de garantia” (destacámos *tendencialmente completa*), pelo que “todas as modalidades de jogos que não correspondam às características descritas e especificadas nos referidos artigos 1.º e 4.º do Decreto-Lei n.º 422/89, na redacção do Decreto-Lei n.º 10/95, embora os seus resultados dependam exclusiva ou fundamentalmente da sorte, reverterem para as modalidades afins, como se defende no acórdão fundamento”.

15 Interpretação teleologicamente fundada: A questão deve ser analisada por recurso a conceitos centrais da dogmática penal, como os de “bem jurídico”, “redução teleológica”, “justiça material”, “adequação social da conduta”, “crime de perigo abstracto”, “princípio da ofensividade”, entre outros.

15.1. A legitimação do direito penal democrático tem uma feição constitucional imanente, traduzida numa analogia substancial entre os fins prosseguidos pelas incriminações e a tutela de bens jurídicos fundamentais, individuais e colectivos, com arrimo constitucional. É que “toda a construção do crime parte da ideia

que a função do direito penal se traduz na protecção de bens jurídico-penais” (FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal. Sumários”, Coimbra, 1976, p. 118). Assim sendo, o tipo de ilícito não pode deixar de ser interpretado à luz desses referentes jurídico-constitucionais, em que se fundamenta e com que se legitima. Com efeito, “a racionalidade funcional está aqui preordenada à salvaguarda e protecção de bens jurídicos (COSTA ANDRADE, “A «Dignidade Penal» e a «Carência de Tutela Penal» como Referência de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime”, RPCC, Abril-Junho, 1992, p. 181).

15.2. Relevando do princípio da proibição do excesso e da natureza subsidiária do direito penal, ou do princípio da máxima restrição das penas, ínsitos à ideia de Estado de direito democrático, toda a interpretação penal teleologicamente fundada há-de comungar de um controlo de proporcionalidade, necessidade e adequação, face aos fins prosseguidos pelo programa jurídico-constitucional. Reconhecida e aceite a difusão cultural e social do jogo, no passado como no presente, enquanto fenómeno lúdico generalizado e socialmente integrado no espaço (ainda?) prevalecente da liberdade humana, a conformação ao juízo de adequação social subjacente, reivindica uma “redução teleológica” do tipo, ao nível hermenêutico de indagação da respectiva *ratio legis*. Neste caso, *a fortiori*, pois toda “a solução correcta produz-se em cada caso mediante uma interpretação restritiva orientada pelo bem jurídico protegido” ou “uma redução teleológica do tipo orientada pelo seu âmbito de tutela” (CLAUS ROXIN, *apud* PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A Adequação Social da Conduta no Direito Penal. Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal”, PUC, Porto, 2005, p. 145, nota 173, e p. 147, nota 177).

Ressalve-se que operamos aqui ao nível estritamente interpretativo, o mesmo é dizer intra-normativo. A formulação inicial da “adequação social da conduta”, em WELZEL, segundo a qual “as condutas que se movem funcionalmente dentro da ordenação social historicamente desenvolvida da vida comunitária de um povo” não podem constituir um facto ilícito típico, se bem que se encontre na base de algumas formulações posteriores, foi “descontinuada” pelo próprio, está dogmáticamente ultrapassada e é valorativamente insustentável (*apud*, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*, p. 31).

15.3. Exemplifiquemos: O que se diria da “exploração” (conceptualmente indiferente à finalidade lucrativa), numa associação recreativa ou num lar da terceira idade, de jogos de cartas como a “bisca” ou de jogos sociais de tabuleiro como o singelo “jogo da glória”, que passam de geração em geração (ver em www.majora.pt/sociedade.html), consabidamente assentes exclusiva ou fundamentalmente na sorte, quando jogados sem qualquer contrapartida, retribuição ou prémio, para “mero” entretenimento dos associados, juntando avós e netos tantas vezes na mesma “mesa”. Jogos de fortuna ou azar? Certamente que sim, pela generosa definição do artigo 1.º, deste Decreto-Lei. O mesmo se diria, *a fortiori*, dos jogos de póquer ou de bingo, no mesmo contexto factual, sem retribuição premial em caso de vitória. Todavia, será crime a exploração ou a prática desses jogos naquelas condições? Será crime a venda de baralhos de cartas e de jogos cartonados do “loto” ou “bingo” (ver em www.majora.pt/sociedade.html), com essa finalidade? Que dizer ainda dos jogos (*software*) para desenvolvimento em consolas ou computadores, difundidos por jovens e adultos, que podem ser adquiridos em qualquer hipermercado ou loja especializada, no caso por exemplo do “póquer” (“*World Series of Poker*” ou “*World Championship Poker*”, em “www.gamespot.com” ou “www.4play.pt”)? Serão estes jogos, como a “bisca”, “glória” ou “loto”, ou os referidos jogos de computador, quando disputados num contexto lúdico de entretenimento familiar

ou social, um apelo irresistível à compulsão desenfreada nos “males do jogo”, que mereça ou sequer permita a tutela penal? Haverá aqui aquele “mínimo de ofensividade” quanto a bens jurídicos que directa ou indirectamente, assentam na reiteração, descontrolo pessoal e em perdas patrimoniais ou tributárias generalizadas? Propugnamos pela resposta negativa a todas estas questões, à luz da prevalência da adequação social das condutas, numa valoração global da ilicitude material, em resultado da *redução teleológica* aos bens jurídicos implicados, na determinação do *sentido do tipo* face às matizes do caso concreto, *rectius*, à materialidade das circunstâncias categoriais que a conduta encerra. Vejamos de que forma e com que alcance.

15.4. O domínio da forma, pelo excesso de abstracção e conceptualização em categorias, só se justificaria se, na perfeição da edificação e acabamento do sistema jurídico-penal, apenas a racionalidade e a lógica imperassem, mas sabemos bem que assim não sucede, coexistindo motivos irracionais, de oportunidade, elementos normativos e descritivos incompletos, desgarrados, incongruentes ou desadequados. Afirmo ANTOLISEI que “a dogmática formalística é assim um colosso, mas tem pés de barro” (*apud*, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*, p. 91). Por isso **deve ser dada primazia à identificação e actualização do conteúdo próprio da norma, à luz da justiça material do caso concreto** (concordante, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*, p. 95, reportando-se ainda à jurisprudência dos interesses de HECK). Seguindo a lição de CASTANHEIRA NEVES, o tipo de ilícito resulta da “análise doutrinal, apoiada na experimentação oferecida pela prática, dos tipos de incriminação, que os compreenda, na unidade normativa-hermenêutica entre tipos em sentido próprio: significante estrutura de uma variação real, intencional conexão de elementos constitutivos como possibilidades especificantes e não mera conceitualização lógico-formal e genérico-abstracta” (“O Princípio da Legalidade Criminal, o seu Problema Jurídico e o seu Critério Dogmático”, em “Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, III vol., Coimbra, 1984, p. 462).

15.5. Dois factores são determinantes para exasperar, aqui, a justeza de uma interpretação milimetricamente desenhada. *Primo*, trata-se de um crime de perigo abstracto, revelador de um acentuado enfraquecimento da relação entre a acção e o bem jurídico protegido, tal como uma nítida degradação do princípio da ofensividade, que já de si reclamam um “limiar mínimo” de densificação do perigo abstracto; *Secundo*, pela proeminência típica conferida aos elementos normativos e, em especial, à necessidade de densificação dos conceitos nebulosos de “jogo de fortuna ou azar” e “fora dos locais legalmente autorizados”. **Ponto de partida, é que o sentido do tipo comungue do sentido de justiça que percorre todo o ordenamento jurídico.** Depois, a determinação do “sentido do tipo” deve ser subordinada a uma conformação interpretativa mais exigente, que permita acrescentar “outras valorações ao juízo abrangente de que depende a afirmação do sentido material típico”, abrindo-se necessariamente a um *juízo de adequação social* (*ibidem*, p. 199 e p. 1135). Assim, a adequação social da conduta não se confunde com os elementos do tipo, antes “constitui um critério de definição do sentido da conduta tipicamente relevante, e nessa medida está «fora» da norma, sendo sinónimo de um juízo, ou de uma valoração” (*ibidem*, p. 219).

15.6. Não sendo o local para desenvolver a **questão da constitucionalidade dos crimes de perigo abstracto**, ou a questão da sua **conformação aos princípios da ofensividade e da culpa** ou muito menos os recentes dissídios doutriniais a seu propósito, sempre se dirá com FIGUEIREDO DIAS, que “mal iria ao direito penal se propósitos político-criminais fundamentais tivessem de esperar a estabilização do trabalho dogmático sobre eles para só então se poderem impor; a história do direito

penal mostra felizmente ser o contrário aquilo que sempre tem acontecido”, (“Direito Penal – Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime”, Tomo 1, Coimbra Editora, 2004, p. 142, referindo-se à alegada violação dos princípios da ofensividade e da culpa nas “infracções acumulativas”). A legitimidade dos crimes de perigo abstracto, decorre da carência de protecção de bens jurídicos de grande importância, desde que permitam a identificação clara do bem jurídico protegido e descrevam a conduta típica de modo, o mais possível, preciso e minucioso (FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, p. 293, reportando-se à jurisprudência do Tribunal Constitucional – acórdão do TC, n.º 426/91, de 6-11-91; concordante, o acórdão do TC, n.º 44/94, de 7-06-1994).

15.7. Um direito penal como instrumento de protecção dos bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e à dignidade da pessoa, na concepção de ilicitude material e de direito penal da culpa que perfilhamos, poderá assentar, na lesão directa de bens jurídico-penais (ofensividade *stricto sensu*), mas também no perigo concreto de lesão ou, pelo menos, num perigo abstracto de lesão (ofensividade *lato sensu*). Neste último caso, a legitimidade da incriminação é caucionada por uma probabilidade objectiva de lesão, que releve o modo de execução, os meios empregues, o contexto e outros factores específicos, que devem ficar descritos no tipo de ilícito ou, não sendo, resultam implícitos da interpretação teleologicamente fundada no “limiar mínimo” de perigo, ainda imposto pelo princípio da ofensividade. Dito por outras palavras, sem prescindir do perigo abstracto como critério de interpretação na aplicação ao caso concreto, em que a ofensividade potencial é sujeita ao crivo de um juízo objectivo, que atenda à materialidade das circunstâncias categoriais em que se insere aquela conduta. Pois o carácter exaustivo da solução normativa não pode prescindir do carácter exaustivo da identificação do caso, que lhe é prévio (concordante, JOSÉ LOBO MOUTINHO, “Da Unidade à Pluralidade dos Crimes no Direito Penal Português, UCE, Lisboa, 2005, p. 264). Assim, pela densificação interpretativa do perigo, limitam-se as condutas susceptíveis de integrar o tipo objectivo de ilícito.

15.7.1. Por um lado, não se pretende afastar o carácter inelidível da presunção de perigo (solução proposta por parte da doutrina italiana e alemã; ainda JESCHECK, por referência a uma “cláusula de exigência mínima”, *apud* RUI PEREIRA, “O Dolo de Perigo”, LEX, Lisboa, 1995, p. 25), ou sequer sujeitar os crimes de perigo abstracto a “mutação constitucional” para “crimes de aptidão” (perigo abstracto-concreto), exigindo uma “conduta concretamente perigosa”; outrossim, apenas se pretende, objectivamente e *in abstracto*, limitar pela via interpretativa, o âmbito de aplicação da presunção de perigo, subordinando a tipicidade dos factos descritos em função do potencial ou probabilidade de perigo para o bem carente de tutela (v.g. toda a exploração de jogo de póquer a dinheiro, cabe naturalmente no juízo de perigosidade objectiva pressuposto pela norma incriminadora e, cumprindo aquele limiar mínimo de ofensividade, fica então arredada a possibilidade de contraprova *in concreto* quanto à ausência de perigo). Há que “esconjurar o equívoco que se traduz em olhar a delimitação do âmbito de aplicação de uma norma (ou, como também se diz, a delimitação de normas quanto ao seu objecto) como algo de extrínseco relativamente à sua interpretação”, em especial, “como assevera ENGLISH, quando aquela, considerada logicamente, tem por tarefa a determinação do conteúdo (mediante a indicação de conotações conceptuais) e do alcance (extensão) dos conceitos jurídicos de que se compõe a norma” (JOSÉ LOBO MOUTINHO, *ibidem*, p. 788).

15.7.2 Por outro lado, dota-se o princípio da ofensividade (*nullum crimen sin injuria*) de uma amplitude que seja compatível com o princípio da necessidade

de tutela, visando a sua concordância prática nas incriminações resultantes de uma opção político-criminal antecipatória (concordante quanto à premência da compatibilização para legitimação das *fattispecies* de “ofensividade mais longínqua”, embora divergindo na solução, PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*, pp. 106-114, em especial nota 132).

- 16 **Posição adoptada:** O tipo de ilícito deve ser interpretado restritivamente à luz dos bens jurídicos jurídico-constitucionais protegidos, sendo, por antecipação da tutela penal, a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a infância e juventude, o livre desenvolvimento da personalidade, a estabilidade social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património; para garantia e reforço imediatos do “sistema de autorização regulamentada”. **A determinação do sentido do tipo, que é um sentido de justiça, apenas se satisfaz mediante uma redução teleológica do âmbito de aplicação dos seus elementos típicos normativos, no respeito pelo “padrão de adequação social” da respectiva conduta, buscando a satisfação do “limiar mínimo” de ofensividade, assente na perigosidade abstracta ou presumida da conduta.**

Há que recordar que, para além das restrições aos princípios da ofensividade e da culpa, estamos perante uma clara limitação da liberdade individual, condicionando ou mesmo impedindo o lazer e fruição retirados de uma actividade primordialmente lúdica, como lembra bem o acórdão do STJ, n.º 4/2010: “traduzindo-se a estatuição da pena numa limitação mais ou menos grave da liberdade, a sanção só se justifica quando esteja em causa a necessidade de protecção de um relevante valor com ressonância ético-social, prévio à constituição do tipo legal de crime [...] as sanções penais, enquanto atentam contra o direito fundamental à liberdade, devem limitar-se ao mínimo imprescindível para garantir a paz na vida em comunidade.”. Até porque havendo dúvidas sérias e firmes sobre o sentido da incriminação, esta deve ser interpretada restritivamente – *in dubio pro libertatis* ou *odiosa restringenda* (concordante, o acórdão do STJ, remetendo a este propósito para a lição de FARIA COSTA, “Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade: Duas questões ou um só problema?”, em “Revista de Legislação e Jurisprudência”, ano 134, n.º 3933 (1 de Abril de 2002), pp. 354 e segs., e JOSÉ DE SOUSA BRITO, “A Lei penal na Constituição”, em “Estudos sobre a Constituição”, 2.º vol., Livraria Petrony, 1978, pp. 197 e segs.).

Destarte, numa interpretação teleológica restritiva, conforme ao programa constitucional, impresso nos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, relevando do princípio da proibição do excesso e da natureza subsidiária do direito penal, ou do princípio da máxima restrição das penas, ínsitos à ideia de Estado de direito democrático, pela estrita vinculação ao âmbito da constelação dos bens jurídicos protegidos, cinzelados num juízo de adequação social, que densifique o “limiar mínimo” de perigo abstracto pressuposto ainda pelo princípio da ofensividade, e dirigidos à protecção do “sistema de autorização regulamentada”, ou seja, do monopólio estatal nos locais legalmente autorizados, propugnamos que apenas integra a prática de crime, a exploração de jogos de fortuna ou azar legalmente reservados para exploração em locais autorizados de jogo (ou um jogo enquadrável nos “conceitos-tipo” desses jogos), fazendo-o fora desses locais. Neste sentido, constitui crime de exploração de jogo ilícito aquela que tenha por objecto os jogos carteados, dados, roleta e bingo “a dinheiro”; ou de máquinas de jogo (com resultado contingente) que funcionem, directa ou indirectamente, mediante um pagamento “com dinheiro”.

Por isso afirmámos inicialmente (*supra* n.º 9) que a acção típica pressupõe a exploração de jogos de fortuna ou azar (artigo 1.º e 108.º, n.º 1), cuja exploração

seja legalmente reservada aos casinos (artigo 4.º, n.º 1 e n.º 3), ou a outros locais autorizados (artigos 6.º a 8.º), ou um jogo enquadrável nos “conceitos-tipo” desses jogos, fazendo-o fora desses locais (artigo 108.º, n.º 1).

O pagamento para jogar ou a retribuição premial do jogo ou da aposta constituem elementos objectivos do tipo, alternativos, que resultam indirectamente da própria definição dos jogos legalmente reservados aos casinos ou outros locais autorizados, respectivamente consoante se tratem de ou não de jogos em máquina de jogo.

Máquinas de jogo em especial: Relativamente aos jogos mediante utilização de máquinas, prevêem-se os “jogos em máquinas pagando directamente prémios em fichas ou moedas”, e os “jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte” (artigo 4.º, n.º 1, alíneas f) e g)).

Sucedem que este regime foi alterado ou clarificado pelas “Regras de Execução dos Jogos de Fortuna ou Azar”, publicadas em anexo à Portaria n.º 817/2005, de 13 de Setembro, Título III (Máquinas automáticas), mantidas nas “Regras” actualmente vigentes, publicadas em anexo à Portaria n.º 217/2007, de 26 de Fevereiro: “n.º 1 – O jogo de máquinas automáticas pode ser praticado em aparelhos de funcionamento mecânico, eléctrico, electromecânico ou electrónico, com as seguintes características:

a) Atribuem prémios pagos directa ou indirectamente em fichas, moedas ou outros meios de pagamento; b) Não atribuindo os prémios referidos na alínea anterior, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte. [...]”

Em suma, de uma distinção de jogos entre máquinas que *pagam directamente* prémios (artigo 4.º, n.º 1, al. f)) e as que *não pagam directamente* (artigo 4.º, n.º 1, al. g)), abrindo neste caso a possibilidade de o fazerem indirectamente; transita-se (em 2005), para um novo paradigma em que a distinção legal é assumida entre as máquinas que *pagam* directamente ou indirectamente (Título III, n.º 1, al. a)) e as que *não pagam* prémios (Título III, n.º 1, al. b)). Ora, ou se trata de uma clarificação, meramente interpretativa, do disposto no art. 4.º, n.º 1, al. g) da Lei do Jogo, ou de um novo *conceito-tipo* de jogo de fortuna ou azar, em máquina e sem atribuir qualquer prémio, autorizado pela tutela, tal como previsto nos termos do art. 4.º, n.º 3, deste diploma legal (o acórdão n.º 4/2010, do STJ – fixação de jurisprudência, observa que apenas a primeira hipótese será conforme à Constituição, em função da reserva relativa de competência da Assembleia da República, em matéria de definição de crimes; trata-se de questão duvidosa em função da técnica utilizada no artigo 1.º e a noção base não constitui *tipo aberto* – cfr. *infra* n.º 19).

Em qualquer dos casos, fica definitivamente arredada a possibilidade de caracterizar todos os “jogos de fortuna ou azar”, por referência a uma retribuição por prémios, como referimos (*supra* n.º 9). Pelo contrário, a “esperança de ganho” caracteriza especificamente as “modalidades afins” (artigo 159.º), que radica: No desconhecimento pelo utilizador do bem que irá receber após a operação ou se algo irá receber (“esperança...”); Na diferença de valor dos bens distribuídos, pois pelo menos um deles terá de ter um valor superior ao da aposta paga (“... de ganho”). Sem a esperança de ganho, como sucede em dispositivos do género “sai sempre”, com objectos de valor idêntico ou inferior ao da aposta, não se verifica sequer uma “modalidade afim” (concordantes, o acórdão do TRC de 16/05/2007, processo n.º 19/05.5 FDCBR.C1; e o acórdão do TRC 21/03/2007, processo n.º 3/05.9 FACTB.C1).

Em suma, os critérios dos jogos relativos às máquinas de jogos autorizadas nos casinos, ergo proibidas fora desses locais, são:

- a) A atribuição de prémios; ou
- b) o desenvolvimento de temas próprios dos jogos de fortuna ou azar (incluindo os temas a que se refere expressamente o artigo 161.º, n.º 3: póquer, frutos, campainhas, roleta, dados e bingo);
- c) ou que apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte.

Em qualquer caso, o jogo nas máquinas deve ser pago pelo utilizador, pois não cabe nas atribuições das concessionárias a exploração de jogo gratuito (supra n.ºs 9, 14 e 16).

Um jogo de fortuna ou azar, tal como previsto no artigo 4.º, pode coexistir numa máquina com outro tipo de jogo, designadamente de diversão, mantendo-se do mesmo modo a verificação do crime (concordante, o acórdão do TRL de 16-10-2007, processo n.º 2728/2007-5, quanto a jogos em tudo semelhantes ao póquer e ao Black Jack, existentes nos casinos, a par de jogos de diversão na mesma máquina). Pode ainda coexistir uma operação de distribuição de produtos, verificando-se igualmente o crime (concordante, acórdão do TRL de 10-03-1998, processo n.º 0071355, quanto à exploração de uma máquina de jogo de vídeo – *jurassic gum* – que liberta uma pastilha elástica ao introduzir-se uma moeda de cem escudos, mas também desenvolve um jogo do tipo póquer, em que as cartas são substituídas por “pinos” com números e cores diferentes, possibilitando combinações como no póquer e o resultado traduzido em pontuações depende fundamentalmente da sorte).

Nestes casos, impõem-se todas as consequências sancionatórias aplicáveis, em que se incluem a apreensão e a destruição da máquina de jogo proibida (artigo 116.º).

- 18 **Expositor contendo cápsulas “premiadas”:** Uma “máquina” pressupõe a existência de um dispositivo apto a colocar em movimento, em acção ou em função, um agente natural ou um programa, por actuação física, mecânica, eléctrica, electrónica, magnética ou outra. Mas uma máquina “de jogo” pressupõe também que esse dispositivo tenha o potencial efectivo de, mediante a acção humana, executar um jogo. Finalmente, exige-se ainda que paguem directamente prémios em fichas ou moedas ou, não sendo esse o caso, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar (de resultado contingente) ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte (contingência do resultado). Em suma, caso não pague directamente prémios, o jogo em máquina exige uma influência física, operativa, informacional ou qualquer outra forma de interacção, entre a “contingência do resultado” reclamada pelo tipo do crime e a intervenção humana no *hardware* ou *software* operativos. Ora, este não é o caso dos expositores ou contentores com extractores de cápsulas, contendo no seu interior letras, números ou outros signos, a que correspondem objectos ou outras contrapartidas anunciadas.

Diversamente vem decidindo a generalidade da nossa jurisprudência. Por último, o citado acórdão do STJ, n.º 4/2010 – fixação de jurisprudência, quando descreve o respectivo contexto factual: “O utilizador introduzia na *máquina* uma moeda de 100\$ que se depositava num cofre, rodava o respectivo manípulo, saindo aleatoriamente uma cápsula/bola que continha três senhas ou rifas com um número cada; Nas situações em que a numeração da senha/rifa não coincidia com as existentes no cartaz com a indicação dos prémios, o jogador não tinha direito a qualquer prémio; Se a senha/rifa contivesse no seu interior qualquer dos números que estavam impressos nos rectângulos picotados do cartaz que acompanhava a máquina, era descolado o número por esse picotado e paga em dinheiro ao utilizador a quantia descrita sob o mesmo, que podia variar entre 500\$ e 7500\$, ou ainda, se o número

da senha/rifa coincidissem com o número que se encontrava impresso em qualquer objecto do expositor exterior, teria o utilizador direito a esse objecto”.

Com efeito, **o único dispositivo existente nestes casos, consiste num mecanismo de fecho e abertura do contentor ou expositor, permitindo a extracção de uma cápsula mediante a colocação de uma moeda. Esse mecanismo nenhuma influência tem com um jogo desenvolvido, pois em nada influi com um risco na retribuição da entrada, nem com uma multiplicação da retribuição.** Não influencia, sequer, a escolha da retribuição, já que a cápsula retirada é aquela que já se encontrar mais próxima da saída. Nem poderia ser de outra forma, por não serem configuráveis nestas operações “apostas” ou “prémios”. Aliás, estes expositores com extracção, não têm qualquer potencialidade de possuir “contadores de apostas, prémios e arrecadação”, como prevêm as novas “Regras de Execução dos Jogos de Fortuna ou Azar”. Bem se vê, assim, que se uma mecanização existe esta circunscreve-se ao mecanismo de abertura, mas tal qual a fechadura de um qualquer cofre destinado à guarda de objectos em locais públicos, onde se coloca uma moeda para o trancar. **Estamos perante uma operação de distribuição de produtos, em que um mecanismo de fecho e abertura facilita as operações manuais da extracção da cápsula, com vista ao pagamento e à contrapartida certa de características parcialmente aleatórias.** Da mesma forma que o seriam facilitadas por sistemas de rifas ou de tómbolas, expressamente previstos no catálogo, não taxativo, de “modalidades afins”, previsto no art. 159.º, n.º 2, deste Decreto-Lei. Parcialmente concordante, o acórdão do STJ, de 28-11-2007, processo n.º 3186, quando afirma que “no rigor, constituem uma espécie de sorteio por meio de rifas ou tómbolas mecânicas, com o sentido e a natureza de modalidades afins de jogos de fortuna ou azar”, ou mesmo o acórdão do STJ, n.º 4/2010, quando sustenta que “funcionam como espécies de rifas ou tómbolas mecânicas, em que o que se arrisca assume dimensão pouco significativa, pois a expectativa é limitada ou predefinida e o impulso para o jogo tem de ser renovado em cada operação”, ainda que não extraíam daqui todas as consequências. Com efeito, não se destrinça a existência de um jogo em máquina, como prevê aquele preceito legal, por ausência de uma inclusão física, influência operativa ou qualquer outra ligação de interacção, entre a “contingência do resultado” (exigida pelo tipo de ilícito) e a manipulação de uma fechadura.

Certo também é que, quando assim não se entenda, este tipo de expositores, não “pagando directamente prémios em fichas ou moedas” (art. 4.º, n.º 1, al. f)), também não apresentam qualquer potencialidade para desenvolver “temas próprios dos jogos de fortuna ou azar” ou para apresentar como resultado “pontuações” (al. g) do mesmo n.º 4). Concordante, aqui, o acórdão do STJ n.º 4/2010: “os jogos nas máquinas automáticas em causa nos acórdãos em conflito [...], se apresentavam resultados que dependiam exclusiva ou fundamentalmente da sorte, não desenvolviam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar nem pagavam directamente prémios em fichas ou moedas”, decidindo tratarem-se de *modalidades afins* (ver *supra* n.º 17, pois caso não exista *esperança de ganho*, nem sequer haverá *modalidade afim*).

Conformidade constitucional à luz do princípio da determinabilidade penal: Como se disse, a propósito da análise dos “conceitos-tipo”, decorre do princípio da legalidade, que o tipo penal assuma função de *tipo de garantia*, que impõe à sua definição uma certa rigidez, mesmo no caso de recurso à técnica dos exemplos padrão (ver *supra* n.º 15).

Aderimos plenamente à jurisprudência firmada pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 93/2001, processo n.º 318/2000, que decidiu pela conformidade constitucional face ao princípio da tipicidade, nos seguintes termos: “pode a modelação do tipo não dispensar o recurso a técnicas exemplificativas que nem por

isso, necessariamente, se pode considerar afrontada a exigência constitucional da *lege certa* que o princípio da tipicidade implica. [...] Ponto é que haja um ‘complemento normativo’ (Maria Fernanda Palma, *Direito Penal – Parte Especial – Crimes contra as Pessoas*, sumários policopiados, Lisboa, 1983, pág. 49), de modo a que o critério decisivo para aferir do respeito pelo princípio da legalidade [...] residirá sempre em saber se, apesar da indeterminação inevitável resultante da utilização desses elementos (elementos normativos, conceitos indeterminados, cláusulas e fórmulas gerais), do conjunto da regulamentação típica deriva ou não uma área e um fim de protecção claramente determinados’, nas palavras de Jorge Figueiredo Dias (*Direito Penal – Questões Fundamentais – A doutrina geral do crime*, apontamentos policopiados, 1996, pág. 173). [...]”. Para concluir que “a esta luz, o eixo sintagmático por qualquer forma, contido no n.º 1 do artigo 108.º, mesmo quando se entenda este artigo integrado pela definição de jogos de fortuna ou azar feita pelo artigo 1.º – não obstante a expressão adverbial fundamentalmente – respeita os parâmetros constitucionais do princípio da tipicidade, não se surpreendendo, face à matéria fáctica apurada quanto à caracterização da máquina em causa, qualquer imprevisibilidade, verificando-se uma subsunção à previsão normativa que retira sentido seja a uma interpretação extensiva, seja, muito menos, a uma integração analógica. Com efeito, a exemplificação do artigo 4.º integra a definição do tipo, apenas na medida em que os jogos referidos nas suas alíneas são, todos eles, subsumíveis ao conceito de jogos de fortuna ou azar, sem pôr em questão a determinação do tipo.”.

Não obstante a técnica legislativa, que obriga ao esforço de conjugação de diversas normas (artigos 1.º, 3.º, 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, e 108.º), ou justamente por isso, este não se trata de um “tipo aberto”. Destas disposições conjugadas, verifica-se uma garantia efectiva de determinabilidade prévia, sem mácula quanto ao âmbito material da conduta penalmente típica, ou seja, “a exploração dos jogos de fortuna ou azar fora dos locais autorizados”, estando o elenco exemplificativo, por um lado subordinado à tipicidade dessa cláusula geral e, por outro, operando como factor de tipificação *per se*, mediante a técnica dos “exemplos padrão” ou “conceitos-tipo”. Nesta medida, o princípio da determinabilidade penal é respeitado, não resultando da proibição qualquer elemento de imprevisibilidade ou de surpresa; a *futtispecie* da norma “não deixa a descoberto qualquer elemento essencial para a compreensão da conduta proibida ou para o controlo democrático da incriminação”, visto que “a norma incriminadora é suficientemente indicativa da orientação que os destinatários da norma deverão seguir para agirem segundo o Direito”; ou seja, “o cerne do proibido, o ilícito típico”, é plenamente “revelado na lei penal” enquanto “núcleo essencial da conduta punível, o seu conteúdo de desvalor a respeito da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos” (acórdão do TC n.º 427/95, processo n.º 245/95, apreciando as normas de um outro diploma legal)

- 20 **Extensão da autoria:** Para além do autor material, que realiza por si só o facto previsto no n.º 1 deste artigo, a norma incriminadora pretende alargar a autoria, independentemente dessa realização a “quem for encarregado da direcção do jogo, mesmo que não a exerça habitualmente, bem como os administradores, directores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora” (n.º 2). Quanto à pessoa encarregue do jogo, bem se vê que directamente participa na realização da exploração do jogo (facto). Porém também os administradores, directores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora, que não estejam directamente “encarregues da direcção do jogo”, como admite a incriminação, só serão penalmente responsáveis caso tomem parte directa na execução do facto, o executem por intermédio de outrem ou determinem terceiros a essa prática (artigo 26.º do Código Penal).

O que equivale a dizer que se exige que os mesmos detenham o domínio do facto e, sob pena de uma inadmissível *versare in re illicita*, tenham uma comparticipação dolosa na exploração de jogos de fortuna ou azar (concordante, o acórdão do TRL de 10-10-2006, processo n.º 567/2006-5, afirmando que se assim não fosse “um simples empregado de limpeza devia ser penalmente imputável”, ora “qualquer trabalhador que nessas condições estivesse e por medo de perder o emprego não fizesse oposição à actividade veria recair sobre si um ónus insuportável”, pois: “Não basta saber que as máquinas existem e ser-se empregado do estabelecimento. Tem de se provar uma conduta activa que permita extrair a conclusão de que a colaboração nessa exploração é importante e relevante, sem a qual a exploração não seria possível ou seria ao menos mais dificultada.”).

Classificação do crime: O crime de “exploração ilícita de jogo” é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2) um **crime de perigo abstracto** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos), em que o perigo não constitui elemento da incriminação mas mera motivação da proibição; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica; (4) um **crime de execução livre** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com o início da exploração do jogo; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser cometido por qualquer pessoa, embora deva estar investida nos poderes de facto da gerência, direcção, administração ou trabalho na entidade exploradora; (8) um **crime de perigo comum** (quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos; (9) um **crime formal ou de mera conduta** (quanto à relação entre acção e o objecto da acção), em que o resultado não é elemento do tipo pelo que não tem de ser imputado à conduta do agente.

O **tipo subjectivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objectivo – dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da acção típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objecto da acção, directo, necessário ou eventual.

Falta de consciência da ilicitude: Com razão tem sido sustentado pela jurisprudência, que sobre os comerciantes de profissão, em especial do sector da restauração e cafetaria, onde costumam ser instalados este tipo de jogos, *maxime* máquinas de jogos, recai um dever acrescido de se informarem devidamente, do que aquele que recai sobre o homem médio, designadamente quanto à prática de determinado jogo. Assim, o acórdão do TRL, de 2-07-2003, processo n.º 3668/2002-3: “Se é concebível que uma pessoa estranha à exploração de máquinas de jogo e sem qualquer contacto com as autoridades fiscalizadoras nesta área possa, em situações particulares, desconhecer as proibições cujo conhecimento é razoavelmente indispensável para tomar consciência da ilicitude do facto (artigo 16.º, 2.ª parte, do Código Penal) ou mesmo, sem défice de conhecimento, possa não se aperceber da ilicitude da conduta assumida (artigo 17.º), o mesmo não se aceita que possa acontecer com o arguido, pessoa experiente e inserida há muito neste ramo de actividade.”. No caso tratava-se do sócio-gerente de uma sociedade que explorava comercialmente máquinas de jogo e já tinha sido condenado 10 vezes pelo mesmo crime em outros tantos processos.

No mesmo sentido, o acórdão do TRL, de 3-10-2001, processo n.º 45993: “I – Sendo generalizado o sentimento de que é proibido o jogo a dinheiro fora dos locais a tal destinados, incorre no vício de erro notório na apreciação da prova a sentença penal que absolve o arguido do crime de exploração ilícita de jogo, com fundamento

em que o mesmo agiu sem culpa, porque no erro sobre a proibição da exploração desse jogo, erro este fundado na circunstância de, alegadamente, já ter visto jogo análogo noutros locais e de o indivíduo que lho forneceu (e que não identificou) lhe ter garantido que era legal. II – É que o cidadão comum dificilmente concebe que um comerciante, (também subempreiteiro da construção civil), que dirige uma cafetaria e nela explora máquinas de jogo, desconheça a lei e ignore as condições de funcionamento do estabelecimento; antes acredita que tenha agido no exclusivo intuito de recolher proventos dessa exploração do jogo, em detrimento da fidelidade ao direito. III – Há que evitar, de resto, aquilo que a Prof. Teresa Beleza chama o “amolecimento ósseo do direito penal”, o que sucederia se o agente deste crime pudesse, triunfantemente, escudar-se atrás da invocação do desconhecimento da ilicitude da sua conduta para conseguir a impunidade.”.

- 24 A **tentativa** não é punível, considerada a medida da pena (artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal).
- 25 Os comportamentos são puníveis com pena de **prisão até 2 anos** e com pena de **multa até 200 dias**.

Artigo 109.º

Agravação de penas

As penas por exploração ilícita de jogo são agravadas de um terço quando no local sejam encontradas pessoas menores de 18 anos.

Sumário da anotação:

A agravação da pena (anotação 1)

- 1 Não se trata de uma incriminação autónoma, mas de uma agravação da pena quanto ao crime previsto pelo artigo 108.º, “exploração ilícita de jogo”, em função da idade das pessoas presentes no local do jogo, confirmando a protecção da infância e juventude e do desenvolvimento da personalidade, como bens jurídicos protegidos pela incriminação.

O dolo na verificação dos pressupostos típicos exige, naturalmente, o conhecimento dessa idade, podendo assumir qualquer uma das dimensões directa, necessária ou eventual de realização do ilícito-típico. O erro sobre a factualidade típica, designadamente a ignorância sobre a idade inferior a 18 anos, exclui o dolo, nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal.

Ambas as penas de prisão e de multa são agravadas em um terço.

Artigo 110.º

Prática ilícita de jogo

Quem for encontrado a praticar jogo de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até 6 meses e multa até 50 dias.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A classificação do crime (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A pena (anotação 7)

A **fonte** legal e as fontes anteriores são as referidas nas anotações n.º 1 e n.º 2 ao artigo 108.º. Em especial, o artigo 265.º do Código Penal de 1852/1886, o artigo 2.º do Decreto n.º 14.708, de 10 de Dezembro de 1927, e o artigo 47.º do Decreto-Lei n.º 41.562, de 18 de Março de 1958. 1

Bem jurídico: Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a infância e juventude, o livre desenvolvimento da personalidade, a estabilidade social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património. Os bens jurídicos são protegidos por antecipação da tutela penal, aquém da lesão efectiva ou do perigo concreto de lesão; outrossim, a norma incriminadora basta-se, para a plena consumação típica, com a mera presunção do perigo de lesão, sendo um crime de perigo abstracto. Para maior desenvolvimento, ver as anotações n.º 3 e n.º 4, ao artigo 108.º. 2

Quanto às questões de constitucionalidade, à luz do princípio da proporcionalidade, ver as anotações n.º 5 e n.º 6, ao artigo 108.º. Não obstante o citado acórdão n.º 99/2002, do Tribunal Constitucional se ter pronunciado, desvalorizando, necessariamente *obiter dictum* (estava em causa o crime do artigo 108.º e não este), sobre a questão de constitucionalidade colocada por RUI PINTO DUARTE (ver *supra* n.º 5); certo é que, quanto a esta específica incriminação, é no mínimo duvidosa a necessidade, adequação e proporcionalidade, de restrições à liberdade individual, pelo menos em termos tão genéricos e com sanção penal (estatuição até de pena de prisão), quanto a “*opções de conduta de que não resultam directamente lesões para os direitos de outros cidadãos*” (*ibidem*), ou pelo menos não são concretamente determináveis pelo tipo de ilícito, enquanto crime de perigo abstracto. Encontramos um lugar paralelo, pese embora, aliás, a medida de grandeza bem superior (pela dimensão efectiva desse flagelo e pelo seu potencial de lesão a bens jurídicos fundamentais), na distinção entre o tráfico de substâncias estupefacientes e o seu consumo, recentemente descriminalizado; pelo que melhor seria, *de iure constituendo*, operar, também aqui, a descriminalização da *prática* dos jogos de fortuna ou azar, eventualmente convertida em contra-ordenação, optimizando a efectiva repressão da sua exploração ilícita.

A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação dos seguintes **elementos objectivos do tipo de ilícito**: 3

- a) A prática (este artigo 110.º);
- b) de jogo de fortuna ou azar – aquele cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte (artigo 1.º e artigo 110.º);
- c) cuja prática seja permitida nos casinos (artigo 4.º, n.º 1 e n.º 3), noutros locais autorizados (artigos 6.º a 8.º), ou um jogo enquadrável nos “conceitos-tipo” desses jogos – alternativamente;
- d) fazendo-o fora desses locais legalmente autorizados (artigo 110.º);

Relativamente à caracterização dos diversos elementos típicos, designadamente mediante redução à luz da cláusula de adequação social, distinção das figuras afins aos jogos de fortuna ou azar e conformidade constitucional, à luz do princípio da determinabilidade penal, remete-se para as respectivas anotações ao artigo 108.º (em especial n.ºs 14 a 16).

Aplicando, *mutatis mutandis*, a posição aí adoptada: Numa interpretação teleológica restritiva, conforme ao programa constitucional, impresso nos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição, relevando do princípio da proibição do excesso e da natureza subsidiária do direito penal, ou do princípio da máxima restrição das penas, insitos à ideia de Estado de direito democrático, pela estrita vinculação ao âmbito da constelação dos bens jurídicos protegidos, cinzelados num juízo de adequação social, que densifique o “limiar mínimo” de perigo abstracto

pressuposto ainda pelo princípio da ofensividade, e dirigidos à protecção do “sistema de autorização regulamentada”, ou seja, do monopólio estatal nos locais legalmente autorizados, propugnamos que **apenas integra este crime, a prática de jogos de fortuna ou azar legalmente reservados para exploração em locais autorizados de jogo (ou um jogo enquadrável nos “conceitos-tipo” desses jogos). Assim, constitui crime de prática ilícita de jogo aquela que tenha por objecto os jogos carteados, dados, roleta e bingo “a dinheiro”; ou os jogos de resultado contingente, em máquinas que funcionem, directa ou indirectamente, mediante um pagamento “com dinheiro”.**

Como já referimos (supra anotação n.º 13 ao artigo 108.º), a lei não prevê a incriminação do “jogo ilícito” mas, diversamente, a “prática ilícita” de jogo. O que significa que, no quadro legal vigente, em bom rigor não existem jogos de fortuna ou azar ilícitos, antes é ilícita a prática dos jogos de fortuna ou azar, em desrespeito às condições regulamentares, fundamentalmente, quando realizadas fora dos locais autorizados. Diversamente, no território da RAE de Macau, os artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 8/96/M de 22 de Julho (que regula o jogo ilícito naquela ERA de Macau), incriminam especificamente a exploração e a prática ilícita de jogo em “locais autorizados”.

A norma incriminadora refere-se, ainda, a “quem for encontrado”, laborando numa evidente confusão entre facto e prova do facto (assim também, RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, p. 79), ou entre delito e flagrante delito. Até por imposição do princípio da igualdade, é irrelevante que o agente do crime seja ou não encontrado fisicamente a cometer os factos, para o preenchimento dos pressupostos objectivos do tipo; bastando, para o apuramento judicial da responsabilidade penal, que a prática proibida do jogo resulte probatoriamente demonstrada.

- 4 **Classificação do crime:** O crime de “prática ilícita de jogo” é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2) um **crime de perigo abstracto** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos), em que o perigo não constitui elemento da incriminação mas mera motivação da proibição; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica; (4) um **crime de execução livre** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com o início da prática do jogo; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime de perigo comum** (quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos; (9) um **crime formal ou de mera conduta** (quanto à relação entre acção e o objecto da acção), em que o resultado não é elemento do tipo pelo que não tem de ser imputado à conduta do agente.
- 5 O **tipo subjectivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objectivo – dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da acção típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objecto da acção, directo, necessário ou eventual.
- 6 A **tentativa** não é punível, considerado o limite máximo da pena aplicável (artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal).
- 7 Os comportamentos são puníveis com pena de **prisão até 6 meses** e com pena de **multa até 60 dias**.

Artigo 111.º*Presença em local de jogo ilícito*

Quem for encontrado em local de jogo ilícito e por causa deste será punido com a pena prevista no artigo anterior, reduzida a metade.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

A classificação do crime (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

A **fonte** legal e as fontes anteriores são as referidas nas anotações n.º 1 e n.º 2 ao artigo 108.º. Em especial, o artigo 2.º do Decreto n.º 14.708, de 10 de Dezembro de 1927, e o artigo 58.º do Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969.

Bem jurídico: Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a infância e juventude, o livre desenvolvimento da personalidade, a estabilidade social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património. Os bens jurídicos são protegidos por antecipação da tutela penal, aquém da lesão efectiva ou do perigo concreto de lesão; outrossim, a norma incriminadora basta-se, para a plena consumação típica, com a mera presunção do perigo de lesão, sendo um crime de perigo abstracto. Para maior desenvolvimento, cfr. anotações n.º 3 e n.º 4 ao artigo 108.º.

A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação cumulativa dos seguintes **elementos objectivos do tipo de ilícito**:

a) A presença (este artigo 111.º);

b) em local onde se pratique, ilicitamente, jogos de fortuna ou azar (artigos 1.º, 4.º, n.º 1 e n.º 3, 6.º a 8.º, e 111.º);

c) por causa desse jogo (artigo 111.º).

A norma incriminadora refere-se, ainda, a “quem for encontrado”, laborando numa evidente confusão entre facto e prova do facto (concordante, RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, p. 79 e p. 83), ou entre delito e flagrante delito. Até por imposição do princípio da igualdade, é pois irrelevante que o agente do crime seja ou não encontrado fisicamente a cometer os factos, para o preenchimento dos pressupostos objectivos do tipo; bastando, para o apuramento judicial da responsabilidade penal, que a prática do jogo resulte probatoriamente demonstrada.

Relativamente à caracterização dos diversos elementos típicos, designadamente mediante redução à luz da cláusula de adequação social, distinção das figuras afins aos jogos de fortuna ou azar e conformidade constitucional, à luz do princípio da determinabilidade penal, remete-se para as anotações ao artigo 108.º.

Anota-se, em especial, que o local de jogo ilícito é o local onde se explore ou pratique, ilicitamente, jogos de fortuna ou azar, o que exclui os locais da prática ilícita de modalidades afins ou qualquer outras categorias de jogo (concordante, RUI PINTO DUARTE, *op. cit.*, p. 83); não bastando a mera presença, que deve ser de algum modo directamente motivada pelo jogo.

Classificação do crime: O crime de “presença em local de jogo ilícito” é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2) um **crime de perigo abstracto** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos), em

- que o perigo não constitui elemento da incriminação mas mera motivação da proibição; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica; (4) um **crime de execução livre** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com a entrada no local; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime de perigo comum** (quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos; (9) um **crime formal ou de mera conduta** (quanto à relação entre acção e o objecto da acção), em que o resultado não é elemento do tipo pelo que não tem de ser imputado à conduta do agente, bastando a mera presença no local.
- 5 O **tipo subjectivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objectivo – dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da acção típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objecto da acção, directo, necessário ou eventual.
- 6 A **tentativa** não é punível, considerado o limite máximo da pena aplicável (artigo 23.º n.º 1, do Código Penal).
- 7 Verifica-se **concurso aparente**, ou concurso de normas, por consumpção, nos casos de exploração (artigo 108.º, n.º 2) ou direcção do jogo, bem como a administração, direcção, gerência ou trabalho da entidade exploradora (artigo 108.º, n.º 2), ou ainda de prática de jogo (110.º), em que o agente do crime será apenas punido por um desses crimes.
- 8 Os comportamentos são puníveis com pena de **prisão até 3 meses** e com pena de **multa até 30 dias**.

Artigo 112.º

Coacção à prática de jogo

Aquele que usar de sugestão, ameaça ou violência para constranger outrem a jogar ou para dele obter meios para a prática do jogo, ou o ponha na impossibilidade de resistir, será punido com pena correspondente ao crime de extorsão.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

O concurso (anotação 6)

A pena (anotação 7)

- 1 A **fonte** legal e as fontes anteriores são as referidas nas anotações n.º 1 e n.º 2 ao artigo 108.º. Em especial, o artigo 268.º do Código Penal de 1852/1886, descontinuado na legislação subsequente ao ano de 1927.
- 2 **Bem jurídico:** Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que visa garantir a liberdade de disposição patrimonial, protege especificamente o património, a liberdade individual de decisão e de acção e a integridade física do ofendido, protegendo ainda a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a estabilidade social e económica e os interesses fiscais do Estado, nos termos indicados na anotação ao artigo 108.º. Apenas a liberdade de determinação ou a integridade física são directamente tuteladas, exigindo-se uma lesão efectiva de um desses bens jurídicos

(alternativamente); quanto aos demais, são protegidos por antecipação da tutela penal, constituindo o perigo mera motivação da incriminação.

A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação cumulativa de dois **elementos objectivos do tipo de ilícito**, num modo alternativo de execução da acção típica:

- a) Usar da sugestão (i) ameaça (ii) ou violência (ii) – alternativamente;
- b) para constranger outrem a jogar (i), ou para obter dele meios para a prática do jogo (ii) – alternativamente.

Aparentemente não são exigidos os demais elementos objectivos típicos do crime de extorsão, previsto no artigo 223.º, do Código Penal, pois a remissão é apenas para a pena desse crime. Todavia e não obstante a deficiente técnica legislativa, deve entender-se que, à semelhança da daquele, se trata de um crime de dano e de resultado, no que respeita à liberdade e à integridade, pelo que a verificação do ilícito-típico exige o efectivo constrangimento da vítima ou a obtenção por esta dos meios para a prática do jogo, caso assim não suceda apenas existirá, eventualmente, *tentativa*. Assim “para constranger outrem” deve ser entendido como “quem constranger outrem” e não como “tendo a finalidade de constranger outrem”. Este critério hermenêutico é sistematicamente congruente com a remissão operada para a pena do crime de extorsão, cumpre o liminar mínimo de densificação do perigo abstracto exigido ainda pelo princípio da ofensividade, e atende, perante a redacção legal imperfeita, ao princípio de liberdade, *in dubio pro libertatis*. O que é dispensado pela autonomização deste crime, face à incriminação geral, é a verificação de uma intenção específica de enriquecimento ilegítimo e a efectiva disposição que acarrete prejuízo para o ofendido ou terceiro.

Classificação do crime (n.º1): O crime de “coacção à prática de jogo” previsto no n.º 1 deste artigo, é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2a) um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos) no que respeita à liberdade individual e à integridade física, (2b) mas um **crime de perigo abstracto** quanto aos demais bens jurídicos; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica, embora alternativa; (4) um **crime de execução vinculada** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos); (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime de perigo comum** (quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos, com excepção do património do ofendido, e da sua liberdade e integridade; (9a) um **crime material ou de dano**, em que o resultado é elemento do crime devendo ser imputado à conduta do agente, quanto ao constrangimento ou a ofensa à integridade, (9b) um **crime formal ou de mera conduta**, em que o resultado não é elemento do tipo, quanto à lesão dos demais bens jurídicos protegidos.

O **tipo subjectivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objectivo – dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da acção típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objecto da acção, directo, necessário ou eventual.

A **tentativa** é punível, nos termos gerais (artigos 22.º e 23.º do Código Penal).

Os comportamentos são puníveis com as **penas** aplicáveis ao crime de extorsão (artigo 223.º do Código Penal).

Artigo 113.º
Jogo fraudulento

1. Quem explorar ou praticar o jogo ou assegurar a sorte através de erro, engano ou utilização de qualquer equipamento será punido com pena correspondente à do crime de burla agravada.

2. A viciação ou falsificação de fichas e a sua utilização serão punidas com pena correspondente à do crime de moeda falsa.

Sumário da anotação:

Fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo – n.º 1 (anotação 3)

O tipo objectivo – n.º 2 (anotação 4)

A classificação do crime n.º 1 (anotação 5)

A classificação do crime n.º 2 (anotação 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

A tentativa – n.º 1 (anotação 8)

A tentativa – n.º 2 (anotação 9)

O concurso – n.º 1 (anotação 10)

O concurso – n.º 2 (anotação 11)

A pena – n.º 1 (anotação 12)

A pena – n.º 2 (anotação 13)

- 1 A **fonte** legal e as fontes anteriores são as referidas nas anotações n.º 1 e n.º 2 ao artigo 108.º. Em especial, o artigo 269.º do Código Penal de 1852/1886, e os artigos 62.º e 63.º do Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969.
- 2 **Bem jurídico:** Tratam-se de crimes complexos ou pluriofensivos, que protegem directa e especificamente, no primeiro caso (n.º 1) o património do outro jogador ou jogadores e, no segundo caso (n.º 2) a segurança e credibilidade na força probatória das fichas de jogo, quanto à intangibilidade da correspondência entre o seu valor facial e o seu equivalente pecuniário. Em ambos os crimes protege-se ainda, por antecipação da tutela, a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a estabilidade social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património, nos termos indicados na anotação ao artigo 108.º.
- 3 **Tipo objectivo (n.º 1):** A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação cumulativa de dois elementos objectivos do tipo de ilícito, num modo alternativo de execução da acção típica:
 - a) Explorar (i) ou praticar o jogo (ii) ou assegurar a sorte (iii);
 - b) através de erro (i), engano (ii) ou utilização de qualquer equipamento (iii).Não são exigidos os demais elementos objectivos típicos do crime de burla qualificada, pois a remissão é apenas para a pena desse crime. Designadamente, não se exige o intuito de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, nem sequer o prejuízo patrimonial.
- 4 **Tipo objectivo (n.º 2):** A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação do seguinte tipo de ilícito, num modo alternativo de execução da acção típica: viciar (i) ou falsificar (ii) fichas de jogo ou utilizá-las (iii). Não são exigidos os demais elementos objectivos típicos dos crimes de falsificação de moeda, pois a remissão é apenas para a pena desses crimes.
- 5 **Classificação do crime (n.º 1):** O crime de “jogo fraudulento” previsto no n.º 1 deste artigo, é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2a) um **crime de perigo abstracto** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos), em que o perigo não constitui elemento da incriminação mas

mera motivação da proibição; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica; (4) um **crime de execução livre** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com a entrada no local; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime de perigo comum** (que quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos; (9) um **crime formal ou de mera conduta** (quanto à relação entre acção e o objecto da acção), em que o resultado não é elemento do tipo pelo que não tem de ser imputado à conduta do agente.

Classificação do crime (n.º 2): O crime de “jogo fraudulento” previsto no n.º 2 deste artigo, é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2a) um **crime de perigo abstracto** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos), em que o perigo não constitui elemento da incriminação mas mera motivação da proibição, quanto à “falsificação” e à “viciação”, (2b) um **crime de dano**, quanto à “utilização” das fichas forjadas, porquanto apenas a circulação das fichas lesa efectivamente a segurança e credibilidade na força probatória das fichas de jogo (concordante, em anotação ao crime de falsificação, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 672); (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica; (4) um **crime de execução livre** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com a entrada no local; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime de perigo comum** (quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos; (9a) um **crime material ou de dano**, em que o resultado é elemento do crime devendo ser imputado à conduta do agente, quanto à “falsificação” e à “viciação”, (9b) um **crime formal ou de mera conduta**, em que o resultado não é elemento do tipo, quanto à “utilização” das fichas (concordante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ibidem*; HELENA MONIZ, “Aspectos do Resultado no Direito Penal”, em *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias”, Coimbra Editora, 2003, p. 568, assinalando a falsificação como crime de *resultado quanto à conduta*).

O **tipo subjectivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objectivo – dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da acção típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objecto da acção, directo, necessário ou eventual.

Tentativa (n.º 1): É punível, nos termos gerais (artigos 22.º e 23.º do Código Penal).

Tentativa (n.º 2): É punível, nos termos gerais (artigos 22.º e 23.º do Código Penal) e nos termos do artigo 265.º n.º 3, do Código Penal. Exceptuam-se os casos de utilização de fichas viciadas ou falsificada, previstos no artigo 265.º, n.º 1, al. b) e n.º 2, considerando o limite máximo da pena ser inferior a 3 anos.

Concurso (n.º 1): Há concurso aparente ou concurso de normas, com os crimes de burla previstos no Código Penal que são consumidos pelo crime de jogo fraudulento (113.º, n.º 1).

Concurso (n.º 2): Não há susceptibilidade de concurso com os crimes de falsificação de moeda cujo objecto da acção típica – a moeda – não está presente. Há concurso aparente com os crimes do artigo 113.º, n.º 1 e 113.º, n.º 2, que protegem igualmente o património (não há protecção directa do património, como sucede nos crimes de burla previstos no Código Penal – crimes de resultado), prevalecendo por

consumpção, pura ou impura, o crime que no caso proteja o património de forma mais eficaz, considerada a medida da pena aplicável.

- 12 **Pena (n.º 1):** Os comportamentos são puníveis com pena de **prisão de 2 a 8 anos**. A remissão para o crime de burla agravada deve agora entender-se como feita para o crime de burla qualificada, previsto no artigo 218.º, n.º 2. A remissão era para o crime de burla agravada, que se encontrava previsto à data da publicação deste Decreto-Lei, no artigo 314.º do Código Penal (versão originária de 1982), punido com prisão de 1 a 10 anos. Aí cabia o “valor do prejuízo que for consideravelmente elevado”, que agora integra o tipo “qualificado de 2.º grau”, ou “hiper-qualificado”. Com a revisão penal de 1995, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, criou-se uma qualificação de 1.º grau, ou intermédia, com pena de prisão até 5 anos (218.º, n.º 1 revisto), designadamente se o prejuízo patrimonial for de valor meramente elevado. Assim, deve-se entender a remissão para o crime “hiper-qualificado”, sendo esse que directamente sucedeu à burla agravada (diversamente, indicando sem fundamentar a remissão para a burla qualificada de 1.º grau, JANUÁRIO PINHEIRO, “Lei do Jogo Anotada e Comentada”, Almedina, Coimbra, 2006, p. 470).

O autor do crime goza da atenuação especial obrigatória ou facultativa, respectivamente, em caso de reparação, nos casos previstos no n.º 2 (reparação total) e n.º 3 (reparação parcial), do artigo 206.º, aplicável *ex vi* artigo 218.º, n.º 3, ambos do Código Penal.

O autor do crime não goza da cláusula de extinção do procedimento criminal, prevista no n.º 1 do artigo 206.º, eventualmente aplicável *ex vi* artigo 218.º, considerados os demais bens jurídicos protegidos, para além do seu património, dos quais não pode dispor, nem a sua titularidade é determinável.

- 13 **Pena (n.º 2):** Os comportamentos são puníveis com pena de **prisão de 3 a 12 anos** ou com pena de **prisão de 2 a 8 anos**. A remissão para o crime de moeda falsa deve agora entender-se como feita para o crime de contrafacção de moeda, previsto no artigo 262.º, n.º 1 e n.º 2, do Código Penal, consoante se trate de contrafacção de fichas ou mera alteração do seu valor, respectivamente. A remissão era para o crime de contrafacção de moeda e o crime de falsificação ou alteração do valor facial de moeda legítima, que se encontravam previstos à data da publicação deste Decreto-Lei, respectivamente, nos artigos 336.º e 237.º, ambos do Código Penal (versão originária de 1982), sendo punidos com prisão de 2 a 15 anos, no primeiro caso, e 1 a 8 anos no segundo.

Pode questionar-se a mera utilização de fichas falsificadas por terceiros (ou cuja autoria não se consiga probatoriamente alcançar), que na imperfeita redacção adoptada, é igualmente punida “com pena correspondente à do crime de moeda falsa”. Propendemos a seguir, *a fortiori*, a distinção antes propugnada, devendo entender-se a remissão para o crime de passagem de moeda falsa – artigo 265.º, do Código Penal vigente, com as penas que aí constam.

Artigo 114.º

Usura para jogo

Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial para si ou para outrem, faculte a uma pessoa dinheiro ou qualquer outro meio para jogar será punido com pena correspondente à do crime de usura.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

O concurso (anotação 6)

A pena (anotação 7)

Fonte: A fonte legal e as fontes anteriores são as referidas nas anotações n.º 1 e n.º 2 ao artigo 108.º. 1

Bem jurídico: Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que protege especificamente o património do ofendido, protegendo ainda a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a estabilidade social e económica e os interesses fiscais do Estado, nos termos indicados na anotação ao artigo 108.º. 2

A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação cumulativa dos seguintes **elementos objectivos do tipo de ilícito**: 3

a) Facultar a outra pessoa dinheiro ou outro meio – alternativamente;

b) para jogar.

Não são exigidos os demais elementos objectivos típicos do crime de extorsão, pois a remissão é apenas para a pena desse crime.

Classificação do crime (n.º 1): O crime de “usura para jogo” previsto no n.º 1 deste artigo, é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2a) um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos) no que respeita à liberdade individual e à integridade física, (2b) mas um **crime de perigo abstracto** quanto aos demais bens jurídicos; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica, embora alternativa; (4) um **crime de execução vinculada** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos); (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime de perigo comum** (quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos, com excepção do património do ofendido; (9a) um **crime material ou de dano**, em que o resultado é elemento do crime devendo ser imputado à conduta do agente, quanto ao constrangimento ou a ofensa à integridade, (9b) – um **crime formal ou de mera conduta**, em que o resultado não é elemento do tipo, quanto à lesão dos demais bens jurídicos protegidos. 4

O **tipo subjectivo** exige uma formulação específica de dolo, “a intenção de alcançar um benefício patrimonial para si ou para outrem”, independentemente da sua efectiva realização, pelo que se trata de um crime de resultado cortado ou antecipado. Exige ainda a formulação genérica quanto à realização do tipo objectivo – dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da acção típica. 5

A **tentativa** é punível, nos termos gerais (artigos 22.º e 23.º do Código Penal). 6

Os comportamentos são puníveis com as **penas** aplicáveis ao crime de usura (artigo 226.º do Código Penal). 7

Artigo 115.º

Material de jogo

Quem, sem autorização da Inspeção-Geral de Jogos, fabricar, publicitar, importar, transportar, transaccionar, expuser ou divulgar material e utensílios que sejam

caracterizadamente destinados à prática dos jogos de fortuna ou azar será punido com prisão até 2 anos e multa até 200 dias.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

A conformidade constitucional da incriminação (anotação 3)

O tipo objectivo (anotação 4)

A classificação do crime (anotação 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A tentativa (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A **fonte** legal e as fontes anteriores são as referidas nas anotações n.º 1 e n.º 2 ao artigo 108.º.
- 2 **Bem jurídico:** Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo que, por antecipação da tutela penal, protege a ordem pública, a segurança dos cidadãos, a infância e juventude, o livre desenvolvimento da personalidade, a estabilidade social e económica, os interesses fiscais do Estado e o património.
- 3 **Conformidade constitucional da incriminação:** Estamos perante um crime de perigo abstracto, na antecâmara do crime de exploração ilícita de jogo, previsto no artigo 108.º, o que se traduz numa dupla antecipação da tutela penal, podendo assim considerar-se um crime de perigo “hiper-abstracto”, ou de “ofensividade residual”. Numa matéria que está na orla da *essencial dignidade* da pessoa humana (ao contrário *v.g.* dos bens jurídicos protegidos pelo tráfico de estupefacientes ou do *terrorismo*), fora da constelação de bens jurídico-penais difusos de dimensão planetária (*v.g.* atentados ambientais), ou sequer dos meios ofensivos de difícil detecção e combate (*v.g.* crimes informáticos ou tecnológicos), em que tradicionalmente se sustenta a legitimidade da incriminação dos *actos preparatórios*.
A punição dos *actos preparatórios* tem de ser expressamente prevista, nos termos gerais do artigo 21.º do Código Penal, dependendo ainda de fortes razões de política criminal na antecipação da tutela ao estágio mínimo da execução do *iter criminis* (já assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1976, p. 10). Pelo que a incriminação dos *precursores* em matéria de jogo, embora politico-criminalmente compreensível, é de duvidosa constitucionalidade à luz dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade do direito penal, por referência aos princípios constitucionais implícitos da dignidade penal e da ofensividade. Acresce, confirmando a convicção de desconformidade constitucional, que a dosimetria legal da pena para uma situação que, no fundo, é equiparada ao início da tentativa (não punível) do crime de exploração ilícita de jogo, acaba por merecer uma pena exactamente igual àquele – prisão até 2 anos e multa até 200 dias; afrontando assim claramente o princípio da igualdade e da proporcionalidade, pois a *tentativa* (sem aptidão de lesar directamente os bens jurídicos protegidos) é punida com pena idêntica à aplicada à consumação (pese embora a dificuldade na distinção por se tratarem ambos de crimes de perigo abstracto), não obstante partilhar do mesmo bem jurídico e sem que se verifique qualquer *plus* na factualidade típica que justifique a equiparação punitiva.
- 4 A norma incriminadora exige, para a consumação do crime, a verificação cumulativa dos seguintes **elementos objectivos do tipo de ilícito**:
 - a) Fabricar (i), publicitar (ii), importar (iii), transportar (iv), transaccionar (v), expuser (vi) ou divulgar (vii) – alternativamente;
 - b) material (i) e utensílios (ii) – alternativamente;

c) que sejam caracterizadamente destinados à prática dos jogos de fortuna ou azar. A acção típica tem uma abrangência considerável, tendo por objecto material os denominados *precursores*, isto é, os produtos essenciais à prática dos jogos de fortuna e azar, deverá aqui operar-se uma redução teleológica do sentido do tipo de ilícito, conforme à restrita protecção dos bens jurídicos protegidos e ao juízo inerente de adequação social (ver anotações n.º 15 e n.º 16 ao artigo 108.º), de modo a que apenas integrará a prática do crime a prática dos factos descritos, relativos a materiais ou utensílios, que sejam ou tenham sido “caracterizadamente” destinados à prática de jogos de fortuna e azar reservados a serem explorados nos locais autorizados e que o sejam fora deles. Coincidindo com o sentido penalmente relevante que sustentámos em relação ao crime de prática ilícita de jogo (anotação n.º 3 ao artigo 110.º), ou seja, “a prática de jogos de fortuna ou azar legalmente reservados para exploração em locais autorizados de jogo (ou um jogo enquadrável nos “conceitos-tipo” desses jogos)”, designadamente os “jogos carteados, dados, roleta e bingo «a dinheiro»; ou os jogos de resultado contingente, em máquinas que funcionem, directa ou indirectamente, mediante um pagamento «com dinheiro»”. Por conseguinte, não bastando a mera aptidão abstracta dos materiais ou utensílios, para um fim hipotético ou eventual, parece ficar superada a observação de JANUÁRIO PINHEIRO (op. cit., p. 476): “Este tipo legal de crime é tão aberto que nos leva a interrogar se aquelas lojas por que passamos todos os dias e que comercializam todo o tipo de material de jogo, cada vez mais sofisticado, permanentemente praticam crimes. Qual a fronteira? O que fazem as autoridades?”. Isto, sem prejuízo das dificuldades que a demonstração dos elementos do tipo colocam quanto à prova da finalidade desse material.

Classificação do crime: O crime de “material de jogo” é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela diversos bens jurídicos (cfr. *supra*); (2) um **crime de perigo abstracto** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos), em que o perigo não constitui elemento da incriminação mas mera motivação da proibição; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma única acção típica, embora alternativa; (4) um **crime de execução vinculada** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos); (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), que pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime de perigo comum** (quanto ao objecto de acção), pelo número indiferenciado e indeterminado de objectos de acção sustentados por bens jurídicos; (9a) um **crime material ou de dano**, em que o resultado é elemento do crime devendo ser imputado à conduta do agente, quanto ao “fabrico” e à “importação”, (9b) – um **crime formal ou de mera conduta**, em que o resultado não é elemento do tipo, quanto à “publicitação”, “transporte”, “transacção”, “exposição”, ou divulgação. O **tipo subjectivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objectivo – dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da acção típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objecto da acção, directo, necessário ou eventual. O preceito em anotação exige especificamente o conhecimento de que os produtos em causa são ou vão ser utilizados à “prática de jogos de fortuna ou azar”, naquele restrito sentido de ilicitude que indicámos *supra*.

A **tentativa** não é punível, considerado o limite máximo da pena aplicável (artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal).

Os comportamentos são puníveis com pena de **prisão até 2 anos** e com pena de **multa até 200 dias**.

Artigo 116.º

Apreensão de material de jogo

O material e utensílios de jogo serão apreendidos quando sejam cometidos crimes previstos nesta secção e destruídos, a mandado do tribunal, pela autoridade apreensora, que lavrará o competente auto de destruição.

Sumário da anotação:

A fonte legal imediata (anotação 1)

As outras fontes (anotação 2)

O destino do material de jogo (anotação 3)

- 1 **Fonte legal imediata:** O artigo 2.º, n.º 6, alínea i), da Lei n.º 14/89, de 30 de Junho (autorização legislativa).
- 2 **Outras fontes:** No regime legal anterior, instituído pelo Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, já se previa no artigo 56.º que “2.º Serão igualmente apreendidos todos os utensílios relacionados com a prática de jogos de fortuna ou azar, procedendo a entidade apreensora, imediatamente em seguida, à sua destruição, à venda da respectiva sucata e entrega do seu produto ao Fundo de Socorro Social.”.
- 3 O material e utensílios de jogo quando sejam cometidos os crimes dos arts. 108.º a 115.º serão destruídos pela autoridade apreensora. O prévio “mandado do tribunal” trata-se de uma competência judicial, logo reservada ao juiz (artigo 268.º, n.º 1, al. e) e 374.º, n.º 3, al. c), ambos do Código de Processo Penal).
A perda desses objectos, pressupondo a sua relação com o respectivo facto ilícito típico, dispensa a verificação dos demais requisitos previstos no artigo 109.º do Código Penal, designadamente relativos à aptidão e perigosidade dos objectos para a prática futura de ilícitos, a qual é presumida pelo legislador. A presunção é legítima, considerada a natureza funcional, estritamente instrumental, do material e utensílios de jogo utilizados para a prática desses ilícitos.
A destruição dos objectos e a perda do dinheiro (artigo 117.º), correspondendo a uma providência sancionatória, não assume necessariamente a forma de “sanção acessória” de uma pena principal. Desde que proveniente de exploração ilícita do jogo, mantêm-se mesmo em caso de absolvição do arguido. Por exemplo, no caso de se tratar de uma máquina que ofereça um jogo de fortuna e azar não permitido fora dos locais autorizados (concordante, o acórdão do TRL, de 8-04-1992); o mesmo sucede nos casos de amnistia (acórdão do STJ n.º 6/95, de 19 de Outubro, DR, I Série, de 28-12-1995).
Caso não se tenha apurado que os materiais e utensílios de jogo estavam associados a jogos de fortuna e azar, os mesmos devem ser restituídos a quem de direito (artigo 186.º do Código de Processo Penal).
A decisão que determine a entrega do bem, deve ser notificada ao respectivo proprietário, quando este seja terceiro (acórdão do TRL, de 12-12-2000) e, também no caso de ser sujeito processual, ficando neste caso apenas dispensada uma notificação autónoma na hipótese de a ordem de entrega estar determinada na decisão final (acórdão do TRE, de 16-12-2003, proc.º n.º 1317/03-1).

Artigo 117.º

Apreensão de dinheiro ou valores

Todo o dinheiro e valores destinados ao jogo, bem como os móveis do local em que sejam cometidos os crimes previstos nesta secção, serão apreendidos e declarados pelo tribunal perdidos a favor do Fundo de Turismo.

Sumário da anotação:

A fonte legal imediata (anotação 1)

As outras fontes (anotação 2)

O destino do dinheiro e dos valores (anotação 3)

Fonte legal imediata: O artigo 2.º, n.º 6, alínea j), da Lei n.º 14/89, de 30 de Junho (autorização legislativa). 1

Outras fontes: No regime legal anterior, instituído pelo Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, já se previa no artigo 56.º que “§ 1.º O dinheiro destinado ao jogo ou obtido através da sua exploração será apreendido, revertendo para o Fundo de Socorro Social. § 2.º Serão igualmente apreendidos todos os utensílios relacionados com a prática de jogos de fortuna ou azar, procedendo a entidade apreensora, imediatamente em seguida, à sua destruição, à venda da respectiva sucata e entrega do seu produto ao Fundo de Socorro Social.”. 2

Todo o dinheiro e valores destinados ao jogo, bem como os móveis do local em que sejam cometidos os crimes dos artigos 108.º a 115.º, serão declarados perdidos a favor do Instituto do Turismo de Portugal – Turismo de Portugal, I.P. (Decreto-Lei n.º 208/2006, de 27 de Outubro, Decreto-Lei n.º 141/2007, de 27 de Abril, e Portaria n.º 539/2007, de 30 de Abril). 3

Trata-se de uma competência judicial, logo reservada ao juiz (artigo 268.º, n.º 1, al. e) e 374.º, n.º 3, al. c), ambos do Código de Processo Penal).

A perda dos móveis e do dinheiro, correspondendo a uma providência sancionatória, não assume necessariamente a forma de “sanção acessória” de uma pena principal. Desde que proveniente de exploração ilícita do jogo, mantêm-se mesmo em caso de absolvição do arguido. Por exemplo, no caso de se tratar de uma máquina que ofereça um jogo de fortuna e azar não permitido fora dos locais autorizados (concordante, o acórdão do TRL, de 8-04-1992); o mesmo sucede nos casos de amnistia (acórdão do STJ n.º 6/95, de 19 de Outubro, DR, I Série, de 28-12-1995). Caso não se tenha apurado que os móveis e o dinheiro tenham estado associados à prática dos referidos crimes ou deles tenha resultado, os mesmos devem ser restituídos a quem de direito (artigo 186.º do Código de Processo Penal).

PLÁCIDO CONDE FERNANDES

Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, sobre o regime geral das infracções tributárias (Artigos 7.º, 12.º a 22.º, 87.º a 107.º)

Artigo 7.º

Responsabilidade das pessoas colectivas e equiparadas

1. As pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo.

2. A responsabilidade das pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas é excluída quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito.

3. A responsabilidade criminal das entidades referidas no n.º 1 não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.

4. A responsabilidade contra-ordenacional das entidades referidas no n.º 1 exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.

5. Se a multa ou coima for aplicada a uma entidade sem personalidade jurídica, responde por ela o património comum e, na sua falta ou insuficiência, solidariamente, o património de cada um dos associados.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O contexto histórico e instrumentos internacionais (anotação 2)

O acolhimento doutrinário da responsabilidade da pessoa colectiva (anotação 3)

O acolhimento jurisprudencial do novo paradigma (anotação 4)

Os critérios de imputação (anotação 5)

A responsabilidade cumulativa e derivada (anotação 6)

A actuação em nome e no interesse colectivo (anotação 7)

A relevância da actuação do gerente de facto (anotação 8)

A actuação contra ordens ou instruções (anotação 9)

As entidades fiscalmente equiparadas (anotação 10)

A insolvência, cisão e fusão da pessoa colectiva (anotação 11)

A responsabilidade solidária pelo pagamento da multa (anotação 12)

- 1 A **fonte** legislativa próxima do preceito é, simultaneamente, o art.º 7.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25-10 (RJIFA) e o art. 7.º do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA), que, enquadrando as linhas estruturantes da actual concepção de responsabilidade da pessoa colectiva, mantinham entre si dissonâncias difíceis de compreender (v.g. enquanto aquele diploma consagrava uma responsabilidade das entidades colectivas, quer em matéria de responsabilidade penal quer de responsabilidade contra-ordenacional, o RJIFNA apenas previa a responsabilidade *penal*, deixando que no tocante à responsabilidade contra-ordenacional esta derivasse do regime geral do ilícito de mera ordenação social e nos seus precisos termos.
- 2 Apesar da alusão feita àquelas fontes legais específicas, a verdade é que já em outros contextos legais anteriores se admitira a responsabilização penal, para além da contra-ordenacional, da pessoa colectiva v.g. Decreto-Lei n.º 630/76, de 28-09 e Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-01 (sobre infracções contra a economia e saúde pública). Como se enfatiza no preâmbulo deste diploma, tal consagração mostrava-se justificada no seu arrojo por se operar no “domínio da criminalidade económica” e ainda por a adopção do princípio de responsabilização dos entes colectivos ser feita “com prudência”. Por essa altura e nos tempos subsequentes, diversos **instrumentos internacionais**, designadamente, Convenções, Resoluções

e Recomendações do Conselho da Europa, ou ainda Acções Comuns e Decisões-Quadro comunitárias, estabeleceram formulações de responsabilidade da pessoa colectiva, recomendando aos Estados destinatários a sua adopção sem, contudo, a imporem.

As novas concepções eram também acolhidas ou, antes, promovidas por muitos sectores da **doutrina penalista**, baseados em razões de política criminal, não obstante reconhecerem a matéria como campo propício para a erosão de muitos quadros da dogmática clássica, dadas as dificuldades que a questão da responsabilidade da pessoa colectiva colocava, em face do princípio latino *societas deliquere non potest*, sob três perspectivas de aplicação concreta: (in)capacidade de acção, (in)capacidade de culpa e (in)capacidade de pena (cfr. FIGUEIREDO DIAS e EDUARDO CORREIA, “Introdução ao Direito Penal Económico” in Revista de Direito e de Economia, n.º 3, 1977, p. 3 e ss; MANUEL LOPES ROCHA, “A responsabilidade penal das pessoas colectivas – Novas perspectivas”, in Direito Penal Económico, CEJ, Lisboa, 1985, p. 162 e ss; FARIA COSTA, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, in RPCC., Ano 2, Fasc. 4.º, Coimbra Editora; Klaus Tiedemann, “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas e Empresas en Derecho Comparado” in Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 3, n.º 11, Julho-Setembro, Edit. Rev.^a dos Tribunais, Lda, 1995).

Paralelamente, alguns tribunais de instância foram chamados a pronunciar-se, produzindo **jurisprudência** que acompanhava “os novos ventos”, reconhecendo que “em regra só o homem pode ser agente de infracções criminais, mas excepcionalmente, quando a lei o estabelece, pode existir a responsabilidade penal de pessoas colectivas” (AcRL, de 15-10-1980, CJ, 1980, T IV, p. 136); ou que “é indiscutível a responsabilidade da pessoas colectivas e equiparadas no domínio das infracções contra a economia nacional, face ao art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-01” (Ac STJ de 15-03-1989, BMJ n.º 385, p. 337) ou ainda, sobre o mesmo preceito, que a responsabilidade penal de pessoas colectivas é compatível com os ditames constitucionais (Ac do TC n.º 213/95).

Apesar de, durante muitos anos, a regra do sistema jurídico português ser a da responsabilidade penal da pessoa singular e só em certos segmentos da criminalidade (v.g. informática, terrorismo, etc) e sectores da actividade económica (v.g. domínio tributário) se reconhecer a responsabilização dos entes colectivos, em correspondência com o estabelecido no art. 11.º do CP, a Lei n.º 59/2007 que alterou o Código Penal, veio mudar o paradigma, aditando àquele preceito uma cláusula geral de responsabilidade da pessoa colectiva, estruturada num duplo **critério de imputação** que pode ser considerado globalmente amplo. Na verdade, enquanto ali a responsabilização da pessoa colectiva deriva da actuação das pessoas singulares em posição de liderança, por um lado, e também da actuação de qualquer pessoa singular (trabalhador, mandatário, etc.) desde que o faça sob a autoridade daquelas, já no art. 7.º do RGIT, o critério de imputação ao ente colectivo circunscreve-se a actuações de “órgãos ou representantes”, sendo que nesta noção, à falta de distinção expressa, se abrange quer os representantes legais quer os voluntários.

A responsabilidade da pessoa colectiva que se consagra no art. 7.º do RGIT (tal como sucede no art.º 11 do CP) é uma responsabilidade **cumulativa e derivada** face à individual (sobre esta noção, cfr. GERMANO MARQUES da SILVA, Direito penal tributário, Univ. Católica Ed., 2009, p. 294 e ss.; e ISABEL MARQUES da SILVA, Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus administradores, Lisboa, 2000) não se acolhendo o critério de imputação autónoma, baseada no conceito de “défice” ou “culpa da organização”.

Dali derivam importantes corolários.

Desde logo, o de que a responsabilidade criminal da pessoa colectiva não exclui a da pessoa singular que actuou em nome daquela (n.º 3 do art. 7.º do RGIT), apenas tal sucedendo em matéria contra-ordenacional (n.º 4 do mesmo preceito). A responsabilidade da pessoa singular serve de parâmetro para a afirmação positiva de diversas categorias jurídicas, como sucede com a determinação do dolo e/ou negligência e respectivos graus, em função do elemento subjectivo que se sinaliza no concreto agente executor. Neste pormenor, é de considerar que o nosso sistema não acolhe a modalidade de culpa colegial, pelo que importará identificar o agente que actua “em nome” da colectividade; nem pode ser punida, nos termos do n.º 3 do art. 7.º do RGIT, a pessoa singular que se tenha oposto à deliberação / actuação (neste sentido, PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Univ. Católica Edit., 2008, p. 81 e ss.; CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “A pessoa colectiva como sujeito processual” in *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, Almedina p. 147 e ss).

6.3. A determinação da responsabilidade (“autónoma”) da pessoa colectiva não depende da responsabilização das pessoas singulares. Tal regra decorre da aplicação subsidiária do n.º 7 do art. 11.º do Código Penal, *ex vi* art. 3.º do RGIT dada a lacuna, no RGIT, sobre este ponto, devendo entender-se que o termo “responsabilização” significa “punição concreta” quando ocorram vicissitudes processuais-penais v.g. extinção da responsabilidade penal individual por morte da pessoa singular, por prescrição, por amnistia ou outra razão, subsistindo a responsabilidade colectiva (No sentido de certas causas de justificação / exculpação poderem operar apenas relativamente à pessoa singular parecem defender PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, Univ. Católica Edit., 2008, p. 81 e ss.; GERMANO MARQUES DA SILVA, “A responsabilidade penal da pessoa colectiva” in *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, Almedina p. 69 e ss.).

- 7 O art. 7.º do RGIT, para reconhecer a responsabilidade da pessoa colectiva, exige que se verifique uma conexão objectiva entre a conduta (e qualidade) do agente executor e aquela: que o agente teve uma **actuação “em nome e no interesse colectivo”**. A primeira parte da expressão (“em nome”) não parece oferecer dúvidas sobre a pretensão legal de vincular a actuação do agente a um quadro de “exercício de funções”, ou seja, através de actos de índole funcional e não estritamente pessoal. Já a componente do “interesse colectivo” suscita algumas dúvidas, designadamente, no sentido de saber se tem que coincidir com o objecto social (não obstante este não compreender, por natureza, os fins ilícitos que o crime encerra); se, do ponto de vista dogmático, consubstancia uma condição objectiva de punibilidade relativamente à qual não se torna necessário verificar o dolo (mais parecendo elemento objectivo central e estruturante qual elemento do tipo de ilícito); se o interesse da actuação pode ter uma dupla conotação – colectivo e particular – já que a norma não se refere a interesse colectivo “exclusivo”; ou se o mesmo pode ser “presumido”, embora pelas regras da experiência e das presunções judiciais se possa chegar, a partir de elementos conhecidos, a elementos desconhecidos e não demonstráveis directamente.
- 8 Sobre a questão de saber se a actuação de um **gerente de facto** ou “administrador de facto” faz gerar responsabilidade penal da pessoa colectiva, não é de afastar liminarmente, em face de alguns subsídios nesse sentido que se podem colher da legislação penal, seja em virtude da responsabilização individual por força do art. 6.º do RGIT e art. 12.º do CP quando o agente actua como titular de órgão ou como representante da pessoa colectiva em crimes específicos; seja o da expressa alusão ao “administrador ou gerente de facto” do art. 8.º do RGIT que respondem pelo pagamento das multas da pessoa colectiva; seja do art. 8.º, n.º 1, do CPPT

que prevê que a representação no procedimento das entidades equiparadas a pessoas colectivas seja feita por quem tem a administração *efectiva*; seja ainda, os lugares paralelos previstos no art. 227.º n.º 3 (e, porventura, n.º 2) e art. 229.º do Código Penal.

No entanto, a responsabilização por via de actuação de “administrador de facto” terá como limite, necessariamente, a ausência de qualquer vínculo jurídico e a existência de conexão fáctica do agente executor à pessoa colectiva, de tal modo que não se possa considerar aquele “representante” desta ou que falhe qualquer mecanismo de controlo e vigilância (na conformação laboral do acto gerador da responsabilidade colectiva) por parte dos quadros de liderança da pessoa colectiva. (Vide, sobre o assunto, João Miguel Santos Cabral, “O administrador de facto”, in *Revista do CEJ*, n.º 10, 2.º semestre de 2008; GERMANO MARQUES da SILVA, *Direito penal tributário*, Univ. Católica Edit., 2009, p. 307 e ss.).

Questão conexa mas inversa é a de saber se o administrador de direito mas não de facto pode responder pessoalmente e pode vincular a sociedade: nesta parte não se vê razão bastante para gerar uma descontinuidade, sob pena de criar esquemas de impunidade por práticas omissivas e que o desenvolvimento actual das concepções sobre a omissão afastam; e a responsabilização da pessoa singular também não deixará de ocorrer, no plano da imputação objectiva, a menos que possa relevar alguma circunstância ou fundamento do quadro da imputação subjectiva. E se a culpa da sociedade é, habitualmente, decalcada na da pessoa singular, em boa verdade não se confunde necessariamente com a de todo e cada um dos diversos agentes que actuam. Na verdade, falta toda uma construção dogmática que responda a um vasto leque de questões neste e noutros planos, designadamente, quando há uma pluralidade de agentes executores.

No n.º 2 do mesmo preceito, a responsabilidade penal da pessoa colectiva é excluída quando o agente executor tiver uma **actuação contra “ordens ou instruções expressas”**. Naturalmente, importa que tais ordens ou instruções sejam perceptíveis e claras para o agente para que possam ter a relevância pretendida.

Ainda em sede de responsabilidade penal da pessoa colectiva, o preceito em apreço estende o âmbito de punibilidade às “sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e a outras **entidades fiscalmente equiparadas**”. Pode incluir-se na noção de sociedades *irregulares* as consideradas como tal pelo Código das Sociedades Comerciais (arts. 36.º e 37.º): as sociedades aparentes (v.g. nem sequer dispõem de contrato social); as sociedades sem celebração de escritura pública (apenas dispõem de um acordo de constituição); as sociedades não registadas (apesar de ter sido celebrada a escritura de constituição, não foi efectuado o registo). Já o conceito de “entidades fiscalmente equiparadas” abrange aquelas organizações de facto ou de direito e os patrimónios autónomos que sejam sujeitos passivos das relações tributárias (quer devedores directos da prestação tributária, quer substituto legal, quer responsável), conforme decorre do art. 18.º n.º 3, da LGT.

A responsabilidade penal da pessoa colectiva não se extingue com a **declaração de insolvência** de uma sociedade, já que esta apenas provoca dissolução da pessoa colectiva e a extinção não ocorre enquanto não se tiver procedido ao registo do encerramento da liquidação (cfr. Ac. STJ 12-10-2006, relator Pereira Madeira; Ac. RG 9-2-2009, relator Cruz Bucho).

Também, à luz do n.º 8 do art. 11.º do CP, nem a **cisão** nem a **fusão** extingue a responsabilidade da pessoa colectiva e, por conseguinte, o procedimento criminal. Neste sentido, fixou jurisprudência o Ac. do STJ de n.º 5/2004, de 2-6-2004, e ainda o Ac. do TC 153/2004 considerou não inconstitucional a norma do art. 112.º al.ª a),

do CodSocCom, afirmando que a extinção por fusão (inscrita no registo comercial) não impede a manutenção da responsabilidade contra-ordenacional.

Por conseguinte, aquelas situações não constituem verdadeira analogia com a morte da pessoa física nem geram a extinção do procedimento criminal.

- 12 O n.º 5 do art. 7.º estabelece uma manifestação do princípio de **responsabilidade solidária** – naturalmente civil – pelo pagamento da dívida perante o Estado, decorrente da *multa* ou da *coima* aplicada à pessoa colectiva, designadamente quando o património societário se mostre insuficiente, nos termos do artigo 8.º do RGIT (AcRL de 01/07/2009, relatora M.ª José Machado; AcRG de 28/10/2007, relator Filipe Melo).

Diferentemente do que sucede em sede do regime jurídico das infracções contra a saúde e economia (art. 2.º n.º 3 do Decreto-Lei 28/84, de 20-01), aquela responsabilização no âmbito do RGIT não se estende à indemnização arbitrada em enxerto civil na acção penal (para além de aquela co-responsabilidade estar pensada, no Decreto-Lei 28/84, para os entes colectivos face às pessoas singulares e não o inverso).

Artigo 12.º

Penas aplicáveis aos crimes tributários

1. As **penas principais aplicáveis aos crimes tributários cometidos por pessoas singulares** são a prisão até oito anos ou a multa de 10 até 600 dias.

2. Aos crimes tributários cometidos por pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas é aplicável a pena de multa de 20 até 1920 dias.

3. Sem prejuízo dos limites estabelecidos no número anterior e salvo disposição em contrário, os limites mínimo e máximo das penas de multa previstas nos diferentes tipos legais de crimes são elevados para o dobro sempre que sejam aplicadas a uma pessoa colectiva, sociedade, ainda que irregularmente constituída, ou outra entidade fiscalmente equiparada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A categorias de penas (anotação 2)

Os limites mínimos e máximos das penas de prisão e de multa (anotação 3)

As finalidades das penas (anotação 4)

O princípio *ne bis in idem* (anotação 5)

- 1 Esta norma tem como **fontes** próximas os preceitos dos arts. 9.º e 11.º do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA), alterado o último dispositivo pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 394/93.

- 2 De entre as três **categorias de penas** que tradicionalmente a lei prevê – as principais, as acessórias e as de substituição –, o legislador estabelece no art. 12.º do RGIT as penas principais aplicáveis aos crimes tributários: no tocante às pessoas singulares, a pena de prisão e a pena de multa e, relativamente às pessoas colectivas, a pena de multa.

Por penas *principais* entende-se as penas aplicadas pelo tribunal na sentença condenatória, independentemente da aplicação de quaisquer outras (FIGUEIREDO DIAS, As consequências jurídicas do crime, Aequitas / Editorial Notícias, 1993, § 78). A este propósito, nem sempre o legislador segue uma linha de coerência na classificação das penas, como acontece, por exemplo, com a pena de *admoestação* que, em certos domínios (v.g. Decreto-Lei n.º 28/84), surge na veste de pena principal e, noutros, como pena de substituição (art. 90.º-C do Código Penal), ou com a

pena de *dissolução* que no Código Penal surge como pena principal (arts. 90.º-A e 90.º-F) aplicável a todos os crimes a que alude o art. 11.º do mesmo código e, no Decreto-Lei n.º 28/84, apenas é aplicável a três crimes e, no RGIT, encontra-se tipificada como pena acessória (art. 16.º al.^a h)).

O art. 12.º estabelece os **limites, mínimos e máximos, de pena** de prisão ou de pena de multa aplicáveis às pessoas singulares e às pessoas colectivas. Assim, relativamente à pena de prisão, o limite mínimo é de um mês (*ex vi*, art. 41.º do CP) e o limite máximo é de oito anos. Este limite de oito anos funciona por referência à pena principal, o que significa que não funciona como limite no concurso de infracções, não havendo impedimento que seja aplicável uma pena concreta, em cúmulo jurídico, que seja superior a oito anos.

Relativamente à pena de multa, estabelece-se para a pessoa singular uma moldura entre 10 e 600 dias, o que evidencia uma moldura superior à prevista no art. 47.º n.º 1 do CP (cujo limite máximo geral estabelecido é de 360 dias); e, quanto à pessoa colectiva, a moldura da multa situa-se entre 20 e 1920 dias, o que quer dizer que sobe para o dobro do limite mínimo de multa aplicável à pessoa singular e excede o triplo do limite máximo aplicável a esta.

No caso de não se prever nos tipos legais, especificadamente, pena de multa para a pessoa colectiva e entidades equiparadas, são aplicáveis a estas, nos termos do n.º 3 do art. 12.º do RGIT, os limites estabelecidos para a pessoa singular, elevados para o dobro. Este sistema diverge do (actualmente) consagrado no art. 90.º-B do CP de *sistema de pena por dias de multa* nos termos do qual quando o tipo penal preveja a pena de multa, exclusivamente ou em alternativa à pena de prisão, será aplicável à pessoa colectiva a pena de multa aí estabelecida (e não uma moldura majorada); e, no caso de somente se prever a pena de prisão, a moldura abstracta dos dias de multa aplicável à pessoa colectiva corresponde à moldura abstracta daquela pena de prisão à razão de 10 dias de multa por cada mês de prisão (n.º 2 do art.º 90.º-B do CP).

Já em matéria de taxa ou razão diária, no cálculo da pena concreta de multa, o legislador diferencia – naturalmente, em face da diferente capacidade económico-financeira – a destinada à pessoa singular e a aplicável à pessoa colectiva, embora o faça de modo diverso, consoante a área penal ou a conjuntura de política criminal em que se encontre: no âmbito do RGIT, optou por um plano de correspondência de um quantitativo diário entre € 1 e € 500, para a pessoa singular, e € 5 e € 5000, para a pessoa colectiva, perfazendo uma razão de 1/5 no limite mínimo da taxa diária e 1/10 no limite máximo da mesma taxa, entre as duas categorias de agentes (pessoa singular e pessoa colectiva); no Código Penal, a correspondência opera-se, de modo mais coerente, através de um quantitativo diário entre € 5 e € 500 (art. 47.º, n.º 2, do CP), para a pessoa singular, e € 100 e € 10.000 (art. 90.º-B, n.º 5, do CP), para a pessoa colectiva, o que perfaz uma razão de 1/20 quer no limite mínimo quer no limite máximo da taxa diária.

Apesar desta igualização formal, instituída no Código Penal, a verdade é que, no plano material e concreto, podem os montantes das multas aplicadas à pessoa colectiva revelar-se severos, por aplicação de tais quantitativos diários, sobretudo no que concerne ao limite mínimo que se afigura demasiado elevado, deixando menor margem de variação ao julgador (cfr. sobre o assunto, NUNO BRANDÃO, “O regime das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, *in* Revista do CEJ, n.º 8, 2008, Almedina, p. 41 e ss.; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “A responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou equiparadas”, *in* Revista da Ordem dos Advogados, 2006, II, p. 647 e ss., que chega a considerar que o sistema potencia e se converte em “pena sufocante” e “instrumento de confisco”).

- 4 A defesa da ordem jurídico-penal, tal como se encontra interiorizada pela consciência colectiva (prevenção geral positiva ou de integração), é a **finalidade** primeira que se prossegue, no quadro da moldura penal abstracta, entre o mínimo imprescindível à estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada e o máximo que a culpa do agente consente; entre esses limites, satisfazem-se, quanto possível, as necessidades da prevenção especial positiva ou de socialização (Ac. STJ 08.10.1997, proc. 874/97).
- 5 A consagração da punição, pelo mesmo facto, do agente executor e da entidade colectiva em nome e no interesse da qual aquele actuou – no quadro da responsabilidade cumulativa – não colide com o princípio *ne bis in idem*, porquanto: por um lado, aquele princípio obsta à punição, por mais que uma vez, da mesma pessoa pelo mesmo facto, sendo já compatível com a punição de várias pessoas jurídicas pelo mesmo facto (à semelhança do que sucede nas situações de participação); por outro lado, a actuação em representação de terceiros não se encontra instituída em causa de exclusão da responsabilidade criminal; finalmente, porque a imputação à pessoa colectiva de actos realizados por uma pessoa singular não é automática, operando apenas quando se mostrem verificados certos pressupostos (v.g. conexão do agente executor àquela, actuação em representação funcional e no interesse da mesma).

Artigo 13.º

Determinação da medida da pena

Na determinação da medida da pena atende-se, sempre que possível, ao prejuízo causado pelo crime.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A medida abstracta e medida concreta da pena (anotação 2)

Os limites da moldura abstracta da pena de multa aplicável à pessoa colectiva (anotação 3)

A ponderação do prejuízo causado pelo crime na medida da pena (anotação 4)

A liberdade de avaliação do julgador (anotação 5)

O sistema de fixação em dias da pena de multa (anotação 6)

A punição do concurso de crimes da pessoa colectiva (anotação 7)

A exclusão da aplicação de regras gerais à punição da pessoa colectiva (anotação 8)

A punição do crime continuado (anotação 9)

A comunicabilidade de princípios do direito penal ao direito contra-ordenacional (anotação 10)

- 1 Esta norma tem como **fonte** próxima o texto legal do art. 10.º do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA).
- 2 A determinação do ponto fixo de pena pressupõe duas operações justapostas: i) a da determinação da **medida legal ou abstracta da pena** o que implica tomar em consideração as circunstâncias modificativas comuns, agravantes (reincidência – art. 76.º do CP) ou atenuantes (tentativa – art. 23.º, cumplicidade – art. 27.º, etc. do CP); e ainda ii) a da determinação da **medida judicial ou concreta da pena** que abrange o elenco exemplificativo de circunstâncias previstas no art. 71.º do Código Penal v.g. grau de ilicitude do facto, modo de execução e gravidade das suas consequências; intensidade do dolo; condições pessoais do agente e sua situação económica; conduta anterior ao facto e a posterior a este.
- 3 Quando o concreto tipo penal não preveja pena de multa específica para a pessoa colectiva (v.g. arts. 92.º ou 103.º do RGIT), a **moldura abstracta da pena** aplicável a esta é, nos termos do n.º 3 do art. 12.º do RGIT, o dobro dos limites da pena de

multa estabelecidos para a pessoa singular, não podendo ultrapassar, por cada crime, o limite máximo de 1920.

Ora, o preceituado neste artigo parece aditar, como conteúdo inovatório útil à operação de determinação da pena, tão-só o parâmetro do “**prejuízo causado pelo crime**”. Ainda assim, é discutível se é inequivocamente novo tal parâmetro ou se era necessário já que, como se referiu na nota anterior, o art. 71.º do CP já manda atender ao grau de ilicitude, ao modo de execução e à gravidade das consequências do facto (al.ª a)). Terá o legislador pretendido conferir especial enfoque a tal aspecto, como reforço de eficácia de tal componente na medida concreta de pena, enquanto instrumento dissuasor e reforço de validade da norma violada, num trajecto de sentido pragmático de sistema coercivo de satisfação de créditos tributários e de “eticização” do Direito Penal Tributário.

Acresce que a inclusão de tal parâmetro legal parece matizado por alguma margem de liberdade e relativismo de **avaliação deixada ao julgador** já que não se impõe a este, de forma automática, a observância de tal parâmetro – como sucede com o da gravidade das consequências do facto da al.ª a) do art. 71.º do CP –, decerto por se ter tipificado certos crimes tributários (v.g. desobediência, violação de segredo, quebra de marcas ou selos) onde pode não ser possível mensurar um prejuízo. Ainda assim, rege, também sede penal-tributária, o princípio da proibição da dupla valoração (Sobre este princípio, cfr. FIGUEIREDO DIAS, *As consequências...*, 1993, p. 234 e ss.; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *A determinação da medida da pena privativa da liberdade*, Coimbra Ed., 1995, p. 594; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, 2008, p. 229).

A medida concreta da pena de multa deverá ser fixada em dias – **sistema de dias de multa** –, com aplicação de um quantitativo diário, em função das razões de prevenção e da culpa.

O limite máximo de 1920 da pena de multa não é o limite máximo aplicável ao concurso efectivo de crimes imputados à pessoa colectiva, mas antes o limite da pena principal por cada crime enquanto regra geral supletiva face ao estabelecido, especificamente, nos tipos penais dos arts. 87.º e ss. do RGIT.

O RGIT é omissivo em matéria de **punição do concurso crimes** – ao contrário do que sucede em matéria de concurso de contra-ordenações (art. 25.º) – pelo que nos remete para as regras do Código Penal que, por sua vez, não estabelece nenhum regime específico nesta matéria relativamente à pessoa colectiva (cfr. art. 90-B do CP), reencaminhando-nos para as regras gerais de punição do concurso, pensado para as pessoas singulares (art. 77.º do CP).

Ora, o limite máximo da pena de multa estabelecido na punição do concurso relativamente à pessoa singular é de 900 dias, o que se revela de aplicação inviável à pessoa colectiva por diversas razões: desde logo, tendo em conta a diferente natureza dos agentes do crime (pessoa singular – pessoa colectiva) que justifica diferente tratamento; além disso, porque importa garantir a coerência do sistema, já que no art. 12.º do RGIT se estabelece o dobro da pena de multa da pessoa singular (n.º 3) e o limite de 1920 dias (n.º 2) para a pena por crime; acresce que em alguns tipos penais o limite máximo fixado é de 1200 dias (v.g art. 104.º e art. 105.º, n.º 5, do RGIT), logo, só por si superior ao limite máximo do concurso da norma do Código Penal, o que redundaria num absurdo de regime do concurso. Neste plano, a melhor solução passa por considerar o limite de 900 dias, previsto no art. 77.º do CP, derogado por força da norma prevista no n.º 2 do art. 90-B do CP (cfr., neste sentido, NUNO BRANDÃO, “O regime das pessoas colectivas na revisão do Código Penal”, in *Revista do CEJ*, n.º 8, 2008, Almedina, p. 49 e ss.) – nos termos da qual “um mês de prisão corresponde, para as pessoas colectivas e equiparadas,

- a 10 dias de multa” – fazendo-se a conversão da pena de prisão, até ao limite de 25 anos, em multa, na base daquela razão, o que conduziria a quantitativos de 1 ano = 120 dias; 5 anos = 600 dias; 8 anos = 960 dias; 25 anos = 3000 dias de multa.
- 8 São **inaplicáveis às pessoas colectivas**, em face dos pressupostos que lhe andam associados, os regimes da reincidência – já que depende de condenação anterior em pena de prisão efectiva (art. 75.º do CP) – e o regime de desconto de medidas processuais – desconto na pena de multa do tempo de detenção ou de outra medida privativa da liberdade sofridas (art. 80.º n.º 2 do CP) – entre outros. Também tem aplicação, no âmbito do RGIT e não obstante o disposto no seu art. 8.º, a norma do n.º 7 do art. 90-B, segundo a qual a multa aplicada à pessoa colectiva que não for, voluntária ou coercivamente, paga **não** pode ser convertida em **prisão subsidiária** (a repercutir-se no representante da pessoa colectiva).
- 9 A **punição do crime continuado** é encontrada, nos termos do art. 79.º do CP, na moldura penal correspondente à conduta mais grave que integra a continuação, mas são tidas em consideração – para determinação do ponto fixo de pena – todas as condutas englobadas no crime continuado e não somente a conduta mais grave (Ac. STJ de 03-11-2005, proc. 2646/05).
- 10 Mantém validade e pertinência, no âmbito jus-tributário, o entendimento segundo o qual o **direito de mera ordenação social** adopta, no essencial, os **princípios do direito penal** (art. 2.º e ss. do Decreto-Lei 433/82), não sendo sequer os princípios da culpa e da proibição de penas fixas expressamente afastadas por aquele regime legal. Consequentemente, não existem razões substanciais, nem legais nem constitucionais, inerentes à menor gravidade do ilícito contra-ordenacional que tornem inadequada ou injustificada a aplicação daqueles princípios, sobretudo na medida em que eles se exprimam numa acentuação das garantias do arguido (Ac. TC n.º 579/2006, de 18-10-2006).

Artigo 14.º

Suspensão da execução da pena de prisão

1. A suspensão da execução da pena de prisão aplicada é sempre condicionada ao pagamento, em prazo a fixar até ao limite de cinco anos subsequentes à condenação, da prestação tributária e acréscimos legais, do montante dos benefícios indevidamente obtidos e, caso o juiz o entenda, ao pagamento de quantia até ao limite máximo estabelecido para a pena de multa.

2. Na falta do pagamento das quantias referidas no número anterior, o tribunal pode:

- a) Exigir garantias de cumprimento;
- b) Prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas sem exceder o prazo máximo de suspensão admissível;
- c) Revogar a suspensão da pena de prisão.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A suspensão da execução da pena (anotação 2)

A suspensão condicionada ao pagamento da prestação tributária (anotação 3)

O limite máximo da suspensão (anotação 4)

A suspensão condicionada a deveres ou condições (anotação 5)

O início da suspensão de execução da pena (anotação 6)

O não pagamento da prestação tributária (anotação 7)

A revogação não automática da suspensão (anotação 8)

O regime consagrado neste artigo estabelece algumas especialidades face ao regime consagrado no CP (art. 50.º e ss.) que lhe serve de **fonte**, tal como algumas referências inseridas em dispositivos do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA) v.g n.º 5 do art. 11.º

Tem sido vasta a controvérsia acerca da **catalogação dogmática** que melhor define a figura da **suspensão da execução da pena** de prisão: meio autónomo de reacção jurídico-penal ou uma verdadeira espécie de pena (ALFREDO JOSÉ de SOUSA e M. SIMAS SANTOS *in* Regime Geral das Infracções..., p. 175); forma especial de execução da pena ou de reacção jurídico-penal complexa (JESCHECK); ou ainda como instituto de substituição condicional da pena (ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p 65).

A norma em apreço começa por estabelecer que a **suspensão é sempre condicionada ao pagamento da prestação tributária** (sobre a noção de prestação tributária, cfr. art. 11.º, n.º 1, al.ª a) do RGIT). Ora, em diversos acórdãos, o Tribunal Constitucional já se pronunciou pela não inconstitucionalidade da norma do n.º 1 do artigo 14.º do RGIT que prevê a obrigação de pagamento daquela como condição necessária para a suspensão, à luz dos princípios da culpa, da adequação e da proporcionalidade (cerceando a margem de apreciação concreta do juiz), essencialmente, com base em fundamentos da seguinte índole: a imposição da condição não se traduz num modo coercivo de efectivar a responsabilidade tributária, antes radica no crime de falta de entrega do valor do tributo objecto do crime; o condicionamento assume um cariz essencialmente compensatório, considerado necessário para comunitariamente ser suportável a suspensão de execução da pena de prisão (Cfr. Ac. TC 356/2003, de 21-05-2003; Ac. 587/2006, de 31-10-2006; Ac. 29/2007, este com voto de vencido de FERNANDA PALMA onde se questiona a ausência de margem de liberdade para o julgador, em concreto, avaliar as condições económico-sociais do agente e decidir suspender ou não com base no juízo concreto que formula como sucede, em geral, fora do âmbito tributário).

Não obstante ambos os regimes (CP e RGIT) prescreverem um **limite máximo de suspensão** de cinco anos, o n.º 5 do art. 50.º do CP estabelece, como limite mínimo, 1 ano, enquanto a al.ª b) do n.º 2 do art. 14.º do RGIT não impõe essa condicionante; de igual modo, nesta legislação sectorial (tributária) não é exigível – porque não previsto tal pormenor na delimitação temporal que se estabeleceu na norma do RGIT –, sendo congruente tal maleabilidade (período de suspensão superior à pena de prisão aplicada) em virtude de a suspensão estar condicionada ao pagamento da prestação tributária.

O facto de no art. 14.º não se prever a mesma panóplia de **deveres e de regras de conduta dos arts. 51.º e 52.º do CP** que pudessem ser acoplados ao da obrigação de ressarcir a administração tributária da dívida fiscal, não é impeditivo para o julgador se socorrer dos mesmos, enquanto normas subsidiárias a aplicar em situação de lacuna, desde que não se mostrem em contradição com o estabelecido no preceito do RGIT.

Tanto a **suspensão de execução da pena** como o prazo de duração da mesma só se iniciam a partir do momento em que transita em julgado a decisão condenatória que decreta a suspensão (cfr. sobre o assunto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, 2008, p. 195).

Como decorrência da formulação exposta na nota 5 que antecede, a **falta de cumprimento da obrigação de pagar a dívida fiscal**, imposta nos termos do art. 14.º, só pode ter como consequências as previstas neste preceito – já que, estipulando uma regra nesse ponto concreto, esgota a matéria, não havendo lugar à aplicação de regra subsidiária –, mas já não sucederá assim se o não cumprimento se reportar a

- outros deveres que condicionaram a suspensão e estejam sedeados no preceito do Código Penal, estabelecendo-se as consequências previstas nas normas de tal código.
- 8 De todo o modo, quer num quer noutro caso, as situações que podem determinar a **revogação** da suspensão da execução da pena **não operam de forma automática**, devendo aquelas assumir gravidade bastante ou carácter insustentável da via da suspensão, além de o incumprimento ter de ser, necessariamente, imputável ao arguido.

Artigo 15.º
Pena de multa

1. Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre € 1 e € 500, tratando-se de pessoas singulares, e entre € 5 e € 5.000, tratando-se de pessoas colectivas ou entidades equiparadas, que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos.

2. Sobre a pena de multa não incidem quaisquer adicionais.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A pena principal de multa (anotação 2)

A escolha da pena (anotação 3)

A graduação da pena de multa (anotação 4)

O quantitativo diário para fixação da pena de multa (anotação 5)

A multa sem encargos adicionais (anotação 6)

O pagamento da pena de multa em prestações (anotação 7)

A multa como “encargo sensível” (anotação 8)

- 1 A **fonte** próxima desta norma é o art. 11.º, n.ºs 2 e 3 do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJFNA).
- 2 Trata-se de uma **pena principal**, a par da de prisão, relativamente à qual se mantém subjacente o “sistema de dias de multa”, em consonância com o disposto no art. 12.º do RGIT e no art. 47.º e outras disposições do Código Penal, também aplicáveis neste contexto.
- 3 Na operação de **escolha da pena**, deve o tribunal dar preferência à pena de multa sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades inerentes à punição, designadamente em razão de considerações de prevenção geral e especial e se garanta a necessária tutela dos bens jurídicos e a estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias (cfr., entre outros, AcRG de 16-01-2006, proc. n.º 2223/05, e ainda 07-11-2005, proc. n.º 1545/04).
- 4 A **pena de multa é graduada**, nos termos deste preceito, em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos, bem como, necessariamente do grau de ilicitude, intensidade da culpa e das exigências de prevenção que no caso se façam sentir, nos termos gerais (art. 71.º do CP).
- 5 O **quantitativo diário** a considerar no cálculo da multa, uma vez que há estipulação expressa da norma em apreço do RGIT (que funciona como norma especial), é o de € 1 a € 500, para as pessoas singulares (e não de € 5 a € 500 estabelecidos no art. 47.º do CP), e de € 5 a € 5.000, para as pessoas colectivas (e não de € 100 a € 10.000 previstos no art. 90.º-B do CP).
- 6 O n.º 2 adopta uma regra, de ordem geral, que impõe que a multa seja paga *in singelo* ou **livre de quaisquer encargos** (v.g. juros de mora), excepto na fase de execução.
- 7 Valem, no âmbito penal tributário, por aplicação subsidiária, as regras do Código Penal que complementam as variantes de determinação da pena e da sua execução,

designadamente, a admissibilidade de **pagamento da pena de multa em prestações** e do vencimento de todas no caso de faltar o pagamento de uma delas (art. 47.º do CP). Também se mostra possível a substituição da multa por trabalho a favor da comunidade e, em última análise, a conversão da multa em prisão subsidiária, aplicada à pessoa singular, nos termos gerais (arts. 48.º e 49.º do CP).

A opção pela pena de multa e a determinação da sua medida concreta não pode olvidar que «a **multa** deve traduzir-se num **encargo sensível**, não podendo converter-se em “cómodo negócio de pagamento em prestações”», como referem SIMAS SANTOS – LEAL HENRIQUES, *in* Código Penal Anotado, I, p. 427.

8

Artigo 16.º

Penas acessórias aplicáveis aos crimes tributários

São aplicáveis, cumulativamente, aos agentes dos crimes tributários as seguintes penas acessórias:

- a) Interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões;
- b) Privação do direito a receber subsídios ou subvenções concedidos por entidades ou serviços públicos;
- c) Perda de benefícios fiscais concedidos, ainda que de forma automática, franquias aduaneiras e benefícios concedidos pela administração da segurança social ou inibição de os obter;
- d) Privação temporária do direito de participar em feiras, mercados, leilões ou arrematações e concursos de obras públicas, de fornecimento de bens ou serviços e de concessão, promovidos por entidades ou serviços públicos ou por instituições particulares de solidariedade social participadas pelo orçamento da segurança social;
- e) Encerramento de estabelecimento ou de depósito;
- f) Cassação de licenças ou concessões e suspensão de autorizações;
- g) Publicação da sentença condenatória a expensas do agente da infracção;
- h) Dissolução da pessoa colectiva;
- i) Perda de mercadorias, meios de transporte e outros instrumentos do crime.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O elenco específico de sanções acessórias (anotação 2)

A aplicação não automática das sanções acessórias (anotação 3)

A necessidade de verificação dos pressupostos na aplicação das sanções acessórias (anotação 4)

A aplicação cumulativa das sanções acessórias (anotação 5)

As sanções acessórias como condição de eficácia do regime sancionatório (anotação 6)

A **fonte** próxima desta norma é o art. 12.º do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA), assim como os arts. 13.º e ss. do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25-10 (RJIFA). A redacção originária deste art. 16.º do RGIT sofreu uma alteração na parte inicial e na alínea c), conferida pelo Decreto-Lei n.º 229/2002, de 31-10, aditando o advérbio “cumulativamente” e substituindo a “suspensão de benefícios...” por perda dos mesmos.

1

Este artigo estabelece um **elenco de penas acessórias** aplicáveis aos crimes tributários previstos no RGIT, quando verificados os pressupostos do art. 17.º, tendo o legislador optado por, em paralelo, definir um conjunto de outras sanções acessórias, ainda que semelhantes, aplicáveis às contra-ordenações.

2

Nos termos do art.º 30.º, n.º 4, da CRP e do art.º 65.º, n.º 1, do CP, a uma **condenação não** pode acrescer de forma **automática** a perda de direitos civis, profissionais ou políticos. Tal princípio não impede que, perante a prática de um crime, em função

3

da gravidade do mesmo, da culpa do agente e da necessidade (de prevenção) da pena, possa ser aplicada, a par da pena principal (de prisão ou de multa), uma sanção acessória que, enquanto tal ou na decorrência dos seus efeitos, constituam proibições ou limitações ao exercício de funções, profissões ou certas actividades e, naturalmente, perda de benefícios e outros direitos conexos com o crime em causa (cfr. sobre o assunto, Ac TC n.º 94/86; 249/92; 16/84; VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO, Constituição da República Portuguesa Anotada, p. 198 e ss.; SIMAS SANTOS – LEAL HENRIQUES, Código Penal Anotado, I, p. 521 e ss.).

- 4 A aplicação de cada uma das sanções acessórias previstas neste preceito depende da **verificação dos pressupostos** específicos contemplados no art. 17.º do RGIT e dos pressupostos de ordem geral previstos no Código Penal.
- 5 Na actual redacção do preceito, pode o tribunal proceder à **aplicação cumulativa de sanções acessórias**, em simultâneo, ao mesmo agente (por exemplo, as das alíneas c), e), f), g) e i) do art. 16.º, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos estabelecidos no art. 17.º do RGIT.
- 6 De todo o modo, o leque de sanções acessórias constitui uma “**reserva de eficácia**”, legal e judicial, do sistema sancionatório consagrado, tendo em vista responder às necessidades político-criminais em matéria tributária.

Artigo 17.º

Pressupostos de aplicação das penas acessórias

1. As penas a que se refere o artigo anterior são aplicáveis quando se verifiquem os pressupostos previstos no Código Penal, observando-se ainda o disposto nas alíneas seguintes:

a) A interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões poderá ser ordenada quando a infracção tiver sido cometida com flagrante abuso da profissão ou no exercício de uma actividade que dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública;

b) A condenação nas penas a que se referem as alíneas b) e c) deverá especificar os benefícios e subvenções afectados, só podendo, em qualquer caso, recair sobre atribuições patrimoniais concedidas ao condenado e directamente relacionadas com os deveres cuja violação foi criminalmente punida ou sobre incentivos fiscais que não sejam inerentes ao regime jurídico aplicável à coisa ou direito beneficiados;

c) O tribunal pode limitar a proibição estabelecida na alínea d) a determinadas feiras, mercados, leilões e arrematações ou a certas áreas territoriais;

d) Não obsta à aplicação da pena prevista na alínea e) a transmissão do estabelecimento ou depósito ou a cedência de direitos de qualquer natureza relacionados com a exploração daqueles, efectuada após a instauração do processo ou antes desta mas depois do cometimento do crime, salvo se, neste último caso, o adquirente tiver agido de boa fé;

e) O tribunal pode decretar a cassação de licenças ou concessões e suspender autorizações, nomeadamente as respeitantes à aprovação e outorga de regimes aduaneiros económicos ou suspensivos de que sejam titulares os condenados, desde que o crime tenha sido cometido no uso dessas licenças, concessões ou autorizações;

f) A publicação da sentença condenatória é efectuada mediante inserção em dois jornais periódicos, dentro dos 30 dias posteriores ao trânsito em julgado, de extracto organizado pelo tribunal, contendo a identificação do condenado, a natureza do crime, as circunstâncias fundamentais em que foi cometido e as sanções aplicadas;

g) A pena de dissolução de pessoa colectiva só é aplicável se esta tiver sido exclusiva ou predominantemente constituída para a prática de crimes tributários ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva está a

ser utilizada para esse efeito, quer pelos seus membros, quer por quem exerça a respectiva administração.

2. As penas previstas nas alíneas a), b), d), e) e f) e a inibição de obtenção de benefícios fiscais, franquias aduaneiras e benefícios concedidos pela administração da segurança social, prevista na alínea c), todas do artigo anterior, não podem ter duração superior a três anos contados do trânsito em julgado da decisão condenatória.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A duração não superior a três anos (anotação 2)

A interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões (anotação 3)

As atribuições patrimoniais concedidas (anotação 4)

A proibição de participação em feiras, mercados e concursos (anotação 5)

O encerramento de estabelecimento (anotação 6)

A cassação de licenças (anotação 7)

A publicação da sentença condenatória (anotação 8)

A dissolução da pessoa colectiva (anotação 9)

A perda de mercadorias (anotação 10)

A **fonte** próxima desta norma é o art. 12.º, n.ºs 2 a 6, do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA). A redacção actual do n.º 2 do art. 17.º do RGIT foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 229/2002, de 31-10. 1

As sanções acessórias referidas no n.º 2 do art. 17.º do RGIT – as previstas nas alíneas a), b), d), e) e f) e a inibição de obtenção de benefícios fiscais, franquias aduaneiras e benefícios concedidos pela administração da segurança social, prevista na alínea c) do n.º 1 do art. 16.º – que sejam aplicadas na condenação por crimes tributários **não** podem assumir uma **duração superior a três anos**. Dentro desse limite, nada na Lei Fundamental impõe que as penas acessórias tenham de ter, no que respeita à sua duração, correspondência com as penas principais (Ac. TC n.º 667/94, de 14-12-1994) 2

A primeira pena acessória do elenco do art. 16.º, a da **interdição temporária do exercício de certas actividades ou profissões**, tem a sua aplicação condicionada à verificação de prática do crime pelo agente em flagrante abuso da profissão ou no exercício de uma actividade que dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública. 3

Para os efeitos deste artigo, são destinatários da proibição quer funcionários públicos – cuja noção há-de ser a delimitada no art. 386.º do CP – quer aqueles que desempenhem profissão ou actividade que dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública.

Na caracterização da conduta cometida com “*flagrante abuso* da profissão ou no exercício de uma actividade...” há-de caber uma manifesta ou grave infracção dos deveres, gerais (constantes do Decreto-Lei 24/84, de 16-01) e /ou especiais, inerentes ao cargo e que ponham em causa o normal desempenho funcional.

Ainda assim, os pressupostos da interdição – proibição ou suspensão – previstos na al.ª a) do n.º 1 do art. 17.º do RGIT não se mostram tão exigentes como se assinala no art. 66.º, n.º 1 do CP, já que ali não se exige que a conduta do agente revele indignidade no exercício do cargo ou perda da confiança necessária para o desempenho das funções. A prática do crime de burla agravada por parte de funcionário público pode evidenciar que este não tem idoneidade moral para o exercício de funções públicas (Ac RP de 23.07.1986, *in* BMJ 359, p. 776).

Para efeito da contagem do prazo da interdição, não é levado em conta o tempo de duração de medidas processuais privativas da liberdade, entretanto sofridas, seja

medida de coacção, seja pena ou medida de segurança, por força do estabelecido no n.º 3 do art. 66.º do CP, aplicável subsidiariamente.

No entanto, se for aplicado ao agente do crime tributário a medida de segurança de interdição de actividade, nos termos do art. 100.º do CP, cessa a aplicação da medida prevista na al.ª a) do art. 16.º do RGIT.

A violação da medida de interdição faz incorrer o agente na prática do previsto no art. 353.º (violação de proibições ou interdições) do CP.

O afastamento (temporário) do agente do seu serviço, por força da pena acessória em apreço, implica a perda de direitos e regalias inerentes ao cargo que desempenha, em paralelo à sanção disciplinar de suspensão do exercício de funções (arts. 67.º e 68.º do CP).

- 4 Quer a segunda quer a terceira pena acessória do elenco do art. 16.º – referentes à privação do direito a receber subsídios ou subvenções concedidos e perda de benefícios fiscais concedidos, franquias aduaneiras e benefícios concedidos ou inibição de os obter – têm como pressuposto de aplicação que as aludidas perdas recaírem sobre **atribuições patrimoniais concedidas** ao condenado e directamente relacionadas com os deveres cuja violação foi criminalmente punida ou sobre incentivos fiscais que não sejam inerentes ao regime jurídico aplicável à coisa ou direito beneficiados.

A noção de **subsídio ou subvenção** encontra-se explicitada no art. 21.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20-01, e encontra-se, hoje, amplamente recebida na comunidade jurídica, razão por que não se mostra impedida a sua utilização no direito penal tributário. Tem como características individualizadoras tratar-se de uma entrega de fundos por parte de uma entidade pública, com carácter reembolsável ou não (sem juros ou com juros bonificados) e que tem por finalidade o desenvolvimento da economia.

Nos termos da definição de subsídio e do disposto nas als. b) e c), a perda que aí se encerra respeita a benefícios ou subsídios atribuídos por entidades ou serviços públicos, designadamente, pela administração fiscal e da segurança social, ainda que concedidos de forma automática.

A decisão que aplique estas penas acessórias deverá especificar quais os benefícios concretamente afectados.

A pena acessória em apreço tanto pode ser aplicada a agentes que já beneficiaram de subsídios como pode inibi-los de virem a recebê-los, no futuro.

- 5 A privação do direito de **participar em feiras, mercados**, leilões ou arrematações e **concursos** de obras públicas, de fornecimento de bens ou serviços e de concessão, estabelecida na al.ª d) do art. 16.º, além de revestir um carácter temporal limitado, nunca superior a três anos, também pode ser circunscrita a uma certa área territorial e apenas determinadas feiras e mercados ou a determinados concursos e concessões, promovidos por entidades públicas ou por instituições particulares de solidariedade social comparticipadas pelo orçamento da segurança social.
- 6 Não obsta à aplicação da pena de **encerramento do estabelecimento**, prevista na alínea e) do art. 16.º, a transmissão do estabelecimento ou depósito ou a cedência de direitos de qualquer natureza relacionados com a exploração daqueles, desde que efectuada após o cometimento do crime, independentemente de já ter ocorrido ou não a instauração do processo; exceptua-se, porém, o caso de ter havido transmissão do cometimento do crime e antes da instauração do processo criminal desde que o adquirente tenha agido de boa-fé.
- 7 Pode ser decretada, por período até três anos, a **cassação de licenças** ou concessões ou a suspensão das autorizações, prevista na al.ª f) do art. 16.º do RGIT, reportando-se estas, nomeadamente, à aprovação e outorga de regimes aduaneiros económicos

ou suspensivos. O regime de aplicação da pena acessória em apreço requer que os condenados sejam titulares de tais licenças e ainda, qual condição *sine qua non*, que o crime tenha sido cometido no uso dessas licenças, concessões ou autorizações. A **publicação da sentença condenatória**, prevista na al.^a g) do art. 16.º, segue os trâmites estabelecidos na al.^a f) do art. 17.º do RGIT, nos termos do qual é efectuada mediante inserção, em dois jornais periódicos, de extracto organizado pelo tribunal, contendo a identificação do condenado, a natureza do crime, as circunstâncias fundamentais em que foi cometido e as sanções aplicadas; esta sanção não está vinculada ao prazo de 3 anos (n.º 2 do art. 17.º) já que deve estar publicado o extracto no período de 30 dias posteriores ao trânsito em julgado. Diferentemente do regime consagrado no CP (art. 90-M), em que há situações de publicação obrigatória da sentença condenatória, no RGIT mantém-se o carácter facultativo. A **dissolução da pessoa colectiva** só tem lugar em dois tipos de circunstâncias: i) quando a pessoa colectiva tiver sido exclusiva ou predominantemente constituída para a prática de crimes tributários; ii) quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva está a ser utilizada para esse efeito, quer pelos seus membros, quer por quem exerça a respectiva administração. Este teor veio a ser acolhido pelo art. 90-F do CP, não obstante a natureza de pena principal que o código lhe confere e o diferente âmbito de aplicação que o código lhe reserva. Finalmente, a al.^a i) do art. 16.º prevê a **perda de mercadorias**, meios de transporte e outros instrumentos do crime, cujo regime de aplicação se encontra estabelecido nas normas 18 a 20, do RGIT.

Artigo 18.º

Perda de mercadorias objecto do crime

1. As mercadorias que forem objecto dos crimes previstos nos artigos 92.º, 93.º, 94.º, 95.º e 96.º desta lei serão declaradas perdidas a favor da Fazenda Nacional, salvo se pertencerem a pessoa a quem não possa ser atribuída responsabilidade na prática do crime.

2. No caso previsto na parte final do número anterior, o agente será condenado a pagar à Fazenda Nacional uma importância igual ao valor das mercadorias, sendo o seu proprietário responsável pelo pagamento dos direitos e demais imposições que forem devidos.

3. Quando as mercadorias pertencerem a pessoa desconhecida não deixarão de ser declaradas perdidas.

4. Se as mercadorias não tiverem sido apreendidas, o agente responderá pelo quantitativo equivalente ao seu valor de mercado, salvo quando o mesmo não se possa determinar, caso em que o agente pagará uma importância a fixar pelo tribunal entre € 15 e € 15 000.

5. Sem prejuízo dos casos em que por lei é vedada, os interessados poderão requerer a reversão das mercadorias sujeitas a perda a favor da Fazenda Nacional, desde que, satisfeitas a multa e demais quantias em dívida no processo, paguem uma importância igual ao seu valor.

6. As mercadorias perdidas a favor da Fazenda Nacional nos termos do presente artigo, quando se trate de equipamentos de telecomunicações e de informática ou outros com interesse para a instituição que procedeu à sua apreensão, ser-lhe-ão afectos sempre que esta reconheça interesse na afectação.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A natureza dogmática da perda de bens (anotação 2)

A aplicação automática da perda de bens (anotação 3)

A aplicação supletiva das normas do Código Penal (anotação 4)

O âmbito de aplicação dos arts. 18.º, 19.º e 20.º do RGIT (anotação 5)

A reversão de mercadorias (anotação 6)

Os regimes legais específicos concorrentes (anotação 7)

A afectação de equipamentos de telecomunicações e informática (anotação 8)

A admissibilidade de destruição das mercadorias (anotação 9)

- 1 A **fonte** próxima desta norma é o art. 43.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25-10 (RJIFA), cujo conteúdo se aproximava do actual com excepção do disposto no n.º 6 do art. 18.º do RGIT, ora em apreço.
- 2 Tem sido discutida a **natureza dogmática** da perda de bens: há quem considere que se trata de reacção “quase penal” ou “medida de segurança” (cfr. Ac. STJ de 12/05/1994, proc. 45566; AcRL de 28/09/1988, BMJ 379-625); ou ainda de “sanção acessória” do tipo do confisco ou expropriação (cfr. ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p. 79), ou ainda, afastando o carácter de pena acessória, quem a considere como mero “efeito necessário da condenação” (GERMANO MARQUES da SILVA, *Direito Penal Tributário*, UC Editora, 2009, p. 139 e ss.). cremos, porém, que quando o legislador consagra, explicitamente, no elenco das sanções acessórias previstas no art. 16.º do RGIT, a “perda de mercadorias, meios de transporte e outros instrumentos do crime” (al.^a i)), a favor da Fazenda Nacional, não pode deixar de se classificar, *ope lege*, como *sanção acessória*, sob pena de contradição com previsão legal expressa.
Naturalmente, esta sanção acessória não tem pressupostos específicos elencados no art. 17.º como as demais sanções acessórias; mas tem o seu regime jurídico desenvolvido nos arts. 18.º, 19.º e 20.º, onde se incluem exigências que não podem deixar de constituir requisitos de aplicação das mesmas e não pode deixar de se invocar a ideia de prevenção da prática de outros crimes, imanente à figura da perda de bens do art. 109.º do Código Penal.
Embora ao nível do Código Penal (art. 109.º e ss.) seja defensável (além de jurídica e logicamente mais coerente), reconhecer que a perda de bens e instrumentos do crime constitui um efeito penal decorrente da condenação, a verdade é que, em sede do RGIT, se estabelece um regime específico, catalogando o instituto no elenco das sanções acessórias.
Naturalmente, esta visão das coisas tem implicações designadamente em sede da vetusta questão de saber se a suspensão de execução da pena é extensível à sanção acessória de perda de objectos (cfr. CARMONA da MOTA, *Tribuna da Justiça*, n.º 22, p. 14). E se, tal como no Direito Penal comum, não se prevê uma dependência entre uma coisa e outra, em sede do RGIT, apesar da correspondência lógica com a natureza de sanção acessória, importa, todavia, apurar os detalhes da situação concreta em presença e a sua subsunção ao específico preceito dos arts. 18.º e ss., havendo casos em que a suspensão da perda de bens não tem lugar *v.g.* os dos n.º 3 e 5 do art. 18.º
- 3 A declaração de perda de bens – seja sanção acessória seja efeito de condenação – reveste, na prática, um **carácter automático**, desde que se verifiquem os pressupostos legais de que depende, salvo se ocorrer a situação prevista na parte final dos n.º 1 e n.º 2 do art. 18.º Em abono daquela posição, atente-se na formulação do art. 16.º do RGIT quando comina “*são aplicáveis, cumulativamente, aos agentes...*”, não conformando a aplicação desta reacção penal como uma prerrogativa do julgador, assente em expressão legal do género de “*podem ser aplicáveis...*”, como sucede com o estabelecimento da possibilidade de dispensa da pena (art. 22.º do RGIT).

- Os arts. 109.º e ss. do Código Penal constituem normas gerais relativamente aos arts. 18.º, 19.º e 20.º do RGIT, funcionando como regras de **aplicação supletiva**. Naturalmente, aquelas apresentam um âmbito de aplicação mais abrangente já que respeitam (essencialmente o art.º 109.º) a “objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto ilícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando [...] puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou ordem públicas ou oferecerem sério risco de serem utilizadas para cometimento de novos factos ilícitos típicos”.
- Todavia, as regras estabelecidas pelos arts. 18.º, 19.º e 20.º do RGIT têm como **âmbito de aplicação**, apenas, os crimes aduaneiros previstos nos arts. 92.º a 96.º do mesmo diploma legal. A verdade é que tratando os outros crimes tributários (comuns, fiscais e contra a segurança social), em geral, de fluxos financeiros não entregues ou recebidos, indevidamente, à ou da administração tributária, dificilmente se poderia compaginar a apreensão de mercadorias, instrumentos, veículos ou armas usados nas transacções, movimentos, circuitos económico-financeiros ou manifestações de valor que integrem a prática daqueles crimes.
- No leque dos crimes a que se aplica o regime da perda de bens estabelecida no RGIT devem considerar-se incluídas as situações típicas do art. 97.º, na medida em que se reporta à agravação dos crimes aduaneiros anteriores, sob pena de se gerar um absurdo jurídico.
- Quanto aos demais crimes tributários não se aplica o regime da perda de bens dos arts 18.º a 20.º mas, antes, aplicam-se, sendo caso disso, as normas dos arts. 109.º e ss. do Código Penal, como transparece do AcRL de 26-01-2006, proc. n.º 563/06-9. Acresce que a perda de bens tem como pressuposto, além de uma decisão judicial a declarar perdidos os mesmos (com virtualidade soberana para proceder à mudança de propriedade dos mesmos), a existência de um crime e não uma mera contra-ordenação. Neste sentido, também GERMANO MARQUES da SILVA (*in Direito...*, UC Edit., 2009, p. 140) quando entende que a referência a “crimes” dos arts. 18.º a 20.º se deve considerar “facto ilícito típico do crime”. Pelo que, se está em causa como ilícito tributário uma contra-ordenação e não um crime, a perda de bens há-de encontrar acolhimento legal nas disposições dos arts. 22.º a 26.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27-10 (RGIMOS) que, nos aspectos essenciais, contempla um regime semelhante ao do RGIT ou ao do Código Penal.
- O preceito prevê ainda a possibilidade de **reversão** das mercadorias que se efectiva se for paga uma importância de valor equivalente e se mostre satisfeita a multa e demais quantias em dívida.
- Apesar de o regime da perda de bens do RGIT se revelar um instituto com natureza especial, pode ainda concorrer com outros **regimes legais específicos**, em face de certos crimes, como, por exemplo, em matéria de contrabando, nos termos dos arts. 7.º e ss. da Lei n.º 5/2002, por referência ao catálogo do art. 1.º do mesmo diploma; do mesmo modo que encontrando-se a mercadoria objecto da infracção prevista no anexo à Convenção CITES (convenção sobre comércio internacional das espécies da fauna e da flora selvagens ameaçadas de extinção), quando tal mercadoria coincida com as tabelas anexas às leis portuguesas que proíbam a comercialização ou transporte (por exemplo, legislação da caça) e estabeleçam regras para a sua perda dos mesmos bens.
- O n.º 6 do art. 18.º vem estabelecer uma específica modalidade de **afecção de equipamentos de telecomunicações e informática** ou outros com interesse para a instituição que tenha procedido à sua apreensão. Esta disposição está em estreita conexão com o Decreto-Lei n.º 11/2007, de 19-01, que regulamenta o desfrute de bens na base de uma “declaração de utilidade operacional”, pela qual se reconhece

a necessidade funcional do organismo do Estado, e cuja tramitação procedimental bem pode servir de guião também em matéria penal tributária.

- 9 A falta de valor comercial ou a perigosidade das mercadorias apreendidas pode justicar como destino a dar às mesmas a própria **destruição**, nos termos do n.º 3 do art. 109.º do Código Penal.

Artigo 19.º

Perda dos meios de transporte

1. Os meios de transporte utilizados para a prática dos crimes previstos no n.º 1 do artigo anterior serão declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional, excepto se:

a) For provado que foi sem conhecimento e sem negligência dos seus proprietários que tais meios foram utilizados, caso em que o infractor pagará o respectivo valor;

b) O tribunal considerar a perda um efeito desproporcionado face à gravidade da infracção e, nomeadamente, ao valor das mercadorias objecto da mesma, caso em que fixará a perda da quantia que entender razoável.

2. À perda de meios de transporte é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.º 3 e 5 do artigo anterior.

3. Os meios de transporte perdidos a favor da Fazenda Nacional nos termos do presente artigo serão afectos à instituição que procedeu à sua apreensão, sempre que esta reconheça o interesse na afectação.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A natureza dogmática da perda de bens (anotação 2)

A noção de meios de transporte (anotação 3)

O princípio da proporcionalidade (anotação 4)

A aplicação supletiva do Decreto-Lei n.º 31/85 (anotação 5)

A reversão (anotação 6)

A afectação específica dos meios de transporte apreendidos (anotação 7)

- 1 A **fonte** próxima desta norma é o art. 45.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25-10 (RJIFA), cujo conteúdo se aproximava do actual art. 19.º do RGIT.
- 2 Sobre a **natureza dogmática** da perda de bens, *vide* anotação n.º 2 ao art. 18.º do RGIT.
- 3 Sobre a noção (abrangente) de **meios de transporte** em circulação, *vide* definição constante da al.^a f) do art. 11.º do RGIT.
- 4 Merece realce a sujeição da perda dos meios de transporte ao **princípio da proporcionalidade**, como decorrência do art. 18.º da CRP, nos termos do qual não deve ser decretada a perda daqueles sempre que esta se revele desproporcionada à gravidade da infracção e, nomeadamente, ao valor das mercadorias objecto do ilícito, devendo, então, o tribunal fixar a perda de uma quantia que considere razoável.
- 5 Em matéria de apreensão e de perda de veículos, designadamente em sede da sua tramitação procedimental e em matéria de registo e de cadastro, rege, supletivamente, o **Decreto-Lei n.º 31/85**, de 25-01, cujo destino compreende as vias da venda, da restituição a proprietário ou possuidor ou ainda da afectação ao parque automóvel do Estado.
- 6 A coberto da remissão que o n.º 2 estabelece para o n.º 5 do art. 18.º, também é admissível a **reversão** dos meios de transporte, nos termos aí definidos.
- 7 O n.º 3 do art. 19.º vem estabelecer uma específica modalidade de **afectação dos meios de transporte** à instituição que tenha procedido à sua apreensão, em estreita conexão com o Decreto-Lei n.º 11/2007, de 19-01, que regulamenta o desfrute de

bens na base de uma “declaração de utilidade operacional” e onde se incluem os veículos apreendidos.

Artigo 20.º

Perda de armas e outros instrumentos

1. As armas e demais instrumentos utilizados para a prática de quaisquer crimes aduaneiros, ou que estiverem destinadas a servir para esse efeito, serão declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional, salvo se se provar que foi sem conhecimento e sem culpa dos seus proprietários que tais armas e instrumentos foram utilizados, caso em que o infractor pagará o respectivo valor.

2. É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 3 do artigo 18.º e, quanto aos instrumentos que não sejam armas, é-lhes aplicável o disposto no n.º 5 do mesmo artigo.

3. As armas, munições e outros instrumentos perdidos a favor da fazenda Nacional, nos termos do presente artigo, serão afectos à Brigada Fiscal sempre que por despacho do comandante-geral da Guarda Nacional Republicana for reconhecido o seu interesse para a actividade policial.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A natureza dogmática da perda (anotação 2)

A matéria de armas (anotação 3)

Os instrumentos da prática do crime (anotação 4)

As vantagens do crime (anotação 5)

A reversão de instrumentos (anotação 6)

A afectação específica de instrumentos apreendidos (anotação 7)

A **fonte** próxima desta norma é o art. 46.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25-10 (RJIFA), cujo conteúdo se aproximava do actual art. 20.º do RGIT. 1

Sobre a **natureza dogmática** vide anotação n.º 2 ao art. 18.º do RGIT. 2

Em **matéria de armas** importa também ter presente o estabelecido no regime jurídico das armas estabelecido com a Lei n.º 5/2006, de 23-02, alterada e Republicada pela Lei n.º 17/2009, de 6 de Maio (regime jurídico das armas e suas munições) que tem aqui aplicação em tudo quanto não contrarie dimensão normativa específica estabelecida. Neste caso, reforça-se o intuito preventivo alicerçado na perigosidade que aquele instrumento / mercadoria encerra. 3

Ainda em sede dos demais **instrumentos** da prática do crime ou destinados a ser utilizados para esse efeito, há que atender ao disposto no art. 111.º do Código Penal, também aqui aplicável como à generalidade dos crimes, comuns ou tributários (Neste sentido, cfr. GERMANO MARQUES da SILVA, *Direito Penal Tributário*, UC Edit., 2009, p. 141). Também aqui procura-se prosseguir escopos de ordem preventiva. Já a matéria das **vantagens do crime**, na medida em que se confundam com a tributação tributária em dívida, será este o valor a ser declarado perdido a favor da Fazenda, para além do montante de multa a que haja lugar. 4

A coberto da remissão que o n.º 2 estabelece para o n.º 5 do art. 18.º, também aqui é admissível a **reversão** dos instrumentos, que não sejam armas, nos termos ali definidos. 5

O n.º 3 do art. 20.º consagra uma específica modalidade de **afectação das armas, munições e outros instrumentos** à instituição que tenha procedido à sua apreensão, em paralelo com o disposto no Decreto-Lei n.º 11/2007, de 19-01, que regulamenta 6 7

o desfrute de bens na base de uma “declaração de utilidade operacional” e onde se incluem armas e munições.

Artigo 21.º

Prescrição, interrupção e suspensão do procedimento criminal

1. O procedimento criminal por crime tributário extingue-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a sua prática sejam decorridos cinco anos.

2. O disposto no número anterior não prejudica os prazos de prescrição estabelecidos no Código Penal quando o limite máximo da pena de prisão for igual ou superior a cinco anos.

3. O prazo de prescrição do procedimento criminal é reduzido ao prazo de caducidade do direito à liquidação da prestação tributária quando a infracção depender daquela liquidação.

4. O prazo de prescrição interrompe-se e suspende-se nos termos estabelecidos no Código Penal, mas a suspensão da prescrição verifica-se também por efeito da suspensão do processo, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 42.º e no artigo 47.º

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A natureza jurídica da prescrição (anotação 2)

Os prazos de prescrição (anotação 3)

A lei vigente ao tempo da prática do crime (anotação 4)

O início do prazo de prescrição (anotação 5)

A suspensão da prescrição (anotação 6)

A interrupção da prescrição (anotação 7)

- 1 A **fonte** próxima desta norma é o art. 15.º do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA).
- 2 Dogmaticamente, têm-se perfilhado três teses em torno da **natureza jurídica da prescrição** do crime: desde a tese que reconhece ao instituto uma natureza substantiva ou material, até à que considera tratar-se de matéria de cariz processual e ainda a tese mista que revê no instituto ingredientes de matriz substantiva, inerentes *v.g.* aos fins das penas, e de índole processual *v.g.* atinentes à degradação da prova (com o decurso do tempo) e a um maior risco de erro judiciário.
- 3 A norma estabelece como **prazo normal de prescrição** do procedimento criminal o prazo de cinco anos, contados desde o momento da prática do crime. O prazo alarga-se, por decalque, para os previstos no art. 118.º do Código Penal quando o limite máximo de pena de prisão, previsto para o crime, for igual ou superior a cinco anos.

Do mesmo modo, o prazo é reduzido ao prazo de caducidade do direito à liquidação da prestação tributária quando a infracção depender daquela liquidação. Relativamente à pessoa colectiva, não tendo o legislador estabelecido qualquer prazo específico e sabendo-se que o prazo de prescrição está funcionalizado à pena de prisão (que não pode ser sofrida pelos entes colectivos), há quem considere que aquele prazo se reduz ao prazo de cinco anos ou ao prazo de caducidade do direito à liquidação da prestação tributária, nos termos dos n.ºs 2 e 3 do art. 21.º do RGIT (cfr Jorge Lopes de Sousa / M Simas Santos, Regime Geral das Infracções Tributárias, 2.ª ed., p. 234) e quem defenda dever aplicar-se o n.º 3 do art. 118.º do CP que manda determinar o prazo de prescrição tomando em conta a pena de prisão, antes de se proceder à conversão prevista no art. 90-B do CP (GERMANO MARQUES da SILVA, Direito Penal Tributário, UC Edit., 2009, pp. 143-144), posição esta com a qual concordamos.

Em sede de sucessão de leis no tempo, rege a matéria da prescrição a **lei vigente ao tempo da prática do crime**, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 4.º do CP, atenta, designadamente, a dimensão material-processual do instituto. **O início do prazo de prescrição** conta-se a partir do dia em que o facto se tiver consumado.

Quando se trate de crime continuado, o prazo corre desde o dia da prática do último acto (art. 119.º, n.º 2, al.^a b) do CP, *ex vi* art. 3.º, al.^a a) do RGIT).

No caso de cumplicidade, o critério de determinação do termo *a quo* é a data do facto do autor (*grosso modo*, agente executor) do crime.

Nos factos cuja punição depende de uma condição objectiva de punibilidade – que pode ser entendida como condição de procedibilidade –, como é a dilação de 90 dias que os tipos penais de abuso de confiança (arts. 105.º e 107.º do RGIT) estabelecem, o prazo de prescrição só começa a correr após o decurso desta última data (cfr Ac. STJ 20-06-2001, proc. n.º 1556/01-3).

A **suspensão do prazo de prescrição do procedimento** ocorre por uma de duas vias: ou por verificação de qualquer um dos pressupostos da suspensão previstos no Código Penal ou por efeito da suspensão do processo penal fiscal nos termos dos arts. 42.º, n.º 2, e art. 47.º do RGIT (além das hipóteses de suspensão previstas no vetusto – e hoje sem expressão prática no quotidiano judiciário – Decreto-Lei n.º 124/96, de 10-08, apelidado de “Lei Mateus”).

A suspensão do prazo de prescrição, nos termos do art. 120.º do CP, ocorre, basicamente, nas situações em que:

- i) o procedimento depende de sentença a proferir por tribunal não penal;
- ii) durante a pendência do processo penal, até ao limite de três anos, após notificação da acusação (ou requerimento para aplicação de sanção em processo sumaríssimo) ou da notificação do despacho de pronúncia (cfr. sobre o prazo de três anos da suspensão, Ac. TRP 06/06/2007, proc. 0741311);
- iii) vigore a contumácia;
- iv) haja impossibilidade de notificação de sentença a arguido julgado na ausência;
- v) o arguido cumpre, no estrangeiro, pena ou medida de segurança privativas da liberdade.

Por sua vez, a suspensão do prazo de prescrição por efeito da suspensão do processo penal fiscal nos termos dos arts. 42.º, n.º 2, e 47.º do RGIT abrange as situações de “impugnação judicial ou tiver lugar oposição à execução”, nos termos deste último preceito, ou se for instaurado “procedimento, contestação técnica aduaneira ou processo tributário”, ao abrigo do primeiro preceito referido, casos que configuram situações de prejudicialidade tributária.

O ora referido está em linha com o Parecer n.º 82, de 12-12-2002, da Direcção de Serviços de Justiça Tributária (Direcção-Geral de Impostos) onde se considerou que “não obstante o processo penal ser [auto]suficiente para nele serem resolvidas todas as questões que interessem à decisão da causa, é certo, porém, que no caso do processo penal tributário tal não acontece, já que há uma questão prejudicial necessária não penal que impõe que a sua resolução seja anterior à decisão do próprio processo penal e que visa o apuramento de um elemento constitutivo da infracção” (cfr. também Ac. STJ de 17-01-2002, proc. 4118/01-5).

A suspensão do processo, nos termos do art. 47.º do RGIT, deve ser considerada taxativa e imediata, a funcionar *ope legis* sem necessidade de despacho da autoridade judiciária, conforme doutrina do AcFJ do STJ n.º 3/2007, de 12-10-2006, sobre o art. 50.º, n.º 1, do RJFNA (norma que antecedeu e de conteúdo similar à do art. 47.º do RGIT).

O mesmo entendimento será extensível à leitura a operar sobre o art. 42.º do RGIT, já que nem o legislador terá pretendido um regime mais flexível.

Em qualquer dos casos, o início da suspensão do processo (e, de forma precípua, da suspensão do prazo de prescrição) deve situar-se na data em que dá entrada o procedimento prejudicial ou, pelo menos, a data do conhecimento no processo penal, da instauração daquele procedimento.

Em todo o caso, a suspensão de tramitação dos autos não impede a realização de “diligências urgentes de prova”, por aplicação do art. 7.º, n.º 3, parte final, do Código Penal, aqui subsidiariamente aplicável.

A suspensão do processo e do prazo prescricional vale – sob pena de incongruência lógica – quer para os crimes tributários quer para eventuais crimes comuns que mantenham com aqueles uma conexão fáctica e processual (objectiva). De resto, não se verificando a referida conexão, a via procedimental mais curial é a da separação de processos.

Finalmente, o procedimento tributário que se mostra prejudicial face ao processo penal tem prioridade sobre os outros da mesma natureza ou espécie (art. 47.º, n.º 2 do RGIT).

7 A **interrupção da prescrição do procedimento** ocorre por verificação de qualquer um dos fundamentos previstos no art. 121.º do Código Penal, a saber:

- i) Com a constituição de arguido;
- ii) Com a notificação da acusação (ou requerimento para aplicação de sanção em processo sumaríssimo) ou da notificação do despacho de pronúncia;
- iii) Com a declaração de contumácia;
- iv) Com a notificação do despacho que designa dia para audiência na ausência do arguido.

Merece realce, nesta sede, a regra segundo a qual a prescrição do procedimento tem sempre lugar quando, desde o início do prazo e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo normal de prescrição acrescido de metade.

Artigo 22.º

Dispensa e atenuação especial da pena

1. Se o agente repuser a verdade sobre a situação tributária e o crime for punível com pena de prisão igual ou inferior a três anos, a pena pode ser dispensada se:

- a) A ilicitude do facto e a culpa do agente não forem muito graves;
- b) A prestação tributária e demais acréscimos legais tiverem sido pagos, ou tiverem sido restituídos os benefícios injustificadamente obtidos;
- c) À dispensa da pena se não opuserem razões de prevenção.

2. A pena será especialmente atenuada se o agente repuser a verdade fiscal e pagar a prestação tributária e demais acréscimos legais até à decisão final ou no prazo nela fixado.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A relevância jurídico-penal da regularização da situação tributária (anotação 2)

A caracterização dogmática da regularização da situação tributária (anotação 3)

Os requisitos da dispensa de pena (anotação 4)

O paralelo com o regime da dispensa de pena no Código Penal (anotação 5)

A dispensa ou atenuação da pena de multa (anotação 6)

A base voluntária e prazo para a reposição relevante da situação tributária (anotação 7)

O carácter automático da atenuação da pena e discricionário da dispensa de pena (anotação 8)

A remota **fonte** desta norma é o art. 26.º, n.ºs 2 a 6, do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15-01 (RJIFNA). 1

A norma representa uma manifestação da **relevância jurídico-penal da regularização da situação tributária** por parte do agente. Também em outros momentos, quer de índole processual quer de índole substantiva, o pagamento da prestação tributária assume relevância *v.g.* em sede de suspensão de execução da pena (art. 14.º do RGIT) e de arquivamento do processo em caso de dispensa de pena (art. 44.º do RGIT). O art. 305.º do Código Penal Espanhol e o § 371.º da AO alemã consagram, de modo inequívoco, a relevância do pagamento como causa de exclusão da pena. 2

A **caracterização da questão, no plano dogmático**, reveste alguma delicadeza: já tem sido concebida como um afloramento da desistência da tentativa, conotada com a tese de “ponte dourada” segundo a qual a não punição do comportamento seria o salvo-conduto ou o incentivo para trazer o infractor à conformidade legal tributária; também há quem defenda tratar-se de uma causa de extinção da responsabilidade criminal ou causa de exclusão da pena; ou é condição de dispensa, em certas circunstâncias, ou de atenuação da pena, como sucede entre nós no art. 22.º (cfr. SUSANA AIRES de SOUSA, *in* Os Crimes Fiscais, 2009 – reimpressão, pp. 307 e ss.; MÁRIO FERREIRA MONTE, “Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime” *in* *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Edit., 2003, pp. 134 e ss.). 3

A norma do art. 22.º prevê no seu n.º 1 a possibilidade de **dispensa da pena**, avaliada a situação pelo julgador, quando se verifiquem os seguintes requisitos: 4

- i) reposição pelo agente da verdade sobre a situação tributária (pagamento da prestação tributária e demais acréscimos legais);
- ii) crime punível com pena de prisão igual ou inferior a três anos;
- iii) a ilicitude do facto e a culpa do agente não forem muito graves;
- iv) à dispensa da pena se não opuserem razões de prevenção.

O **regime de dispensa de pena** que se estabelece sobre os requisitos enunciados é menos exigente (logo tem um alcance mais extenso) que o previsto do art. 74.º do CP: por um lado, no art. 22.º, o crime abrangido pode ter uma moldura penal cujo limite máximo seja igual ou inferior a três anos, quando no regime de dispensa de pena do CP o crime não pode ultrapassar seis meses; por outro lado, para o preceito do RGIT basta que a ilicitude e a culpa não sejam muito graves, enquanto na norma do CP se exige que aquelas sejam diminutas. Ora, não parece que a diferente valoração ético-social entre crimes tributários e crimes comuns possa justificar a diferença de regime. 5

Apesar de o teor da norma se dirigir apenas à pena de prisão, não há motivo para não considerar **abrangida**, por similitude de razões, a **pena de multa** alternativa à pena de prisão correspondente a pena inferior ou igual a três anos; deste modo, também a pessoa colectiva pode beneficiar da dispensa ou da atenuação da pena em caso de pagamento voluntário da prestação tributária. 6

Parece ser condição necessária para a consideração da **reposição da verdade** tributária que esta ocorra **numa base de voluntariedade** ou espontaneidade por parte do agente; bem como, que esta iniciativa tenha ocorrido até à decisão em primeira instância, para que possa beneficiar da dispensa de pena (cfr. GERMANO MARQUES da SILVA, *in* Direito penal tributário, Univ. Católica Edit., 2009, p. 337 e ss.). Já para a atenuação especial da pena a lei estabelece um prazo até à decisão final ou no prazo que ela fixar. 7

A **atenuação especial da pena** impõe-se ao julgador, desde que verificado o pagamento da prestação tributária e acréscimos legais, contrariamente à dispensa de pena em que se reconhece uma margem de discricionariedade. 8

Artigo 87.º
Burla tributária

1. Quem, por meio de falsas declarações, falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante ou outros meios fraudulentos, determinar a administração tributária ou a administração da segurança social a efectuar atribuições patrimoniais das quais resulte enriquecimento do agente ou de terceiro é punido com prisão até três anos ou multa até 360 dias.

2. Se a atribuição patrimonial for de valor elevado, a pena é a de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias.

3. Se a atribuição patrimonial for de valor consideravelmente elevado, a pena é a de prisão de dois a oito anos para as pessoas singulares e a de multa de 480 a 1920 dias para as pessoas colectivas.

4. As falsas declarações, a falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante ou a utilização de outros meios fraudulentos com o fim previsto no n.º 1 não são puníveis autonomamente, salvo se pena mais grave lhes couber.

5. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

As circunstâncias qualificadoras (anotação 5)

A burla tributária por omissão (anotação 6)

A tentativa (anotação 7)

A participação (anotação 8)

O concurso (anotação 9)

A pena (anotação 10)

- 1 O presente artigo foi criado na legislação portuguesa como crime tributário pelo Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT), aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, não tendo qualquer precedência em legislação anterior. Foi estruturado tendo por base o artigo 217.º, do Código Penal, que, nessa medida, se pode considerar a sua **fonte**. Ainda no âmbito da vigência do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 379-A/89, de 25 de Outubro, e do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, discutia-se na doutrina e jurisprudência portuguesas a punibilidade dos factos susceptíveis de configurar a prática de um crime de burla, previsto e punido pelo artigo 217.º, do Código Penal, quando em causa estava uma prestação tributária. Designadamente, se a actuação do agente se enquadraria no crime de burla comum ou no âmbito da fraude fiscal. O RGIT decidiu de forma definitiva esta questão, criando um novo tipo legal. Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 53/VIII, pode ler-se *“No campo fiscal, introduz-se um tipo autónomo de burla fiscal, capaz de pôr termo à incerteza doutrinária que tem rodeado a repressão penal de certas práticas defraudatórias da administração tributária...”*. A resolução desta querela assumiu uma importância decisiva no que concerne à responsabilização penal das pessoas colectivas, porquanto esta só excepcionalmente é admitida no artigo 11.º do Código Penal (ampliado agora em sede da revisão operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro), mas que constitui o regime regra quanto aos crimes tributários, nos termos do artigo 7.º, do RGIT.
- 2 O **bem jurídico** protegido com a presente incriminação é o património tributário do Estado. A protecção deste bem jurídico assume relevante importância no actual

contexto nacional, razão pela qual o crime de burla tributária previsto no n.º 3 deste artigo é de investigação prioritária, nos termos das Orientações de Política Criminal (Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, artigo 4.º, al. f)).

Relativamente aos **elementos objectivos do tipo**, o primeiro dos mencionados na lei é a utilização de falsas declarações, falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante, ou de outros meios fraudulentos, como forma de determinar o Estado a dispor do seu património. A burla tributária é um **crime de execução vinculada**, uma vez que a actuação do agente deve obedecer a uma destas formas taxativamente descritas na lei (pese embora o conceito de “outros meios fraudulentos” seja relativamente aberto). É um crime só praticável por meio de erro ou engano sobre factos que o agente provocou.

Contrariamente ao crime de burla comum, tipificado no artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal, na burla tributária não existe referência à “astúcia” do agente na prática dos factos. No caso da burla comum, não basta um qualquer erro ou engano; a lei exige que este seja provocado de forma astuciosa. Tem de ser utilizado meio engenhoso para enganar ou induzir em erro. O meio enganoso tem de ser a causa efectiva pela qual a vítima se encontra em erro. Tal como refere o STJ, em Ac. de 20.03.2003, (*in* www.dgsi.pt, STJ, P03P241, Relator Simas Santos) “o burlão, actuando com destreza pretende enganar e surpreender a boa fé do burlado de forma a convencê-lo a praticar actos em prejuízo do seu património ou de terceiro. É indispensável, assim, que os actos além de astuciosos, sejam aptos a enganar, não se limitando o burlão a mentir, mentindo com engenho e habilidade, revelando uma maior intensidade no dolo e uma maior susceptibilidade de outros serem convencidos.”.

No caso da burla tributária, a situação é distinta. A lei basta-se com as falsas declarações, a falsificação ou viciação de documento ou o recurso a outros meios fraudulentos, não exigindo a astúcia a que se reporta o artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal. Não é aqui exigido o especial engenho ou arte de enganar. Mantém-se, contudo, a exigência de **erro ou engano**. Note-se que, frequentemente, este engano é “criado” através do mero preenchimento de um formulário pré-aprovado, em que o agente declara factos que sabe ser falsos ou inexactos e, por essa via, obtém direito a prestação social que de outro modo não obteria. Neste mesmo sentido, cfr. Ac.RE de 7.2.1006, *in* CJ, Ano XXXI, Tomo I/2006, pp. 258 a 261. Na opinião de JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS (*in* “Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 621), essa exigência do erro ou engano astuciosamente provocados está, contudo, presente na referência aos meios fraudulentos, os susceptíveis de provocar “astuciosamente” o tal erro ou engano. Um outro elemento do tipo exigido pela lei é que os factos praticados sejam aptos a determinar a administração tributária ou a administração da segurança social a efectuar atribuição patrimonial. São os meios fraudulentos usados pelo agente que determinam a disposição de património. Logo, se estes não forem idóneos para o efeito, não se verifica o preenchimento deste elemento do tipo. Em sentido contrário, JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS (*in* “Regime Geral...”, p. 622), defendem que só interessa averiguar da aptidão do meio empregue quando se procura saber se determinados factos constituem tentativa de burla. De outro modo, quando o engano é produzido e se lhe segue o enriquecimento ilegítimo, é irrelevante a inidoneidade do meio empregue.

Também na burla tributária é exigido um **duplo nexo de imputação objectiva**: entre a conduta enganosa do agente e a prática, pela vítima, dos actos de diminuição do seu património e entre estes e o prejuízo patrimonial ocorrido. O meio enganoso tem de ser a causa efectiva pela qual a administração se encontra em erro.

Por fim, a lei exige ainda o **enriquecimento** do agente ou de terceiro. Enquanto na burla comum a consumação ocorre com prejuízo patrimonial da vítima, na burla tributária é o enriquecimento do agente ou de terceiro que preenche o elemento do tipo objectivo.

- 4 Quanto ao **tipo subjectivo**, a lei exige o dolo genérico, em qualquer uma das suas modalidades. A negligência encontra-se excluída, tanto mais que não é concebível que alguém use falsas declarações, falsifique ou adultere documento ou utilize meios fraudulentos de forma negligente. Seria uma contradição nos termos.
- 5 Constituem **circunstâncias qualificadoras** o facto da atribuição patrimonial feita ao agente ser de valor elevado, que na presente data se cifra em €5.250, ou ser de valor consideravelmente elevado, ou seja, €21.000.

O crime de burla tributária é o único do RGIT no qual o legislador se socorre da técnica de indexação, conforme determina o artigo 11.º, al. d), do RGIT, remetendo para os conceitos de “valor elevado” e “valor consideravelmente elevado” que se encontram previstos, respectivamente, nas alíneas a) e b), do artigo 202.º, do Código Penal.

Pode, assim, considerar-se que o n.º 2 deste artigo prevê uma burla tributária agravada e o n.º 3 uma burla tributária especialmente agravada.

- 6 Na doutrina e na jurisprudência portuguesas tem-se discutido a admissibilidade da prática do crime de **burla tributária por omissão**, um pouco à semelhança do que sucede com a burla comum. A questão controvertida é a relevância a atribuir à omissão de comunicar à administração tributária ou à administração da segurança social, circunstâncias modificativas nas condições que determinaram a atribuição patrimonial por parte do Estado. Questiona-se se pode uma conduta omissiva preencher o ilícito típico. Os defensores da tese da inadmissibilidade da prática do crime de burla tributária por omissão alegam que o tipo exige o uso de um meio fraudulento activo, e não uma mera conduta omissiva. Alegam ainda que, uma vez concedida a atribuição patrimonial, verificando-se uma alteração nas circunstâncias de vida do agente, as meras omissões neste caso são somente aptas à continuação do pagamento da prestação. Ora, uma vez que a lei atribui relevo à conduta do agente em determinar a administração a efectuar essa disposição, se este omite factos posteriores a essa atribuição, poderá estar em causa o crime de fraude fiscal ou fraude contra a segurança social, mas não o crime de burla tributária. Neste sentido, cfr. Ac.RE de 31.1.2006, *in* CJ, Ano XXXI, Tomo I/2006, pp. 257-258 e Ac.RE de 13.1.2009 *in* CJ, Ano XXXIV, Tomo I/2009, pp. 277-279.

Em sentido contrário, esgrime-se o argumento de que a atribuição de prestação patrimonial faz recair sobre o agente a obrigação legal de comunicar ao Estado quaisquer alterações susceptíveis de influenciar/modificar a decisão tomada, pelo que nos termos do artigo 10.º, n.º 2, do Código Penal, aplicável “*ex vi*” artigo 3.º, al. a), do RGIT, este tem o dever jurídico que o obriga a evitar o resultado. Logo, a ocultação de um facto que deveria ter sido revelado à administração tributária ou da segurança social, traduz um meio fraudulento. A relação de causa-efeito estabelece-se entre as atribuições patrimoniais e a omissão por parte do arguido de comunicar a sua actual situação. Neste sentido, cfr. Ac.RE de 7.2.2006, *in* CJ, Ano XXXI, Tomo I/2006, pp. 258-261.

Não obstante reconhecermos a validade destes últimos argumentos, a verdade é que perfilhamos o entendimento da **impossibilidade** do crime de burla tributária ser cometido por omissão. De facto, o simples silêncio não configura, em nosso entender, um meio fraudulento, e a burla é um crime de execução vinculada. Por outro lado, este crime pressupõe uma conduta activa por parte do agente, que dirige a sua actuação no sentido de enganar a administração estadual. Acresce

que a lei refere expressamente que a conduta do agente “determina” a atribuição da prestação. Ora, querendo abranger as condutas em que o agente omite circunstâncias modificativas supervenientes, o legislador teria de admitir que a conduta do agente era apta a “manter” a prestação já atribuída, o que não é o caso. Na burla tributária, o legislador concretizou a “matriz” dos meios fraudulentos e fê-lo com referência, unicamente, a condutas activas – declarar falsamente, falsificar, adulterar. Não comunicando estes factos novos, o agente aproveita-se do engano em que administração se encontra, não tendo, contudo, sido ele o autor desse logro. Não preenchendo esta conduta a prática do crime de burla tributária, poderemos, contudo, estar perante os crimes de fraude fiscal, previsto e punido pelo artigo 103.º, ou de fraude contra a segurança social, previsto e punido pelo artigo 106.º, ou ainda perante as contra-ordenações previstas nos artigos 118.º e 119.º, todos do RGIT.

Por força do disposto no n.º 5 do artigo em apreço, a **tentativa** é sempre punível. 7
No entanto, considerando que a pena máxima abstractamente aplicável à burla qualificada é a de prisão até cinco anos, e a aplicável à burla especialmente qualificada é a de prisão até oito anos, por força do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, estas sempre serão puníveis na forma tentada.

Em matéria de **complicação**, a norma não desenha uma categoria específica 8
de pessoas como agentes da infracção, pelo que estamos perante um *crime comum* (poder ser praticado por qualquer pessoa), aplicando-se nesta matéria as regras gerais do Código Penal, e admitindo-se todas as formas de complicação.

Em matéria de **concurso**, é de salientar a norma contida no n.º 4 deste artigo: as 9
falsas declarações, a falsificação ou viciação de documento fiscalmente relevante ou a utilização de outros meios fraudulentos com o fim previsto no n.º 1, não são puníveis de forma autónoma, excepto se lhes couber pena mais grave.

De facto, o legislador veio neste artigo consagrar norma distinta da doutrina defendida pelo STJ no Assento n.º 8/2000, no sentido de se verificar concurso real ou efectivo de crimes, no caso da conduta do agente preencher as previsões de falsificação e de burla do artigo 256.º, n.º 1, al. a), e do artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal.

Inequivocamente, no caso da burla tributária, há concurso aparente entre esta e o crime de falsificação de documento, quando este for criado ou se destinar aos fins previstos no n.º 1 do artigo. Aplica-se, nesse caso, a norma cuja pena abstractamente aplicável seja mais grave.

O concurso entre a burla tributária e a fraude fiscal, ou a fraude contra a segurança social, é um concurso aparente, que se rege pela regra da subsidiariedade: aplica-se a norma que preveja pena mais grave para o caso concreto.

Ao crime de burla tributária simples, praticado por pessoa singular, e na forma consumada, é aplicável a **pena** de prisão até três anos ou de multa até 360 dias. 10
Tratando-se do crime na forma tentada, a pena será de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

Se o crime de burla agravada, na forma consumada, for praticado por pessoa singular, a pena aplicável é de prisão até cinco anos ou de multa até 600 dias. Reportando-se à tentativa, estaremos perante a aplicação, em abstracto, de pena de três anos e quatro meses de prisão ou de multa até 400 dias.

Por fim, praticando o agente singular o crime de burla tributária especialmente agravada, na forma consumada, a pena aplicável é de prisão de dois a oito anos; sendo na forma tentada, a pena é de prisão a graduar entre um mês e cinco anos e quatro meses de prisão.

No caso das pessoas colectivas, as penas previstas são de multa até 720 dias no caso da burla simples na forma consumada, e até 480 dias se na forma tentada.

Tratando-se de burla qualificada, a pena para as pessoas colectivas é de multa até 1200 dias na forma consumada, ou até 800 dias se tentada.

Finalmente, no que respeita às pessoas colectivas, o crime de burla tributária especialmente agravada, na forma consumada, é punido com pena de prisão a graduar entre 480 e 1920 dias. Na forma tentada, a pena é a graduar entre 10 dias e 1280 dias.

Artigo 88.º

Frustração de créditos

1. Quem, sabendo que tem de entregar tributo já liquidado ou em processo de liquidação ou dívida às instituições de segurança social, alienar, danificar ou ocultar, fizer desaparecer ou onerar o seu património com intenção de, por essa forma, frustrar total ou parcialmente o crédito tributário é punido com prisão até dois anos ou multa até 240 dias.

2. Quem outorgar em actos ou contratos que importem a transferência ou oneração de património com a intenção e os efeitos referidos no número anterior, sabendo que o tributo já está liquidado ou em processo de liquidação ou que tem dívida às instituições de segurança social, é punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

1 A **fonte** legislativa próxima do preceito é o artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA). Também o artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), serviu de base ao crime de frustração de créditos aqui previsto.

2 O **bem jurídico** protegido com a presente incriminação é o património do Estado, também ele constituído pelo produto proveniente das receitas tributárias.

3 O crime de frustração de créditos aqui previsto divide-se em duas modalidades, correspondendo cada uma delas aos números 1 e 2 do preceito, sendo certo que alguns dos elementos objectivos do tipo são comuns.

Assim, constituem elementos do **tipo objectivo** do crime previsto no **n.º 1**:

a) o conhecimento por parte do devedor da obrigação de proceder ao pagamento do tributo ou dívida à segurança social;

b) a prévia liquidação desse tributo ou dessa dívida ou a existência de processo de liquidação;

c) a alienação, o dano, a ocultação, o desaparecimento ou a oneração do património do agente, visando frustrar total ou parcialmente o crédito tributário.

Constituem **elementos objectivos do tipo** do crime previsto no **n.º 2**:

a) a outorga de actos ou contratos que determinem a transferência ou a oneração de património, visando frustrar total ou parcialmente o crédito tributário;

- b) o conhecimento por parte do devedor da obrigação de proceder ao pagamento do tributo ou dívida à segurança social;
- c) a prévia liquidação do tributo ou da dívida ou a existência de processo de liquidação.

A determinação do momento em que se verifica a **consumação** deste crime tem suscitado dúvidas: é exigível a verificação da impossibilidade do credor tributário cobrar o crédito fiscal para que o crime esteja consumado? A resposta, em nosso entender, é negativa. Com efeito, estamos perante um **crime de perigo**, em que a realização do tipo não pressupõe a efectiva lesão do bem jurídico; basta-se com a mera colocação em perigo (cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *in* “Direito Penal – Parte Geral”, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, pp. 291 e ss.). O legislador não exige, como elemento do tipo, a impossibilidade de cobrar os créditos ou provar o dano causado ao credor tributário. Pelo contrário, o acento tónico é no conhecimento da dívida por parte do agente e na sua intenção de se furtar ao pagamento da mesma, sendo irrelevante a efectiva concretização do dano para efeitos de preenchimento dos elementos objectivos do tipo.

Cumpra ainda referir que se trata de um **crime de execução vinculada**: o agente pratica-o, unicamente, adoptando um dos comportamentos especificamente previstos na lei.

O crime de frustração de créditos é doloso, não se bastando o preenchimento do **tipo subjectivo** com o dolo genérico. A lei exige um dolo específico: que o agente actue com a intenção de frustrar, no todo ou em parte, a garantia patrimonial do crédito tributário, proveniente de impostos ou de dívidas à segurança social.

Atendendo à moldura penal prevista para este crime, quer nos termos do n.º 1 quer do n.º 2, e face ao disposto no artigo 23.º, do Código Penal, a **tentativa** não é punível.

Em matéria de **comparticipação**, a norma do n.º 1 deste artigo refere que o mesmo só pode ser cometido por determinada categoria de pessoas, sobre as quais recai um dever especial: o de entregar o tributo ou pagar a dívida à segurança social. Estamos, pois, perante um **crime específico próprio** (apenas poder ser praticado por quem detenha qualidades pessoais ou sobre quem recaia um dever especial ou que certa situação de facto típica seja fonte desse dever – cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *in* “Direito...”, Coimbra Editora, 2004, p. 287 e ss. e H. SALINAS MONTEIRO, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Universidade Católica, Lisboa, 1999, p. 13 e ss).

Em matéria de **concurso**, é frequente que o comportamento do agente preencha, em simultâneo, o tipo legal de frustração de créditos previsto neste artigo e aquele que se encontra previsto no artigo 227-A.º, do Código Penal, também sob a epígrafe “Frustração de créditos”. Com efeito, a actuação do agente pode visar furtar-se ao pagamento de créditos tributários e de créditos comuns. Nesse caso, estamos perante um concurso aparente, sendo de aplicar a norma do RGIT que é especial, face à do Código Penal, de carácter geral (em sentido contrário, defendendo que se aplicará a norma penal mais grave, GERMANO MARQUES DA SILVA *in* “Direito Penal Tributário – Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2009, p. 196).

O crime de frustração de créditos previsto no artigo 227.º-A do Código Penal é um crime de dano e de resultado, sendo nessa medida distinto do crime de frustração de créditos fiscais e de créditos da segurança social aqui previsto. O concurso também é frequente entre este crime e o de “Violação das garantias aduaneiras” previsto no artigo 98.º, deste diploma. As regras a aplicar são as do concurso aparente.

- 8 À pessoa singular que pratique o crime previsto no n.º 1 deste artigo aplica-se a **pena** de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Se estivermos perante a prática do crime previsto no n.º 2 deste artigo, a pena é de prisão até um ano ou multa até 120 dias.

Relativamente às pessoas colectivas, a pena a aplicar, nos casos do n.º 1, é de multa até 480 dias, e nos casos do n.º 2, de multa até 240 dias.

Artigo 89.º

Associação criminosa

1. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de crimes tributários é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não lhe couber, nos termos de outra lei penal.

2. Na mesma pena incorre quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações ou que os apoiar, nomeadamente fornecendo armas, munições, instrumentos de crime, armazenagem, guarda ou locais para as reuniões, ou qualquer auxílio para que se recrutem novos elementos.

3. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos nos números anteriores é punido com pena de prisão de dois a oito anos, se pena mais grave não lhe couber, nos termos de outra lei Penal.

4. As penas referidas podem ser especialmente atenuadas ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente para impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações, ou comunicar à autoridade a sua existência, de modo a esta poder evitar a prática de crimes tributários.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A **fonte** legislativa próxima do preceito é o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infrações Fiscais Aduaneiras (RJIFA).

Reproduz, quase integralmente, o artigo 299.º do Código Penal, distinguindo-se deste na medida em que a associação criminosa aqui prevista visa apenas a prática de crimes tributários.

- 2 À semelhança do que sucede com o crime de associação criminosa previsto no artigo 299.º, do Código Penal, e nas palavras de FIGUEIREDO DIAS (*in* “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 1157), o **bem jurídico** protegido com a presente incriminação é a paz pública no preciso sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial perigosidade de organizações que tenham por escopo o cometimento de crimes.

O crime de associação criminosa previsto no RGIT pôs termo à discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicação do artigo 299.º do Código Penal, em matéria de crimes tributários.

- 3 O crime de associação criminosa previsto neste artigo divide-se em várias modalidades, sendo que existem elementos comuns do **tipo objectivo** relativamente a cada uma delas.

Tal como refere FIGUEIREDO DIAS (*in* “Comentário ...”, Coimbra Editora, 1999, p. 1160 e ss.), para que se preencha o tipo objectivo, é necessário que se esteja perante uma associação, grupo ou organização, para o que se torna indispensável: a) que exista uma pluralidade de pessoas, sendo discutível a existência de um número mínimo (a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, aditou um n.º 5 ao artigo 299.º do Código Penal, que estipula que para efeitos daquele artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas, actuando concertadamente durante um certo período de tempo);

b) que a organização tenha uma certa duração;

c) um mínimo de estrutura organizatória;

d) um processo de formação de vontade colectiva;

e) um sentimento comum de ligação.

É ainda necessário que a actividade da associação se dirija à prática de crimes tributários, compreendendo os crimes tributários comuns, os crimes aduaneiros, os crimes fiscais e os crimes contra a segurança social. Estão, assim, excluídas as contra-ordenações.

As modalidades de acção são distintas no que se reporta à actividade do agente desenvolvida dentro da organização. Assim, este pode promovê-la ou fundá-la, ser seu membro, apoiá-la, dirigi-la ou chefá-la.

O n.º 2 exemplifica circunstâncias susceptíveis de consubstanciar formas de apoio ao grupo/organização.

O **tipo subjectivo** deste crime é doloso, compreendendo o elemento intelectual e o elemento volitivo. Relativamente ao primeiro, é essencial que o agente conheça os elementos constitutivos do tipo: que existe uma organização, que ele fundou ou promoveu, da qual é membro, apoiante, chefe ou dirigente, e que esta se dirige à prática de crimes.

Quanto ao elemento volitivo, o tipo preenche-se com o dolo, admitido em qualquer uma das suas modalidades.

Considerando unicamente a moldura abstracta das penas previstas neste artigo, de um a cinco anos e de dois a oito anos de prisão, por força do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, a **tentativa** seria punível. Porém, como salienta FIGUEIREDO DIAS (*in* “Comentário ...”, Coimbra Editora, 1999, p. 1160 e ss.), face à própria natureza das modalidades de acção contidas no tipo, apenas faz sentido a punibilidade da tentativa na modalidade de acção que consiste em “fundar” associação. O agente que pratica actos de execução com a intenção de promover a associação, ou já está efectivamente a promovê-la ou estamos perante meros actos preparatórios não puníveis. O mesmo raciocínio se aplica, *mutatis mutandis*, a quem tenta fazer parte da associação, ou apoiá-la. E quem tenta chefá-la ou dirigi-la é necessariamente seu membro. A excepção em matéria de tentativa é, de facto, para quem tenta fundar associação criminosa pois, ao fazê-lo, está já, necessariamente, a promovê-la. Neste mesmo sentido, defende a não punibilidade da tentativa do crime de associação criminosa, PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, *in* *Comentário do Código Penal*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 752.

A pena é especialmente atenuada e a conduta do agente pode mesmo ficar sem punição se este impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação da associação criminosa, ou comunicar às autoridades a sua existência de modo a estas poderem evitar a prática de crimes tributários.

A actuação do agente tem de ser apta a impedir, ou revelar esforço sério por impedir, a continuação da existência da organização. De igual modo, só relevam

os factos que o agente comunicar às autoridades que tenham ou possam vir a ter relevo para evitar a prática de novos crime tributários.

- 6 Em matéria de **comparticipação**, estamos perante aquilo a que a doutrina chama de crime de **comparticipação necessária**: se o crime exige que duas ou mais pessoas se organizem e fundem grupo criminoso, os agentes têm de participar entre eles com vista à prática deste crime.

- 7 O **concurso** entre o crime aqui previsto e o crime de associação criminosa do artigo 299.º do Código Penal é um concurso aparente que se resolve pela aplicação do disposto nos n.ºs 1 e 3, *in fine*, deste artigo: aplica-se a norma cuja moldura penal abstracta seja mais grave.

Entre o crime de associação criminosa deste artigo e os crimes efectivamente praticados pela associação criminosa, ou seja, os crimes tributários que esta concretizou, existirá concurso real.

Caso a organização se esgote, no seu fim, com a prática de um único crime tributário, existirá concurso aparente entre o crime de associação criminosa e aquele que esta visou praticar e que determinou a sua constituição.

- 8 O agente que promover ou fundar o grupo, que fizer parte do mesmo, ou o apoie, é punido com **pena** de prisão de um a cinco anos.

O agente que chefiar ou dirigir associações criminosas é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

Relativamente às **pessoas colectivas**, o artigo não prevê nenhuma pena. Na opinião de GERMANO MARQUES DA SILVA (*in* “Direito Penal Tributário – Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2009, p. 198), as associações criminosas aqui previstas só podem ter como seus agentes pessoas físicas. É certo que o legislador, ao alterar o artigo 11.º, n.º 1, do Código Penal, através da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, veio admitir expressamente a responsabilidade das pessoas colectivas pela prática do crime de associação criminosa. Mas tal como referem ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO (*in* Regime Geral das Infracções Tributárias, Coimbra Editora, 2002, p. 253), não se deve confundir a factualidade típica contemplada neste preceito com a hipótese muito plausível de os dirigentes de uma empresa decidirem, em determinada altura da sua existência, passar a praticar crimes, contando com o concurso e auxílio dos seus trabalhadores. Nos termos da alínea g), do n.º 1, do artigo 17.º, do RGIT, é aplicável às pessoas colectivas a pena de dissolução quando esta tiver sido exclusiva ou predominantemente constituída para a prática de crimes tributários ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva está a ser utilizada para esse efeito, quer pelos seus membros quer por quem exerça a respectiva administração. Não obstante, não se configura possível que a própria pessoa colectiva possa ser responsabilizada criminalmente pela prática deste crime.

Artigo 90.º

Desobediência qualificada

A não obediência devida a ordem ou mandado legítimo regularmente comunicado e emanado do director-geral dos Impostos ou do director-geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo ou seus substitutos legais ou de autoridade judicial competente em matéria de derrogação do sigilo bancário é punida como desobediência qualificada, com pena de prisão até dois anos ou de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A comparticipação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

A **fonte** legislativa deste preceito é o artigo 14.º da Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro, que procedeu à reforma da tributação do rendimento e adoptou medidas destinadas a combater a evasão e fraude fiscais, alterando o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares, o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, o Estatuto dos Benefícios Fiscais, a Lei Geral Tributária, o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, o Código de Procedimento e de Processo Tributário e legislação avulsa. Reproduz, em certa medida, o artigo 348.º, n.º 2, do Código Penal. 1

O **bem jurídico** protegido com a presente incriminação é a autonomia intencional do Estado, enquanto meio que assegura o bom funcionamento da actividade administrativa, e a não colocação de entraves à mesma por parte dos destinatários dos seus actos. 2

São elementos do **tipo objectivo** do ilícito: 3

a) a ordem ou mandado, legítimos, formal e materialmente;

b) a sua emanção por autoridade ou funcionário competente, os quais se encontram taxativamente elencados neste artigo;

c) a regular comunicação ao seu destinatário.

Entende-se que a ordem é legítima quando emana de pessoa ou órgão com competência para a proferir. Tem de se compreender nas atribuições e competências do emissor da ordem o poder/capacidade de a proferir. Caso contrário, esta será uma ordem ilegítima e, como tal, insusceptível de vincular o seu destinatário que, nesses termos, não cometerá o acto típico, ilícito e culposo, caso desobedeça. Isto porque a obediência não é devida a uma ordem ilegítima e, como tal, não tem o destinatário de a cumprir, conhecendo a falta de competência de quem a proferiu para determinar tal efeito.

Esta ordem ou mandado só pode emanar do director-geral dos Impostos ou do director-geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo ou seus substitutos legais ou de autoridade judicial competente em matéria de derrogação do sigilo bancário.

Em causa no presente artigo não está, pois, toda e qualquer ordem ou mandado, emanados por um destes órgãos, e sobre qualquer matéria. Na verdade, a leitura do presente artigo tem de ser feita em conjunto com o disposto nos artigos 63.º-A e 63-B, da Lei Geral Tributária (Decreto-Lei n.º 398/98, de 12 de Dezembro), que estabelece derrogações administrativas expressas em matéria de sigilo bancário, obrigando as instituições de crédito e sociedades financeiras a fornecer as informações ali previstas, quando em causa está, entre outras, matéria susceptível de indiciar a prática de crime do âmbito tributário.

Só nestes casos, e não em outros, é que o destinatário da ordem ou mandado comete o crime de desobediência qualificada ao não fornecer as informações solicitadas, razão pela qual o mesmo só pode ser praticado por omissão.

A ordem, ou mandado, tem de ser regularmente comunicada. Com esta exigência, o legislador pretendeu que ao destinatário fosse dado efectivo conhecimento do acto e não apenas que o meio utilizado para a comunicação fosse idóneo e adequado a tal efeito.

- 4 O **tipo subjectivo** deste crime é doloso, compreendendo o elemento intelectual e o elemento volitivo. Relativamente ao primeiro, é essencial que o agente represente a qualidade da entidade que lhe dirige a ordem bem como o dever de a cumprir. Quanto ao elemento volitivo, este é mais maleável já que o tipo admite qualquer uma das modalidades do dolo.
- 5 Considerando a moldura abstracta da pena prevista neste artigo e o disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, a **tentativa** não é punível.
- 6 Em matéria de **complicação**, a norma desenha uma categoria específica de pessoas que podem cometer este crime. De facto, apenas as instituições de crédito e sociedades financeiras são destinatárias da ordem ou mandado, pelo que só estas podem desobedecer ao dever imposto por esta forma. As pessoas singulares, por actuarem em nome destas, nos termos do artigo 6.º do RGIT, são também criminalmente responsáveis.
- 7 Em matéria de **concurso**, refere-se apenas que a norma do presente artigo é de carácter especial, face à do artigo 348.º, n.º 2, do Código Penal, de âmbito geral.
- 8 A **pena** aplicável à pessoa singular que cometa o crime de desobediência qualificada previsto neste artigo é de prisão até dois anos ou de multa até 240 dias. Se for pessoa colectiva a cometer o crime, a pena aplicável é de multa até 480 dias.

Artigo 91.º

Violação de segredo

1. Quem, sem justa causa e sem consentimento de quem de direito, dolosamente revelar ou se aproveitar do conhecimento do segredo fiscal ou da situação contributiva perante a segurança social de que tenha conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas é punido com prisão até um ano ou multa até 240 dias.

2. O funcionário que, sem estar devidamente autorizado, revele segredo de que teve conhecimento ou que lhe foi confiado no exercício das suas funções ou por causa delas com a intenção de obter para si ou para outrem um benefício ilegítimo ou de causar prejuízo ao interesse público, ao sistema de segurança social ou a terceiros é punido com prisão até três anos ou multa até 360 dias.

3. A pena prevista no número anterior é aplicável ao funcionário que revele segredo de que teve conhecimento ou que lhe foi confiado no exercício das suas funções ou por causa delas, obtido através da derrogação do sigilo bancário ou outro dever legal de sigilo.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A cessação do dever de sigilo (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A complicação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

A **fonte** legislativa próxima do preceito é o artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA). 1

O Código Penal também prevê crimes em matéria de violação de segredo, nos artigos 195.º (violação de segredo), 196.º (aproveitamento indevido de segredo), 371.º (violação de segredo de justiça), e 383.º (violação de segredo por funcionário). O **bem jurídico** protegido com a presente incriminação é a reserva da intimidade da vida privada dos contribuintes, na vertente da defesa do segredo fiscal e da sua situação contributiva perante a segurança social. 2

O crime de violação de segredo aqui previsto divide-se em três modalidades, correspondendo cada uma delas aos números deste artigo. Todas comungam de um elemento comum do **tipo objectivo**: “revelar” segredo. O agente revela segredo quando, estando obrigado a observar o dever de reserva, transmite informações privilegiadas, por qualquer modo, a terceiro, que não tem legitimidade para as conhecer. 3

No caso do n.º 1 do artigo em análise, o tipo admite ainda que o agente se aproveite do conhecimento dos factos sob sigilo.

Esses factos estão, necessariamente, sob segredo fiscal ou reportam-se à situação contributiva perante a segurança social.

Para o preenchimento do tipo é ainda necessário que o agente tenha tomado conhecimento destes factos no exercício das suas funções ou por causa delas.

O tipo objectivo não se preenche se o agente tiver consentimento de quem de direito ou justa causa para revelar os factos sigilosos.

Para o preenchimento do tipo objectivo previsto no n.º 2 deste artigo, é, desde logo, necessário que o agente assuma a qualidade de funcionário, nos termos previstos na lei.

É ainda exigível que o agente não esteja devidamente autorizado a proceder a esta revelação.

Os factos sob sigilo têm de ter chegado ao conhecimento do funcionário ou têm de lhe ter sido confiados no exercício das suas funções ou por causa delas.

A modalidade prevista no n.º 3 também só pode ser cometida por agente que legalmente assuma a qualidade de funcionário.

Distingue-se do n.º 2 na medida em que o funcionário teve conhecimento dos factos ou estes foram-lhe confiados no exercício das suas funções ou por causa delas, mas obtidos através da derrogação do sigilo bancário ou outro dever legal de sigilo.

O **tipo subjectivo** é doloso, sendo que nos casos previstos nos n.ºs 1 e 3 do artigo, este é admitido em qualquer uma das suas modalidades. O n.º 2 exige, contudo, um dolo específico: o agente tem de actuar com intenção de obter para si ou para outrem um benefício ilegítimo ou de causar prejuízo ao interesse público, ao sistema de segurança social ou a terceiros. A negligência só pode ser punida como contra-ordenação, nos termos previstos no artigo 115.º, do RGIT. 4

O artigo 64.º da Lei Geral Tributária (Decreto-Lei n.º 398/98, de 12 de Dezembro), prevê que os dirigentes, funcionários e agentes da administração tributária estão obrigados a guardar sigilo sobre os dados recolhidos relativamente à situação tributária dos contribuintes e sobre elementos de natureza pessoal que obtenham no procedimento, nomeadamente os decorrentes do sigilo profissional ou qualquer outro dever de segredo legalmente regulado. 5

Contudo, nos termos desse mesmo artigo, o **dever de sigilo cessa** em caso de: autorização do contribuinte para a revelação da sua situação tributária; cooperação legal da administração tributária com outras entidades públicas, na medida dos seus poderes; assistência mútua e cooperação da administração tributária com as

administrações tributárias de outros países resultante de convenções internacionais a que o Estado Português esteja vinculado, sempre que estiver prevista reciprocidade; e colaboração com a justiça nos termos do Código de Processo Civil e Código de Processo Penal.

Acresce que o dever de confidencialidade não prejudica o acesso do sujeito passivo aos dados sobre a situação tributária de outros sujeitos passivos que sejam comprovadamente necessários à fundamentação da reclamação, recurso ou impugnação judicial, desde que expurgados de quaisquer elementos susceptíveis de identificar a pessoa ou pessoas a que dizem respeito.

Nos termos do disposto no artigo 135.º, do Código de Processo Penal, o agente pode ser dispensado do dever de sigilo profissional a que se encontra sujeito, suscitando-se o respectivo incidente com essa finalidade, nos termos do n.º 3 desse artigo.

- 6 Considerando a moldura abstracta da pena prevista neste artigo e o disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, a **tentativa** não é punível.
- 7 Em matéria de **complicação**, a norma do artigo 91.º subdivide-se em duas categorias distintas. O crime previsto no n.º 1 do artigo pode ser praticado por qualquer pessoa que no exercício das suas funções ou por causa delas tome conhecimento de segredo fiscal ou da situação contributiva perante a segurança social, e revele ou se aproveite do conhecimento desses factos. Estamos perante um **crime comum**. Os crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 deste artigo são **crimes específicos próprios**, que apenas podem ser praticados por funcionário. Relativamente ao conceito de “funcionário” para efeitos deste artigo, é de recorrer ao conceito insito no artigo 386.º, do Código Penal.
- 8 Em matéria de **concurso**, refere-se apenas que existindo violação de segredo fiscal ou a revelação da situação contributiva perante a segurança social, sendo a norma do RGIT especial face às norma do Código Penal, de carácter geral, é o presente normativo que se aplica.
- 9 À pessoa singular que pratique o crime previsto no n.º 1 deste artigo, é aplicável a **pena** de prisão até um ano ou multa até 240 dias. Se o crime for o previsto no n.º 2 ou no n.º 3, a pena é de prisão até três anos ou multa até 360 dias. Na situação da pessoa colectiva ser penalmente responsável pela prática do crime previsto no n.º 1, a pena a aplicar é de multa até 480 dias. Relativamente aos n.ºs 2 e 3, estes crimes apenas podem ser cometidos por “funcionário”, conceito legal que a pessoa colectiva é incapaz, por natureza, de preencher. Assim, é forçoso concluir que estes crimes não têm aplicação no que diz respeito às pessoas colectivas.

Artigo 92.º

Contrabando

1. Quem, por qualquer meio:

a) Importar ou exportar ou, por qualquer modo, introduzir ou retirar mercadorias do território nacional sem as apresentar às estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela autoridade aduaneira para cumprimento das formalidades de despacho ou para pagamento da prestação tributária aduaneira legalmente devida;

b) Ocultar ou subtrair quaisquer mercadorias à acção da administração aduaneira no interior das estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela administração aduaneira;

c) Retirar do território nacional objectos de considerável interesse histórico ou artístico sem as autorizações impostas por lei;

d) Obtiver, mediante falsas declarações ou qualquer outro meio fraudulento, o despacho aduaneiro de quaisquer mercadorias ou um benefício ou vantagem fiscal;

é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a €50.000, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

A **fonte** legislativa próxima do preceito é, simultaneamente, o artigo 21.º e o artigo 26.º, ambos do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA).

A presente redacção do n.º 1 do artigo é a que lhe foi introduzida pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado), que alterou o valor estabelecido para a prestação tributária em falta de €7.500 para €15.000, e o aduaneiro da mercadoria objecto da infracção de €25.000 para valor superior a €50.000.

A mesma Lei introduziu outras alterações ao RGIT, nomeadamente no que concerne a esta condição objectiva de punibilidade, exigida também noutros artigos e com os mesmos limites, servindo o elemento pecuniário para traçar a fronteira entre os factos que constituem crimes e os que são apenas contra-ordenação. A título de exemplo, para além do presente normativo, procedeu a alterações aos artigos 93.º (contrabando de circulação), 95.º (fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo), e 96.º (introdução fraudulenta no consumo).

Nos termos das Orientações de Política Criminal, Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, artigo 4.º, al. f), o crime de contrabando é de investigação prioritária.

Com a adesão à CEE em 12 de Junho de 1985, actualmente União Europeia, Portugal vinculou-se a todas as regras decorrentes do Tratado de Roma, designadamente as que respeitavam à livre circulação de pessoas, bens e capitais. No que concerne à livre circulação de bens, porque só essa aqui releva, Portugal beneficiou de um regime transitório de adaptação que vigorou até 1 de Janeiro de 1993, período durante o qual suprimiu os direitos aduaneiros que até então existiam e adoptou a Pauta Exterior Comum, com inúmeras implicações ao nível aduaneiro.

Em termos de **legislação comunitária** nesta matéria, destaca-se o Regulamento CEE n.º 2913/92, do Conselho, de 21 de Outubro, que aprovou o Código Aduaneiro Comunitário (doravante CAC) e o Regulamento CEE n.º 2454/93, da Comissão, de 2 de Julho, que aprovou as Disposições de Aplicação do Código Aduaneiro Comunitário (doravante DACAC).

Ao nível da **legislação nacional**, é de salientar que o RGIT, aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, se encontra em harmonia com as exigências da legislação comunitária, tanto mais que é posterior quer ao CAC quer às DACAC.

O **bem jurídico** eminentemente protegido com as incriminações previstas neste artigo, e que é transversal a todo o Capítulo sob a epígrafe “crimes aduaneiros”, é o interesse público do Estado no funcionamento do sistema tributário e, reflexamente, o património estadual tributário.

- 3 Relativamente ao **tipo objectivo**, este consuma-se com a adopção pelo agente de um dos comportamentos taxativamente descritos nas alíneas *a)* a *d)*, do n.º 1. Assim, pratica o crime o agente que: importa ou exporta, ou de qualquer modo introduz ou retira mercadorias do território nacional sem as apresentar às estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela autoridade aduaneira para cumprimento das formalidades de despacho ou para pagamento da prestação tributária aduaneira legalmente devida; ou oculta ou subtrai quaisquer mercadorias à acção da administração aduaneira no interior das estâncias aduaneiras ou recintos directamente fiscalizados pela administração aduaneira; ou retira do território nacional objectos de considerável interesse histórico ou artístico sem as autorizações impostas por lei; ou obtém mediante falsas declarações ou qualquer outro meio fraudulento, o despacho aduaneiro de quaisquer mercadorias ou um benefício ou vantagem fiscal.

Os conceitos de “estância aduaneira”, “mercadorias comunitárias e não comunitárias”, “fiscalização pelas autoridades aduaneiras”, “apresentação na alfândega”, entre outros, num total de 26 definições, e que relevam para efeitos de compreensão do alcance do presente artigo, estão determinados no artigo 4.º do CAC, para o qual se remete.

Por “prestação tributária aduaneira”, nas palavras de JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS (*in* “Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 671), deve entender-se qualquer tributo cuja cobrança caiba à administração aduaneira, quer seja imposto, incluindo os direitos aduaneiros e direitos niveladores agrícolas, quer seja taxa quer seja qualquer tributo para-fiscal. Para que o tipo objectivo se verifique, é ainda necessário que se preencha uma condição objectiva de punibilidade: que o valor da prestação tributária em falta seja superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção seja de valor aduaneiro superior a €50.000.

Caso o comportamento do agente preencha os demais elementos objectivos do tipo mas o valor da prestação tributária em falta não seja superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção não seja de valor aduaneiro superior a €50.000, estamos perante a contra-ordenação aduaneira de descaminho, prevista no artigo 108.º, n.º 1, do RGIT.

O valor aduaneiro das mercadorias encontra-se regulado no Capítulo 3 do CAC (artigos 28.º a 36.º).

- 4 O crime de contrabando só conhece a forma dolosa. O preenchimento do **tipo subjectivo** exige a verificação do dolo, embora seja admissível qualquer uma das suas modalidades.

A negligência é sempre punível como contra-ordenação de descaminho (artigos 24.º, n.º 1, e 108.º, n.º 1, do RGIT), verificados que estejam os demais pressupostos legais e independentemente do valor da prestação tributária ou da mercadoria. Se a actuação do agente for negligente e não dolosa, mesmo que o valor da prestação tributária em falta seja superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção seja de valor aduaneiro superior a €50.000, este incorre na prática do ilícito de mera ordenação social do artigo 108.º do RGIT.

Logo, a ausência de dolo determina que o comportamento do agente não é criminalmente punível, mas subsiste a prática da contra-ordenação.

Nas contra-ordenações tributárias não existe uma presunção de negligência, que cabe ao agente ilidir. Estes ilícitos de mera ordenação social são verdadeiras infracções tributárias e, como tal, factos típicos, ilícitos e culposos, declarados puníveis por lei tributária anterior (cfr. artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, do RGIT). Se o agente

não actuou com culpa, não há lugar à sua punição, ainda que verificada a prática da infracção. A culpa traduz-se na censura ético-jurídica do comportamento do agente. Se o seu comportamento não for censurável, isto é, se, não obstante a prática do facto, não lhe era exigível outro comportamento, a conduta não pode ser punida. Neste mesmo sentido, cfr. ISABEL MARQUES DA SILVA in “Reflexões Acerca da Culpabilidade nas Contra-Ordenações Fiscais – A Propósito de Dois Acórdãos do Tribunal Central Administrativo”, Revista Direito e Justiça, Vol. XVI, 2002, Tomo 2, Separata, e Ac.TCAN, in www.dgsi.pt, P.00239/04, Relator Valente Torráo.

Não obstante a pena aplicável ser de prisão até três anos, a **tentativa** é punível por força do disposto no n.º 2 deste artigo. 5

Em matéria de **comparticipação**, a norma não desenha uma categoria específica de pessoas como agentes da infracção, pelo que estamos perante um *crime comum* (poder ser praticado por qualquer pessoa), aplicando-se nesta matéria as regras gerais do Código Penal e admitindo-se todas as formas de participação. 6

A possibilidade de **concurso** é expressamente admitida, prevendo este artigo que nessas situações se aplicará a pena mais grave das normas em concurso. 7

No caso da alínea d) desenha-se, de imediato, a existência de concurso com o crime de falsificação de documento, previsto pelo artigo 256.º, do Código Penal. Se estivermos perante a falsificação prevista no n.º 1, do artigo 256.º, do Código Penal, sendo a pena aí prevista também de prisão até três anos, aplicar-se-á o presente normativo, que é especial face àquela norma, de carácter geral. Porém, sendo falsificação de documento autêntico, caso em que a pena é de prisão de seis meses a cinco anos, então a norma a aplicar é a do n.º 3, do artigo 256.º, do Código Penal. Este raciocínio assenta no entendimento de que se trata de concurso aparente. Já no caso da relação do contrabando com os crimes de furto e de roubo, o concurso será efectivo. Com efeito, as mercadorias objecto de contrabando podem ter sido elas próprias obtidas através da prática de crimes contra o património. Tal não impede a verificação deste outro ilícito criminal aqui previsto.

O crime de contrabando previsto neste artigo é punido com **pena** de prisão até três anos ou multa até 360 dias, sendo o agente pessoa singular. Se o crime for apenas na forma tentada, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. No caso de ser penalmente responsável pessoa colectiva, sociedade, ainda que irregularmente constituída, ou entidade fiscalmente equiparada, por força do disposto nos artigos 7.º e 12.º, n.º 3, a pena é de multa até 720 dias, sendo o crime na forma consumada, e até 480 dias, se na forma tentada. 8

O artigo 97.º contém circunstâncias que agravam, entre outros, o crime de contrabando. Nesse caso, a pena aplicável a pessoa singular é de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias, sendo o crime consumado, e de prisão até três anos e quatro meses ou multa até 400 dias, sendo o crime praticado na forma tentada. No caso de se tratar de pessoa colectiva, a pena é de multa até 1200 dias, no caso do crime consumado, ou de multa até 800 dias, no caso do crime na forma tentada.

O artigo 102.º, da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro – Lei de Protecção e Valorização do Património Cultural – prevê a punição como crime de exportação ilícita a prática daquele que proceder à exportação ou expedição de um bem classificado como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, sem autorização concedida nos termos previstos nos n.ºs 2 ou 3 do artigo 65.º, do mesmo diploma. Na opinião de GERMANO MARQUES DA SILVA (in “Direito Penal Tributário – Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2009, p. 212), o crime aí previsto encontra-se em relação de concurso com a al. c), do n.º 1, deste artigo 92.º Já JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS (in “Regime Geral...”,

p. 666), perfilham o entendimento que este artigo se deve considerar revogado, por substituição, pois o regime contido na Lei de Protecção e Valorização do Património Cultural parece abranger a generalidade das situações aqui enquadráveis.

Não obstante a sobreposição de regimes, e o facto de efectivamente a al. c) se mostrar esvaziada de conteúdo face ao artigo 102.º, da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, parece-nos que não foi intenção do legislador revogar o preceito deste artigo, tanto mais que já após a entrada em vigor da Lei de Protecção e Valorização do Património Cultural foram introduzidas alterações ao RGIT, e nomeadamente neste artigo 92.º, e esta disposição permaneceu inalterada.

Também é certo que, nos termos do artigo 102.º, n.º 1, da Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, a pena aplicável ao agente infractor é de prisão até cinco anos, pelo que, por força do disposto na última parte do n.º 1 deste artigo, seria essa a disposição legal a aplicar no caso de contrabando destes objectos, por efectivamente conter pena mais grave. E, o crime de exportação ilícita, ao contrário do crime de contrabando, é punível a título de negligência. Aquele diploma, contudo, ao contrário do que sucede no RGIT, não prevê a punibilidade da actuação da pessoa colectiva. Assim, a pessoa colectiva só poderia ser punida nestes casos de contrabando de objectos de considerável interesse histórico ou artístico, pela al. c), do artigo 92.º, do RGIT, e não pelo crime de exportação ilícita do artigo 102.º, supra referenciado.

A mercadoria objecto deste crime e os meios de transporte utilizados para a prática do mesmo são, em princípio, declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional (artigos 18.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, do RGIT). Neste sentido, cfr. AC.RL de 5.5.2005 *in* CJ, Ano XXX, Tomo II/2005, p. 125 e ss.

São aplicáveis as penas acessórias previstas no artigo 16.º, verificados que estejam os pressupostos do artigo 17.º

Artigo 93.º

Contrabando de circulação

1. Quem, por qualquer meio, colocar ou detiver em circulação, no interior do território nacional, mercadorias em violação das leis aduaneiras relativas à circulação interna ou comunitária de mercadorias, sem o processamento das competentes guias ou outros documentos legalmente exigíveis ou sem a aplicação de selos, marcas ou outros sinais legalmente prescritos, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a €50.000.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 O presente artigo tem como **fonte** o anterior artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA).

O n.º 1 do artigo foi alterado, desde a entrada em vigor do RGIT, pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado), que alterou o valor estabelecido para a prestação tributária em falta de €7.500 para €15.000, e o valor aduaneiro da mercadoria objecto da infracção de €25.000 para valor superior a €50.000.

Neste crime, como na generalidade dos crimes tributários previstos no RGIT, o **bem jurídico** eminentemente protegido é o interesse público do Estado no funcionamento do sistema tributário e, reflexamente, o património estadual tributário.

Preenche o elemento do **tipo objectivo** o agente que, por qualquer meio, coloca ou detém em circulação, no interior do território nacional, mercadorias em violação de leis aduaneiras relativas à circulação interna ou comunitária de mercadorias, sem o processamento das competentes guias ou outros documentos legalmente exigíveis ou sem a aplicação de selos, marcas ou outros sinais legalmente prescritos. Exige-se, pois, que a mercadoria esteja em circulação.

O conceito de “**mercadorias em circulação**” para efeitos do presente artigo consta das definições do próprio RGIT – artigo 11.º, al. e) – e podem ser objecto deste crime mercadorias nacionais ou estrangeiras, comunitárias ou não-comunitárias. A referência legal ao território aduaneiro encontra-se no artigo 3.º do Código Aduaneiro Comunitário (doravante CAC), aprovado pelo Regulamento CEE n.º 2913/92, do Conselho, de 21 de Outubro.

Ainda quanto aos elementos do tipo objectivo, o legislador remete para “leis aduaneiras relativas à circulação interna ou comunitária de mercadorias”, conceito esse que se encontra no artigo 1.º do CAC.

Tal como no artigo anterior, para o preenchimento do tipo objectivo é ainda exigido um outro elemento: que o valor da prestação tributária em falta seja superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção seja de valor aduaneiro superior a €50.000.

E de igual forma, caso o agente preencha integralmente um dos comportamentos taxativamente descritos no n.º 1 do artigo mas o valor da prestação tributária em falta não exceda €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção não seja de valor aduaneiro superior a €50.000, estamos perante a eventual verificação de contra-ordenação aduaneira de descaminho, prevista no artigo 108.º, n.º 1, do RGIT.

De acordo com CARLOS MANUEL FERREIRA (*in* “O Crime Aduaneiro de Contrabando de Circulação”, www.verbojuridico.com/doutrina/penal/crime_contrabando_circulacao.pdf), o tipo de crime constante desta previsão normativa e, por consequência, a contra-ordenação do artigo 108.º, n.º 1, na parte em que se refere ao artigo 93.º, são normas penais inúteis por falta de objecto, de que resulta a sua obsolescência, em virtude de se encontrarem desajustadas da realidade jurídico-aduaneira vigente na União Europeia.

JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS *in* “Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 680, defendem que a revogação tácita deste artigo não é a perspectiva legislativa, porquanto o artigo 691.º do Regulamento das Alfândegas foi já alterado depois da adesão de Portugal à Comunidade Europeia, pelo Decreto-Lei n.º 21/90, de 16 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 35/91, de 18 de Janeiro.

Em nosso entender, embora não se possa afirmar a revogação tácita do presente artigo, a ausência de jurisprudência que verse sobre o crime de contrabando de circulação já após a entrada em vigor do RGIT e a adesão de Portugal à CEE com a consequente abertura das fronteiras a nível aduaneiro, é deveras ilustrativa de que o presente crime deixou de ter aplicação prática.

- 4 O crime de contrabando de circulação é também um crime doloso. O preenchimento do **tipo subjectivo** exige a verificação do dolo, em qualquer uma das suas modalidades.
Relativamente à negligência, *vide* notas 4.1 a 4.3 ao artigo 92.º
- 5 À semelhança do artigo anterior, também no crime de contrabando de circulação a **tentativa** é punível, por força do disposto no n.º 2.
- 6 Em matéria de **comparticipação**, aplica-se na íntegra tudo quanto acima ficou dito na anotação 6 ao artigo 92.º, para a qual se remete.
- 7 Em termos de **concurso** de crimes, aplicam-se as regras gerais, sem particularidades dignas de nota.
- 8 O crime de contrabando previsto neste artigo é punido com **pena** de prisão até três anos ou multa até 360 dias, sendo o agente pessoa singular. Se o crime for apenas na forma tentada, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. No caso de ser penalmente responsável pessoa colectiva ou entidade equiparada, por força do disposto nos artigos 7.º e 12.º, n.º 3, a pena é de multa até 720 dias, sendo o crime na forma consumada, e até 480 dias, se na forma tentada.
O artigo 97.º contém circunstâncias agravantes. Tal como no artigo anterior, nesse caso, a pena aplicável ao agente pessoa singular é de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias sendo o crime consumado, e de prisão até três anos e quatro meses ou multa até 400 dias, na forma tentada. Sendo o agente pessoa colectiva, a pena é de multa até 1200 dias, no caso do crime qualificado consumado, ou de multa até 800 dias, no caso do crime na forma tentada.
A mercadoria objecto deste crime e os meios de transporte utilizados para a prática do mesmo são, em princípio, declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional (artigos 18.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, do RGIT).
São aplicáveis as penas acessórias previstas no artigo 16.º, verificados que estejam os pressupostos do artigo 17.º

Artigo 94.º

Contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações

Quem, a bordo de embarcações de arqueação não superior a 750 t, detiver mercadorias de circulação condicionada destinadas a comércio, com excepção de pescado, é punido com prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotação 1)
- O bem jurídico (anotação 2)
- O tipo objectivo (anotação 3)
- O tipo subjectivo (anotação 4)
- A tentativa (anotação 5)
- A participação (anotação 6)
- O concurso (anotação 7)
- A pena (anotação 8)

- 1 O presente artigo tem como **fonte** o artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA).
- 2 Também neste crime, o **bem jurídico** eminentemente protegido é o interesse público do Estado no funcionamento do sistema tributário, e concomitantemente o património estadual tributário.
- 3 O crime de contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações é um crime de perigo. O **elemento objectivo do tipo** é preenchido com a mera

detenção pelo agente, a bordo de embarcação não superior a 750 toneladas, de mercadorias de circulação condicionada destinadas a comércio, com excepção de pescado.

O legislador presume que a detenção de mercadorias nestas condições se destina a contrabando, o que justifica a incriminação da conduta e a proibição absoluta que consta da norma.

Já não existe, porém, a presunção de que, por se encontrarem nestas condições, as mercadorias se destinam a ser comercializadas. Tal facto carece de alegação e prova. As características das mercadorias transportadas e as quantidades encontradas a bordo são susceptíveis de indiciar que se destinam ao comércio.

Ao contrário do artigo anterior, o valor da prestação tributária que seria devida ou o valor da mercadoria, não constituem condição de punibilidade.

Tal como nos restantes crimes de contrabando, também aqui o preenchimento do **tipo subjectivo** exige a verificação do dolo, em qualquer uma das suas modalidades. Por conseguinte, a negligência não é punível, por força do disposto no artigo 13.º, do Código Penal. 4

Contrariamente ao crime de contrabando (previsto no artigo 92.º) e ao crime de contrabando de circulação (previsto no artigo 93.º), a previsão normativa do crime de contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações não contém nenhuma previsão específica no que concerne à **tentativa**. Logo, por força do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, aplicável *ex vi* artigo 3.º do RGIT, a tentativa não é punível. Porém, se estivermos perante o crime de contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações, qualificado por força do preenchimento das condições previstas no artigo 97.º do RGIT, porque é abstractamente aplicável pena de prisão até cinco anos, a tentativa já será punível. Quanto à **comparticipação**, *vide* nota 6. da anotação ao artigo 92.º 5 6

Em termos de **concurso** de crimes, à semelhança do artigo anterior, aplicam-se as regras gerais do Código Penal. 7

O crime de contrabando de mercadoria de circulação condicionada em embarcações é punido com **pena** de prisão até três anos ou multa até 360 dias, quando se trate de pessoa singular. No caso de ser criminalmente imputável a pessoa colectiva ou entidade equiparada, por força do disposto nos artigos 7.º e 12.º, n.º 3, a pena é de multa até 720 dias. O artigo 97.º contém circunstâncias agravantes sendo que, nessas situações, a pena aplicável é de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias, para as pessoas singulares, e de multa até 1200 dias para as pessoas colectivas. 8

No caso de se tratar de crime de contrabando de mercadoria de circulação condicionada em embarcações qualificado, por força do disposto no artigo 97.º, a tentativa já será punível e a pena para as pessoas singulares é de prisão até três anos e quatro meses ou multa até 400 dias, e de multa até 800 dias para as pessoas colectivas.

A mercadoria objecto deste crime e os meios de transporte utilizados para a prática do mesmo são, em princípio, declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional (artigos 18.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, do RGIT).

São aplicáveis as penas acessórias previstas no artigo 16.º, verificados que estejam os pressupostos do artigo 17.º

Artigo 95.º

Fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo

1. Quem, no decurso do transporte de mercadorias expedidas em regime suspensivo:

a) Subtrair ou substituir mercadorias transportadas em tal regime;

b) Alterar ou tornar ineficazes os meios de selagem, de segurança ou de identificação aduaneira, com o fim de subtrair ou de substituir mercadorias;

c) Não observar os itinerários fixados, com o fim de se furtar à fiscalização;

d) Não apresentar as mercadorias nas estâncias aduaneiras de destino; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção for de valor aduaneiro superior a €50.000.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O regime suspensivo do transporte de mercadorias (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

- 1 Corresponde ao anterior artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), que lhe serve de **fonte** legislativa.

O n.º 1 do artigo tem a redacção que lhe foi introduzida pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado), que alterou o valor estabelecido para a prestação tributária em falta de €7.500 para €15.000, e o valor aduaneiro da mercadoria objecto da infracção de valor superior a €25.000 para €50.000.

- 2 Quanto ao **bem jurídico**, *vide* nota 2. da anotação ao artigo 92.º

- 3 O preenchimento do **tipo objectivo** depende da verificação dos seguintes pressupostos:

a) o transporte de mercadoria estar em curso;

b) a referida mercadoria estar a ser expedida em regime suspensivo;

c) o agente subtrair ou substituir a mercadoria, directamente ou alterando ou tornando ineficaz os meios de selagem, de segurança ou de identificação aduaneira da mesma; não observar os itinerários fixados, com o objectivo de se furtar à fiscalização; ou não apresentar mercadorias nas estâncias aduaneiras de destino; À semelhança dos artigos 92.º e 93.º, também na fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo, é condição de punibilidade o valor da prestação tributária em falta ser superior a €15.000 ou não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção ser de valor aduaneiro superior €50.000.

- 4 O **regime suspensivo** de trânsito aduaneiro é essencialmente um regime de controlo administrativo. Permite o transporte de mercadoria, sob controlo aduaneiro, de um ponto a outro do território aduaneiro, com suspensão do pagamento de tributos, pois, em regra, os produtos não se destinam ao consumo em território nacional. Este regime visa aproximar o momento e local em que surge a obrigação tributária daquele em que se consegue repercutir a mesma na esfera do consumidor, já que assenta na expectativa de que virá a ser devido imposto.

Nos termos do artigo 84.º, do Regulamento CEE n.º 2913/92, do Conselho, de 21 de Outubro, que aprovou o Código Aduaneiro Comunitário (doravante CAC), a expressão “regime suspensivo” aplica-se, no caso de mercadorias não comunitárias, aos seguintes regimes: trânsito externo (artigo 91.º do CAC), entreposto aduaneiro (artigo 98.º do CAC), aperfeiçoamento activo sob a forma de sistema suspensivo

(artigo 114.º do CAC), transformação sob controlo aduaneiro (artigo 130.º do CAC) e importação temporária (artigo 137.º do CAC).

Para além das definições legais contidas no CAC, a propósito das características dos regimes suspensivos supra referidos, veja-se JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS *in* “Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 688.

Este regime é sobretudo aplicável às mercadorias sujeitas a impostos especiais sobre o consumo.

É de salientar que esta matéria foi alvo de recentes alterações legislativas. Assim, o Decreto-Lei n.º 73/2010, de 21 de Junho, aprovou o novo Código dos Impostos Especiais de Consumo (doravante CIEC), e transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2008/118/CE, do Conselho, de 16 de Dezembro, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo (e que, por sua vez, revoga a Directiva n.º 92/12/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro).

Este diploma revoga o anterior Código dos Impostos Especiais de Consumo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 566/99, de 22 de Dezembro, que, ao longo dos anos, sofreu sucessivas alterações. Apenas os artigos 32.º a 36.º se mantêm em vigor até 31 de Dezembro de 2010, nos casos em que se verifique uma das situações a que aludem as alíneas *a)* e *b)*, do n.º 2, do artigo 7.º, do Decreto-Lei n.º 73/2010, de 21 de Junho. As disposições regulamentares do Código dos Impostos Especiais de Consumo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 566/99, de 22 de Dezembro, mantêm-se até à entrada em vigor da regulamentação prevista no CIEC. O CIEC entrará em vigor no dia 21 de Julho de 2010. Há, porém, disposições, designadamente a que se refere ao expedidor registado, que só entrarão em vigor a 1 de Janeiro de 2011. O CIEC prevê a adopção do sistema informatizado dos movimentos e dos controlos dos produtos sujeitos a impostos especiais de consumo, devendo os pedidos, comunicações e notificações entre os interessados e outros intervenientes nos procedimentos previstos neste Código ser efectuados por transmissão electrónica. Porém, esta desmaterialização de actos e procedimentos só produzirá efeitos a partir de 1 de Janeiro de 2012. Tal como consta do preâmbulo, este novo CIEC pretende clarificar as regras de tributação e proceder à simplificação das normas e procedimentos relativos ao acompanhamento da circulação dos produtos sujeitos a imposto, bem como da autorização dos entrepostos fiscais previstos no mesmo. Por se tratar de transposição de uma Directiva para o ordenamento jurídico nacional, o CIEC não contém grandes inovações face ao anterior, excepção feita para a introdução de novos conceitos e definições, designadamente quanto a situações de exigibilidade do imposto, sujeito passivo e momento da introdução no consumo. O CIEC cria ainda novas figuras estatutárias, como é o caso do destinatário registado, destinatário registado temporário, e expedidor registado. Este último constitui uma figura sem precedentes ao nível da legislação quer nacional quer comunitária, e permite que a circulação de produtos em regime de suspensão do imposto se efectue do seu local de importação para destinos autorizados, prevendo-se que as respectivas regras entrem plenamente em vigor a 1 de Janeiro de 2011 (*vide* artigo 30.º e ss. do CIEC).

Os impostos especiais de consumo a que se reporta o respectivo Código são o álcool e as bebidas alcoólicas, os produtos petrolíferos e o tabaco.

Sobre os impostos especiais de consumo, cfr. NUNO DE SÁ GOMES *in* “Manual de Direito Fiscal”, Vol. I, Editora Rei dos Livros, 1995, p. 256 e ss. e ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *in* Regime Geral das Infracções Tributárias, Coimbra Editora, 2002, p. 271 e ss.

- 5 Da mesma forma que os restantes crimes aduaneiros, também o crime de fraude no transporte de mercadorias no regime suspensivo exige o dolo genérico, para o preenchimento do **tipo subjectivo**. Relativamente à negligência e à contra-ordenação aduaneira de descaminho, *vide* nota 4.1 a 4.3 ao artigo 92.º, que aqui se aplica integralmente. Sobre a contra-ordenação de descaminho em matéria de violação do regime aduaneiro económico suspensivo, cfr. Ac.TCAN, *in* www.dgsi.pt, P.00239/04, Relator Valente Torráo.
- 6 A **tentativa** é punível por força do disposto no n.º 2 deste artigo.
- 7 Em matéria de **complicação**, a norma não desenha uma categoria específica de pessoas como agentes da infracção, pelo que estamos perante um *crime comum* (poder ser praticado por qualquer pessoa), aplicando-se nesta matéria as regras gerais do Código Penal, admitindo-se todas as formas de complicação.
- 8 Em matéria de **concurso**, a questão que se pode suscitar com maior premência diz respeito à relação do tipo penal em apreço com os crimes de furto, roubo, dano, burla e falsificação de documento, previstos no Código Penal.
No caso das alíneas *c*) e *d*), afigura-se que estaremos perante concurso real, sendo manifesto que os bens jurídicos protegidos pelas normas incriminadoras são distintos e autónomos, tal como o são os elementos objectivos e subjectivos de cada um dos tipos de crime em causa.
O mesmo não sucede nas situações previstas nas alíneas *a*) e *b*), em que o agente pode praticar um furto, em que os bens subtraídos são mercadoria transportada em regime suspensivo, ou em que o agente falsifica um documento, alterando assim a identificação aduaneira de mercadorias transportadas em regime suspensivo. Nestes casos, meramente exemplificativos, em abstracto, não se pode afastar a possibilidade de estarmos perante um concurso aparente.
- 9 Este crime é punido com **pena** de prisão até três anos ou pena de multa até 360 dias, sendo o agente pessoa singular. Se o crime for praticado na forma tentada, a pena é de prisão até dois anos e de multa até 240 dias. Caso seja penalmente responsável pessoa colectiva, sociedade ainda que irregularmente constituída ou entidade fiscalmente equiparada, por força do disposto no artigo 7.º, a pena é de multa até 720 dias, sendo o crime na forma consumada, e até 480 dias, se na forma tentada.
O artigo 97.º contém circunstâncias agravantes, sendo que, nesse caso, o agente singular será punido com pena de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias, e a pessoa colectiva com pena de multa até 1200 dias. Se o crime for qualificado mas na forma tentada, a pena é de prisão até três anos e quatro meses para a pessoa singular e de multa até 800 dias para a pessoa colectiva.
A mercadoria objecto deste crime e os meios de transporte utilizados para a prática do mesmo são, em princípio, declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional (artigos 18.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, do RGIT).

Artigo 96.º

Introdução fraudulenta no consumo

1. Quem, com intenção de se subtrair ao pagamento dos impostos especiais sobre o álcool e as bebidas alcoólicas, produtos petrolíferos ou tabaco:

a) Introduzir no consumo produtos tributáveis sem o cumprimento das formalidades legalmente exigidas;

b) Produzir, receber, armazenar, expedir, transportar, detiver ou consumir produtos tributáveis, em regime suspensivo, sem o cumprimento das formalidades legalmente exigidas;

c) Receber, armazenar, expedir, transportar, detiver ou consumir produtos tributáveis, já introduzidos no consumo noutro Estado membro, sem o cumprimento das formalidades legalmente exigidas;

d) Introduzir no consumo, detiver ou consumir produtos tributáveis com violação das normas nacionais ou comunitárias aplicáveis em matéria de marcação, coloração, desnaturação ou selagem;

e) Introduzir no consumo, detiver ou consumir produtos tributáveis destinados a consumo noutra parcela do território nacional ou com fiscalidade diferenciada;

é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias, se o valor da prestação tributária em falta for superior a €15 000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, se os produtos objecto da infracção forem de valor líquido de imposto superior a €50.000.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

É uma disposição nova, que não tinha correspondência na lei anterior, o Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), que contemplava já a maioria das infracções penais tributárias que vieram a ser acolhidas no RGIT.

A presente redacção do n.º 1 do artigo é a que lhe foi introduzida pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado), que alterou o valor estabelecido para a prestação tributária em falta de €7.500 para €15.000, e o valor aduaneiro da mercadoria objecto da infracção de valor superior a €25.000 para €50.000.

Nos termos das Orientações de Política Criminal, Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto, artigo 4.º, al. f), o crime de introdução fraudulenta no consumo é de investigação prioritária.

O **bem jurídico** protegido com a presente incriminação é o património tributário do Estado. O artigo é bastante explícito nesse particular, ao referir que pune o comportamento daquele que actua com intenção de se subtrair ao pagamento dos impostos especiais.

Preenche o **tipo objectivo** o agente que adopte uma das condutas previstas nas alíneas a) a e) do n.º 1 deste artigo.

O tipo exige ainda que os bens e mercadorias em causa estejam sujeitos ao pagamento dos impostos especiais sobre o álcool e as bebidas alcoólicas, produtos petrolíferos ou tabaco; ou seja, aqueles que se encontram previstos no Código dos Impostos Especiais de Consumo. Quaisquer outros bens, ainda que sujeitos a imposto especial, não se enquadram nesta previsão normativa (*v.g.*, também os impostos sobre os veículos automóveis são impostos especiais de consumo).

As “formalidades legalmente exigidas” a que se referem as alíneas a) a c) do n.º 1 deste artigo, assim como a matéria de marcação, coloração, desnaturação ou selagem estão definidas no Código dos Impostos Especiais de Consumo.

Tal como acima se deixou exposto, na anotação 4.3 ao artigo 95.º, o Decreto-Lei n.º 73/2010, de 21 de Junho, aprovou o novo Código dos Impostos Especiais de Consumo (doravante CIEC).

À semelhança do disposto na legislação anterior, os impostos a que o CIEC se reporta são apenas os que recaem sobre o álcool e as bebidas alcoólicas, os produtos petrolíferos e energéticos e sobre o tabaco.

A introdução no consumo de produtos tributáveis sujeitos a este imposto especial, a que se reporta a alínea *a*), está definida no artigo 9.º do CIEC. A introdução no consumo deve cumprir as formalidades do artigo 10.º, do CIEC, ou seja, ser formalizada através de declaração de introdução no consumo (DIC) ou, no acto de importação, através da respectiva declaração aduaneira.

A produção, transformação e armazenagem de produtos sujeitos a impostos especiais de consumo, em regime de suspensão do imposto, a que se refere a alínea *b*), apenas pode ser efectuada em entreposto fiscal mediante autorização e sob controlo da estância aduaneira competente (artigo 21.º, do CIEC).

A circulação de produtos sujeitos a impostos especiais de consumo, em regime de suspensão do imposto, operacionaliza-se nos termos previstos no artigo 35.º, do CIEC, e é efectuada a coberto de um documento administrativo electrónico, inovação introduzida por este novo Código (artigo 36.º, do CIEC).

A circulação e tributação dos produtos sujeitos a impostos especiais já introduzidos no consumo e formalidades legalmente exigidas, é regulada pelo Capítulo VII, artigos 60.º a 65.º, do CIEC. A estes se reporta a alínea *c*).

A alínea *d*) alude à introdução no consumo, à detenção e ao consumo de produtos tributáveis com violação das normas em matéria de marcação, coloração, desnaturação ou selagem.

Exemplificativo das normas de selagem é o caso das bebidas alcoólicas, cuja definição se rege pelo Regulamento (CE) n.º 110/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Janeiro de 2008, relativo à definição, apresentação, rotulagem e protecção das indicações geográficas das bebidas espirituosas e que revogou o Regulamento (CE) n.º 1576/89 do Conselho. A selagem obrigatória resulta do Decreto-Lei n.º 173/97, de 16.7, do Decreto-Lei n.º 119/97, de 15.05, e Decreto-Lei n.º 3/74, de 8.1. O sistema de estampilha especial, não reutilizável, está previsto no artigo 86.º do CIEC.

Por sua vez, o álcool utilizado para fins industriais deve ser objecto de desnaturação, nos termos do artigo 68.º, do CIEC.

Quanto à coloração e marcação, dispõe o artigo 93.º do CIEC que são tributados com taxa reduzida o gasóleo, o gasóleo de aquecimento e o petróleo coloridos e marcados com aditivos, sendo que estes produtos só podem ser utilizados nos termos e condições aí previstas.

Quanto à alínea *e*), cumpre apenas lembrar que a tributação é diferente consoante se trate de território de Portugal continental ou das Ilhas. Os artigos 77.º e 78.º do CIEC, a título exemplificativo, prevêm diferentes taxas do imposto sobre o álcool e relativas a vinho licoroso.

A conduta do agente tem de ser norteadada pelo objectivo de se subtrair ao pagamento dos impostos especiais.

À semelhança dos artigos 92.º, 93.º e 95.º, também aqui é ainda necessário que se preencha uma condição objectiva de punibilidade: que o valor da prestação tributária em falta seja superior a € 15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, a mercadoria objecto da infracção seja de valor aduaneiro superior a € 50.000.

- 4 O crime de introdução fraudulenta no consumo é doloso, não se bastando o preenchimento do **tipo subjectivo** com o dolo genérico. Exige-se um dolo específico: que

o agente actue com a intenção de se furtar ao pagamento dos impostos especiais que sabe serem devidos.

É de salientar que este mesmo dolo é exigido ainda que não haja lugar a prestação tributária.

De acordo com JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS in “Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 692, esta solução legal assenta em razões idênticas às que justificam que, em geral, se possam punir condutas que denotam perigosidade em relação a um bem jurídico, mesmo quando não há possibilidade da sua concretização na situação concreta, sendo que aqui a punição se fará no âmbito da moldura penal do crime consumado, apesar de não existir prestação tributária à qual o agente se pretenda subtrair.

Acresce que, em nosso entender, sucede amiúde que o agente quando formula a resolução de praticar os factos, desconhece se a prestação tributária será ou não devida e em que montante. Em muitos casos, o conhecimento do montante de impostos exacto devido só é adquirido após apuramento das autoridades aduaneiras e fiscais. Logo, o agente actua com a intenção de se subtrair ao pagamento dos impostos, mesmo que estes não sejam devidos.

Não constituindo os factos crime, em razão de o valor da prestação tributária ser inferior a €15.000 ou de a mercadoria objecto da infracção ser inferior a €50.000, ou, independentemente destes valores, por serem praticados a título de negligência, subsiste a possibilidade de serem punidos como contra-ordenação de introdução irregular no consumo, nos termos do disposto no artigo 109.º, do RGIT.

Aplica-se, *mutatis mutandis* tudo quanto ficou expresso na anotação 5.1 a 5.3 ao artigo 92.º

A **tentativa** é punível por força do disposto no n.º 2 deste artigo, não obstante a pena ser de prisão até três anos, divergindo da regra geral do Código Penal, aplicável no âmbito do RGIT por força do artigo 3.º, al. a).

Ao nível da **comparticipação**, trata-se de um crime comum. Pode ser praticado sob qualquer forma de participação, por pessoas singulares e pessoas colectivas, nos termos gerais do artigo 7.º do RGIT.

Em matéria de **concurso**, tal como nos restantes crimes tributários, verifica-se uma relação de especialidade face às disposições incriminatórias gerais do Código Penal (artigo 10.º do RGIT).

Tal não impede a existência de concurso efectivo entre o presente crime e, *v.g.*, o de falsificação de documento, previsto no artigo 256.º, do Código Penal (nesse sentido, cfr. Ac. do TRL, de 9.12.2004, Proc. 10263/04, 9.ª Secção), à semelhança do que sucede em outros crimes tributários (e diferentemente dos crimes, *v.g.*, de burla tributária, de fraude qualificada e de fraude contra a segurança social, respectivamente, artigos 87.º, n.º 4, 104.º e 106.º do RGIT).

Este crime é punido com **pena** de prisão até três anos ou pena de multa até 360 dias, sendo praticado por pessoa singular. Na forma tentada, a pena é de prisão até dois anos e de multa até 240 dias.

No caso de ser penalmente responsável pessoa colectiva, sociedade ainda que irregularmente constituída ou entidade fiscalmente equiparada, por força do disposto nos artigos 7.º e 12.º, n.º 3, a pena é de multa até 720 dias, sendo o crime na forma consumada, e até 480 dias, se na forma tentada.

O artigo 97.º contém circunstâncias agravantes. Verificada alguma delas, o agente singular será punido com pena de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias, e a pessoa colectiva com pena de multa até 1200 dias. Se o crime for qualificado mas na forma tentada, a pena é de prisão até três anos e quatro meses para a pessoa singular e de multa até 800 dias para a pessoa colectiva.

A regra dita que a mercadoria objecto deste crime e os meios de transporte utilizados para a prática do mesmo são declarados perdidos a favor da Fazenda Nacional (artigos 18.º, n.º 1, e 19.º, n.º 1, do RGIT).

Verificados que estejam os pressupostos do artigo 17.º, são aplicáveis as penas acessórias previstas no artigo 16.º

Artigo 97.º

Qualificação

Os crimes previstos nos artigos anteriores são punidos com pena de prisão até cinco anos ou pena de multa até 600 dias, quando se verifique qualquer das seguintes circunstâncias:

- a) A mercadoria objecto da infracção for de importação ou de exportação proibida;
- b) A mercadoria objecto da infracção tiver valor superior a €100 000;
- c) Tiveram sido cometidos com uso de armas, ou com o emprego de violência, ou por duas ou mais pessoas;
- d) Tiverem sido praticados com corrupção de qualquer funcionário ou agente do Estado;
- e) O autor ou cúmplice do crime for funcionário da administração tributária ou agente de órgão de polícia criminal;
- f) Quando em águas territoriais tiver havido transbordo de mercadorias contrabandeadas;
- g) Quando a mercadoria objecto da infracção estiver tipificada no anexo à I Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

As circunstâncias qualificativas agravantes (anotação 2)

A pena (anotação 3)

- 1 A **fonte** legislativa próxima do preceito é o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA). Porém, enquanto aquele apenas previa a qualificação do crime de contrabando, aqui a qualificação aplica-se também aos crimes de contrabando de circulação, contrabando de mercadorias de circulação condicionada em embarcações, fraude no transporte de mercadorias em regime suspensivo e introdução fraudulenta no consumo.

Não há, porém, correspondência com o anterior artigo 24.º do RJIFA, que previa o crime de contrabando privilegiado. As infracções de menor gravidade são, no actual sistema criminal tributário, punidas como ilícitos de mera ordenação social. A actual redacção da alínea *b)* do artigo é a que lhe foi introduzida pela Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro (Lei do Orçamento de Estado), que alterou o valor estabelecido para mercadoria objecto da infracção de € 50.000 para € 100.000.

- 2 As circunstâncias factuais susceptíveis de qualificarem os crimes descritos nos artigos 92.º a 96.º encontram-se taxativamente elencadas nas diversas alíneas do artigo 97.º Tratam-se de **circunstâncias qualificativas agravantes**, pois agravam as penas previstas nos artigos anteriores.

A alínea *a)* refere-se a **mercadorias de importação ou exportação absolutamente proibida**, porquanto as de importação ou exportação condicionada são legalmente permitidas desde que devidamente autorizadas. Neste mesmo sentido, JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS *in* “Regime Geral das Infracções Tributárias

– Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 694. Em sentido contrário, entendendo que não se trata de mercadorias de importação ou exportação absolutamente proibidas, GERMANO MARQUES DA SILVA in “Direito Penal Tributário – Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2009, p. 217.

Na alínea b), e à semelhança do que sucede no Código Penal, designadamente com os crimes de furto (artigo 204.º, n.º 1, al. a) e n.º 2, al. a)) e de abuso de confiança (artigo 205.º, n.º 4), o legislador assenta a censurabilidade acrescida no **valor do bem** para qualificar o comportamento do agente. Porém, tal como atrás referido, os conceitos de valor elevado e valor consideravelmente elevado, não são utilizados nos crimes aduaneiros mas apenas no crime de burla tributária. Aqui, o legislador optou por definir o valor exacto a que se reporta a mercadoria.

Na alínea c) é a **utilização de armas de fogo, o emprego de violência, ou a prática do crime em co-autoria que o qualifica**. Desenha-se, desde logo, a hipótese de concurso entre os crimes previstos nos artigos anteriores, agravados por esta circunstância, e os crimes de detenção ilegal de arma de fogo, roubo, sem excluir também o de ofensa à integridade física simples, grave ou qualificada. Em abstracto, entre os crimes tributários e aduaneiros e os comuns previstos no Código Penal existe concurso real, havendo, porém, excepções à regra.

A alínea d) remete para a prática de um outro crime: o de **corrupção** previsto no Código Penal. Pune-se com maior gravidade a conduta do arguido que, para a prática do crime aduaneiro, corrompe o funcionário ou agente do Estado. Tanto se pode estar perante a corrupção passiva para a prática de acto ilícito, prevista no artigo 372.º, como para a prática de acto lícito, prevista no artigo 373.º Afigura-se, novamente, como possível o concurso efectivo com o crime de corrupção activa, previsto no artigo 374.º, do Código Penal. Para além da corrupção de funcionário, o artigo menciona ainda a corrupção de agente do Estado. Relativamente ao conceito de funcionário, aplica-se *mutatis mutandis* o previsto no artigo 386.º, do Código Penal. Porém, é inequívoco que o legislador quis abranger qualquer *agente* do Estado, funcionário ou não. O legislador nada refere quanto à necessidade de se provar o crime de corrupção do qual esta circunstância agravante é pressuposto. No entanto, e numa análise ainda que perfunctória, entendemos que por razões de coerência do sistema jurídico, a agravante desta alínea não se pode verificar quando o funcionário ou agente do Estado não foi condenado pela prática do correspondente crime de corrupção passiva. Seria uma contradição nos termos.

Na alínea e), diferentemente da alínea anterior, exige-se que o autor ou cúmplice do crime aduaneiro seja **funcionário da administração tributária** ou agente de órgão de polícia criminal. E este tem de participar no crime como autor ou cúmplice, não bastando a sua mera corrupção para o acto. A concretização do conceito de agente de órgão de polícia criminal faz-se por recurso ao disposto no artigo 1.º, alínea c), do Código de Processo Penal.

A circunstância agravante da alínea f) relaciona-se com a dificuldade acrescida de detecção e fiscalização dos crimes aduaneiros praticados nestas circunstâncias. Quanto à alínea g), cumpre referir que a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Selvagens Ameaçadas de Extinção, também designada como a Convenção de Washington, foi aprovada para ratificação pelo Decreto 50/80, de 23 de Julho, implementada pelo Decreto-Lei n.º 219/84, de 4 de Julho e regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 114/90, de 5 de Abril.

O agente singular será punido com **pena** de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias, e a pessoa colectiva com pena de multa até 1200 dias. Se o crime for

3

qualificado mas na forma tentada, a pena é de prisão até três anos e quatro meses para a pessoa singular e de multa até 800 dias para a pessoa colectiva.

Artigo 97.º-A

Contrabando de mercadorias susceptíveis de infligir a pena de morte ou tortura

1. Quem importar ou exportar, sem as correspondentes autorizações emitidas pelas autoridades competentes, ou, por qualquer modo, introduzir ou retirar do território nacional sem as apresentar às estâncias aduaneiras, as mercadorias que, na prática, só podem ser utilizadas para aplicar a pena de morte ou infligir tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, tipificadas no anexo II do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho, é punido com pena de prisão até cinco anos ou pena de multa até 600 dias.

2. Quem exportar, sem as correspondentes autorizações emitidas pelas autoridades competentes, ou, por qualquer modo, retirar do território nacional sem as apresentar às estâncias aduaneiras, as mercadorias susceptíveis de serem utilizadas para infligir tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, previstas no anexo III do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho, é punido com pena de prisão até três anos ou pena de multa até 360 dias.

3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

Os conceitos de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante (anotação 3)

O tipo objectivo (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

- 1 O presente preceito não tem qualquer correspondência em diploma anterior, uma vez que se trata da tipificação de um novo crime de contrabando, introduzido na legislação nacional em cumprimento do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro. Tem como **fonte** legislativa, para além do próprio Regulamento (CE) referido, o artigo 6.º do Tratado da União Europeia, o artigo 5.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o artigo 7.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o artigo 3.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e os artigos 2.º e 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Também os artigos 24.º (direito à vida) e 25.º (direito à integridade pessoal) da Constituição da República Portuguesa têm evidentes pontos e contacto com este preceito.
- 2 O **bem jurídico** protegido com a presente incriminação é a vida humana e a integridade física da pessoa. Com efeito, a proibição de importação e exportação de equipamentos que, na prática, só possam ser utilizados para aplicar a pena de morte ou infligir tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, visa assegurar o respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, que constituem um princípio comum a todos os Estados-Membros. Aqui, esses direitos são assegurados pela imposição de normas comunitárias ao nível de transacções comerciais, promovendo-se o respeito pela vida humana.

Nos números 1 e 2 do presente artigo, o legislador remete para os conceitos de “pena de morte”, “tortura” e “tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

Relativamente à pena de morte, por ser um conceito unívoco, não existe referência legal à sua definição. Quanto à definição de “**tortura**”, nos termos da alínea a), do artigo 2.º, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, deve entender-se qualquer acto através do qual é intencionalmente infligido a um indivíduo sofrimento ou dor pronunciados, quer físicos quer mentais, com o objectivo de obter desse indivíduo ou de terceiros informações ou uma confissão, puni-lo por um acto que ele próprio ou um terceiro tenham cometido ou sejam suspeitos de ter cometido, intimidar ou coagir esse indivíduo ou terceiro, ou ainda por motivos de discriminação, seja ela de que natureza for, quando a dor ou o sofrimento forem infligidos ou instigados quer por um funcionário público ou por uma pessoa com mandato oficial, quer com o consentimento ou a aquiescência do mesmo. Contudo, não constitui acto de tortura, a dor ou o sofrimento que resultem unicamente da aplicação de sanções legítimas, que a estas sejam inerentes ou com elas relacionados. Por “**outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**” entende-se qualquer acto através do qual é infligido a um indivíduo sofrimento ou dor pronunciados, quer físicos quer mentais, quando essa dor ou sofrimento forem infligidos ou instigados por um funcionário público ou por outra pessoa com mandato oficial, ou com o consentimento ou aquiescência do mesmo. Não está abrangida por esta definição, que consta da alínea b), do artigo 2.º, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, a dor ou o sofrimento que resultem unicamente da aplicação de sanções legítimas, a estas inerentes ou com elas estejam relacionados. O artigo 2.º, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, contém ainda as definições dos conceitos de “*agente da autoridade*”, “*exportação*”, “*importação*”, “*assistência técnica*”, “*museu*”, “*autoridade competente*”, e “*requerente*”, aos quais o Regulamento (CE) faz referência.

O **tipo objectivo** desdobra-se em três modelos de conduta, nos seguintes termos: Preenche o tipo objectivo o agente que faz sair mercadorias do território aduaneiro da Comunidade, incluindo a saída das que exijam uma declaração aduaneira e a saída das mercadorias depois de colocadas numa zona franca de controlo de tipo I ou num entreposto franco, na acepção do Regulamento (CEE) n.º 2913/92. Preenche ainda o tipo objectivo, o agente que faz entrar mercadorias no território aduaneiro da Comunidade, incluindo o seu armazenamento temporário, a colocação numa zona franca ou num entreposto franco, a sujeição a um regime suspensivo ou a introdução em livre prática, na acepção do Regulamento (CEE) n.º 2913/92. Para além da importação e exportação, o agente que, por qualquer modo, introduzir ou retirar do território nacional sem apresentar as mercadorias às estâncias aduaneiras, também preenche o tipo objectivo.

Relativamente ao conceito de “*mercadorias*” para efeitos do presente artigo, e em concreto do seu n.º 1, estas reportam-se unicamente àquelas que só podem ser utilizadas para aplicar a pena de morte ou infligir tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e que se encontram tipificadas no anexo II, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005. Nos termos do n.º 2, as mercadorias em causa são as susceptíveis de ser utilizadas para infligir tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e que se encontram tipificadas no anexo III, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005.

É ainda elemento constitutivo do tipo que o agente não tenha as correspondentes autorizações emitidas pelas entidades competentes para importar ou exportar estas

mercadorias. Na verdade, é proibida a importação e a exportação das mercadorias constantes do anexo II, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, independentemente da sua origem, mas a Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo/Direcção de Serviços de Licenciamento, pode autorizá-las. Para tanto, é necessário provar que o Estado-Membro de destino ou o país para onde as mercadorias serão exportadas, pretende utilizá-las exclusivamente para fins de exposição pública num museu, atendendo ao seu valor histórico (artigos 3.º, n.º 2, e 4.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005).

No caso da exportação das mercadorias constantes do anexo III, do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, a sua exportação está sujeita a autorização a emitir pela Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo/Direcção de Serviços de Licenciamento, nos termos definidos nos artigos 5.º e ss. do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005.

São consideradas mercadorias que, na prática, só podem ser utilizadas para aplicar a pena de morte ou infligir tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes as que constam do anexo II do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, e que consistem em: forcas e guilhotinas, cadeiras eléctricas destinadas à execução de seres humanos, câmaras herméticas destinadas à execução de seres humanos mediante administração de gás ou substância letal, sistemas de injeção automática de drogas, concebidos para executar seres humanos, e cintos de descargas eléctricas concebidos para dominar seres humanos mediante a aplicação de descargas eléctricas superiores a 10 000 V. São consideradas mercadorias susceptíveis de serem utilizadas para infligir tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes as que constam do anexo III do Regulamento (CE) n.º 1236/2005, do Conselho, de 27 de Junho de 2005, e que consistem em: cadeiras e mesas para imobilizar seres humanos (com excepção de cadeiras de rodas destinadas a deficientes), imobilizadores da perna, correntes para imobilização colectiva, grilhetas e algemas ou manilhas individuais (não se incluindo aqui as “algemas para pulsos normais”), as algemas e outros dispositivos para imobilizar polegares, incluindo dispositivos com serrilhas, dispositivos portáteis destinados à administração de descargas eléctricas concebidos para efeitos antimitim ou de autodefesa e substâncias com efeitos antimitim ou de defesa e respectivo equipamento portátil de disseminação.

- 5 Da mesma forma que os restantes crimes aduaneiros, o crime de contrabando de mercadorias susceptíveis de infligir a pena de morte ou tortura exige o dolo genérico, para o preenchimento do **tipo subjectivo**.

O valor aduaneiro não assume qualquer relevo neste crime, uma vez que se está perante uma proibição absoluta de importação e exportação destas mercadorias, só suprável em casos excepcionais e taxativamente descritos, mediante autorização da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo/Direcção de Serviços de Licenciamento.

- 6 O n.º 3 do artigo determina que a **tentativa** é punível. Esta previsão normativa apenas faz sentido se reportada ao n.º 2 deste artigo, que prevê a punição, em abstracto, com pena de prisão até três anos, para o crime de contrabando de mercadorias susceptíveis de infligir a pena de morte ou tortura. É que relativamente ao n.º 1, cuja pena máxima abstracta aplicável é de prisão até cinco anos, por força do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, a prática do crime na forma tentada sempre seria punível.

Ao nível da **comparticipação**, trata-se de um crime comum. Pode ser praticado sob qualquer forma de participação, por pessoas singulares e pessoas colectivas, nos termos gerais do artigo 7.º do RGIT. 7

Em matéria de **concurso**, tal como nos restantes crimes tributários, verifica-se uma relação de especialidade face às disposições incriminatórias gerais do Código Penal. 8

A **pena** que o n.º 1 estabelece, de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias, reporta-se ao crime na forma consumada e praticado por pessoas singulares. 9
A tentativa será punida com pena de prisão até três anos e quatro meses e multa até 400 dias. Sendo o agente uma pessoa colectiva, terá que se atender ao disposto no n.º 3 do artigo 12.º do RGIT, aplicando-se pena até 1200 dias de multa, no caso do crime consumado, ou 800 dias de multa, se na forma tentada.

Nos casos do n.º 2, a pena aplicável às pessoas singulares é de prisão até três anos ou multa até 360 dias, no caso do crime consumado. Se for praticado na forma tentada, a pena aplicável é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. No caso das pessoas colectivas, será aplicada pena de multa até 720 dias nos casos do crime na forma consumada, e de multa até 480 dias, sendo na forma tentada.

Em conformidade com o disposto nos artigos 16.º e 17.º do RGIT, são abstractamente aplicáveis penas acessórias nos termos gerais.

Artigo 98.º

Violação de garantias aduaneiras

1. Quem sendo dono, depositário, transportador ou declarante aduaneiro de quaisquer mercadorias apreendidas nos termos da lei, as alienar ou onerar, destruir, danificar ou tornar inutilizáveis, no acto da apreensão ou posteriormente, é punido com prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

2. Na mesma pena incorre quem, depois de tomar conhecimento da instauração contra si ou contra um participante de processo por crime ou contra-ordenação relativos a infracção prevista no presente diploma, destruir, alienar ou onerar bens apreendidos ou arrestados para garantia do pagamento da importância da condenação e prestação tributária, ainda que esta seja devida por outro participante ou responsável.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

Esta disposição legal tem a sua **fonte** no artigo 29.º do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro. 1

A redacção do n.º 1 deste artigo é a que lhe foi introduzida pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

O **bem jurídico** que a presente incriminação visa proteger é o interesse tributário do Estado, tanto mais que nos casos do n.º 2 deste artigo as mercadorias são a garantia de pagamento da importância da condenação e prestação tributária. 2

- 3 Este artigo subdivide-se em dois **tipos objectivos**, correspondendo cada um deles aos números 1 e 2 do preceito. Assim, comete o crime previsto no n.º 1 o agente que aliena, onera, destrói, danifica ou inutiliza a mercadoria apreendida nos termos da lei, quer o faça no acto da apreensão quer posteriormente. O agente tem de ser o dono, o depositário, o transportador ou o declarante aduaneiro dessas mercadorias. As mercadorias apreendidas “*nos termos da lei*” tanto podem ser provenientes de crime aduaneiro, como de contra-ordenação aduaneira ou mesmo de processo administrativo aduaneiro. O que releva é que exista lei na qual a sua apreensão se funda.

De acordo com ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO (*in* Regime Geral das Infracções Tributárias, Coimbra Editora, 2002, p. 299), para o preenchimento do tipo objectivo é ainda necessário que ao agente seja comunicada a situação na qual permanecerão as mercadorias e a implicação penal decorrente da presente norma, ou seja, a prática do crime de violação das garantias aduaneiras se o agente alienar, onerar, destruir, danificar ou inutilizar as mercadorias.

Nos termos do n.º 2, comete o crime aquele que destruir, alienar ou onerar os bens apreendidos ou arrestados para garantia do pagamento da importância da condenação e prestação tributária. Essa importância tanto pode emergir da condenação em processo por crime de natureza aduaneira como pela prática da contra-ordenação.

Só pode ser agente do crime de violação das garantias aduaneiras quem for indiciado, ou arguido, ou participante de alguém que o seja, em processo por crime ou por contra-ordenação aduaneiras ou fiscais.

A importância devida tanto pode ser da responsabilidade do agente, como de outro participante ou responsável.

Podem estar apreendidos ou arrestados bens de qualquer espécie, mesmo que não tenham relação com ilícitos tributários ou aduaneiros. A apreensão e o arresto aqui referidos são exclusivamente garantias patrimoniais.

- 4 Quanto ao **tipo subjectivo**, exige-se o dolo em qualquer uma das suas modalidades, já que a intenção de causar prejuízo ao credor não é elemento do tipo.
- 5 A punição da **tentativa** não se encontra expressamente prevista. A pena máxima abstractamente aplicável é, quer no caso do n.º 1 quer do n.º 2, a de prisão até três anos. Assim, e por força do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, a tentativa não é punível.
- 6 Em matéria de **complicação**, a norma desenha uma categoria específica de pessoas como agentes da infracção, ou seja, estamos perante um *crime específico*, que apenas poder ser praticado por quem detenha determinadas qualidades pessoais. Assim, relativamente ao n.º 1 do artigo, só pode ser agente do crime o dono, o depositário, o transportador ou o declarante aduaneiro das mercadorias apreendidas nos termos da lei. A complicação é admitida nos termos gerais do Código Penal.
- 7 A situação de **concurso** que se verificará com maior frequência é a da presente norma com o crime de descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público, previsto no artigo 355.º, do Código Penal. A pena máxima abstracta aí prevista é de prisão até cinco anos, ou seja, mais grave do que no presente caso. Mas, por força da especialidade do RGIT face ao Código Penal, será esta a norma a aplicar.
- Poderá ainda equacionar-se a situação de concurso entre a presente norma e o crime de frustração de créditos previsto no artigo 88.º, do RGIT. Contudo, o presente artigo exige a apreensão ou o arresto dos bens, o que não sucede naquele outro.
- 8 O crime de violação das garantias aduaneiras previsto neste artigo é punido com **pena** de prisão até três anos ou multa até 360 dias, sendo o agente pessoa singular.

Na situação em que seja penalmente responsável pessoa colectiva, sociedade, ainda que irregularmente constituída, ou entidade fiscalmente equiparada, por força do disposto nos artigos 7.º e 12.º, n.º 3, a pena é de multa até 720 dias.

Artigo 99.º

Quebra de marcas e selos

1. Quem abrir, romper ou inutilizar, total ou parcialmente, marcas, selos e sinais prescritos nas leis aduaneiras, apostos por funcionário competente, para identificar, segurar ou manter inviolável mercadoria sujeita a fiscalização ou para certificar que sobre esta recaiu arresto, apreensão ou outra providência cautelar, é punido com prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

Esta disposição legal tem a sua **fonte** no artigo 31.º do Regime Jurídico das 1
Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, cujo texto reproduz com algumas alterações, designadamente ao nível das penas aplicáveis.

Tal como no crime de quebra de marcas e de selos previsto no artigo 356.º, do 2
Código Penal, com o qual se apresenta em paralelo e que se encontra inserido na Secção III, do Capítulo II, do Título V, “Dos crimes contra o Estado”, o **bem jurídico** protegido pela presente norma é o da garantia da inviolabilidade das coisas colocadas sob a alçada do poder público (a autonomia intencional do Estado tendo por finalidade as coisas), mas também, tal como nos anteriores, a protecção estadual do regime aduaneiro e tributário. Este normativo apresenta-se numa relação de especialidade face à norma contida no artigo 356.º, do Código Penal, de aplicação geral. No âmbito do RGIT estão em causa apenas a quebra de marcas, selos e sinais prescritos na lei aduaneira.

Para o preenchimento do **tipo objectivo** é necessário que o agente viole as marcas, 3
selos ou sinais apostos nas mercadorias por “funcionário competente”, e que estas ali tenham sido colocadas com o objectivo de verificar, assegurar ou manter a inviolabilidade das mercadorias sujeitas a fiscalização ou para certificar que sobre elas recaiu arresto, apreensão ou providência cautelar. É, por isso, necessário que a aposição das marcas, selos ou sinais tenha sido praticada por funcionário com competência para o efeito e que as mesmas se destinem a garantir umas das finalidades prescritas no artigo.

Quanto à noção de funcionário, aplica-se também aqui o conceito consagrado no artigo 386.º, do Código Penal. Mas, para efeitos do presente artigo integra ainda a noção de funcionário qualquer autoridade pública com poderes em matéria fiscal e aduaneira, designadamente no âmbito do processo fiscal aduaneiro (neste sentido cfr. ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *in* Regime Geral das Infracções Tributárias, Coimbra Editora, 2002, p. 301).

O acto material de colocação de marcas, selos ou sinais, não se confunde com a decisão que determinou a prática do mesmo. Ao apor as marcas, selos ou sinais em determinada mercadoria, o funcionário executa uma decisão previamente tomada pelas autoridades públicas competentes para o efeito, exteriorizando-a. Materialmente, a decisão poderá ser ilegal ou injusta mas, apostos os selos, marcas ou sinais, a sua violação consubstancia a prática do crime previsto neste artigo. Estando publicitado por dístico inconfundível que a mercadoria se encontra sob custódia do poder público, pratica o crime o agente que o violar.

Uma vez que os selos e marcas são a expressão formal de uma decisão substancial, é obrigatória a correspondência entre uma situação e a outra. Assim, se a decisão material que determinou a aposição de marca de inviolabilidade na mercadoria caducar ou for revogada, não é ilícita a conduta de quem a violar, no todo ou em parte.

- 4 Ao nível do elemento do **tipo subjectivo**, exige-se o dolo em qualquer uma das suas modalidades previstas no artigo 14.º, do Código Penal, não sendo este crime punível a título de negligência.
- 5 Por força do disposto no n.º 2 deste preceito, a **tentativa** é punível.
- 6 Em matéria de **comparticipação**, a norma não desenha uma categoria específica de pessoas como agentes da infracção, pelo que estamos perante um *crime comum* (poder ser praticado por qualquer pessoa), aplicando-se nesta matéria as regras gerais do Código Penal.
- 7 Em matéria de **concurso de crimes**, é frequente que a quebra de marcas e selos anteceda o crime de descaminho (artigo 355.º, do Código Penal) e até o crime de favorecimento pessoal (artigo 367.º, do Código Penal). Vulgarmente, a quebra de marcas, selos ou sinais é apenas o meio necessário para que o agente possa alcançar a mercadoria cuja inviolabilidade estes visam garantir (cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, in “*Comentário Conimbricense do Código Penal*”, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 430). As regras a aplicar são as do concurso aparente, pelo que ambos os crimes consomem o de quebra de marcas e selos.
- 8 A **pena** que o n.º 1 estabelece, de prisão até três anos ou multa até 360 dias, reporta-se ao crime na forma consumada e praticado por pessoas singulares. A tentativa será punida com pena até dois anos e multa até 240 dias. Sendo o agente uma pessoa colectiva, terá que se atender ao disposto no n.º 3 do art. 12.º do RGIT, aplicando-se pena até 720 dias de multa, no caso do crime consumado, ou 480 dias de multa, se na forma tentada. Em conformidade com o disposto nos artigos 16.º e 17.º do RGIT, são ainda abstractamente aplicáveis penas acessórias nos termos gerais.

Artigo 100.º

Recepção de mercadorias objecto de crime aduaneiro

1. Quem, com intenção de obter para si ou para terceiro vantagem patrimonial, dissimular mercadoria objecto de crime aduaneiro, a receber em penhor, a adquirir por qualquer título, a detiver, conservar, transmitir ou contribuir para transmitir, ou de qualquer forma assegurar a sua posse, é punido com prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

2. Se o agente fizer modo de vida da recepção, a pena é de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias.

3. A pena pode ser livremente atenuada, ou ser decretada a isenção da pena, se o agente do crime, antes de iniciado o processo penal ou no seu decurso, entregar a mercadoria objecto de crime aduaneiro à autoridade competente e indicar, com verdade, de quem a recebeu.

4. O disposto no número anterior não é aplicável se no decurso do processo se provar que o arguido faz da receptação de mercadorias objecto de crime aduaneiro modo de vida, bem como se se verificar que já foi condenado pelo crime previsto no n.º 1.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotação 1)
- O bem jurídico (anotação 2)
- O tipo objectivo (anotação 3)
- O tipo subjectivo (anotação 4)
- O modo de vida (anotação 5)
- A tentativa (anotação 6)
- A participação (anotação 7)
- O concurso (anotação 8)
- A pena (anotação 9)

Este artigo tem a sua **fonte** no anterior artigo 32.º do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro. Tem ainda como referência o artigo 231.º, do Código Penal (*receptação*). 1

O **bem jurídico** cuja presente incriminação visa proteger é mais do que o património tributário do Estado; é o próprio sistema tributário. Aqui encontra-se apenas abrangida a mercadoria objecto de crime aduaneiro e não um qualquer bem. 2
 Acresce que, enquanto no artigo 32.º do RJIFA o legislador se reportava a mercadoria objecto de infracção fiscal aduaneira, actualmente apenas a mercadoria objecto de crime aduaneiro se encontra abrangida pela previsão normativa. Assim, a mercadoria objecto de contra-ordenação aduaneira encontra-se excluída da previsão deste artigo (neste sentido cfr. JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS *in* “Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 700).

O **tipo objectivo** consiste em dissimular a mercadoria objecto de crime aduaneiro, recebê-la em penhor, adquiri-la por qualquer título, detê-la, conservá-la, transmiti-la ou contribuir para essa transmissão, ou de qualquer forma assegurar a sua posse. 3
 O que releva é o facto de que, ao fazê-lo, o agente tenha consciência que a mesma é objecto de crime aduaneiro. Nas palavras de M. LEAL-HENRIQUES e M. SIMAS SANTOS (*in* “Código Penal Anotado”, 3.ª Edição, Editora Reis dos Livros, 2000, p. 982), a receptação pode definir-se como o crime que acarreta a manutenção, consolidação ou perpetuidade de uma situação patrimonial anormal, decorrente de um crime anterior praticado por outrem. No caso concreto do artigo 100.º do RGIT, esse crime terá que ser de natureza aduaneira. É, pois, mais um dos artigos do RGIT que se encontra em relação de especialidade com as normas previstas no Código Penal (também são exemplos o artigo 99.º por referência ao artigo 356.º do Código Penal e o artigo 101.º face ao artigo 231.º do Código Penal).

Este crime de receptação pressupõe ainda que, em momento anterior, se tenha verificado um outro crime, um crime aduaneiro através do qual se obteve aquela mercadoria. Mas, o agente da receptação não pode ser simultaneamente o autor desse mesmo crime. O crime de receptação pressupõe a saída do bem do domínio do autor do facto ilícito típico contra o património, neste caso, aduaneiro, através do qual esse bem foi obtido, e a sua entrada na esfera do receptador.

Aqui, porém, é necessário provar-se que este crime aduaneiro precedente foi praticado e que esteve na origem da obtenção daquela mercadoria. De outro modo, não se vislumbra como possível imputar ao agente receptador o crime aqui previsto.

Relativamente às **condutas típicas do crime de receptação** previstas no n.º 1, e porque paralelas com as descritas no artigo 231.º, do Código Penal, no que se refere à acção típica do crime doloso, veja-se PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, in “Comentário do Código Penal”, Universidade Católica Editora, 2008, pp. 636 e 637.

- 4 O **tipo subjectivo** previsto pelo legislador apenas determina a punição desta conduta a título de dolo (ao invés da receptação prevista no artigo 231.º, do Código Penal, que no seu n.º 2 prevê o tipo negligente).

E o dolo apenas é admitido nas modalidades de dolo directo e de dolo necessário, excluindo-se o dolo eventual: a lei exige que o agente saiba que aquela mercadoria provém de crime aduaneiro (dolo específico) e que actue com intenção de obter para si ou para terceiro vantagem patrimonial.

O preenchimento do tipo subjectivo só se verifica quando o agente saiba da proveniência ilícita da coisa e actue com intenção de obter vantagem patrimonial, para si ou para terceiro.

A actuação a título negligente poderá consubstanciar a prática da contra-ordenação prevista no artigo 112.º, do RGIT, sob a epígrafe “Aquisição de mercadorias objecto de infracção aduaneira”. Nesse caso, em que o agente adquiriu ou recebeu a qualquer título a mercadoria, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, quando pela sua qualidade ou pela condição de quem lha oferece ou pelo montante do preço proposto seria razoável que suspeitasse que era proveniente de infracção aduaneira, a mercadoria em causa poderá reportar-se quer a crime quer a contra-ordenação.

A questão que se coloca é a de saber se é punível a conduta do agente que com intenção de obter para si ou para terceiro vantagem patrimonial dissimula, recebe em penhor, adquire, detém, conserva ou transmite ou contribui para transmitir, mercadoria objecto de contra-ordenação aduaneira. Nesse caso, o agente actua com intenção de praticar os factos mas, por razões que se prendem com o valor da prestação tributária ou da mercadoria, esta não é objecto de crime mas de contra-ordenação aduaneira.

A resposta afigura-se-nos negativa.

Com efeito, o agente actua perfeitamente ciente da proveniência ilícita da mercadoria. Ele não procurou assegurar-se da sua origem porque a conhece, sabe que provém de facto típico ilícito. Não pode, pois, aplicar-se a contra-ordenação prevista no artigo 112.º, que pressupõe que o agente não se assegurou de tal proveniência. Por outro lado, sendo a mercadoria proveniente de contra-ordenação aduaneira e não de crime, falece um dos pressupostos objectivos do tipo, não se verificando assim a prática do crime de receptação de mercadorias aqui previsto.

- 5 O n.º 2 do preceito em análise contém uma circunstância qualificativa, que determina a agravação da pena abstractamente aplicável: a do agente fazer da receptação o seu **modo de vida**.

A doutrina e a jurisprudência têm-se debruçado sobre o que deve entender-se por fazer da prática do crime “modo de vida”, porquanto existem diversas referências a esta qualificativa ao longo do Código Penal. É o caso dos artigos 204.º, n.º 1, al. h) (furto qualificado), 210.º, n.º 2, al. b) (roubo qualificado), 218.º, n.º 2, al.a) (burla qualificada), todos do Código Penal, entre outros. Fazer do crime modo de vida revela maior censurabilidade, traduzindo-se a mesma no aumento do limite máximo da pena abstractamente aplicável. Para que se possa afirmar que o agente faz da receptação de mercadorias objecto de crime aduaneiro modo de vida, não basta a mera prática, ainda que reiterada, deste crime. É necessário que este faça da actividade ilícita de receptação a fonte primordial do seu sustento, embora

não única ou exclusiva. O agente vive no seu quotidiano dos proventos obtidos através da prática do crime.

Distingue-se da habitualidade, uma vez que esta apenas abrange práticas repetidas do mesmo acto, independentemente dos seus proveitos serem ou não a fonte de rendimento principal do agente autor do crime. Assim, o problema desta circunstância agravante coloca-se ao nível da prova: o que releva não é o número de vezes que o agente foi condenado pela prática daquele crime, mas a demonstração de que as suas despesas ordinárias são maioritariamente suportadas com o produto assim obtido.

Sobre o conceito de modo de vida veja-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, 2008, p. 560; ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *in Regime...*, 2002, pp. 303 e 304; PEDRO CAEIRO *in* “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Coimbra Editora, 1999, pp. 499 e 500; Ac. STJ de 24.1.2002, *in* CJ, Ano X, Tomo I, 2002, p. 188 e ss.

A punibilidade da **tentativa** não se encontra expressamente prevista. Assim, por força do disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, aplicável “ex vi” artigo 3.º do RGIT, o crime de receptação de mercadoria objecto de crime aduaneiro na forma simples não é punido. Contudo, caso se verifique a circunstância qualificativa do n.º 2, sendo abstractamente aplicável pena de prisão até cinco anos, a tentativa já será punida, nos termos gerais, ou seja, com a pena aplicável ao crime consumado especialmente atenuada, nos termos dos artigos 72.º e 73.º do Código Penal.

Em matéria de **comparticipação**, também aqui a norma não desenha uma categoria específica de pessoas como agentes da infracção, pelo que estamos perante um **crime comum** (poder ser praticado por qualquer pessoa), aplicando-se nesta matéria as regras gerais do Código Penal.

O **concurso** efectivo de crimes caracteriza-se como real quando o agente pratica vários actos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de acções) e é ideal quando através de uma mesma acção se violam normas penais ou a mesma norma repetidas vezes (unidade de acção).

Em matéria de receptação, é frequente o agente adquirir, numa única ocasião e lugar, bens provenientes da prática de vários crimes aduaneiros. Existindo, porém, unidade de acção, existe também apenas um único crime – concurso ideal.

O agente autor da receptação tem de ser pessoa distinta do agente autor do crime aduaneiro referencial, pois relativamente ao mesmo arguido não há concurso entre este crime de receptação e os demais crimes aduaneiros.

A **pena** prevista para o crime de receptação na sua forma simples (n.º 1) é de prisão até três anos ou multa até 360 dias, aplicando-se ao qualificado a pena de prisão até cinco anos ou multa até 600 dias. Sendo o arguido uma pessoa colectiva, terá que se atender ao disposto no n.º 3 do artigo 12.º do RGIT, aplicando-se pena até 720 dias de multa, no caso do crime simples, ou 1200 dias de multa, se na forma qualificada.

O legislador prevê ainda uma **atenuação especial da pena**, ou mesmo a sua isenção, nos casos em que o agente entregar a mercadoria objecto do crime aduaneiro à autoridade competente, antes ou já no decurso do processo penal, tendo ainda de indicar com verdade de quem a recebeu.

Porém, se o arguido já tiver sofrido alguma condenação pela prática do crime previsto no n.º 1 ou se provado que faz da receptação destas mercadorias modo de vida, não há lugar à livre atenuação da pena a que se refere o n.º 3.

Esta atenuação da pena parece não estar excluída nos casos em que o arguido beneficiou do instituto da suspensão provisória do processo por crime idêntico ou da mesma natureza, nos termos do disposto no artigo 281.º, do Código Penal.

Artigo 101.º
Auxílio material

Quem auxiliar materialmente outrem a aproveitar-se do benefício económico proporcionado por mercadoria objecto de crime aduaneiro é punido com prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

1 Este artigo tem a sua **fonte** no anterior artigo 33.º do Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro. Este normativo apresenta-se numa relação de especialidade face à norma contida no artigo 232.º, do Código Penal, de aplicação geral. No âmbito do RGIT apenas releva o auxílio material correspondente ao aproveitamento do benefício económico proporcionado por mercadoria objecto de crime aduaneiro.

2 Tal como no crime de receptação, também aqui o **bem jurídico** que se visa proteger é o sistema tributário e, reflexamente, o património tributário do Estado.

3 O **tipo objectivo** realiza-se com a ajuda material que o agente presta a outrem, para que este se aproveite do benefício económico proporcionado por mercadoria objecto de crime aduaneiro. Consagra-se aqui a incriminação autónoma do auxílio prestado ao agente de crime aduaneiro, porquanto o aproveitamento da coisa pelo autor do facto referencial não constitui um facto posterior punível, o que por sua vez excluiria a punição do terceiro que auxiliasse esse aproveitamento (nesse sentido, cfr. PAULO PINTO de ALBUQUERQUE, in “Comentário do Código Penal”, Universidade Católica Editora, 2008, p. 639).

O auxílio material só existe quando, em momento anterior, se verificou a prática de crime aduaneiro, pois a presente incriminação abrange tão-só a mercadoria objecto de crime aduaneiro (excluindo também aquela que apenas foi objecto de contra-ordenação aduaneira).

O crime de auxílio material pressupõe a aceitação de que em momento anterior foi já consumado o facto referencial, pois o agente deste crime só intervém para ajudar o autor do crime aduaneiro já praticado, a beneficiar economicamente da mercadoria assim obtida.

Ao contrário do que sucede no auxílio material comum previsto no artigo 232.º, do Código Penal, em que o auxílio pode ser material ou moral (não obstante o que parece indicar a epígrafe do artigo), aqui apenas o primeiro consubstancia acção típica.

Quanto ao benefício económico, a conduta típica não exige que o agente o procure para si próprio. O que releva é que o agente procure ajudar o autor do facto referencial ou terceiro a aproveitar-se desse benefício. O efectivo alcance do mesmo não é elemento do tipo.

O preenchimento do tipo também exige que a acção seja objectivamente adequada a auxiliar outrem a desfrutar do benefício económico proporcionado pela mercadoria objecto de crime aduaneiro. Se o agente se limita a proporcionar os serviços que

legitimamente presta e a ser pago pelos mesmos, falece um dos pressupostos objectivos.

Questão que também aqui se levanta, mas se tem discutido na doutrina portuguesa a propósito do crime de auxílio material comum, é a de saber se é admissível a punição por este crime do participante no facto referencial. A corrente maioritária não a admite. Em sentido divergente, PEDRO CAEIRO (*in* “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Coimbra Editora, 1999, p. 506), que entende que a qualidade de instigador ou cúmplice no facto referencial não exclui a autoria do crime de auxílio material, uma vez que há pluralidade de acções e que seria necessário considerar o auxílio um facto posterior não punível.

Relativamente ao **tipo subjectivo**, exige-se o dolo, à semelhança do que sucede com os restantes crimes tributários. Estamos, porém, perante a exigência de um dolo específico: o agente tem de actuar ciente de que a sua conduta se destina a auxiliar o autor do crime aduaneiro a beneficiar ilegitimamente da mercadoria objecto do mesmo. Em sentido contrário, JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS (*in* “Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado”, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 708), que entendem que o tipo subjectivo se preenche também com o dolo eventual.

A punição deste crime a título de **tentativa** não se encontra expressamente prevista pelo que, face ao disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, aplicável “*ex vi*” artigo 3.º do RGIT, não é punível.

São admissíveis todas as formas de **comparticipação**, inclusive a cumplicidade.

A realização plúrima pelo agente de várias acções de auxílio ao autor do facto referencial, ainda que este seja sempre o mesmo, configura **concurso efectivo**.

Entre o auxílio material e a receptação existe concurso aparente, sendo que este último consome o primeiro.

A **pena** prevista para o crime de auxílio material tributário é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Tratando-se de pessoa colectiva, a pena será de multa até 480 dias (artigo 12.º, n.º 3, do RGIT).

Artigo 102.º

Crimes de contrabando previstos em disposições especiais

Os factos expressamente qualificados em disposições especiais como crimes de contrabando são punidos, conforme as circunstâncias, com as penas previstas nos artigos anteriores, salvo se daquelas disposições resultar pena mais grave.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O carácter residual da norma (anotação 2)

A pena (anotação 3)

A legislação especial (anotação 4)

A **fonte** próxima desta norma é o artigo 25.º, do Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25 de Outubro, que aprovou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras (RJIFA), cujo texto este artigo reproduz sem quaisquer alterações.

Trata-se de uma norma de **carácter residual**. A sua aplicação cinge-se aos casos em que existe uma disposição especial incriminatória, em casos de crimes de contrabando, mas que não contemple pena aplicável ou em que essa pena seja inferior às previstas no RGIT para este tipo de criminalidade.

Note-se que a maioria das leis avulsas que contemplavam a punição de crimes de contrabando estão hoje revogadas. Simplesmente, por força do presente artigo,

o legislador acautela situações em que tal revogação não tenha ocorrido ou em que, por força de transposições comunitárias, venham a estar previstos crimes de contrabando em diplomas legais avulsos.

Nesse último caso, sendo a nova lei posterior ao RGIT, é a pena aí prevista que se aplicará e já não a contemplada nas normas dos crimes de contrabando deste capítulo (neste mesmo sentido, cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA *in* “Direito Penal Tributário – Sobre as Responsabilidades das Sociedades e dos Seus Administradores Conexas com o Crime Tributário”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2009, p. 226).

3 Sendo a **pena** prevista na legislação avulsa especial mais grave do que as previstas no RGIT para os crimes de contrabando, será essa a pena a aplicar.

4 Cumpre apenas fazer uma breve referência à Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, uma vez que esta **legislação especial** de medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira prevê um regime específico de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativamente a crimes de contrabando, entre outros taxativamente elencados no seu artigo 1.º, desde que praticado de forma organizada.

Em matéria de investigação criminal impõe-se ainda referir que, para a investigação de crimes de contrabando são admissíveis meios de prova como escutas telefónicas, nos termos do artigo 187.º, n.º 1, al. d), do Código de Processo Penal.

Artigo 103.º

Fraude

1. Constituem fraude fiscal, punível com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias, as condutas ilegítimas tipificadas no presente artigo que visem a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias. A fraude fiscal pode ter lugar por:

a) Ocultação ou alteração de factos ou valores que devam constar dos livros de contabilidade ou escrituração, ou das declarações apresentadas ou prestadas a fim de que a administração fiscal especificamente fiscalize, determine, avalie ou controle a matéria colectável;

b) Ocultação de factos ou valores não declarados e que devam ser revelados à administração tributária;

c) Celebração de negócio simulado, quer quanto ao valor, quer quanto à natureza, quer por interposição, omissão ou substituição de pessoas.

2. Os factos previstos nos números anteriores não são puníveis se a vantagem patrimonial ilegítima for inferior a € 15.000.

3. Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

A **fonte** desta disposição legal é o artigo 23.º do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro, veio conferir uma diferente redacção àquele preceito. Entretanto, a Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (RGIT) veio revogar aquela disposição e estabelecer o texto base da norma actual do artigo 103.º (com a Declaração de Rectificação n.º 15/2001, *in* DR, Série I-A, n.º 180, de 04-08-2001). Esta disposição, no seu n.º 2, foi ainda objecto de alteração pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2006, com a introdução do montante de €15.000 como limiar mínimo de punição, no lugar de €7.500 da versão originária.

Outros diplomas legais têm introduzido alterações, de forma directa ou indirecta, em sede de crimes fiscais e contra a segurança social, como seja, a Lei n.º 109-B/2001, de 27 de Dezembro, o Decreto-Lei n.º 229/2002, de 31 de Outubro, a Lei n.º 32-B/2002, de 30 de Dezembro, a Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro, a Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, a Lei n.º 39-A/2005, de 29 de Julho, a Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro, a Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, a Lei n.º 22-A/2007, de 29 de Junho, o Decreto-Lei n.º 307-A/2007, de 31 de Agosto, a Lei n.º 67-A/2007, de 31 de Dezembro, a Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro. A questão da delimitação do **bem jurídico** tutelado pelo crime de fraude fiscal é fonte de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, até por se tratar de um tipo penal central no ordenamento tributário sancionador quer sob o ponto de vista da incidência estatística da sua verificação quer pela danosidade social que encerra quer ainda pela estruturação típica em que se estrutura.

Ao conter o fundamento ético do imposto, o quadro constitucional conforma o sistema fiscal com escopos de, por um lado, dotar o Estado de meios financeiros que dêem suporte à satisfação das necessidades comunitárias e à prossecução das funções estatais e, por outro lado, garantir uma justa repartição dos rendimentos e riqueza dos cidadãos (arts. 103.º e 104.º da CRP).

O Estado fiscal português assenta, por isso, num dever de “cidadania fiscal” em que todos contribuem na medida da sua capacidade contributiva, tendo em vista uma ideia de justiça distributiva na redistribuição de riqueza e não propriamente na base do princípio do benefício segundo o qual às prestações pagas pelos contribuintes corresponderiam contraprestações correspectivas por parte do Estado (cfr. para desenvolvimento do tema, CASALTA NABAIS, *Por um Estado fiscal suportável*. Estudos de Direito fiscal, Coimbra, Almedina, 2005).

A propósito do objecto de tutela dos crimes fiscais, a doutrina tem enveredado, basicamente, por três construções distintas. Uma construção reconhece ao bem jurídico tutelado pela norma penal uma dimensão eminentemente patrimonial, traduzida na obtenção de receitas fiscais, cuja estruturação típica passaria por um crime de resultado danoso (prejuízo patrimonial) e a definição de condutas dirigidas à entrega tempestiva dos valores devidos. Uma outra construção enfatiza no âmbito da tutela, os deveres de colaboração com a administração tributária, centrando-se a ilicitude em torno da inobservância de deveres de informação, transparência e verdade fiscal; neste modelo, acentua-se o desvalor da acção em detrimento do desvalor do resultado, admitindo-se tipos penais estruturados como crimes formais e de desobediência que acolham a suficiência de um perigo para o bem jurídico mesmo que se não efective a lesão do mesmo. Uma terceira via dá corpo a uma matriz compromissória ou mista que procura combinar componentes das construções anteriores quer reconhecendo, no parâmetro penal fiscal, uma tutela de interesses patrimoniais do Estado quer os valores de transparência e verdade fiscais. (Cfr. sobre o assunto, entre outros, FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE,

“O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português” in Direito penal económico e europeu: textos doutrinários, vol. II, 1999, p. 419; AUGUSTO SILVA DIAS, “Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal – Alguns aspectos dogmáticos político-criminais”, CTF, n.º 394, 1999, p. 47; SUSANA AIRES de SOUSA, in Os Crimes Fiscais, 2009 – reimpressão, pp. 67 e ss.; ANDRÉ TEIXEIRA dos SANTOS, “O crime de fraude fiscal”, Coimbra Edit., 2009, p. 89 e ss).

Ora, se o art. 23.º do RJFNA, na sua versão originária, quando preceituava “quem, com intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial indevida, ocultar...”, pareceria combinar uma dupla tutela referente à transparência e verdade tributária e também à dimensão patrimonial, ainda que associada ao tipo subjectivo, no que se poderia considerar um exemplo de modelo misto, já a sua alteração, operada pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro, conduziu à objectivação do tipo com enfoque na dimensão patrimonial.

De resto, no actual crime de fraude fiscal, previsto no art. 104.º, ressalta bem vinculada uma concepção patrimonialista do bem jurídico, dirigida à arrecadação de receitas fiscais. Pode mesmo afirmar-se que a verdade e transparência fiscais, sendo valores também tutelados pelo tipo penal da fraude, constituem o chamado “bem jurídico-meio”, residindo no património activo ou receitas do Estado o “bem jurídico-fim” da tutela penal que a norma estabelece.

- 3 O **tipo objectivo** do crime de fraude traduz-se, *grosso modo*, nos **modelos de conduta** típicos que, visando a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária, se traduzam na violação de deveres de colaboração (informação e lealdade) com a administração tributária, através da ocultação de factos ou valores, por via da sua não declaração à administração tributária ou por via da sua não escrituração ou integração na documentação contabilística passível de fiscalização, ou ainda, por via da celebração de negócios simulados (cfr. alíneas do n.º 1 do preceito), susceptíveis de causarem diminuição das receitas fiscais.

O que significa que para o preenchimento do tipo se torna necessário a verificação de três elementos: desde logo, a existência de um mecanismo fraudulento – através da ocultação de factos (ou seu registo) e/ou valores ou, então, através da simulação de negócio –; uma finalidade específica (“visem a não liquidação...”) a enformar a actuação; e a idoneidade da conduta para diminuir a receita tributária.

Em concretização daquela modelação típica, pode indicar-se como situações passíveis de integrar o crime do art. 103.º do RGIT, as seguintes: i) – não ter o agente contabilidade organizada (desde que o volume de negócios aponte para valores acima de €15.000); ii) – usar documentos falsos, designadamente facturas, basicamente, em alguma de três situações: atribuídas a empresas (fornecedores) irregularmente constituídas ou juridicamente inexistentes; ou atribuídas a empresas existentes mas sem o conhecimento das mesmas; ou ainda emitidas por terceiro para o agente incorporar na sua contabilidade – em qualquer caso com o propósito de vir a deduzir no imposto devido; iii) – celebrar negócio simulado, declarando valor inferior ao real como, frequentemente, sucede, na compra de imóvel e, desse modo, reduzir ou isentar de IMT (ou antiga SISA), por parte do comprador e até de diminuir o valor de IRC do vendedor, sendo caso disso. (cfr sobre a classificação apontada, PAULO DÁ MESQUITA, “Sobre os crimes de fraude fiscal e burla”, Direito e Justiça, vol. XV, T I, 2001, pp. 101-157; NUNO SÁ GOMES, Evasão fiscal, infracção fiscal e processo penal fiscal, Lisboa, Edit. Rei dos Livros, 2000)

Daí que se considere o crime de fraude fiscal um **crime de execução vinculada** (neste sentido, ANDRÉ TEIXEIRA dos SANTOS, “O crime de fraude fiscal”, Coimbra Edit., 2009, p. 76) não só porque delimita o âmbito de tutela do tipo segundo modelos de conduta que o legislador descreve nos seus traços essenciais, mas também porque

exige que os mesmos estejam imbuídos de uma certa finalidade. Não obstante no preceito se usar a formulação “a fraude fiscal pode ter lugar por...” (n.º 1 do art. 103.º) que, a uma primeira vista, poderia sugerir uma execução livre, mas que, bem vistas as coisas, significa que o legislador elenca os únicos meios ou os modos de actuação que, visando certo objectivo, sejam susceptíveis de diminuir as receitas tributárias.

Nesse plano, também se torna discutível reconhecer que ainda constitua fraude a omissão de declarações relativamente a obrigações acessórias *v.g.* declaração de início de actividade ou de cessação; mesmo descurando a natureza da obrigação inobservada e reconhecendo na **estruturação típica** um crime de aptidão, concluir-se-á que, em muitos casos, não preenchem o tipo por aquelas omissões não terem idoneidade para, directamente, diminuir a receita tributária, sem prejuízo de tal omissão ou mesmo atraso na entrega da declaração já preencher a contra-ordenação estabelecida no artigo 116.º do RGIT; e, ainda assim, não parece estar afastada definitivamente a relevância criminal da omissão de deveres secundários, designadamente, quando geradores da omissão sequencial, em “cascata”, de outros deveres ou da prestação principal e uns e outros coincidam no plano cronológico. Naturalmente, o preenchimento do tipo requer que se esteja perante uma relação jurídica tributária cujos sujeitos são a administração fiscal e o sujeito passivo de imposto, no âmbito da qual a conduta de ocultação ou sonegação assume uma dimensão patrimonial ao “visar” atingir como resultado a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária, ou ainda a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou vantagens patrimoniais em prejuízo das receitas tributárias (cfr. corpo do n.º 1 do art. 103.º do RGIT).

Todavia, não se exige a obtenção de vantagem patrimonial, bastando que as condutas “visem...” o não pagamento, liquidação, reembolsos, etc. e sejam “susceptíveis” de causar diminuição de receitas fiscais. Logo, há-de reconhecer-se, ao nível da estrutura típica, um crime de perigo ou, mais precisamente, crime de aptidão já que o perigo não é mero motivo da incriminação, mas insere-se no tipo como idoneidade da conduta para a lesão ou para a colocação em perigo do bem jurídico (arrecadação de receitas fiscais); sendo certo que, de qualquer dos modos, as condutas atingem e lesam a verdade tributária, para quem considere esta como valor cimeiro protegido.

De onde se pode extrair a ilação de que, naquela perspectiva, não é preciso provar o efectivo prejuízo das receitas tributárias (por exemplo, entrega de declaração sustentada por operação contabilística e facturação ficcionadas a fim de pagar um montante reduzido de IVA, mesmo que efectivamente não venha a conseguir tal objectivo), antes se basta com a demonstração de uma aptidão concreta para diminuir as receitas fiscais. Sobre o assunto, cfr. Ac STJ de 27-11-2007, CJ, Ano 2007, T 3, p. 248 e ss.; Ac STJ de 12-10-2000, CJ, Ano 2000, T 3, p. 194; Ac STJ de 28-04-1999 (*vide* anotação in Revista MP, n.º 79, p. 248); Susana Aires de Sousa considera que se trata de um crime de aptidão mas entende que deveria ser construído como crime de dano (*in Os Crimes Fiscais*, 2009 – reimpressão, pp. 74 e ss.; 304-5).

Sobre o momento da **consumação** do crime de fraude não há entendimentos uniformes. Assim, para AUGUSTO SILVA DIAS (*in “Os crimes de fraude... 1999”*) a consumação verifica-se com a liquidação, quando realizada pela administração fiscal e com a entrega da declaração à administração nos casos de autoliquidação do contribuinte”. Também Alfredo José de Sousa considera que o momento da consumação é o da recepção da declaração pela administração fiscal ou o termo do prazo da sua apresentação nas situações de omissão (*in Infracções fiscais – Não aduaneiras* –, Coimbra, Almedina, 1997, p. 100). É de afastar o entendimento que

é com a mera realização da conduta *tout court*, v.g. preenchimento incorrecto da declaração fiscal que se consuma o crime, sob pena de se considerar crime consumado a mera detenção de declaração que não chegou a ser entregue nem o contribuinte destinava a tal. Ao que julgamos, relevante será o momento em que o contribuinte dá conhecimento – ou no termo do prazo em que devia dar – às autoridades fiscais de declaração fraudulenta porque só aí mas desde aí induz em erro aquelas, susceptível de provocar prejuízo patrimonial para as receitas fiscais; de resto, não parece que a descrição típica exija que se verifique a produção de erro ou engano para que o crime se mostre consumado, já que, não obstante um certo resultado estar ínsito ao tipo de garantia (“susceptível de causar diminuição da receita tributária”), a verdade é que a ocorrência da acção típica realiza o tipo como crime de mera actividade.

Acresce que a prestação tributária devida, para que seja punível, necessita de ser igual ou superior a €15.000, qual **limiar mínimo de punição** ou limiar de intolerabilidade social. O montante desta cláusula de valor foi estabelecido pelo art. 60.º, n.º 1 da Lei n.º 60-A/2005, de 30.12, que aprovou o Orçamento do Estado para 2006, montante que, até então, se situava em €7.500, procedente da redacção originária do preceito.

Da conjugação do n.º 2 com o n.º 3 do art. 103.º resulta, desde logo, que os valores a considerar, para efeitos de ultrapassagem ou não daquele valor-limite, são os que constam ou devam constar de “cada declaração” a apresentar à administração tributária.

É, de todo o modo, discutível a natureza jurídica da cláusula de valor, qual “limiar de punição”: saber se se trata de elemento conformador da ilicitude penal ou elemento do tipo de ilícito ou se pertence à categoria da punibilidade ou ainda uma cláusula de extinção da responsabilidade criminal. Para quem defenda que o crime em apreço tutela valores da verdade e da transparência fiscais e, bem assim, da colaboração com a administração fiscal – e só indirectamente o património fiscal do Estado – tenderá a defender, de modo coerente, que a cláusula de valor constitui uma condição objectiva de punibilidade por se apresentar como algo, até certo ponto, externo à conformação típica do ilícito. Para quem defenda uma concepção patrimonialista da tutela da incriminação, tenderá a afastar a tese da condição objectiva de punibilidade com o argumento de que não se está perante um facto ou elemento exterior alheio à conduta do agente, antes necessita a conduta de atingir o valor para que se revele típica e ilícita e, por conseguinte, dolosa. Mesmo tendo como consequência a extensão (ou não) do dolo no que concerne ao valor em dívida do imposto, o certo é que este funciona como limite negativo da incriminação que terá de se mostrar verificado, qual elemento adicional de quantidade do tipo de ilícito. (cfr., sobre estas matérias e em sentido nem sempre coincidente SUSANA AIRES DE SOUSA, *in* Os crimes fiscais, Coimbra Edit., 2009-reimp, p. 87 e ss. e 304 e ss., 319 e ss.; ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *in* O Crime de Fraude Fiscal, Coimbra Edit., 2009, p. 229 e ss. e 249 que considera, em síntese, tratar-se de elemento do tipo de ilícito; e ainda ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *in* Regime Geral das Infracções Tributárias, Coimbra Edit., 2002, p. 319 que classificam de “cláusula de extinção da responsabilidade criminal”).

- 4 A propósito do **tipo subjectivo**, a exigência de as condutas *visarem* um prejuízo para as receitas fiscais ou um benefício ilegítimo do sujeito passivo tem sido objecto de grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais, acantonadas, essencialmente, em torno de um de dois entendimentos.

Por um lado, considera-se que a expressão “visem” consubstancia um “dolo específico” ou intenção, qual elemento subjectivo adicional ao dolo do tipo – este

enquanto representação e vontade de realização do tipo –, o que significa que tal elemento subjectivo incidiria sobre um resultado que não estaria compreendido no tipo objectivo e potenciaria a classificação do tipo penal como “crime de intenção”, ou de “tendência interna transcendente”, ou ainda de “crime de resultado cortado”, já que o elemento objectivo ficaria aquém do elemento subjectivo (FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE, “O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português” in *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, vol. II, 1999, p. 412 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal: parte geral*, T I, Coimbra Edit., 2004, p. 330; cfr. Ac. STJ de 10.11.1999 – relator Leonardo Dias).

Por outro lado, entende-se a mesma expressão como reportada às condutas ilegítimas, como aptidão objectiva das mesmas, e não a uma tendência interna do agente, como acontece quando o legislador descreve uma intenção específica (AUGUSTO SILVA DIAS in “Os crimes de fraude... 1999, p. 56 e ss.). Nesta senda, com que concordamos e que traça a fronteira da versão originária do art. 23.º do RJFNA com a versão conferida pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro, e com o teor literal do art. 103.º do RGIT, consideramos que a expressão “que visem” assume o significado de “que sejam especialmente adequadas” ou que sejam aptas a originar a fraude fiscal através da idoneidade para gerar diminuição da receita fiscal.

Ora, como a aptidão é um elemento do tipo objectivo, obviamente tem de ser representada pelo agente ao nível do dolo do tipo. De resto, a realização do tipo objectivo há-de preencher o fim pretendido pelo agente, equivalendo este ao elemento volitivo do dolo que se esgota no dolo do tipo, sem demandar, autonomamente, um especial elemento do tipo subjectivo (Neste sentido, SUSANA AIRES DE SOUSA, in *Os crimes fiscais*, p. 93 e ss.; e ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, in *O Crime de... 135 e ss.*).

O legislador não consagrou, na parte geral do RGIT, uma norma sobre a punição da **tentativa** nos crimes tributários. No entanto, de modo especificado, a lei pune na forma tentada diversos crimes *v.g.* burla tributária (art. 87.º), contrabando (art. 92.º), introdução fraudulenta no consumo (art. 96.º), etc. O posicionamento do legislador ao não estabelecer uma regra geral em sede do RGIT parece ir de encontro a duas ideias base, neste campo: consagração expressa da punição de crimes na forma tentada, em particular, quando, segundo a regra geral do Código Penal (art. 23.º CP), não seriam punidos, em casos e por razões que o legislador ponderou; aplicação subsidiária das regras da punição da tentativa previstas no Código Penal (art. 23.º CP) – quando a moldura do crime é superior a três anos –, por força do art. 3.º do RGIT. O que significa que o crime de fraude p. p. pelo art. 103.º, atenta a moldura penal, não é punido na forma tentada, não obstante justificar-se a sua punição, tanto quanto se justifica no crime de burla tributária em que tal se prevê.

Em matéria de **comparticipação**, é de considerar que a norma do art. 103.º não se dirige, explicitamente, a uma delimitada categoria de pessoas como agentes da infracção nem procede, rigorosamente, a um recorte de qualidades pessoais daquelas. De onde emerge a dúvida de saber se estamos perante um crime comum (poder ser praticado por qualquer pessoa) ou um crime específico (apenas poder ser praticado por quem detenha qualidades pessoais ou sobre quem recaia um dever especial ou que certa situação de facto típica seja fonte desse dever – cfr. H. SALINAS MONTEIRO, *A participação em crimes especiais no Código Penal*, Universidade Católica, Lisboa, 1999, p. 13 e ss.) e, neste caso, crime específico, próprio ou impróprio, consoante fundamento ou apenas agrave a responsabilidade do agente.

A questão ganha particular dimensão se se considerar a relação jurídica tributária um elemento implícito do tipo objectivo do crime de fraude (em sentido afirmativo, a propósito do art. 23.º do RJFNA, cfr. A SILVA DIAS, *in* “Os crimes de fraude... 1999, p. 50). De onde decorreria, neste entendimento, que o contabilista que realiza integral e intencionalmente o tipo de fraude mas sem conhecimento do contribuinte – único destinatário da norma – não poderia ser punido por aquele crime (sem prejuízo de poder incorrer em responsabilidade penal a outro título *v.g.* por falsificação ou burla).

Mesmo admitindo que se opera uma delimitação do círculo de autores por se estar perante um crime específico em razão de o tipo descrever a situação de onde decorre o dever especial de declarar certo acto e pagar o imposto respectivo – assim, conferindo determinabilidade objectiva e dirigibilidade subjectiva –, não é, todavia, indiferente distinguir o crime na dimensão da omissão, correspondente às condutas das *als. a) e b)* do n.º 1, em que apenas os contribuintes a quem incumbem os deveres daquela escrituração ou declaração o podem cometer, face ao tipo realizado por acção, no modelo de conduta da *al.ª c)*, em que qualquer um dos intervenientes (contraentes de negócio por um preço simulado) pratica o facto como autor e não um deles como mero cúmplice (Cfr. sobre o assunto, SUSANA AIRES DE SOUSA, *in* Os crimes fiscais, p. 95 e ss.; e ANDRÉ TEIXEIRA DOS SANTOS, *in* O Crime de... 251 e ss.). É certo que muitas das questões que a este propósito se suscitam, mostram-se superadas por aplicação da cláusula de extensão de punibilidade prevista no art. 28.º do Código Penal, aplicável por força do preceituado no art. 3.º do RGIT.

Note-se que não só as pessoas singulares incorrem em responsabilidade penal, já que também se encontra expressamente prevista, em matéria tributária, a responsabilidade da pessoa colectiva e equiparadas, nos termos do art. 7.º do RGIT. Mesmo reconhecendo que não se trata de uma questão de comparticipação nas relações de imputação entre a pessoa singular e a pessoa colectiva, por se tratar de uma responsabilidade *derivada e cumulativa*, não deixa de haver incidências na justaposição que se estabelece entre uma e outra. Desde logo, porque, na assunção de deveres, ambas (para além dos patrimónios autónomos e entidades de facto) podem ser destinatárias e estar “vinculadas ao cumprimento da prestação tributária, seja como contribuinte directo, substituto ou responsável” (art. 18.º, n.º 3 da LGT). Por outro lado, também os representantes, legais ou voluntários, estão vinculados pelos deveres extra-penais fiscais que incidam sobre os representados, mantendo aqueles uma privilegiada situação de domínio na realização do facto ilícito. De resto, nos termos do art. 6.º do RGIT, o representante é também responsabilizado criminalmente, não deixando de o ser pelo facto de responder o representado, pessoa colectiva ou singular.

- 7 As configurações do **concurso de crimes** que se podem equacionar em matéria de crimes fiscais e afins, passam, essencialmente, pelos desenhos seguintes. Quando se está perante **vários impostos em dívida** pode questionar-se se estamos perante um ou vários crimes e, neste caso, em que modalidade de concurso de normas. A resposta não pode deixar de reconhecer que, em princípio, se verificam tantos crimes quantas as modalidades de prestações tributárias (*impostos*) em causa, já que se está perante diferentes deveres tributários e diferentes fontes jurídicas obrigacionais, diferentes períodos, diferentes declarações e inerentes conteúdos e, bem assim, diferentes resoluções criminosas.

Ainda assim, não será de excluir a existência de uma só resolução criminosa relativamente a vários impostos, por exemplo, no âmbito de um plano de não entrega total de quaisquer declarações e valores à Administração Tributária. Sobre

a questão, cfr. Ac STJ de 29-01-2004, proc 03P1874, relator Pereira Madeira, onde se considera que, perante vários impostos em dívida, não tem de se concluir, necessariamente, por um concurso efectivo.

Também, regra geral, haverá uma diferenciação de crimes em consonância com os *tipos penais* preenchidos (v.g. uma burla e um abuso de confiança), para mais se se tratar de crimes de diferente natureza. Num tal quadro, dificilmente se pode conceber uma continuação criminosa que convoque crimes de diversa natureza, ou diferente bem jurídico, ou mesmo quando este tenha concretizações ou manifestações diferentes.

Num outro plano, a *realização plúrima, no âmbito da mesma obrigação tributária*, em particular, quando esta se enquadra numa mesma “declaração” perante a Administração Tributária, deve entender-se que haverá um único crime como sucede na não retenção ou retenção sem entrega de IRS ou de prestações para a segurança social, correspondentes a certo período, de uma pluralidade de trabalhadores (e não um número de crimes correspondente ao número de trabalhadores). Sobre a questão e neste sentido, cfr. AcRC de 21-01-2009, Proc. 342/04.6TAAVR, relator Ribeiro Martins.

Já em presença de **diversos valores devidos, em outros tantos períodos, do mesmo imposto**, coloca-se a questão de saber se se trata de concurso efectivo, de crime continuado ou de crime único.

Em abstracto, não se pode afastar qualquer uma das possibilidades equacionadas. O ponto de partida da análise é certamente o primeiro critério de decisão é o de que os valores a considerar são os que “devam constar de cada declaração” que o contribuinte está obrigado a apresentar à administração tributária (arts. 103.º, n.º 3, e 105.º, n.º 7). Tal segmento literal desdobra-se em duas dimensões: i) da periodicidade de *cada declaração*, isto é, o plano em que se referencia esta a um período delimitado – v.g. trimestral, mensal, anual – segundo o regime legal de imposto aplicável à situação tributária concreta; ii) do valor que *deveria* constar, segundo o regime legal aplicável, de declaração não apresentada e que, normalmente, configura uma não entrega *total* do imposto; e, em particular, nas situações de não dedução ou não entrega *parcial*, quando se declara um valor abaixo do devido – caso em que o valor a considerar terá de corresponder à diferença entre o declarado e o devido (e só no caso de essa diferença ser superior a €7.500 ou €15.000 é que haverá lugar a responsabilidade criminal).

Porque a lei estabelece como critério de aferição de punibilidade da conduta a ultrapassagem do limiar quantitativo de “cada declaração” periódica, significa também, consequentemente, que a consumação formal do crime ocorre no termo do período a que respeita a declaração.

Logo, tal critério ajusta-se melhor à ideia de que o tipo legal se mostra tantas vezes preenchido quantas as prestações tributárias correspondentes a declarações periódicas (cfr. Ac. RC de 21-01-2009, Proc 342/04.6TAAVR, relator Ribeiro Martins); o que aponta, por conseguinte, para a existência de concurso efectivo (real) de crimes, com fundamento no facto de o preenchimento de cada declaração consubstanciar uma resolução criminosa nova ou, pelo menos, actualizada (com valores diferentes, com suporte contabilístico próprio, em momentos diferentes, etc.). De resto, historicamente, a configuração legal apontava já nesse sentido quando o RJIFNA, no seu art. 24.º (abuso de confiança fiscal), estipulava que: “se a obrigação da entrega da prestação for de natureza periódica, haverá tantos crimes quantos os períodos a que respeita a obrigação”.

Naturalmente, o lapso temporal e o circunstancialismo envolvente em que se sucedem as declarações são vectores determinantes da unidade ou pluralidade

de infracções. Ora, o que facilmente se configurará neste tipo de situações é a verificação de uma continuação criminosa. Neste pormenor, importa notar que o crime continuado supõe várias resoluções criminosas, vários dolos, integrados por certos pressupostos (artigo 30.º, n.º 2 do Código Penal) que lhe conferem homogeneidade de execução, designadamente em termos de conexão temporal entre os crimes – naturalmente, sem hiatos intercalares significativos – e com factores externos que diminuem sensivelmente a culpa *v.g.* a crise económica, as razões de mercado, a contracção da procura, o pagamento de salários e a fornecedores, e até, porventura, a falta de fiscalização, etc. (que devem constar da base fáctica da acusação, pronúncia e sentença, quando for o caso).

A verdade é que quando as prestações tributárias de alguns períodos foram pagas ou as declarações foram entregues, correctamente, e outras não, numa sequência intercalada ou interpolada, dificilmente se pode sustentar uma continuação criminosa, na medida em que se revela uma descontinuidade de actuação, embora dependendo de ainda se poder falar ou não de um quadro homogéneo de execução e de atenuação da culpa.

Por outro lado, o valor a indicar na continuação criminosa não deve ser o global mas aquele que corresponda à “conduta mais grave que integra a continuação”, nos termos do art. 79.º do CP (cfr. AcRE de 24-03-2009, proc 20/06.IIDSTR.E1, relator Gilberto Cunha); os demais valores são considerados para efeito da medida concreta da pena, por força do art. 13.º do RGIT e podem ser contabilizados em sede de pedido de indemnização civil.

Não é de excluir a hipótese de se tratar de um único crime, por se estar em presença de uma única resolução criminosa, que persiste no tempo sem renovação do processo volitivo, designadamente, em situações de não entrega total de imposto(s). Num outro plano de análise, questiona-se sobre qual a modalidade de *concurso* – aparente ou efectivo – que se estabelece entre crimes tributários comuns e crimes fiscais. Na verdade, várias configurações são admissíveis.

À partida, entre os crimes tributários comuns e os crimes tributários em especial – fiscais, aduaneiros e contra a segurança social – pode estabelecer-se, naturalmente, um concurso efectivo (*v.g.* frustração de créditos e fraude, associação criminosa e contrabando, violação de segredo e abuso de confiança contra a segurança social), atento o bem jurídico dos crimes em confronto. Tal não parece impedir a conexão processual, em face do teor do art. 46.º do RGIT, na relação crimes tributários comuns e demais crimes tributários (fiscais, aduaneiros e contra a segurança social); contrariamente, entre estes últimos é que já não se poderá falar da “mesma natureza” para efeitos daquela conexão, originando processos separados, de resto, a serem investigados por entidades diversas.

Caso paradigmático e sempre controverso é o da definição do concurso de crimes entre a burla tributária (art. 87.º) e a fraude fiscal (art. 103.º), podendo assentar-se, na senda do AFJ do STJ n.º 3/2003, na distinção seguinte: *i)* estando em causa, exclusivamente, os interesses patrimoniais do Estado, a situação é de concurso aparente de crimes (subjazem relações de interferência, prevalecendo a norma que preveja a pena mais grave); *ii)* se estiverem em causa interesses patrimoniais do Estado e de terceiros já será concurso efectivo.

Finalmente, importa aludir ao concurso que se pode reconhecer entre crimes tributários e crimes comuns (CP), se estamos perante um concurso aparente se efectivo.

Em princípio, este concurso de normas rege-se por uma relação de especialidade em que o tipo legal do Código Penal funciona como norma geral (cfr. AFJ do STJ n.º 3/2003, embora com votos de vencidos).

É, de resto, a ideia base que se pode colher do disposto no artigo 10.º do RGIT, de onde parecem decorrer os dois corolários seguintes: por regra, são “*somente* aplicáveis as sanções cominadas” no RGIT – num quadro de concurso aparente com fundamento numa relação de especialidade entre normas da mesma natureza –, mas ressalvam-se os casos em que tenham sido “*efectivamente* cometidas infracções de *outra natureza*”, situação em que se abre a via do concurso efectivo de normas (*v.g.* fraude fiscal e branqueamento de capitais, abuso de confiança fiscal e participação económica em negócio).

A **pena** que o n.º 1 estabelece, de prisão até três anos ou multa até 360 dias, tem como destinatários pessoas singulares. Sendo o agente uma pessoa colectiva, terá que se atender, na falta de cominação expressa, ao disposto no n.º 3 do art. 12.º do RGIT que estabelece a pena pecuniária da pessoa singular elevada para o dobro, ou seja, para 720 dias no seu limite máximo.

8

Artigo 104.º *Fraude qualificada*

1. Os factos previstos no artigo anterior são puníveis com prisão de um a cinco anos para as pessoas singulares e multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas quando se verificar a acumulação de mais de uma das seguintes circunstâncias:

a) O agente se tiver conluiado com terceiros que estejam sujeitos a obrigações acessórias para efeitos de fiscalização tributária;

b) O agente for funcionário público e tiver abusado gravemente das suas funções;

c) O agente se tiver socorrido do auxílio de funcionário público com grave abuso das suas funções;

d) O agente falsificar ou viciar, ocultar, destruir, inutilizar ou recusar entregar, exhibir ou apresentar livros, programas ou ficheiros informáticos e quaisquer outros documentos ou elementos probatórios exigidos pela lei tributária;

e) O agente usar os livros ou quaisquer outros elementos referidos no número anterior sabendo-os falsificados ou viciados por terceiro;

f) Tiver sido utilizada a interposição de pessoas singulares ou colectivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável;

g) O agente se tiver conluiado com terceiros com os quais esteja em situação de relações especiais.

2. A mesma pena é aplicável quando a fraude tiver lugar mediante a utilização de facturas ou documentos equivalentes por operações inexistentes ou por valores diferentes ou ainda com a intervenção de pessoas ou entidades diversas das da operação subjacente.

3. Os factos previstos nas alíneas d) e e) do n.º 1 do presente preceito com o fim definido no n.º 1 do artigo 103.º não são puníveis autonomamente, salvo se pena mais grave lhes couber.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

As circunstâncias qualificadoras (anotação 4)

As circunstâncias qualificadoras: as facturas falsas (anotação 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A tentativa (anotação 7)

A comparticipação (anotação 8)

O concurso (anotação 9)

A pena (anotação 10)

- 1 A **fonte** desta disposição legal é, em grande medida, o artigo 23.º do Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, na redacção conferida àquela disposição legal pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro. Com efeito, as alíneas a descrição típica constante das alíneas *a)* a *e)* do n.º 1 do art. 104.º corresponde à das alíneas *b)* e *f)* do n.º 3 do art. 23.º do RJIFNA; apenas as alíneas *f)* e *g)* do n.º 1 do art. 104.º inovam na modelação do tipo, face ao regime anterior.
- 2 Sobre a questão do **bem jurídico** tutelado pelo crime de fraude fiscal qualificada, *vide* anotação n.º 2 ao art. 103.º do RGIT. De todo o modo, em face do teor literal do tipo legal, que centra a especial ilicitude no desvalor resultante da manipulação de documentos ou da agregação de agentes (comparticipação) na realização da conduta, evolva-se um quadro de ingredientes de uma concepção intermédia ou *mista* de tutela penal de *interesses patrimoniais do Estado* e de *valores de transparência e verdade fiscais*.
- 3 As circunstâncias enunciadas nas alíneas do n.º 1 do art. 104.º são, em nosso juízo, elementos do **tipo objectivo** que funcionam como circunstâncias qualificadoras face ao crime matricial do art. 103.º e que transmitem àquele uma natureza de especialidade (de modo aparentemente diverso, ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO que qualificam de circunstâncias modificativas agravantes, embora reconheçam que as mesmas qualificam o crime base, *in* Regime Geral das Infrações Tributárias, Coimbra Edit., 2002, p. 328). Em todo o caso, parece pacífico considerar-se as circunstâncias previstas nas alíneas do n.º 1 um elenco fechado ou taxativo de elementos qualificadores, sem prejuízo de um novo quadro típico autónomo previsto no n.º 2 do art. 104.º

Uma questão que tem sido suscitada prende-se com a qualificação ou não como crime de fraude qualificada a mera verificação de duas circunstâncias qualificativas previstas no art. 104.º, independentemente do valor da prestação tributária ou, ao invés, a exigência de, cumulativamente, se verificar um valor desta superior a €15.000, nos termos do art. 103.º, n.º 2.

Admitindo, obviamente, o carácter controverso da questão e alguns pertinentes argumentos de qualquer dos entendimentos em confronto, considera-se ser a boa solução a que exige a verificação de uma vantagem patrimonial superior a €15.000 do tipo base, por três ordens de razões: *i)* desde logo, porque a conduta do tipo qualificado tem que integrar os pressupostos do crime base, sendo um deles o valor (qual limiar de punição), a par da ocultação e ainda a conduta estar gizada para a não liquidação, pagamento, etc. da prestação tributária; *ii)* de resto, o art. 104.º começa por se reportar “*aos factos* previstos no artigo anterior...”; *iii)* finalmente, seria ilógico que, logo que se verificassem duas circunstâncias – onde, supostamente, residiria o (acrescido) desvalor da acção – e sendo a prestação de montante reduzido ou mesmo irrisório, não constituísse fraude simples mas pudesse ser fraude qualificada.

Nestes termos, apenas podem ser qualificadas como crime de fraude qualificada as condutas que traduzam uma situação tributária que deva ser levada a “cada declaração” devida e, entre o mais, seja a idónea a gerar uma diminuição de receita tributária superior a €15.000.

- 4 Em matéria de **circunstâncias qualificadoras**, enquanto elementos do tipo objectivo, é de considerar:

Desde logo, a de “**o agente se ter conluiado com terceiros...**” (al.^a *a)*) cujo âmbito abarca modelos de conduta de ocultação ou alteração de factos ou valores com relevância tributária ou ainda negócios simulados com intervenção de outrem com deveres profissionais neste domínio (*v.g.* TOC, ROC, contabilista, advogado, notário)

que pela especial habilitação profissional-funcional e posição deontológica geram um acréscimo de desvalor da acção, nesta “delinquência patrimonial astuta” (na expressão de Quintano Ripollés), para o agente originário e, bem assim, um critério de imputação objectiva, na base da relação de autoria e/ou comparticipação que se estabelece com aquele, para o terceiro (*vide* nota n.º 8 sobre comparticipação). Depois, nas situações em que **“o agente for funcionário público e tiver abusado gravemente das suas funções”** (al.^a b)), parecendo o legislador, na terminologia utilizada, contemplar o conceito criminal densificado no art. 386.º do CP (Neste sentido, ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p. 329; com reservas, SUSANA AIRES de SOUSA, *op. cit.* pp. 114). O legislador parece partir da ideia de uma especial posição profissional de funcionário para atentar contra o bem jurídico tutelado pela fraude fiscal e, bem assim, um especial estatuto deontológico de conformidade à lei e deveres funcionais que justificam qualificar as actuações desconformes no plano tributário. É, em todo o caso, discutível que a noção de funcionário, enquanto elemento qualificador, deva ser essa e não apenas a de “funcionário tributário” porquanto, no padrão normal de uma e outra categoria, só este se revela agente especialmente habilitado a lesar o bem jurídico. Também quando **“o agente se tiver socorrido do auxílio do funcionário público com grave abuso das suas funções”** (al.^a c)), estabeleceu o legislador, de modo expresso, uma linha de imputação objectiva do crime ao funcionário (quer como cúmplice quer como autor) – que os arts. 28.º e 29.º do CP já resolveriam através da cláusula de comunicabilidade da ilicitude –, mas, simultaneamente, qualifica a conduta do agente originário. Ora, nesta sede, razões há que sugerem uma leitura restritiva do conceito de “funcionário” por referência à qualidade de funcionário tributário (se não mesmo funcionário fiscal): por um lado, a noção de “funcionário público” é tão ampla que não se descortina em largos segmentos da Administração (ou Administrações) qualquer acréscimo de desvalor ou de incremento de perigo para o bem jurídico face à generalidade dos cidadãos não funcionários, além de que fica distante, na “competência de acção” do funcionário tributário em matéria de idoneidade da conduta para a lesar o bem jurídico; por outro lado, o advérbio “gravemente” com que a letra da lei qualifica a actuação do funcionário é de tal modo imprecisa, quando aplicada às variadas estruturas da Administração Central e equiparadas, que a noção se revela excessivamente aberta e imprecisa e, por conseguinte, não operativa (por exemplo, no plano quantitativo, qual o grau de gravidade que enquadra a punição ou não de certa actuação, ou ainda, no plano da natureza das funções, deve a gravidade do abuso de funções ser escrutinado em razão dos seus deveres funcionais específicos – “suas” funções – ou por referência ao quadro de valores e deveres que enformam o domínio tributário?); acresce que o conceito amplo de funcionário conduz a um alargamento da punibilidade em nosso juízo, injustificado, quando a imputação pelo crime de fraude na forma simples bastaria, a menos que se verificassem outras circunstâncias qualificadoras. E ainda no caso de **“o agente falsificar [...] recusar entregar [...] livros, programas ou ficheiros informáticos ou quaisquer outros documentos”** (al.^a d)) através do qual se tipificam condutas que, de outro modo, configurariam crimes de falsificação ou ocultação de documento. Os documentos a que ali se alude não abrangem as facturas por estas terem previsão autónoma no n.º 2 do mesmo preceito. Bem como, sem que **“o agente usar os livros ou quaisquer outros elementos referidos número anterior sabendo-os falsificados por terceiros”** (al.^a e)), encontrando-se nessa situação os casos em que, apesar de manipulados os elementos referenciados na alínea anterior – e não no “número anterior”, como o legislador, por lapso, refere – por terceiro, são exibidos perante a Administração Tributária

pelo agente ou são, por qualquer forma, usados por este para benefício da sua posição tributária. Do mesmo modo que na alínea anterior, os elementos a que se faz referência não abrangem as facturas por estas terem previsão autónoma no n.º 2 do mesmo preceito.

Acrescem ainda os casos em que **“tiver sido utilizada a interposição de pessoas singulares ou colectivas residentes fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável”** (al.^a f)). Constitui uma inovação do RGIT tendo em vista dissuadir e punir situações de utilização de esquemas fraudulentos em que o agente aproveita condições fiscais mais favoráveis de outros regimes jurídicos, desde que verificados dois pressupostos: por um lado, que ocorra a interposição de pessoas residentes fora do território nacional, designadamente, através de circuitos financeiros em “paraísos fiscais” com operações injustificadas; por outro lado, que a actuação do agente, daquelas pessoas (com conhecimento daquele) ou de ambos traduza uma ocultação ou alteração de factos, valores ou documentação de suporte, ou ainda um negócio simulado. Ainda assim, as medidas de planeamento fiscal que extravasem a descrição típica da lei, não podem se consideradas condutas fraudulentas para efeito do preenchimento do tipo em apreço. Finalmente, quando **“o agente se tiver conluiado com terceiros com os quais esteja em situação de relações especiais...”** (al.^a a)). Trata-se de uma inovação do RGIT, ainda que, por certo, sem grande âmbito de aplicação já que, à minguia de uma densificação da expressão “relações especiais”, um esforço hermenêutico de determinar um sentido útil há-de, pelo menos, convergir na necessidade de evitar redundância com as situações enunciadas nos números anteriores, designadamente da al.^a a).

- 5 Significativa é ainda a posição assumida pelo legislador de autonomizar no n.º 2, face ao elenco de **circunstâncias** previstas no n.º 1 do art. 104.º, a utilização de **“facturas falsas”** como expressão da importância reconhecida ao assunto em sede de política criminal. A noção de factura radica nos vetustos diplomas do Código Comercial (art. 476.º) e Decreto n.º 19490, de 21-03-1931, mas tem uma conformação de requisitos no art. 28.º e ss. do CIVA. É comum reconhecer-se na tipologia legal de “facturas falsas” as seguintes: i) as relativas a operações inexistentes; ii) as referentes a valores diversos dos valores reais das operações subjacentes; iii) as que apresentam uma desconformidade de intervenientes relativamente às pessoas da operação material subjacente. O mesmo é dizer que, em termos práticos, o conceito abrange uma panóplia alargada de situações, desde facturas de inexistentes operações materiais de transmissão de bens ou serviços (em cascata ou não), até à falta de correspondência do conteúdo com as operações em causa ou com a execução financeira efectiva da operação ou acto jurídico-tributário, ou ainda a adulteração de dados (que não valores) em desconformidade com a relação subjacente ou com os demais elementos contabilísticos de suporte (orçamentos, notas de encomenda, guias, recibos de quitação, etc.), bem como a utilização de facturas “pró-forma” na justificação de despesas e no apuramento da matéria colectável ou no preenchimento de situações tributárias passíveis de gerar reembolsos, além de outros casos.
- 6 Sobre a problemática do **tipo subjectivo**, vide nota n.º 3 ao art. 103.º do RGIT. A realização do tipo objectivo há-de dar corpo ao fim pretendido pelo agente, qual elemento volitivo do dolo que preenche e se esgota no dolo do tipo, sem necessidade de um elemento adicional do tipo subjectivo. Por conseguinte, o dolo do tipo há-de abranger as condutas tipificadas no art. 103.º (de ocultação de valores ou factos ou ainda da simulação de negócios jurídicos) e necessariamente os elementos factuais que integram as (duas) circunstâncias qualificadoras em presença no caso concreto.

O crime de fraude qualificada admite a punição na **forma tentada**, em face da moldura penal prevista para as pessoas singulares (de um a cinco anos de prisão), nos termos do disposto no art. 23.º do CP, por força do art. 3.º do RGIT. 7

Em matéria de **complicação**, veja-se a nota n.º 6 ao art. 103.º, cujo teor se adequa, *mutatis mutandis*, ao preceito ora em análise. 8

É de considerar, todavia, as situações em que intervém terceiros na prática da infracção em virtude de o agente se ter “conluiado” com aqueles (al.ª a) do n.º 1), se ter socorrido de funcionário público (al.ª c) do n.º 1), usar documentos falsificados por terceiros (al.ª e) do n.º 1) e se ter “conluiado” com terceiros com os quais tenha relações especiais (al.ª g) do n.º 1). Ora, tratando-se de crime específico, não pode deixar de se começar por imputar o crime, *prima facie*, ao destinatário da norma, ou seja, aquele sobre que impende o dever de proceder à declaração e pagar o imposto em causa; sem prejuízo de se mostrar aplicável o regime de comunicabilidade previsto nos arts. 28.º e 29.º do CP, por força do art. 3.º do RGIT.

Em matéria de **concurso**, atento o disposto no n.º 3 do art. 104.º, carece de autonomia o crime de falsificação de documentos que, muitas vezes, constitui instrumento ou artifício fraudulento. Trata-se, com efeito, de um caso de consunção expressa: se aplicável o art. 104.º, als. d) ou e), então, não se pune a falsificação de documento, nos termos do art. 256.º CP, o mesmo é dizer que o legislador afasta a possibilidade do concurso efectivo (tal como sucede no caso da burla tributária prevista no art. 87.º n.º 4 do RGIT); se não se considera e pune a falsificação como momento ou expediente ardiloso da fraude – porque, por exemplo, o valor da prestação tributária não atinge o valor de €15.000 ou €7.500 –, emerge, com autonomia, a falsificação *tout court* como crime comum. (Sobre a temática, veja-se o texto de MÁRIO FERREIRA MONTE, “O chamado “crime de facturas falsas”: problemática da punição por crime de burla e ou de fraude fiscal”, in *Scientia Jurídica*, Tomo XLV, 1996, n.ºs 262 e 264, pp. 355-380). 9

Apesar de o legislador no n.º 3 do art. 104.º estabelecer tal solução de consunção expressa – resolvendo, por essa via, as situações de concurso geradas com os casos das als. d) e e) que assim perdem autonomia –, o teor das alíneas b) e c) do n.º 1 (intervenção de funcionário que pode incorrer na prática de crime de corrupção) continua a permitir defender-se o concurso efectivo de crimes, tomando em linha de conta a parte final do disposto no art. 10.º do RGIT.

Questão controversa é o da clarificação do concurso de crimes de burla tributária (art.º 87.º do RGIT) ou de burla comum (art. 217.º e 218.º do CP actual) e de fraude fiscal (art. 103.º e 104.º do RGIT), sobretudo, em torno da discussão sobre a punibilidade dos reembolsos indevidos de IVA (os chamados casos das “facturas falsas”), actualmente, com especial incidência típica no n.º 2 do art. 104.º do RGIT. Já tem sido ensaiada a distinção entre os dois tipos penais, de modo simplificado, pela forma seguinte: se o agente usa declarações com informação falsa, para obter reembolso ou subvenção, estamos perante o crime de burla cuja conduta típica visa “efectuar atribuições patrimoniais...”; mas se o agente oculta factos ou valores para diminuir as receitas tributárias, estamos reconduzidos à fraude; todavia, em situações passíveis de preencher quer um quer outro crime mas em que a vantagem patrimonial é inferior ao limite negativo da incriminação da fraude, apenas o crime de burla se poderá verificar já que não exige um valor-limite mínimo. Todavia, não deixa de se questionar esta demarcação, à luz da actual redacção do preceito, porquanto o crime de fraude compreende expressamente como modelo de conduta típico “a obtenção indevida de [...] reembolsos ou outras vantagens” (como já sucedia no art. 23.º do RJFNA, após a alteração de 1993), deixando ainda de fazer sentido o critério de distinção baseado na verificação de um prejuízo indirecto ou

de um prejuízo directo para a Administração Tributária (deixando de arrecadar receitas ou entregar ao contribuinte algo a que este não tinha direito por não se enquadrar numa situação tributária).

A discussão doutrinal e jurisprudencial remonta já a 1993, quando o Supremo Tribunal de Justiça procurou operar a distinção entre situações subsumíveis ao crime de burla e subsumíveis ao crime de fraude fiscal, no que estava acompanhado por NUNO SÁ GOMES (*"Teoria Geral dos Benefícios Fiscais"* in *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, n.º 376, p. 53 e ss.), privilegiando o crime de burla comum por se entender que com as facturas falsas não se evitava a tributação antes se obtinha valores quando o imposto nem sequer era devido. Já em Ac. de 3-10-1996, o STJ sustentou a tese de que o Estado Administração não podia ser sujeito passivo do crime de burla, tese contestada por MÁRIO FERREIRA MONTE, in *"O chamado 'crime de facturas falsas'"* T 262 e 264, pp. 355 e ss. Já para FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, in *"O crime de fraude fiscal"*, p. 71 e ss., que afirma existir uma relação de especialidade entre as normas do Direito Penal de Justiça e o RGIT. No mesmo sentido aponta também expressiva jurisprudência, designadamente Ac. STJ de 28-04-1999 (Proc. n.º 302/97 – 3.ª sec.) e AC. STJ de 02-03-2000 (Proc. 810/99 – 5.ª sec.).

Em suma, a demarcação parece passar pela ideia de se entender que preenche o tipo fiscal se tiverem sido exclusivamente interesses do Estado mas já seria crime de burla (comum) quando tiverem sido lesados interesses particulares.

- 10 O legislador estabeleceu uma **pena** de prisão para as pessoas singulares de prisão de um a cinco anos e pena de multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas. A não correspondência de critério da pena das pessoas singulares face à das pessoas colectivas (1 ano = a 120 dias...) significa uma vontade do legislador em dissuadir os agentes que dispõem de uma maior capacidade lesiva dos bens jurídicos tutelados.

Artigo 105.º

Abuso de confiança

1. Quem não entregar à administração tributária, total ou parcialmente, prestação tributária de valor superior a €7.500, deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias.

2. Para os efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja.

3. É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza parafiscal e desde que possa ser entregue autonomamente.

4. Os factos descritos nos números anteriores só são puníveis se:

a) tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação;

b) a prestação comunicada à administração tributária através da correspondente declaração não for paga, acrescida dos juros respectivos e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito.

5. Nos casos previstos nos números anteriores, quando a entrega não efectuada for superior a € 50 000, a pena é a de prisão de um a cinco anos e de multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas.

6. [Revogado]

7. Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotação 1)
- O bem jurídico (anotação 2)
- O tipo objectivo (anotação 3)
- O tipo subjectivo (anotação 4)
- As causas de justificação e de desculpa (anotação 5)
- A tentativa (anotação 6)
- A comparticipação (anotação 7)
- O concurso (anotação 8)
- A pena (anotação 9)

A **fonte** histórica próxima é o artigo 24.º do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro. Veio a sofrer profunda alteração pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24 de Novembro. Entretanto, a Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho (RGIT) veio estabelecer como sucedâneo o tipo penal do art. 105.º Este preceito foi, entretanto, objecto de alterações nos n.º 4, 1 e 6 pelas Leis n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro e 64-A/2008, de 31 de Dezembro. 1

Relativamente à questão do **bem jurídico** tutelado pelo crime de fraude fiscal qualificada, *vide* anotação n.º 2 ao art. 103.º do RGIT. Ainda assim, sempre se poderá afirmar que o valor cimeiro que a norma penal em apreço procura salvaguardar é o do interesse patrimonial do Estado, sem prejuízo de ser co-natural ao âmbito de tutela do crime a promoção de *valores de colaboração* do sujeito passivo para com a administração tributária (transparência e verdade fiscais), já que é suposto aquele assumir uma posição de substituto tributário. 2

O **tipo objectivo** preenche-se com a adopção de condutas de não entrega, em prazo estabelecido, da prestação tributária em dívida. Pelo que a lei parece construir o tipo legal numa base de omissão pura, diferentemente do que sucedia com o art. 24.º do RJIFNA, na última redacção, que radicava o objecto da acção no verbo “apropriar” (“quem se apropriar, total ou parcialmente...”). 3

Aquelas condutas integram, basicamente, algum dos modelos de situações típicas correspondentes a:

- i) – prestação tributária não entregue mas que, nos termos da lei, estava obrigado a deduzir e a entregar (*v.g.* em matéria de IVA) – n.º 1;
- ii) – prestação deduzida por conta daquela prestação tributária (*v.g.* retenção na fonte de IRS; pagamento por conta em sede de IRC) – n.º 2;
- iii) – e prestações para fiscais – n.º 3; (sendo certo que com a alteração de 1993 ao RJIFNA em que se autonomizou o abuso de confiança contra a segurança social, praticamente deixou esta modalidade esvaziada de objecto de acção, servindo, agora, de norma residual ou cláusula de segurança).

Note-se que no crime de abuso de confiança fiscal, o agente institui-se, regra geral, na figura de **substituto tributário**, isto é, tem como dever deduzir /entregar ao Fisco como se fosse membro deste, em sua substituição, as prestações tributárias, podendo até o agente nem ser o devedor do imposto como sucede em matéria de IRS de trabalhadores, retido na fonte pela entidade patronal.

Tem merecido ampla discussão na comunidade jurídica a inclusão ou não da “apropriação” nos elementos típicos do crime em apreço.

Para certo entendimento, considera-se que a “apropriação” constitui um elemento implícito do tipo. Com efeito, mesmo que no art. 105.º “não se faça expressa referência à apropriação, todavia, ela está contida (pelo menos, de forma implícita) no espírito do texto normativo, sendo ela uma consequência lógica do desvio do destino das prestações tributárias” [...], pelo que não se exige que haja um enriquecimento

pessoal, bastando que os valores lícitamente recebidos tenham tido uma afectação diferente daquela a que se destinavam (cfr. Ac. STJ de 24-03-2003, *in* CJ, ano XI-2003, Tomo I, pp. 234 e ss.; Ac. STJ 10/01/2007; Ac. RC 25-03-2009, relator Jorge Gonçalves, ainda que com enfoques diferentes; também SUSANA AIRES DE SOUSA, *in* Os crimes fiscais, Coimbra Edit., 2009-reimp., pp. 121 e 305 e ss., considerando mais correcta a técnica legislativa que compreende o elemento da “apropriação”, apesar de reconhecer que a norma não o consagra explicitamente).

Para outro entendimento, o tipo legal consubstancia um crime de omissão pura: contrariamente ao que sucedia na última redacção do art. 24.º do RJFNA – que dispunha “quem se apropriar, total ou parcialmente, de prestação tributária...” –, o art. 105.º não exige o elemento da apropriação; o crime consuma-se com a não entrega da prestação no prazo legalmente fixado, independentemente do destino (gastos pessoais, vida empresarial, benefício de terceiros, etc.) que for dado aos montantes não entregues à administração tributária; de resto, é difícil conceber situações em que alguém, tendo deduzido e não entregue a prestação tributária, não se tenha apropriado dela (Ac. RE de 28-06-2005, CJ, Ano 2005, T 3, p. 266; NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança fiscal no regime geral das infracções tributárias”, *Fiscalidade*, n.º 13/14, 2003, p. 86). Por sua vez, GERMANO MARQUES da SILVA refere que se considerou, em sede de trabalhos preparatórios do RGIT, que “quem deduziu e não entregou, se apropriou” *in* “Notas sobre o regime geral das infracções tributárias” (*in* *Direito e Justiça*, vol. XV, T II, 2001, pp. 59-70). De modo semelhante, JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS consideram que, diferentemente do que sucede com o crime de abuso de confiança comum (do art. 205.º do CP) onde é suposto haver uma apropriação por força de um acto de inversão do título da posse, o crime de abuso de confiança basta-se com a não entrega total ou parcial de tributação tributária ou para-fiscal (Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 742 ; Também ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p. 333). Este raciocínio não deve, em todo o caso, traduzir uma presunção inelidível, mas, à luz das regras da experiência, pode configurar um esquema mental próprio de presunção judicial já que a não entrega da prestação, no prazo estabelecido, traduz uma manifestação externa e concludente de apropriação.

De acordo com o estipulado no n.º 7 do art. 105.º, o valor da prestação em dívida é aferido segundo o montante que consta ou deveria constar de *cada declaração* a apresentar à administração tributária, nos termos da legislação aplicável do imposto em causa.

E, após a entrada em vigor da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, só assume relevância criminal o valor da declaração que ultrapasse €7.500. Sobre a classificação dogmática e incidências de regime jurídico de tal cláusula de valor, *vide* nota 3 (e 3.6) ao crime de fraude do art. 103.º

Em matéria de **punibilidade da conduta**, importa ter presente que o n.º 4 estabeleceu uma condição objectiva de punibilidade ao protelar o momento a partir do qual o facto se torna punível – 90 dias após o decurso do prazo legal de entrega da prestação – circunstância que se revela alheia à actuação e ao dolo do agente. Tal circunstância também tem como consequência que o prazo de prescrição só se inicie no fim daquele “prazo suplementar”, porquanto, em boa verdade, só a partir de tal momento o facto se tornou punível ou passível de pena (cfr. ALFREDO JOSÉ de SOUSA e M. SIMAS SANTOS *in* Regime Geral das Infracções..., p. 741; ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p. 333; NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança fiscal...” p. 113). Assim, a consumação

material ocorre apenas no termo do prazo suplementar a que se reporta o n.º 4 do artigo 105.º

Entretanto, a Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, veio aditar um novo elemento, comumente considerado condição objectiva de punibilidade, ao fazer depender a punibilidade de prestação comunicada à administração tributária de uma dilação de 30 dias após notificação para pagamento da prestação, respectivos juros e coima a que haja lugar (AFJ n.º 6/2008, do STJ, de 09-04-2008; Ac. STJ de 20-12-2007, Proc. 3220/07; Ac. STJ de 27-06-2007, Proc. 2050/2007; AcRP de 14-02-2007, Proc. 6222/06). No entanto, outra corrente jurisprudencial considerou tal circunstância elemento do tipo pelo que, consequentemente, a sua adição operou a descriminalização das condutas em processos a correr termos (AcRC 28-03-2007, relator Gabriel Catarino). Apesar de a consumação material ocorrer apenas no termo do prazo suplementar a que se reporta o n.º 4 do artigo 105.º

Ainda assim, torna-se necessário, para o preenchimento do tipo, que o valor tenha sido deduzido ou tenha sido recebido pelo agente. É suposto que, subsequentemente, o agente tenha entregado à administração tributária a prestação arrecadada, em nome do princípio da substituição tributária, ou seja, de uma relação próxima da do fiel depositário da qual decorrem deveres para com o Fisco. Nessa linha, o Tribunal Constitucional considerou que não era inconstitucional a estipulação legal de pena privativa da liberdade pelo não pagamento de dívida de imposto, como sua única razão de ser, por parte do agente devedor da prestação tributária (cujo conceito se contempla na al.ª a) do n.º 11.º do RGIT), em virtude de este estar investido na qualidade de substituto, encontrando-se vinculado a deveres de índole não meramente contratuais mas de natureza legal (cfr., entre outros, Ac. TC n.º 54/04, de 20-01-2004; n.º 494/74, de 9-07; n.º 312/2000, de 20-06; n.º 516/2000, de 29-11). Na senda de tal fundamentação, posicionam-se alguns autores que entendem tratar-se a relação de confiança “gente-Fisco”, enquanto devedor substituto, um elemento objectivo implícito do tipo já que aquele assume uma posição jurídica de domínio sobre a prestação (AUGUSTO SILVA DIAS *in* “O novo direito...” p. 276), atenta a incidência económica do imposto sobre os reais contribuintes nos quais se repercute o sacrifício patrimonial, levando a que em algumas situações apenas se possa falar de substituição imprópria (*v.g.* retenção de IRS de rendimentos do trabalho dependente).

O art. 115.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro veio revogar o disposto no n.º 6 do artigo 105.º que, na última versão, estabelecia uma causa de extinção da responsabilidade criminal, nos termos seguintes: “se o valor da prestação a que se referem os números anteriores não exceder €2.000, a responsabilidade criminal extingue-se pelo pagamento da prestação, juros respectivos e valor mínimo da coima aplicável pela falta de entrega da prestação no prazo legal, até 30 dias após a notificação para o efeito pela administração tributária.” De resto, esta era a redacção introduzida pela Lei n.º 60-A/2005, de 30.12, já que a redacção originária estipulava como limite máximo €1.000.

À questão de saber se o contribuinte que deve entregar a prestação tributária que deduziu ou recebeu, na sua veste de substituto fiscal, pode utilizar a mesma até ao momento de a entregar à administração tributária, parece não fazer sentido exigir um regime de “reserva” já que, sendo coisa infungível e tomando como critério da não entrega (e apropriação) o termo do prazo, qualquer afectação temporária dos valores a entregar parece ser estranha ao preenchimento do tipo penal e ser, de resto, mais consentânea com a boa gestão financeira dos recursos.

No tocante ao **tipo subjectivo**, importa reconhecer que o crime apenas conhece a forma dolosa e, por conseguinte, o agente deverá abranger, no âmbito do dolo

do tipo, todos os elementos típicos do ilícito. Quando apenas ocorra a negligência será esta a forma relevante para efeito de sancionamento da conduta através da subsunção ao art. 114.º (contra-ordenação).

Contrariamente à redacção originária da norma do art. 24.º do RJFNA – em que se iniciava a descrição típica com a expressão “quem, com intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial...” –, o actual tipo penal do art. 105.º não faz referência expressa a qualquer dolo específico ou elemento subjectivo específico, de resto, sempre de demonstração extremamente difícil.

De realce a circunstância de a representação do facto e inerente vontade de realizar o tipo não reclamar a sua extensão às condições objectivas de punibilidade que o preceito compreende.

- 5 Tem-se entendido em significativa jurisprudência que a impossibilidade de cumprimento da prestação tributária não é elemento constitutivo do crime de abuso de confiança fiscal nem **causa de justificação** ou de **exclusão da culpa** (Ac. TC 312/00, DR – II s, 17-10-2000; Ac. TC 54/04, de 20-01-2004, Proc. 640/03; Ac. STJ de 08-11-2001, Proc. N.º 2988/01; Ac. STJ de 07-06-2000, Rec. n.º 200/2000). Mesmo pagando salários, a fornecedores, etc., e, assim, não entregando a prestação tributária devida, preenche-se o crime de abuso de confiança porquanto essas vias constituem modos de o agente se apropriar e dispor dos valores em dívida para outros fins como coisa sua (Ac. STJ de 26-01-2000, Proc. 815/99; Ac. da RP de 10-11-04, CJ t. 5, p. 209; Ac.RL de 23-02-2005, Proc. n.º 10220/04; AcRL de 06-07-2006, Proc. n.º 3722/06). Sem prejuízo de aquelas circunstâncias serem levadas em conta na determinação da medida concreta da pena.
- 6 O crime de abuso de confiança fiscal admite a punição na **forma tentada**, em face da moldura penal prevista para as pessoas singulares (de um a cinco anos de prisão), apenas quando se trate da forma agravada do tipo, prevista no n.º 5 do art. 105.º, por aplicação das regras gerais do CP, aplicáveis por força do art. 3.º do RGIT. Todavia, atenta a estruturação típica do crime – de mera actividade –, não será fácil nem frequente identificarem-se situações que configurem um crime de abuso de confiança agravado na forma tentada, a menos que, antes de terminado o prazo de entrega de certa declaração periódica, o agente proceda à declaração de valor inferior ao que a administração tributária vem a apurar (cuja diferença supere os € 50.000), circunstância em que aquele poderia alegar que estava em tempo e/ou “pretendia” apresentar uma declaração de substituição para corrigir os dados (cfr. sobre a possibilidade remota de verificação SUSANA AIRES de SOUSA, *op. cit.* pp. 138 e ss.).
- 7 Em matéria de **comparticipação**, veja-se a nota 6 ao art. 103.º, cujo teor se adequa, *mutatis mutandis*, ao preceito ora em análise. É de considerar, todavia, as situações em que intervêm terceiros na prática da infracção em virtude de o agente se ter “conluiado” com aqueles (al.^a a) do n.º 1), se ter socorrido de funcionário público (al.^a c) do n.º 1), usar documentos falsificados por terceiros (al.^a e) do n.º 1), se ter “conluiado” com terceiros com os quais tenha relações especiais (al.^a g) do n.º 1). Ora, tratando-se de crime específico, não pode deixar de se começar por imputar o crime, *prima facie*, ao destinatário da norma, ou seja, aquele sobre que impende o dever de proceder à declaração e pagar o imposto em causa; sem prejuízo de se mostrar aplicável o regime de comunicabilidade previsto nos arts. 28.º e 29.º do CP, por força do art. 3.º do RGIT.
- 8 Em matéria de **concurso**, importa ter presente o já atrás referido nas notas 7 e 9 aos arts 103.º e 104.º, respectivamente, relativos aos crimes de fraude. Convém ainda recordar que a redacção originária do art. 24.º n.º 6 do RJFNA (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15.01) fomentava a tese da verificação de concurso

real ao dispor: “se a obrigação da entrega da prestação for de natureza periódica, haverá tantos crimes quantos *os períodos* a que respeita tal obrigação”. Com a alteração ao preceito introduzida pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24.12, deixou de se poder falar em concurso real para se poder admitir a subsunção da plúrima violação do tipo penal ao quadro de requisitos do art. 30.º do CP (no sentido de admitir a continuação criminosa, cfr. Ac. STJ de 20-06-2001, *in* CJ, Ano IX, 2001, Tomo II, p. 227; Ac. STJ de 29-01-2004, *in* CJ, Ano XII, 2004, Tomo I, p. 186 e ss.). Importante para se reconhecer a verificação de crime continuado é, não só a realização plúrima numa execução essencialmente homogénea mas também um circunstancialismo exterior que diminua consideravelmente a culpa (*v.g.* razões de mercado, falta de encomendas ou de escoamento do produto), num quadro temporal realista combinado com uma tendência de resolução subjectiva coerente (pelo que dificilmente poderá conceber-se uma atitude de pagar umas prestações e outras não – cfr. Ac STJ de 29-01-2004, www.dgsi.pt – base STJ; Ac STJ 08-07-1999, Proc. 603/99).

Acresce que o valor a considerar do crime continuado não é o valor global das prestações tributárias não entregues, em correspondência com as declarações legais, mas o valor mais elevado de alguma delas, individualmente considerada (Ac. STJ 12-10-2000, CJ, ANO VIII, Tomo III, p. 194; AcRL de 25-05-2005, Proc. n.º 0511850) – por exemplo, uma das condutas pode ser de valor superior a € 50 000, punida nos termos do n.º 5 do art. 105.º, e as outras apenas de 10 000, punidas nos termos do n.º 1 –, em coerência com a ideia rectora de que, no crime continuado, a punição é encontrada na moldura penal correspondente à conduta mais grave que integra a continuação (AcRE, 24-03-2009, Proc 20/09 www.dgsi.pt – base TRE) Decerto a questão do concurso que se pode suscitar com maior premência diz respeito à relação do tipo penal em apreço com o crime de abuso de confiança previsto no Código Penal. Parece haver consenso generalizado, na doutrina e na jurisprudência, quanto à existência de uma relação de especialidade entre as duas normas penais em análise; e, apesar de a alteração do crime de abuso de confiança fiscal ter plasmado uma estrutura formal, não se exigindo o elemento da “apropriação”, em rigor, só parcialmente há sobreposição na modelação típica, o que não impede uma construção dogmática assente na relação de especialidade (cfr. FIGUEIREDO DIAS/ COSTA ANDRADE, *in* “O crime de fraude fiscal...”, p. 436; ALFREDO JOSÉ de SOUSA, *in* *Infracções Fiscais...*, p. 114; ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p. 335; NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança fiscal...” p. 103 e ss. que também chega a admitir situações de concurso real e até a inexistência de concurso, nesta parte, no caso de o devedor estar objectivamente impossibilitado de cumprir as suas dívidas fiscais).

Em matéria de **pena**, o legislador estabeleceu a de prisão para as pessoas singulares de prisão até três anos ou multa até 360 dias e, na forma agravada (n.º 5 do art. 105.º), de um a cinco anos para as pessoas singulares e pena de multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas.

No que respeita à punição dos entes colectivos, em sede do crime base, há-de atender-se ao disposto no art. 12.º n.º 3 do RGIT, nos termos do qual a moldura penal a considerar é o dobro dos limites mínimo e máximo estabelecidos para a pessoa singular (no caso, de 20 e 720, respectivamente).

9

Artigo 106.º

Fraude contra a segurança social

1. Constituem fraude contra a segurança social as condutas das entidades empregadoras, dos trabalhadores independentes e dos beneficiários que visem a não liquidação, entrega ou pagamento, total ou parcial, ou o recebimento indevido, total ou parcial, de prestações de segurança social com intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial ilegítima de valor superior a € 7500.

2. É aplicável à fraude contra a segurança social a pena prevista no n.º 1 do artigo 103.º e o disposto nas alíneas a) a c) do n.º 1 e no n.º 3 do mesmo artigo.

3. É igualmente aplicável às condutas previstas no n.º 1 deste artigo o disposto no artigo 104.º

4. Para efeito deste artigo também se consideram prestação da segurança social os benefícios previstos na legislação da segurança social.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A comparticipação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A **fonte** desta disposição legal é o artigo 27.º do Regime Jurídico das Infrações Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, na redacção conferida àquela disposição legal pelo Decreto-Lei n.º 140/95, de 14 de Junho.
- 2 Sobre a questão do **bem jurídico** tutelado pelo crime de fraude contra a segurança social, *vide* nota n.º 2 ao art. 103.º do RGIT. Faz-se notar que não existe uma identidade plena de bem jurídico tutelado, pelo crime do art. 106.º e pelo do art. 103.º do RGIT, nos cânones de doutrina autorizada e de alguma jurisprudência (cfr. SUSANA AIRES DE SOUSA, *in* Crimes Fiscais, p. 171 e ss., 266 e ss., 288 e ss.; CARLOS RODRIGUES DE ALMEIDA, “Os crimes contra a segurança social...” *in* RMP, n.º 72, Edit. Minerva, pp. 95 e ss.; Ac. Rel. Évora, de 12/06/2007, relator António João Latas, *in* www.dgsi.pt) já que, enquanto nos crimes fiscais se pode reconhecer como valores ao proteger o regular funcionamento do sistema fiscal, o património estatal fiscal e a subsequente promoção de bem-estar comunitário e justiça social, já nos crimes contra a segurança social visa-se a satisfação de créditos desta para prossecução de fins específicos, de que nem todos os cidadãos beneficiam, com a inerente consignação de receitas e de despesas que importa acautelar.
- 3 Na caracterização do **tipo objectivo** do art. 106.º do RGIT merece realce a circunstância de que se trata de um tipo penal “plúri-remissivo” em que opera a técnica da assimilação de outras modelações típicas, ao mandar aplicar quer as condutas típicas das alíneas a) a c) do n.º 1 do art. 103.º, quer a punição estabelecida nesse preceito, quer o critério da “declaração periódica” para determinação do valor, quer ainda as circunstâncias qualificadoras da fraude fiscal previstas nos n.ºs 1 e 2 do art. 104.º, bem como a regra de consunção estabelecida no n.º 3 ali estabelecida. Esta matriz remissiva conduz a um desdobramento da norma penal do art. 106.º em dois tipos penais autónomos: o n.º 1 e o n.º 2 integram o tipo penal base da fraude contra a segurança social; o n.º 3 constitui o tipo qualificado (com a dupla

remissão para o n.º 1 do art. 106.º e em articulação com o disposto no art. 104.º do RGIT); acresce o n.º 4 que assimila à noção de prestação da segurança social os benefícios previstos em legislação da segurança social – mormente as chamadas “prestações sociais” *v.g.* subsídio de desemprego, rendimento de reinserção social, abonos, ou outras – pelo que há-de respeitar, alargando o âmbito de protecção, quer ao tipo base quer ao tipo qualificado.

Como consequência daquela remissão, regem também aqui as considerações tecidas nas anotações aos preceitos para que o art. 106.º remete (arts. 103.º e 104.º). Estabelece-se no n.º 1 do art. 106.º – à semelhança do que sucede no corpo do n.º 1 do art. 103.º do RGIT – que as condutas “visem a não liquidação, entrega ou pagamento...” o que, em nosso entendimento, constitui o ingrediente de aptidão daquelas, associada ao valor superior a €7.500. Mas, diferentemente do que ocorre na norma da fraude fiscal, ali acresce o segmento “com a intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial ilegítima”, no que, tradicionalmente, se designa por dolo específico, cuja demonstração redundava em dificuldades acrescidas. O preceito mantinha uma incongruência legislativa ao estipular como limiar de punição das condutas o valor superior a €7.500 quando o art. 103.º estipulava um limite de tolerabilidade inferior a €7.500 – mantendo-se a dissonância de tratamento nos casos em que o valor se mostrava igual a €7.500 –, situação superada pela Lei n.º 60-A/2005, de 30-12, ao alterar no art. 3.º n.º 2 o quantitativo para o valor limite de tolerabilidade para montante inferior a €15.000.

O tipo penal em apreço enuncia as categorias de destinatários a que se dirige – entidades empregadoras, trabalhadores independentes e beneficiários –, revelando tratar-se de uma crime específico que garante uma determinabilidade subjectiva confinada.

A combinação de elementos do tipo de ilícito insertos na norma do art. 106.º com outros elementos dos demais referentes normativos conduz a uma construção típica não isenta de dúvidas: por exemplo, a de saber se “as condutas das entidades empregadoras, trabalhadores independentes e dos beneficiários que visem a não liquidação...” são sempre e apenas as que se traduzem em alguma das situações fenoménicas das alíneas do n.º 1 do art. 103.º; já que a enumeração que ali se faz deve considerar-se taxativa; assim como a de saber se as (duas) circunstâncias qualificadoras do art. 104.º (por remissão do n.º 3 do art. 106.º) face ao crime matricial do art. 103.º conferem *ipso facto* a natureza de especialidade independentemente de se verificar o valor de €7.500, já que aquele n.º 3 também remete para as condutas do n.º 1 de onde consta tal valor, a considerar como limiar de punição, quer do tipo na forma simples que na forma qualificada.

Sobre a densificação das *circunstâncias qualificadoras*, enquanto elementos do tipo objectivo a tomar em consideração, *vide* anotação 4 e 5 do art. 104.º

Sobre a matéria do **tipo subjectivo**, consultar a nota n.º 4 ao art. 103.º do RGIT. A realização do tipo objectivo do art. 106.º espelha já o fim pretendido pelo agente, consubstanciando o dolo do tipo; ainda assim, o legislador aditou expressamente um elemento adicional do tipo subjectivo ao exigir a “*intenção* de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial ilegítima...” Posto o que, o dolo do tipo e o dolo específico há-de conformar quer as condutas do tipo base (no art. 106.º n.º 1 e 103.º), de ocultação de valores ou factos ou ainda da simulação de negócios jurídicos, quer as (duas) circunstâncias qualificadoras em presença no caso concreto. O crime de fraude qualificada consente a punição na **forma tentada**, em face da moldura penal prevista para as pessoas singulares (de um a cinco anos de prisão), nos termos do disposto no art. 23.º do CP, por força do art. 3.º do RGIT.

4

5

- 6 Em matéria de **comparticipação**, veja-se a nota 6 ao art. 103.º, cujo teor se adequa, *mutatis mutandis*, ao preceito ora em análise. Assinala-se, porém, as situações em que intervém terceiros na prática da infracção em virtude de o agente se ter “conluiado” com aqueles (al.^a a) do n.º 1 art. 104.º), se ter socorrido de funcionário público (al.^a c) do n.º 1), usar documentos falsificados por terceiros (al.^a e) do n.º 1), se ter “conluiado” com terceiros com os quais tenha relações especiais (al.^a g) do n.º 1 do art. 104.º). Ora, não obstante poder sinalizar-se um destinatário da norma, isto é, aquele sobre que impende o dever de proceder à declaração e pagar a prestação em causa, o terceiro que intervém sempre seria punido por força do regime de comunicabilidade previsto nos arts. 28.º e 29.º do CP, *ex vi* art. 3.º do RGIT. Ainda assim, no desígnio do legislador, a intervenção de terceiro empresta ao evento criminoso um acréscimo de desvalor da acção, qualificando o crime face ao tipo base.
- 7 Em matéria de **concurso**, por efeito da remissão do n.º 3 do art. 106.º para o disposto no art. 104.º, implica que a falsificação de documentos que, muitas vezes, constitui instrumento do crime ou o seu artifício fraudulento careça de autonomia como crime, em função da regra de consunção expressa que se estabelece no n.º 3 do art. 104.º.
- Vale também aqui, correspondentemente, as considerações aduzidas na anotação n.º 9 ao art. 104.º, assim como na anotação 7 do art. 103.º do RGIT, designadamente, no que concerne às relações de concurso com o crime de burla tributária até às relações de concurso com crimes comuns (do CP).
- 8 Os n.ºs 2 e 3 do art. 106.º do RGIT manda aplicar às situações enquadráveis na tipicidade delimitada por este artigo as **penas** previstas no art. 103.º n.º 1 (prisão até três anos de prisão ou multa até 360 dias) e art. 104.º (prisão de um a cinco anos e pena de multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas). Reitera-se a ideia de que a falta de correspondência de critério da pena das pessoas singulares face à das pessoas colectivas (1 ano = a 120 dias de multa), significa uma intencionalidade do legislador em dissuadir práticas delituosas por agentes que dispõem de maior capacidade lesiva dos bens jurídicos tutelados.

Artigo 107.º

Abuso de confiança contra a segurança social

1. As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não o entreguem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social, são punidas com as penas previstas nos n.ºs 1 e 5 do artigo 105.º

2. É aplicável o disposto nos n.ºs 4, 6 e 7 do artigo 105.º

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

A descriminalização (ou não) das condutas cujo valor em dívida não ultrapasse € 7.500 (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

As causas de justificação e de exclusão da culpa (anotação 6)

A tentativa (anotação 7)

A participação (anotação 8)

O concurso (anotação 9)

A pena (anotação 10)

Este artigo tem como **fonte** histórica próxima o artigo 27.º-B do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras (RJIFNA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro), preceito aditado pelo Decreto-Lei n.º 140/95, de 14 de Junho.

No tocante à questão do **bem jurídico** tutelado pelo crime de fraude fiscal qualificada, *vide* anotação n.º 2 ao art. 106.º do RGIT. Não deixa de se reconhecer uma dupla tutela: por um lado, a norma penal procura proteger *interesses patrimoniais da Segurança Social*; mas, por outro lado, visa reforçar *valores e deveres de colaboração* do sujeito passivo para com a administração tributária (transparência e verdade fiscais), já que se pretende que aquele assuma uma posição de substituto tributário.

O **tipo objectivo** preenche-se com a conduta de não entrega, em prazo estabelecido, dos valores deduzidos das remunerações de trabalhadores e membros dos órgãos sociais, legalmente devidos. Todavia, o teor do preceito do art. 27.º-B sugeria uma estruturação típica diversa da do preceito actual, entre o mais, porque compreendia, inequivocamente, o elemento da “apropriação” ao aludir a “entidades empregadoras que, tendo deduzido [...] o montante das contribuições [...] do mesmo se apropriando...”. Actualmente, a lei não se refere, de modo expresso, à apropriação dos valores deduzidos (como sucedia no art. 27.º-B do RJIFNA), pelo que o tipo legal assenta numa base de omissão pura. Valem aqui, correspondentemente, as considerações tecidas na nota n.º 3 ao art. 105.º a propósito da estruturação típica do preceito. Tal como ali, para uns, o tipo legal consuma-se com a não entrega da prestação no prazo legalmente fixado, independentemente do destino (gastos pessoais, vida empresarial, benefício de terceiros, etc.) que for dado aos montantes não entregues à administração tributária; de resto, é difícil conceber situações em que alguém, tendo deduzido e não entregue a prestação tributária, não se tenha apropriado dela, tornando a discussão subjacente pouco menos que estéril (Ac. RE de 28-06-2005, CJ, Ano 2005, T 3, p. 266; NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança fiscal no regime geral das infracções tributárias”, *Fiscalidade*, n.º 13/14, 2003, p. 86). É que, como refere GERMANO MARQUES da SILVA, em sede de trabalhos preparatórios do RGIT, considerou-se que “quem deduziu e não entregou, se apropriou” in “Notas sobre o regime geral das infracções tributárias” (in *Direito e Justiça*, vol. XV, T II, 2001, pp. 59-70). De modo semelhante, JORGE LOPES de SOUSA e M. SIMAS SANTOS consideram que, diferentemente do que sucede com o crime de abuso de confiança comum (do art. 205.º do CP), onde é suposto haver uma apropriação por força de um acto de inversão do título da posse, o crime de abuso de confiança fiscal (ou contra a segurança social) basta-se com a não entrega total ou parcial de tributação tributária ou parafiscal (Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado, Áreas Editora, Lisboa, 2008, p. 742 ; Também ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p. 333). Consideramos que este raciocínio não deve, em todo o caso, traduzir uma presunção inelidível, mas, à luz das regras da experiência, pode configurar um esquema mental próprio de presunção judicial já que a não entrega da prestação, no prazo estabelecido, traduz uma manifestação externa e tendencialmente inequívoca da apropriação. Em face do estipulado no n.º 7 do art. 105.º, aplicável por força do n.º 2 do art. 107.º, o valor da prestação em dívida é aferido segundo o montante que consta ou deveria constar de *cada declaração* a apresentar à administração tributária, nos termos da legislação aplicável do imposto em causa.

Em matéria de **punibilidade da conduta**, importa ter presente que o n.º 4 estabeleceu um elemento, largamente reconhecida na jurisprudência como a condição objectiva de punibilidade, ao protelar o momento a partir do qual o facto se torna punível – 90 dias após o decurso do prazo legal de entrega da prestação – circunstância que se revela alheia à actuação e ao dolo do agente. Tal circunstância também tem

como consequência que o prazo de prescrição só se inicie no fim daquele “prazo suplementar”, porquanto, em boa verdade, só a partir de tal momento o facto se tornou punível ou passível de pena (cfr. ALFREDO JOSÉ de SOUSA e M. SIMAS SANTOS *in* Regime Geral das Infracções..., p. 741; ANTÓNIO TOLDA PINTO e JORGE REIS BRAVO, *Regime geral...*, p. 333; NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança fiscal...” p. 113).

Entretanto, a Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro veio aditar um novo elemento, também comumente considerado condição objectiva de punibilidade, ao fazer depender a punibilidade de prestação comunicada à administração tributária de uma dilação de 30 dias após notificação para pagamento da prestação, respectivos juros e coima a que haja lugar (AFJ n.º 6/2008, do STJ, de 09-04-2008, Proc. n.º 4080/07; Ac. STJ de 20-12-2007, Proc. 3220/07; Ac. STJ de 27-06-2007, Proc. 2050/2007; AcRP de 14-02-2007, Proc. 6222/06). No entanto, outra corrente jurisprudencial considerou elemento do tipo pelo que, consequentemente, a sua adição operou a descriminalização das condutas em processos a correr termos (AcRC 28-03-2007, Relat Gabriel Catarino).

Ainda assim, torna-se necessário, para o preenchimento do tipo, que o valor tenha sido deduzido ou tenha sido recebido pelo agente. É suposto que, subsequentemente, o agente entregue a prestação arrecadada à administração tributária, em nome de um princípio de substituição tributária, ou seja, de uma relação próxima da do fiel depositário da qual decorrem deveres para com o Fisco. Nessa linha, o Tribunal Constitucional considerou que não era inconstitucional a estipulação legal de pena privativa da liberdade pelo (única razão de) não pagamento de dívida de imposto, por parte do agente devedor da prestação tributária (cujo conceito se contempla na al.^a a) do n.º 11.º do RGIT), por este estar investido na qualidade de substituto, encontrando-se vinculado por deveres de índole não meramente contratuais mas de natureza legal (cfr., entre outros, Ac. TC n.º 54/04, de 20-01-2004; n.º 494/74, de 9-07; n.º 312/2000, de 20-06; n.º 516/2000, de 29-11).

Na senda de tal fundamentação, veiculam alguns autores o entendimento de que a relação de confiança agente-Fisco, enquanto devedor substituto, constitui um elemento objectivo implícito do tipo já que aquele assume uma posição jurídica de domínio sobre a prestação (AUGUSTO SILVA DIAS *in* “O novo direito...”, p. 276). Acresce que o art. 115.º da Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro veio revogar o disposto no n.º 6 do artigo 105.º que, na última versão, estabelecia uma causa de extinção da responsabilidade criminal, quando o agente procedesse à entrega da prestação até 30 dias após a notificação para o efeito e se o valor da prestação não excedesse €2.000. Não obstante isso, o legislador manteve a remissão do n.º 2 do art.º do art.º 107.º para aquele n.º 6 – o que é só explicável como lamentável lapso do legislador e que se manterá como norma remissiva (nessa parte) vazia, sem objecto.

- 4 Recentemente, tem emergido na jurisprudência portuguesa a questão da **descriminalização (ou não) das condutas cujo valor em dívida à segurança social não ultrapasse € 7.500**. Com efeito, porque o crime de abuso de confiança contra a segurança social se caracteriza por ser um tipo dependente, face ao crime de abuso de confiança fiscal, tal questão traduz-se em saber se o limiar de €7.500 aditado pela Lei n.º 68-A/2008 (Lei do Orçamento do Estado para 2009) ao crime de abuso de confiança fiscal, previsto e punido pelo art. 105.º, também se aplica ao crime de abuso de confiança contra a segurança social previsto e punido pelo art. 107.º do RGIT, quando o valor, por cada declaração periódica, não ultrapasse aquele valor-limite. A discussão culminou no AFJ do STJ de 14/07/2010.

A análise terá, naturalmente, de partir da consideração dos valores que “devam constar de cada declaração” que o contribuinte está obrigado a apresentar à administração tributária (arts. 105.º, n.º 7, e 107.º, n.º 2 do RGIT).

Ainda que se mostre discutível a natureza jurídica desta cláusula de valor, qual “limiar de punição”, a discussão que passa por saber se se trata de elemento conformador da ilicitude penal (ainda elemento do tipo de ilícito) ou se não passa de uma mera condição objectiva de punibilidade. Mesmo tendo como consequência a extensão (ou não) do dolo no que concerne ao valor em dívida do imposto, consoante a tese que se perfilhe, o certo é que tal valor funciona, necessariamente, como limite negativo da incriminação que terá de se verificar (cfr. nota 3 do art. 103.º).

A favor da tese da descriminalização do crime de abuso de confiança contra a segurança social, é habitual aduzir argumentos da seguinte índole:

a) – desde logo, existe e deve manter-se um paralelismo ou similitude de regime entre as normas em confronto (arts. 105.º e 107.º), pelo que o valor-limite aditado à primeira deve considerar-se extensível à segunda;

b) – por outro lado, a remissão que o art. 107.º faz para o n.º 5 do art. 105.º não pode ser entendida exclusivamente para a pena, incluindo também a remissão para o valor, sob pena de se não diferenciar da estipulação do n.º 1 da norma de destino;

c) – por sua vez, só uma hábil e actualista leitura da remissão a operar permite, também, que se desconsidere a remissão para a norma do n.º 6 do art. 105.º, revogada pelo art. 115.º da Lei do Orçamento;

d) – acresce que as razões “economicistas” de insustentabilidade da Segurança Social não podem constituir verdadeiro critério de análise;

e) – finalmente, só a solução “descriminalizadora” permite adoptar um tratamento mais favorável ao arguido.

A favor da tese da descriminalização, na linha (de alguns) daqueles argumentos tem-se registado diversas decisões de tribunais da segunda instância, porventura, em corrente minoritária, como sejam: AcSTJ de 04-02-2010, proc.106/01.9IDPRT, relator Raul Borges; AcRL de 27-05-2009, Proc. n.º 343/05, relatora Maria do Carmo Dias; AcRL de 25.02.2009, proc. n.º 102/04.4, relator Nuno Garcia; AcRL 15.07.2009, proc. n.º 6463/07.6TDLSB, relatora M.ª José Machado; AcRG de 23.03.2009, proc. n.º 2378/08.2, relator Anselmo Lopes.

A defesa da tese da “não descriminalização” do crime de abuso de confiança contra a segurança social funda-se nos seguintes considerandos:

a) – Antes de mais, a “não descriminalização” assenta em razões emergentes do próprio processo legislativo e de ordem material substantiva: desde logo, a circunstância de a Lei n.º 64-A/2008 de 31 de Dezembro, que aprovou o orçamento de Estado para 2009, através do seu art. 113.º, ter aditado o novo elemento do “valor superior a € 7.500” às condutas previstas no n.º 1 do art. 105.º do RGIT, mas ter mantido inalterado o art. 107.º do RGIT;

b) – nos termos literais exactos da norma do n.º 1 do art. 107.º, a remissão é feita, exclusivamente, para as “penas” do n.º 1 e do n.º 5 do art. 105.º do RGIT, não se estabelecendo tal remissão para os elementos típicos deste último crime; ou seja, a remissão que ali se estabelece cinge-se à “norma de sanção” e não à “norma de comportamento”;

c) – a norma de comportamento do abuso de confiança contra a segurança social encerra toda a sua descrição típica do ilícito no n.º 1 do art. 107.º, significando que os modelos de conduta que neste tipo legal se prevêm mostram-se cabalmente descritos e delimitados, sem qualquer alusão às situações de facto e relações tributárias que subjazem ao teor do n.º 1 do art. 105.º nem, tão-pouco, às modalidades

contempladas no n.º 2 deste preceito (dispositivo para o qual nem o n.º 1 nem o n.º 2 do art. 107.º remetem); o mesmo é dizer que o dispositivo legal do artigo 107.º constitui um tipo penal autónomo e completo no seu âmbito de protecção e não um tipo penal imperfeito;

d) – a remissão de uma norma para as penas de outra norma não pode abranger, por si só, as alterações ou vicissitudes que ocorram na conformação típica e âmbito de protecção da norma de destino, sob pena de se proceder a uma “extensão” da remissão ou da alteração, vedada ao intérprete, em Direito Penal, sob pena de, por essa via, estar a criar direito sancionatório;

e) – o argumento da remissão (implícita) do artigo 107.º para o montante de €50.000 do n.º 5 do art. 105.º, qualificando o crime e punindo-o mais severamente, além de traduzir um menor rigor do legislador, contém uma diferença de grau face à remissão para o n.º 1 já que, neste caso, torna ou não punível certa conduta e, naquele caso, introduz-lhe uma moldura abstracta mais severa cujo resultado final concreto, em termos realistas, também se alcançaria por operações lógicas e prudenciais de determinação da medida concreta da pena;

f) – também o argumento da identidade de regimes punitivos das infracções, apesar da existência de alguns “lugares paralelos” entre os tipos legais em confronto, não apaga a subsistência de profundas diferenças: desde manifestações distintas do bem jurídico tutelado e danosidade social diferenciada, até modelos de conduta diferentes e categorias de destinatários tendencialmente diversos, ou ainda uma estruturação típica própria, bem como regimes jurídicos sancionatórios específicos, ou ainda referentes legais extra-penais com um diferente quadro de deveres jurídicos perante a administração tributária, etc.;

g) – mas a lógica dos lugares paralelos convoca também a diferenciação de soluções consagradas pelo legislador nos tipos de fraude fiscal e contra a segurança social, previstos, respectivamente, no art. 103.º e no 106.º do RGIT, através da introdução de valores díspares (limiares de punição), de €15.000 e €7.500, numa e noutra norma;

h) – acresce que, contrariamente ao que sucede com o crime de abuso de confiança fiscal, o limiar de punição criminal opera *ipso facto* a degradação do crime em contra-ordenação (v.g. art. 114.º do RGIT), já em matéria de infracções contra a segurança social não se encontra prevista qualquer contra-ordenação correspondente a este tipo (“abuso de confiança”) de condutas, o que redundaria numa impunidade total de todas as que não ultrapassem o valor de € 7.500;

i) – finalmente, não se evidencia, de todo, que no pensamento do legislador se tenha representado a descriminalização; é que, compulsando os elementos históricos do processo legislativo, nem no relatório relativo ao orçamento de Estado nem na proposta de lei n.º 226/X se aludiu a qualquer pretensão de alterar o regime penal da segurança social; além disso, numa “Nota” do Gabinete do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais, chegou a propor-se uma nova redacção para o n.º 2 do artigo 107.º, com o seguinte teor: “*é aplicável o disposto nos n.ºs 1, 4 e 7 do art. 105.º*”, logo, com o alcance de que deveria passar a haver uma remissão em bloco, para o corpo normativo do n.º 1 do art. 105.º, mas tal proposta não foi acolhida pelas instâncias do processo legislativo.

A favor da tese da não descriminalização das condutas cujos valores da prestação tributária não ultrapasse €7.500, no plano daqueles ou de outros argumentos têm sido proferidos diversos acórdãos por tribunais de segunda instância, tais como: AcRL de 25.02.2010, proc. n.º 3196/08.0TDLSB, relatora Guilhermina Freitas; AcRL de 18.02.2010, proc. n.º 10255/03.3TDLSB, relatora Fátima Mata-Mouros; AcRP de 23.09.2009, proc. 267/02.0IDBRG.P1, relator Pinto Monteiro; AcRL de 20.07.2009, proc. n.º 7867/08.3, relatora Conceição Gonçalves; AcRP de 03.06.2009, proc.

n.º 0715084/08, relator Francisco Marcolino; AcRP de 27.05.2009, proc. 946/07. STABGC.P1, relatora M.ª Elisa Marques; AcRP de 27.05.2009, proc. n.º 1760/06. OTDPRT, relator José Piedade; AcRP de 20.04.2009, proc. n.º 8419/02.6TDPRT, relator José Carreto; AcRP de 25.03.2009, proc. n.º 1131/01.5TASTS, relatora M.ª Leonor Esteves; AcRC de 4.03.2009, proc n.º 257/03.5TAVIS.C1, relator Jorge Raposo; AcRC de 17.06.09, proc. n.º 37/05.3TASCI.C1, relator Fernando Ventura; AcRG de 27.04.09, proc. n.º 13/04.8TABRG.G1, relator Tomé Branco; AcRG de 09.07.09, proc. n.º 2438/07.3TAGMR.G1, relator Tomé Branco. E AFJ do STJ, *in* DR 23/09/2010.

No tocante ao **tipo subjectivo**, importa reconhecer que o crime apenas conhece a forma dolosa e, por conseguinte, o agente deverá abranger, no âmbito do dolo do tipo, todos os elementos típicos do ilícito.

O tipo penal do art. 107.º não faz qualquer referência a elementos que sugiram um dolo específico ou elemento subjectivo específico.

Por outro lado, a representação do facto e inerente vontade de realizar o tipo não reclama a sua extensão às condições objectivas de punibilidade previstas nas alíneas do art.º 105.º, aplicável por força do n.º 2 daquele preceito.

À semelhança do que sucede em casos de abuso de confiança fiscal, rege também aqui o entendimento, em significativa jurisprudência, de que a impossibilidade de cumprimento da prestação tributária não é elemento constitutivo do crime de abuso de confiança contra a segurança social nem **causa de justificação** ou de **exclusão da culpa** (Ac TC 312/00, DR – II s, 17-10-2000; Ac TC 54/04, de 20-01-2004, Proc. 640/03; Ac. STJ de 08-11-2001, Proc. N.º 2988/01; Ac. STJ de 07-06-2000, Rec. n.º 200/2000). Mesmo pagando salários, a fornecedores, etc., o abuso de confiança ocorre porquanto essas vias constituem modos de o agente se apropriar e dispor dos valores em dívida para outros fins como coisa sua (Ac. STJ de 26-01-2000, Proc. 815/99; Ac. da RP de 10-11-04, CJ t. 5, p. 209; AcRL de 23-02-2005, Proc. n.º 10220/04; AcRL de 06-07-2006, Proc. n.º 3722/06; AcRG de 03-05-2004, Proc. n.º 1363/03).

O crime de abuso de confiança contra a segurança social apenas admite a punição da **tentativa**, na forma agravada quando remete para a previsão do n.º 5 do art. 105.º (por força do n.º 1 do art. 107.º) em face da moldura penal prevista para as pessoas singulares, cujo limite máximo é de cinco anos de prisão, nos termos das regras gerais do CP, *ex vi* art. 3.º do RGIT. Todavia, atenta a estruturação típica do crime – de mera actividade –, não será fácil nem frequente identificar situações que configurem um crime de abuso de confiança contra a segurança social agravado na forma tentada (cuja diferença supere os 50 000).

Em matéria de **complicação**, veja-se a nota n.º 6 ao art. 103.º, cujo teor se adequa, *mutatis mutandis*, ao preceito ora em análise.

Em matéria de **concurso**, importa ter presente o já atrás referido nas notas n.º 7 e 9 dos arts. 103.º e 104.º, respectivamente, relativos a crimes de fraude. Importa reiterar que a redacção originária do art. 24.º n.º 6 do RJFNA (Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15.01) fomentava a tese da verificação de concurso real ao dispor “se a obrigação da entrega da prestação for de natureza periódica, haverá tantos crimes quantos os períodos a que respeita tal obrigação”. Com a alteração ao preceito introduzida pelo Decreto-Lei n.º 394/93, de 24.12, deixou de se poder falar em concurso real para se poder admitir a subsunção da plúrima violação do tipo penal ao quadro de requisitos do art. 30.º do CP (no sentido de admitir a continuação criminosa, cfr. Ac. STJ de 20-06-2001, *in* CJ, Ano IX, 2001, Tomo II, p. 227; Ac. STJ de 29-01-2004, *in* CJ, Ano XII, 2004, Tomo I, p. 186 e ss.). Importante para se reconhecer a verificação de crime continuado, não é só a realização plúrima numa execução essencialmente homogénea mas também um circunstancialismo exterior que

diminua consideravelmente a culpa (*v.g.* razões de mercado, falta de encomendas ou de escoamento do produto), num quadro temporal realista combinado com uma tendência de resolução subjectiva coerente (e não uma atitude de pagar umas prestações e outras não – *cfr.*, a propósito do crime de abuso de confiança conta a segurança social, Ac. STJ de 04-12-2008, n.º convencional JSTJ000, relator Henriques Gaspar, www.dgsi.pt; *cfr.* também Ac STJ de 29-01-2004, www.dgsi.pt – base STJ; Ac STJ 08-07-1999, Proc. 603/99). Acresce que o valor a considerar do crime continuado não é o valor global das prestações tributárias não entregues, em correspondência com as declarações legais, mas o valor mais elevado das mesmas, individualmente consideradas (Ac. STJ 12-10-2000, CJ, ANO VIII, Tomo III, p. 194; AcRL de 25-05-2005, Proc. n.º 0511850), em coerência com a ideia rectora de que, no crime continuado, a punição é encontrada na moldura penal correspondente à conduta mais grave que integra a continuação (AcRE, 24-03-2009, Proc. 20/09 www.dgsi.pt – base TRE)

Questão suscitada na jurisprudência prende-se com o modo de contagem do prazo prescricional em sede de crime continuado de abuso de confiança contra a segurança social, em torno da inclusão ou não do momento de verificação das condições objectivas de punibilidade, dividindo-se as posições: de um lado, considerando-se que aquelas condições apenas têm que estar presentes no momento da punição, podendo ser exercida a acção penal mesmo antes de aquelas se verificarem pela razão que não são elementos do tipo de ilícito (Ac. De 24-02-2010, proc. 2191/08.3TDLSB; A. TOLDA PINTO e J. REIS BRAVO, *Regime Geral...*, p. 333); de outro lado, considerando que só após a verificação das condições objectivas de punibilidade é que o facto (ilícito e culposo) se torna punível – sem o que pode nunca vir a ser passível de pena e, por conseguinte, objecto de acção penal (alguém pode ser pronunciado, acusado, constituído arguido sem que a sua conduta se tenha tornado passível de pena? não representaria uma lesão drástica do princípio da inocência?) – e, verdadeiramente, só nessa altura pode ser objecto de uma investigação criminal (o que não prejudica a adopção de medidas cautelares de prova), porquanto só então o crime se mostra perfeito (*cfr.* AcRP de 11-11-2009 e de 25-03-2009 e AcRC de 28-10-2008 *in* www.dgsi.pt).

- 10 Em matéria de **pena**, o legislador estabeleceu, nos termos da remissão que opera, as penas previstas no art. 105.º, a saber: de prisão até três anos ou multa até 360 dias e, na forma agravada (n.º 5), de um a cinco anos para as pessoas singulares e pena de multa de 240 a 1200 dias para as pessoas colectivas. *Vide* nota n.º 9 do art. 105.º do RGIT.

CARLOS ADÉRITO DA SILVA TEIXEIRA e SOFIA MARGARIDA CORREIA GASPAR

CAPÍTULO II

Saúde

Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que prevê o regime de tráfico e consumo de estupefacientes, alterado pela Lei n.º 18/2009, de 11 de Maio (Artigos 21.º a 40.º, 44.º, 45.º, 48.º e 49.º)

Artigo 21.º

Tráfico e outras actividades ilícitas

1. Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos.

2. Quem, agindo em contrário de autorização concedida nos termos do capítulo II, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar por que outrem introduza no comércio plantas, substâncias ou preparações referidas no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

3. Na pena prevista no número anterior incorre aquele que cultivar plantas, produzir ou fabricar substâncias ou preparações diversas das que constam do título de autorização.

4. Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV, a pena é a de prisão de 1 a 5 anos.

Sumário da anotação:

As fontes (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

A saúde pública e saúde individual (anotação 3)

O tráfico de estupefacientes e a exploração económica (anotação 4)

O crime de tráfico de estupefacientes como crime de perigo abstracto (anotação 5)

A compatibilidade entre essa qualificação e o princípio constitucional da necessidade das penas (anotação 6)

A compatibilidade entre essa qualificação e o princípio constitucional da presunção de inocência do arguido. Indícios de tráfico ou consumo (anotação 7)

O crime de tráfico de estupefacientes como crime de trato sucessivo e o alcance do caso julgado (anotação 8)

O tipo subjectivo (anotação 9)

A tentativa (anotação 10)

A tentativa impossível (anotação 11)

A participação (anotação 12)

Crime de tráfico ou favorecimento pessoal? (anotação 13)

O concurso entre crime de tráfico de estupefacientes e de ofensas à integridade física (anotação 14)

As exigências da prevenção geral e a suspensão da execução da pena de prisão (anotação 15)

A diferente perigosidade dos vários tipos de droga e seu reflexo na determinação da medida concreta da pena (anotação 16)

A pena aplicável aos “correios” de droga (anotação 17)

A medida da pena e o princípio da culpa (anotação 18)

Este preceito tem como fonte um outro equivalente da legislação anterior: o art. 23.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Em relação a esse preceito anterior, a inovação reside essencialmente numa alteração da dosimetria das penas, que

vai ao encontro das críticas de excessiva rigidez desse outro preceito, sobretudo no que diz respeito ao limite mínimo, de modo a evitar a necessidade de recurso frequente à atenuação especial da pena. Neste sentido, é clara a “Nota Justificativa” do Anteprojecto, na qual, no entanto, também se afirma o seguinte:

“Esta atitude (de abaixamento dos mínimos, entenda-se) não pode ser interpretada como sinal de abrandamento do “tónus” de severidade que é posto no combate ao tráfico, até porque só ocorre em alguns casos, sendo certo que noutros subiram os máximos”.

Também de acordo como essa “Nota Justificativa”, o n.º 3 colhe inspiração no direito italiano (D.P.R. de 9.10.90, n.º 309).

Por outro lado, afirma a exposição de motivos que “a aprovação da Convenção da Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, oportunamente assinada por Portugal e ora ratificada – Resolução da Assembleia da República n.º 29/91 e Decreto do Presidente da República n.º 45/91, publicados no Diário da República de 6 de Setembro de 1991 – é a razão determinante do presente diploma”. Como referência, em relação ao artigo 21.º em apreço, há que destacar, também como sua fonte, os artigos 3.º, n.º 1, a), e 14.º desta Convenção, tal como poderão mencionar-se, também, os artigos 35.º e 36.º da Convenção de 1961 e os artigos 21.º e 22.º da Convenção de 1971.

- 2 A doutrina e jurisprudência vêm identificando a saúde pública como o bem jurídico protegido através deste e dos outros preceitos incriminadores do tráfico ilícito de estupefacientes. Convirá, porém, especificar e desenvolver esta afirmação.

Ao identificar o bem jurídico protegido, a jurisprudência tem aludido, mais genericamente, a “bens jurídicos variados, de carácter pessoal, todos reconduzíveis ao bem mais geral da saúde pública” (Ac. do STJ de 2.10.08, proc. N.º 08P1314, *in* www.dgsi.pt), aos bens jurídicos “vida, saúde, coesão inter-individual das organizações fundacionais da sociedade” (Ac. do STJ de 28.4.04, proc. N.º 0491116, *in* www.dgsi.pt), à “saúde individual dos consumidores e pública, liberdade individual e estabilidade familiar e até à economia do Estado, afectada por negócios com origem no mundo subterrâneo da droga” (Ac. do STJ de 4.10.06, proc. N.º 069812, *in* www.dgsi.pt) ou à “saúde pública em conjunto com a liberdade” (Ac. do STJ de 10.10.07, proc. N.º 07P2684, *in* www.dgsi.pt), aqui se manifestando a alusão implícita à dependência provocada pela droga. Afirma-se no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91: “O escopo do legislador é evitar a degradação e destruição de seres humanos provocada pelo consumo de estupefacientes, que o respectivo tráfico indiscutivelmente potencia. O tráfico põe em causa uma pluralidade de bens jurídicos: vida, integridade física e liberdade dos virtuais consumidores de estupefacientes e, ademais, afecta a vida em sociedade, na medida em que dificulta a inserção social dos consumidores e possui comprovada eficácia criminógena”. Assim também a doutrina: “É possível distinguir diversos bens jurídicos protegidos com a incriminação do tráfico de estupefacientes: a vida, a integridade física, a liberdade de determinação dos consumidores de estupefacientes... No entanto, todos eles podem ser englobados num bem abrangente: a saúde pública em geral” (J. L. MORAIS ROCHA, *Droga – Regime Jurídico*, Lisboa, Livraria Petrony, 1994, p. 61). “O bem jurídico primordialmente protegido pelas previsões do tráfico é o da saúde e integridade física dos cidadãos vivendo em sociedade, mais sinteticamente a saúde pública. Protecção da própria humanidade, acrescentam alguns, se encarada a sua destruição a longo prazo. Há quem fale ainda na protecção da liberdade do cidadão, em alusão implícita à dependência que a droga gera (...) Em segundo lugar, estará em causa a protecção da economia do Estado, que pode ser completamente desvirtuada nas suas regras – como tem sucedido em alguns

países da América Latina – com a existência desta economia paralela ou subterrânea erigida pelos traficantes” (A. G. LOURENÇO MARTINS, *Droga e Direito*, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, 1994, p. 122).

Salienta a exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 430/81, de 13.12 (antecedente do diploma em anotação), reproduzindo um relatório das Nações Unidas, que “o combate à droga é o combate contra a degradação de seres humanos. A toxicomania priva ainda a sociedade do contributo que os consumidores poderiam trazer à comunidade de que fazem parte. O custo social e económico do abuso de drogas é, pois, exorbitante, em particular se se atender nos crimes e violações que origina e na erosão de valores que provoca”.

Todas estas considerações permitem concluir que pode ser algo redutor afirmar, sem mais, que o bem jurídico protegido através da criminalização do tráfico de estupefacientes é a saúde pública, ou tentar comparar a intensidade e severidade dessa criminalização com a de outros atentados à saúde pública eventualmente mais graves se vistos apenas numa perspectiva estrita de atentado à saúde pública. Por outro lado, o fenómeno do tráfico e consumo de drogas não pode ser encarado com abstracção das dimensões que assume nas sociedades hodiernas e que o tornam – como muitas vezes se afirma – um grave flagelo. O tráfico de estupefacientes está associado a uma criminalidade organizada transnacional que chega a desafiar o poder dos Estados. Não se trata de lidar com um fenómeno de dimensão reduzida ou marginal.

A intensidade e severidade da criminalização do tráfico de estupefacientes, reflectida na generalidade dos sistemas jurídicos e no direito internacional, que tem sido objecto de críticas (ver, por exemplo, entre nós, MARIA FERNANDA PALMA, “Consumo e tráfico de estupefacientes: absorção do “direito penal de justiça” pelo “direito penal secundário”, in RMP, n.º 96, pp. 21 a 38, e EDUARDO MAIA COSTA, “Direito penal da droga: breve história de um fracasso”, in RMP, n.º 74, pp. 103 a 120, e “O crime de tráfico de estupefacientes: o direito penal em todo o seu esplendor”, in RMP, n.º 94, pp. 91 a 108), encontra neste tipo de considerações a sua justificação: a relevância e pluralidade dos bens jurídicos atingidos por esse tráfico e a especial dimensão que esse fenómeno assume no contexto social hodierno. A toxicodependência atinge a dignidade da pessoa como ser livre. Há mesmo quem considere que é a liberdade, mais do que qualquer outro, o bem jurídico protegido através da criminalização do tráfico de estupefacientes (ver os autores referidos por JAVIER IGNACIO PRIETO RODRIGUEZ, *El Delito de Trafico y del Consumo de Drogas en el Ordenamiento Jurídico Espanol*, Pamplona, Arauzadi Editorial, 1993, p. 217). É, por isso, um contra-senso invocar a liberdade para justificar a liberalização do tráfico e consumo de estupefacientes. Por outro lado, sendo a pessoa humana um ser eminentemente relacional, não pode a toxicodependência deixar de ter relevância social. Como afirma MARIA FERNANDA PALMA, “o consumo de estupefacientes, pelos males sociais que lhe estão associados, não é um problema privado, mas um problema social” (*op. cit.*, p. 26), sendo que “o tráfico só é objecto legítimo de criminalização na medida em que não se tenha decidido, previamente, que o consumo é puro problema de liberdade de cada um nas relações consigo mesmo” (p. 27).

Este tipo de considerações é objecto de viva controvérsia. Mas não podemos esquecer que é nestes princípios que assenta o regime jurídico vigente.

A intensidade e severidade da criminalização do tráfico de estupefacientes não poderá, porém, implicar que características do regime penal em questão não devam ser submetidas aos princípios clássicos e estruturantes do direito penal, a começar pelo princípio da culpa. Exigências pragmáticas de combate ao tráfico

de estupefacientes e de prevenção geral neste âmbito não podem levar a sacrificar o princípio da culpa, com o seu corolário de proporcionalidade entre a medida da pena e a medida da culpa.

- 3 A associação da criminalização do tráfico de estupefacientes à tutela da saúde pública como sua *ratio punendi* tem levado à defesa da exclusão da incriminação de situações em que estaria em causa apenas a saúde de consumidores individualmente considerados.

Para E. MAIA COSTA (*In “O Crime de Tráfico...” cit.*, p. 97 a 100), o bem jurídico da saúde pública é atingido quando está em causa um número indefinido e indeterminado de pessoas, não quando está em jogo a saúde de pessoas certas e determinadas. Quando estiver perfeitamente circunscrito e for diminuto o âmbito das pessoas a quem a droga é transmitida, estará excluído o perigo para a saúde pública. Essa conduta não seria, assim, punida, por ausência de lesão do bem jurídico da saúde pública. A conduta do cedente de droga só poderia ser entendida como um auxílio a uma conduta auto-lesiva em princípio não punível (a punição do auxílio ao suicídio seria excepcional). A doação de droga a consumidores por parte de familiares, a compra de droga por um consumidor em representação de um grupo de outros consumidores por quem será repartida, a venda a um consumidor em concreto (não a venda a “quem lhe aparecer”, conhecido ou desconhecido, procurando alargar sempre, e na medida do possível, o universo dos adquirentes) não seriam, desse modo, puníveis.

Nesta linha, LUIS FERNANDO REY HUIDABRO (*in El Delito de Tráfico de Drogas – Aspectos Penales e Processales*, Valência, Tirant la Blanch, 1999, pp. 64-69, 80 e 88-95) defende também a não punição, por falta de tipicidade, da doação ocasional, por amizade, de pequenas doses de estupefacientes, gratuitas ou para que o donatário venha a retribuir quando o doador venha a ter necessidade, a doação de estupefacientes por parte de familiares para evitar a crise de abstinência, para tentar a redução progressiva dos consumos ou a necessidade de recurso à prática de crimes ou da prostituição, assim como a aquisição de drogas por encargo de terceiros, para a destinar ao consumo colectivo e sem intuítos lucrativos. Em todos estes casos, não se verificaria o *animus* de difusão da droga e estaríamos perante um perigo individual, não um perigo público, estaríamos perante actos de participação num acto principal de consumo. Alguma jurisprudência espanhola aí citada acolhe esta tese (embora não se trate de uma orientação unânime).

Também nesta linha, VÍTOR PAIVA (*in “Breves notas sobre a penalização do pequeno tráfico de estupefacientes”, RMP, n.º 99, p. 143*) considera que a cedência a outros de estupefaciente adquirido com dinheiro deles configura um mero consumo de estupefacientes. O Ac. do TRL de 6.5.87, *in* CJ, XII, 3, p. 129, considera co-autor de um crime de consumo de estupefacientes, e não autor de um crime de tráfico, o cônjuge que, a pedido do seu consorte, e só por essa razão, leva a este, para seu exclusivo consumo, uma pequena quantidade de droga.

A jurisprudência portuguesa em geral, porém, tem considerado que a posse de estupefacientes, para consumo próprio, mas também de outros amigos consumidores, ainda que obtida com dinheiro de todos, configura um crime de tráfico (assim, por exemplo, o Ac. do TRL de 4.12.02, proc. N.º 0048903, e o Ac. do TRC de 7.3.07, proc. N.º 247/040.GASPS, ambos *in* www.dgsi.pt)

A. A. TOLDA PINTO (*in Tráfico e Consumo Ilícito de Estupefacientes – O Regime Penal e a Respectiva Tramitação Processual*, Porto, ELCLA Editora, 1995, p. 72) também considera que configura um crime de tráfico a detenção de estupefacientes para uso pessoal e para cedência a amigos (não estando verificada, neste caso, sequer a previsão do artigo 26.º).

A respeito destas questões, parece-me de considerar o seguinte:

Afigura-se-me inadequada a contraposição entre saúde pública e saúde individual, saúde de um número indefinido e indeterminado de pessoas e saúde de uma pessoa determinada. A saúde pública inclui a saúde de uma pessoa determinada, não se contrapõe a ela. O bem jurídico protegido é afectado também quando se cede ou vende a pessoa determinada, sem intenção de difundir a droga por mais pessoas. Algumas das situações mencionadas, de cedência de droga por “razões humanitárias”, poderão estar justificadas pelo direito de necessidade: a cedência de droga para evitar o suicídio ou um dano mais grave para a saúde provocado pela abstinência, por exemplo, ou poderão facilmente ocorrer num quadro de falta de consciência de ilicitude. Mas a sua eventual impunidade não poderá justificar-se por não estar em causa a saúde pública e tão só a saúde de uma pessoa determinada. A cedência de droga, ainda que por razões de “amizade” ou “humanitárias”, é sempre uma forma de alimentar a dependência ou de potenciar o risco de gerar essa dependência e, nessa medida, afecta a saúde (e a liberdade) de outrem. Representa não uma simples cumplicidade num acto de consumo, mas um acto de tráfico. É este o princípio que subjaz ao regime vigente. Também neste âmbito, e não apenas no âmbito do auxílio ao suicídio, a Lei incrimina a conduta de quem facilita comportamentos auto-lesivos, os quais, de resto, com frequência não são (no caso de toxicodependência, como nos de suicídio) autenticamente livres.

Poderia justificar-se a equiparação entre o tratamento penal do consumo individual de estupefacientes e o tratamento penal do consumo desses produtos em grupo ou colectivo. Mas, na medida em que este implicará a cedência a terceiros, não só o perigo de lesões no próprio mas também noutras pessoas, não me parece que o regime vigente contemple essa equiparação. É claro que a gravidade deste tipo de condutas, como de outras cedências ocasionais e pequenas quantidades de droga pelas razões descritas, é substancialmente reduzida, pelo que deverá encontrar-se, no quadro do artigo 25.º, a pena adequada e proporcional a essa gravidade.

Já me parece que terá sentido excluir a tipicidade, por não ser atingido o bem jurídico protegido pela incriminação do tráfico de estupefacientes, das situações de uso de estupefacientes como analgésico fora do quadro do exercício legal da medicina e desde que esse uso tenha efectiva justificação (assim, E. MAIA COSTA, “O crime de tráfico...” cit., p. 101, e A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 129). Ao contrário daquilo a que poderia induzir a expressão “tráfico”, o crime em apreço não supõe necessariamente uma conduta lucrativa, ou com intenção lucrativa. O “negócio” da droga representa uma ignóbil exploração económica de pessoas particularmente debilitadas devido à sua toxicodependência. É precisamente esta debilidade e dependência que o torna particularmente lucrativo. Mas não é esta faceta de exploração económica que, primacialmente, se pretende atingir com a criminalização. Os malefícios da difusão da toxicodependência vão para além dessa faceta e verificam-se independentemente da exploração económica.

A descrição ampla do tipo neste artigo, na linha das convenções internacionais, não deixa dúvidas a este respeito. E a jurisprudência portuguesa também não (ver, entre outros, os Acs. do STJ de 8.3.84, *in* BMJ n.º 355, p. 185; de 11.7.90, *in* BMJ n.º 399, p. 291; de 9.1.91, *in* BMJ n.º 408, p. 139; de 13.3.91, *in* BMJ n.º 405, p. 201; de 25.5.94, *in* BMJ n.º 437, p. 220; e, mais recentemente, os Acs. do TRP de 14.3.07, proc. N.º 0617368, e de 10.5.06, proc. N.º 315948, ambos *in* www.dgsi.pt).

Esta amplitude do alcance do bem jurídico protegido e da descrição do tipo suscita as críticas, no plano da política legislativa, de E. MAIA COSTA (*in* “O crime...” cit., p. 93).

4

MARIA FERNANDA PALMA também critica a suposta irrelevância da intenção lucrativa na descrição dos vários tipos legais relativos ao tráfico de estupefacientes: “Ora, o que existe no tráfico de eticamente censurável não é tanto o facto de ele ser um elo de uma cadeia de riscos, tal como a venda de álcool pode ser encarada – isso não seria bastante para tão grave censura –, mas antes o facto de revelar uma específica relação de exploração de outros seres humanos (a utilização da sua saúde física ou psíquica para fins económicos). É essa a ideia que torna a imagem do traficante diferente da do agente que meramente viola a ordem social. Todavia, tal relação não é devidamente valorizada pelos modos concretos de proibição legal do tráfico na maioria das legislações” (*op. cit.*, pp. 28 e 29). Este aspecto distancia a criminalização do tráfico de estupefacientes do clássico direito penal de justiça, e conduz o direito penal “para um território em que o dano da sociedade não é construído necessariamente em função do dano das vítimas, mas de um abstracto interesse colectivo em proibir o mercado ilícito” (*op. cit.*, p. 31). “O tráfico mais gravemente punido não se distingue do tráfico menos gravemente punido por traços que realcem uma especial proximidade do bem jurídico ou domínio sobre as vítimas, mas apenas em função de elementos de contribuição objectiva para a manutenção do mercado ilícito” (*op. cit.*, p. 31). “Os tipos criminais deveriam atender, desde logo, mais intensamente ao grau de domínio sobre o mercado dos agentes e à relação exploratória com a vítima, justificando-se a nivelação da autoria e da participação ou do crime continuado e da tentativa apenas em função dos critérios de danosidade ou de ofensividade dos bens jurídicos em causa” (*op. cit.*, pp. 32 e 33). Deveria distinguir-se graus de culpa diversos conforme as relações de exploração e de domínio sobre a vítima, atendendo ao perigo concreto, não a meros interesses sociais.

Na linha do que acima já afirmei, não me parece que devam ser contrapostos o perigo e o dano que atingem vítimas concretas e o perigo que atinge interesses sociais que assumem neste domínio particular relevância. Por outro lado, também me parece que, independentemente de considerações de política legislativa, e sem desvirtuar o espírito do sistema vigente, este deixa espaço para a consideração do intuito lucrativo e do efectivo domínio sobre vítimas concretas, quer na qualificação dos factos como tráfico de maior ou menor gravidade, quer na determinação da medida concreta da pena em função dos graus de ilicitude e culpa concretas.

Pode dizer-se, por um lado, que o legislador parte do princípio de que as condutas tipificadas têm implícitos, como regra, a intenção e móbil de lucro (assim, A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 125, e Ac. do STJ de 7.6.95, proc. N.º 046334, in www.dgsi.pt). A existência (ou não existência) de intenção lucrativa e a sua intensidade e desenvolvimento podem ser elementos decisivos para o enquadramento do arguido como grande, médio ou pequeno traficante (assim, A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 125). O crime é agravado quando o agente obteve ou procurava obter avultada compensação monetária (art. 24.º, al.^a a)). A maior ou menor dimensão do lucro envolvido é relevante como circunstância a considerar no juízo de ilicitude que permite configurar a conduta como crime de tráfico de menor gravidade (art. 25.º). É de acordo com este critério que se tem orientado a jurisprudência.

Na verdade, o carácter lucrativo da actividade de tráfico potencia exponencialmente a nocividade associada à difusão do consumo de estupefacientes e confere a este fenómeno uma dimensão social e transnacional da máxima relevância, dimensão que está – como vimos – na base das opções de política criminal subjacentes à legislação vigente. São as particulares características de um mercado altamente lucrativo devido à debilidade e dependência dos consumidores (características que

a legalização não alteraria – diga-se de passagem) que provocam essa potenciação exponencial.

Em suma, se o alcance do bem jurídico protegido e da descrição do tipo vão para além da intenção lucrativa e da exploração económica da vítima, não pode dizer-se que estas são irrelevantes na determinação dos graus de ilicitude e culpa correspondentes ao crime de tráfico de estupefacientes.

O crime de tráfico de estupefacientes é geralmente qualificado como **crime de perigo abstracto e crime de perigo comum**. 5

Nos crimes de perigo abstracto, a Lei basta-se com a aptidão genérica de determinadas condutas para constituírem um perigo que atinja determinados bens e valores. Baseia-se na suposição legal de que determinados comportamentos são geralmente perigosos para esses bens e valores. O perigo não é, pois, elemento do tipo, mas somente o fundamento da punição. Assim, não há que comprovar, no caso concreto, se esse perigo efectivamente se verifica.

É esta perspectiva que explica que seja punida a mera detenção de estupefacientes sem que chegue a ocorrer venda ou cedência destes e, portanto, efectivo perigo ou prejuízo para a saúde de consumidores concretos, bastando o perigo de que, em abstracto, tal venha a verificar-se.

Estamos perante um crime de perigo comum porque se pretende proteger uma multiplicidade de bens jurídicos, como acima referi.

Em estreita ligação com a qualificação do crime como de perigo abstracto está a sua qualificação como **crime “exaurido”, “excutado” ou “de empreendimento”**.

Nestes crimes, o resultado típico alcança-se logo com o que normalmente configura a realização inicial do *iter criminis* (uma mera tentativa), precisamente porque já aí, antes de se verificar qualquer lesão, se verifica o perigo dessa lesão. A tutela penal é, deste modo, antecipada. O tráfico de estupefacientes é punido como um processo, e não apenas como resultado de um processo. As suas consequências pessoais e sociais justificam uma “intervenção penal preventiva sobre o processo que conduz a essas consequências” (Ac. do TC n.º 262/01).

Estamos perante uma configuração típica de largo espectro, de tal modo que qualquer contacto ou proximidade com o produto estupefaciente permite, por si só, integrar por inteiro a tipicidade (é o que salienta, por exemplo, o Ac. do STJ de 6.10.04, proc. N.º 04P1875, *in* www.dgsi.pt). As várias condutas (entre si numa relação de progressão, que vai do cultivo, ao fabrico, ao transporte e à venda) que integram o tipo são alternativas, de tal maneira que é indiferente que para a prática do crime se realize uma ou outra (é o que salienta, por exemplo, o Ac. do STJ de 29.10.08, proc. N.º 08P2961, *in* www.dgsi.pt).

É também característica dos crimes “exauridos”, “excutados” ou “de empreendimento” a aplicação unitária e unificadora da sua previsão aos diferentes actos múltiplos da mesma natureza, uma vez que essa previsão diz respeito a um conceito genérico e abstracto (por exemplo: droga, moeda falsa, documento falso). Diversos actos que constituiriam infracções independentes e potencialmente autónomas são, assim, tratados como um único crime, uma única realidade criminal que absorve esses actos. A prática destes crimes decorre normalmente durante lapsos de tempo prolongados e só raramente configura um acto esporádico.

Sobre a qualificação do crime de tráfico de estupefacientes como crime de perigo abstracto, crime de perigo comum ou crime “exaurido”, “excutado” ou “de empreendimento”, podem ver-se, entre outros, os Acs. do TC n.º 426/91 e 262/01; e os Acs. do STJ de 18.4.96, *in* CJ-STJ, IV, 2, p. 172; de 18.6.98, *in* CJ-STJ, VI, 3, p. 167; de 15.7.08, proc. N.º 08P1787; de 29.10.08, proc. N.º 08P2961; de 9.4.08, proc. N.º 08P113; de 2.4.08, proc. N.º 08P415; de 19.4.07, proc. N.º 07P449; de 16.10.08,

proc. N.º 03P2134; de 30.6.04, N.º proc. 04P2242; e de 5.11.03, proc. N.º 03P3186, todos estes *in* www.dgsi.pt)

- 6 A qualificação do crime de tráfico de estupefacientes como crime de perigo abstracto deu origem a um acórdão do Tribunal Constitucional (Ac. n.º 426/91) proferido no âmbito de um processo em que se suscitou a questão da inconstitucionalidade da sua criminalização nesses termos, com a alegação de que desse modo se violaria o princípio da necessidade das penas consignado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. O Tribunal Constitucional considerou que é a particular relevância da danosidade social associada à difusão do consumo de estupefacientes que justifica a punição do crime de tráfico de estupefacientes como crime de perigo abstracto: “É a própria necessidade de proteger os bens jurídicos e assegurar o desenvolvimento da pessoa humana que impõe a criação da incriminação do perigo”.

“Justifica-se que o direito penal sancione a violação de uma regra de comportamento que proíbe qualquer dos actos que podem estar ligados ao tráfico de estupefacientes, mesmo quando no caso concreto não estejam ligados a esse tráfico? É razoável que se crie um tabu legal relativo a esses actos?”

“A resposta deve ser afirmativa: a gravidade, a propagação e a tendência para o alastramento dos danos causados pelo tráfico de estupefacientes justificam suficientemente, do ponto de vista constitucional, uma política constitucional tão restritiva da liberdade (sem prejuízo de uma política criminal mais liberal na matéria poder ser também constitucional). Compreende-se que o legislador criminal entenda que a obediência estrita a um tal tabu legal seja uma medida indispensável ao êxito da luta contra o tráfico.”

“(…) Difícilmente se vislumbra, aliás, como poderá ser feita, num qualquer caso, a prova de que o tráfico de estupefacientes é absolutamente insusceptível de criar perigo”.

Faz-se eco destes princípios o Ac. do STJ de 29.4.02, proc. N.º 02P2930, *in* www.dgsi.pt: o crime de tráfico de estupefacientes configura-se como crime de perigo abstracto, com uma descrição típica alargada (tipo plural), “só justificável pelo objectivo de cobertura do risco de difusão da droga como fenómeno universal de reconhecidas consequências maléficas”.

E. MAIA COSTA afirma (*in* “O crime...”, cit., p. 95) que, para compatibilizar a incriminação do perigo com o princípio da estrita necessidade das penas, é forçoso que a incriminação do perigo (abstracto) constitua a antecipação da tutela de um certo bem jurídico identificado com clareza. Não se trata de exigir a prova de um perigo concreto, pois tal seria contraditório com a figura do crime de perigo abstracto. Mas quando uma conduta for em abstracto inidónea para produzir a lesão do bem jurídico em causa estará afastada a sua tipicidade. CARLOS ALMEIDA (*in* “Legislação penal sobre droga: problemas de aplicação”, RMP n.º 44, p. 88) considera que estamos perante um crime de perigo abstracto-concreto, pois deverá admitir-se a contraprova da presunção legal do perigo (assim, também, A. A. TOLDA PINTO *in op. cit.*, p. 57). Se o produto for voluntariamente destruído pelo seu detentor, o tipo não estará preenchido. Sempre que, sem margem para dúvidas, o perigo para a saúde pública não puder verificar-se, não estará preenchido o tipo.

Também me parece que a situação exemplificada não pode configurar um crime de tráfico de estupefacientes (quer se considere que estamos perante um crime de perigo abstracto-concreto, como entende CARLOS ALMEIDA, quer se considere que está afastada a tipicidade mesmo de um crime de perigo abstracto), pois a conduta nunca será em abstracto idónea para provocar qualquer perigo ou danos relativos à saúde (na linha da referida tese de E. MAIA COSTA). Deparei-me num processo com uma situação algo semelhante à do exemplo referido: a mãe de um

toxicodependente vítima de *overdose* que adquiriu droga ao fornecedor do seu filho com intenção de o denunciar à polícia. Para além de uma evidente falta de consciência de ilicitude, está afastada a tipicidade, pela inidoneidade, mesmo em abstracto, desta conduta para provocar qualquer perigo ou danos relativos à saúde. Não sendo, pelas razões aduzidas pelo Tribunal Constitucional no douto acórdão citado, a configuração do crime de estupefacientes como crime de perigo abstracto incompatível com o princípio da necessidade das penas, a compatibilização dessa configuração com este princípio, e também com o princípio da culpa, impõe que na determinação da medida concreta da pena não deixe de ser dado relevo ao maior ou menor grau de proximidade da conduta com a lesão efectiva do bem jurídico e que se proceda, nesse âmbito, a um tratamento diferenciado das várias condutas. Não me parece, assim, de partilhar a tese do Ac. do TRE de 15.4.86, *in* BMJ n.º 358, p. 628, segundo o qual “a ilicitude da conduta do agente do crime de tráfico de estupefacientes não é diminuída por este apenas se ter encarregado do seu transporte e distribuição e não ter chegado a existir efectiva venda”. Já será de partilhar a tese do Ac. do TRE de 2.11.88, *in* BMJ n.º 381, p. 766, segundo o qual “a simples detenção, para efeitos de medida da pena, é muito menos grave do que a venda, a tentativa de venda, a exposição à venda ou o fazer circular por outrem estupefacientes”.

Também nesse acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91 se suscitou a questão da eventual inconstitucionalidade da criminalização do tráfico de droga como crime de perigo abstracto por violação do princípio da presunção de inocência. Haveria, de acordo com os recorrentes, uma presunção inilidível contra o arguido de que a droga detida serviria para venda ou difusão. O Tribunal Constitucional contesta este raciocínio, sublinhando que não se trata de uma presunção, mas a verificação e consideração do perigo que representa a detenção de estupefacientes por si só. Mas importa, a este respeito, considerar o seguinte:

O princípio *in dubio pro reo* tem aplicação na prova de qualquer facto susceptível de desfavorecer o arguido, seja ele relativo a elementos do tipo, causas de justificação ou exculpação, circunstâncias agravantes ou atenuantes, modificativas ou de ordem geral. Assim, se no decurso do julgamento surge uma dúvida minimamente consistente (não basta a simples e fácil alegação desse facto pelo arguido) de que determinado produto estupefaciente seja destinado a consumo pessoal do arguido, esta dúvida há-de beneficiá-lo e impõe-se que se aplique o regime próprio do consumo, e não do tráfico de estupefacientes. Não pode considerar-se, nesse caso, que ao arguido caberá provar (como seu ónus) que o produto se destina ao seu consumo pessoal, ou que a simples detenção desse produto configura um crime de tráfico se não se provar que a mesma se destina a esse consumo. Podem ver-se, neste sentido, os Acs. do STJ de 20.10.99, *in* BMJ N.º 490, p. 164; e de 14.3.03, este publicado *in* RMP, n.º 95, p. 121, com anotação favorável de E. MAIA COSTA. Contra, porém, com a invocação de que “em certos tipos de crime é posto a cargo do agente um certo risco pela sua conduta”, A. A.TOLDA PINTO, *op. cit.*, p. 57, e os Acs. do STJ de 17.7.90, *in* BMJ N.º 399, p. 219; de 27.6.91, *in* CJ, XVI, 3, p. 40; 14.5.96, *in* BMJ n.º 457, p. 121; e de 18.12.96, *in* BMJ N.º 462, p. 480.

São vários os indícios externos que podem ser considerados no juízo sobre se a droga apreendida seria, ou não, destinada a consumo: as quantidades; se o agente tinha em seu poder balanças de precisão, pequenas bolsas ou materiais para embalagens, doses já preparadas, substâncias destinadas a “cortar” a droga, vestígios de manipulação, quantidades apreciáveis de dinheiro ou de outros valores; a existência de uma organização empresarial, ainda que rudimentar; se a droga foi encontrada fora do domicílio; se na vigilância policial exercida se detectaram

7

entradas e saídas de várias pessoas conhecidas como toxicodependentes, com permanências breves; ou se na posse do arguido foram encontradas seringas, cachimbos ou outros objectos adequados ao consumo (assim, A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 126).

- 8 Uma outra característica do crime de tráfico de estupefacientes tem a ver com a sua qualificação como **crime de trato sucessivo**.

Em sentido próximo do que já acima se referiu a propósito da qualificação deste crime como crime “de empreendimento”, esta qualificação também se liga à unificação de condutas prolongadas no tempo como um único crime, unificação que se distingue do concurso de crimes e do crime continuado. O grau de ilicitude deste crime é medido não em função das porções de droga proibida que, em dado momento, se apure que o agente venda, ceda ou detenha, mas em função da quantidade vendida, cedida ou detida durante determinado período prolongado de tempo. Neste sentido, podem ver-se os Acs. do STJ de 22.3.95, *in* BMJ n.º 445, p. 114; de 3.7.96, *in* BMJ n.º 359, p. 163; de 21.6.95, *in* BMJ n.º 448, p. 283; de 30.5.96, *in* BMJ n.º 457, p. 236; de 29.9.99, *in* BMJ n.º 489, p. 109; e os mais recentes Acs. do STJ de 8.2.07, proc. N.º 0694460, e do TRP de 5.11.08, proc. N.º 0814979, ambos *in* www.dgsi.pt.

Esta característica também está na base da qualificação do crime como pluri-subsistente (segundo a distinção de ANTOLISEI entre crimes uni-subsistentes, cuja consumação se verifica com um único acto, e crimes pluri-subsistentes, que se traduzem numa actividade complexa). Estamos perante um único crime, quer se verifique a detenção de droga num determinado momento, quer se verifique a venda reiterada de droga durante meses ou anos (assim, CARLOS ALMEIDA, *op. cit.*, p. 89).

Esta qualificação do crime tem especial relevância no plano do alcance do caso julgado. Uma condenação relativa a uma actividade de tráfico prolongada durante determinado período de tempo obsta ao conhecimento de actos isolados de tráfico praticados durante esse período, ainda que o tribunal da primeira condenação não os tenha conhecido especificamente. Já não será assim se o objecto do primeiro processo consistir em actos circunscritos (o que não deixa de ser possível, por ser, na altura, desconhecido o carácter prolongado no tempo da actividade de tráfico) e o objecto do segundo processo consistir em actos circunscritos distintos, ou numa actividade prolongada posterior à ocorrência desses primeiros actos. Podem ver-se, neste sentido, os Acs. do STJ de 22.5.02, *in* CJ-STJ, XXVIII, 2, p. 104; e de 14.1.04, *in* CJ-STJ, XXX, 2, p. 164; e o Ac. do TRP de 3.7.02, proc. N.º 011463, *in* www.dgsi.pt. Mas também há situações em que objecto do processo são actos de tráfico isolados e claramente separados no tempo. Assim, o Ac. do STJ de 22.5.02, *in* CJ-STJ, X, 2, p. 104, considera que dois actos concretos de tráfico com o intervalo de catorze meses integram a prática de dois crimes; o Ac. do STJ de 23.2.91, *in* BMJ N.º 404, p. 207, considera também que integram a prática de dois crimes duas vendas com o intervalo de três anos e meio; e o Ac. do TRP de 26.4.96, proc. N.º 0640763, *in* www.dgsi.pt, considera que configuram vários crimes encomendas e negócios em anos distintos. Parecem-me correctas estas qualificações, devendo, porém, evitar-se, através da determinação da medida concreta da pena, uma injustificada maior severidade da punição de dois actos isolados de tráfico que configuram a prática de dois crimes em relação à punição de uma actividade prolongada de tráfico que configura a prática de um único crime.

- 9 O tipo de crime de tráfico de estupefacientes não apresenta particulares especificidades no que diz respeito ao seu **elemento subjectivo**. São admissíveis as várias modalidades de dolo (artigo 14.º do Código Penal). Não se exige um dolo específico

(assim, o Ac. do TRE de 18.4.06, proc. N.º 586.06-1, *in* www.dgsi.pt.) O dolo supõe o conhecimento (certo, nos termos próprios do dolo directo ou necessário, ou incerto, nos termos próprios do dolo eventual) da natureza estupefaciente e proibida dos produtos em questão.

Estando em causa um crime de perigo abstracto, é exigível o dolo de perigo, a consciência da perigosidade da conduta em abstracto. Parece-me contrário ao princípio da culpa prescindir dessa exigência (como parece ser a tese perfilhada no já citado acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, criticada por MARIA FERNANDA PALMA *in op. cit.*, p. 34).

Quando se verifica uma actividade prolongada de tráfico, um participante que a ela aderir depois do seu início não responderá, por circunstâncias que ocorram apenas antes dessa sua adesão (assim, LUIS HUIDABRO, *op. cit.*, p. 182).

A respeito da **tentativa**, há que considerar o seguinte. Como vimos, o crime de tráfico de estupefacientes é um crime “executado”, “exaurido” ou “de empreendimento”. Nestes crimes, a incriminação do agente esgota-se nos primeiros actos de execução, independentemente de os mesmos corresponderem a uma execução completa. O “primeiro passo” dado pelo agente na senda do *iter criminis* já constitui o preenchimento do tipo, valendo os passos seguintes apenas para efeitos de determinação da medida concreta da pena (assim, o Ac. do TC n.º 262/01 e o Ac. do STJ de 18.4.96, *in* CJ-STJ, IV, 2, p. 172).

Isto significa que condutas que poderiam configurar, noutro tipo de crimes, uma tentativa configuram neste caso a prática de um crime já consumado. Não significa, porém, que esteja excluída a possibilidade de ocorrência de tentativa e desistência neste tipo de crime.

Como se salienta no Ac. do STJ de 15.7.08, proc. 08P1787, *in* www.dgsi.pt, não há consumação do crime só porque se iniciou um qualquer processo executivo e haverá tentativa se, como se verifica no caso objecto desse processo, o agente, sem chegar a deter ou transportar droga (factos que já configuram a consumação do crime de acordo com a descrição do artigo 21.º), se preparava para o fazer dentro de um veículo à porta de um armazém. Não se trata de meros actos preparatórios. A detenção e transporte estavam no plano psicológico do agente e os actos que este praticou efectivamente eram temporalmente próximos, unívocos e inequívocos quanto à preparação do transporte e só em função deste se explicavam.

Partindo dos mesmos pressupostos (considerando, pois, que pode haver tentativa de crime de tráfico de estupefacientes), o Ac. do STJ de 3.9.08, proc. N.º 08P2502, *in* www.dgsi.pt, considera que não chega a configurar uma tentativa (e não será, por isso, punível) a conduta de quem inicialmente concorda com uma proposta para transportar droga no corpo, mas vem a rejeitar mais tarde essa mesma proposta. O Ac. do TRL de 2.11.00, *in* CJ, XXV, 5, p. 134) considerou que já há consumação quando se procede a uma encomenda de produto estupefaciente sem que chegue a verificar-se o contacto físico com a droga, por esta ter sido apreendida na estação dos correios. É assim porque a compra e importação configuram já um crime consumado, mesmo que não chegue a verificar-se a detenção (ver, também neste sentido, os Acs. do STJ de 2.4.86, *in* BMJ n.º 356, p. 125, e de 8.3.90, *in* CJ, XV, 1, p. 35; o Ac. do TRL de 28.7.82, *in* CJ, VII, 4, p. 142; e o Ac. do TRP de 11.5.83, *in* CJ, VIII, 3, p. 281).

A doutrina e jurisprudência espanholas (ver LUIS HUIDABRO, *op. cit.*, pp. 62 a 64) têm acentuado, a este respeito, que a compra que configura a consumação do crime supõe o acordo de vontades e a disponibilidade jurídica do produto sem que seja necessário o contacto físico com este (este contacto físico pode dar-se através de outra pessoa). Poderá haver tentativa antes de se verificar essa disponibilidade jurídica.

10

É minoritária a posição que exige, para a consumação do crime, a disponibilidade real e actual, não meramente hipotética (embora não a *contretatio*), pelo que haveria tentativa quando não chega a ser retirada a droga dos correios.

- 11 A punibilidade da **tentativa impossível** está sujeita aos critérios gerais do art. 23.º, n.º 3, *a contrario*, do Código Penal: “A tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime”. Pode questionar-se a punibilidade de qualquer dos actos descritos no artigo 21.º em apreço e relativos a produtos não estupefacientes supondo o agente que se trataria de produtos estupefacientes. O critério para que aponta o citado artigo 23.º, n.º 3, é o do carácter “manifesto”, ou não manifesto, da inexistência do objecto. Será punível essa tentativa se não for manifesta essa inexistência.

O Ac. do STJ de 6.11.08, proc. N.º 0892501, *in* www.dgsi.pt, considerou que configura uma tentativa impossível punível, por não ser manifesta a inexistência do objecto, a recolha de um saco, dissimulado num balde de adubo, a entrega desse saco a outro arguido e o seu lançamento para fora dos muros da prisão quando guardas prisionais que detectaram o plano dos arguidos haviam substituído o produto estupefaciente por outro. Este acórdão confirma o Ac. do TRP de 30.1.08, proc. N.º 0714132, *in* www.dgsi.pt. Neste outro acórdão foi formulado, porém, um voto de vencido onde se afirma que não chega a verificar-se qualquer perigo de lesão do bem jurídico em causa. Pode, na verdade, questionar-se se desta forma não se estará a punir simples intenções.

De acordo com o Ac. do TRL de 28.5.86, *in* CJ, XI, 3, p. 156, pratica uma tentativa punível de tráfico de estupefacientes quem transporta ou detém, com fins lucrativos de comércio, um produto estupefaciente não incluído nas tabelas legais na convicção de que transportava ou detinha cocaína.

LUIS HUIDABRO (*op. cit.*, pp. 162 e 163) pronuncia-se no sentido da impunibilidade da tentativa em casos semelhantes, mas refere jurisprudência espanhola em sentido contrário.

- 12 A respeito da qualificação de condutas como **autoria ou cumplicidade**, deve salientar-se que a descrição ampla do tipo de crime de tráfico de estupefacientes, que reflecte um propósito de mais intensa e severa punição, tende a esbater tal distinção. Há condutas que, em relação a outros crimes, poderiam ser qualificadas como de cumplicidade e que essa descrição ampla do tipo equipara à autoria. Por exemplo, a venda e transporte de produtos estupefacientes por conta de outrem e no âmbito de um negócio de outrem não deixa de configurar a autoria de um crime de tráfico de estupefacientes (ver, neste sentido, por exemplo, os Acs. do STJ de 20.12.89., *in* CJ, XIV, 5, p. 11; e de 4.12.08, *in* CJ-STJ, XVI, 3, p. 239). Também é autor do crime quem tem a posse precária da droga e não é seu proprietário (assim, o Ac. do TRP de 14.3.07, proc. N.º 0617368, *in* www.dgsi.pt).

Para LUIS HUIDABRO (*op. cit.*, pp. 165 e 166), um conceito extensivo e unitário de autor, para que parece apontar a descrição típica do crime de tráfico de estupefacientes, que não deixa espaço à distinção entre autoria e participação, seria contrário aos princípios do Estado de Direito e, por isso, impõe-se uma interpretação restritiva dessa descrição, de modo a evitar o tratamento indiferenciado das várias formas, mais ou menos decisivas ou acessórias, de intervenção no tráfico de estupefacientes. Afigura-se-me que se impõe, na verdade, esse tratamento diferenciado, na determinação da medida concreta da pena, mesmo quando a descrição do tipo conduz à qualificação como autoria de condutas que noutros âmbitos seriam qualificadas como cumplicidade.

De qualquer modo, não está de modo algum excluída a figura da cumplicidade no âmbito do tráfico de estupefacientes, como tem sido orientação da jurisprudência. Qualquer tipo de intervenção no tráfico de estupefacientes (no limite, qualquer tipo de contacto com produtos estupefacientes) não configura necessariamente a autoria do crime.

A respeito da co-autoria, a jurisprudência vem salientando a tese geralmente seguida de que a actividade do co-autor pode ser parcial, não tem de abranger todos os actos praticados em ordem à obtenção do resultado pretendido, desde que se verifique a consciência de cooperação no resultado comum (assim, por exemplo, os Acs. do STJ de 10.7.03, proc. N.º 03P3399; de 22.7.03, proc. N.º 03P3364; de 13.6.04, proc. N.º 04P1407; e o AC. do TRP de 5.11.08, proc. N.º 0814979, todos *in* www.dgsi.pt). A esta luz, e invocando geralmente a teoria clássica do “domínio do facto”, a jurisprudência portuguesa tem considerado co-autores: quem estava encarregue de prevenir a aproximação das autoridades policiais ao local, sendo certo que as transacções só se efectuavam depois de essa pessoa fazer um sinal gestual com a mão de que tudo estava controlado (Ac. do STJ de 9.2.94, *in* CJ-STJ, II, 1, p. 223); quem acede a acompanhar outros, num táxi, ao local combinado para receber heroína e transportar droga, enquanto outros dois seguem num carro particular, de onde vão telefonando assiduamente para essa pessoa, para ver se tudo decorre como combinado (Ac. do STJ de 22.7.03, proc. N.º 03P3364, *in* www.dgsi.pt); quem vigia e controla a fila de consumidores, enquanto outros vendem, e, por vezes, também vende, alternando com esses outros (Ac. do STJ de 27.6.02, proc. N.º 02P3211, *in* www.dgsi.pt); quem, a troco de mil euros, acompanhou o condutor de uma aeronave que transportou 270 kg de haxixe, carregou os fardos em questão e os retirou da aeronave, assim como o condutor de um automóvel que também transportou esse haxixe, só se apercebendo que se tratava desse produto depois de iniciar a condução e sem que se tenha provado o recebimento de contrapartidas (Ac. do STJ de 22.3.07, proc. N.º 0694808, *in* www.dgsi.pt); quem aluga um veículo utilizado para transportar droga (Ac. do STJ de 10.7.03, proc. N.º 03P3319, *in* www.dgsi.pt); quem recolhe e entrega o dinheiro das vendas (Ac. do STJ de 26.2.04, proc. N.º 04P267, *in* www.dgsi.pt); ou a mulher que procedia, embora com subalternização ao marido, à preparação para venda da droga anteriormente adquirida (Ac. do STJ de 18.12.91, *in* BMJ N.º 412, p. 214).

Na jurisprudência espanhola (ver LUIS HUIDABRO, *op. cit.*, p. 168) têm sido considerados co-autores: quem procede ao tipo de vigilância atrás descrito, quem atrai clientes, quem procura um lugar para colocar a droga, quem esconde a droga num veículo, assim como o mediador ou intermediário numa qualquer operação de venda.

A jurisprudência portuguesa considerou cúmplices: a companheira de outro arguido que se limita a contar o dinheiro produto das vendas (Ac. do STJ de 22.7.03, proc. N.º 03P3364, *in* www.dgsi.pt); quem colabora na recepção da droga pelo “traficante” com a intenção de obter uma porção para seu consumo (Acs. do STJ de 7.6.95, proc. N.º 046334, *in* www.dgsi.pt; e de 25.10.90, *in* BMJ n.º 400, p. 345); ou quem atende chamadas e anota os locais de encontro e os recados relacionados com o tráfico e acompanha, por vezes, o “traficante” nas entregas, assim lhe proporcionando uma protecção acrescida (Ac. do TRP de 9.2.09, proc. N.º 0847917, *in* www.dgsi.pt). Na jurisprudência espanhola (ver LUIS HUIDABRO, *op. cit.*, p. 180), têm sido considerados cúmplices: quem autoriza reuniões relacionadas com o tráfico no seu domicílio para não serem levantadas suspeitas, quem oculta uma pequena quantidade de droga traficada pela filha, quem indica aos compradores o local onde a droga se vende, quem efectua operações auxiliares numa descarga de droga,

quem tem a função de mensageiro, de tradutor ou de condutor de um automóvel, ou quem pratica actos auxiliares, esporádicos e de escassa utilidade.

- 13 E. MAIA COSTA (in “O direito penal...”, cit., pp. 93 e 94) considera que não integra a prática de um crime de tráfico de estupefacientes, mas um crime de favorecimento pessoal, previsto e punido pelo art. 367.º, n.º 1, do Código Penal (não punível nos termos do n.º 5 desse mesmo artigo), a conduta de familiares do arguido que escondem um produto estupefaciente visando proteger esse arguido, e não para difundir ou ceder a droga, e vindo a polícia a apreender esse produto em poder deles (ver, também neste sentido, VÍTOR PAIVA, *op. cit.*, p. 142). O bem jurídico protegido (a saúde pública) não justificará, nestes casos, a punição como crime de tráfico de estupefacientes.

Afigura-se-me, porém, que a descrição do tipo abrange este tipo de situações. A amplitude dessa descrição, tal como trata como consumação e autoria situações que no âmbito de outros crimes poderiam configurar simples tentativa ou cumplicidade, também leva a incluir situações que no âmbito de outros crimes configurariam um auxílio material ao criminoso. E não pode dizer-se que a protecção do bem jurídico não justifica, nestes casos, a punição. Ainda que os familiares ou “protectores” do proprietário da droga não pretendam difundi-la, o perigo dessa difusão por outros só estaria afastado se a destruíssem (caso em que, na verdade, já não se justificaria a punição).

- 14 A respeito do eventual **concurso** entre o crime de tráfico de estupefacientes e o crime de ofensas à integridade física, deve considerar-se o seguinte: A partir da consideração do crime de tráfico de estupefacientes como crime de perigo e contra a saúde pública, JAVIER RODRIGUEZ (*op. cit.*, p. 399) considera que se verificará uma relação de consumpção entre um crime de ofensas corporais, enquanto crime de dano contra a saúde individual, e o crime de tráfico de estupefacientes, enquanto crime de perigo. O primeiro desses crimes supõe um dolo relativo ao dano em concreto, este último supõe um dolo de perigo.

Penso, no entanto, que o perigo envolvido num acto de tráfico é mais geral e vai para além do dano concreto que possa provocar numa vítima determinada. Desde logo porque, como vimos, o bem jurídico em causa não se reconduz à saúde pública interpretada em sentido estrito e equiparável ao da generalidade dos crimes contra a saúde pública.

- 15 A respeito da pena aplicável a este crime, a jurisprudência tem acentuado que as exigências da prevenção geral, positiva e negativa, decorrentes da nocividade social do tráfico de estupefacientes, da dimensão da ameaça que representa e da censura comunitária que suscita, reclamam, de um modo geral, uma punição severa.

Essas exigências desaconselham, de um modo geral, a **suspensão de execução da pena de prisão**, que a revisão do Código Penal de 2007 (ao alargar para os cinco anos de prisão o limite máximo da pena que permite essa suspensão) veio permitir no que se refere ao crime tipificado no artigo 21.º, n.º 1, em apreço. Assim, mesmo quando estejam verificados outros pressupostos da suspensão da execução da pena de prisão, designadamente os relativos à prevenção especial positiva e à não desinserção social do condenado, as exigências de prevenção geral, positiva e negativa, a necessidade de reforço da confiança comunitária na validade e integridade das normas e valores por estas protegidos, poderão desaconselhar essa suspensão no âmbito do crime tipificado no art. 21.º, n.º 1, em apreço.

Acentuam este aspecto, entre muitos outros, os Acs. do STJ de 9.6.04, in CJ-STJ, XII, 2, p. 221; de 13.4.05, proc. N.º 0494313; de 24.10.07, proc. N.º 07P3220; de 15.11.07, proc. N.º 07P3761; de 5.12.07, proc. N.º 07P3396; de 13.12.07, proc. N.º 07P3292; de 9.4.08, proc. N.º 08P825; de 18.12.08, proc. N.º 08P3378; e de 25.2.09, proc.

N.º 09P0097; o Ac. do TRG de 12.1.09, proc. N.º 2421/08-1; e o Ac. do TRP de 28.1.09, proc. N.º 0812505, todos estes *in* www.dgsi.pt.

Afirma-se, a este respeito, por exemplo, no Ac. do TRE de 18.4.06, proc. N.º 319/05-1, *in* www.dgsi.pt, que “o tráfico e consumo de estupefacientes constituem, reconhecidamente, a principal causa do crescimento da criminalidade e insegurança na sociedade portuguesa”. E afirma-se no já citado Ac. do TC n.º 426/91 que o tráfico de estupefacientes “é repudiado pela sociedade com uma intensidade semelhante ao homicídio, às ofensas corporais graves, à violação, ao sequestro ou ao roubo”.

Alguns dos referidos acórdãos (os referidos Acs. do STJ de 15.11.07, 13.12.07 e 9.4.08 e o Ac. do TRP de 28.1.09) evocam a *Estratégia Nacional de Luta contra a Droga* (aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26.5) e o propósito nela proclamado de encetar uma vigorosa estratégia nacional e internacional de combate ao tráfico de estupefacientes e o facto de uma reacção penal mais benevolente poder contrariar essa estratégia.

Estas considerações não podem, porém, conduzir a um qualquer automatismo que vede em absoluto o recurso à suspensão de execução da pena de prisão dentro dos demais pressupostos legais, o que seria, obviamente, contrário aos propósitos do legislador, que deixam sempre alguma flexibilidade ao aplicador. A ausência de flexibilidade no âmbito do regime anterior à revisão do Código Penal de 2007, no que se refere ao artigo 21.º em apreço, suscitara críticas (ver VÍTOR PAIVA, *op. cit.*, p. 153, que advogava a possibilidade de suspensão da pena de prisão de um condenado sem antecedentes criminais que tivesse sido vendedor habitual, mas que na altura do julgamento estivesse socialmente inserido) e essa revisão veio deliberadamente introduzir uma maior margem de manobra para o julgador. Admitem a suspensão da execução da pena de prisão, no âmbito do art. 21.º em apreço, por exemplo, os Acs. do STJ de 20.12.07, proc. n.º 07P3168; e de 20.12.07, proc. N.º 069662, ambos *in* www.dgsi.pt.

Este artigo em apreço distingue a perigosidade dos diferentes produtos estupefacientes de acordo com a classificação das tabelas I a III (n.º 1) e da tabela IV (n.º 4). Esta distinção não coincide com a habitual distinção entre drogas “duras” (entre as quais se incluem a heroína e demais derivados do ópio, a cocaína e demais derivados da coca, os barbitúricos, as anfetaminas, o L.S.D. e o *ecstasy*) e as drogas “leves” (entre as quais se incluem o haxixe e os demais derivados da *cannabis*). Esta distinção é, pelo contrário, assumida pela legislação espanhola ao distinguir entre “drogas que causam grave dano à saúde” e “drogas que não causam grave dano à saúde” (ver LUIS HUIDABRO, *op. cit.*, pp. 121 a 137, com referência a decisões jurisprudenciais relativas à classificação dos vários tipos de drogas). A Recomendação da Comissão de Inquérito do Crime Organizado Ligado ao Tráfico de Droga, aprovada pelo Parlamento Europeu (publicada *in* SUBJUDICE, n.º 3, p. 95) distingue, quanto ao grau de perigosidade, drogas ultra-suaves, suaves, semi-suaves, semiduras, duras e ultraduras, incluindo nestas últimas a heroína e o *crack*.

Afirma-se, a este respeito, na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 15/93, em anotação:

“A gradação das penas aplicáveis ao tráfico tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade. O que não implica necessária adesão à distinção entre drogas duras e leves e, muito menos, às ilações extraídas por alguns países no campo da descriminalização ou despenalização do consumo.”

16

“Simplesmente, a decisão de uma gradação mais ajustada tem de assentar na aferição científica rigorosa da perigosidade das drogas nos seus diversos aspectos, onde se incluem motivações que ultrapassam o domínio científico, para relevarem de considerações de natureza sociocultural não minimizáveis”.

Deste tipo de considerações, parece-me poder concluir-se que a perigosidade relativa das várias drogas, por exigência do princípio da proporcionalidade, não pode deixar de ser considerada (como é geralmente na prática judicial), quer na qualificação do crime como de menor gravidade (art. 25.º), quer na determinação da medida concreta da pena. Tal não significa que o tráfico de drogas “leves” se enquadre necessariamente no tráfico de menor gravidade, designadamente se envolver quantidades apreciáveis. O legislador não aderiu à distinção entre drogas “duras” e “leves” porque, como por vezes se afirma, pode haver consumo “duro” de drogas “leves”, e porque o mesmo contexto psicológico e social que induz ao consumo de drogas “leves” pode induzir, no plano da perigosidade que é relevante no âmbito dos sistema legal, ao consumo de drogas “duras”.

Parece-me, por isso, algo criticável a afirmação do Ac. do STJ de 16.9.08, proc. N.º 08P813, *in* www.dgsi.pt, de que “o tipo duro ou leve não deve constituir referencial para calibrar a gravidade do crime”, porque “do que se trata é de tráfico de droga, de qualquer tipo”. Já me parece de aplaudir a tese exposta no Ac. do STJ de 27.4.06, proc. N.º 069120, *in* www.dgsi.pt, segundo a qual, sendo certo que o legislador não distingue entre drogas duras e leves, as afirmações da exposição de motivos acima citadas apontam no sentido da relevância do grau de perigosidade relativo das várias drogas.

JAVIER RODRIGUEZ (*in op. cit.*, p. 216) considera que, estando em causa a saúde pública como bem jurídico protegido, a maior ou menor nocividade para a saúde dos vários tipos de droga não pode deixar de ter reflexos na medida da pena.

17 Merece uma referência especial o tratamento jurisprudencial das penas aplicáveis aos chamados **“correios” de droga**, isto é, as pessoas encarregues de transportar quantidades apreciáveis de droga por conta de outrem a troco de remuneração.

A jurisprudência vem acentuando o facto de não se justificar um tratamento “excessivamente benevolente” (designadamente através da suspensão de execução da pena) desta conduta, atendendo ao papel essencial que representa na cadeia da circulação e disseminação da droga (afirma-se que “sem eles o crime estaria erradicado, pois os grande traficantes não irão sujeitar-se a ser apanhados com a droga na mão”) e às quantidades normalmente envolvidas (ver, neste sentido, por exemplo, os Acs. do STJ de 13.12.06, proc. N.º 0693142; de 28.11.07, proc. N.º 07P3253; de 20.2.08, proc. N.º 08P295; e de 20.2.08, proc. N.º 08P2813; e o AC. TRL de 3.4.08, proc. N.º 1515/08-9, todos *in* www.dgsi.pt).

Também se acentua, porém, que o “correio” de droga actua em nome e no interesse de outrem, sendo que é este quem colhe as maiores vantagens do negócio, servindo-se daquele enquanto sujeito económico carenciado e sem se expor aos riscos a que aquele se expõe. Deveria, assim, ser dado relevo à situação que possa ter levado o “correio” a aceitar a tarefa, que pode estar ligada à penúria ou ao desespero, mas também à ambição do enriquecimento rápido e fácil (ver, neste sentido, por exemplo, os Acs. do STJ de 7.5.03, proc. N.º 03P2638, e de 27.9.06, proc. N.º 06P2548, ambos *in* www.dgsi.pt).

Parece-me, de qualquer modo, excessivo afirmar que a circunstância de se tratar de um “correio” em nada diminui a ilicitude (assim, o Ac. do STJ de 12.5.05, proc. N.º 05P1272, *in* www.dgsi.pt) ou que “a actuação do correio é tão grave como a do “traficante”, pois limita-se a ir buscar a droga a um lado e levá-la a outro, a

fim de se proceder à venda” (assim, o Ac. do STJ de 19.12.97, proc. N.º 9049/96, *cit.* no acórdão anterior).

A severidade das penas associadas ao crime de tráfico de estupefacientes e as indiscutivelmente fortes exigências de prevenção geral que suscita não podem levar-nos a esquecer a suprema relevância do princípio da culpa e a consequente exigência de proporcionalidade entre a gravidade da culpa e a gravidade da medida da pena (artigo 40.º, n.º 2, do Código Penal: “Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa”).

O princípio da culpa decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, estrutura fundamental do nosso sistema jurídico (artigo 1.º da Constituição da República). A dignidade da pessoa humana obsta a que, de acordo com a clássica visão kantiana, esta possa ser instrumentalizada em função do interesse geral e do combate à criminalidade. Admitir que, em nome das exigências pragmáticas do combate à criminalidade em geral, ou do combate ao tráfico de estupefacientes em particular, em nome de exigências de prevenção geral positiva ou negativa, se condene numa pena desproporcionada em relação à culpa concreta do agente é admitir essa instrumentalização. As exigências de eficácia e o pragmatismo não podem sobrepor-se a princípios éticos basilares.

Num quadro legal que acentua as exigências da prevenção geral será oportuno relembrar este princípio, que tem plena aplicação nos espaços de flexibilidade (apesar de tudo existentes) que esse quadro contempla, no recurso à atenuação extraordinária da pena (artigo 72.º do Código Penal) e, sobretudo, na determinação da medida concreta da pena (artigo 71.º do Código Penal).

A prática judiciária revela como é fácil a condenação dos “elos mais fracos” da cadeia do tráfico de estupefacientes, em relação aos quais o juízo de culpa, sem deixar de ser relevante, não será o mais acentuado. Seria contrária ao princípio da culpa a tendência de, em nome do pragmatismo e das exigências de intimidação, fazer destes agentes “bode expiatórios” que “pagam” por todos os que, com maior grau de culpa, o sistema não pode condenar.

Artigo 22.º

Precursores

1. Quem, sem se encontrar autorizado, fabricar, importar, exportar, transportar ou distribuir equipamento, materiais ou substâncias inscritas nas tabelas V e VI, sabendo que são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.

2. Quem, sem se encontrar autorizado, detiver, a qualquer título, equipamento, materiais ou substâncias inscritas nas tabelas V e VI, sabendo que são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

3. Quando o agente seja titular de autorização nos termos do capítulo II, é punido:

a) No caso do n.º 1, com pena de prisão de 3 a 12 anos;

b) No caso do n.º 2, com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A natureza de crime de perigo (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

O controlo do mercado lícito de estupefacientes e precursores (anotação 5)

- 1 Este artigo diz respeito aos chamados “precursores”, isto é, os produtos indispensáveis às operações químicas relativas ao cultivo, fabrico e produção de estupefacientes. A lista desses produtos consta das tabelas V e VI, anexas ao diploma em anotação. O preceito é inovador e tem como fonte os artigos 3.º, n.º 1, a), iv, c), ii, e 13.º da Convenção da Nações Unidas de 1988. Na exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, depois de se afirmar que a aprovação desta Convenção é “razão determinante” do diploma, alude-se ao objectivo dessa Convenção de “adoptar medidas adequadas ao controlo e fiscalização dos precursores, produtos químicos e solventes, substâncias utilizadas no fabrico de estupefacientes e de psicotrópicos e que, pela facilidade de obtenção e disponibilidade no mercado corrente, têm conduzido ao aumento do fabrico clandestino de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas”.
Afirma-se na “Nota Justificativa do Anteprojecto”: “A fonte do preceito encontra-se nos artigos 3.º, n.º 1, a), iv, c), ii, e 13.º da Convenção da Nações Unidas de 1988. Teve-se em conta, na dosimetria das penas, não só os restantes preceitos do diploma e a ilicitude comparada, como também as sanções previstas pelo Reino Unido, no Criminal Justice (International Cooperation) Act de 1990, Parte II, n.ºs 2 e 3 (prisão até 14 anos), e pela Itália, no artigo 69.º, bis, da citada lei (Testo unico de 9.10.90, n.º 309) (prisão de 4 a 10 anos)”.
- 2 Como refere A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 132), estamos perante um típico **crime de perigo** que “se situa na antecâmara do artigo 21.º, qual perigo de primeiro grau neste recuo de punição”.
- 3 A respeito da descrição dos **elementos objectivos do tipo**, salienta J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 74) que a redacção do preceito é susceptível de englobar na previsão os “análogos”, ou seja, substâncias com propriedades semelhantes aos produtos controlados, mas cuja estrutura molecular destes difere.
- 4 No que se refere ao **elemento subjectivo do tipo**, o preceito em anotação exige o conhecimento de que os produtos em questão “são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”. Esta redacção parece apontar para a exigência, a este respeito, de dolo directo ou necessário, com exclusão do dolo eventual. O conhecimento em questão deve ser certo e não incerto ou eventual. Se é verdade que este último é também um tipo de conhecimento, a referência em questão não teria sentido útil se fosse aplicável, sem especificidades, o regime geral do dolo. Pronuncia-se neste sentido, na doutrina espanhola, LUIS FERNANDO REY HUIDABRO (*op. cit.*, p. 279).
Já não será aceitável, face à legislação portuguesa em apreço, a tese, por este sustentada, segundo a qual a punição exige, não só que o agente tenha o *conhecimento* de que os precursores se destinam à produção de estupefacientes, mas também que o agente tenha a *intenção* de destinar os precursores à produção de estupefacientes, por si ou por outrem.
- 5 A regulação do controlo do mercado lícito de estupefacientes, substâncias psicotrópicas, precursores e outros produtos químicos susceptíveis de ser utilizados no fabrico de droga, compreendidos nas tabelas I a VI anexas ao Decreto-Lei n.º 15/93, em apreço, decorre do Decreto Regulamentar n.º 61/94, de 12.10, alterado pelo Decreto Regulamentar n.º 19/2004, de 30.4.

Artigo 23.º

Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos

(Revogado pelo artigo 55.º, n.º 1, a), da Lei n.º 11/2004, de 27.3 – estabelece o regime de prevenção e branqueamento de vantagens de proveniência ilícita)

Artigo 24.º

Agravação

As penas previstas nos artigos 21.º e 22.º são aumentadas de um quarto nos seus limites mínimo e máximo se:

a) As substâncias ou preparações foram entregues ou se destinavam a menores ou diminuídos psíquicos;

b) As substâncias ou preparações foram distribuídas por grande número de pessoas;

c) O agente obteve ou procurava obter avultada compensação remuneratória;

d) O agente for funcionário incumbido da prevenção ou repressão dessas infracções;

e) O agente for médico, farmacêutico ou qualquer outro técnico de saúde, funcionário dos serviços prisionais ou dos serviços de reinserção social, trabalhador dos correios, telégrafos, telefones ou telecomunicações, docente, educador ou trabalhador de estabelecimento de educação ou de trabalhador de serviços ou instituições de acção social e o facto for praticado no exercício da sua profissão;

f) O agente participar em outras actividades criminosas organizadas de âmbito internacional;

g) O agente participar em outras actividades ilegais facilitadas pela prática da infracção;

h) A infracção tiver sido cometida em instalações de serviços de tratamento de consumidores de droga, de reinserção social, de serviços ou instituições de acção social, em estabelecimento prisional, unidade militar, estabelecimento de educação, ou em outros locais onde os alunos ou estudantes se dediquem à prática de actividades educativas, desportivas ou sociais, ou nas suas imediações;

i) O agente utilizar a colaboração, por qualquer forma, de menores ou de diminuídos psíquicos;

j) O agente actuar como membro de bando destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando;

l) As substâncias ou preparações foram corrompidas, alteradas ou adulteradas, por manipulação ou mistura, aumentando o perigo para a vida ou para a integridade física de outrem.

Sumário da anotação:

Fonte (anotação 1)

A excepcional gravidade do crime (anotação 2)

A justificação da agravante da alínea a) (anotação 3)

O conceito de “menor” (anotação 4)

Menor ou menores? (anotação 5)

O conceito de “diminuído psíquico” (anotação 6)

O conceito de “grande número de pessoas” (anotação 7)

A indeterminação do número de pessoas e os princípios da vinculação temática, do contraditório e *in dubio pro reo* (anotação 8)

A distribuição efectiva por “grande número de pessoas” (anotação 9)

O conceito de “avultada compensação remuneratória” e o “grande tráfico” (anotação 10)

A indeterminação do montante da compensação remuneratória e os princípios da vinculação temática, do contraditório e *in dubio pro reo* (anotação 11)

Os factores a considerar no preenchimento do conceito de “avultada compensação remuneratória” (anotação 12)

O conceito de “avultada compensação remuneratória” e o conceito de “valor consideravelmente elevado” relevante para a qualificação do furto (anotação 13)

Exemplos jurisprudenciais de “avultada compensação remuneratória” (anotação 14)

A alínea d) (anotação 15)

A alínea e) (anotação 16)

A alínea f) (anotação 17)

A alínea h): a *ratio* da agravação no que se refere ao tráfico de droga em estabelecimentos prisionais (anotação 18)

A não automaticidade da agravação no que se refere ao tráfico de droga em estabelecimentos prisionais (anotação 19)

A parte final da alínea h) (anotação 20)

Tentativa de introdução de droga em estabelecimentos prisionais (anotação 21)

A alínea i) (anotação 22)

A alínea j): o conceito de “bando” (anotação 23)

A alínea l) (anotação 24)

A determinação da pena concreta e o princípio da proibição da dupla valoração (anotação 25)

- 1 Este preceito tem como fonte o anterior artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12, e o artigo 3.º, n.º 5, da Convenção das Nações Unidas de 1988. Afirma-se na “Nota Justificativa do Anteprojecto”: “A agravação a que respeita o artigo 24.º corresponde a um aperfeiçoamento do artigo 27.º do diploma vigente, tendo-se tomado em conta também o disposto no n.º 5 do artigo 3.º da Convenção das Nações Unidas de 1988. Considerou-se desnecessária qualquer alusão a reincidência – Cfr. alínea h) daquele n.º 5 do artigo 3.º – em virtude de as condenações proferidas por tribunais estrangeiros já serem atendidas “quando o facto constituir também crime doloso segundo o direito português” (n.º 3 do artigo 76.º do Código Penal). No que toca à agravante prevista na alínea l) – mistura de substâncias que aumentem o risco para a saúde do consumidor – colheu-se inspiração no artigo 344.º – bis, a), do Código Penal Espanhol, revisto pela Lei Orgânica de 24.03.88, n.º 1/1988.”
A redacção vigente decorre da Lei n.º 11/2004, de 27.3, que veio repor a redacção inicial no que se refere à moldura da pena, depois de a Lei n.º 45/96, de 3.9, ter agravado essa moldura. Esta Lei determinara que a pena correspondia ao agravamento em um terço dos limites mínimo e máximo das penas previstas nos artigos 21.º e 22.º (quando a agravação nos termos da redacção inicial era em um quarto, como se verifica actualmente).
- 2 Na interpretação deste preceito, e das suas várias alíneas, deve partir-se do pressuposto de que estamos perante um crime de gravidade excepcional e extraordinariamente elevada, substancialmente mais elevada do que aquela (já de si elevada) que corresponde ao tipo base do artigo 21.º Só dessa forma poderá ser respeitada a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a gravidade das penas aqui previstas. Sublinham este aspecto, entre outros, os Acs. do STJ de 8.2.06, proc. N.º 05P2988, e de 26.9.07, proc. N.º 07P1890, ambos *in* www.dgsi.pt.
- 3 A agravante da alínea a) justifica-se em nome da protecção dos sujeitos mais débeis, menores ou diminuídos psíquicos. Pela sua imaturidade, os menores são presa fácil de propostas aparentemente aliciantes, pela sua novidade, pela atracção do risco e do interdito e pelo apelo ao prazer imediato. A indução a comportamentos que criam dependência afecta a liberdade de outrem de modo particularmente grave no caso de menores e diminuídos psíquicos.
- 4 O conceito de “**menores**” a que alude este artigo é o que corresponde ao regime geral do Código Civil (até aos dezoito anos), não ao da responsabilidade Penal. Podem ver-se, neste sentido, J. L. MORAES ROCHA, *op. cit.*, p. 82, e o Ac. do TRC de 27.4.05, CJ, XIII, 2, p. 50.
- 5 A utilização do plural indica que, para que opere esta circunstância agravante, é forçoso que os produtos estupefacientes tenham sido entregues, ou se destinassem, a mais do que um menor ou diminuído psíquico. O respeito pela literalidade, e também pela *ratio* de um preceito destinado a abarcar condutas excepcionalmente graves, aponta nesse sentido. Em sentido contrário (alegando que o plural empregue

no dispositivo legal não é dirigido ao número de destinatários ou recebedores da mercadoria, mas à sua classe etária – os menores), pronunciam-se, porém, J. L. MORAES ROCHA, *op. cit.*, p. 82, e A. A. TOLDA PINTO, *op. cit.*, p. 62, assim como o Ac. do TRC de 3.11.88, CJ, XIII, 5, p. 89.

O conceito de “**diminuído psíquico**” abarca todo o tipo de doenças psicopatológicas que se traduzem nalguma limitação minimamente grave das faculdades intelectuais e volitivas (ver, neste sentido, J. L. MORAES ROCHA, *op. cit.*, p. 82). Não se exige a inimputabilidade relevante para efeitos de responsabilidade penal, ou a incapacidade de gestão da pessoa e seus bens relevante para efeitos de incapacidade civil.

No que ao elemento subjectivo diz respeito, para que se verifique a circunstância da alínea a), forçoso é que o agente conheça a idade da vítima, ou a sua limitação psíquica, ou, pelo menos, que se verifique a indiferença perante uma eventual dúvida a esse respeito (ver, neste sentido, os Acs. do STJ de 26.1.89, BMJ n.º 386, p. 253, e de 9.1.91, BMJ n.º 423, p. 139).

Também no conceito de “**grande número de pessoas**” a que se reporta a alínea b) deste preceito, deve ser tido em consideração que estamos perante um crime de gravidade excepcionalmente elevada. Por outro lado, o tipo base supõe já que na generalidade dos casos de tráfico se verifica a difusão por uma pluralidade significativa de pessoas, e este facto já é tido em conta na moldura da pena correspondente.

Acertadamente, os Acs. do STJ de 19.6.96, BMJ n.º 456, p. 98, e do TRC de 3.11.88, CJ, XIII, 5, p. 89, e de 9.11.88, BMJ n.º 381, p. 759, consideram que não se verifica esta circunstância nos casos de entrega a onze ou doze pessoas. Já o Ac. do STJ de 13.2.91, BMJ n.º 404, p. 188, considera (no que discordo) que se verifica esta circunstância no caso de venda, por várias vezes, a onze pessoas, e o Ac. do STJ de 9.1.91, BMJ N.º 403, p. 139, considera (no que também discordo) que se verifica esta circunstância no caso de entrega, durante mais de quatro anos, a um número indeterminado de pessoas, mas, comprovadamente, superior a onze.

O Ac. do STJ de 2.10.08, proc. N.º 08P1314, *in* www.dgsi.pt, salienta que não se verifica esta circunstância no caso de distribuição, ainda que reiterada e constante, a um número restrito de pessoas, ou no caso de um grupo de toxicodependentes, ainda que relativamente numeroso, que se abastece normalmente ao mesmo traficante. O Ac. do STJ de 6.5.04, proc. N.º 04P449, *in* www.dgsi.pt, por seu turno, considerou que o fornecimento regular de cocaína a dezenas de pessoas, das quais foi possível identificar vinte e três, em quantidades que permitem inferir a difusão efectiva da droga por uma muito maior quantidade de compradores ou consumidores finais, integra a previsão desta alínea. Também o Ac. do STJ de 15.1.04, proc. N.º 03P4020, *in* www.dgsi.pt, considerou que integra a previsão desta alínea a venda regular, aos meios quilos, de heroína. Haverá, pois, que ter em conta não apenas a difusão directa da droga, mas também a sua difusão indirecta, desde agentes intermediários ao consumidor. De outro modo, agentes mais próximos do consumidor ficariam prejudicados em relação a dirigentes de organizações (acentua este aspecto o Ac. do STJ de 18.2.08, proc. N.º 02P3217, *in* www.dgsi.pt).

A indeterminação quanto ao número de pessoas a quem a droga tenha sido entregue não pode relevar em prejuízo do arguido, por imperativo dos princípios da vinculação temática, do contraditório e *in dubio pro reo*. Podem ver-se, neste sentido, por exemplo, os Acs. do STJ de 2.10.08, proc. N.º 08P1314, e de 3.9.08, proc. N.º 08P2044, ambos *in* www.dgsi.pt. Assim, a descrição dos factos provados há-de dar expressão quantitativa precisa ao conceito. Não bastará reproduzir o conceito legal na sua indeterminação (“grande número de pessoas”) ou utilizar expressão equivalente e igualmente indeterminada, por muito enfática que esta seja (“número

elevado de pessoas”, “número incalculável de pessoas”, “uma infinidade de pessoas”, “inúmeras pessoas”). Em muitos casos, será possível quantificar apenas um valor mínimo (“pelo menos...”, “número superior a...”), sem quantificar o número total. Será relevante esse valor mínimo.

- 10 Como se refere no AC. do STJ de 19.6.96, BMJ n.º 458, p. 98, a verificação da previsão da alínea b) supõe a “distribuição efectiva, passada, ocorrida, verificada, e não a simples possibilidade ou oportunidade, ao nível do risco de o produto ou substância vir a ser distribuído por grande número de pessoas”. Também neste sentido, pode ver-se o Ac. do STJ de 1.10.03, CJ.STJ, XI, 3, p. 182. Na verdade, os termos literais da alínea são claros neste sentido. Emprega-se a expressão “foram distribuídos”, quando na alínea a) se diz “foram entregues ou se destinavam”, e na alínea c) se diz “obteve ou procurava obter”.
- 11 Também no preenchimento do conceito de “**avultada compensação monetária**” a que se reporta a alínea c) deste artigo, deve ser tido em conta que estamos perante um crime de excepional gravidade. Como se refere no Ac. do STJ de 30.6.04, proc. N.º 04P2242, *in* www.dgsi.pt, estaremos perante “uma exasperação do perigo de tal modo intensa e fora do comum, que não possa ser pensável ou considerada, na normalidade das coisas, como modelo de actividade própria da normalidade dos tráficos”. O conceito adequa-se ao grande tráfico, às grandes redes de importação, comercialização e distribuição, não a simples retalhistas ou ao tráfico intermédio (o qual já envolve montantes elevados). Acentuam este aspecto, entre outros, os Acs. do STJ de 9.6.04, proc. N.º 04P1128, *in* www.dgsi.pt e CJ-STJ, XII, 2, p. 221; de 8.2.06, proc. N.º 05P2988; de 26.9.07, proc. N.º 07P1890; ambos *in* www.dgsi.pt; e de 4.12.08, CJ-STJ, XVI, 3, p. 239; assim como o Ac. do TRP de 23.4.03, proc. N.º 03113113, *in* www.dgsi.pt.
- 12 Também para este efeito, há-de considerar-se que a incerteza ou indeterminação das quantidades envolvidas não pode prejudicar o arguido, por exigências dos princípios da vinculação temática, do contraditório e *in dubio pro reo*. Pode ver-se, neste sentido, entre outros, os Acs. do STJ de 3.9.08, proc. N.º 08P2044, e do TRP de 23.4.03, proc. N.º 0311311, ambos *in* www.dgsi.pt, que acentuam a necessidade de apuramento de um montante preciso e quantificado do lucro em questão. Afirmar simplesmente que o agente visava obter “lucro pecuniário avultado”, ou utilizar expressão equivalente, é conclusivo e não pode, por isso, ter relevo probatório (assim, o Ac. do STJ de 28.4.06, proc. N.º 06P2049).
- 13 Deverão ser considerados, para apurar o montante da compensação remuneratória envolvida no tráfico, vários factores indiciários, como a qualidade e quantidade dos produtos estupefacientes traficados, o volume das vendas, a duração da actividade, o nível de organização e logística, ou o grau de inserção do agente na rede clandestina.

A quantidade de estupefacientes transaccionada ou a transaccionar poderá, por si só, indiciar o montante da compensação monetária em causa, mas há que atender também ao grau de ligação do agente à rede. Há que atender à posição que o agente ocupa no negócio (se é “dono” ou intermediário), se auferir uma quantia fixa e regular, ou ocasional. Um “correio” não participa nos lucros da rede da mesma forma que os seus dirigentes.

Não se exige a prova contabilística rigorosa, mas são exigíveis dados seguros e objectivos. Há que considerar, para além do volume de vendas, o montante das despesas e daí concluir pelo montante efectivo do lucro, em termos aproximados, com um mínimo de objectividade, mas sem uma exigência de rigor contabilístico, impossível de obter em actividades clandestinas com a opacidade que as caracteriza.

Sobre esta questão, pode ver-se, entre outros, os Acs. do STJ de 16.1.03, proc. 029463; de 15.1.04, proc. N.º 03P4020; de 28.4.06, proc. N.º 06P2049; de 25.2.09, proc. N.º 09P0097; todos *in* www.dgsi.pt; de 9.6.04, CJ-STJ, XII, 2, p. 221; e de 4.12.08, CJ-STJ, XVI, 3, p. 239; assim como o Ac. do TRP de 23.4.03, *in* www.dgsi.pt.

A jurisprudência tem-se debruçado sobre a questão de saber se o conceito de “avultada compensação remuneratória” em apreço equivale, ou não, ao conceito de “valor consideravelmente elevado” constante do artigo 202.º do Código Penal e relevante para a qualificação do crime de furto. No sentido dessa equivalência, pronunciaram-se, entre outros, a Sentença do Juiz de Círculo da Figueira da Foz de 6.6.01, publicada *in* SUB JUDICE, n.º 18, p. 45, e o Ac. do STJ de 6.11.96, BMJ N.º 461, p. 158.

Mais recentemente, tem predominado a orientação contrária. Alega-se que a integração do conceito deve ser feita de forma intra-sistemática, mas autónoma em relação aos escalões previstos no artigo 202.º do Código Penal. Há que ponderar circunstâncias específicas do tráfico de droga e considerar que os bens jurídicos envolvidos neste crime e no crime de furto são substancialmente diferentes. A eficácia da salvaguarda dos bens jurídicos afectados pelo tráfico de droga, mais relevantes do que os do furto, reclama soluções diferentes. Há que proceder com outra maleabilidade e adequação às circunstâncias de cada caso, sem limites puramente aritméticos. Os elementos literal, lógico e histórico justificam, pois, a autonomia dos conceitos. O que não significa que se rejeite liminarmente qualquer relevância dos montantes referidos no artigo 202.º do Código Penal, que podem servir como quadros de referência. Assim, montantes inferiores ao “valor consideravelmente elevado” definido pelo artigo 202.º do Código Penal poderão integrar o conceito de “avultada compensação remuneratória” da alínea c) do artigo 24.º em apreço. Neste sentido, pronunciam-se, entre outros os Acs. do STJ de 17.5.00, CJ-STJ, VIII, 2, p. 193; e de 4.10.01, CJ-STJ, IX, 3, p. 178; assim como os Acs. do TRL de 11.2.03, proc. N.º 001026; e do TRP de 26.4.06, proc. N.º 0640703; e de 3.4.04, proc. N.º 0646304, todos estes *in* www.dgsi.pt.

Como exemplos de casos em que se considerou preenchida, ou não, a previsão da alínea c) do artigo 24.º em apreço, poderão referir-se, entre outros, os seguintes. O Ac. do STJ de 13.3.08, proc. N.º 07P4086, *in* www.dgsi.pt, considerou preenchida tal previsão num caso de apreensão de 270 kg de cocaína. O Ac. do STJ de 15.1.04, proc. N.º 03P4020 *in* www.dgsi.pt, num caso de venda regular, aos meios quilos, de heroína. O Ac. do STJ de 24.4.02, proc. N.º 0292930, *in* www.dgsi.pt, num caso de importação de 344 g, de cocaína. O Ac. do STJ de 2.9.02, proc. N.º 02P2935, *in* www.dgsi.pt, num caso de venda, em curto espaço de tempo, de 3,5 kg de heroína, 1 kg de cocaína e 3,5 kg de haxixe, sendo que uma só operação de venda rondou os 2.750.000\$00. O Ac. do TRP de 3.4.04, proc. N.º 0646304, *in* www.dgsi.pt, num caso de venda de 18 kg de haxixe, 73 “sabonetes” ao preço de 250 euros cada. O Ac. do STJ de 9.6.04, CJ-STJ, XII, 2, p. 221, num caso de apreensão de estupefacientes no valor de 250.000 euros. O Ac. do STJ de 4.12.08, CJ-STJ, XVI, 3, p. 239, num caso de apreensão de 6 ton. de cocaína.

Consideraram que não se verificava a previsão da alínea em apreço, entre outros, os acórdãos seguintes: o Ac. do STJ de 17.5.00, CJ-STJ, VIII, 2, p. 193, num caso que envolvia o montante de 5000 euros; o Ac. do STJ de 6.12.06, proc. N.º 06P3651, *in* www.dgsi.pt, num caso de apreensão de 343 gr. de heroína (tratar-se-ia de um “tráfico acima da média”, mas não ainda “grande tráfico”); o Ac. do STJ de 26.9.07, proc. N.º 07P1890, *in* www.dgsi.pt, num caso que envolvia uma compensação de 25.000 euros; o Ac. do STJ de 8.2.06, proc. N.º 05P2988, *in* www.dgsi.pt, num

- caso que envolvia a compensação de 1700 contos; e o Ac. do STJ de 9.6.04, proc. N.º 04P1128, *in* www.dgsi.pt, num caso que envolvia a compensação de 15.000 euros.
- 15 Para a verificação da circunstância prevista na alínea d) (“**o agente for funcionário da prevenção ou repressão dessas infracções**”), não é necessário que o funcionário em causa actue no exercício de funções. Como refere J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 82), tal resulta do confronto com a redacção da alínea e) (donde consta tal exigência) e é compreensível a opção do legislador, pois o funcionário beneficia, para a prática do crime, dos conhecimentos inerentes à sua profissão e utiliza-os independentemente de actuar no exercício de funções.
- 16 A verificação da circunstância prevista na alínea e) exige, pois, que o facto seja cometido no **exercício da profissão em causa**. A agravação justifica-se pela especificidade dessa profissão: relevo social da função, exigência de comportamento exemplar, garantias de confiança, maior facilidade de acesso aos produtos e de ocultação da prática do crime. Não se verifica esta circunstância no caso de prática do crime previsto no artigo 27.º (médico que passe receitas, ministre ou entregue substâncias estupefacientes, com fins não terapêuticos, ou farmacêutico, ou quem o substitua, que venda ou entregue essas substâncias, também com fins não terapêuticos). Neste crime a qualidade de médico ou farmacêutico faz parte do tipo.
- 17 De acordo com J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 83), para que se verifique a circunstância prevista na alínea f) (“**o agente participar em outras actividades criminosas organizadas de âmbito internacional**”), é necessária uma condenação judicial relativa a essas outras actividades, pois só uma condenação judicial é susceptível de qualificar uma actividade como criminosa.
- 18 A respeito da circunstância prevista na alínea h), têm sido abordadas na jurisprudência questões relativas à prática de **tráfico de estupefacientes em estabelecimentos prisionais**. A *ratio* desta agravação, no que se refere particularmente aos estabelecimentos prisionais, tem, sobretudo, a ver com as finalidades e regras de funcionamento destes estabelecimentos.
- Afirma-se, a este respeito, no Ac. do TRC de 31.5.06, proc. N.º 1063/06, *in* www.dgsi.pt: “As especiais condições em que se encontram os usuários de um espaço confinado e restritivo, como é o espaço prisional, exigem que aqueles que nelas se inserem adquiram e assumam comportamentos de contenção e arrimados às regras e regulamentos que, de ordinário, vigoram neste tipo de espaços, pelo fim a que se destinam, por um lado, e pela disciplina e controlo a que devem estar submetidos. A simples ameaça de introdução de produtos estupefacientes em ambientes fechados e propensos à disseminação de estereótipos constitui-se como factor de perturbação das regras e das necessidades de observância de condutas isentas de tonalidades transgressoras e colidentes com os ditames de reeducação que devem presidir a uma instituição que deve procurar reabilitar e ressocializar aqueles que se apartam das normas socialmente estabelecidas”. Neste sentido, pode ver-se, também os Acs. do STJ de 5.2.04, proc. N.º 03P4419; de 15.2.07, proc. N.º 06P4092; e de 6.11.08, proc. N.º 0892501, todos *in* www.dgsi.pt. A estas considerações de ordem geral pode acrescentar-se a consideração de ordem particular da dimensão que assume a difusão da droga, desde há muitos anos, nas prisões portuguesas, o que reforça as exigências de prevenção geral.
- A luz desta *ratio*, deve concluir-se que não é tanto a condição de recluso do agente que justifica a agravação, mas antes o efeito da difusão da droga na comunidade prisional. Comete o crime (agravado) um simples “visitante” ou “transeunte” (assim, o Ac. do STJ de 5.2.04, proc. N.º 03P4419, *in* www.dgsi.pt). Não comete o crime (agravado) o recluso que, da prisão, combina actos de tráfico que ocorreram fora dos muros do estabelecimento. Neste caso, a condição de recluso poderá representar

apenas uma circunstância agravante de ordem geral, por revelar desprezo pelas finalidades da pena que está a ser cumprida (assim, os Acs. do STJ de 21.10.04, CJ-STJ, XII, 3, p. 202; e de 15.2.07, proc. N.º 06P4092, *in* www.dgsi.pt).

A jurisprudência tem acentuado que a circunstância agravante em causa não opera de modo automático e que pode haver situações de tráfico em estabelecimento prisional punidas nos termos gerais do artigo 21.º Nos casos que envolvam quantidades diminutas, cedências sem fins lucrativos ou de reduzido grau de disseminação da droga entre a população prisional, não pode dizer-se que, à luz da *ratio* do preceito, estejamos perante condutas de ilicitude equiparável à ilicitude excepcionalmente elevada correspondente ao artigo 24.º em apreço. Como se afirma no Ac. do TRC de 31.5.06, proc. N.º 1063/06, *in* www.dgsi.pt, “a circunstância tem de ser traduzida em facticidade de referência típica, ou seja, aquela facticidade que o legislador pretendeu inculcar na descrição agravativa como relevante para a densificação do sentido axiológico-normativo com que pretende a salvaguarda de específicos bens jurídicos e a protecção dos valores ético-sociais prevalentes”. E, como também se afirma no Ac. do STJ de 16.1.08, CJ-STJ, XVI, 1, p. 198, quando não há intenção de disseminação por vários presos, mas cedência a um único deles, a conexão com o estabelecimento prisional é incidental. No sentido da não automaticidade desta circunstância, pode ver-se também, entre outros, os Acs. do STJ de 30.3.05, CJ-STJ, XIII, 1, p. 224; de 8.2.06, CJ-STJ, XIV, 1, p. 181; de 11.4.02, proc. N.º 02P376; de 17.4.02, proc. N.º 02P2359; e de 28.6.06, proc. N.º 06P1796, estes *in* www.dgsi.pt.

Há, porém, divisão na jurisprudência quanto à questão de saber se o tráfico de estupefacientes em estabelecimento prisional pode configurar um tráfico de menor gravidade previsto e punido pelo artigo 25.º do diploma em apreço, ou se, pelo contrário, a imagem global da ilicitude do facto nunca pode ser consideravelmente diminuída pelo facto de o tráfico ocorrer num estabelecimento prisional. No primeiro sentido, pronunciam-se os Acs. do STJ de 30.5.05, CJ-STJ, XIII, 1, p. 224; de 8.2.06, CJ-STJ, XIV, 1, p. 181; e de 28.6.06, proc. N.º 06P1796, *in* www.dgsi.pt. No segundo sentido, pronunciam-se os Acs. do STJ de 11.4.02, proc. N.º 02P376; de 17.4.02, proc. N.º 02P2359, ambos *in* www.dgsi.pt; e de 16.1.08, CJ-STJ, XVI, 1, p. 198; e o Ac. do TRP de 3.7.02, proc. N.º 0210427, *in* www.dgsi.pt.

Afigura-se-me que, por exemplo, a cedência de uma pequena quantidade de estupefaciente a um único recluso não pode deixar de configurar a prática de um crime de tráfico de menor gravidade, previsto e punido pelo artigo 25.º do diploma em apreço. A punição desta conduta nos termos do artigo 21.º conduziria a uma manifesta desproporcionalidade entre a sua gravidade, nos planos da ilicitude e da culpa, e a gravidade da medida da pena.

A parte final da redacção da alínea h) alude a “**locais onde os alunos ou estudantes se dediquem à prática de actividades educativas, desportivas ou sociais, ou nas suas imediações**”. Como afirma J.L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 82), o café pode ser local privilegiado de actividade social estudantil, sendo que o termo “imediações” significa “cercania, arredor ou vizinhança”.

Na doutrina e jurisprudência espanholas, tem-se debatido a questão de saber se a detenção de estupefacientes com tentativa da sua introdução num estabelecimento prisional deve ser punida como tentativa de tráfico agravado, ou como consumação do tipo base. A jurisprudência do Supremo Tribunal inclina-se no sentido desta segunda opção (ver LUIS REY HUIDABRO, *op. cit.*, p. 216). Parece-me, também, que é esta a opção mais adequada. A detenção configura já a consumação de um perigo nos termos gerais, devendo distinguir-se essa situação daquela em que não chega a verificar-se essa consumação.

- 22 A circunstância prevista na alínea i) justifica-se pela censurabilidade da **instrumentalização de menores e diminuídos psíquicos** e pelos perigos que estes incorrem ao colaborarem no tráfico de estupefacientes. A colaboração pode traduzir-se em cumplicidade ou autoria imediata. Não pode falar-se em colaboração quando se trata da utilização de um menor ainda privado do uso da razão, como se verifica, por exemplo, no caso de ocultação de droga dentro das fraldas de uma criança de dois anos (assim, a jurisprudência espanhola citada por LUIS REY HUIDABRO, *op. cit.*, p. 252).
- 23 A alínea j) contempla, como circunstância agravante, a actuação como membro de **bando** destinado à prática reiterada dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, com a colaboração de, pelo menos, outro membro do bando. Sobre o conceito de “bando”, têm-se debruçado a doutrina e a jurisprudência. O “bando” é caracterizado como figura intermédia entre a simples comparticipação e a associação criminosa. Em relação à comparticipação, apresenta-se com um *plus* diferenciador, mas não atinge o nível de organização e relevo da associação criminosa. São elementos definidores do “bando”, como se refere no Ac. do STJ de 7.1.04, proc. N.º 03P3213, *in* www.dgsi.pt: “um grupo de pessoas, um sentimento e vontade de pertença, uma estrutura organizativa mínima na direcção e na divisão de tarefas, a permanência no tempo e a predeterminação de finalidades, a actuação conforme plano previamente elaborado e em conjugação de esforços, o conhecimento por todos da actividade de cada um e a divisão entre os elementos do grupo dos proventos obtidos com a actividade de cada um”. Afirma A. A. TOLDA PINTO (*op. cit.*, p. 68): “Fundamentalmente, no bando as relações interpessoais entre os seus membros são despidas de qualquer estrutura hierarquizada que os subalternize uns em relação aos outros e não estruturadas quaisquer funções sociais, não importando os objectivos nem as funções dos membros (que não são objecto de prévia determinação) e as relações sociais existentes não gozam de qualquer estabilidade, não são deliberadamente criadas com explícita intenção de alcançar objectivos ou propósitos (...). As condutas não se desenvolvem nem se estruturam de acordo com um plano arquitectado por uns e aceito por todos, em função do qual a cada um competia uma tarefa específica, dentro de um quadro organizativo e hierarquizado (não existe qualquer espécie de cadeia de comando que permita alicerçar a existência de ligações orgânicas, predeterminadas, em função de um mesmo fim e diferenciadas entre si)”. A existência de um líder é, porém, normalmente apontada como elemento característico do “bando”. Refere o Ac. do STJ de 5.2.03, proc. N.º 03P2293, *in* www.dgsi.pt, como característica do “bando”: “a actuação com vista à prática reiterada de crimes, em que cada agente não tem consciência e (ou) intenção de pertença a um ente colectivo com personalidade distinta da sua e objectivos próprios – o que afastará a associação criminosa típica –, mas em que os diversos “colaboradores”, inseridos numa orgânica ainda incipiente, reconhecem, todavia, a existência de um líder de facto a que se subordinam”. Assim, por exemplo, no Ac. do STJ de 18.2.02, proc. N.º 02P3217, *in* www.dgsi.pt, salienta-se a existência de um líder, que determinava investimentos, ordenava compensações, estipulava preços, decidia onde e quando se procedia ao abastecimento de estupefacientes e a quem eram estes vendidos, determinava tarefas e a quem os outros membros obedeciam. No Ac. do STJ de 27.2.97, proc. N.º 908/96, 3.ª Secção (citado no Ac. do STJ de 17.11.05, CJ-STJ, XIII, 3, p. 212), realça-se o facto de a conexão entre os membros ser “mais emotiva do que racional” e o facto de se verificar um aproveitamento, a cada momento, da experiência e capacidade de cada elemento.

No AC. do STJ de 4.6.02, Rec. 1218/02-3 (citado no referido Ac. do STJ de 5.2.03, proc. N.º 03P2293), realça-se que se trata de um grupo desarticulado que pode ser constituído apenas por marido e mulher, que supõe uma actuação concertada com colaboração mútua e incipiente estruturação de funções, distinguindo-se da associação criminosa por nesta se verificar uma organização perfeitamente caracterizada com níveis e hierarquias de comando e com uma certa divisão e especialização das funções de cada um dos seus componentes ou aderentes.

A verificação da circunstância prevista na alínea l) (**corrupção, alteração ou adulteração de produto, por manipulação ou mistura, aumentando o perigo para a vida ou integridade física de outrem**) supõe a ocorrência de um perigo concreto para a vida ou integridade física de outrem, para além do perigo abstracto inerente ao consumo de estupefacientes.

Não viola o princípio da **proibição da dupla valoração** a consideração, num primeiro momento, do valor da compensação em causa, para o efeito de integração da previsão da alínea c) do artigo 24.º, em apreço, e, num segundo momento, para o efeito de determinação da medida concreta da pena dentro da moldura abstracta prevista nesse artigo e como circunstância incluída no elenco do artigo 71.º do Código Penal. É que a dimensão da compensação remuneratória considerada avultada pode ser mais ou menos avultada e situar-se mais ou menos próximo do limite a partir do qual se considera avultada, e a medida concreta da pena ajustada e proporcional há-de reflectir essa maior ou menor proximidade. Pode ver-se, neste sentido, o Ac. do STJ de 24.10.06, CJ-STJ, XIV, 3, p. 215, proc. N.º 06P3163, *in* www.dgsi.pt. O mesmo raciocínio poderá ser aplicado à idade dos menores (alínea a), ou ao número de pessoas (alínea b)) por quem a droga é distribuída.

Artigo 25.º

Tráfico de menor gravidade

Se, nos casos dos artigos 21.º e 22.º, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações, a pena é de:

a) Prisão de 1 a 5 anos, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI;

b) Prisão até 2 anos ou multa até 240 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O objectivo do legislador de maior maleabilização da reacção penal (anotação 2)

A construção do tipo como regra especial de medida judicial da pena (anotação 3)

O tipo objectivo: a diminuição de ilicitude correspondente à “imagem global” do facto (anotação 4)

O tipo objectivo: o *dealer* como campo de aplicação privilegiado deste preceito (anotação 5)

O tipo objectivo: a organização e logística (anotação 6)

O tipo objectivo: o modo e circunstâncias da acção (anotação 7)

O tipo objectivo: a qualidade do produto estupefaciente (anotação 8)

O tipo objectivo: a quantidade de produto estupefaciente (anotação 9)

A indeterminação de alguma circunstância relevante para a aferição do grau de ilicitude do facto e os princípios da vinculação temática, do contraditório e *in dubio pro reo* (anotação 10)

Exemplos de casos em que a jurisprudência considerou verificada a previsão deste artigo (anotação 11)

Exemplos de casos em que a jurisprudência considerou não verificada a previsão deste artigo (anotação 12)

O tipo subjectivo (anotação 13)

A pena (anotação 14)

- 1 Este preceito representa uma inovação da Lei n.º 15/93, de 22.1. Substitui o artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12, o qual estatuiu uma pena mais leve no caso de tráfico de “quantidades diminutas”. Pode ler-se na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “A maneira como se mostrava tipificado o tráfico de quantidades diminutas, designadamente a definição de quantidade diminuta por referência à dose necessária para o consumo diário, levou a que a jurisprudência praticamente não viesse a fazer uso do preceito. Normalmente, o pequeno traficante não era surpreendido apenas com o equivalente a uma dose diária e, por outro lado, a jurisprudência dos tribunais superiores sempre gorou o expediente de o arguido se pretender subtrair a uma punição mais severa mediante a “divisão” da droga em doses diárias, pois que se guiava pela posse ou detenção da quantidade global. Crê-se que o preceito na redacção actual não permitia a maleabilidade eventualmente desejada pelo legislador. Daí a sua revisão, em termos que permitam ao julgador distinguir os casos de tráfico importante e significativo, do tráfico menor, que apesar de tudo não pode ser aligeirado de modo a esquecer-se o papel essencial que os “dealers” de rua representam na cadeia do grande tráfico. Haverá, assim, que deixar uma válvula de segurança para que situações efectivas de menor gravidade não sejam tratadas com penas desproporcionadas ou que, ao invés, se force ou se use indevidamente uma atenuante especial. Não se esconde a possibilidade de pelo uso deste preceito, ao atender à qualidade da droga medida em função da sua maior ou menor perigosidade real, se atingir uma graduação de penas que não resulta directamente de um diferente reordenamento das tabelas. O sistema é utilizado no n.º 5 do artigo 71.º da lei italiana recentemente revista.”
Esta Lei foi publicada na *Gazzetta Ufficiale* n.º 228, de 28.9.91. O texto desse preceito desta Lei, e a sua comparação como o artigo em anotação, tal como a referência a alguma jurisprudência àquele relativa, podem ler-se em A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, pp. 146, 147, 151 e 152. Afirma também A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 154), a respeito da *ratio* deste preceito: “Enfim, crê-se que a disposição deverá funcionar como mais um instrumento que permita ao julgador encontrar a medida justa da pena, dentro de um mecanismo agora melhor concretizado, sem que isso venha a constituir uma malha por onde se escapam imerecidamente os traficantes”.
- 2 Por não ir de encontro ao objectivo do legislador de maior maleabilização da reacção penal, foi criticada a orientação de alguma jurisprudência (que hoje pode considera-se superada) que restringia significativamente a aplicação deste preceito. Essas críticas (expressas, designadamente, por E. MAIA COSTA, Direito penal da droga... *cit.*, pp. 114 e 115; VÍTOR PAIVA, *op. cit.*, p. 134; e CARLOS ALMEIDA, *op. cit.*, pp. 91-93) incidiam, mais precisamente, sobre decisões como as que recusavam a aplicação deste preceito em situações de cedência a vários consumidores de quantidades ínfimas por se atender à soma global dessas quantidades (mantendo, pois, a orientação da jurisprudência anterior ao Decreto-Lei n.º 15/93, reflectida, por exemplo, nos Acs. do STJ de 21.2.91, *in* BMJ n.º 403, p. 161, e de 13.2.91, *in* BMJ n.º 404, p. 188). Seguindo esta jurisprudência, facilmente sairia do âmbito de aplicação deste preceito o caso dos chamados *dealers* de rua, parte e último elo da cadeia do tráfico, que auferem exíguos proventos (muitas vezes para satisfazerem as suas próprias necessidades de consumo) da venda regular de pequenas quantidades

de droga, quando a intenção do legislador terá sido a de cobrir com este preceito precisamente estes casos.

Objecto dessas críticas eram também decisões que não atendiam à relativamente menor perigosidade do haxixe (assim, o Ac. do STJ de 12.6.97, CJ-STJ, V, 2, p. 223), ou que não consideravam a toxicod dependência do arguido circunstância atenuante, mas até agravante (assim, o Ac. do STJ de 18.2.99, CJ-STJ, VII, 1, p. 220)

Como é realçado no Ac.do STJ de 8.11.07, proc. n.º 07P3164, *in* www.dgsi.pt, não estamos perante um tipo de crime autónomo, nem um tipo de crime construído a partir de um tipo-base aditado de um elemento complementar, descritivo ou meramente normativo, que exprima por si só um menor conteúdo de ilícito, mas antes perante uma forma de atenuação especial (próxima da que decorre do artigo 72.º do Código Penal), de uma regra especial de medida judicial da pena, que envolve a modificação do tipo em sede de pena, ou simplesmente de uma regra de aplicação de pena.

O confronto entre este preceito e o anterior artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12, evidencia que não são relevantes, para o preenchimento da previsão deste artigo, apenas as quantidades de produto estupefaciente traficadas. A jurisprudência vem salientando que, para esse efeito, é relevante a **“imagem global” dos factos** em questão na perspectiva do seu grau de ilicitude. As circunstâncias referidas neste artigo (“meios utilizados, modalidade ou circunstâncias da acção, qualidade ou quantidade das plantas, substâncias ou preparações”), indicadas de forma não taxativa (“nomeadamente”) relevam, juntamente com outras circunstâncias, na apreciação dessa “imagem global”.

Como se afirma no Ac. do STJ de 24.5.07, CJ-STJ, XV, 2, p. 200, “muito embora a qualidade e quantidade dos estupefacientes seja um elemento relevante para aferir da imagem global dos factos, os mesmos não são decisivos”. Assim, por exemplo, o Ac. do STJ de 22.3.06, CJ-STJ, XIV, 1, p. 219, considera tráfico de menor gravidade o transporte ocasional, sem intuitos lucrativos, de 700 g de heroína (podendo questionar-se, porém, se, neste caso, não se terá ido longe de mais na desconsideração dessa quantidade).

Haverá que considerar, designadamente, o carácter ocasional ou regular da actividade, o período de tempo a que esta se reporta, o número de pessoas identificadas como consumidores, os montantes pecuniários e lucros envolvidos, o tipo de organização e logística, etc. Não é necessário que todos os elementos considerados apontem no sentido da redução da ilicitude, e pode um deles, pela sua particular relevância e pela intensidade dessa redução de ilicitude, ser suficiente. Mas também pode um desses elementos impedir a aplicação deste preceito, pela sua relevância e pela intensidade de ilicitude que, por si só, revela.

Pode ver-se, sobre esta questão, entre outros, os Acs. do STJ de 31.5.95, BMJ n.º 447, p. 178; de 11.10.95, BMJ n.º 450, p. 110; de 9.1.97, CJ-STJ, V, 1, p. 172; de 12.6.97, CJ-STJ, V, 2, p. 233; de 27.6.98, BMJ n.º 473, p. 166; de 31.8.01, BMJ n.º 497, p. 67; de 29.5.03, CJ-STJ, XI, 2, p. 204; de 22.3.06, CJ-STJ, XIV, 1, p. 219; e de 4.7.07, CJ-STJ, XVI, 2, p. 234.

Como já atrás foi salientado e decorre do trecho citado da “Nota Justificativa” do Anteprojecto, este preceito tem um campo de aplicação privilegiado nos casos do **dealer de rua**, o vendedor de doses individuais que representa o elo da cadeia mais próximo do consumidor (ver, neste sentido, E. MAIA COSTA, *Direito Penal...*, cit., pp. 114-115; e VÍTOR PAIVA, *op. cit.*, pp. 139-140). Pode dizer-se que, nestes casos, os “meios utilizados” (trata-se normalmente de uma actuação individual, e não organizada), a “modalidade e circunstâncias da acção” e a “quantidade dos estupefacientes” apontarão normalmente no sentido da redução da ilici-

tude. Pronuncia-se neste sentido, por exemplo, o Ac. do STJ de 29.10.08, proc. N.º 0693839, *in* www.dgsi.pt.

Já não será assim se o agente se situar noutra elo da cadeia, num elo intermediário de vendedor “por grosso”, sem contacto directo com o consumidor. Assim, é recusada, com estes motivos, a aplicação deste preceito no caso analisado no Ac. do STJ de 25.1.07, proc. N.º 0693839, *in* www.dgsi.pt, em que o agente não vendia apenas doses individuais e servia de colaborador no contacto com vários fornecedores. E também é recusada essa aplicação, com esses fundamentos, nos Acs. do STJ de 15.12.05, proc. N.º 05P2951; de 19.1.06, proc. N.º 05P4301; de 10.5.06, proc. N.º 06P1190; e de 28/6/06, proc. N.º 06P1935, todos *in* www.dgsi.pt.

O propósito de abranger com este preceito a actividade do *dealer* de rua não se coaduna, como já atrás se disse, com a consideração da soma de todas as quantidades vendidas pelo agente quando cada uma dessas vendas é relativa a quantidades reduzidas. Se assim fosse, só situações de tráfico ocasional (não as do vendedor habitual) poderiam caber dentro do campo de aplicação deste preceito. Neste sentido, pode ver-se o Ac. do STJ de 19.12.07, proc. N.º 07P4203, *in* www.dgsi.pt. No entanto, isto não significa que a actividade do *dealer* de rua configure sempre uma situação de tráfico de menor gravidade. Uma actuação muito prolongada no tempo pode impedir esta qualificação. Como também se salienta na atrás citada “Nota Justificativa” do Anteprojecto, o papel do *dealer* de rua é essencial para todo o sistema de tráfico, que não causaria os danos que causa, nem produziria os lucros que produz, sem o abastecimento regular dos produtos estupefacientes por ele garantido. Pode ver-se neste sentido os Acs. do STJ de 27.11.08, proc. N.º 08P2964; e de 5.3.09, proc. N.º 09B312, ambos *in* www.dgsi.pt.

- 6 São, pois, relevantes os “**meios utilizados**” pelo agente e aqui se inclui a organização e logística que envolve a actividade deste: saber se se trata de uma actuação individual, ou com auxílio ou contratação de terceiros; se são utilizados um automóvel ou outros instrumentos de transporte; ou se há, ou não, organização contabilística. Pode ver-se neste sentido os Acs. do STJ de 10.5.00, BMJ n.º 487, p. 144; de 11.10.06, proc. N.º 06P2169; de 20.12.07, proc. N.º 07P3168; de 29.10.08, proc. N.º 08P2961; de 27.11.08, proc. N.º 08P2964; e de 5.3.09, proc. N.º 09B312, todos estes *in* www.dgsi.pt.

A dimensão internacional do tráfico afastará, em regra, a aplicação deste preceito (assim, o Ac. do STJ de 4.7.07, proc. N.º 07P2313; e o Ac. do TRP de 26.4.06, ambos *in* www.dgsi.pt).

- 7 Como afirma A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 152), o “**modo e circunstâncias da acção**” são relevantes, designadamente na medida em que representam um maior ou menor perigo de difusão da droga.
- 8 Poderá questionar-se o sentido da expressão “**qualidade**” das “**plantas, substâncias e preparações**”. Poderá dizer-se que está em causa o grau de pureza da droga (assim, os Acs. do STJ de 4.7.07, CJ-STJ, XV, 2, p. 234; e de 29.10.08, proc. N.º 08P2961, *in* www.dgsi.pt), com o que isso significa de maior danosidade (e também, por outro lado, de maior proximidade dos níveis mais elevados da cadeia do tráfico, considerando que o grau de pureza vai diminuindo, com a mistura de produtos de “corte”, à medida que nos aproximamos do consumidor).

J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 87) salienta, a este respeito, que a pureza é apenas uma das muitas condicionantes dos efeitos da droga, que também dependem, quanto aos efeitos profundos, do “tipo de droga, da dose ingerida, da via de administração, dos antecedentes de consumo da mesma droga ou de drogas do mesmo grupo, da disposição de espírito daquele que se droga, do ambiente no qual a droga é consumida e, ainda, de outros factores”.

Parece-me que o grau de perigosidade do tipo de droga também será relevante. É certo que o preceito fala em “qualidade”, e não “tipo” ou “categoria” de droga. Também é certo que o legislador não confere relevo directo, como já vimos, à distinção entre “drogas duras” e “drogas leves”, ao contrário do que sucede com o legislador espanhol. Também poderia dizer-se que a distinção entre drogas só pode ser a que decorre da inscrição de cada uma delas em cada uma das várias tabelas anexas à Lei em apreço. Assim, não poderia considerar-se a menor perigosidade relativa do haxixe, por exemplo. Neste sentido, pronuncia-se J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 86): “A entender-se a expressão qualidade como tipo de plantas, substâncias ou preparações, conclui-se que o legislador permite uma gradação subjectiva das substâncias tabeladas dentro de cada tabela, o que não parece crível”. E afirma A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 153): “Quanto à “qualidade” das plantas, substâncias ou preparações, não deve esquecer-se que a organização e colocação nas tabelas segue, como princípio, o critério da sua periculosidade intrínseca e social”.

Afigura-se-me, porém, como já atrás referi na nota 9.2. ao artigo 21.º, que para a qualificação do tráfico como de menor gravidade, ou não, tal como para a gradação da medida concreta da pena, a perigosidade relativa dos vários tipos de droga (mesmo para além do que decorre da inscrição nas várias tabelas anexas ao diploma em apreço) não pode deixar de ser considerada. Como também aí referi, o preâmbulo do diploma em anotação afirma que “a gradação das penas aplicáveis ao tráfico, tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas, afigura-se a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade”.

E também se afirma, em relação ao artigo 25.º ora em apreço, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto, como atrás citado:

“Não se esconde a possibilidade de, pelo uso deste preceito, ao atender à qualidade da droga medida em função da sua maior ou menor perigosidade real, se atingir uma graduação das penas que não resulte directamente de um diferente reordenamento das tabelas”.

Isto não significa, como é óbvio, que o tráfico de um produto como o haxixe caia necessariamente no âmbito de previsão deste artigo, mas apenas que é mais fácil que tal suceda em relação a este tipo de droga do que em relação à heroína ou à cocaína.

Consideram relevante a natureza do produto estupefaciente traficado, para o efeito de verificação da previsão deste preceito, entre outros, os Acs. do STJ de 31.5.00. BMJ n.º 497, p. 167; e de 4.7.07, CJ-STJ, XV, 2, p. 234.

A respeito da relevância da quantidade de produto estupefaciente para o efeito de verificação da previsão deste artigo, há que considerar os valores de consumo médio individual dos vários tipos de droga que constam do mapa anexo à Portaria n.º 94/96, de 26.3, nos termos explicitados na seguinte nota 4.2 ao artigo 26.º

Como já atrás se disse a propósito do artigo 24.º (notas 4.2 e 5.2), a indeterminação de alguma circunstância relevante para a aferição do grau de ilicitude do facto não pode prejudicar o arguido. Assim, essa indeterminação também não pode impedir a aplicação deste preceito. A incerteza quanto à quantidade de produto estupefaciente destinada ao tráfico ou destinada ao consumo pessoal, a indeterminação das quantidades de droga traficada, do número de consumidores por quem ela foi distribuída, do período de tempo por que se prolongou a actividade, ou dos lucros e montantes monetários envolvidos, não podem, por imperativo dos princípios *in dubio pro reo*, prejudicar o arguido. Só factos concretamente determinados podem relevar para a aplicação, ou não aplicação, deste preceito. E o uso de expressões vagas ou conclusivas (“número elevado de pessoas”, “regularmente”, “de forma habitual”,

9

10

- sem concretização desse número ou do ritmo e periodicidade da actividade em causa) também não poderá assumir algum relevo, por exigências dos princípios da vinculação temática e do contraditório. Pode ver-se, neste sentido, entre outros, os Acs. do STJ 22.3.06, CJ-STJ, XIV, 1, p. 219; de 10.5.06, proc. N.º 06P1190; de 4.7.07, proc. N.º 07P2313; e de 24.10.07, proc. N.º 07P3317, todos estes *in* www.dgsi.pt.
- 11 Como exemplos de casos em que a jurisprudência considerou preenchida a previsão deste preceito, pode indicar-se os seguintes: um acto isolado de venda de 21 panfletos de heroína, com o peso líquido de 27,212 g, e de 25 panfletos de cocaína, com o peso líquido de 10,926 g (Ac. do STJ de 27.11.08, proc. N.º 08P2964, *in* www.dgsi.pt); a venda, por um *dealer* de rua, sem meios sofisticados, durante seis meses, de heroína e cocaína, com apreensão de 43 doses de heroína, com o peso de 15,798 g, e de 31 doses de cocaína, com o peso de 9,803 g (Ac. do STJ de 5.3.09, proc. N.º 09P312, *in* www.dgsi.pt, onde se afirma tratar-se de uma situação “de fronteira”, mas ainda dentro do campo de aplicação do artigo 25.º); um acto isolado de detenção para venda de 8 gr. de heroína e de 11 gr. de cocaína (Ac. do STJ de 9.4.08, proc. N.º 08P113, *in* www.dgsi.pt); a venda de heroína, quase todos os dias, a um único consumidor, durante quatro a cinco meses, nunca mais de duas doses por dia, e a venda de cocaína, duas a três vezes a um consumidor, e uma a duas vezes a outro (Ac. do STJ de 24.10.07, proc. N.º 07P3317, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 33 embalagens de heroína com o peso de 7,578 g (Ac. do STJ de 1.6.03, proc. N.º 03P3188, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 47 g de heroína (Ac. do STJ de 8.11.07, proc. N.º 07P3164, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 27 g de heroína e cocaína (Ac. do STJ de 18.5.06, proc. N.º 06P1388, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 8 gr. de heroína (Ac. do STJ de 8.3.06, proc. N.º 06P121, *in* www.dgsi.pt), a detenção ocasional de 9 g de cocaína (Ac. do STJ de 2.6.04, proc. N.º 04P148, *in* www.dgsi.pt); a detenção isolada de 5 g de heroína (Ac. do STJ de 18.6.03, proc. N.º 03P1529, *in* www.dgsi.pt); a detenção ocasional de 71 g de haxixe por parte de um consumidor (Ac. do STJ de 7.5.03, proc. N.º 03P1111, *in* www.dgsi.pt); a venda de 195 g de heroína e cocaína e detenção para venda de 12,62 g de heroína e cocaína (Ac. do STJ de 13.2.03, proc. N.º 03P167, *in* www.dgsi.pt); a venda de 173 g de heroína em cinco meses, sendo metade do produto da venda para consumo (Ac. do STJ de 20.10.99, proc. N.º 918/99, 3.ª secção, citado, como os seis seguintes, no acórdão anterior); a venda, durante cerca de seis meses e com habitualidade, de duas ou três “quartas” de heroína e cocaína duas a três vezes por semana, sendo um terço do produto da venda para o consumo do próprio agente (Ac. do STJ de 24.11.99, proc. N.º 1029/99, 3.ª secção); a guarda de quantidades elevadas, a vender por outrem, durante vários meses, a troco de heroína e cocaína, de que o agente era consumidor (Ac. do STJ de 30.3.03, proc. N.º 1175/99, 5.ª secção); a venda esporádica a um número de consumidores não superior a cinco ou seis, com apreensão de 3 g de heroína e 0,236 g de cocaína (Ac. do STJ de 30.11.00, proc. N.º 2849/00, 3.ª secção); a detenção isolada de 200 g de haxixe (Ac. do STJ de 24.1.01, proc. N.º 3826/00, 3.ª secção); a venda habitual, por traficante-consumidor, de cinco a seis doses individuais durante sete meses, com apreensão de 1,23 g de heroína (Ac. do STJ de 15.3.01, proc. N.º 242/01, 5.ª secção); a venda de meio grama diário de heroína, com grau de pureza de 20%, durante pouco mais de dois meses (Ac. do STJ de 7.3.02, proc. N.º 355/02, 5.ª secção); o transporte de 700 g de heroína sem intuíto lucrativos, actividade desgarrada de qualquer outra (Ac. do STJ de 22.3.06, CJ-STJ, XIV, 1, p. 219); a guarda e ocultação de 47 g de heroína pertencente a outrem (Ac. do STJ de 24.5.07 – com um voto de vencido –, CJ-STJ, XV, 2, p. 200), a detenção isolada de 63 doses de heroína e 25 doses de cocaína (Ac. do TRP de 10.10.07, proc. N.º 0714610, *in* www.dgsi.pt), e a detenção de 670 g

de *cannabis* sem prova de que se destinasse a venda (Ac. do TRP de 22.6.05, proc. N.º 0447071, *in* www.dgsi.pt).

Como exemplos de casos em que a jurisprudência não considerou preenchida a previsão deste artigo, não sendo, pois, qualificados como tráfico de menor gravidade, pode indicar-se os seguintes: a detenção de 128 g de cocaína (Ac. do STJ de 4.7.07, proc. N.º 07P2313, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 16 g de cocaína e 20 g de heroína (Ac. do STJ de 9.4.08, proc. N.º 08P113, *in* www.dgsi.pt); a venda regular, durante mais de seis meses contínuos, de 4 g de cocaína e 150 g de haxixe em cada transacção (Ac. do STJ de 2.10.08, proc. N.º 08P2497, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 1 kg de haxixe, venda de 10 g de heroína e contactos para adquirir droga por várias vezes (Ac. do STJ de 2.4.08, proc. N.º 08P578, *in* www.dgsi.pt); o transporte de 270 kg de haxixe (Ac. do STJ de 22.3.07, proc. N.º 06P4808, *in* www.dgsi.pt); a detenção para venda de 78 g de cocaína, com apreensão de objectos de ouro e 1500 euros provenientes da venda de droga (Ac. do STJ de 12.7.06, proc. N.º 06P1410, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 2639 g de *cannabis* (Ac. do STJ de 24.5.06, proc. N.º 06P1185, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 61 embalagens de heroína e 201 embalagens de cocaína, com apreensão de objectos de ouro e 1240 euros provenientes da venda de droga (Ac. do STJ de 1.6.06, proc. N.º 06P1043, *in* www.dgsi.pt); a detenção de mais de meia centena de doses individuais de uma mistura de heroína e cocaína (Ac. do STJ de 19.10.06, proc. N.º 06P3159, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 92 g de heroína e 31 g de cocaína (Ac. do STJ de 27.9.06, proc. N.º 06P2548, *in* www.dgsi.pt); a detenção para venda de 40 g de heroína e 19 g de cocaína, com apreensão de bens provenientes da venda de droga no valor de 3455 euros (Ac. do STJ de 10.5.06, proc. N.º 06P1190, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 50 g de heroína, sendo que pelo menos metade se destinava a venda a terceiros e sendo que o agente custeava, com os proventos do tráfico, todas as suas despesas pessoais, incluindo uma renda de casa no valor de 700 euros (Ac. do STJ de 8.3.06, proc. N.º 06P185, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 2 kg de haxixe, com venda quase diária durante o período de onze dias (Ac. do STJ de 14.6.06, proc. N.º 06P276, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 51 g de heroína e 2 g de cocaína por um agente que actuava por conta de outrem, “dono” do negócio (Ac. do STJ de 30.11.05, proc. N.º 05P3349, *in* www.dgsi.pt); o transporte, por via aérea, de 634 g de cocaína por um “correio” (Ac. do STJ de 12.5.05, proc. N.º 05P1272, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 54 embalagens de heroína inserida numa actividade estruturada e distinta do “tráfico de rua” (Ac. do STJ de 27.6.02, proc. N.º 02P3211, *in* www.dgsi.pt); a actividade de um agente que, com os proventos do tráfico, custeava despesas pessoais e familiares de nível médio (Ac. do STJ de 4.12.03, proc. N.º 03P3240, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 55 g de heroína com venda regular a dois consumidores (Ac. do STJ de 14.11.02, proc. N.º 03P3240, *in* www.dgsi.pt); a detenção de 220 g de heroína (Ac. do STJ de 19.11.08, CJ-STJ, XVI, 3. p. 229); a detenção de 169 doses individuais de heroína como peso de 7,980 g (Ac. do STJ de 1.3.01, CJ-STJ, IX, 1, p. 234); a detenção de 24 embalagens de heroína, com o peso de 28,814 g, e de 25 embalagens de cocaína, como o peso de 7,210 g (Ac. do STJ de 2.4.08, CJ-STJ, XVI, 2, p. 183); a detenção de 36 embalagens de heroína, com o peso de 79,902 gr., e de 57 embalagens de cocaína, com o peso de 32,512 gr. (Ac. do STJ de 4.6.08, CJ-STJ, XVI, 2, p. 247); a venda de heroína durante um ano, para fazer face às exigências de consumo, e também outras despesas pessoais, a pelo menos nove consumidores, com apreensão de 5 g de heroína e 2,8 g de haxixe (Ac. do TRE de 18.4.06, proc. N.º 386/06.1, *in* www.dgsi.pt); a venda diária de 13 doses de heroína durante um ano e meio (Ac. do TRP de 9.2.09, proc. N.º 0847917, *in* www.dgsi.pt); a venda de heroína e cocaína durante oito dias, com utilização de

12

automóvel, e apreensão de 32 embalagens de heroína e 24 embalagens de cocaína, assim como de artefactos destinados a divisão e embalagem destes produtos (Ac. do TRP de 3.12.08, proc. N.º 0844306, *in* www.dgsi.pt).

- 13 A respeito do **elemento subjectivo do tipo** e das circunstâncias relativas à culpa, há que salientar o seguinte. A redução de pena decorrente do preceito em apreço supõe que “a ilicitude do facto” se mostre “consideravelmente diminuída”. Não relevam, assim, para este efeito, circunstâncias relativas à culpa, à atitude interna do agente e à sua pessoa, ou às maiores ou menores exigências de prevenção especial relativas à pessoa do agente. Circunstâncias como a ausência de antecedentes criminais, a confissão ou o arrependimento não serão, por isso, para este efeito, relevantes (pode ver-se, neste sentido, os Acs. do STJ de 8.5.97, proc. N.º 97P038; de 20.10.05, proc. N.º 05P2939; de 15.12.05, proc. N.º 05P2951; de 22.6.06, proc. N.º 06P1426; e de 30.4.08, proc. N.º 07P4723, todos *in* www.dgsi.pt). Mas também não serão circunstâncias deste tipo de efeito agravante (como os antecedentes criminais) a impedir a aplicação deste preceito.

Poderá considerar-se que a circunstância de o agente destinar (pelo menos parcialmente) o produto da venda de estupefacientes ao seu próprio consumo, por ser toxicodependente, é uma circunstância relativa à culpa, pois essa sua dependência limita as suas capacidades intelectuais e volitivas. Este raciocínio impediria a aplicação do artigo 25.º em apreço aos casos (frequentemente) de “traficantes-consumidores” cuja actividade não se enquadre no artigo 26.º (ou porque, como é muito frequente, só parcialmente destinam o produto do tráfico ao consumo de estupefacientes, ou porque se verifica a situação prevista no n.º 3 deste artigo, relativa às quantidades de produto estupefaciente).

É certo que na maior parte destas situações também se verificam circunstâncias que reduzem consideravelmente a ilicitude (quantidades reduzidas de estupefaciente traficado, montantes monetários envolvidos de reduzida expressão, organização e logística rudimentares). Também pode considerar-se, como faz VÍTOR PAIVA (*op. cit.*, p. 134), que esta circunstância também é relativa à ilicitude, designadamente porque relativa “às circunstâncias da acção”. O Ac. do STJ de 13.2.03, proc. N.º 03P167, *in* www.dgsi.pt (que cita, como perflhando a mesma orientação, os Acs. do STJ de 24.11.99, proc. N.º 1029/99, 3.ª secção; e de 15.3.01, proc. N.º 242/01, 5.ª secção), por exemplo, considera relevante, para aplicação do artigo 25.º em apreço, o facto de o agente, toxicodependente, destinar parte dos proventos do tráfico ao seu consumo de estupefacientes.

De qualquer modo, mesmo que não se considere aplicável este artigo 25.º, poderá justificar-se a atenuação especial da pena, nos termos gerais dos artigos 72.º e 73.º do Código Penal, uma vez que estamos perante uma circunstância que reduz acentuadamente a culpa do agente. Exigências de proporcionalidade e de adequação da pena à culpa (segundo o princípio consignado no artigo 40.º, n.º 2, do Código Penal) poderão impor essa atenuação.

- 14 A respeito das **penas** aplicáveis ao crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, deve entender-se que, dada a considerável redução de ilicitude, serão aqui menores (embora não de todo despidiendos) os obstáculos à suspensão da execução da pena de prisão decorrentes das exigências de prevenção geral, positiva e negativa. Não pode ignorar-se que o limite da possibilidade de suspensão de execução da pena de prisão coincide, depois da revisão do Código Penal de 2007, nos termos do artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal, com o limite máximo da pena correspondente ao crime em apreço (cinco anos).

Como exemplos de **suspensão de execução da pena de prisão** em crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, pode ver-se, por exemplo, os Acs.

do STJ de 2.6.04, proc. N.º 04P148; de 8.6.06, proc. N.º 06P766; de 8.11.07, proc. N.º 07P3164; e de 9.4.08, proc. N.º 08P113; e do TRL de 5.3.09, proc. N.º 42/2008-9, todos *in* www.dgsi.pt. Porém, no sentido da não suspensão da execução da pena de prisão, pode ver-se, por exemplo, os Acs. do STJ de 24.10.07, proc. N.º 07P3317; de 19.12.07, proc. N.º 07P4203; e de 29.10.08, proc. N.º 08P2961, todos *in* www.dgsi.pt. VÍTOR PAIVA (*op. cit.*, pp. 150 e 151) sugere a aplicação, em casos de tráfico de estupefacientes de menor gravidade, da suspensão da execução da pena de prisão, com regime de prova ou sujeição a tratamento, no caso de toxicodependentes, ou com a imposição de deveres, designadamente ligados à colaboração com instituições de tratamento de toxicodependentes, no caso de não toxicodependentes (com o que se atingiriam objectivos de reparação do mal do crime, de prevenção especial através do confronto com as consequências do crime, e, a médio prazo, de prevenção geral).

Parecem-me oportunas, e consentâneas como espírito do sistema de aplicação de penas vigente, estas sugestões. Haverá que garantir, no entanto, no caso de condutas de tráfico regulares e prolongadas no tempo, que a suspensão da execução da pena de prisão afasta o perigo de continuação da actividade criminosa.

Artigo 26.º

Traficante-consumidor

1. Quando, pela prática de algum dos factos referidos no artigo 21.º, o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, a pena é de prisão até 3 anos ou multa, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, ou de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

2. A tentativa é punível.

3. Não é aplicável o disposto no n.º 1 quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A toxicodependência como circunstância atenuante (anotação 2)

O elemento subjectivo do tipo: a finalidade de obtenção de estupefacientes (anotação 3)

A interpretação do n.º 3: a coerência com o regime do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29.11 (anotação 4)

A interpretação do n.º 3: as quantidades de consumo médio individual diário (anotação 5)

A interpretação do n.º 3: as quantidades na posse do arguido em determinado momento (anotação 6)

A escolha da pena e a toxicodependência (anotação 7)

Este artigo corresponde, com alterações, ao anterior artigo 25.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “O traficante-consumidor – figura prevista no vigente artigo 25.º (...) – desenha-se como um perfil criminológico da realidade do quotidiano e que, por isso, continua a ser objecto de autonomização. Simplesmente, não se pode esquecer o contributo efectivo que o traficante-consumidor acaba por dar para a propagação das redes de abastecimento do mercado, aproximando-se, por este modo, do papel do pequeno traficante. Por isso, a sanção a prever tem de girar num círculo que não seja díspar daquele que é descrito pela trajectória do pequeno traficante. Certo que tal perfil criminológico não se amolda ao de consumidor

1

ocasional – sempre, aliás, seria difícil de provar a “finalidade exclusiva” do tráfico para consumo pessoal – mas antes ao do toxicodependente ou do consumidor habitual. Por outro lado, se o traficante-consumidor é encontrado na posse de quantidades que excedam determinado montante, então o risco de a sua conduta para os outros já não justifica a sanção menor. Saber qual o ponto de equilíbrio para essa quantidade não é fácil de regular por critérios objectivos”.

- 2 A prática do tráfico de estupefacientes motivada pela toxicodependência justifica a aplicação, nos termos deste artigo, de um regime penal mais favorável. Daqui pode depreender-se que a toxicodependência releva como circunstância que atenua a culpa.

A esta luz, pode considerar-se desadequada uma tese outrora bastante corrente na jurisprudência (ver, por exemplo, os Acs. do STJ de 7.2.96, BMJ n.º 454, p. 356; de 29.1.97, BMJ n.º 463, p.297; de 6.12.01, CJ-STJ, IX, 3, p. 227; e o Ac. do TRE de 7.12.99, BMJ n.º 492, p. 497), segundo a qual a toxicodependência não poderia relevar como circunstância atenuante no crime de tráfico de estupefacientes ou noutros crimes, com a alegação de que o consumo é uma conduta em si mesmo ilícita, ou fazendo apelo a exigências preventivas, ou à noção de culpa na formação da personalidade. Tese que, entretanto, vem sendo superada (ver, por exemplo, os Acs. do STJ de 9.10.97, BMJ n.º 470, p. 203; de 14.3.01, proc. N.º 149/01; de 8.11.01, proc. N.º 3000/01, de 2.7.03, proc. N.º 543/00, estes citados por VÍTOR PAIVA, *op. cit.*, pp. 139 e 140, nota 5; e Ac. do TRP de 27.9.00, BMJ n.º 499, p. 386).

Na verdade, parece inegável que a toxicodependência limita (sem as eliminar, na grande maioria dos casos) as faculdades intelectuais e volitivas do agente, o que não pode deixar de ser tido em conta na formulação de um juízo de culpa. E, como foi já referido atrás, é imperativo do princípio da dignidade da pessoa humana que a medida da pena corresponda à medida da culpa, prevalecendo este postulado sobre quaisquer exigências preventivas. As exigências pragmáticas de combate ao tráfico de droga, as exigências de prevenção geral, aconselhariam a irrelevância da toxicodependência como circunstância atenuante, pois os traficantes-consumidores desempenham frequentemente um papel-chave na rede de difusão da droga. As exigências de prevenção especial também apontariam nesse sentido, pois a toxicodependência pode facilmente associar-se à perigosidade do agente, com probabilidade de prática de novos crimes. Mas sobre estas considerações prevalece o princípio da culpa.

E a culpa a considerar é a que se refere ao facto concreto, não à formação da personalidade. Ajuizar da personalidade do toxicodependente e da sua maior ou menor culpa na génese da toxicodependência exigiria um conhecimento da história pessoal do arguido e das suas motivações interiores que se afigura incompatível com a capacidade, por um lado, e com a legitimidade, por outro lado, de qualquer juiz, se quisermos preservar a fundamental distinção entre apreciação jurídica de comportamentos e apreciação ética de personalidades.

Este tipo de considerações vale para ao juízo de culpa de um toxicodependente agente de um crime de tráfico de estupefacientes, mas também de um qualquer outro crime cuja prática decorra da toxicodependência.

- 3 Quanto ao **elemento subjectivo do tipo**, deve realçar-se que o preceito em análise exige um dolo específico. Os termos literais deste artigo apontam no sentido de que, para beneficiar do regime aqui previsto, o toxicodependente tem de agir com a “finalidade exclusiva” de obter através do tráfico (directamente ou por meio dos rendimentos auferidos) produtos estupefacientes para seu consumo. Ficarão, deste modo, excluídas deste regime situações muito frequentes em que o toxicodependente

não auferir quaisquer outros rendimentos e através do tráfico satisfaz também necessidades básicas e exigências mínimas de sobrevivência.

De acordo com E. MAIA COSTA (*in RMP* n.º 83, pp. 181 a 190, em anotação ao Ac. do STJ de 17.5.00; e também *in Direito Penal...*, cit., pp. 108-109), esta interpretação conduz a resultados aberrantes e supõe um claro distanciamento da realidade do tráfico e consumo de estupefacientes, sendo que a situação mais comum neste âmbito é, precisamente, a de toxicodependentes em situação económica precária que só através do tráfico conseguem satisfazer as suas necessidades básicas. Impor-se-ia, assim, uma interpretação maleável, devendo exigir-se, antes, que o agente tenha como finalidade *principal* a satisfação das suas necessidades de consumo de estupefacientes.

Neste sentido, pronunciaram-se, também, J. L. MORAES ROCHA (*in op. cit.*, pp. 89 e 90), que invoca a prevalência do elemento racional sobre o elemento literal na interpretação das normas jurídicas e sugere que se interprete a exigência em causa como finalidade *preponderante* ou *predominante*; e VÍTOR PAIVA (*in op. cit.*, p. 144), que considera que a interpretação literal faz deste preceito um verdadeiro “fantasma” que jamais seria aplicado, sendo que, na prática, não se conhecem acusações pela prática do crime assim concebido, e sugere que se interprete a exigência em causa como finalidade *principal* ou *essencial*.

A jurisprudência vem seguindo a interpretação literal, exigindo que o agente tenha por finalidade exclusiva a satisfação das necessidades de consumo de estupefacientes (assim, os Acs. do STJ de 25.10.90, BMJ n.º 400, p. 337; de 11.7.91, BMJ n.º 409, p. 421; de 2.6.99, proc. N.º 99P015, *in* www.dgsi.pt, e de 17.5.00, *in RMP* n.º 83, p. 181, com a anotação de E. MAIA COSTA acima referida). Pronuncia-se também neste sentido, A. A. TOLDA PINTO *in op. cit.*, p. 72.

A Proposta de Lei n.º 33/VIII (publicada no D.A.R., II série, n.º 52, de 28.6.00, p. 1728) alterava os termos literais do preceito e exigia que a satisfação das necessidades de consumo de estupefacientes fosse “finalidade principal” do agente. As considerações tecidas pela doutrina acima referida merecem concordância. Exigir que o agente tenha por finalidade exclusiva (e não principal) a satisfação das suas necessidades de consumo de estupefacientes reduz substancialmente o alcance prático da aplicação deste preceito, não se adequa à realidade criminológica que o legislador pretende abarcar e prejudica os toxicodependentes mais desfavorecidos (porque desempregados ou sem apoio familiar). Mas são considerações que, em meu entender, só podem valer no plano *de jure condendo*. Os termos literais do preceito são claros e inequívocos, inultrapassáveis à luz da regra de que a interpretação deve “ter na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expressa” (artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil). E parece, também, que o legislador histórico (como decorre, designadamente, do excerto da “Nota Justificativa” do Anteprojecto acima citada) quis optar por um regime algo restritivo na abertura à atenuação da responsabilidade do traficante-consumidor. O n.º 3 do artigo em apreço exclui a aplicação do regime em questão quando o agente detiver **quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias**.

Depois da publicação da Lei n.º 30/2000, de 29.11, tem-se entendido que, por coerência do sistema (artigo 7.º, n.º 2, do Código Civil), e atendendo ao disposto no artigo 2.º desta Lei (que, para efeitos de descriminalização da detenção para consumo, alude ao consumo durante o período de dez dias), deve considerar-se que o período em questão para este efeito será também de dez dias, verificando-se, assim, uma derrogação parcial deste n.º 3. O tipo legal de tráfico para consumo

tem uma componente de consumo que conduz a esta derrogação, por coerência com o regime do consumo.

Pronunciam-se neste sentido A. G. LOURENÇO MARTINS (in “Droga – nova política legislativa”, RPCC, ano XI, fasc. 3, p. 448), VÍTOR PAIVA (op. cit., p. 138) e o Ac. do STJ de 20.3.02, CJ-STJ, X, 1, p. 243.

- 5 Na aferição das quantidades de consumo médio individual diário devem ser considerados os valores fixados pelo mapa a que se refere o artigo 9.º da Portaria n.º 94/96, de 26.3, que aqui se reproduz:

Plantas, substâncias ou preparações
constantes das tabelas I a IV de
consumo mais frequente

	Tabela	Limite quantitativo máximo (1)
Heroína (diacetilmorfina)	I-A	(2) 0,1
Metadona	I-A	(2) 0,1
Morfina	I-A	0,2
Ópio (suco)	I-A	(3-b) 1
Cocaína (cloridrato)	I-B	(2) (4) 0,2
Cocaína (éster metílico de benzoilecgonina)	I-B	(2) (4) 0,03
<i>Canabis</i> (folhas e sumidades floridas ou frutificadas)	I-C	(3-c e d) 2,5
<i>Canabis</i> (resina)	I-C	(3-c e e) 0,5
<i>Canabis</i> (óleo)	I-C	(3-f) 0,25
Fenciclidina (PCP)	II-A	(3-a) 0,01
Lisergida (LSD)	II-A	50 lg
MDMA	II-A	(2) (3-g) 0,1
Anfetamina	II-B	0,1
Tetraidrocanabinol (A9THC)	II-B	0,05

(1) Os limites quantitativos máximos para cada dose média individual diária são expressos em gramas, excepto quando expressamente se indique unidade diferente.

(2) Os limites referidos foram estabelecidos com base em dados epidemiológicos referentes ao uso habitual.

(3) As quantidades indicadas referem-se:

a) Às doses diárias mencionadas nas farmacopeias oficiais;

b) Às doses equipotentes à da substância de abuso de referência;

c) À dose média diária com base na variação do conteúdo médio do THIC existente nos produtos da *Canabis*;

d) A uma concentração média de 2% de A9THIC;

e) A uma concentração média de 10% de A9THIC;

f) A uma concentração média de 20% de A9THIC;

g) Às doses médias habituais referidas na literatura, que variam entre 80 mg e 160 mg (ca. 2 mg/kg) da substância pura. No entanto, pode aparecer misturada com impurezas (por exemplo, MDA, cafeína) ou ainda em associação com heroína.

(4) Para a cocaína são especificados limites quantitativos diferentes, respectivamente para o cloridrato e para o éster metílico de benzoilecgonina, uma vez que o potencial aditivo das duas formas químicas é muito diferente.

Há que considerar, porém, e por um lado, que os valores em causa dizem respeito a substâncias puras, sendo que, na generalidade dos casos de droga traficada, a percentagem de produto activo é bastante reduzida (podendo rondar os 10%, não excedendo normalmente os 20%). Acentuam este aspecto (criticando orientações

jurisprudenciais mais antigas que ignoravam esta questão) CARLOS ALMEIDA (*op. cit.*, pp. 92 e 93), VÍTOR PAIVA (*op. cit.*, p. 145) e E. MAIA COSTA, *Direito penal...*, cit., p. 115).

Por outro lado, não pode considerar-se que estamos perante uma norma penal em branco, com remissão para os valores fixados na portaria em questão. Tal seria inconstitucional por violação dos princípios da legalidade e da tipicidade, por supor uma delimitação negativa de um tipo privilegiado através de uma portaria. Os valores em causa devem, por isso, ser apreciados nos termos do artigo 163.º do C.P.P. (prova pericial), como decorre do artigo 71.º, n.º 3, da Lei 15/93 em apreço. O Tribunal Constitucional, nos acórdãos 534/98, 559/01 e 43/02, considerou que só esta interpretação seria conforme à Constituição.

Assim, os valores que constam do mapa anexo à Portaria n.º 94/96 não impõem conclusões rigidamente determinadas quanto às quantidades de consumo médio individual, desde logo porque não pode ser ignorada a maior ou menor percentagem de produto activo, tal como não podem ser ignorados os hábitos de consumo do agente em concreto. Pode ver-se, neste sentido, E. MAIA COSTA, *Direito penal...*, cit., p. 115; VÍTOR PAIVA, *op. cit.*, p. 145; RUI PEREIRA, A Discriminação do Consumo de Droga, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1177-1178; e, entre outros, os Acs. do STJ de 30.4.08, proc. N.º 07P4723; e do TRE de 18.11.07, proc. N.º 1989/07-1, ambos in www.dgsi.pt. A qualificação do crime de tráfico de estupefacientes como crime de trato sucessivo (ver nota 4 ao artigo 21.º), isto é, como crime em que releva não apenas a quantidade de droga que em dado momento é detida, vendida ou cedida, mas a quantidade detida, vendida ou cedida durante determinado período de tempo, mais ou menos prolongado, poderia levar a considerar relevante, para o efeito de exclusão da aplicação deste regime, nos termos do n.º 3, não apenas a quantidade de produto estupefaciente detido pelo agente em determinado momento e apreendida, mas a quantidade detida, cedida ou vendida durante um período mais ou menos prolongado no tempo. Ou seja, não beneficiaria deste regime mais favorável o agente a quem forem apreendidas quantidades de produto estupefaciente inferiores às do consumo médio individual durante cinco dias (ou dez dias, de acordo com a interpretação acima referida), mas em relação ao qual se prova que, por ser consumidor e traficante habitual, vendeu quantidade superior a esse limite durante um período de tempo mais prolongado.

Não deve, porém, seguir-se este entendimento, que reduziria ainda mais o alcance prático de aplicação deste preceito. O traficante-consumidor, por definição, não actua ocasionalmente, mas de forma habitual. O legislador pretendeu contemplar esta realidade e não outra, inexistente ou muito rara. E, neste aspecto, também o elemento literal aponta neste sentido: o n.º 3 refere-se apenas à “detenção”. Tal como a “Nota Justificativa” do Anteprojecto, acima citada, se refere ao facto de o traficante-consumidor “ser encontrado na posse de quantidades que excedam determinado montante”.

Assim, a quantidade relevante, para o efeito de exclusão da aplicação do regime do n.º 1, nos termos do n.º 3, é a do produto estupefaciente na posse do arguido e apreendido, não toda a que ele possa ter vendido durante determinado período de tempo.

A respeito da pena aplicável ao traficante-consumidor (e ao toxicodependente em geral, mesmo no que se refere à prática de outros crimes), é bom ter presente o critério geral exposto no Ac. do STJ de 18.2.2, proc. N.º 543/00, citado por VÍTOR PAIVA in *op. cit.*, p. 140, assente “na busca de soluções penais concretas que, no respeito pelo espírito do sistema global, procuram conciliar, tanto quanto possível,

6

7

as exigências de prevenção geral com a necessidade premente de recuperação do toxicodependente, essencial aos fins de prevenção especial e fundamental também a uma prevenção geral numa visão que ultrapasse o curto prazo”.

Deve, pois, considerar-se que o tratamento do toxicodependente é a forma mais completa de afastar, numa perspectiva radical, o perigo de continuação da actividade criminosa e, numa perspectiva de longo prazo, as exigências da própria prevenção geral.

Aconselham, por adequadas a estas situações, a opção por penas de substituição da pena de prisão, como a prestação de trabalho a favor da comunidade, ou a suspensão de execução da pena de prisão com regime de prova ou sujeição a tratamento, A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 160) e VÍTOR PAIVA (*op. cit.*, p. 152). Obstáculo à aplicação deste tipo de penas poderá ser, porém, a inexistência de efectiva vontade de tratamento, e, portanto, a improbabilidade do seu sucesso, com permanência do perigo de continuação da actividade criminosa. É também aconselhável que a prestação de trabalho a favor da comunidade esteja associada ao tratamento, sob pena de insucesso e indesejável malefício para a entidade que deveria ser beneficiária da prestação.

Artigo 27.º

Abuso do exercício de profissão

1. As penas previstas nos artigos 21.º, n.os 2 e 4, e 25.º são aplicadas ao médico que passe receitas, ministre ou entregue substâncias ou preparações aí indicadas com fim não terapêutico.

2. As mesmas penas são aplicadas ao farmacêutico ou a quem o substitua na sua ausência ou impedimento que vender ou entregar aquelas substâncias ou preparações para fim não terapêutico.

3. Em caso de condenação nos termos dos números anteriores, o tribunal comunica as decisões à Ordem dos Médicos ou à Ordem dos Farmacêuticos.

4. A entrega de substâncias ou preparações a doente mental manifesto ou a menor, com violação do disposto no artigo 19.º, é punida com pena de prisão até um 1 ano ou multa até 120 dias.

5. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O tipo objectivo: a exclusão de condutas com base científica e fim terapêutico (anotação 2)

A comunicação às ordens profissionais (anotação 3)

As penas acessórias (anotação 4)

- 1 Este preceito corresponde, com alterações, ao artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “O artigo 27.º corresponde ao artigo 26.º (vigente), apenas se tendo adoptado a pena de multa e passado a punir como contra-ordenação o aviamento de receita, à semelhança do que se passava com o aviamento sem receita médica (absorvendo-se o disposto no n.º 1 do artigo 130.º do Decreto-Lei n.º 214/90, de 28 de Junho).” Este preceito tem, também, correspondência com o artigo 3.º, n.º 1, c), *iv*, da Convenção da Nações Unidas de 1988.
- 2 Cai fora do âmbito deste artigo a conduta do médico que receite, ministre ou entregue substâncias estupefacientes (assim como o farmacêutico que as venda ou entregue) com fins terapêuticos, o que supõe alguma base científica (mesmo que eventualmente contestável nesse plano) e o respeito pelas *leges artis*. Sucederá

isso, designadamente, com a utilização de metadona para fins terapêuticos e no âmbito do próprio tratamento da toxicod dependência.

A comunicação à Ordem dos Médicos ou à Ordem dos Farmacêuticos destina-se ao apuramento de eventual responsabilidade disciplinar.

A condenação pela prática deste crime poderá dar origem à aplicação das penas acessórias de proibição do exercício de funções (nos termos do artigo 66.º, n.º 1 e 2, do Código Penal) e de suspensão do exercício de funções (nos termos do artigo 67.º, n.º 1 e 3, do mesmo diploma).

Artigo 28.º

Associações criminosas

1. Quem promover, fundar ou financiar grupo, organização ou associação de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, vise praticar algum dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º é punido com pena de prisão de 10 a 25 anos.

2. Quem prestar colaboração, directa ou indirecta, aderir ou apoiar o grupo, organização ou associação referidos no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

3. Incorre na pena de 12 a 25 anos de prisão quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação referidos no n.º 1.

4. Se o grupo, organização ou associação tiver como finalidade ou actividade a conversão, transferência, dissimulação ou receptação de bens ou produtos dos crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º, o agente é punido:

a) Nos casos dos n.os 1 e 3, com pena de prisão de 2 a 10 anos;

b) No caso do n.º 2, com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

As alterações em relação à redacção inicial do preceito (anotação 2)

O bem jurídico (anotação 3)

O tipo objectivo: os requisitos da associação criminosa (anotação 4)

O crime de associação criminosa para a prática de tráfico de estupefacientes como crime de perigo abstracto (anotação 5)

O concurso entre este crime e os crimes previstos nos artigos 21.º e 22.º (anotação 6)

O concurso entre este crime e o crime de associação criminosa previsto no artigo 299.º do Código Penal (anotação 7)

Este preceito corresponde, com alterações, ao artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteproyecto: “...procedeu-se a um ajuste das penas, em regra mediante agravamento (repare-se que estas sanções são mais severas do que as previstas na lei penal para as organizações terroristas). Além disso, estipulou-se especificamente a punição das associações destinadas ao branqueamento de fundos provenientes do tráfico”. Este preceito encontra, também, correspondência nos artigos 3.º, n.º 1, a), e 5.º, a), da Convenção das Nações Unidas de 1988.

A redacção vigente decorre da Lei n.º 45/96, de 3.9. Esta Lei veio agravar a pena aplicável à situação prevista no n.º 1 (que passou de 10 a 20 anos para de 10 a 25 anos) e a pena aplicável à situação prevista no n.º 3 (que passou de 12 a 20 anos para de 12 a 25 anos). Esta Lei não alterou, porém, o n.º 4, relativo à associação destinada ao branqueamento de fundos provenientes do tráfico.

A Lei n.º 11/2004, de 27.3, revogou o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, em anotação, artigo que tipificava o branqueamento de capitais provenientes do tráfico de estupefacientes, crime que, por força dessa revogação, perdeu autonomia

e passou a integrar o crime de branqueamento de capitais tipificado no Código Penal. Esta Lei também não revogou ou alterou o n.º 4 deste artigo.

- 3 Para além do **bem jurídico** protegido pela criminalização do tráfico de estupefacientes, através deste tipo de crime tutela-se também a ordem e tranquilidade públicas, ou a paz pública, como se verifica quanto ao crime de associação criminosa tipificado no artigo 299.º do Código Penal, em relação ao qual o crime em apreço representa um tipo especial, e como resulta da secção e capítulos do Código Penal onde se integra este tipo de crime.

- 4 Estamos, pois, perante um tipo de **crime especial** em relação ao tipo de crime de associação criminosa previsto no artigo 299.º do Código Penal. Aí se incluem associações destinadas à prática de crimes em geral, quando no crime em apreço se incluem associações dirigidas à prática dos crimes previstos no artigo 21.º e 22.º deste diploma. Valem, pois, para este crime, as considerações que vêm sendo tecidas pela doutrina e jurisprudência a respeito do crime de associação criminosa previsto no artigo 299.º do Código Penal.

Assim, designadamente, quanto aos requisitos da associação criminosa: pluralidade de pessoas, uma certa duração, um mínimo de estrutura organizativa que sirva de substrato material à existência de algo que supera os simples agentes, estabilidade desses agentes, um qualquer processo de formação da vontade colectiva e um sentimento de ligação a algo que transcende esses agentes (não apenas a um chefe). Pode ver-se, neste sentido, por exemplo, os Acs. do STJ de 18.2.02, proc. N.º 02P3217; e de 26.2.04, proc. N.º 04P267, ambos *in* www.dgsi.pt, que seguem, quanto a estes aspectos a doutrina de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *in* “As associações criminosas no Código Penal português de 1982 (Arts. 287.º e 288.º)”, RLJ, anos 119.º-120.º, p. 289 e segs.; e FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, “Parecer” *in* CJ, X, 4, p. 11 e segs.

A associação criminosa distingue-se, pois, do *bando*, a que se refere a alínea j) do artigo 24.º

Na sentença da 1.ª Vara Criminal de Lisboa de 21.1.92 (*in* CJ, XVII, 1, p. 307) afirma-se que “não se verifica o crime de associação criminosa para a prática de tráfico de estupefacientes quando os arguidos se encontram fortemente ligados por laços familiares, e sem que, na sua conduta, haja um mínimo de organização, ou de diferenciação de funções, ou obrigação de prestação de contas, ou qualquer estrutura hierárquica.”

No Ac. do STJ de 17.12.92 (*in* CJ, XVII, 5, p. 31), sustenta-se, face ao preceito equivalente do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12, que a verificação da previsão deste artigo se bastaria com a intenção de prática de um único crime, ao contrário do que se verificava com o tipo de crime de associação criminosa previsto na redacção então vigente do Código Penal (não é assim na redacção actualmente vigente). Será assim se estivermos não perante uma conduta isolada, mas perante uma actividade que se prolonga no tempo (o crime de tráfico de estupefacientes é, como vimos, um crime “de trato sucessivo”) e que, precisamente por isso, exige uma estrutura estável e duradoura.

- 5 Estamos perante um **crime de perigo abstracto**, o que significa que não se torna necessária a prática efectiva dos crimes a que é dirigida a associação para que se verifique a prática deste tipo de crime. Basta a existência do fim abstracto e da intenção (assim, J. L. MORAES ROCHA, *op. cit.*, p. 96, e A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 167).

- 6 A prática dos crimes a que é dirigida a associação conduz ao concurso efectivo entre esses crimes e o crime de associação criminosa em apreço. Na verdade, o bem jurídico protegido pela criminalização da associação criminosa dirigida à prática de

tráfico de estupefacientes, como já vimos, vai para além do bem jurídico protegido pela criminalização do tráfico e inclui, também, o da ordem e tranquilidade públicas, ou da paz pública (assim, por exemplo, o Ac. do STJ 17.1.92, CJ, XVII, 5, p. 31). Uma associação criminosa pode destinar-se à prática de crimes de tráfico de estupefacientes e, simultaneamente, à prática de outros crimes. Verificar-se-á, nestes casos, um concurso efectivo entre o crime em apreço e o crime de associação criminosa previsto no artigo 299.º do Código Penal (assim, A.G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 168)

7

Artigo 29.º

Incitamento ao uso de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas

1. Quem induzir, incitar ou instigar outra pessoa, em público ou em privado, ou por qualquer modo facilitar o uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.

3. Os limites mínimo e máximo das penas são aumentados de um terço se:

a) Os factos foram praticados em prejuízo de menor, diminuído psíquico ou de pessoa que se encontrava ao cuidado do agente do crime para tratamento, educação, instrução, vigilância ou guarda;

b) Ocorreu alguma das circunstâncias previstas nas alíneas d), e) ou h) do artigo 24.º

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A autonomização deste crime em relação à criminalização do consumo (anotação 2)

O tipo objectivo: interpretação dos conceitos utilizados no preceito (anotação 3)

A qualificação deste crime como crime de perigo concreto (anotação 4)

Este preceito corresponde, com alterações, ao artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “...para além da adaptação das penas dentro dos parâmetros já descritos, fundiu-se no n.º 1 o disposto nos n.º 1 e 2 do anterior preceito, e alargou-se o âmbito da agravante da alínea b) do n.º 3”. De acordo com A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 172), o preceito tem origem na Lei italiana (artigo 82.º). O preceito encontra, também, correspondência no artigo 3.º, n.º 1, c), *iii*), da Convenção das Nações Unidas de 1988.

1

As condutas aqui descritas poderiam integrar a instigação, ou cumplicidade, do crime de consumo ilícito de estupefacientes. Sendo tipificadas autonomamente, serão puníveis mesmo que esse consumo seja descriminalizado.

2

Afirma J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 98), a respeito da interpretação dos conceitos utilizados neste preceito: “As palavras *induzir*, *incitar* e *instigar* correspondem, todas elas, à ideia de estimular, provocar, compelir. A diferença não está no cerne da acção, constituindo a este nível sinónimos, mas no tempo da acção. Assim, *induzir* coloca-se na fase inicial em que se provoca outrem ao uso ilícito, *incitar* situa-se após a resolução de outrem e consiste, em sintonia com esta, em estimular ou reforçar a decisão do uso ilícito, e *instigar* será compelir a que outrem persista no uso ilícito. Pese tal distinção, não se exime o preceito a certa redundância”.

3

Estamos perante um **crime de perigo concreto**. É a verificação deste perigo que distingue a indução, incitamento ou instigação ao consumo de droga da discussão e defesa argumentada, no plano abstracto, do consumo da droga em geral, ou de

4

alguma droga em particular. Essa discussão e defesa devem ser admitidas, à luz do respeito pela liberdade de expressão, se não se traduzir em indução, incitamento ou instigação ao consumo de estupefacientes.

O mesmo critério servirá para distinguir a defesa, no plano abstracto, da descriminalização ou legalização de uma conduta da instigação pública à prática de um crime (artigo 287.º do Código Penal), ou da apologia pública de um crime (artigo 288.º do Código Penal); ou a defesa, no plano abstracto, de ideias racistas da instigação ao ódio racial (artigo 240.º, n.º 1, a), do Código Penal).

Artigo 30.º

Tráfico e consumo em lugares públicos ou de reunião

1. Quem, sendo proprietário, gerente, director ou, por qualquer título, explorar hotel, restaurante, café, taberna, clube, casa ou recinto de reunião, de espectáculo ou de diversão, consentir que esse lugar seja utilizado para o tráfico ou uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2. Quem, tendo ao seu dispor edifício, recinto vedado ou veículo, consentir que seja habitualmente utilizado para o tráfico ou uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

3. Sem prejuízo do disposto nos números anteriores, aquele que, após a notificação a que se refere o número seguinte, não tomar as medidas adequadas para evitar que os lugares neles mencionados sejam utilizados para o tráfico ou o uso ilícito de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 5 anos.

4. O disposto no número anterior só é aplicável após duas apreensões de plantas, substâncias ou preparações incluídas nas tabelas I a IV, realizadas por autoridade judiciária ou por órgão de polícia criminal, devidamente notificadas ao agente referido nos n.os 1 e 2, e não mediando entre elas período superior a um ano, ainda que sem identificação dos detentores.

5. Verificadas as condições referidas nos n.os 3 e 4, a autoridade competente para a investigação dá conhecimento dos factos ao governador civil do distrito da área respectiva ou à autoridade administrativa que concedeu a autorização de abertura do estabelecimento, que decidirão sobre o encerramento.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A criminalização destas condutas e a descriminalização do consumo de estupefacientes (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 e 4)

O campo de aplicação dos n.os 3 e 4: a omissão negligente do dever de vigilância (anotação 5)

O espaço de tempo que medeia entre as notificações referidas no n.º 4 e a negligência (anotação 6)

- 1 Este artigo corresponde, com alterações, ao artigo 30.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Afirmar-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “Detecta-se uma certa tendência em outros países para uma maior severidade quanto ao consumo de droga (Itália) e ao tráfico (Alemanha) em lugares públicos, sancionando os proprietários ou gestores desses locais de reunião desde logo pelo seu consentimento. Ponto que de algum modo também resulta do artigo 3.º, n.º 1, alínea c), iii), da Convenção de 1988. Reflectiu-se aqui (...) essa tendência agravativa, que pareceu justificada pelo risco que certos lugares públicos ou de reunião podem constituir para o consumo (e até para o tráfico, aspecto que não se previa

anteriormente) sempre que os seus proprietários ou gerentes, pelo incitamento ou pela complacência interessada, vão alimentar o seu negócio através dos canais da droga. O encerramento deste tipo de estabelecimentos pode revelar-se de grande eficácia, se aproveitado devidamente, o que parece não ter acontecido até agora, posto que já prevista aquela sanção acessória”. De acordo com A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 175), com algumas modificações, pode ver-se a origem desta norma no artigo 79.º da Lei italiana.

A descriminalização do consumo de estupefacientes operada pela Lei n.º 30/2000, de 29.10, que não acarretou a legalização desse consumo, manteve, por isso, a criminalização das condutas ora em apreço (ver, neste sentido, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Consumo de Drogas – Reflexões sobre o Quadro Legal*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 157).

Para J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, pp. 99-100), a expressão “**hotel**” inclui os denominados estabelecimentos hoteleiros, onde se integram hotéis, pensões, pousadas, estalagens, motéis, hotéis-apartamentos, aldeamentos turísticos, hospedarias, casas de hóspedes e residenciais; a expressão “**restaurante**” inclui casas de pasto, *snack-bar*, *self-service*, *eat-drives* e semelhantes; e as expressões “**café**” e “**taberna**” incluem os estabelecimentos de bebidas que integram cafés e tabernas em sentido restrito, mas também bares, bufetes, cafetarias, casas de chá, geladarias, leitarias, confeitarias, pastelarias e *pubs*.

No conceito de “**veículo**” a que se reporta o n.º 2 deste artigo integram-se os reboques e semi-reboques (assim, J. L. MORAES ROCHA, *op. cit.*, p. 100) e as *roulottes* (assim, A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 176).

Para a verificação da previsão do n.º 1 deste artigo não se exige que o estabelecimento ou recinto seja um lugar de encontro habitual para o consumo ou tráfico de droga, mas também não basta que alguém, isolada ou esporadicamente, aí consuma estupefacientes com o conhecimento do dono ou gerente (assim, A. G. LOURENÇO MARTINS, *op. cit.*, p. 176). Já em relação ao n.º 2, exige-se a habitualidade para que se verifique a previsão respectiva.

A expressão “**sem prejuízo do disposto nos números anteriores**” poderá levar a pensar que entre os crimes previstos nos n.ºs 1 ou 2, por um lado, e o crime previsto nas disposições conjugadas dos n.ºs 3 e 4, por outro lado, se poderá verificar uma relação de concurso efectivo. O proprietário ou gerente que consente que o seu estabelecimento seja utilizado para o tráfico ou uso ilícito de estupefacientes seria punido por isso e também seria punido se não tomasse medidas para evitar esse tráfico e esse uso após a notificação de apreensões a que se reporta o n.º 3.

Afigura-se-nos, porém, mais razoável a interpretação segundo a qual se verifica a previsão do n.º 1 ou do n.º 2 quando o agente tem conhecimento da ocorrência do tráfico ou uso ilícito de estupefacientes e se verifica a previsão do n.º 3, em conjugação com o n.º 4, quando não se prova esse conhecimento, mas a efectiva omissão de medidas adequadas para evitar esse tráfico e uso ilícitos, face às notificações de apreensões referidas. Nesta situação, o desconhecimento da prática de tráfico ou uso ilícito de estupefacientes subsequente a tais notificações resultará de uma omissão do dever de vigilância que configura uma actuação negligente (ver, neste sentido, MANUEL GUEDES VALENTE, *op. cit.*, p. 155).

O n.º 4 exige que entre as duas notificações e apreensões referidas não medeie período superior a um ano. Não exige que entre elas medeie um período mínimo. A. G. LOURENÇO MARTINS (*op. cit.*, p. 177) afirma que poderá, assim, “ficar aberta a porta a alguma indesejável actividade persecutória se as intervenções ocorrerem tão proximamente que os visados não tiveram oportunidade de fazer actuar as medidas tomadas ou em vias disso”. Se esta situação se verificar, se não

puder considerar-se exigível que o agente tome as medidas em questão no espaço de tempo em causa, estará afastada a prática do crime, por não se verificar um comportamento negligente.

Artigo 31.º

Atenuação ou dispensa de pena

Se, nos casos previstos nos artigos 21.º, 22.º, 23.º e 28.º, o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta, impedir ou se esforçar seriamente por impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente as autoridades na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis, particularmente tratando-se de grupos, organizações ou associações, pode a pena ser-lhe especialmente atenuada ou ter lugar a dispensa de pena.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A necessidade de colaboração activa (anotação 2)

O pragmatismo e a coerência ética (anotação 3)

- 1 Este artigo corresponde, com alterações formais, ao artigo 31.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteproyecto: “O sistema português de atenuação ou dispensa de pena abrangendo os casos dos designados “arrepentidos” é dos mais amplos que se conhecem. Entendeu-se dever ser mantido com pequenas alterações em face do que se prevê igualmente no Código Penal apesar das críticas de que continua a ser alvo. Com efeito, mau grado a crítica fundamental de uma certa imoralidade que a delação pode fomentar – nem sempre é acompanhada de um arrependimento sincero – a medida vem sendo progressivamente utilizada em outros países. Não é apenas a Bélgica (que distingue conforme a atitude é tomada antes ou após o procedimento criminal) e a Alemanha; também a França – Lei de 31.12.87 – e a Itália perseguem esta via; no caso desta, utilizando uma forma literal que faz lembrar a da legislação portuguesa, embora a redução só possa atingir de metade a dois terços da pena – v. n.º 7 do artigo 73.º e n.º 7 do artigo 74.º O próprio modelo legislativo das Nações Unidas, já referido, alude a esta medida (artigo 31.º)”.
Este preceito encontra correspondência no artigo 299.º, n.º 4, do Código Penal, relativo às associações criminosas, e no artigo 301.º, n.º 2, do mesmo diploma, relativo às organizações terroristas (entretanto revogado e substituído pelo equivalente artigo 4.º, n.º 3, da Lei n.º 54/2003, de 22.8).
- 2 Salienta, entre outros, o Ac. do STJ de 14.6.07, proc. N.º 07P1895, *in* www.dgsi.pt, que, para que o agente beneficie deste regime, forçoso é que adopte uma atitude activa e decidida, espontânea e voluntariamente assumida, no sentido de abandonar a actividade ou minimizar os seus efeitos, ou colabore na recolha de provas decisivas para a identificação e captura de outros responsáveis. A sua colaboração há-de ser “activa e relevante através de actos que inequivocamente revelem que transpôs a barricada do crime para se assumir como seu combatente activo”. Não basta, por isso, a confissão ou o abandono da actividade.
- 3 São, fundamentalmente, razões pragmáticas de eficácia no combate à criminalidade, designadamente no âmbito opaco de grupos, organizações ou associações, que justificam este regime. Desta forma poderão ser desmascarados agentes com responsabilidades de topo nesses grupos, associações ou organizações. Tais razões pragmáticas podem sobrepor-se a exigências de coerência ética. Através deste regime

podem ser beneficiados agentes que actuam de forma oportunista, sem sincero arrependimento, que porventura lucraram com o tráfico de droga tanto ou mais do que aqueles que denunciam, e que assumem para com estes comportamentos desleais e delatórios. Também há quem saliente, por outro lado, os perigos de erro judiciário quando se dá crédito excessivo ao depoimento destes agentes.

Afirma, a este respeito, A. G. LOURENÇO MARTINS (*in* “Criminalidade sem Fronteiras”, BMJ n.º 351, Separata, pp. 18-19): “Ponderando, de um lado, a gravidade objectiva dos efeitos do tráfico e a necessidade da sua desarticulação e, de outro, a eventual compensação injusta de simples “riscos calculados”, e o apelo a sentimentos nada generosos de delação, parece aqui, apesar de tudo, ainda mais justificável do que no próprio âmbito das organizações terroristas, o recurso ao incitamento “voluntário” ao abandono da organização, isto em face da premente exigência social da descoberta e responsabilização dos autores destes crimes”.

Uma vez que este regime não é de aplicação automática, e o juiz pode optar entre dispensa ou atenuação da pena, não deixa de haver espaço para que o juiz tente alguma conciliação entre as referidas exigências pragmáticas e as de coerência ética. Casos mais chocantes do ponto de vista ético poderão conduzir à atenuação da pena, não à dispensa de pena. Na opção a tomar, deve ser considerado o contributo objectivo do agente para o combate ao crime e para a prova, mas também devem ser considerados factores de relevância ética, como o arrependimento (que também pode verificar-se), a dimensão dos lucros que o tráfico possa ter proporcionado ao agente colaborador, e os riscos para a vida e integridade física que a sua postura lhe acarreta (particularmente graves em muitos casos).

Artigo 32.º

Abandono de seringas

Quem, em lugar público ou aberto ao público, em lugar privado mas de uso comum, abandonar seringa ou outro instrumento usado no consumo ilícito de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, criando deste modo perigo para a vida ou a integridade física de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A natureza de crime de perigo concreto (anotação 2)

O tipo subjectivo (anotação 3)

Este preceito não tem equivalente no Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12.

Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “Se os serviços de saúde por todo o lado incitam os toxicodependentes a não partilharem as seringas ou outros instrumentos para consumo de drogas, advogando-se a sua distribuição gratuita – atitude preventiva de grande importância face à propagação de várias doenças por contaminação, designadamente a SIDA –, considerou-se ser coerente sancionar o abandono desses instrumentos em situação consciente de risco para a saúde de terceiros. Que mais não seja, algum efeito pedagógico se extrairá da disposição, a qual se pode ver incluída na lei italiana (art. 72.º – ter)”.

Estamos perante um **crime de perigo concreto**, que supõe um nexo de causalidade entre o abandono da seringa nas circunstâncias em que ocorreu e o risco para a vida ou integridade física de outrem.

1

2

- 3 No que se refere ao **elemento subjectivo do tipo**, exige-se o dolo, em alguma das suas modalidades, em relação a esse perigo concreto.

Artigo 33.º

Desobediência qualificada

1. Quem se opuser a actos de fiscalização ou se negar a exhibir os documentos exigidos pelo presente diploma, depois de advertido das consequências penais da sua conduta, é punido com a pena correspondente ao crime de desobediência qualificada.

2. Incorre em igual pena quem não cumprir em tempo as obrigações impostas pelo artigo 20.º

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A pena (anotação 5)

- 1 Este preceito corresponde, com alterações formais, ao artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de Dezembro.
- 2 O **bem jurídico** directamente protegido por esta incriminação é, como nos restantes crimes de desobediência e crimes contra a autoridade pública, o da autonomia intencional do Estado. Pretende-se impedir entraves que não-funcionários possam colocar à realização dos interesses estaduais (assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, nótula antes do art. 347.º, p. 336-338, e anotação ao art. 348.º, p. 350). Mediatemente, são protegidos os bens também tutelados pela incriminação do tráfico ilícito de estupefacientes, acima referidos.
- 3 São **elementos objectivos do tipo** de crime em anotação: a existência de actos de fiscalização previstos neste diploma ou regulamentação respectiva ou de uma ordem de exibição de documentos exigidos por este diploma ou regulamentação respectiva; a legitimidade substancial desses actos de fiscalização ou dessa ordem de exibição; que a fiscalização seja realizada pela autoridade competente ou, no caso da ordem, que esta seja emanada de autoridade competente; que esses actos de fiscalização sejam regularmente levados a efeito e, no caso da ordem, que esta seja regularmente comunicada; e a advertência das consequências penais da conduta em caso de oposição aos actos de fiscalização ou não exibição dos documentos. A fiscalização e a obrigação de exibição de documentos em apreço estão previstas no Capítulo II do diploma em anotação (artigos 4.º a 20.º), assim como no diploma regulamentar respectivo (o Decreto Regulamentar n.º 61/94, de 12.10, alterado pelos Decretos Regulamentares n.º 23/99, de 22.10, e 19/2004, de 30.4).
- 4 No que se refere ao **elemento subjectivo do tipo**, têm aqui aplicação as exigências do crime de desobediência previsto no Código Penal. A incriminação supõe o dolo nalguma das suas três modalidades (directo, necessário e eventual) e não exige alguma forma de dolo específico.
- 5 A **pena** correspondente ao crime de desobediência qualificada é a de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias (artigo 348.º, n.º 2, do Código Penal)

Artigo 33.º -A

Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas

As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Remissão (anotação 2)

Este artigo foi aditado pelo artigo 4.º da Lei n.º 59/2007, de 4.9 (que altera o Código Penal). 1

Aplica-se aos crimes tipificados no diploma em anotação o regime da responsabilidade dos entes colectivos que decorre dos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M do Código Penal. Sobre esse regime, pode ver-se GERMANO MARQUES DA SILVA, “Responsabilidade penal das pessoas colectivas – alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro”, in Revista do CEJ, n.º 8, pp. 69-97, e Responsabilidade Penal das Sociedades e dos Seus Administradores e Representantes, Lisboa, Editorial Verbo, 2009, e JORGE REIS BRAVO, Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas, Coimbra, Coimbra Editora, 2008. 2

Artigo 34.º

Expulsão de estrangeiros e encerramento de estabelecimento

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 48.º, em caso de condenação por crime previsto no presente diploma, se o arguido for estrangeiro, o tribunal pode ordenar a sua expulsão do País, por período não superior a 10 anos, observando-se as regras comunitárias quanto aos nacionais dos Estados membros da Comunidade Europeia.

2. Na sentença condenatória pela prática de crime previsto no artigo 30.º, e independentemente da interdição de profissão ou actividade, pode ser decretado o encerramento do estabelecimento ou lugar público onde os factos tenham ocorrido, pelo período de um a cinco anos.

3. Tendo havido prévio encerramento ordenado judicial ou administrativamente, o período decorrido será levado em conta na sentença.

4. Se o réu for absolvido, cessará imediatamente o encerramento ordenado administrativamente.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A não automaticidade da expulsão (anotação 2)

As exigências dos princípios acusatório e do contraditório (anotação 3)

O concurso com a regra geral (anotação 4)

Este artigo corresponde, com alterações, ao artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. 1

De entre as alterações em relação a esse artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12, deve destacar-se a clarificação da redacção no sentido da não automaticidade da expulsão do estrangeiro condenado pela prática dos crimes em apreço. Sobre esta questão, havia, na vigência do diploma anterior, jurisprudência que considerava que tal expulsão se impunha sempre e em qualquer caso. O Tribunal Constitucional, porém, de forma constante (assim, entre outros, os Acs. n.º 434/93, 442/93 e 288/94), considerou que o princípio de que nenhuma pena envolve, 2

como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais e políticos (artigo 30.º, n.º 4, da Constituição, reproduzido no artigo 65.º do Código Penal), corolário dos princípios da jurisdicionalidade, necessidade e proporcionalidade das penas e sanções acessórias, impunha uma interpretação conforme à Constituição do referido artigo 34.º no sentido da não automaticidade da expulsão.

Face à redacção actual do artigo em anotação, a questão está hoje clarificada. Para que seja decretada a expulsão, esta há-de revelar-se **necessária e proporcional** à luz da gravidade do crime e dos fins das penas, o que supõe uma intervenção judicial ponderadora das circunstâncias do caso concreto, designadamente no que se refere às consequências concretas da expulsão de um estrangeiro com ligação pessoal, familiar ou profissional a Portugal.

3 Por imperativo dos **princípios acusatório e do contraditório**, o pedido de expulsão deve constar da acusação e, portanto, fazer parte do objecto do processo. Neste sentido se pronuncia, em relação à questão análoga da pena acessória de proibição de conduzir, o AFJ do STJ n.º 7/2008, publicado no DR, I.ª série, de 30.7.08.

4 Este preceito constitui uma **norma especial**, que afasta o regime geral da aplicação judicial da pena acessória de expulsão de estrangeiros decorrente do artigo 151.º da Lei n.º 23/2007, de 4.7. Estatui o n.º 2 deste artigo 151.º que, em relação à eventual expulsão de cidadão estrangeiro, o tribunal deve ter em conta, na sua aplicação, a gravidade dos factos praticados pelo arguido, a sua personalidade, a eventual reincidência, o grau de inserção na vida social, a prevenção especial e o tempo de residência em Portugal. E o n.º 3 deste mesmo artigo estatui que a expulsão de cidadãos estrangeiros com residência permanente só será decretada quando a sua conduta constituir uma ameaça suficientemente grave para a ordem pública ou a segurança nacional.

Apesar de estas regras não terem aplicação directa no caso da expulsão decorrente da condenação pelos crimes em apreço, não deixam as mesmas de ser relevantes enquanto concretização do princípio geral de necessidade e proporcionalidade desta pena a que o juiz está, como vimos, vinculado.

Artigo 35.º

Perda de objectos

1. São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de uma infracção prevista no presente diploma ou que por esta tiverem sido produzidos.

2. As plantas, substâncias e preparações incluídas nas tabelas I a IV são sempre declaradas perdidas a favor do Estado.

3. O disposto nos números anteriores tem lugar ainda que nenhuma pessoa determinada possa ser punida pelo facto.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A alteração da redacção inicial (anotação 2)

Os critérios de causalidade e proporcionalidade (anotação 3)

Exemplos de concretização destes critérios na jurisprudência (anotação 4)

As linhas gerais de orientação para a concretização destes critérios (anotação 5)

Os objectos não pertencentes ao arguido (anotação 6)

1 Este artigo corresponde, parcialmente, ao artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Afirma-se, a respeito deste e dos artigos seguintes, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “Os artigos 35.º, 36.º, 37.º e 38.º reportam-se aos instrumentos,

objectos, direitos e vantagens provenientes da actividade criminosa, matéria de extrema importância na filosofia última de ataque aos interesses materiais dos traficantes. A discriminação ora introduzida, antes considerada no artigo 35.º, acompanha as exigências decorrentes do artigo 5.º da Convenção das Nações Unidas de 1988, as regras do Código Penal, e sua revisão, bem como algumas previsões de direito comparado (*v.g.* do Reino Unido). Teve-se em conta ainda a vantagem prática da enunciação exemplificativa dos bens susceptíveis de apreensão e perda para o Estado, inserida num diploma que tende para uma certa unidade. (...) Não houve necessidade de desenvolver aqui regras próprias para dar execução ao disposto nos n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 5.º da Convenção, porquanto se afigurou suficiente o regime já consignado no Código de Processo Penal, *maxime* nos artigos 178.º a 186.º (apreensões) e 234.º a 240.º (revisão e confirmação de sentença penal estrangeira) conjugado com o que se estipula no Decreto-Lei n.º 43/91, de 22.1 (cooperação judiciária em matéria penal) (...) Providenciou-se por que pudessem ser apreendidos e declarados perdidos os bens em que tenham sido transformados, convertidos ou misturados os produtos da infracção, bem como os lucros e outros benefícios obtidos em execução do que se dispõe no n.º 6 do artigo 5.º da Convenção, salvaguardando-se os direitos de terceiros de boa-fé. Todavia, não se considerou compatível com o direito nacional prever a inversão do ónus da prova no que respeita à origem lícita dos supostos produtos ou outros bens passíveis de apreensão e perda para o Estado, tal como é sugerido pelo n.º 7 do aludido artigo 5.º da Convenção exequenda”.

A redacção vigente decorre da Lei n.º 45/96, de 3.9.

2

A redacção inicial, seguindo o teor do artigo 109.º do Código Penal, exigia, para a declaração de perda a favor do Estado, que os instrumentos ou produtos do crime, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, pusessem em perigo a segurança das pessoas ou a ordem pública, ou oferecessem sério risco de vir a ser utilizados para o cometimento de novos crimes. Esta exigência foi suprimida. Estamos, pois, perante uma norma especial que, em obediência a um desígnio de reforço da reacção penal relativa ao tráfico de estupefacientes, derroga a norma geral do artigo 109.º do Código Penal (ver, neste sentido, entre outros, os Acs. do STJ de 28.1.98, BMJ n.º 473, p. 166; e de 11.2.03, proc. N.º 03P3399, *in* www.dgsi.pt; e o Ac. do TRG de 17.10.03, CJ, XVIII, 4, p. 291).

A alteração em relação à redacção inicial, que seguia o teor do artigo 109.º do Código Penal, poderia conduzir à perda de qualquer objecto que tenha servido para a prática do crime independentemente das circunstâncias dessa utilização. No entanto, como se acentua no Ac. do TRP de 5.11.08, proc. N.º 0814979, *in* www.dgsi.pt, com invocação dos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 176/2000 e 202/2000, seria inconstitucional a privação automática de direitos independentemente da formulação de um concreto juízo jurisdicional de ponderação das circunstâncias do caso e das características do objecto em causa.

3

Assim, a jurisprudência vem limitando, com razoabilidade, o possível alcance da alteração efectuada, apelando a critérios de causalidade e proporcionalidade. De acordo com uma orientação jurisprudencial constante, para a declaração de perda a favor do Estado, é necessário que o crime não tivesse sido praticado (ou tivesse sido praticado de uma forma diferente, sendo essa diferença penalmente relevante) sem o objecto em causa. É necessário, por outro lado (também de acordo com alguma jurisprudência), que o malefício correspondente à perda represente uma medida justa e proporcional à gravidade do crime.

Como concretização destes critérios, pode ver-se, entre outros, os acórdãos seguintes: Ac. do STJ de 21.3.96, proc. N.º 48971, citado no Ac. do STJ de 26.2.04, proc.

4

N.º 04P267, *in* www.dgsi.pt (não declara a perda de um veículo onde são transportadas pessoas que têm droga no bolso, sendo esta facilmente transportada por outros meios, incluindo o pedestre: seria necessário, para declarar a perda, que o veículo, pelas suas características, facilitasse a dissimulação ou transporte da droga, ou facilitasse o negócio ou o tráfico); Ac. do STJ de 28.6.00, BMJ n.º 488, p. 59 (não declara perdido a favor do Estado um automóvel que, apesar de utilizado pelo arguido na venda de estupefacientes, lhe foi emprestado pelo pai para uso no exercício da sua profissão: não se trata de instrumento essencial da actividade de tráfico ou meio de execução do crime, não representando qualquer perigo para a prática do crime; trata-se de um meio de transporte pessoal); Ac. do TRL de 17.10.01, CJ, XXVI, 2, p. 35 (declara perdida a favor do Estado uma casa adaptada para permitir que as operações de tráfico se efectuem de maneira mais segura, impossibilitando uma rápida entrada e garantindo uma forma expedita de eliminar a droga em caso de busca); Ac. do TRG de 17.1.03, CJ, XXVIII, 4, p. 291 (declara perdido a favor do Estado um veículo utilizado pelo arguido nas suas deambulações para venda de droga, rejeitando a tese da defesa que invocava o facto de a droga, pelo seu peso reduzido, poder ser transportada à mão: sem o veículo o crime não seria praticado, ou seria praticado de outra forma, com recurso a outro meio de transporte, próprio ou alheio); Ac. do STJ de 11.2.03, proc. N.º 03P3399, *in* www.dgsi.pt (declara a perda de um veículo utilizado para a prática do crime, por servir para o transporte de outro arguido, embora não tenha transportado droga); Ac. do STJ de 9.10.03, proc. N.º 03P2851, *in* www.dgsi.pt (declara a perda de um veículo que serviu para transportar, escondida, uma significativa soma de dinheiro destinada à compra de droga, que nele seria igualmente transportada); Ac. do STJ de 21.4.04, CJ-STJ, XXIX, 3, p. 202 (declara perdido a favor do Estado um veículo, apesar de a droga apreendida caber numa carteira – não sendo, porém, transportada nesta; sendo que esse veículo foi utilizado não apenas como transporte, mas serviu também para, parado e com os quatro piscas ligados no local combinado, assinalar a sua presença aos dois indivíduos que iam fazer a entrega para, com a janela aberta como combinado, recolher a droga lançada por estes; e para, face à impossibilidade de se fazer a entrega no mesmo dia como tinha sido combinado, guardar a droga e levá-la para um depósito temporário e novamente para o Porto, no dia seguinte); Ac. do STJ de 25.11.04, CJ-STJ, III, p. 238 (não declara perdido a favor do Estado um veículo automóvel, propriedade de terceiros, no qual o arguido era transportado a seu pedido para contactar clientes, retribuindo o seu proprietário com o fornecimento de doses de droga para seu consumo pessoal, uma vez que o transporte era ocasional e episódico, não sendo o fornecimento de transporte causal ou instrumental do crime de tráfico); Ac. do STJ de 14.6.06, proc. N.º 06P276, *in* www.dgsi.pt (declara a perda de um veículo utilizado em vários transportes de haxixe, propiciando não só esse transporte, mas também a ocultação do produto: sem ele o crime não teria sido cometido, ou não teria sido cometido como o foi; a sanção não é desproporcionada por estarem em causa grandes quantidades de haxixe); Ac. do STJ de 22.3.07, proc. N.º 06P4808, *in* www.dgsi.pt (declara perdida a favor do Estado a aeronave onde foi transportada a droga, considerada instrumento essencial para a prática do crime).

- 5 Em face destes exemplos, parece-me oportuno traçar alguns **critérios úteis para a decisão de perda a favor do Estado** de objectos utilizados na prática de tráfico de estupefacientes.

Há que apurar do carácter essencial, ou não essencial, do objecto em causa para a prática do crime. Para a declaração de perda, há que concluir que o crime não seria praticado sem a utilização desse objecto. A utilização do objecto seria, assim,

condição *sine qua non* da prática do crime. Alguma jurisprudência alude, também, a situações em que o crime não seria praticado nos moldes em que o foi, mas seria praticado de outra forma. Importa, porém, restringir o alcance desta afirmação. A diferença entre a forma como crime é praticado com ou sem o objecto há-de ser significativa. Se o crime poderia ser praticado de outra forma sem a utilização do objecto e se essa prática não se tornava significativamente mais fácil sem essa utilização, não pode dizer-se que o objecto é instrumento essencial. Por exemplo, se a droga poderia, sem particular esforço e sem prejuízo para a dimensão do negócio, ser transportada a pé, não se justifica a perda do veículo em que ela possa ter sido, casualmente, transportada.

Há que distinguir a utilização episódica ou ocasional da utilização regular. Se o próprio crime não se traduzir numa actuação isolada, mas consistir numa actuação reiterada e prolongada no tempo, não pode dizer-se que um veículo utilizado de forma ocasional é instrumento essencial para a prática do crime.

Em regra, um veículo será instrumento essencial quando for utilizado para transportar droga que, pelas suas dimensões, não poderia ser transportada à mão ou num objecto de menores dimensões. Quando a droga poderia ser transportada desta outra forma, o veículo não será, quanto a este aspecto, essencial. Poderá sê-lo por transportar não tanto a droga, mas o agente, ou agentes, do crime. Nesta perspectiva, será essencial se esse transporte tornar possível a venda de estupefacientes com as dimensões e alcance de que esta se reveste em concreto.

A jurisprudência – como vimos – também tem feito apelo a um critério de proporcionalidade como orientador da decisão de perda de bens instrumento do crime de tráfico de estupefacientes. Na verdade, e apesar do propósito do legislador de reforço da reacção penal relativa ao tráfico de estupefacientes que subjaz à alteração da redacção do artigo 35.º em apreço, há-de entender-se imperioso, à luz dos princípios gerais do Direito Penal, o respeito pelo princípio da proporcionalidade entre a gravidade do crime e a gravidade da reacção penal, nesta se incluindo não só a pena principal, como todas as penas, sanções acessórias e consequências da condenação. Não fará sentido que a gravidade das consequências da perda de instrumentos do crime supere a gravidade do crime, ou a gravidade da própria pena. Mas também não pode ignorar-se, nesse juízo de apreciação de gravidade, a severidade com que o legislador encara o crime de tráfico de estupefacientes em geral.

Ao contrário do que se verifica em relação aos objectos, direitos e vantagens a que se reporta o artigo 36.º, n.º 2, adiante anotado, em relação aos quais se salvaguardam os direitos de terceiros de boa-fé, o facto de o objecto instrumento do crime não ser propriedade do arguido não impede a declaração de perda do mesmo a favor do Estado. Pode ver-se, neste sentido, entre outros, o Ac. do STJ de 7.11.02, CJ-STJ, X, 3, p. 219; e o Ac. do TRP de 22.11.06, proc. N.º 0644854, *in* www.dgsi.pt.

É certo que neste artigo não se salvaguardam expressamente os direitos de terceiro de boa-fé, ao contrário do que se verifica em relação aos direitos e vantagens a que se reporta o artigo 36.º, n.º 2, adiante anotado. Afigura-se-me, no entanto, que o respeito pelo princípio da culpa supõe que sobre o titular de direitos sobre objectos que não seja arguido e venha a ser prejudicado com a declaração de perda desses objectos possa ser formulado um juízo de culpa (o qual supõe, antes de mais, o conhecimento) relativo à utilização dos mesmos na prática dos crimes em questão. Por acção ou omissão, a conduta desse agente terceiro há-de representar alguma forma de convivência com o crime. Não teria sentido, por exemplo, declarar perdido a favor do Estado, com prejuízo para o seu proprietário, um objecto furtado utilizado como instrumento essencial na prática de crime de tráfico de estupefacientes. A este

tipo de soluções chegamos através da aplicação (subsidiária, à luz do artigo 48.º do Decreto-Lei n.º 15/93, em apreço) do artigo 110.º do Código Penal. E o artigo 36.º-A define a “boa-fé” de terceiros como “a ignorância desculpável de que os objectos estivessem nas situações previstas no n.º 1 do artigo 35.º”.

Artigo 36.º

Perda de coisas ou direitos relacionados com o facto

1. Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de uma infracção prevista no presente diploma, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado.

2. São também perdidos a favor do Estado, sem prejuízo dos direitos de terceiro de boa fé, os objectos, direitos e vantagens que, através da infracção, tiverem sido directamente adquiridos pelos agentes, para si ou para outrem.

3. O disposto nos números anteriores aplica-se aos direitos, objectos ou vantagens obtidos mediante transacção ou troca com os direitos, objectos ou vantagens directamente conseguidos por meio da infracção.

4. Se a recompensa, os direitos, objectos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Estado do respectivo valor.

5. Estão compreendidos neste artigo, nomeadamente, os móveis, imóveis, aeronaves, barcos, veículos, depósitos bancários ou de valores ou quaisquer outros bens de fortuna.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

A referência ao artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11.1 (anotação 2)

A inversão do ónus de prova (anotação 3)

O regime processual correspondente à aplicação desse artigo (anotação 3)

1 Este preceito é inovador em relação ao Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Corresponde ao artigo 111.º do Código Penal. Encontra também correspondência no artigo 5.º, n.º 1, a), da Convenção das Nações Unidas de 1988.

2 Há que considerar, a respeito da aplicação deste artigo e dos seguintes, o disposto no artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11.1, aplicável, nos termos do seu artigo 1.º, n.º 1, a), aos crimes tipificados nos seus artigos 21.º a 23.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, ora em apreço. É o seguinte o teor deste artigo:

“1 – Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2 – Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto de bens:

a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 – Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal”.

Nos termos do artigo 9.º, n.º 3, desta mesma Lei, a presunção estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens resultam de rendimentos de

actividade lícita (alínea a)); estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido (alínea b)); foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos nesse período (alínea c)).

Trata-se, mais rigorosamente, de **afastar o funcionamento da presunção**, não de a ilidir como se bastasse a prova dos factos referidos para provar a origem lícita dos bens em causa. Como salienta JORGE DIAS DUARTE (in “Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, RMP n.º 89, p. 152-153), se no processo se demonstrar inequivocamente que o arguido se dedicava já ao tráfico de estupefacientes há mais de cinco anos, tendo adquirido bens exactamente com os proveitos dessa actividade, Verifica-se, assim, aquela inversão do ónus da prova já prevista no artigo 5.º, n.º 7, da Convenção da Nações Unidas de 1988 e rejeitada pelo legislador do Decreto-Lei n.º 15/93 em apreço, por contrária aos “princípios do direito nacional”, como transparece do excerto da “Nota Justificativa “ do Anteprojecto acima citado na nota 1.1. ao artigo 35.º

Parece-me que as razões dessa rejeição em 1993 se mantêm hoje e que a inversão do ónus de prova decorrente do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, em apreço, **contraria o princípio da presunção de inocência do arguido**, com a consequente atribuição do ónus de prova à acusação, consagrado no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição.

Entendo que não basta a exigência de condenação transitada em julgado do arguido para que tal princípio se considere respeitado (como parece entender JORGE SILVA DUARTE, *op. cit.*, p. 152). O princípio vale quer em relação aos factos constitutivos do crime, quer em relação a quaisquer factos de que possa depender a sua condenação (causas de justificação, exculpação ou isenção de pena; prescrição do procedimento criminal ou amnistia), a medida da pena principal (circunstâncias agravantes ou atenuantes) ou quaisquer outro tipo de penas, sanções acessórias ou consequências da condenação, incluindo a perda de bens, que poderão até, em concreto, revestir-se de uma gravosidade equiparável à da própria pena principal. Pronuncia-se neste sentido JORGE GODINHO (“Brandos costumes: o confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11.1, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1355-1363), para quem “o confisco “alargado” com base em presunções e com inversão do ónus da prova incorre numa série de violações do princípio da presunção de inocência: presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; distribui o ónus de prova ao arguido; suprime o direito ao silêncio; e resolve o *non liquet* contra o arguido”. Esse “confisco” baseia-se numa presunção implícita de prática de crimes adicionais, distintos do crime pelo qual o arguido é condenado.

Esta tese também é defendida no próprio documento que defina a *Estratégia Nacional de Luta contra a Droga* (Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26.5), onde se alude a um parecer de JOSÉ FARIA COSTA nesse sentido.

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA (in *Perda de Bens a Favor do Estado – Artigos 7.º-12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – Medidas de combate à criminalidade organizada e económica e financeira*, Coimbra, CEJ, 2002, pp. 13 a 17) também põe em causa a constitucionalidade deste regime. Pretende, porém, mitigar a ofensa ao princípio da presunção de inocência através das seguintes considerações. Em relação ao crime descrito a acusação, valem integralmente as regras do processo Penal. Quanto à inferência da condenação pela prática desse crime para uma anterior, ou mesmo concomitante, actividade criminosa, não se exige uma igual conclusão, mas é necessária uma demonstração (cujo ónus continua a caber ao Ministério Público) de indícios ou elementos que tornem plausível (ou muito provável) a existência

de actos similares aos que constam da acusação. Só funciona a inversão do ónus de prova depois de o Ministério Público ter demonstrado a probabilidade de uma actividade criminosa da mesma espécie da dos crimes previstos no catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, de forma a que se possa dizer que o património “incongruente” tem uma fonte substancialmente análoga. Tal não sucederá se, por exemplo, da sentença resultar que a conduta que conduz à condenação do arguido configura um acto isolado.

Pode, porém, considerar-se que esta interpretação (mais conforme, embora não completamente, ao princípio da presunção de inocência do arguido) não encontra apoio claro na letra da Lei (assim, JORGE GODINHO, *op. cit.*, p. 1343; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, anotação 16.i., ao artigo 127.º, pp. 334-335). O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no acórdão do caso *Phillips v. Reino Unido*, de 5.7.01 (acessível em www.echr.coe.int), não considerou o regime análogo do *Drug Trafficking Act* de 1994 contrário ao artigo 6.º, § 2.º, da Convenção, que consagra o princípio da presunção de inocência. Para este Tribunal, uma vez estabelecida a culpa, a presunção de inocência não se aplicará ao procedimento da reacção penal aplicável. Como acima referi, não me parece de seguir este entendimento restritivo do alcance do princípio da presunção de inocência. E, como refere JORGE GODINHO (*op. cit.*, p. 1353), a presunção não opera apenas no âmbito da determinação de uma reacção penal pela prática do crime por que o arguido é acusado, opera também quanto à prática de crimes adicionais.

A respeito da aplicação deste regime, pode ver-se o Ac. do STJ de 24.10.06, CJ-STJ, XIV, 3, p. 215, onde não se suscita a eventual inconstitucionalidade do mesmo.

- 4 A respeito do regime processual correspondente à aplicação do referido artigo 7.º, há que considerar o disposto no artigo 8.º da mesma Lei, o qual estatui que ao Ministério Público compete liquidar, nos próprios autos e na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado, podendo tal liquidação ser efectuada (ou alterada, se entretanto houver conhecimento superveniente da inexactidão do valor antes determinado) até ao 30.º dia anterior à data designada para realização da primeira audiência de discussão e julgamento. O artigo 9.º, n.º 4, estatui, por seu turno, que a defesa quanto à liquidação deve ser apresentada na contestação, ou no prazo de vinte dias após a notificação da liquidação quando a mesma for posterior à acusação.

Artigo 37.º

Bens transformados, convertidos ou misturados

1. Se as recompensas, objectos, direitos ou vantagens a que se refere o artigo 36.º tiverem sido transformados ou convertidos em outros bens, são estes perdidos a favor do Estado em substituição daqueles.

2. Se as recompensas, objectos, direitos ou vantagens a que se refere o artigo 36.º tiverem sido misturados com bens lícitamente adquiridos, são estes perdidos a favor do Estado até ao valor estimado daqueles que foram misturados.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

- 1 Este artigo representa uma inovação em relação ao Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. Tem por fonte o artigo 5.º, n.º 6, a) e b), da Convenção das Nações Unidas de 1988.

Artigo 38.º

Lucros e outros benefícios

O disposto nos artigos 35.º a 37.º é também aplicável aos juros, lucros e outros benefícios obtidos com os bens neles referidos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Este artigo representa uma inovação em relação ao Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. 1
Tem por fonte o artigo 5.º, n.º 6, c), da Convenção das Nações Unidas de 1988.

Artigo 39.º

Destino dos bens declarados perdidos a favor do Estado

1. As recompensas, objectos, direitos ou vantagens declarados perdidos a favor do Estado, nos termos dos artigos 35.º a 38.º, reverterem:

a) Em 30 % para a entidade coordenadora do Programa Nacional de Combate à Droga, destinando-se ao apoio de acções, medidas e programas de prevenção do consumo de droga;

b) Em 50 % para o Ministério da Saúde, visando a implementação de estruturas de consulta, tratamento e reinserção de toxicodependentes;

c) Em 20 % para os organismos do Ministério da Justiça, nos termos das disposições legais aplicáveis ao destino do produto da venda de objectos apreendidos em processo penal, visando o tratamento e reinserção social de toxicodependentes em cumprimento de medidas penais ou tutelares.

2. A alienação de veículos automóveis fica sujeita a anuência prévia da Direcção-Geral do Património do Estado, sem prejuízo do disposto no artigo 156.º do Decreto-Lei n.º 295 -A/90, de 21 de Setembro.

3. Não são alienados os bens, objectos ou instrumentos declarados perdidos a favor do Estado que, pela sua natureza ou características, possam vir a ser utilizados na prática de outras infracções, devendo ser destruídos no caso de não oferecerem interesse criminalístico, científico ou didáctico.

4. Na falta de convenção internacional, os bens ou produtos apreendidos a solicitação de autoridades de Estado estrangeiro ou os fundos provenientes da sua venda são repartidos entre o Estado requerente e o Estado requerido, na proporção de metade.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Este artigo representa uma inovação em relação ao Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12. 1
A este respeito, afirma-se na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “... absorveu-se a disciplina do recente Decreto-Lei n.º 209/91, de 8.6. Em conformidade com o disposto nas alíneas a) e b) do n.º 5 do artigo 5.º da Convenção, entendeu-se fixar o modo como se partilha entre Estados os bens ou produtos apreendidos nos termos dos parágrafos 1 e 4 desse preceito (metade para cada Estado) na ausência de tratado que regule diferentemente”.

CAPÍTULO IV

Consumo e tratamento

Artigo 40.º

Consumo

1. Quem consumir ou, para o seu consumo, cultivar, adquirir ou detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 30 dias.

2. Se a quantidade de plantas, substâncias ou preparações cultivada, detida ou adquirida pelo agente exceder a necessária para o consumo médio individual durante o período de 3 dias, a pena é de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias.

3. No caso do n.º 1, se o agente for consumidor ocasional, pode ser dispensado de pena.

(Revogado nos termos do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro: ‘São revogados o artigo 40.º, excepto quanto ao cultivo, e o artigo 41.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime.’)”

Sumário da anotação:

O texto a considerar: a republicação do Decreto-Lei n.º 15/93 pela Lei n.º 18/2009 (anotação 1)

A vigência deste artigo: o AFJ do STJ n.º 8/2008 (anotação 2)

A constitucionalidade da criminalização do consumo de estupefacientes (anotação 3)

A aquisição ou detenção sem risco de transmissão a terceiros (anotação 4)

- 1** A Lei n.º 18/2009, de 11.5, determinou, no seu artigo 3.º, a republicação do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1. O texto correspondente a essa republicação, no que se refere ao artigo 40.º em apreço, foi, porém, alterado, dele constando apenas referências ao cultivo de estupefacientes.

Como se afirma no Ac. do STJ de 3.6.09, proc. n.º 21/08.5GAGDL.S1, *in* www.dgsi.pt, “se não houve iniciativa legislativa, discussão e votação da alteração da redacção do artigo 40.º do Decreto-Lei 15/93, de 22 de Janeiro, a republicação de uma redacção diferente do preceito, sem mais, é um acto inexistente como acto legislativo”; a republicação “é um acto organizativo que se não propõe obviamente redefinir o direito, e simplesmente tornar mais acessível o texto da lei”.

Assim, a alteração de redacção referida traduz-se num lapso, que veio a ser rectificado através da Declaração de Rectificação n.º 41/2009, de 22.6, sendo que a redacção do artigo em anotação corresponde ao que resulta desta declaração.

- 2** O artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29.10 (lei que define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica) declara expressamente a revogação deste artigo, excepto quanto ao cultivo, bem como as demais disposições que se mostrem incompatíveis com o regime desta lei. Na verdade, estatui o artigo 2.º, n.º 1, desta lei que o consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, constituem contra-ordenações, eliminando, assim, a criminalização destas condutas, que decorria do artigo 40.º em anotação.

No entanto, estatui o n.º 2 deste artigo que, para efeitos desta lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de dez dias.

Suscita-se, em face deste regime, a questão de saber de que forma qualificar esta última conduta (a aquisição e detenção de produtos estupefacientes para consumo pessoal em quantidades que excedam as necessárias para o consumo médio individual durante dez dias), questão que deu origem a viva controvérsia doutrinal e jurisprudencial. As opções possíveis, quanto a esta qualificação, vão desde a impunidade da conduta (quer a título de crime, quer a título de contra-ordenação), a qualificação como contra-ordenação, a qualificação como crime nos termos do artigo 40.º em anotação, até à qualificação como crime de tráfico nos termos dos artigos 21.º, 25.º ou 26.º do Decreto-Lei n.º 15/93 em apreço (uma vez que nestes se prevê a criminalização da aquisição e detenção de droga sem distinguir os fins dessa aquisição ou detenção).

No desfecho desta controvérsia (aí descrita com referência aos vários autores e às várias decisões jurisprudenciais em favor das várias teses em confronto), o AFJ do STJ n.º 8/2008 (publicado no DR, I.ª série, de 5.8.08) veio fixar jurisprudência nos seguintes termos:

“Não obstante a derrogação operada pelo artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29.11, o artigo 40.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.1, manteve-se em vigor, não só “quanto ao cultivo” como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.”

De acordo com a fundamentação deste acórdão, a única (ou, pelo menos, a melhor) forma de conciliar o objectivo legal de descriminalização da aquisição e detenção de drogas ilícitas para consumo pessoal em quantidades que não excedam as necessárias para o consumo médio individual durante o período de dez dias com o equívoco texto do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000 será – na presunção de que “o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil) – confinar a expressão “revogação” do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93 ao contexto do próprio diploma. Considerar a conduta não punível a qualquer título contrariaria os elementos literal, lógico-racional e histórico de interpretação das normas. Não pode conceber-se que o legislador tenha querido tornar impune uma conduta mais grave do que aquela que qualifica como contra-ordenação.

Qualificar tal conduta como contra-ordenação esvaziaria de qualquer conteúdo o citado n.º 2 do artigo 2.º, não constante do projecto inicial e revelador de um propósito legislativo de limitação do alcance da descriminalização operada.

A qualificação como crime de tráfico conduziria a um tratamento do consumidor substancialmente mais severo do que o do regime anterior, contrariando frontalmente o propósito legislativo de tratamento mais benigno do mesmo, como decorre com clareza da *Estratégia Nacional de Luta contra a Droga* (Resolução do C.M. n.º 46/99, de 26.5), documento que serviu de base à Lei n.º 30/2000, de 29.10 (e contrariaria, também, o próprio espírito do Decreto-Lei n.º 15/93, que distingue o traficante do consumidor e não transforma o consumidor em traficante pelo simples facto de ele deter quantidades de droga mais elevadas).

A interpretação restritiva do citado artigo 28.º da Lei n.º 30/2000 (cujo teor, por lapso legislativo, não teve em conta a introdução ulterior do n.º 2 do artigo 2.º da mesma lei) respeita a exigência de “um mínimo de correspondência verbal” na letra da lei (artigo 9.º, n.º 2, do Código Civil), pois o facto de não se verificar uma revogação total do artigo 40.º deixa a porta aberta a uma vigência parcial do mesmo.

Os votos de vencido formulados sustentam que essa interpretação restritiva se traduz numa ampliação incriminatória que afecta os princípios da legalidade e da tipicidade.

Uma crítica à tese do acórdão de fixação de jurisprudência em apreço, na linha dos seus votos de vencido, é também formulada por A.G. LOURENÇO MARTINS, *in* RMP, n.º 115, pp. 217-230.

Em meu entender, a opção tomada pelo acórdão em apreço representa, como também afirma JOSÉ SOUTO MOURA na sua declaração de voto, a menos má das várias soluções possíveis, todas elas, de uma ou de outra forma, não inteiramente conformes com a letra da lei. A opção tomada é, das várias possíveis, a que mais se coaduna com o espírito das normas e do sistema, sem deixar de ter “um mínimo de correspondência verbal” na letra da lei. Encontro essa correspondência na circunstância de o artigo 28.º da Lei n.º 30/2000 aludir à revogação do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93 e “demais disposições que se mostrem incompatíveis com o presente regime”; o que permite interpretar essa revogação como relativa apenas aos aspectos do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93 que são incompatíveis com esse regime (a previsão do artigo 40.º que cabe na previsão do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, mas não a previsão do artigo 40.º que cabe na previsão do n.º 2 desse mesmo artigo).

- 3 Optando pela manutenção da criminalização da aquisição e detenção de drogas ilícitas para consumo pessoal (em quantidades superiores às necessárias para o consumo médio individual durante dez dias), o AFJ do STJ n.º 8/2008 debruça-se sobre a questão da constitucionalidade dessa criminalização.

Aí se questiona se com a criminalização do consumo de estupefacientes, uma conduta auto-lesiva, não se estará a entrar num domínio alheio ao direito penal, que é o das relações da pessoa consigo própria e da simples tutela da moralidade. Reconhece-se que o consumo de droga, pelos males sociais que lhe estão associados (rupturas familiares, problemas de saúde e integração social, dissolução de relações sociais de autonomia e respeito), não é um puro problema privado, mas um problema social. Mas isso não implica a criminalização, pois os crimes de perigo pressupõem uma possibilidade típica de dano directamente ligada à conduta, e não apenas danos potenciais e indirectos derivados de uma conduta, mas realizados através de outros de que o agente não é responsável, como o tráfico ou a criminalidade a este associada (assim, MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 26).

No entanto, será admissível a criminalização da aquisição e detenção de drogas ilícitas para consumo pessoal quando, por envolver quantidades que excedam as necessidades de consumo mais imediato, se verifica o perigo de disseminação da mesma por outras pessoas. Ainda será legítimo identificar como fundamento da incriminação (de perigo abstracto) a possibilidade de outras pessoas acederem à droga e de, por essa via, esta reentrar num mercado caracterizado por relações de exploração como é o do tráfico de droga.

Poderá dizer-se que será algo ténue a sustentação da constitucionalidade da criminalização da aquisição e detenção para consumo pessoal de quantidades elevadas de produtos estupefacientes partindo dos pressupostos referidos, isto é, de que é por princípio ilegítima a criminalização do consumo de estupefacientes como conduta auto-lesiva. Afirma E. MAIA COSTA no seu voto de vencido formulado no referido AFJ n.º 8/2008 que neste caso a “protecção do perigo recua a uma fase *remota* em que o bem jurídico identificável (saúde pública) só de forma aleatória, incerta ou atípica pode correr perigo, pois necessário se torna, para que esse perigo se possa configurar, que previamente o detentor de droga a desafecte do consumo pessoal”.

Entendo, porém, que a **constitucionalidade dessa criminalização** pode basear-se em pressupostos diferentes e de que não é por princípio ilegítima a criminalização do consumo de estupefacientes.

A caracterização do consumo de droga como conduta auto-lesiva tem servido de base à defesa da sua descriminalização com fundamento em critérios (de base constitucional) de distinção dos domínios do direito penal e da moral e de limitação do direito penal à necessária tutela de bens jurídicos (ver, por exemplo, E. MAIA COSTA, “Droga: breve história de um fracasso”, *cit.*, p. 110, e CARLOS ALMEIDA, “Breves considerações sobre a nova lei da droga”, *cit.*, pp. 57 e 58, nota 14).

Sigo, porém, outro entendimento. O fenómeno da toxicodependência é sintomático de que a pessoa humana não é uma ilha isolada e de que nem todas as condutas auto-lesivas são desprovidas de danosidade social. Afirmo, nesta linha, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13.12, que o consumo de drogas ilícitas é socialmente censurável “por quebra da responsabilidade individual de cada cidadão perante outros” e, aludindo a um relatório da O.N.U., que a toxicomania “priva a sociedade do contributo que os consumidores de droga poderiam trazer à comunidade de que fazem parte”. Numa perspectiva ampla e genérica, afirma A. G. LOURENÇO MARTINS (*in* Droga e Direito, *cit.*, p. 213), citando BELLUFFI, que a toxicodependência provoca o “progressivo abrandamento dos laços que ligam os sujeitos humanos ao próprio ambiente vital, laboral e afectivo” e que dessa forma se rejeita a “*abertura* aos outros e à ordenação da sociedade, que é condição fundamental da vida no ordenamento jurídico”. Mais especificamente, poderão ser evocadas as consequências da toxicodependência no plano da saúde pública (com os custos sociais e económicos que acarreta o seu tratamento), do absentismo e falta de produtividade laborais e escolares, da criminalidade (crimes praticados sob a influência de droga ou para a obtenção dos proventos necessários à sua aquisição), etc. Também acentua a danosidade social do consumo de droga, por exemplo, JOSÉ SOUTO MOURA, “Droga livre, sociedade *sui*SIDA?”, *in* RMP, n.º 43, p. 64.

Dir-se-á que esta danosidade social pode justificar políticas públicas de prevenção da toxicodependência, ou mesmo a ilicitude do consumo de droga, sem justificar a sua criminalização. A legitimidade desta suporia uma mais directa ligação do consumo de droga aos danos sociais que este acarreta. É certo que nem sempre o consumo de droga (sobretudo o consumo ocasional de certas drogas) acarreta os danos sociais indicados. Mas há um perigo real de que acarrete, perigo que não depende inteiramente do comportamento de terceiros (a criminalidade organizada no âmbito do tráfico de estupefacientes amplia a danosidade social da difusão da droga, mas não a determina por si só). Trata-se, porém, de uma situação que pode equiparar-se à de outros crimes de perigo abstracto (a condução sem habilitação legal, por exemplo), que implicam sempre uma presunção inilidível de perigosidade e cuja legitimidade constitucional tem sido aceita mais ou menos pacificamente (o próprio tráfico de estupefacientes configura, como vimos, um crime de perigo abstracto, que implica essa presunção inilidível).

É a amplitude dos potenciais danos, o seu relevo pessoal e social, que justifica a antecipação da tutela penal nos termos indicados (ver, a este respeito, quanto ao tráfico de estupefacientes, o Ac. do TC n.º 426/91, já atrás referido). Pode dizer-se que quanto maior for a amplitude desses danos, tanto mais admissível será essa antecipação. E parece-me que a amplitude, numa perspectiva social, dos potenciais danos acarretados pelo consumo de estupefacientes justifica essa antecipação em termos equiparáveis aos de outros crimes de perigo abstracto. É claro que, no que

se refere ao consumo de estupefacientes, o carácter remoto da sua danosidade social será um dos factores a justificar uma acentuada benignidade das penas.

No fundo, têm sido estas considerações a justificar a criminalização do consumo de estupefacientes em vários sistemas jurídicos da nossa área cultural. E a servir de base à própria Convenção das Nações Unidas de 1988, a qual, no seu artigo 3.º, n.º 2, estatui que as Partes deverão adoptar, sob reserva dos princípios constitucionais do respectivo sistema jurídico, as medidas necessárias para tipificar como infracções penais no respectivo direito interno, quando cometidas intencionalmente, a detenção, a aquisição ou o cultivo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal (RUI PEREIRA – *in op. cit.*, p. 1169 – entende, porém, que este preceito é compatível com a qualificação do consumo de estupefacientes como ilícito administrativo ou contra-ordenacional).

Entendo, pois, que a descriminalização do consumo de estupefacientes operada pela Lei n.º 30/2000, de 29.10, não fica a dever-se a uma exigência dos princípios constitucionais, mas a uma **opção de política legislativa**, que considerou essa descriminalização mais adequada aos objectivos de dissuasão e tratamento da toxicod dependência e de reinserção social dos toxicod dependentes.

Também por isso, a limitação do âmbito dessa descriminalização não carece de uma especial fundamentação (diferente da que poderia servir de base ao anterior regime do artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 15/93) no plano da constitucionalidade. E também por isso, não colhe a argumentação aduzida (designadamente nos votos de vencido de ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR e E. MAIA COSTA) contra a tese perfilhada pelo AFJ n.º 8/2008, segundo a qual essa tese conduziria à criação de um novo tipo de crime, um crime de aquisição ou detenção de drogas com perigo da sua disseminação por terceiros, que nunca existira no regime anterior. Não é assim porque se trata do mesmo crime e a *ratio* da incriminação mantém-se a mesma (como é, além do mais, lógico).

É de salientar que o Tribunal Constitucional se pronunciou no sentido da constitucionalidade da qualificação da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo pessoal em quantidades superiores às necessárias para o consumo médio individual como crime de tráfico de estupefacientes (uma das teses em confronto na controvérsia doutrinal e jurisprudencial a que venho aludindo) no seu acórdão n.º 295/03. Aí se afirma que não se trata de uma solução contrária ao princípio da proporcionalidade das penas e que, independentemente da concreta intenção de oferecer, proporcionar, ceder, distribuir ou vender a droga a terceiros, há o risco de esta assumir “a acessibilidade para alguma daquelas situações que se não incluía ou não incluíam na vontade do agente”.

- 4 Partindo do pressuposto de que a criminalização da aquisição e detenção de droga para consumo pessoal só é legítima se, e na medida em que, as quantidades envolvidas criam o perigo de transmissão do produto em causa para terceiros, RUI PEREIRA (*op. cit.*, p. 1170) entende que deve ser considerada uma cláusula de “exigência mínima” que afaste a punição, por exclusão de tipicidade, quando a defesa conseguir provar que estava completamente fora de causa a possibilidade dessa transmissão. Isso não significará a transformação do crime em crime de perigo concreto (porque não cabe à acusação o ónus de provar esse perigo em concreto), mas antes a redução teleológica do âmbito de protecção da norma incriminadora, redução que é imposta pelo princípio constitucional da necessidade das penas em função da tutela de bens jurídicos.

Porque, como vimos, parto de outro pressuposto – o de que a criminalização do consumo de droga não encontra obstáculos constitucionais e o de que o princípio da necessidade das penas não impõe a referida redução teleológica do âmbito

de protecção da norma incriminadora – não me parece relevante, para excluir a punibilidade da conduta em causa, a prova de que não se verifica o perigo de transmissão da droga em questão a terceiros. O tipo legal está preenchido mesmo neste caso. De resto, na letra da lei (que incrimina a conduta em causa sem distinções ou restrições) não se vislumbra qualquer apoio para a referida redução do âmbito de protecção da norma incriminadora.

Artigo 44.º

Suspensão da pena e obrigação de tratamento

1. Se o arguido tiver sido condenado pela prática do crime previsto no artigo 40.º, ou de outro que com ele se encontre numa relação directa de conexão e tiver sido considerado toxicodependente nos termos do artigo 52.º, pode o tribunal suspender a execução da pena de acordo com a lei geral, sob condição, para além de outros deveres ou regras de conduta adequados, de se sujeitar voluntariamente a tratamento ou a internamento em estabelecimento apropriado, o que comprovará pela forma e no tempo que o tribunal determinar.

2. Se durante o período da suspensão da execução da pena o toxicodependente culposamente não se sujeitar ao tratamento ou ao internamento ou deixar de cumprir qualquer dos outros deveres ou regras de conduta impostos pelo tribunal, aplica-se o disposto na lei penal para a falta de cumprimento desses deveres ou regras de conduta.

3. Revogada a suspensão, o cumprimento da pena terá lugar em zona apropriada do estabelecimento prisional.

4. O toxicodependente é assistido pelos serviços médicos próprios do estabelecimento prisional ou, se necessário, pelos serviços do Ministério da Saúde, em condições a acordar com o Ministério da Justiça.

5. O regime de assistência do recluso através de entidades privadas ou do recurso a modalidades de tratamento que tenham implicações no regime prisional é estabelecido por portaria do Ministro da Justiça.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Os fins de prevenção especial (anotação 2)

A voluntariedade do tratamento ou internamento (anotação 3)

Os crimes abrangidos (anotação 4)

As “recaídas” e a revogação da suspensão da execução da pena (anotação 5)

O cumprimento da pena em zona apropriada do estabelecimento prisional (anotação 6)

Este preceito corresponde, com alterações, ao artigo 36.º, n.ºs 2 a 5, do Decreto-Lei n.º 430/83, de 15.12. Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “Sendo sabido que é cada vez maior o número de consumidores de droga que pratica crimes ligados ao seu estado ou que os pratica como meio de acorrer à situação de toxicodependência, entendeu-se dever olhar progressivamente para tal realidade, na qual o facto criminoso circundante aparece numa relação directa com a toxicodependência. A causa da condenação esteve verdadeiramente na toxicomania, pelo que a cura desta deve ser o resultado primeiro a tentar alcançar”. Este preceito encontra também correspondência no artigo 3.º, n.º 4, b), c), e d), da Convenção das Nações Unidas de 1988. 1

O regime aqui contemplado mais não é do que uma especificação do que já poderia decorrer das regras gerais dos artigos 50.º, n.ºs 1 e 2, e 52.º, n.º 3, do Código Penal. Subjacente a este regime está a consideração da prevenção especial positiva (reabilitação ou reinserção social do condenado) como fim da pena. Mas também a perspectiva da prevenção especial negativa (a protecção da sociedade) não é 2

ignorada. As características particulares da pessoa toxicodependente conduzem à conclusão evidente de que só o tratamento da toxicodependência (mais até do que qualquer pena em si mesma) permite enfrentar na sua raiz o risco de continuação da actividade criminosa, e proteger, deste modo, a sociedade contra tal risco.

- 3 Há que salientar a necessária voluntariedade do tratamento ou internamento, que também decorreria do disposto no artigo 52.º, n.º 3, do Código Penal. Trata-se de uma exigência da deontologia médica (o paciente há-de ser sujeito, e não objecto, de um tratamento médico) e também da própria eficácia terapêutica.
- 4 Os crimes a que se aplica este preceito são os de consumo de estupefacientes (hoje, a incriminação desse consumo tem o alcance limitado a que já me referi na anotação ao artigo 40.º), mas sobretudo os que se encontram numa relação directa de conexão com esse consumo, seja ele (de acordo como regime actualmente vigente) crime ou contra-ordenação. Aqui se incluem crimes praticados sob a influência de estupefacientes e crimes (de furto, roubo, burla, falsificação, etc.) praticados como modo de obter recursos para a compra de estupefacientes.
- 5 A respeito das recaídas durante o tratamento, é oportuno considerar o que lembra J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, pp. 147 e 148): “A recaída, ou melhor, recidiva, é um dos aspectos mais desconcertantes, e, simultaneamente, vulgar no percurso de abandono da toxicodependência; no entanto deve ser prevalentemente encarada como uma experiência de aprendizagem e não um acontecimento determinante, convirá, por isso, não a sobrevalorizar. (...) No domínio do tratamento da drogo-dependência a filosofia do “tudo ou nada” é perfeitamente desajustada à realidade. Concretizando: no caso de tratamento sem nenhuma droga não pode ser considerada uma infracção ao regime de abstinência um sinal de inêxito; e, no caso de programa com metadona não se pode afirmar que o indivíduo falhou por não poder passar sem a metadona. Curas “mágicas” devem rondar os 10% ficando 90%...”
Esta é uma realidade que não deve ser ignorada ao decidir a respeito da eventual revogação da suspensão de execução da pena, que exige, assim, uma flexibilidade maior do que a que será aplicável a propósito do incumprimento de outros deveres. A decisão de revogação da suspensão de execução da pena não pode ser tomada de forma rígida e com desconhecimento desta realidade, exige uma flexibilidade maior do que a que será aplicável em casos de incumprimento de deveres ou regras de conduta por parte de condenados não sujeitos a dependências.
- 6 O disposto no n.º 3 deste artigo (em sintonia com o disposto no artigo 55.º, n.º 4, relativo à prisão preventiva de toxicodependentes) é perfeitamente justificável à luz dos objectivos de **prevenção especial positiva** que presidem a este regime, mas é difícil que tenha execução prática (como sucede em relação ao referido artigo 55.º, n.º 4), por inadequação dos estabelecimentos prisionais, os quais não dispõem de zonas apropriadas em quantidade suficiente para acolher todos os reclusos toxicodependentes.

Artigo 45.º

Suspensão com regime de prova

1. O tribunal, no caso a que se refere o artigo anterior, pode determinar, nos termos da lei geral, que a suspensão seja acompanhada de regime de prova, se o considerar conveniente e adequado a facilitar a recuperação do toxicodependente e a sua reinserção na sociedade.

2. O plano individual de recuperação e reinserção é preparado e acompanhado na sua execução pelos serviços de saúde, articuladamente com o Instituto de Reinserção

Social, sob a responsabilidade de uns ou de outro, conforme o tribunal considerar mais adequado à situação, obtendo-se, sempre que possível, o acordo do visado.

3. A decisão do tribunal pode ser tomada antes da apresentação do plano individual, fixando-se, nesse caso, um prazo razoável para apresentação do mesmo.

4. Aplica-se correspondentemente o disposto nos n.os 2 a 4 do artigo anterior.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Os fins de prevenção especial (anotação 2)

O regime de prova e a toxicod dependência (anotação 3)

Este preceito é inovador em relação ao Decreto-Lei n.º 430/83, de 15.12. Também encontra correspondência no artigo 3.º, n.º 4, b), c) e d), da Convenção das Nações Unidas de 1988. 1

Este regime também representa uma especificação do que já poderia decorrer das regras gerais dos artigos 50.º, n.os 1 e 2, e 53.º do Código Penal. De especial em relação a essas regras gerais, existe apenas a intervenção dos serviços de saúde no plano individual de adaptação (o que ocorrerá sempre em articulação com os serviços de reinserção social). Sobre o espírito que preside a este regime e a sua ligação aos fins de prevenção especial, valem as considerações tecidas na anotação ao artigo anterior. 2

Afirma A. G. LOURENÇO MARTINS (*in* Droga e Direito, *cit.*, p. 238) a respeito do regime de prova aplicado a toxicod dependentes: “As características do regime de prova parecem, de facto, muito ajustadas às situações de toxicod dependentes que praticaram crimes (...) Para além de uma planificação de vida a consagrar no plano individual de recuperação, o que desde logo vai ao encontro das necessidades de reorganização destas pessoas, o acompanhamento de um terceiro, estranho ao círculo normal do toxicómano, pode ser o condimento necessário para o despertar do seu sentido de responsabilidade e auto-estima”. 3

J. L. MORAES ROCHA (*op. cit.*, p. 152) salienta o facto de o processo de tratamento / reabilitação, para ser eficaz (o que supõe, além da desintoxicação e abstinência duradoura, o estabelecimento de relações afectivas e sociais novas e a reinserção laboral), ter de ser demorado.

CAPÍTULO V

Legislação subsidiária

Artigo 48.º

Legislação penal

Quanto à matéria constante do presente diploma são aplicáveis, subsidiariamente, as disposições da parte geral do Código Penal e respectiva legislação complementar.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Este preceito corresponde ao artigo 43.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 15.12. Reproduz o regime já consagrado no artigo 8.º do Código Penal. 1

Artigo 49.º

Aplicação da lei penal portuguesa

Para efeitos do presente diploma, a lei penal portuguesa é ainda aplicável a factos cometidos fora do território nacional:

a) Quando praticados por estrangeiros, desde que o agente se encontre em Portugal e não seja extraditado;

b) Quando praticados a bordo de navio contra o qual Portugal tenha sido autorizado a tomar as medidas previstas no artigo 17.º da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

- 1 Este preceito é inovador em relação ao Decreto-Lei n.º 430/83, de 15.12. Alarga o campo de aplicação da lei penal portuguesa para além do que decorre das regras gerais dos artigos 4.º a 6.º do Código Penal. Afirma-se, a este respeito, na “Nota Justificativa” do Anteprojecto: “O artigo 49.º, na sua alínea a), contempla uma hipótese de extensão de jurisdição nacional, se o agente (estrangeiro) se encontrar em território nacional e não for extraditado, por exemplo, porque não foi pedida a sua extradição, Dá-se, assim, execução ao disposto na alínea b) do n.º 2 do artigo 4.º da Convenção de 1988 conjugada com a alínea b) do n.º 9 do artigo 6.º Providência idêntica se adopta de modo a assegurar a competência dos tribunais portugueses no caso de intervenção autorizada no alto mar...” O regime contido na alínea b) é execução do n.º 1, b), ii), dos artigos 4.º e 17.º da Convenção das Nações Unidas de 1988.

PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO

Tabelas das plantas, substâncias e preparações sujeitas a controlo (artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 15/93)

TABELA I-A

Acetil-alfa -metilfentanil – N -(1 -(alfa) metilfenetil -4- piperidil) acetanilida.
 Acetildiidrocodeína – 3 -metoxi -4,5 -epoxi -6 -acetoxi-17 -metilmorfinano.
 Acetilmetadol – 3-acetoxi-6-dimetilamino-4,4-difenil- heptano.
 Acetorfina – 3 -0 -acetiltetra -hidro -7(alfa) -(1 -hidro -1- metilbutil) -6,14 -endoetano -oripavina.
 Alfacetilmetadol – alfa-3-acetoxi-6-dimetilamino-4,4- difenil -heptano.
 Alfameprodina – alfa -3 -etil -1 -metil -4 -fenil -4-propionoxipiperidina.
 Alfametadol – alfa -6 -dimetilamino -4,4 -difenil -3-heptanol.
 Alfa -metilfentanil – N -[1 -((alfa) metilfenetil) -4-piperidil] propionanilida.
 Alfa-metiltiofentanil– N -[1-metil-2-(2-tienil) etil]-4-piperidil propionanilida.
 Alfentanil – monocloridrato de N -[1[2 -(4 -etil -4,5- di -hidro -5 -oxo -1H -tetrazol -1 il) etil] -4 -(metoximetil) -4-piperidinil] -N -fenilpropanamida.
 Alfaprodina – alfa -1 , 3 - d i m e t i l - 4 - f e n i l - 4 -propionoxipiperidina.
 Alilprodina – 3-alil-1-metil -4-fenil-4 -propionoxipiperidina.
 Anileridina –éster etílico do ácido 1 -para -aminofenetil -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.
 Benzilmorfina – 3 -benziloxi -4,5 -epoxi -N -metil -7-morfineno -6 -ol; 3 -benzilmorfina.
 Benzetidina – éster etílico do ácido 1 -(2 -benziloxietil) -4 -fenilpepiridino -4 -carboxílico.
 Betacetilmetadol – beta-3-acetoxi-6-dimetilamino-4,4-difenil -heptano.
 Beta-hidroxifentanil–N-[1-((beta)-hidroxifenetil)-4-piperidil] propionanilida.
 Beta-hidroxi-3-metilfentanil–N-[1-(beta)-hidroxifenetil)-3-metil-4-piperidil] propionanilida.
 Betameprodina – beta -3 -etil -1 -metil -4 -fenil -4-propionoxipiperidina.
 Betametadol – beta -6 -dimetilamino -4,4 -difenil -3-heptanol.
 Betaprodina – beta-1 , 3 - d i m e t i l - 4 - f e n i l - 4 -propionoxipiperidina.
 Bezitramida-1-(3-ciano-3,3-difenilpropil)-4-(2-oxo-3-propionil-1-benzimidazolinil) -piperidina.
 Butirato de dioxafetilo – etil -4 -morfolino -2,2-difenilbutirato.
 Cetobemidona – 4 -meta -hidroxifenil -1 -metil -4-propionilpiperidina.
 Clonitazeno – 2-para-clorobenzil-1-dietilaminoetil-5-nitrobenzimidazol.
 Codeína – 3 -metoxi -4,5 -epoxi -6 -hidroxi -17 -metil -7-morfineno; 3 -metil -morfina.
 Codeína N -óxido – 3-metoxi-4,5-epoxi-6-hidroxi-17-metil -7 -morfineno -17 -oxi -ol.
 Codoxina – di -hidrocodeinona -6 -carboximetiloxina.
 Concentrado de palha de papoila – matéria obtida por tratamento da palha de papoila em ordem a obter a concentração dos seus alcalóides, logo que esta matéria é colocada no comércio.
 Desomorfina–hidroxi-4,5-epoxi-17-metilmorfinano; di-hidrodoximorfina.
 Dextromoramida – (+)-4-[2-metil-4-oxo-3,3-difenil-4 (1 -pirrolidinil) -butil] -morfolina.
 Dextropropoxifeno – (+)-4-dimetilamino-3-metil-1,2- -difenil -2 -butanol propionato.
 Diampromida – N -[(2 -metilfenetilamino) -propil]-propionanilida.
 Dietiltiambuteno – 3 dietilamino -1,1 -di -(2' -tienil) -1-butenos.
 Difenoxilato – éster etílico do ácido 1 -(3 -ciano -3,3 -difenilpropil) -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.
 Difenoxina – ácido -1 -(3 -ciano -3,3 -difenilpropil) -4-fenilisonipeecótico.
 Diidrocodeína – 6 -hidroxi -3 -metoxi -17 -metil -4,5-epoximorfinano.

Diidroetorfina -7,8 -diidro -7 -(alfa) -[1 -(R) -hidroxi -1 – metilbutil] -6,14 -enabetanotetraidrooripavina.

Di -hidromorfina – 3,6 -di -hidroxi -4,5 -epoxi -17-metilmorfinano.

Dimefeptanol – 6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanol.

Dimenoxadol – 2 -dimetilaminoetilo -1 -etoxi -1,1-difenilacetato.

Dimetiltiambuteno – 3-dimetilamino-1,1-di-(2'-tienil)-1 -buteno.

Dipipanona – 4,4 -difenil -6 -piperidina -3 -heptanona.

Drotebanol – 3,4 -dimetoxi-17-metilmorfinano-6-beta, 14 -diol.

Etilmetiltiambuteno – 3 -etilmetilamino -1,1 -di -(2'-tienil) -1 -buteno.

Etilmorfina-3-etoxi-4,5-epoxi-6-hidroxi-17-metil-7-morfineno;3-etilmorfina.

Etonitazeno – 1-dietilaminoetil-2-para-etoxibenzil-5-nitrobenzimidazol.

Etorfina – tetra-hidro-7-(1-hidroxi-1-metilbutil)-6,14-endoetenooripavina.

Etoxidina – éster etílico do ácido -1 -[2 -(2-hidroxietoxi) -etil] -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.

Fenadoxona – 6 -morfolino -4,4 -difenil -3 -heptanona.

Fenanpromida – N -(1 -metil -2 -piperidinoetil)-propionalida.

Fenazocina – 2' -hidroxi -5,9 -dimetil -2 -fenetil -6,7-benzomorfanona.

Fenomorfanona – 3 -hidroxi -N -fenetilmorfinano.

Fenopiridina – éster etílico de ácido 1 -(3 -hidroxi -3 -fenilpropil) -fenil -piperidino -4 -carboxílico.

Fentanil – 1 -fenetil -4 -N -propionil-anilino-piperidina.

Folcodina-3-(2-morfolino-etoxi)-6-hidroxi-4,5-epoxi-17-metil-7-morfineno; morfoliniletilmorfina.

Furetidina – éster etílico do ácido 1 -(2 -tetra -hidrofurfuriloxietil) -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.

Heroína – 3,6 -diacetoxi-4,5-epoxi-17-metil-7-morfineno; diacetilmorfina.

Hidrocodona-3-metoxi-4,5-epoxi-6-oxo-17 metilmorfina; di -hidrocodeína.

Hidromorfinol-3,6,14-triidroxi-4,5-epoxi-17-metilmorfinano;14 hidroxidiidromorfina.

Hidromorfona-3-hidroxi-4,5-epoxi-6-oxo-17-metilmorfinano; diidromorfinona.

Hidroxi-petidina-éster etílico do ácido 4-meta-hidroxifenil-1-metilpiperidino -4 -carboxílico.

Isometadona – 6 -dimetilamino-5-metil -4,4-difenil-3-hexanona.

Levofenacilmorfanona – (-) -3 -hidroxi -N-fenacilmorfinano.

Levomorfano – (-) -3 -metoxi -N -metilmorfinano [v. nota (*)].

Levomorfamida – (-)-4-[2-metil-4-oxo-3,3-difenil-4-(1-pirrolidinil) -butil] morfina.

Levorfanol – (-)-3-hidroxi-N -metilmorfinano [v. nota (*)].

Metadona – 6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanona.

Metadona, intermediário de – 4-ciano-2-dimetilamino-4,4 -difenilbutano.

Metazocina – 2' -hidroxi -2,5,9 -trimetil -6,7-benzomorfanona.

Metildesorfina – 6 -metil -delta -6 -desoximorfina; 3 -hidroxi -4,5 -epoxi -6,17 -dimetil -6 -morfineno.

Metildiidromorfina – 6 -metil -diidromorfina; 3,6 -diidroxi -4,5 -epoxi -6,17 -dime-tilmorfinano.

3-metilfentanil – N -(3-metil-1-fenetil-4-piperidil) propionanilida (e os seus dois isômeros cis e trans).

Metopão – 5 -metil di -hidromorfinona; 3 -hidroxi -4,5 -epoxi -6 -oxo -5,17 dime-tilmorfinona.

Miofina – miristilbenzilmorfina; tetradecanoato de 3 -benziloxi -4,5 -epoxi -17 -metil -7 -morfineno -6 -ilo.

Morferidina – éster etílico do ácido 1 -(2 -morfolinoetil) -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.

Moramida, intermediário de – ácido 2 -metil -3 -morfolino -1,1 -difetilpropano carboxílico.

Morfina – 3,6 -diidroxio-4,5-epoxi-17-metil-7-morfineno.

Morfina, bromometilato e outros derivados da morfina com nitrogénio pentavalente.

Morfina-*N* -óxido – 3,6-diidroxio-4,5-epoxi-17-metil-7-morfineno -*N* -óxido.

MPPP – propionato de 1 -metil -4 -fenil -4 -piperidinol.

Nicocodina – éster codeínico do ácido 3 -piridinocarboxílico; 6-nicotinilcodeína.

Nicodicodina – éster diidrocodeínico do ácido

3 -piridinocarboxílico; 6 -nicotinildiidrocodeína.

Nicomorfina – 3,6 -dinicotilmorfina.

Noracimetadol – (mais ou menos) -alfa -3 -acetoxi -6- metilamino -4,4 -difetil -heptano.

Norcodeína-3-metoxi-4,5-epoxi-6-hidroxi-7-morfineno;*N* desmetilcodeína.

Norlevorfanol – (-) -3 -hidroximorfinano.

Normetadona – 6-dimetilamino-4,4-difetil-3-hexanona.

Normorfina – 3,6 -di -hidroxio -4,5 -epoxi -7 -morfineno; desmetilmorfina.

Norpipanona – 4,4 -difetil -6 -peperidino -3 -hexanona.

Ópio – o suco coagulado espontaneamente obtido da cápsula da *Papaver som niferum* L. e que não tenha sofrido mais do que as manipulações necessárias para o seu empacotamento e transporte, qualquer que seja o seu teor em morfina.

Ópio – mistura de alcalóides sob a forma de cloridratos e brometos.

Oripavina (3 -*O* -desmetiltebaína, o 6,7,8,14 -tetradeshidro -4,5 - α -epoxi -6 -metoxi -17 -metilmorfinan -3 -ol)

Oxicodona – 3-metoxi-4,5-epoxi-6-oxo-14-hidroxi-17-metilmorfinano; 14 -hidroxio -diidrocodeína.

Oximorfona – 3,14 -diidroxio -4,5 -epoxi -6 -oxo -17-metilmorfinano; 14 -hidroxio -diidromorfinona.

Para-fluorofentanil-(4'-fluoro-*N* -(1-fenetil-4-piperidil) propionanilida.

PEPAP – acetato de 1 -fenetil -4 -fenil -4 -piperidinol.

Petidina – éster etílico do ácido 1 -metil -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.

Petidina, intermediário A da – 4 -ciano -1 -metil -4-fenilpiperidina.

Petidina, intermediário B da – éster etílico do ácido -4-fenilpiperidino -4 -carboxílico.

Petidina, intermediário C da – ácido 1 -metil -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.

Piminodina – éster etílico do ácido 4 -fenil -1 -[3 -(fenilamino) -propilpiperidino] -4 -carboxílico.

Piritramida – amida do ácido 1-(3-ciano-3,3-difetilpropil) -4 -(1 -piperidino) -piperidino -4 -carboxílico.

Pro-heptazina – 1,3-dimetil-4-fenil-4-propionoxiazaciclo-heptano.

Properidina – éster isopropílico do ácido 1 -metil -4 -fenilpiperidino -4 -carboxílico.

Propirano – *N* -(1 -metil -2 -piperidinoetil) -*N* -2-piridilpropionamida.

Racémotorfano – (mais ou menos) -3 -metoxi -*N* -metilmorfinano.

Racemoramida – (mais ou menos) -4 -[2 -metil -4 -oxo -3,3 -difetil -4 -(1 -pirrolidinil) -butil] -morfina.

Racemorfano – (mais ou menos) -3 -hidroxio -*N* -metilmorfinano.

Remifentanilo – 1 - (2 - metoxicarboniletil) - 4 - (fenilpropionilamino) piperidina - 4 -carboxilato de metilo.

Sufentanil – *N* -[4-metoximetil-1-[2-(2-tienil)-etil]-4-piperidil] -propionanilida.

Tabecão – 3-metoxi-4,5-epoxi-6-acetoxi-17-metilmorfinano; acetidil-hidrocodeína.

Tebaína – (3,6 -dimetoxi -4,5 -epoxi -17 -metil -6,8-morfinadieno).

Tilidina – (mais ou menos)-etil-trans-2-(dimetilamino)-1 -fenil -3 -ciclo -hexeno -1 -carboxilato.

Tiofentanil – N -{1 -[2 -(2 -tienil) etil] -4 -piperidil} propionanilida.

Trimeperidina – 1,2,5-trimetil-4-fenil-4-propionoxipiperidina.

Os isómeros das substâncias inscritas nesta tabela em todos os casos em que estes isómeros possam existir com designação química específica, salvo se forem expressamente excluídos.

Os ésteres e os éteres das substâncias inscritas na presente tabela em todas as formas em que estes ésteres e éteres possam existir, salvo se figurarem noutra tabela.

Os sais das substâncias inscritas na presente tabela, incluindo os sais dos ésteres e éteres e isómeros mencionados anteriormente sempre que as formas desses sais sejam possíveis.

(*) O dextrometorfano (+) -3-metoxi-N -metilmorfinano e o dextrorfano (+) -3 -hidroxi -N -metilmorfineno estão especificamente excluídos desta tabela.

TABELA I-B

Coca, folha de – as folhas de *Erythroxylon coca* (Lamark), da *Erythroxylon nova-granatense* (Morris) Hieronymus e suas variedades, da família das eritroxiláceas e as suas folhas, de outras espécies deste género, das quais se possa extrair a cocaína directamente, ou obter-se por transformações químicas; as folhas do arbusto de coca, excepto aquelas de que se tenha extraído toda a ecgonina, a cocaína e quaisquer outros alcalóides derivados da ecgonina.

Cocaína – éter metílico do ácido (-) -8 -metil -3 -benzoiloxi -8 -aza -biciclo -(1,2,3) -octano -2 -carboxílico; éstermetílico de benzoilecgonina.

Cocaína -D – isómero dextrógiro de cocaína.

Ecgonina, ácido – (-) -3 -hidroxi -8 -metil -8 -aza-biciclo -(1, 2, 3) -octano -2 -carboxílico, e os seus ésteres e derivados que sejam convertíveis em ecgonina e cocaína. Consideram-se inscritos nesta tabela todos os sais destes compostos, desde que a sua existência seja possível.

TABELA I-C

Canabis – folhas e sumidades floridas ou frutificadas da planta *Cannabis sativa* L. da qual não se tenha extraído a resina, qualquer que seja a designação que se lhe dê. Canabis, resina de – resina separada, em bruto ou purificada, obtida a partir da planta *Cannabis*.

Canabis, óleo de – óleo separado, em bruto ou purificado, obtido a partir da planta *Cannabis*.

Cannabis – sementes não destinadas a sementeira da planta *Cannabis sativa* L.

Consideram-se inscritos nesta tabela todos os sais destes compostos, desde que a sua existência seja possível.

TABELA II-A

1 -benzilpiperazina (1 -benzil -1,4 -diazacilohexano, N -benzilpiperazina ou, de forma menos precisa, benzilpiperazina ou BZP).

2C -B (4 -bromo -2,5 -dimetoxifenetilamina).

2C -I (2,5 -dimetoxi -4 -iodofenetilamina).

2C -T -2 (2,5 -dimetoxi -4 -etiltiofenetilamina).

2C -T -7 (2,5 -dimetoxi -4 -propiltiofenetilamina);

Bufotenina – 5 -hidroxi -N -N -dimetiltripptamina.
 Catinona – (-) -(alfa) -aminopropiofenona.
 DET – N -N -dietiltripptamina.
 DMA – (mais ou menos) -2,5 -dimetoxi -a-metilfeniletilamina.
 DMHP – 3 -(1,2 -dimetil -heptil) -1 -hiroxi -7,8,9,10-tetraidro -6,6,9 -trimetil -6H -dibenzo -(b,d) pirano.
 DMT – N -N -dimetiltripptamina.
 DOB – 2,5 dimetoxi -4 -bromoanfetamina.
 DOET – (mais ou menos) -2,5 -dimetoxi -4(alfa) -etil-metilfeniletilamina.
 DOM, STP – 2 -amino -1 -(2,5 -dimetoxi -4 -metil)fenil propano.
 DPT – dipropiltripptamina.
 Eticiclidina, PCE – N -etil -1 -fenilciclo -hexilamina.
 Etriptamina – 3 -(2 -aminobutil)indol.
 Fenciclidina, PCP – 1 -(1 -fenilciclo -hexi) piperidina.
 GHB ((gama) -ácido hidroxibutírico).
 Lisergida, LSD, LSD -25 -(mais ou menos) -N -N- dietilisergamida; dietilamida do ácido dextro -lisérgico.
 MDMA – 3,4 -metilenadioxianfetamina.
 Mescalina – 3,4,5 -trimetoxifenetilamina.
 Metcatinona – 2 -(metilamino) -1 -fenilpropan -1 -ona.
 4 -MTA (p -metiltioanfetamina ou 4 -metiltioanfetamina).
 4 -metilaminorex – (mais ou menos) -cis -2 -amino -4-metil -5 -fenil -2 -oxazolina.
 MMDA – (mais ou menos) -5-metoxi-3,4-metilenodioxi-(alfa) metilfeniletilamina.
 Para -hexilo – 3 -hexilo -1 -hidroxi -7,8,9,10 -tetraidro-6,6,9 -trimetil -6H -dibenzo (b,d) pirano.
 PMA – 4 (alfa) -metoxi -metilfeniletilamina.
 PMMA – [parametoximetilanfetamina ou N -metil -1-(4 -metixifenil) -2 -amino-propano]
 Psilocibina – fosfatodiidrogenado de 3 -(2 -dimetilaminoetil) -4 -indolilo.
 Psilocina – 3-(2-dimetilaminoetil)-4-(hidroxi-indol).
 Roliciclidina, PHP, PCPY – 1 -(1 -fenilciclohexil) pirrolidina.
 Tenanfetamina -MDA – (mais ou menos) -3,4 N –metilenodioxi (alfa) -dimetilfeniletilamina.
 Tenociclidina, TCP – 1 -[1 -(2 -tienil) ciclo -hexil] piperidina.
 TMA – (mais ou menos) -3,4,5 -trimetoxi -(alfa)-metilfeniletilamina.
 TMA -2 (2,4,5 -trimetoxianfetamina).
 Os sais das substâncias indicadas nesta tabela, sempre que a existência de tais sais seja possível.
 Os isómeros das substâncias inscritas nesta tabela em todos os casos em que estes isómeros possam existir com designação química específica, salvo se forem expressamente excluídos.

TABELA II-B

Anfetamina – (mais ou menos) -2 -amino -1-fenilpropano.
 Catina – (+) -treo -2 -amino -1 -hidroxi -1 -fenilpropano.
 Dexanfetamina – (+) -2 -amino -1 -fenilpropano.
 Fendimetrazina – (+) -3,4 -dimetil -2 -fenilmorfolina.
 Fenetilina – (mais ou menos)-3,7-di-hidro-1,3-dimetil-7 -[2 -[(1 -metil -2 -feniletil) amino] etil] -1H -purina -2,6-diona.

Fenmetrazina – 3 -metil -2 -fenilmorfolina.
Fentermina – (alfa) (alfa) -dimetilfenetilamina.
Levanfetamina – (-) -2 -amino -1 -fenilpropano.
Levometanfetamina – (-)-N -dimetil, a-fenetilamino-3
(O -clorofenil) -2 -metil (3H) -4 -quinazolinona.
Metanfetamina – (+) -2 -metilamino -1 -fenilpropano.
Metanfetamina, racemato – (mais ou menos) -2-metilamina -1 -fenilpropano.
Metilfenidato – éster metílico do ácido 2 fenil -2 -(2-piperidil) acético.
Tetraidrocanabinol – os seguintes isómeros: (delta) 6a (10a) (delta) 6a (7) (delta) 7
(delta) 8 (delta) 9 (delta) 10 (delta) (11).
Zipeprol – (alfa) -((alfa)-metoxibenzil) -4 -((beta)-metoxifenetil) -1 -piperazineetanol.
Os derivados e sais das substâncias inscritas nesta tabela, sempre que a sua existência
seja possível, assim como todos os preparados em que estas substâncias estejam
associadas a outros compostos, qualquer que seja a acção destes.

TABELA II-C

Amobarbital – ácido 5 -etil -5 -(3 -metilbutil) barbitúrico.
Buprenorfina – 21 -ciclopropil -7 alfa [(s) 1 -hidroxi -1,2,2 -trimetilpropil] -6,14
-endo -etano -6,7,8,14 -tetra -hidrooripavina.
Butalbital – ácido 5 -alil -5 -isobarbitúrico.
Ciclobarbital – ácido 5 -(1 -ciclo -hexeno -1 -il) -5 -etilbarbitúrico.
Flunitrazepam – 5 -(2-fluorofenil)-1,3-di-hidro-1-metil-7 -nitro -2H -1,4 -benzodia-
zepina -2 -ona.
Glutetamida – 2 -etil -2 -fenilglutarimida.
Mecloqualona – 3 -(O -clorofenil) -2 -metil -4(3H)-quinazolinona.
Metaqualona – 2 -metil-3-o-tolil-4(3H)-quinazolinona.
Pentazocina – 1,2,3,4,5,6-hexa-hidro-6,11,dimetil-3-(3-metil -2 -butenil) -2,6 -metano
-3 -benzozocina -8 -ol.
Pentobarbital – ácido 5 -etil -5 -(1 -metilbutil) barbitúrico.
Secobarbital – ácido 5 -alil -5 -(1 -metilbutil) barbitúrico.
Os sais das substâncias indicadas nesta tabela, sempre que a existência de tais
sais seja possível.

TABELA III

1 – Preparações que, pela sua composição quantitativa e embora derivadas de
estupefacientes, não apresentam grande risco de uso e abuso.
2 – Preparações de acetilidiidrocodeína, codeína, diidrocodeína, etilmorfina, folcodina,
nicodina, nicodicodina e norcodeína, quando misturadas com um ou vários
outros ingredientes e a quantidade de narcótico não exceda 100 mg por unidade
de administração e a concentração nas preparações farmacêuticas em forma não
dividida não exceda 2,5 %.
3 – Preparações de cocaína contendo no máximo 0,1 % de cocaína, calculada em
cocaína base, e preparações de ópio ou morfina que contenham no máximo 0,2 %
de morfina, calculada em morfina base anidra, quando em qualquer delas existam
um ou vários ingredientes, activos ou inertes, de modo que a cocaína e o ópio ou
morfina não possam ser facilmente recuperados ou não estejam em preparações
que constituam perigo para a saúde.

4 – Preparações de difenoxina contendo em unidade de administração no máximo 0,5 mg de difenoxina, calculada na forma base, e uma quantidade de sulfato de atropina equivalente pelo menos a 5 % da dose de difenoxina.

5 – Preparações de difenoxilato contendo em unidade de administração no máximo 2,5 mg de difenoxilato, calculado na forma base, e uma quantidade de sulfato de atropina equivalente pelo menos a 1 % de difenoxilato.

6 – Pó de ipecacuanha e ópio com a seguinte composição: 10 % de ópio em pó; 10 % de raiz de ipecacuanha em pó; 80 % de qualquer pó inerte não contendo droga controlada.

7 – Preparações de propiramo contendo no máximo 100 mg de propiramo por unidade de administração associadas com uma quantidade pelo menos igual de metilcelulose.

8 – Preparações administráveis por via oral que não contenham mais de 135 mg de sais de dextropropoxifeno base por unidade de administração ou que a concentração não exceda 2,5 % das preparações em forma não dividida sempre que estas preparações não contenham nenhuma substância sujeita a medidas de controlo da Convenção de 1971 sobre Psicotrópicos.

9 – As preparações que correspondam a qualquer das fórmulas mencionadas nesta tabela e misturas das mesmas preparações com qualquer ingrediente que não faça parte das drogas controladas.

TABELA IV

Alobarbitol – ácido 5,5 dialilbarbitúrico.

Alprazolam – 8-cloro -1 -metil -6 -fenil -4 H -s -triazol[4,3 -(alfa)] [1,4] benzodiazepina.

Aminorex – 2 -amino -5 -fenil -2 -oxazolina.

Amfepramona – 2 -(dietilamino) propiofenona.

Barbital – ácido 5,5 -dietilbarbitúrico.

Benzefetamina – N -benzil -N, -dimetilfenetilamina.

Bromazepam – 7-bromo-1,3-di-hidro-5-(2-piridinil)-2H -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.

Brotizolam – 2 -bromo -4 -(0 -clorofenil) -9 -metil -6H-tieno[3,2 -f] -s -triazolo[4,3 -a][1,4]diazepina.

Butobarbital – ácido 5, butil -5 -etilbarbitúrico.

Camazepam – dimetilcarbamato (éster) do 7 -cloro -1,3 -di -hidro -3 -hidroxi -1 -metil -5 -fenil -2H -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.

Cetazolam – 11 -cloro-8, 12b-di-hidro-2,8-dimetil-12b-fenil -4H -[1,3] oxazino [3,2 -d] [1,4] benzodiazepina -4,7(6h) -diona.

Clobazam – 7 -cloro -1 -metil -5 -fenil -1H -1,5-benzodiazepina -2,4 (3H, 5H) -diona.

Clobenzorex – (+) -N -(o -clorobenzil) -(alfa)-metilfenetilamina.

Clonazepam – 7 -nitro -5 -(2 -clorofenil) -3H -1,4-benzodiazepina -2 (1H) -ona.

Clorazepato – ácido 7-cloro-2,3-di-hidro-2,2-di-hidroxi -5 -fenil -1H -1,4 -benzodiazepina -3 -carboxílico o.

Clordiazepóxido – 7 -cloro -2 -metilamino -5 -fenil-3H -1,4 benzodiazepina -4 -óxido.

Clordesmethylclorazepan – 7 -cloro -5 -(2 -clorofenil) -1,3-di -hidro -2H -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.

Clotiazepam – 5 -(2 -clorofenil) -7 -etil -1,3 -di -hidro -1-metil -2H -tieno [2,3 -e] -1,4 -diazepina -2 -ona.

Clozazolam – 10 -cloro -11b -(2 -clorofenil) -2,3,7,11b-tetra-hidrooxa-zolo [3,2-d] [1,4] benzodiazepina -6 (5H)-ona.

Delorazepam – 7 -cloro-5-(2-clorofenil)-1,3-di-hidro-2H -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.

Diazepam – 7-cloro-1,3-di-hidro-1-1-metil-5-fenil-2H-1,4 -benzodiazepina -2 -ona.

Estazolam – 8 -cloro-6-fenil-4*H* -s-triazolo [4,3-(alfa)] [1,4] benzodiazepina.
Etclovinol – etil -2 -cloroviniletinil -carbinol.
Etilanfetamina – (mais ou menos) -*N* -etil -(alfa)-metilfeniletilamina.
Etil -loflazepato – 7 -cloro -5 -(2 -fluorofenil) -2,3 -di-hidro -2 -oxo -1*H* -1,4 -benzodiazepina -3 -carboxila to deetilo.
Etinamato – carbamato -1 -etnilciclo -hexanol.
Fencanfamina – (mais ou menos) -3 -*N* -etilfenil-(2,2,1) biciclo 2 -heptanamina.
Fenobarbital – ácido -5 -etil -5 -fenilbarbitúrico.
Fenproporex – (mais ou menos) -3 -((alfa)-metilfenetilamina) propionitrilo.
Fludiazepam – 7-cloro-5-(2-fluorofenil)-1,3-di-hidro-1 -metil -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Flurazepam – 7 -cloro -1 -[2 -(dietilamino) etil] -5 -(2-fluorofenil) -1,3 -di -hidro -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Halazepam – 7 -cloro -1,3 -di -hidro -5 -fenil -1 -(2,2,2-trifluoretil) -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Haloxazolam – 10 -bromo -11*b* -(2-fluorofenil)-2,3,7,11*b*-tetra-hidrooxazol [3,2-*d*] [1,4] benzodiazepina -6 (5*H*)-ona.
Loprazolam – 6 -2-(clorofenil)-2,4-di-hidro-2-[4-metil-1-piperazinil] metileno]-8-nitro-1*H* -imidazo-[1,2-*a*] [1,4] benzodiazepina -1 -ona.
Lorazepam – 7 -cloro -5 (2 -clorofenil) -1,3 -di -hidro -3 -hidroxi -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Lormetazepam – 7 -cloro-5-(2-clorofenil)-1,3-di-hidro-3 -hidroxi -1 -metil -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Mazindol – 5 -(*p* -clorofenil)-2,5-di-hidro-3*N* -imidazol (2,1 -*a*) -isoindol -5 -ol.
Medazepam – 7 -cloro-2,3-di-hidro-1-metil-5-fenil-1*H*-1,4 -benzodiazepina.
Mefenorex – (mais ou menos) -*N* -(3 -cloropropil) -*a*-metilfenetilamina.
Meprobamato – dicarbamato -2 -metil -2 -propil -1,3-propanediol.
Mesocarbe – 3 -((alfa) -metilfenetil) -*N*-(fenilcarbamoi)l)sidnonaimina.
Metilfenobarbital – ácido-5-etil-1-metil-5-fenilbarbitúrico.
Metiprilona – 3,3 -dietil -5 -metil -2,4 -biperidinediona.
Midazolam – 8 -cloro -6 -(o -fluorofenil) -1 -metil -4*H*-imidazol [1,5 -(alfa)] [1,4] benzodiazepina.
Nimetazepam – 1,3 -di -hidro -1 -metil -7 -nitro -5 -fenil-2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Nitrazepam – 1,3 -di -hidro -7 -nitro -5 -fenil -2*H* -1,4-benzodizepina -2 -ona.
Nordazepam – 7 -cloro-1,3-di-hidro-5-fenil-1 (2*H*)-1,4-benzodiazepina -2 -ona.
Oxazepam – 7-cloro-1,3-di-hidro-3-hidroxi-5-fenil -2*H*-1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Oxazolam – 10 -cloro -2,3,7,11*b* -tetra -hidro -2 -metil-11*b* -feniloxazolo [3,2 -*d*] [1,4] benzodiazepina -6 (5*H*)-ona.
Pemolina – 2 -amino -5 -fenil -2 -oxazolina -4 ona (ou: 2 -imino -5 -fenil -4 -oxazolidinoma).
Pinazepam – 7-cloro-1,3-di-hidro-5-fenil-1-(2-propinil)-2*H* -1,4-benzodiazepina-2-ona.
Pipradol – 1,1 -difetil -2 -piperidinometanol.
Pirovalerona – (mais ou menos) -1 -(4 -metilfenil) -2 (1 -pirrolidinil) 1 -pentanona.
Prazepam – 7-cloro-1-(ciclopropilmetil)-1,3-di-hidro-5 -fenil -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.
Propil -hexedrina – (mais ou menos) -1 -ciclo -hexil -2-metil -aminopropano.
Quazepam – 7 -cloro -5 -(2 -fluorofenil) -1,3 -di -hidro -1-(2,2,2 -trifluoroetil) -2*H* -1,4 -benzodia zepina -2 -tiona.
Secbutabarbital – ácido secbutil -5 -etilbarbitúrico.

SPA, Lefetamina – (-) -1 -dimetilamino -1,2-difeniletano.

Temazepam – 7-cloro-1,3-di-hidro-3-hidroxi-1-metil-5 -fenil -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.

Tetrazepam – 7 -cloro -5 -(1 -ciclo -hexano -1 -il) -1,3 -di-hidro -1 -metil -2*H* -1,4 -benzodiazepina -2 -ona.

Triazolam – 8-cloro-6-(2-clorofenil)-1-metil-4*H* -[1,2,4] triazol [4,3 -(alfa)] [1,4] benzodiazepina.

Vinilbital – ácido 5 -(1 -metilbutil) -5 vinilbarbitúrico.

Zolpidem {*N*, *N*, 6 -trimetil -2 -(ró) -tolilimidazol [1,2 -(alfa)] piridina -3 -acetamida}

Os sais das substâncias indicadas nesta tabela sempre que a existência de tais sais seja possível.

TABELA V

Ácido lisérgico.

Efedrina.

Ergometrina.

Ergotamina.

Fenil -1 propanona -2.

Isosafrole.

3,4 -Metilenodioxifenil -2 -propanona.

N -ácido acetilantranílico.

Norefedrina.

Piperonal.

Pseudo -efedrina.

Safrole.

Os sais das substâncias inscritas na presente tabela em todos os casos em que a existência desses sais seja possível.

TABELA VI

Acetona.

Ácido antranílico.

Ácido clorídrico.

Ácido fenilacético.

Ácido sulfúrico.

Anidrido acético.

Éter etílico.

Metiletilcetona.

Permanganato de potássio.

Piperidina.

Tolueno.

Os sais das substâncias inscritas na presente tabela em todos os casos em que a existência desses sais seja possível.

PEDRO MARIA GODINHO VAZ PATTO

Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho, sobre a dissecação de cadáveres e extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica (Artigo 20.º)

Artigo 20.º

Disposição penal

1. Quem, para os fins previstos no artigo 1.º, comercializar cadáver ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgãos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.

2. A pena referida no número anterior é agravada nos seus limites mínimo e máximo em um terço, sempre que a dissecação de cadáver ou de partes dele e a extracção de peças, tecidos ou órgãos seja efectuada em pessoa que tenha manifestado em vida a sua oposição nos termos do artigo 5.º

Sumário da anotação:

As fontes (anotações 1 a 16)

Enquadramentos (anotações 17 a 27)

O bem jurídico (anotações 28 a 34)

O tipo objectivo (anotações 35 a 41)

O tipo subjectivo (anotações 42 a 47)

As pessoas colectivas (anotação 48)

A participação (anotação 49)

A tentativa (anotação 50)

O concurso (anotações 51 e 52)

- 1 A matriz legislativa desta matéria, encontra-se na Portaria n.º 40, de 22 de Agosto de 1913, onde se dispunha que “[. . .] ficam à disposição das Faculdades de medicina, para seus estudos, os cadáveres dos falecidos nos hospitais, asilos e casas de assistência pública, os quais, dentro do prazo de doze horas, decorridas depois do falecimento, não sejam reclamados pelas famílias para procederem ao seu enterramento.”
- 2 Já naquela época a carência de material humano para fins de ensino e investigação científica constituía uma realidade preocupante com reflexos negativos no progresso das ciências da saúde e na formação dos profissionais desta área, porquanto a dissecação de cadáveres com essa finalidade tem desde sempre um papel fundamental na didáctica das ciências da saúde.
- 3 Na verdade, então como agora, as aulas de anatomia e a investigação médica, com recurso à dissecação de cadáveres humanos, constituem um método de ensino, de aprendizagem e de investigação privilegiados facilitando um contacto directo com o corpo humano e a sua dinâmica, permitindo percebê-lo.
- 4 O Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), por sua iniciativa, emitiu o **Parecer 2/CNE/92**, datado de 4 de Dezembro de 1991, sobre a utilização de cadáveres humanos para fins de ensino médico e a sua necessidade, pertinência e legitimidade, a que se seguiu um aditamento datado de 5 de Fevereiro de 1992, no qual alertava para os princípios que deviam orientar a dação de cadáveres para afectação àquela finalidade e enformar “uma eventual estruturação normativa” dessa dação e afectação.
- 5 Aí definia os seguintes princípios orientadores da formação cívica e de uma eventual estruturação normativa: a) O cadáver representa, do ponto de vista anatómico, um incomparável manancial de peças, tecidos e órgãos de enorme interesse terapêutico, pelo que a sua utilização pode não só interferir no tratamento de muitas patologias, como também, em decorrência desta finalidade, constituir elemento essencial de

didáctica da medicina; b) É legítima a dissecação de cadáveres humanos ou de partes deles, após a morte cárdio-respiratória, bem como a extracção de peças, órgãos e tecidos, para fins terapêuticos, de investigação científica e de ensino, realizadas em estabelecimentos de ensino superior universitário nos quais se ministre o ensino de anatomia humana normal ou patológica e nos institutos de medicina legal.

Mais tarde, em Março de 1994, o CNECV viria a recomendar, através de ofício dirigido a Sua Exa. o Presidente da Assembleia da República e a Sua Exa. o Primeiro-ministro “a prolação urgente de legislação no domínio em causa.” (indicação feita no Parecer 24/CNECV/98 sobre o Projecto de Decreto-Lei que visa estabelecer o Regime Jurídico da Lícita Dissecação de Cadáveres e da Extracção de Peças, Tecidos ou Órgãos, para fins de Ensino e de Investigação Científica).

A 13 de Julho de 1994, o CNECV, no seu **Parecer 8/CNE/94** sobre o Projecto de Proposta de Lei que visa regular as situações em que é lícita a dissecação de cadáveres humanos ou de parte deles, após a morte cárdio-respiratória, bem como a extracção de peças, tecidos e órgãos para fins de ensino e de investigação científica, debruçou-se sobre o projecto de lei que lhe foi presente por Sua Exa. o Ministro da Saúde e no qual considerou que essa proposta estava em conformidade com o Parecer 2/CNE/92 e seu aditamento, chamando, no entanto, a atenção para alguns aspectos que mereciam melhor tratamento (cadáveres não reclamados, respeito pelos mortos, aplicação terapêutica, destino final dos despojos e omissões).

A Lei n.º 12/93, de 22 de Abril, que regula a colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana, no seu art. 1.º, n.º 3 remete para legislação especial a regulação da dádiva e a colheita de órgãos para fins de investigação científica.

Em Fevereiro de 1998, através de ofício de Sua Exa. o Secretário de Estado da Justiça, o CNECV é chamado a pronunciar-se sobre um “Projecto de Decreto-Lei que visa estabelecer o regime jurídico da lícita dissecação de cadáveres e da extracção de peças, tecidos ou órgãos, para fins de ensino e de investigação científica.”

Nessa sequência, o CNECV emitiu o **Parecer 24/CNECV/98**, de 3 de Março, no qual pugna pela licitude da dissecação de cadáveres quando “a) a pessoa tenha declarado, em vida, a vontade que o seu cadáver seja utilizado para fins de ensino médico e de investigação científica; b) o cadáver não seja legitimamente reclamado para exéquias e na ausência de declaração em contrário; c) na ausência de declaração favorável ou contrária a esta utilização do seu corpo, o consentimento seja dado por quem pode, legalmente, reclamar o cadáver para exéquias”.

Neste Parecer, o CNECV reitera a importância da utilização do cadáver doado na educação para os valores e das atitudes dos estudantes, conforme defendido no relatório a ele anexo, por entender ser “altamente conveniente que os cadáveres que alunos de Anatomia dissecam estejam ali, para isso, por vontade de quem eles foram o seu próprio corpo.(...) Se o aluno de Anatomia sabe que aquele corpo que vai dissecar está ali porque pertenceu a alguém de quem nada se sabe, que foi para ali porque pertencia a um pária que ninguém acolheu, ele tenderá a não ver nesse corpo mais do que uma estrutura morta – uma coisa. Mas se esse corpo está ali porque a pessoa de quem ele foi expressamente o quis, em benefício daqueles que, uma vez médicos, dedicarão a sua vida ao serviço dos outros, a situação é completamente diferente. Aquele cadáver que ali está e que ele, aluno, vai dissecar, já não é um morto, visto que o gesto explicativo desse encontro exprime, revela, a pessoa que esse corpo foi e agora se entrega à pessoa concreta dele, aluno, se lhe oferece com confiança para que o retalhe e desvende até ao âmago. Confiança de entrega que é confissão ciciada a dizer-lhe que essa pessoa que aquele corpo foi está segura de que esse/essa jovem o irá “tratar” com respeito, ternura e competência e que corresponderá ao gesto magnífico da dação utilizando os conhecimentos

adquiridos para que venha a ser médico capaz no conhecer e no agir, no saber pensar e no saber comportar-se, um médico atencioso, compassivo e dedicado. O cadáver humano será assim, simultaneamente, o Primeiro Doente e o Primeiro Mestre de aluno de Medicina.(...) Eis aqui uma última e inestimável utilização do cadáver doado em vida: o de educador de atitudes.”

- 12 Neste contexto, surge a **Lei n.º 12/99, de 15 de Março**, que autorizou o Governo a legislar sobre a dissecação lícita de cadáveres e extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica, definindo os procedimentos que antecedem e envolvem a realização da dissecação de cadáveres ou a extracção de peças, tecidos ou órgãos.
- 13 Indica a autorização legislativa como critérios para a licitude dos assinalados actos para as finalidades de ensino e de investigação a manifestação de vontade, em vida, da pessoa para que o seu cadáver seja nelas utilizado; ou quando não tenha manifestado, em vida, a sua oposição junto do Ministério da Saúde e a entrega do corpo não seja reclamada no prazo de vinte e quatro horas após a tomada de conhecimento do óbito pelo testamenteiro, o cônjuge sobrevivente ou pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges, os ascendentes, descendentes, adoptantes ou adoptados e os parentes até ao 2.º grau da linha colateral.
- 14 E, entre os procedimentos a definir, a Lei n.º 12/99 determinou que o Governo deveria proibir a comercialização de cadáveres e de peças, tecidos ou órgãos deles extraídos e consagrar que quem comercialize cadáver ou partes dele ou peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica deveria ser punido com pena de prisão de 2 a 10 anos (art. 2.º, n.ºs 11 e 18).
- 15 Mais determinou, que essa pena deveria ser agravada nos seus limites mínimo e máximo em um terço sempre que a dissecação de cadáver ou partes dele e a extracção de peças, tecidos ou órgãos fosse efectuada em pessoa que tivesse manifestado em vida a sua oposição (art. 2.º, n.º 19).
- 16 Nesse caso, a oposição seria manifestada pela pessoa junto do Ministério da Saúde em impresso próprio que constaria do Registo Nacional de Não Dadores (RENDA) (art. 2.º, n.ºs 3, 4, 8 e 19).
- 17 O presente **Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho**, corporiza o conteúdo da autorização legislativa regulando as situações em que é lícita a dissecação de cadáveres, ou de partes deles, de cidadãos nacionais, apátridas ou estrangeiros residentes em Portugal, bem como a extracção de peças, tecidos ou órgãos, para fins de ensino e de investigação científica.
- 18 Refere o legislador que a regulação desta matéria encontra a sua razão de ser na necessidade de regulamentar a utilização de cadáveres para fins de ensino e de investigação científica na plena defesa da dignidade da pessoa humana e do valor de solidariedade que supõe a dádiva do cadáver para esses efeitos, na observação escrupulosa dos sentimentos de veneração e respeito dentro da *praxis* cívica e religiosa, e na salvaguarda da instrumentalização ou desvios quanto à sua finalidade inicial, jamais colocando em causa a dignidade pessoal e social do falecido e dos seus familiares – cfr. preâmbulo, *in* DR-I SÉRIE – A, n.º 169, 22.07.199, p. 4523.
- 19 Com o suprimento desta necessidade pretende o legislador criar condições para a dádiva de cadáveres a fim de permitir a sua dissecação enquanto prática indispensável na formação geral e especializada dos médicos e na investigação de fenómenos patológicos e no aperfeiçoamento de métodos de diagnóstico e terapêutica.
- 20 Trata-se de uma matéria que, em virtude dos bens jurídicos envolvidos, justifica a intervenção do direito penal, em conformidade, aliás, com as preocupações que têm vindo a ser demonstradas ao nível das diversas instâncias internacionais

face a novas formas de criminalidade organizada envolvendo o tráfico de órgãos (Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, também conhecida por Convenção de Oviedo, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, I-Série-A, n.º 2/2001.

A licitude dos actos assinalados assenta na dádiva, em vida, do cadáver pela sua pessoa para aquelas finalidades e ainda na dádiva do cadáver da pessoa que não manifestou, em vida, junto do Ministério da Saúde a sua oposição e a entrega do corpo não seja reclamada no prazo de vinte quatro horas após a tomada de conhecimento do óbito pelo testamentário, o cônjuge, sobrevivente ou pessoa que vivia com o falecido em condições análogas às dos cônjuges, os ascendentes, descendentes, adoptantes ou adoptados e os parentes até ao 2.º grau da linha colateral. (arts. 3.º e 4.º)

Daqui decorre que são considerados como potenciais dadores *post mortem* todos os cidadãos nacionais, apátridas ou estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dador. Em todo o caso a dádiva não opera automaticamente, dependendo da não reclamação do corpo nas vinte e quatro horas após a tomada de conhecimento do óbito pelas pessoas que tem legitimidade para o reclamar.

Estatui o art. 5.º, com a epígrafe “Manifestação de oposição” que: “1 — Os não dadores para os fins previstos no presente diploma são inscritos, em ficheiro autónomo, no Registo Nacional de não Dadores (RENDA), aplicando-se-lhes, com as necessárias adaptações, o disposto no Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro; 2 — A manifestação de oposição a que se refere o artigo 3.º consta do impresso tipo previsto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro, e é livremente revogável, a todo o tempo, pelo próprio; 3 — Os dados constantes do impresso a que se refere o número anterior são inseridos no ficheiro a que se refere o n.º 1, aplicando-se-lhes, com as necessárias adaptações, o disposto no Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro; 4 — Os não dadores inscritos no RENDDA até à entrada em vigor do presente diploma presumem-se não dadores para os fins previstos no artigo 1.º; 5 — Para os efeitos previstos neste diploma, as entidades referidas no artigo 2.º têm acesso, em tempo útil, aos dados constantes do RENDDA, nos termos do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de Setembro.”

Assim, os responsáveis máximos nas escolas médicas das universidades, nos institutos de medicina legal, nos gabinetes médico-legais e nos serviços de anatomia patológica dos hospitais devem, antes de proceder à dissecação ou à extracção, verificar a existência de oposição ou de restrições à dádiva constantes do RENDDA.

O diploma instituiu os procedimentos indicados pela autorização legislativa, entre eles, e seguindo-a na totalidade, a proibição de comercialização de cadáveres e de peças, tecidos e órgãos para fins de ensino e de investigação científica – art. 6.º, n.º 1.

E a punição criminal de quem, para fins de ensino e de investigação científica, comercialize cadáver ou partes dele ou peças, tecidos ou órgãos, com a pena de prisão de 2 a 10 anos, sendo agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo sempre que a dissecação de cadáver ou partes dele e a extracção de peças, tecidos ou órgãos fosse efectuada em pessoa que tivesse manifestado em vida a sua oposição pela forma definida no art. 5.º deste diploma.

Proibição e punição que encontram a sua justificação nos **bens jurídicos** protegidos, que mais são do que o respeito que é devido pela vontade da pessoa e o respeito

pelo carácter generoso e solidário que a dádiva de um cadáver significa para a causa pública que são o ensino e a investigação.

- 29 Os bens jurídicos protegidos reflectem o sentimento de reverência dos vivos para com os mortos e o respeito que é devido aos restos mortais humanos sempre com observância dos sentimentos de respeito dentro da *praxis* cívica e religiosa
- 30 Este respeito pelos restos mortais humanos encontra-se presente nos arts. 7.º, 16.º e 19.º
- 31 A norma traduz um relevante valor ético-social, a dignidade pessoal e social do falecido e dos seus familiares, garantindo também que não sejam comprometidas cerimónias fúnebres ou homenagens de carácter cívico a prestar.
- 32 Em todo o processo inerente ao uso de corpos para estudo ou investigação, os médicos, cientistas e estudantes de medicina devem ter a máxima consideração pela dignidade pessoal e social do falecido e dos seus familiares.
- 33 Por isso “Os planos de estudos dos cursos do ensino superior na área da saúde devem comportar acções de sensibilização visando o desenvolvimento do respeito pelo cadáver, bem como do significado, em termos de solidariedade, da dissecação de cadáveres, de partes deles e da extracção de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica.” – cfr. art. 19.º
- 34 “A dissecação de cadáveres é um método que dá aos estudantes de medicina uma competência única: a humanização” refere MANUEL PAULA BARBOSA, do Instituto de Anatomia da Faculdade de Medicina da Universidade do Porto (FMUP), 13 de Junho de 2007, *in* http://diariodigital.sapo.pt/print.asp?id_news=280741.
- 35 O **tipo objectivo**, quanto ao n.º 1, consiste na comercialização de cadáver ou partes dele, ou de peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica; quanto ao n.º 2, consiste na dissecação de cadáver ou de partes dele e na extracção de peças, tecidos ou órgãos em cadáver de pessoa que tenha manifestado em vida a sua oposição, nos termos do artigo 5.º
- 36 Em ambos, o objecto da acção é o cadáver ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgãos e a finalidade é o ensino e a investigação científica.
- 37 O crime previsto no n.º 1 da incriminação consuma-se com a comercialização.
- 38 O crime previsto no n.º 2 da incriminação consuma-se com a dissecação de cadáver ou de partes dele e a extracção de peças, tecidos ou órgão em cadáver de pessoa que em vida haja manifestado a sua oposição.
- 39 Comercializar é vender, comprar, adquirir, negociar ou transaccionar.
- 40 Dissecar é separar metodicamente os órgãos ou tecidos de um cadáver; é dividir em partes, é cortar em pedaços
- 41 Extracção é arrancar, é separar uma substância de um corpo de que forma parte.
- 42 O **tipo subjectivo** preenche-se sob qualquer modalidade de dolo.
- 43 Para preenchimento do n.º 1 exige-se que o agente actue com intenção de obter enriquecimento através da comercialização de cadáver ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgãos para fins de ensino e de investigação científica.
- 44 Para preenchimento do n.º 2 exige-se que o agente disseque cadáver ou partes dele e extraia peças, tecidos ou órgãos em cadáver conhecedor de que o faz contra a vontade do não dador devidamente manifestada.
- 45 O erro sobre a inexistência de oposição exclui o dolo – cfr. art. 16.º, n.º 1, do C.P.
- 46 O crime previsto no n.º 1 pode ser cometido por qualquer pessoa, tratando-se de **crime comum**.
- 47 O crime previsto no n.º 2 pressupõe o acesso aos dados constantes do RENNDA a fim de aferir da qualidade de não dador do corpo que vai ser objecto de intervenção, ela própria exigindo conhecimentos técnicos especializados, tratando-se, por isso, de **crime específico**.

A responsabilidade individual dos agentes atrás referidos não exclui a responsabilidade das peessoas colectivas e entidades equiparadas nos termos do art. 11.º do C.P.	48
A comparticipação rege-se pelas regras gerais.	49
A tentativa é punível.	50
A presente incriminação consome o crime de profanação de cadáver previsto e punido no art. 254.º do C.P. (1. Quem a) sem autorização de quem de direito, subtrair, destruir ou ocultar cadáver ou parte dele, ou cinzas de pessoas falecida; b) profanar cadáver ou parte dele, cinzas de pessoas falecida, praticando actos ofensivos do respeito devido aos mortos.).	51
O homicídio cometido com intenção de obtenção de cadáver para comercializar o próprio ou partes dele, ou peças, tecidos ou órgão, ainda que para fins de ensino e de investigação científica, revela especial censurabilidade ou perversidade, consubstanciando a prática de um crime de homicídio qualificado p.p. nos arts. 131 e 132, n.º 1, n.º 2, do CP.	52

ANA PAULA FELGA VITORINO e LUÍSA ISABEL VIEIRA VERDASCA SOBRAL

Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que aprova a Lei da procriação medicamente assistida (Artigos 1.º, 2.º, 34.º a 43.º-A)

CAPÍTULO I Disposições gerais

Artigo 1.º *Objecto*

A presente lei regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA).

Artigo 2.º *Âmbito*

A presente lei aplica-se às seguintes técnicas de PMA:

- a) Inseminação artificial;
- b) Fertilização *in vitro*;
- c) Injecção intracitoplasmática de espermatozóides;
- d) Transferência de embriões, gâmetas ou zigotos;
- e) Diagnóstico genético pré-implantação;
- f) Outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionárias equivalentes ou subsidiárias.

Sumário da anotação:

Enquadramento (anotações 1 a 25)

Os bens jurídicos (anotações 26 e 27)

As técnicas de PMA (anotações 28 a 32)

A procriação homóloga – procriação heteróloga (anotações 33 a 38)

- 1 A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, procede à regulação da procriação artificial constituída por um conjunto de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) e pela maternidade de substituição.
- 2 Obedece a cinco princípios: 1.º – princípio da subsidiariedade das técnicas (e não da alternatividade): as pessoas não são livres de procriarem artificialmente, mas só quando se verifique diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras (art. 4.º da presente Lei); 2.º – princípio da responsabilidade: o ordenamento jurídico deve impor especiais responsabilidades aos médicos utilizadores das técnicas; 3.º – princípio da liberdade: os beneficiários devem prestar o consentimento livre e esclarecido para a utilização das técnicas; 4.º – princípio da protecção da vida e da integridade física da mãe e do nascituro; 5.º – princípio da protecção do nascituro em ordem ao seu desenvolvimento.
- 3 À elaboração da presente lei precederam projectos legislativos, entre eles o Decreto n.º 415/VII aprovado pela Assembleia da República, em 17 de Junho de 1999, e, na origem da presente Lei, o Decreto da Assembleia da República n.º 64/X.
- 4 O referido Decreto foi promulgado pelo Presidente da República, entre outros, pelos seguintes motivos: “A procriação medicamente assistida, praticada em Portugal desde 1986 e de há muito juridicamente regulada na maioria dos países da União Europeia, carecia, como é consensualmente reconhecido, de urgente enquadramento normativo. Esta lei, conformadora de uma das vias de resolução do problema da infertilidade de um número significativo de casais, vem colmatar uma importante

lacuna do nosso ordenamento jurídico, e dar cumprimento a um dever de legislar constitucionalmente imposto desde 1997. Trata-se de uma matéria complexa do ponto de vista biomédico, social e jurídico e de implicações muito sensíveis no âmbito da investigação científica, da qual podem resultar significativos benefícios e renovadas esperanças para um número crescente de doentes, aspectos que devem ser conjuntamente ponderados. (...) de entre os domínios cuja regulação complementar ou regulamentação administrativa pode assumir particular sensibilidade, destacaria: o imperativo de se garantir uma protecção efectiva de embriões criopreservados e qualificados como viáveis nos termos da presente lei, relativamente aos quais se verifique, antes de passados três anos, simultaneamente uma quebra do compromisso do beneficiário em utilizá-los em novo processo de transferência e a sua recusa em consentir na doação a outro casal; a necessidade de eventuais lacunas e disposições normativas de sentido indeterminado constantes da lei, respeitantes à matéria disciplinada pela Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, e pelo seu Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, deverem ser, respectivamente, integradas e especificadas em conformidade com essas normas internacionais; a preocupação de se assegurar, em intervenções legais subsequentes que incidam em matérias como a transferência nuclear somática e a investigação científica em células estaminais, que, mesmo quando a lei permita a investigação em embriões “*in vitro*”, fique garantida a dignidade do embrião excluído de um projecto parental.” (Mensagem do Presidente da República datada de 11 de Julho de 2006, relativa à promulgação do Decreto da Assembleia da República n.º 64/X sobre PMA, publicado do Diário da Assembleia da República, I-Série-N.º 146, p. 6668-6669, da X Legislatura/1.ª Sessão Legislativa, de 12.07.2006).

Até à entrada em vigor da presente Lei, as referências normativas à PMA no ordenamento jurídico nacional encontravam-se dispersas por vários diplomas. 5

Antes da reforma de 1977 do Código Civil (CC), consignava o art. 1799.º que a inseminação artificial não podia ser invocada para estabelecer a paternidade face a quem tinha doado o esperma, nem para impugnar a paternidade presumida por lei (ANTUNES VARELA, A inseminação artificial e a filiação perante o direito português e o brasileiro, RLJ, n.º 3844, p. 198). 6

Com a reforma do CC de 1977 as referências à procriação medicamente assistida passaram a constar dos arts. 1801.º e 1839.º, em matéria de filiação. Assim, regiam, e continuam a reger, esta matéria o art.1801.º ao estatuir que “Nas acções relativas à filiação são admitidos como meio de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados” e o art. 1839.º, n.º 3, ao estatuir “não ser permitida a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu”. 7

No Código Penal (CP), o art.168.º estatua, e estatui, que “quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”. 8

Por seu lado, existia legislação avulsa que, de algum modo, se referia à PMA, como era o caso da Lei n.º 3/84, de 24 de Março, que regulou a educação sexual e o planeamento familiar, e que, no n.º 2 do art. 9.º, estabelece que “o Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimimento da esterilidade”; o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25.09, que estabeleceu regras quanto aos bancos de esperma e que remete a definição das sanções da violação daquelas para um decreto regulamentar ainda não publicado; a Lei n.º 12/93, de 22.04 (Colheita e transplante de órgãos, tecidos e células de origem humana), que no n.º 2 do seu art. 1.º dispõe que “a dádiva de óvulos, de esperma e a transferência 9

e manipulação de embriões são objecto de legislação especial” (GUILHERME DE OLIVEIRA, Aspectos jurídicos da Procriação Medicamente Assistida, ROA, Ano 49, Dez 1989, p. 774); e o art. 53.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, então em vigor, previa ser “lícita a inseminação artificial, como forma de tratamento da esterilidade conjugal nos termos da lei aplicável”.

- 10 Compensando a ausência de legislação, vigoravam os códigos éticos ou as deliberações de comissões de Ética, entre elas as do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV), criado pela Lei n.º 14/90, de 09.06.
- 11 O desenvolvimento científico na área da medicina, e mais concretamente no que à PMA se refere, aliado ao aumento da infertilidade, consequente acréscimo do recurso à aplicação de técnicas de PMA, suas incidências lucrativas e estando em causa aspectos fundamentais da dignidade humana, identidade e personalidade e a protecção da família leva à necessidade de regular a PMA e ao surgimento da presente Lei.
- 12 A presente Lei veio dar cumprimento ao específico dever de regulamentar a matéria, constante do art. 67.º, n.º 2, alínea e) da Constituição da República Portuguesa, e teve origem nos projectos de lei n.º 141/X, do Bloco de Esquerda (BE), n.º 151/X, do Partido Socialista (PS), n.º 172/X, do Partido Comunista Português (PCP), e n.º 176/X, do Partido Social Democrata (PSD).
- 13 Acresce que sobre o legislador nacional igualmente incidiu a obrigação de legislar decorrente da Directiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa ao estabelecimento de normas de qualidade e segurança em relação à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana publicada no Jornal Oficial da União Europeia, em 7 de Abril de 2004, e que teve a sua integral transposição para a ordem jurídica interna com a Lei 12/2009, de 26.03, que estabelece o regime jurídico da qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana, transpondo também para a ordem jurídica interna as Directivas n.ºs 2006/17/CE, da Comissão, de 8 de Fevereiro, e 2006/86/CE, da Comissão, de 24 de Outubro.
- 14 A presente Lei não deu resposta a todas as questões que se suscitavam, e que continuam a carecer de maior aprofundamento legal, como sejam o destino e utilização dos embriões excedentários; os pressupostos jurídicos da clonagem; o estatuto dos dadores de gâmetas; os problemas conexos com a maternidade de substituição.
- 15 Com a aprovação da Lei 9/2010, de 31.05, que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, coloca-se em questão a admissibilidade do recurso a técnicas de PMA por parte de casais homossexuais. Este acesso, tal como a Lei se encontra redigida, não é possível a estes casais. Neste sentido, veja-se a declaração da CNPMA, de 18 de Junho de 2010: “(...) não obstante o disposto na Lei 9/2010, de 31.05, actualmente o acesso às técnicas de PMA continua legalmente vedado às pessoas do mesmo sexo casadas entre si, proibição que se manterá se não for produzida, pela forma constitucionalmente prevista, uma alteração legislativa.”
- 16 Veja-se o Ac. do TC n.º 121/2010, de 08.04, que decidiu não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º, do artigo 2.º, do artigo 4.º e do artigo 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República, que esteve na origem da Lei 9/2010.
- 17 O legislador previu novos ilícitos criminais para além dos tipos legais já previstos no CP por entender que, em matéria reprodutiva, se impõe uma maior e específica tutela penal em face dos constantes desafios e avanços da medicina e da bioética.

- Do direito à vida e ao respeito pela dignidade humana, traduzidos nos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento integral da personalidade, nasce a necessidade de tutela dos bens jurídicos a eles inerentes e, em consequência, a intervenção do Direito numa área de natureza científica e técnica. 18
- As consequências que, no futuro, a PMA poderá acarretar – a alteração do tradicional método de procriar e a correspondente forma de constituir família, a experimentação em seres humanos, a manipulação genética, a clonagem, a utilização de embriões humanos como instrumentos de experimentação e manipulação até atingir o ser perfeito, inúmeras vezes repetido nas suas qualidades – são factores que não podem ser equacionados apenas no âmbito da bioética, da medicina e da esfera individual e subjectiva de cada investigador, cientista ou comunidade médica, carecendo de tratamento jurídico. 19
- Este desafio legislativo é essencial para o próprio desenvolvimento da ciência. Só assim será possível coadunar a ambição e a evolução das técnicas da biomedicina com o bem do Homem, com resultados positivos na sua qualidade de vida e não o inverso. Contudo, a criação de normas penais é um “mais”, que vai além da regulação. Optou-se não só por regular, mas também, e desde logo, por reprimir condutas sob a cominação da punição penal, precisamente aquelas que atentam contra a vida e a dignidade humanas. 20
- A criminalização não decorre automaticamente da necessidade de tutela do bem jurídico. A protecção penal é utilizada como última *ratio*. A intervenção legislativa, apenas reconduz ao direito penal a conduta que lesa o ético-social, que perturba a paz social e jurídica e, ainda assim, o punir ou não punir depende de uma margem de livre apreciação e das políticas legislativas. Acresce que não há obrigatoriedade constitucional da tutela penal sempre que esteja em causa um bem jurídico constitucionalmente protegido. Os limites são, sim, impostos pela adequação e proporcionalidade entre o princípio violado, a conduta e a resposta legal, Ac. do TC n.º 101/2009, proc. n.º 963/06, in www.tribunalconstitucional.pt. 21
- O legislador nacional respeitou a imposição constitucional de legislar, procurou as soluções legais que respeitassem a dignidade humana (arts. 1.º e 67.º, n.º 2, al.ª e) da CRP) e foi consentâneo com as opções contempladas nos instrumentos internacionais do Conselho da Europa (a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, também conhecida por Convenção de Oviedo, e o seu Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, ambos aprovados para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificados por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, 1.ª Série – A, n.º 2/2001, depositado o instrumento de ratificação em 13 de Agosto de 2001, em vigor desde 1 de Dezembro de 2001), e na Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, sendo, por isso, manifesta a convergência com os regimes em vigor nos estados membros do Conselho da Europa e da União Europeia. 22
- Para o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida a fundamentação ética deve apoiar-se num conceito de natureza humana, sem a limitar à vertente puramente biológica, nem a alargar indevidamente, a ponto de a não distinguir da natureza não humana. Pertencem à natureza do ser humano as dimensões de racionalidade, de temporalidade, de historicidade, de finalidade em si e de liberdade, que fazem dele um ente em permanente desenvolvimento, na procura da realização de si próprio, com a possibilidade de recorrer às ajudas externas, bem como às intervenções médicas que não contrariem essencialmente a sua natureza, 23

assim entendida”, Parecer 3/CNECV/93, Citado in AGOSTINHO DE ALMEIDA SANTOS, MICHEL RENAUD, RITA AMARAL CABRAL, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Presidência do Conselho de Ministros, “Relatório Procriação Medicamente Assistida”, Julho de 2004, disponível em www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/P044_RelatorioPMA.pdf.

- 24 Em 2 de Junho de 2008 entrou em vigor o Projecto de Incentivos à Procriação Medicamente Assistida, PMA, Despacho n.º 14788/2008, de 6 de Maio, in **DR II Série n.º 102, de 28 de Maio**.
- 25 O art. 62.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos, actualmente em vigor (aprovado no Plenário dos Conselhos Regionais a 26.09.2008), prevê ser “lícito o recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, como forma de tratamento da esterilidade. Estas técnicas deverão ser utilizadas como auxiliares da concretização de um projecto parental, o que implica a consideração não só do desejo dos candidatos a pais, mas sobretudo dos interesses do futuro ser humano que vier a ser concebido através da procriação medicamente assistida.”.
- 26 A Lei tutela bens jurídicos de natureza individual ou colectiva, incluindo-se nos primeiros a dignidade humana, a integridade física e moral, a liberdade individual, e nos segundos a integridade genética e o desenvolvimento evolutivo da espécie.
- 27 Na destriça entre uns e outros importa ter presente as várias etapas do processo vital, “a) etapa preliminar, integra a experimentação com gâmetas que vão ser utilizados na fecundação e que darão lugar a um ser humano, é um estado de pré-fecundação; b) etapa de pré-embrião, que vai desde a fecundação do óvulo até aos catorze dias seguintes à sua fecundação, momento que coincide como sua implantação estável no útero, e no qual aparece a denominada linha primitiva; c) etapa de embrião, desde a implantação no útero até dois meses e meio mais; d) etapa de feto, completa o processo desde os três meses seguintes à fecundação até ao parto. Destas quatro etapas, as duas primeiras têm um especial interesse para os delitos que estamos analisando, para a concretização do bem jurídico protegido e para a determinação do sujeito passivo e do objecto material” – LORENZO MORILLAS CUEVA, Lección 5, “Delitos Relativos à la Manipulación Genética”, Curso de Derecho Espanol, Parte Especial – I, p. 179, Marcial Pons.
- 28 O recurso às técnicas de PMA procura assegurar que, a final, o resultado seja o mais próximo da concepção natural para melhor proteger a família e a figura central da PMA, o nascituro, o bebé desejado, a criança.
- 29 Sumariamente, as técnicas de procriação medicamente assistida legalmente contempladas neste diploma, delimitam-se consoante a fecundação se realize dentro ou fora do organismo materno.
- 30 **Fecundação dentro do ventre materno:** inseminação artificial (IA), traduzida na introdução do sémen masculino nos órgãos genitais da mulher sem ser por intermédio de cópula, ou por outras palavras, recolha de sémen e sua posterior introdução na cavidade uterina; Injecção cito-plasmática de esperma (GIFT), traduzida na introdução de óvulos e de espermatozóides na trompa; transferência intra-tubárica de gâmetas (GIFT), traduzida na introdução de óvulos e de espermatozóides na trompa (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES E WALTER OSSWALD, “Bioética Simples”, p. 132, Ed. Verbo).
- 31 **Fecundação fora do ventre materno:** transferência intra-tubárica de zigotos (ZIFT), traduzida na fertilização *in vitro* seguida de transferência de zigoto (ovócito fecundado) ou do embrião ou embriões (produto da divisão celular do zigoto) assim obtidos para a trompa; transferência intra-tubárica de zigotos (FIVETE) traduzida na fertilização *in vitro* seguida de transferência de zigoto ou do embrião ou embriões assim obtidos para a cavidade intra uterina. Nesta técnica, o óvulo

- é exposto, *in vitro*, a um grande número de espermatozóides, sendo apenas um a penetrá-lo, fecundando-o. Ainda nesta técnica, na sua variante ICSI, um único espermatozóide é aspirado para uma micropipeta que, por sua vez, perfura o óvulo e injecta o espermatozóide no seu interior. Esta variante da FIVETE permite o recurso a espermatozóides com poucas células (oligospermia), que em circunstâncias normais, ou até na FIVETE clássica, não permitiria uma gestação (Ob. Cit., p. 132). A fertilização *in vitro* caracteriza-se por a fecundação do óvulo pelo espermatozóide ser realizada fora do organismo materno, numa “cápsula de Petri”, com a posterior transferência do embrião para o organismo materno ou para o de uma mãe de substituição. 32
- Em todas as técnicas se pode configurar uma fecundação/procriação homóloga, em que coexistem gâmetas do próprio casal, ou fecundação/procriação heteróloga em que se recorre ao uso de gâmetas de dadores externos de espermatozóides e/ou de ovócitos. 33
- Na procriação homóloga, os gâmetas utilizados pertencem aos membros do casal beneficiários da técnica de PMA. Na procriação heteróloga, os gâmetas utilizados (ovócitos e/ou espermatozóides) são de dadores externos, ou seja, existe (sempre) um terceiro no percurso que culmina com a fecundação, implantação, gestação e nascimento. Também nesta última modalidade de procriação se podem recorrer a embriões doados por terceiros. Terceiros que, sendo progenitores biológicos do novo ser, não têm sobre ele quaisquer direitos, ficando igualmente o filho privado de conhecer a verdade biológica. Daí, que na inseminação heteróloga a verdade biológica seja sempre colocada em causa. Por outro lado, na procriação heteróloga, o membro do casal infértil, ou ambos, continua infértil, aceitando como seu filho o filho de outra pessoa ou de outras pessoas. Veja-se art. 10.º, n.º 2 da presente Lei. A procriação heteróloga acarreta ainda um outro problema ético-jurídico, o negócio de venda de gâmetas ou de embriões, pretendendo o legislador que os gâmetas e embriões sejam doados e não vendidos, devendo o dador agir por espírito altruísta e não mercantilista ou, até, por puro egoísmo (vejam-se arts. 21.º Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina e 12.º da Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 e art. 22.º, n.º 1 da Lei 12/2009 de 26.03). 35
- Os dadores de gâmetas podem receber uma compensação correspondente ao estritamente necessário para as despesas e incómodos relativos à doação – art. 12.º da Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 e art. 22.º, n.º 3 da Lei 12/2009 de 26.03). 36
- O legislador consagrou a subsidiariedade em relação á aplicação das técnicas de procriação heteróloga, sendo a dádiva de ovócitos, espermatozóides e embriões apenas permitida quando, face aos conhecimentos técnico-científicos objectivamente disponíveis, não possa obter-se gravidez através do recurso a qualquer outra técnica que utilize os gâmetas dos beneficiários – art. 10.º, n.º 1 da presente Lei. 37
- De igual modo, também esta condição está presente na inseminação com sémen de um terceiro dador, na fertilização *in vitro* com recurso a sémen ou ovócitos de dador e em relação a outras técnicas de PMA como sejam a injeccção intracitoplasmática de espermatozóides ou a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos – v. arts. 19.º a 21.º e 47.º da presente Lei. 38

CAPÍTULO VII

Sanções

SECÇÃO I

Responsabilidade criminal

Artigo 34.º

Centros autorizados

Quem aplicar técnicas de PMA fora dos centros autorizados é punido com pena de prisão até 3 anos.

Sumário da anotação:

As fontes (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotações 4 a 11)

Os centros autorizados (anotações 12 a 24)

O tipo objectivo (anotações 25 a 32)

O tipo subjectivo (anotações 33 e 34)

O concurso (anotação 35)

A tentativa (anotação 36)

A contra-ordenação (anotações 37 e 38)

As sanções acessórias (anotação 39)

- 1 As **fontes** da norma são os arts. 1.º, 25.º, n.º 1, 26.º, n.º 3, 36.º, 64.º, 67.º, n.ºs 1 e 2, als. d) e e), 68.º, n.ºs 1 e 2 e 69.º, n.ºs 1 e 2 da CRP; os arts. 1.º e 3.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, também conhecida por Convenção de Oviedo, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, I-Série-A, n.º 2/2001; e os arts. 16.º a 24.º e 27.º da Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa ao estabelecimento de normas de qualidade e segurança em relação á dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana (veja-se art. 31.º), publicada no Jornal Oficial da União Europeia, em 7 de Abril de 2004.
- 2 Este crime pune a aplicação das técnicas de PMA fora dos centros autorizados.
- 3 Deverá ser interpretado em conjugação com o disposto no art. 5.º, que foi regulamentado pelos arts. 2.º a 9.º do Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, de 11/02, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26/04, que estatui que as técnicas de PMA apenas podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde.
- 4 O **bem jurídico** protegido é dignidade humana dos beneficiários das técnicas de PMA, donde decorre a necessidade legislativa de garantir a segurança na utilização das técnicas.
- 5 O processo de autorização regulado nos artigos atrás citados garante a idoneidade das técnicas, a informação e acompanhamento dos beneficiários, a qualidade do local e do pessoal médico e técnico que irá aplicar as técnicas de PMA, a qualidade da aplicação das técnicas e, consequentemente, a protecção dos bens jurídicos visados pela norma (veja-se a Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004).

- O legislador quis proteger bens jurídicos de natureza pública e bens de natureza particular. Dum lado os bens supra individuais saúde pública e dignidade humanas, do outro os bens jurídicos individuais integridade física, saúde e segurança daquele que recorre a tais serviços e que implicam a violação do bem jurídico supra-individual. 6
- Na verdade, os riscos para a saúde dos membros do casal que se sujeitam a intervenção fora de um centro autorizado são múltiplos, pois não há controlo do seu acompanhamento, do trabalho desenvolvido, nem da qualidade técnica do mesmo. 7
- As técnicas de PMA não se aplicam sem mais, exigem avaliação, estudo, informação. 8
- O casal infértil ou estéril que a ela recorre carece de ser avaliado e estudado, identificada a causa dessa situação e deve ser informado das alternativas existentes, como sejam a adopção ou até a aceitação da situação de infertilidade como facto biológico (natural) e, por via disso, sem culpabilização. Este acompanhamento só em centros autorizados se encontra devidamente assegurado, por obrigatório, e, consequentemente, protegidas a saúde do casal nas suas dimensões física, mental e emocional. De resto, apenas nestas circunstâncias é possível o consentimento informado a que se refere o art. 14.º da presente Lei.
- A dignidade humana protegida no presente dispositivo tem em vista o próprio embrião e a protecção jurídica da espécie humana. 9
- Hoje o embrião é encarado pela ciência como uma entidade viva, única, diferente do organismo materno, que contém em si toda a informação e regulação necessárias para a evolução do ser (ontogenia), constituindo a fase inicial por que todo o ser humano passa. 10
- Na verdade, com a presente Lei reforçou-se a protecção jurídica do embrião, designadamente ao estabelecerem-se critérios rigorosos para a experimentação científica com vista a potenciar ao máximo a sua expectativa de vida, ao ser possível recorrer à adopção de embriões e ao permitir-se a implantação *post-mortem* de embrião já concebido. 11
- De acordo com o Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26/04, no seu art. 2.º, por **centro autorizado** a ministrar técnicas de PMA, público ou privado, entende-se o conjunto de meios humanos, materiais e organizativos que permitem realizar a PMA, devidamente autorizado pelo Ministro da Saúde depois de ouvido o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), nos termos previstos na al. d) do art. 30.º da presente Lei (cfr. os arts. 16.º a 24.º da Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, e Lei 12/2009, de 26.03). 12
- Os **centros autorizados** devem dispor de um director que deve ser um médico especialista em ginecologia/obstetrícia, em genética médica, em endocrinologia, ou em urologia, reconhecido pela Ordem dos Médicos e que deve ter como experiência mínima três anos na área da PMA, comprovada por currículo e aferida pela CNPMA; de, pelo menos, dois médicos especialistas em ginecologia/ /obstetrícia, preferencialmente com a subespecialidade de medicina da reprodução, podendo um deles ser o director; e de pessoal com experiência e competências compatíveis com a PMA integrado por, pelo menos, dois técnicos superiores com grau de licenciatura ou superior nas áreas da Medicina, Biologia, Bioquímica ou Farmácia – arts. 5.º e 6.º do Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, de 11.02, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26/04. 13
- As alterações introduzidas pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26/04, contemplam a existência de centros autorizados dedicados exclusivamente à inseminação artificial ou à selecção de dadores e à preservação de gâmetas, cujas 14

equipas médicas obedecem a constituições específicas, contempladas nos arts. 6.º-A e 6.º-B.

- 15 Os centros autorizados dispõem de instalações e equipamentos em estrito cumprimento das normas definidas pelo CNPMA como condições de funcionamento – art. 7.º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, de 11.02, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26/04, e 30.º, n.º 2, al.ª b) da presente Lei e Lei 12/2009 de 26.03.
- 16 Os centros autorizados reportam à CNPMA a quem enviam relatórios anuais de actividade e por quem são objecto de auditoria bienal e de visitas intercalares – art. 7.º, n.ºs 3, 4 e 5 do Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, de 11.02, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26/04, e 30.º, n.º 2, als. c), m e n) da presente Lei e Lei 12/2009 de 26.03
- 17 Finalmente, os centros autorizados são objecto de auditorias, inspecções e fiscalizações realizadas pela Inspeção-Geral de Saúde em articulação com o CNPMA – art. 8.º do Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, de 11.02, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26/04, e Lei 12/2009 de 26.03.
- 18 Os tratamentos de PMA estão circunscritos aos centros devidamente autorizados para o efeito, que deve fornecer ao casal intervencionado os originais, ou cópias, de todos os exames médicos efectuados, bem como um relatório detalhado, médico e laboratorial, de cada ciclo de tratamento efectuado.
- 19 A PMA é um acto médico e como tal depende do diagnóstico da existência dos pressupostos que aconselham a sua aplicação, ou seja infertilidade, tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.
- 20 A Organização Mundial de Saúde considera a infertilidade uma doença que deve ser vista como um problema de saúde pública que atinge um crescente número de casais inférteis.
- 21 A determinação dos estabelecimentos autorizados e das pessoas qualificadas para a realização dos tratamentos foi, desde o início, uma das preocupações regulamentares expressas pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, transpostas para a proposta de Lei e para a presente Lei. Tal prende-se com o princípio fundamental do direito à Saúde previsto no art. 64.º, n.º 3, al.ª d) da CRP, “para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado (...) disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade.”
- 22 A regulação é uma forma de protecção da saúde pública, em primeiro lugar assegurando que todas as clínicas tenham condições de funcionamento seguras de acordo com os padrões legalmente estabelecidos de eficiência e qualidade, em segundo lugar permitindo um maior controlo das clínicas e dos médicos e investigadores que aí desenvolvem o seu trabalho (cfr. Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004), e Lei 12/2009 de 26.03.
- 23 As maiores cautelas, nesta área, justificam-se pelas intervenções em causa. A intimidade, a segurança, a certificação da seriedade, da qualidade e eficácia dos resultados deverá ser assegurada através de um maior controlo por parte do Estado, Ministério da Saúde, na autorização conferida aos centros de PMA.
- 24 Vejam-se: art. 5.º “Centros autorizados e pessoas qualificadas: 1. As técnicas de PMA só podem ser ministradas em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito pelo Ministro da Saúde; 2. São definidos em diploma próprio, designadamente: a) As qualificações exigidas às equipas médicas e ao restante pessoal *de saúde*; b) O modo e os critérios de avaliação periódica da

qualidade técnica; c) As situações em que a autorização de funcionamento pode ser revogada.”; e o art.17.º “Encargos: 1. Os centros autorizados a ministrar técnicas de PMA não podem, no cálculo da retribuição exigível, atribuir qualquer valor ao material genético doado nem aos embriões doados; 2. O recurso às técnicas de PMA no âmbito do Serviço Nacional de Saúde é suportado nas condições que vierem a ser definidas em diploma próprio, tendo em conta o parecer do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.”

O **tipo objectivo** de ilícito consiste em aplicar essas técnicas fora dos locais autorizados. 25

Assim, todos os locais onde se apliquem técnicas de PMA que não obedeçam às regras do citado Decreto-Regulamentar, constituem centros não autorizados e são como tais passíveis de censura penal. 26

A autorização de funcionamento concedida a um centro de PMA pode ser revogada em situações de má prática resultantes de violação da presente Lei, ou de falta de condições técnicas e de segurança definidas pelo CNPMA nos termos da al.^a b) do n.º 2 do art. 30.º da presente Lei – art. 9.º do citado Decreto-Regulamentar, pelo que importa verificar se o centro autorizado não o deixou de ser (cfr. Lei 12/2009 de 26.03). 27

É um **crime de mera actividade**: exige-se a aplicação da técnica de PMA independentemente do seu resultado. 28

É um **crime específico**: apenas pode ser cometido por determinadas pessoas (médicos, biólogos, bioquímicos, farmacêuticos – veja-se o art. 6.º do citado Decreto-Regulamentar – outros técnicos ligados à saúde) em estabelecimentos de saúde não autorizados para a aplicação das técnicas de PMA. 29

É um **crime específico próprio**: a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude. A tipicidade requer que o estabelecimento onde a técnica é aplicada não se encontre devidamente autorizado e que os profissionais que nele aplicam as técnicas de PMA o saibam. 30

É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido é atingido (a dignidade humana, a integridade física e moral dos beneficiários das técnicas de PMA). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido 31

O crime previsto na presente norma, pelos bens jurídicos que protege, assume natureza pública. 32

Elemento subjectivo: atendendo ao tipo de actividade exercida e às exigências legais para o seu exercício o dispositivo contém um tipo exclusivamente doloso, apenas admitindo o dolo específico. A conduta só é relevante se o agente actuar com a forma de dolo exigida pela lei. 33

Dolo específico: o agente actua com intenção de aplicar técnica de PMA fora de centro autorizado, com conhecimento de que tal aplicação é proibida e penalmente punível. 34

A responsabilidade penal pela prática deste ilícito poderá estar numa relação de **concurso** efectivo com outros ilícitos tendo em atenção as consequências dos actos praticados, como sejam os crimes dos arts. 143.º, 144.º, 145.º, com a agravação dos arts. 147.º, 148.º, 150.º do C.Penal. Todavia, o concurso não resulta directamente do facto de ser praticado fora do local autorizado. 35

Não há lugar à punição da **tentativa** atendendo ao limite máximo da pena aplicável – art. 23.º, n.º 1 do C.P. 36

O art. 44.º, al.^a b) prevê a punição a título de **contra-ordenação** da aplicação de técnica de PMA fora de centro autorizado com coima de € 10 000 a € 50 000 no caso de pessoas singulares, sendo o máximo de € 500 000 no caso de pessoas colectivas. 37

A negligência é punível com redução para metade dos montantes máximos. Esta redacção é muito semelhante ao crime previsto no art. 34.º.

- 38 Parece-nos que há aqui uma incongruência a nível legislativo, dado que se verifica uma sobreposição de incriminações, a título de crime e contra-ordenação, para a mesma conduta. Tal opção deveria ser mais clara já que se trata de uma opção a nível de política criminal.
- 39 O art. 45.º da presente prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária, a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão, a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos, o encerramento temporário de estabelecimento, a cessação da autorização e funcionamento, a publicidade da decisão condenatória.

Artigo 35.º

Beneficiários

Quem aplicar técnicas de PMA com violação do disposto no n.º 2 do artigo 6.º é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 7)

Os beneficiários (anotações 8 a 20)

O consentimento (anotações 21 a 29)

O tipo objectivo (anotações 30 a 34)

O tipo subjectivo (anotações 35 e 36)

O concurso (anotações 37 e 38)

A tentativa (anotação 39)

A contra-ordenação (anotações 40 a 42)

As sanções acessórias (anotação 43)

- 1 As **fontes** da norma são os arts. 1.º, 24.º, 25.º, n.º 1, 67.º, n.ºs 1 e 2, als. d), e), 68.º, n.ºs 1 e 2, 69.º, n.º 1 e 71.º da CRP e arts 1.º, 5.º, 6.º e 7.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina e o Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem de Seres Humanos, ratificados por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, após terem sido aprovados para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, publicada no DR – 1.ª Série – A; o Estatuto Disciplinar dos Médicos: Decreto-Lei n.º 217/94, de 20.08 (art. 2.º); o Estatuto da Ordem dos Médicos: Decreto-Lei n.º 282/77, de 05.07 (arts. 13.º, als. a) e b) e 14.º); o Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008) (arts. 1.º, 2.º, n.º 1, 5.º, n.º 1, 10.º, 34.º, 39.º, n.º 1, 45.º, n.º 1, 46.º, n.º 1, 48.º e 65.º); a Lei n.º 120/99, de 11.08, que prevê as Garantias do Direito à Saúde Reprodutiva; o Decreto-Lei n.º 259/2000, de 17.10, que fixa as condições de promoção da educação sexual e de acesso dos jovens a cuidados de saúde no âmbito da sexualidade e do planeamento.
- 2 Os **bens jurídicos protegidos** são a dignidade da pessoa humana e a integridade física e moral de todos aqueles que por si não se possam reger (menores, interditos, inabilitados) e, por isso, não sejam capazes de prestar o seu consentimento, quanto mais livre e informado, enquanto beneficiários de técnicas de PMA e de todos

aqueles que venham a nascer na sequência da aplicação de uma técnica de PMA aos mencionados beneficiários.

Nesta perspectiva está também em causa a protecção da integridade genética e o desenvolvimento evolutivo da espécie.

Pretende salvaguardar os direitos das pessoas que mais directamente poderão estar em causa por efeito da aplicação de técnicas de procriação assistida e, em especial, o direito à integridade física e moral (art. 25.º da CRP), os direitos à identidade pessoal, à identidade genética, ao desenvolvimento da personalidade e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 26.º da CRP), o direito a constituir família (art. 36.º da CRP) e, ainda, o direito à saúde (art. 64.º da CRP) – Ac. do TC n.º 101/2009, proc. n.º 963/06.

Veja-se o art. 3.º do diploma: “As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana, sendo proibida a discriminação com base no património genético ou no facto de se ter nascido em resultado da utilização de técnicas de PMA.”

Ao fazer um apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito da procriação medicamente assistida, o preceito remete para o estabelecido no art. 1.º da Constituição, onde se declara que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária», *in* Maria Lúcia Amaral, “O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional”, Relatório do Tribunal Constitucional Português à 9.ª Conferência Trilateral Portugal, Espanha e Itália, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Enquanto **bem ou valor constitucionalmente protegido**, o conceito constitucional de vida humana abrange não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa, a vida intra-uterina (independentemente do momento em que se entenda que esta tem início) e a vida do embrião fertilizado» – cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *in* anotação aos arts. 1.º a 107.º da “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra Editora, p. 449.

A **definição de beneficiários** das técnicas de PMA está contemplada no art. 6.º, n.ºs 1 e 2 onde define no seu n.º 1 o universo das pessoas que assumem esta qualidade: “Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA” e no seu n.º 2 condiciona a utilização das técnicas a maiores de 18 anos de idade não interditados ou inabilitados por anomalia psíquica.

Este dispositivo foi concebido pelo legislador no pressuposto da constituição da família entre pessoas de sexo diferente, daí que se limite o recurso a técnicas de PMA a pessoas casadas ou que vivam em união de facto sendo de sexo diferente, assim vedando o acesso a estas técnicas a casais do mesmo sexo em idênticas circunstâncias.

Com a aprovação do diploma que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a redacção actual deste dispositivo e do diploma em geral terá de ser objecto de reflexão, e de eventual alteração legislativa, quanto ao seu alargamento aos casais formados por pessoas do mesmo sexo.

A lei não fixa uma limitação à idade máxima, feminina ou masculina, para os beneficiários da PMA.

Nos vários ordenamentos jurídicos europeus optou-se por incluir um limite de idade para os beneficiários de PMA, como sucede na Áustria (40 anos), no Luxemburgo (40 anos), na Bélgica (42 anos), na Eslovénia (43 anos), na Dinamarca (45 anos) – veja-se *Replies by the member states to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on the right to know about their origin for children*

born after MAP, Steering Committee of Bioethics, Conselho da Europa, de 12 de Julho de 2005, disponível em http://www.coe.int/t/dg3/bioethics/activities/texts_and_documents/.

- 13 A legislação espanhola e inglesa centrou-se na ideia de protecção concreta da pessoa a nascer Inglaterra, não fixando uma idade máxima para a obtenção de gravidez através da PMA. Neste sentido, a Ley 14/2006, de 26 de Mayo, estabelece, no seu artigo 3.º, n.º 1, relativo às condições pessoais de aplicação das técnicas de PMA, que «as técnicas de procriação assistida só se realizarão quando haja possibilidades razoáveis de êxito e não impliquem risco grave para a saúde, física ou psíquica, da mulher ou da possível descendência [...]». De uma forma, porventura, mais ampla (que poderá abranger não só a protecção da integridade física e psíquica da pessoa a nascer como, ainda, do seu integral desenvolvimento), a legislação britânica estabelece, a respeito da procriação medicamente assistida, a obrigação para os profissionais competentes de avaliar o «bem-estar da criança que possa vir a nascer» – JOSÉ ANTONIO COBACHO GOMEZ e JUAN JOSE INIESTA DELGADO “Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproduccion Humana Asistida”; secção 13, § 5, do *Human Fertilisation and Embriology Act* de 1990, in: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900037_en_1.htm.
- 14 Apesar de não se imporem limites etários máximos para os tratamentos de fertilidade, os médicos têm concordado na recusa da aplicação destes tratamentos a mulheres com mais de 50 anos de idade. É consensual que o recurso à PMA em idade avançada comporta riscos tanto para a futura mãe como para a criança que venha a nascer, o que tem permitido lançar o debate sobre a conveniência do estabelecimento de um limite legal de idade máxima para a utilização da procriação medicamente assistida.
- 15 A exclusão de certas pessoas do acesso às técnicas médicas de reprodução assistida reside no facto destas técnicas representarem um método subsidiário e não alternativo de procriação, devendo ser ponderadas as suas probabilidades de êxito e os seus inconvenientes (art. 4.º, n.º 1 da Lei), veja VERA LÚCIA RAPOSO, “Em nome do pai(...) da mãe, dos pais e das duas mães” – análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006, in *Lex Medicinæ*, RPDS, Centro de Direito Biomédico.
- 16 Art. 14.º da presente Lei: “Os beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito perante o médico responsável” (n.º 1), devendo, para o efeito, ser informados, por escrito, de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas (n.º 2).
- 17 O art. 14.º da presente lei corresponde à transposição para o ordenamento jurídico português do art. 5.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina “Qualquer intervenção no domínio da saúde só pode ser efectuada após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido. Esta pessoa deve receber previamente a informação adequada quanto ao objectivo da intervenção, bem como às suas consequências e riscos. A pessoa em questão pode, em qualquer momento, revogar livremente o seu consentimento.”
- 18 Também neste sentido veja-se o art. 3.º, n.ºs 1 e 2, al.^a a) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º C 303, de 14 de Dezembro de 2007: “1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: a) o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”.

19
 Vejam-se também o art. 11.º da presente Lei: “Compete ao médico responsável propor aos beneficiários a técnica de PMA que, cientificamente, se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo os preceitos do conhecimento médico” e o art. 63.º, n.º 2 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008): “O médico só deverá propor a técnica de procriação medicamente assistida que se afigure mais adequada quando outros tratamentos não tenham sido bem-sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes segundo conhecimento médico.”

20
 Os arts. 45.º e 65.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos referem-se igualmente ao consentimento para a aplicação de uma técnica de PMA fazendo depender a sua validade da capacidade do beneficiário decidir livremente da sua aplicação.

21
 Já no caso dos menores ou incapazes, estatui o mesmo Código Deontológico, no seu art. 48.º, n.º 3, que o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais.

22
 Atentos os interesses em causa, a incriminação centrou-se essencialmente na protecção daqueles a quem é vedada a utilização de técnicas de PMA pela sua incapacidade para se regerem e determinarem por si, que não podem, desde logo, prestar o consentimento juridicamente eficaz, e também na protecção concreta da pessoa a nascer.

23
 O **consentimento** do beneficiário deve ser prestado de forma livre, esclarecida e por escrito perante o médico responsável, antecedido de informação sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos, daí que apenas os beneficiários maiores e capazes tenham condições para entender a informação prestada, aceitar, ou não, as suas implicações, decidir e, decidindo positivamente, de prestar o seu consentimento à aplicação de uma técnica de PMA.

24
 Em todo o caso, o consentimento esclarecido é um consentimento informado de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas (art. 14.º, n.º 3 da presente Lei), apenas percepcionáveis e compreensíveis por beneficiários capazes.

25
 Também neste contexto, veja-se o disposto no art. 157.º do C.P.: “... o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento...” e o art. 168.º do CP “... quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de 1 a 8 anos”.

26
 A sujeição a técnicas de PMA, em menores de 18 anos, interditos ou inabilitados consubstancia a prática de um crime, porquanto apenas os maiores e capazes têm condições para prestar o consentimento de acordo com o art. 14.º da presente Lei.

27
 Quanto à questão de a interdição ou inabilitação se encontrar ou não judicialmente declarada, afigura-se-nos que o legislador optou pela sua declaração judicial.

28
 Todavia, o legislador estabeleceu mecanismos de defesa no caso dos menores de 18 anos de idade e dos portadores de alterações cognitivas sem declaração judicial de interdição ou inabilitação. Estatui o art. 14.º que os beneficiários da PMA devem prestar o seu consentimento livre e esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável, e, por seu lado, os arts. 45.º e 46.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008) refere que só é válido o consentimento do doente que tiver capacidade de decidir livremente e que no caso das crianças ou de doentes com alterações cognitivas que os torne incapazes, temporária ou definitivamente, de dar o seu consentimento, este deve ser solicitado ao seu representante legal, se possível.

- 29 Em analogia às situações de filiação natural, os menores, os interditos e inabilitados estão limitados no exercício do poder paternal, conforme estipulam os arts. 1913.º, n.º 1, al.ª b) e n.º 2 do Código Civil, em conjugação com o disposto no art. 194.º da OTM.
- 30 O **tipo objectivo** deste ilícito consiste na aplicação das técnicas de PMA em pessoas com idade inferior a 18 anos ou interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica.
- 31 É um **crime específico**: apenas pode ser cometido por profissionais de saúde, especialistas em genética e em ciências da reprodução e pelo centro autorizado para a aplicação das técnicas de PMA.
- 32 É um **crime específico próprio**: a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude. A tipicidade requer que o médico responsável (veja-se art. 14.º da presente Lei), ou o centro autorizado, conheça a idade ou a situação pessoal da pessoa que vai beneficiar da aplicação da técnica de PMA.
- 33 É um **crime de resultado** quanto à consumação do ataque ao objecto da acção: aplicação da técnica de PMA em qualquer uma das pessoas enunciadas no art. 6.º, n.º 2 da presente Lei.
- 34 É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido é atingido (a dignidade do beneficiário, a sua integridade física e moral). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido.
- 35 **Elemento subjectivo**: Atendendo à qualidade dos seus agentes apenas admite o dolo específico. A conduta só é relevante tipicamente se o agente actuar com a forma de dolo exigida pela lei.
- 36 **Dolo específico**: o agente actua com intenção de aplicar técnica de PMA em beneficiário que sabe ser menor de 18 anos de idade, ou interdito ou incapaz, com conhecimento de que tal aplicação é proibida e penalmente punível.
- 37 A responsabilidade penal pela prática deste ilícito poderá estar numa relação de **concurso efectivo** com outros ilícitos tendo em atenção a aplicação da técnica a beneficiário incapaz em centro não autorizado e as consequências dos actos praticados, como sejam os crimes do art. 34.º da presente Lei e arts. 143.º, 144.º, 145.º, com a agravação do art. 147.º, todos do CP.
- 38 A responsabilidade penal pela prática deste ilícito poderá estar numa **relação de subsidiariedade** com o crime p. e p. no art. 168.º do CP “Quem praticar acto de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”, referindo-se este a mulher de maior idade e capaz.
- 39 A **tentativa** é punível atendendo ao limite máximo da pena aplicável – arts. 22.º e 23.º, n.º 1 do CP.
- 40 O art. 44.º, n.º 1, al.ª c) prevê a punição a título de **contra-ordenação** da aplicação por pessoa singular ou colectiva de técnica de PMA em menor de 18 anos de idade, interdito ou inabilitado por anomalia psíquica com coima de € 10 000 a € 50 000 no caso de pessoas singulares, sendo o máximo de € 500 000 no caso de pessoas colectivas. A negligência é punível com redução para metade dos montantes máximos.
- 41 A tipificação como ilícito de mera ordenação social é, mais uma vez, uma sobreposição de incriminações a título de crime e contra-ordenação.
- 42 Com efeito, a remissão para o art. 6.º conduz a uma dupla incriminação no que se refere à violação do disposto no n.º 2 desse preceito, dado que a não verificação daqueles requisitos equivale a uma violação dos mesmos.
- 43 O art. 45.º prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços

públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; publicidade da decisão condenatória.

Artigo 36.º

Clonagem reprodutiva

1. Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 8)

O bem jurídico (anotações 9 a 11)

A noção de clonagem (anotações 12 a 14)

As técnicas de clonagem (anotações 15 a 26)

O tipo objectivo (anotações 27 a 32)

O tipo subjectivo (anotações 33 e 34)

A tentativa (anotação 35)

A pena (anotações 36 a 39)

As **fontes** da norma são os arts. 1.º, 26.º, n.ºs 1 e 3 da CRP; arts. 1.º e 2.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina e art. 1.º do Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem em Seres Humanos, aprovados para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificados por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, 1.ª Série – A, n.º 2/2001; art. 64.º, n.º 1, al.ª a) do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008); o Estatuto Disciplinar dos Médicos: Decreto-Lei n.º 217/94, de 20.08 (art. 2.º); o Estatuto da Ordem dos Médicos: Decreto-Lei n.º 282/77, de 05.07 (arts. 13.º, als. a) e b) e 14.º).

Relacionado com este dispositivo está o art. 7.º (finalidades proibidas), n.º 1 da presente Lei que corresponde à transposição para o ordenamento jurídico português do art. 1.º, n.º 1 do Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem em Seres Humanos onde se estatui: “É proibida qualquer intervenção cuja finalidade seja a de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro ser humano, vivo ou morto.”

“A instrumentalização do ser humano, através da criação deliberada de seres humanos geneticamente idênticos, é contrária à dignidade do homem e constitui deste modo um uso impróprio da biologia e da medicina” – cfr. Preâmbulo deste Protocolo Adicional.

O Protocolo define o ser humano “geneticamente idêntico” a outro ser humano como aquele que tem em comum com o outro o mesmo conjunto de genes nucleares (art. 1.º, n.º 2).

A proibição da clonagem reprodutiva *stricto sensu* está também consignada no direito comunitário, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º C 303, de 14 de Dezembro de 2007, art. 3.º, n.º 2, al.ª d), *in* http://www.eurocid.pt/pls/wsd/docs/F5027/000034894_2.pdf (“No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente, a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos”).

E ainda da União Europeia, cfr. as Resoluções de 16 de Março de 1989, de 28 de Outubro de 1993, de 12 de Março de 1997, de 15 de Janeiro de 1998 e de 7 de

Setembro de 2000 (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, n.º C 96, de 17 de Abril de 1989, p. 165; n.º C 315, de 22 de Novembro de 1993, p. 224; n.º C 115, de 14 de Abril de 1997, p. 92; n.º C 34, de 2 de Fevereiro de 1998, p. 164; e n.º C 135, de 7 de Maio de 2001, p. 263).

- 7 A unanimidade expressa pelos instrumentos internacionais criou quanto à clonagem uma regra de *ius cogens*, como salienta PAULO OTERO “(...) a proibição da clonagem humana representa já hoje uma regra imperativa de direito internacional Geral ou Comum, insusceptível, por isso mesmo, de qualquer derrogação.” cfr. “Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da biomedicina”, Almedina, Setembro de 1999, p. 70.
- 8 Também o art. 64.º, n.º 1 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008) impede o médico de realizar a procriação medicamente assistida com o objectivo de criar seres humanos idênticos.
- 9 **Bem jurídico:** este dispositivo consagra a tutela da dignidade da espécie humana e da integridade genética do ser humano (inalterabilidade e intangibilidade do património genético hereditário e a identidade e irrepetibilidade do ser humano).
- 10 Como refere Paulo Otero, *in Ob. Cit.*, Cada ser humano é “único, original, sem cópia, irrepetível e insubstituível”. Da individualidade humana depende o sucesso da humanidade, pelo que a individualidade genética é irrenunciável. A protecção da individualidade genética é uma realização do princípio da dignidade humana, obstando à instrumentalização do homem, à sua “coisificação”. A clonagem configura, no pior cenário, a repetição em série de alguém, que por força dessa fungibilidade deixa de ser considerado um ser humano para se converter em “coisa”. A protecção da individualidade genética e da dignidade humana integra em lato senso a defesa da vida humana. “A clonagem não é apenas uma violação do direito à identidade pessoal de cada ser humano, ela assume-se, igualmente, como um atentado à própria vida humana”.
- 11 O mesmo entendimento é defendido pela CNECV no seu Parecer n.º 48/CNECV/06 “A clonagem com finalidade reprodutiva e a clonagem para fins de investigação biomédica suscitam problemas éticos específicos. Independentemente da viabilidade da clonagem com finalidade reprodutiva, esta deve ser proibida porque viola a dignidade humana”.
- 12 Pode definir-se **clonagem** como qualquer meio ou procedimento capaz de criar seres humanos idênticos entre si seja actuando exclusivamente sobre pré-embriões seja utilizando material celular de outros embriões, fetos ou seres humanos nascidos ou mortos, incluindo a sequência do código genético dos indivíduos que se queira clonar – cfr. LORENZO MORILLAS CUEVA, *in* Lección 5 “Delitos Relativos a la Manipulación Genética”, Curso de Derecho Penal Espanol – Parte Especial I, p. 187, – Marcial Pons.
- 13 “Nas situações em que a técnica alcançou êxito, foi possível obter um ser vivo a partir de núcleos de células somáticas adultas, geneticamente reprogramadas e revertidas ao estado embrionário. Os núcleos assim preparados são introduzidos no interior de um ovócito da mesma espécie ao qual se retira previamente o núcleo, destituindo-o, assim, de informação genética nuclear. Através de efeitos técnicos especiais, o núcleo da célula somática pode reactivar informações genéticas adormecidas e retomar o seu estado embrionário, iniciando divisões mitóticas sucessivas como se tratasse de um verdadeiro embrião em desenvolvimento precoce. Verificada a formação de blastómeros, o embrião clonado é transferido para o útero de uma fêmea receptora e, daí, poderá vir a nascer um novo ser que reproduzirá, quase fielmente, aquele que forneceu a célula somática diferenciada e que originará um seu clone”. (cfr. Relatório PMA, Julho de 2004, p. 10).

- Por outras palavras, “a clonagem é obtida, como no caso de Dolly, por transferência do núcleo de uma célula do corpo, não germinal, para um ovócito ao qual se retirou o respectivo núcleo; esta célula mista é sujeita a estimulação química ou eléctrica, processos que provocam divisão celular e formação de uma estrutura de tipo embrionário. Esta estrutura, se colocada no útero de uma fêmea da mesma espécie, revela-se como capaz de dar origem a um novo animal, que fenotipicamente representa uma cópia do animal ao qual foi retirada a célula cujo núcleo foi transferido para o ovócito.” (in Bioética Simples, MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES E WALTER OSSWALD, Ed. Verbo, 2007). 14
- Este ilícito abrange duas **técnicas de clonagem**, a transferência para o útero de embrião obtido através de técnica de transferência de núcleo e a transferência de embrião obtido através da cisão de embriões, impondo à sua prática uma sanção penal. 15
- A técnica de transferência de núcleo abrange a clonagem reprodutiva e a clonagem de investigação ou terapêutica, punindo a primeira e permitindo a segunda. 16
- A **clonagem reprodutiva** constitui um procedimento até agora apenas conseguido nalgumas espécies animais e representa um verdadeiro modelo de reprodução assexuada. 17
- A **clonagem de investigação ou terapêutica** consiste em transferir um núcleo da célula adulta de um paciente para um ovócito ao qual foi extraído previamente seu núcleo, com a finalidade de reprogramar o seu crescimento celular e tentar reorientá-lo para a criação de órgãos e tecidos que depois podem ser transplantados no paciente para tratar alguma patologia. 18
- O embrião resultante de clonagem terapêutica pode ser utilizado na investigação científica com o objectivo de prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, aperfeiçoamento das técnicas de PMA, constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas e desde que seja razoável esperar que daí possa resultar benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico de apreciação e decisão do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida – art. 9.º, n.ºs 2, 3 e 4, al.ª d). 19
- Este regime legal permite harmonizar a protecção da dignidade humana com outros direitos e valores constitucionais, como a liberdade de criação científica em articulação com o direito à saúde, tutelados nos arts. 42.º, n.º 2 e 64.º, n.º 1 da C.R.P.. 20
- A clonagem de investigação ou terapêutica não é afastada pelo art. 1.º, n.º 1 do Protocolo Adicional que Proíbe a Clonagem em Seres Humanos, que apenas proíbe a intervenção cuja finalidade seja a de “criar um ser humano geneticamente idêntico a outro, vivo ou morto.” 21
- O legislador, no que respeita à técnica de transferência de núcleo, excepciona do enquadramento penal as situações em que a transferência seja necessária à aplicação das técnicas legalmente autorizadas de PMA em vista das finalidades admitidas pelo art. 4.º, n.º 2 da presente Lei. 22
- “A intencionalidade da ressalva (...) tem, pois a ver, (...), com os casos em que se cria um embrião a partir de gâmetas de ambos os pais, utilizando um ovócito anucleado de uma dadora, e em que o resultado é a existência de um embrião que tem o DNA nuclear de ambos os pais, mas que foi criado em parte, através de uma transferência nuclear, para evitar o risco de transmissão de doença genética ligado ao citoplasma dos gâmetas maternos” (cfr. Diários da Assembleia da República, Série I, n.º 58/X/1, de 22.10.2005, p. 2652, e n.º 20 de 16.11.2005, p. 59). 23
- “A ressalva do art. 36.º, n.º 1 apenas pode ser interpretada como abrangendo os casos em que a transferência de núcleo é levada a cabo, como técnica secundária, subordinadamente necessária para a aplicação das técnicas de PMA previstas 24

nomeadamente nas als. b), c) e d) do n.º 2 do art. 2.º, sem pôr em causa a proibição do art. 7.º, n.º 1, que objectivamente impende sobre as técnicas de PMA, de criação de seres geneticamente idênticos.” (in Ac. do TC n.º 101/2009).

- 25 Por esta razão, nesta situação não há em rigor uma clonagem reprodutiva, pois não se pretende criar um ser humano geneticamente idêntico a outro, tratando-se, neste caso, de clonagem terapêutica.
- 26 A **cisão de embriões**, permite uma divisão artificial das células que dão origem ao embrião, equivalendo, *grosso modo*, à criação artificial de gémeos verdadeiros.
- 27 Em relação ao **tipo objectivo**, proíbe-se a transferência para o útero de embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo e a transferência para o útero de embrião obtido através da cisão de embriões com a finalidade de obter um ser humano geneticamente idêntico a outro.
- 28 O legislador ao atribuir a epígrafe “Clonagem reprodutiva” ao art. 36.º assume como elemento objectivo do tipo a criação de um ser humano geneticamente idêntico a outro, embora o não refira no corpo do artigo.
- 29 É um **crime específico**: apenas pode ser cometido por profissionais de saúde, especialistas em genética e em ciências da reprodução que executem a transferência e pelo centro autorizado para a aplicação das técnicas de PMA.
- 30 É um **crime específico próprio**: a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude.
- 31 É um **crime de resultado** quanto à consumação do ataque ao objecto da acção: basta a transferência para o útero de embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo ou a transferência para o útero de embrião obtido através da cisão de embriões, independentemente do resultado da gestação.
- 32 É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido é atingido (a dignidade da espécie humana e a integridade genética do ser humano). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido.
- 33 Em relação ao **elemento subjectivo**: o agente actua com intenção de transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, fora da aplicação de técnica de PMA, ou com intenção de proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões, nas duas situações com a finalidade de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro, com conhecimento de que tal transferência e finalidade são proibidas e penalmente puníveis.
- 34 O dispositivo contém um tipo exclusivamente doloso, exigindo-se um **dolo específico**. O agente tem “ciência certa” de que o embrião a transferir para o útero foi obtido através da técnica de transferência de núcleo, fora da aplicação de técnica de PMA, ou obtido através da cisão de embriões e quer utilizá-lo com a finalidade de obter um ser humano geneticamente idêntico a outro.
- 35 A **tentativa** é punível atendendo ao limite máximo da pena aplicável – arts. 22.º e 23.º, n.º 1 do CP.
- 36 Em sede de punição, face à gravidade do desvalor da acção, o legislador apenas pune este ilícito com **pena de prisão** à semelhança da punição dos crimes dos arts. 38.º (criação de quimeras ou híbridos) e 40.º (utilização indevida de embriões).
- 37 Podemos concluir que a harmonização da moldura penal nestes ilícitos assenta no desvalor da manipulação genética comum a todos com outros fins que não sejam a PMA ou a investigação científica nos casos em que é legalmente permitida.
- 38 Pode ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03.
- 39 O art. 45.º da presente Lei prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo sendo elas a injunção

judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; publicidade da decisão condenatória.

Artigo 37.º

Escolha de características não médicas

Quem utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo, fora dos casos permitidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 4)

O bem jurídico (anotações 5 a 15)

O embrião-medicamento (anotações 16 a 21)

O tipo objectivo (anotações 22 a 28)

O tipo subjectivo (anotações 29 e 30)

A tentativa (anotação 31)

A pena (anotações 32 a 36)

- As **fontes** da norma são os arts. 13.º e 14.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, I-Série-A, n.º 2/2001. 1
- A norma corresponde à transposição para ordem jurídica nacional do art. 14.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina que não admite a utilização de técnicas de PMA para escolher o sexo da criança a nascer, salvo para evitar uma doença hereditária grave ligada ao sexo. 2
- E corresponde também à transposição do seu art. 13.º na parte que se refere à admissibilidade da modificação do genoma humano quando levada a cabo por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e desde que não tenha por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência. 3
- Veja-se também o art. 3.º, n.ºs 1 e 2, al.ª b) da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º C 303, de 14 de Dezembro de 2007: “1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: b) a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas”. 4
- O **bem jurídico** tutelado situa-se na protecção do património genético hereditário, tanto na vertente da identidade genética do ser humano como na vertente da integridade e inalterabilidade do património genético – cfr. BENITEZ ORTÚZAR, “Aspectos Jurídico Penales de la Reproducción Asistida y la Manipulación Genética Humana”, Madrid, 1997, p. 467. 5
- Ao proibir a escolha de características não genéticas do nascituro, a norma visa proteger os futuros nascituros de manipulações que nada têm que ver com a sua saúde. 6
- A procura da **perfeição biológica** poderia conduzir à escolha de características tão arbitrárias como a altura ou a cor dos olhos, na tentativa de “construir” uma 7

criança de acordo com os cânones social e culturalmente aceites em cada época, ao sabor da moda do momento.

- 8 Antes de se satisfazer o desejo de garantir a descendência, e de a garantir com determinadas características não médicas, há que ter presente que se trata da geração de uma pessoa, de uma vida humana, que tem direito à sua individualidade e património genético.
- 9 Pretende o legislador garantir que os resultados da concepção por recurso a técnicas de PMA, se aproximem o mais possível da concepção por métodos naturais, limitando, ao máximo, a possibilidade de se efectuarem escolhas quanto às características do nascituro, assim protegendo, em última *ratio*, o direito à vida.
- 10 A solução proibitiva fundamenta-se no risco grave de selecção genética que as técnicas de PMA envolvem.
- 11 Em estreita relação com esta norma está o art. 7.º, n.º 2 da presente Lei, ao estatuir que “as técnicas de PMA não podem ser utilizadas para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, designadamente a escolha do sexo.” Cfr., também, neste sentido, MARIA DE BELÉM ROSEIRA, O processo de elaboração da Lei n.º 32/2006, Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 45, Janeiro-Março de 2007, p. 59.
- 12 Só em casos justificados se poderá fazer uso de técnicas de PMA que permitam alterar as características do embrião.
- 13 Tal está de acordo com o disposto no art. 4.º, n.º 2 da presente Lei: “A utilização de técnicas de PMA só pode verificar-se mediante diagnóstico de infertilidade ou ainda, sendo caso disso, para tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras.” (sobre o assunto, *vide*, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Um caso de selecção de embriões!”, Lex Medicinæ-Revista Portuguesa de Direito da Saúde, n.º 1, 2004, pp. 7 e ss.).
- 14 O n.º 3 do art. 7.º exceptua “do disposto no número anterior os casos em que haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo, e para a qual não seja ainda possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.”
- 15 Esta última excepção só pode ocorrer “em casos de ponderosa necessidade para tratamento de doença grave. A verificação de tal pressuposto está, além do mais, sujeita a uma avaliação individualizada do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, nos termos do art. 30.º, n.º 2, al.ª q).” – *in* Ac. do TC n.º 101/2009.
- 16 O legislador admite a criação de **embriões-medicamento**, permitindo a instrumentalização do embrião humano, ao prever que as técnicas de procriação medicamente assistida sejam utilizadas não apenas por razões de infertilidade ou para evitar a transmissão de doenças genéticas, mas ainda, a título subsidiário e excepional, para conseguir que a criança a nascer tenha um grupo de HLA compatível com outra pessoa (por exemplo, um familiar ligado por um vínculo de parentesco).
- 17 Permite-se a **selecção de embriões** de acordo com o seu grupo HLA, implantando apenas os que forem compatíveis com familiares vivos que padeçam de doença grave, o que é possível mediante diagnóstico genético pré-implantação (DGPI), a que se referem os arts. 28.º e 29.º da presente Lei.
- 18 O DGPI, neste caso, visa identificar, antes da sua transferência para o útero materno, os embriões que possuam uma determinada característica genética que será ulteriormente utilizada, através do material biológico da criança que vier a nascer, com uma finalidade terapêutica, permitindo salvar a vida ou melhorar o estado de saúde de uma outra pessoa.

- A lei espanhola autoriza o recurso ao DGPI para selecção dos embriões com base no grupo HLA, para fins terapêuticos de terceiros, embora estabeleça a obrigatoriedade de aprovação do procedimento, caso a caso, pela Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida (cfr. art. 12.º, n.º 2, da Ley 14/2006). Em Espanha Esperanza Martin Cornejo, de 43 anos, intentou acção judicial de modo a obter o direito que a natureza lhe negava e poder dar à luz uma filha, em vez de mais um rapaz, a acrescentar aos vários que já tinha. A escolha foi-lhe negada pelos Tribunais Espanhóis. Cfr. DUARTE TIAGO “In Vitro Veritas? – Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei.”, Almedina, Fevereiro 2003, p. 83. 19
- Também o ordenamento jurídico francês veio recentemente permitir a selecção de embriões através do DGPI, para efeitos de doença genética grave de um irmão, reconhecida como incurável, no momento do diagnóstico (cfr. art. L2131-4-1 do Code de La Santé Publique). 20
- Esta é também uma prática admitida no Reino Unido desde 2004 (cfr. Human Fertilisation and Embryology Authority Report: Preimplantation Tissue Typing, de 2004, pp. 2 e 10, in www.hfea.gov.uk/docs/PreimplantationReport.pdf). 21
- O **tipo objectivo** do ilícito consiste na utilização ou aplicação de técnicas de PMA para melhoramento genético do embrião ou de qualquer característica não médicas do nascituro. 22
- A norma exemplifica como característica não médica a escolha de género, podendo abranger qualquer outra característica não médica passível de manipulação, como sejam a escolha da cor dos olhos, da cor do cabelo, da cor da pele, a altura (“filho por encomenda”). 23
- Prevê o legislador duas excepções à criminalização: quando haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo para a qual não seja possível a detecção directa por diagnóstico pré-natal ou diagnóstico pré-implantação; ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo HLA (human leukocyte antigen) compatível para efeitos de tratamento de doença grave – art. 7.º da presente Lei. Sobre o assunto, vide, GUILHERME DE OLIVEIRA, “Um caso de selecção de embriões!”, *Lex Medicinae-Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 1, 2004, pp. 7 e ss. 24
- É um **crime específico**: apenas pode ser cometido por determinadas pessoas: os utilizadores das técnicas de PMA (beneficiários) e os seus aplicadores (os profissionais de saúde, especialistas em genética e em ciências da reprodução) e o centro autorizado onde forem aplicadas. 25
- É um **crime específico próprio**: a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude. 26
- É um **crime de resultado** quanto à consumação do ataque ao objecto da acção: utilização ou aplicação de técnicas de PMA para conseguir melhoramento genético do embrião ou melhorar determinadas características não médicas do nascituro. 27
- É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido é atingido (a protecção do património genético hereditário). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido. 28
- Em relação ao **elemento subjectivo**, o agente actua com intenção de melhorar geneticamente o embrião ou de melhorar de determinada característica não médica do nascituro através da utilização ou aplicação de técnicas de PMA. A conduta só é relevante tipicamente se o agente actuar com a forma de dolo exigida pela lei, com conhecimento de que tal utilização ou aplicação são proibidas e penalmente puníveis. 29
- O dispositivo contém um tipo exclusivamente doloso, exigindo-se um **dolo específico**. O agente quer utilizar ou aplicar técnicas de PMA para conseguir melhorar geneticamente o embrião ou de melhorar determinada característica não médica do nascituro. 30

- 31 Não há lugar à punição da **tentativa** atendendo ao limite máximo da pena aplicável – art. 23.º, n.º 1 do C.P.
- 32 Em sede de punição consagra-se o princípio da alternatividade das **penas**, prevendo a pena de prisão ou pena de multa.
- 33 O art. 44.º, n.º 1, al.^a a) prevê a punição a título de **contra-ordenação** da aplicação (não da utilização) por pessoa singular ou colectiva de técnica de PMA para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, com coima de € 10 000 a € 50 000 no caso de pessoas singulares, sendo o máximo de € 500 000 no caso de pessoas colectivas. A negligência é punível com redução para metade dos montantes máximos.
- 34 A tipificação como ilícito de mera ordenação social é, mais uma vez, uma sobreposição de incriminações a título de crime e contra-ordenação.
- 35 Com efeito, a remissão para o art. 6.º conduz a uma dupla incriminação no que se refere à violação do disposto no n.º 2 desse preceito, dado que a não verificação daqueles requisitos equivale a uma violação dos mesmos.
- 36 O art. 45.º da presente Lei prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; a publicidade da decisão condenatória.

Artigo 38.º

Criação de quimeras ou híbridos

Quem criar quimeras ou híbridos com fins de PMA é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 4)

A noção de quimera ou híbrido (anotações 5 a 8)

As finalidades proibidas (anotações 9 a 15)

O tipo objectivo (anotações 16 a 19)

O tipo subjectivo (anotações 20 e 21)

A tentativa (anotação 22)

A pena (anotações 23 a 25)

- 1 As **fontes** da norma são os arts. 1.º e 13.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, I-Série-A, n.º 2/2001 e o Parecer n.º 44/CNECV/04CNECV que considera que as técnicas de PMA nunca poderão ser utilizadas para determinados fins, sendo um deles a criação de quimeras ou híbridos.
- 2 Os **bens jurídicos** protegidos, à semelhança dos artigos 36.º e 37.º da presente Lei, são a dignidade da espécie humana, a integridade genética do ser humano (inalterabilidade e intangibilidade do património genético hereditário e a identidade e irrepetibilidade do ser humano).

- Neste sentido cfr. JOÃO LOUREIRO, "O direito à identidade genética", Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra Editora, 1999. 3
- A possibilidade de criação de um ser (em parte) humano, com genes de um animal, é atentatória aos princípios constitucionais do respeito pela concepção da vida e da dignidade do ser humano. 4
- A lei portuguesa não define o que se entende por **quimeras ou híbridos**, todavia, no Diário da Assembleia da República-II Série-A, n.º 55, p. 67, na parte que se refere à apresentação do Projecto de Lei n.º 172/X, apresentado pelo PCP, encontra-se a seguinte **definição de quimeras**: ser humano resultante de dois embriões resultantes da mesma fecundação ou de fecundações diferentes; e de híbridos: ser resultante da fecundação entre a espécie humana e as outras espécies animais. 5
- Também no Diário da Assembleia da República-II Série-A, n.º 47, p. 23 (art. 5.º), na parte que se refere à apresentação do Projecto de Lei n.º 151/X, apresentado pelo PS, indicam-se como finalidades proibidas no recurso a técnicas de PMA, o recurso a alguma delas com o objectivo deliberado de dar origem a quimeras ou de intentar a fecundação entre espécies. 6
- Segundo a lei canadiana, "quimera é um embrião no qual foi introduzida, pelo menos, uma célula proveniente de outra forma de vida ou um embrião composto por células provindas de vários embriões, fetos ou seres humanos; e híbridos são: a) o óvulo humano fertilizado por um espermatozóide de uma outra forma de vida; b) o óvulo de uma outra forma de vida fertilizado por um espermatozóide humano; c) o óvulo humano no qual foi introduzido o núcleo de uma célula de uma outra forma de vida; d) o óvulo de uma outra forma de vida no qual foi introduzido o núcleo de uma célula humana; e) o óvulo humano ou de uma outra forma de vida, que, de qualquer maneira, contém componentes haploides de cromossomas de origem humana e de uma outra forma de vida", artigo citado in "Relatório, conclusões e parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias", Diário da AR-II Série-A-n.º 59, p. 12, nota de rodapé n.º 9). 7
- A Grã-Bretanha autorizou, recentemente, a produção de embriões mistos de animais e humanos (quimeras) para fins científicos, tornando-se no primeiro Estado-Membro da União Europeia e do Conselho da Europa a permitir este tipo de investigação. Neste contexto, a produção de quimeras ou híbridos servirá para obter células-tronco necessárias à cura de doenças. 8
- O ordenamento jurídico português, tal como a generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus, especifica a inadmissibilidade da utilização de quimeras ou híbridos em técnicas de procriação medicamente assistida, proibindo-a e punindo-a penalmente. 9
- A proibição consignada nesta incriminação resulta da conjugação com o disposto no art. 7.º, n.º 4 da presente Lei que prevê que "as técnicas de PMA não podem ser utilizadas com o objectivo de originarem quimeras ou híbridos." 10
- Da conjugação deste dispositivo com o artigo em análise tudo leva a crer que o legislador embora não permitindo a utilização de técnicas de PMA na criação de quimeras ou híbridos apenas criminalizou a criação com fins de PMA. 11
- Em causa estão as técnicas de PMA de transferência intra-tubárica de zigotos (ZIFT): fertilização *in vitro* seguida de transferência de zigoto (ovócito fecundado) ou do embrião ou embriões (produto da divisão celular do zigoto) assim obtidos para a trompa; e a transferência intra-tubárica de zigotos (FIVETE): fertilização *in vitro* seguida de transferência de zigoto ou do embrião ou embriões assim obtidos para a cavidade intra-uterina. 12
- O legislador não atribui à quimera ou híbrido o estatuto de embrião, ao contrário do que acontece na lei canadiana, pois que os não menciona quando define as 13

situações em que embriões podem ser utilizados em investigação – cfr. art. 9.º, n.ºs 1, 2, 3 e 4.

- 14 Por outro lado, o legislador proíbe a criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização em investigação científica e pune a utilização desses embriões (art. 40.º), o que não acontece com a criação de quimeras ou híbridos, claramente distinguindo estas formas de vida.
- 15 Ainda neste contexto, verifica-se que o Projecto de Lei n.º 172/X, apresentado pelo PCP previa a possibilidade de criação de híbridos quando se destinasse à avaliação da capacidade de fecundação do espermatozóide humano, o teste do hamster e quaisquer outros testes desde que expressa e justificadamente autorizados pelo CNRMA (v. art. 5.º “Finalidades proibidas”, in Diário da Assembleia da República -II Série-A, n.º 55, p. 69).
- 16 O **tipo objectivo** de ilícito consiste na criação de quimeras ou híbridos através de técnicas de PMA (fertilização *in vitro* – ZIFT e FIVETE) com o fim específico de serem utilizados em técnicas de PMA, ou seja, a criação de seres vivos desprovidos de uma completa identidade humana, mas com «marcas» dos humanos (ex.: “proibição de criaturas entre o homem ou mulher e outros animais, através de embriões portadores de informações genéticas directamente resultantes da fecundação do óvulo humano com espermatozóides de um animal ou a fecundação de um óvulo animal com espermatozóides humano” – Cfr. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, in Ob. Cit., p. 473).
- 17 É um **crime específico**: os seus agentes são os técnicos (médicos, biólogos, bio-químicos, embriologistas...) que criam as quimeras ou híbridos com recurso às técnicas de PMA com o fim de as utilizar na PMA e o centro autorizado onde essa produção tem lugar.
- 18 É um **crime específico próprio**: a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude.
- 19 É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido é atingido (dignidade da espécie humana, a integridade genética do ser humano). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido.
- 20 O **tipo subjectivo** é doloso. O agente actua com intenção de criar quimeras ou híbridos com recurso a técnicas de PMA (fertilização *in vitro* – ZIFT e FIVETE) com a finalidade de os vir a utilizar na PMA. Atendendo à qualidade dos seus agentes apenas admite o dolo específico.
- 21 O agente actua com intenção de criar quimeras ou híbridos com recurso a técnica de PMA com a finalidade de os vir a utilizar na PMA, com conhecimento de que a utilização de técnica de PMA para essa criação é proibida e penalmente punível.
- 22 A **tentativa** é punível atendendo ao limite máximo da pena aplicável – arts. 22.º e 23.º, n.º 1 do CP.
- 23 Em sede de punição, face à gravidade do desvalor da acção, o legislador apenas pune este ilícito com **pena** de prisão à semelhança da punição dos crimes do artigo 36.º (clonagem reprodutiva) e 40.º (utilização indevida de embriões).
- 24 Pode ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03.
- 25 O art. 45.º da presente Lei prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; a publicidade da decisão condenatória.

Artigo 39.º

Maternidade de substituição

1. Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 12)

O conceito de maternidade de substituição (anotações 13 a 16)

Os casos de maternidade de substituição (anotações 17 e 18)

Os efeitos da maternidade de substituição (anotações 19 a 27)

O tipo objectivo (anotações 28 a 33)

O tipo subjectivo (anotações 34 a 36)

A tentativa (anotações 37 e 38)

A pena (anotações 39 a 41)

As **fontes** da norma são os arts. 1.º e 67.º, n.º 2, al.ª e) da CRP; 1.º e 21.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, I-Série-A, n.º 2/2001. 1

O **bem jurídico** protegidos é a dignidade humana. 2

A celebração do negócio de maternidade de substituição a título oneroso converte a mulher numa mera coisa que é utilizada para permitir uma gestação, finda a qual cessa a sua utilidade. 3

Esta situação traduz-se na degradação e aviltamento da dignidade da mulher que se prestou à gestação em substituição da mãe contratante, muitas vezes motivada por razões de cariz económico seja por necessidade seja como forma de ganho de dinheiro fácil. 4

Também a criança resultante da gestação é objecto de uma transacção, o que por si só é indigno da condição humana, como a sua identidade genética e toda a sua descendência são colocadas em causa. 5

A par da dignidade da mulher protege-se o supremo interesse da criança e previnem-se conflitos que coloquem em crise a família, protegendo-a, por em causa estarem o direito à identidade pessoal, o direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito às condições de um integral desenvolvimento. 6

O art. 3.º da presente Lei estatui desde logo que “As técnicas de PMA devem respeitar a dignidade humana” (v. arts. 1.º e 67.º, n.º 2, al.ª e) da CRP). 7

A norma está de acordo com os arts. 1.º e 21.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: “O corpo humano e as suas partes não devem ser, enquanto tal, fonte de quaisquer lucros.” 8

O respeito pela dignidade humana acarreta consigo a proibição de obtenção de vantagem patrimonial e, nessa medida, está também presente nos arts. 10.º (Doação de espermatozóides, ovócitos e embriões), 17.º (proibição de atribuição de valor ao material genético doado e aos embriões doados) e 18.º (proibição da compra 9

ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou outro material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA) da presente Lei.

- 10 Neste contexto, o documento do Conselho da Europa elaborado pelo comité *ad hoc* de peritos sobre os progressos das ciências biomédicas (CAHBI) reprova o recurso a mães de substituição. Cfr. “Novos Desafios à Bioética”, AA.VV, Porto Editora, 2001, p. 105.
- 11 Na generalidade dos países a utilização temporária do útero de terceira mulher para permitir a gestação é proibida, seja por força de disposição legal expressa, como sucede em Espanha (art. 10.º, n.º 1, da *Ley 14/2006*), na Itália (art. 4.º, n.º 3, da Legge de 19 febbraio 2004, n. 40), ou na Alemanha (§ 1 (1) 7 da *Embryonschutzgesetz*), seja por meio das cláusulas gerais de nulidade dos negócios contrários aos “bons costumes” ou à “ordem pública”.
- 12 A razão de ser desta proibição atende a razões de ordem natural quanto às dificuldades jurídicas em estabelecer a filiação e também porque este tipo de prática pode criar situações de desprotecção dos interesses do nascituro, interesses que devem prevalecer sobre os desejos de procriação dos progenitores, nunca devendo ser considerados instrumentais em relação a estes.
- 13 Este tipo legal tem que ser articulado com o disposto no art. 8.º que define o que é **maternidade de substituição** – “qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade” – e regula em termos civilísticos os negócios jurídicos com vista à efectivação da maternidade de substituição, estabelecendo que são nulos.
- 14 “Maternidade de substituição é o acordo mediante o qual uma mulher se compromete a gerar um filho, dá-lo à luz, e posteriormente entregá-lo a terceiros, renunciando em favor destes a todos os direitos sobre a criança, inclusivamente à classificação jurídica de “mãe” – cfr. VERA LÚCIA RAPOSO, *Direitos Reprodutivos*, in *Lex Medicinæ* – Revista Portuguesa de Direito da Saúde.
- 15 Ou ainda, também pela mesma autora no artigo “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa da Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26.07)”, in *Lex Medicinæ*, “A maternidade de substituição consiste no acordo entre alguém que deseja uma criança e uma mulher disposta a gerá-la, com o seu próprio material genético (substituição genética), ou com material concedido por outra mulher (substituição gestacional), comprometendo-se a mãe de substituição a posteriormente entregar a criança ao outro contratante renunciando a todos os direitos sobre ela, mormente ao estatuto de mãe.”
- 16 A maternidade de substituição pode ter lugar quer nos casos de fertilizações in vitro com transferência de embriões para a mãe portadora, quer em situações de inseminação artificial em que a mulher que suporta a gravidez é inseminada com sémen do marido ou companheiro da mulher que pretende o filho ou “mãe comitente”.
- 17 A **maternidade de substituição** poderá configurar as seguintes situações: i) a mãe de substituição procede à gestação de uma criança a partir da fecundação de um ovócito seu (gâmeta feminino) por espermatozóide retirado do elemento masculino (gâmetas masculinos) do casal contratante (substituição genética – mãe biológica); ii) a mãe de substituição procede à gestação de uma criança a partir da fecundação de um ovócito da mulher contratante e de um espermatozóide de um terceiro dador (substituição gestacional – mãe gestadora); iii) a mãe de substituição procede à gestação a partir da fecundação de um ovócito da mulher contratante por um espermatozóide do homem contratante (substituição gestacional – mãe gestadora); iv) a mãe de substituição procede à gestação a partir da fecundação

de um ovócito seu por um espermatozóide doado por um dador (substituição genética – mãe biológica); iiii) a mãe de substituição procede à gestação a partir da fecundação de um ovócito por um espermatozóide ambos os gâmetas provenientes de dadores (substituição gestacional – mãe gestadora).

Nestes dois últimos casos, o embrião e, conseqüentemente, a criança não tem qualquer vínculo biológico com o casal contratante, comprometendo-se irremediavelmente a identidade genética da criança e o desenvolvimento evolutivo da espécie.

Os negócios jurídicos de **maternidade de substituição**, onerosos ou gratuitos, têm como **efeito** a sua nulidade – n.º 1 do art. 8.º da presente Lei.

Por seu lado, o n.º 3 do mesmo artigo estatui que “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer”, resolvendo juridicamente a questão da filiação, impondo a solução que decorre da natureza e da verdade biológica entre mãe e filho, cfr. art. 1796.º, n.º 1 do C. Civil, de acordo com o qual o estabelecimento da filiação materna resulta do facto do nascimento.

Neste sentido ver também o art. 2.º da Convenção Europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas Fora do Casamento, aprovada para ratificação pelo Decreto n.º 34/82, de 15 de Março, publicado no DR n.º 61/82, de 15 de Março, 1.ª Série, em vigor em Portugal desde 08.08.1982 – “A filiação materna de qualquer criança nascida fora do casamento estabelece-se pelo simples facto do seu nascimento”.

“Um negócio privado de gestação para outrem não pode ser reconhecido pelo nosso Direito. O Destino de uma criança só pode ser decidido por um tribunal em face de uma ponderação concreta dos seus interesses. O contrato é contrário ao princípio da taxatividade dos meios de regular o destino dos menores; deverá ser considerado contrário a um princípio de ordem pública em matéria de direito de família, e portanto nulo nos termos do art. 280.º do CC” cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, “Mães hospedeiras. Tópicos para uma intervenção”, Procriação Assistida, Dezembro 1991, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2.

O legislador entendeu apenas punir criminalmente a celebração e a promoção de contratos de maternidade de substituição a **título oneroso** não contemplando, em termos de sanção penal, a maternidade de substituição gratuita.

Neste contexto, “(...) é necessário ter em conta que a maternidade de substituição gratuita tende a ser vista como menos censurável, por revelar altruísmo e solidariedade da mãe gestadora em relação à mulher infértil, e por não haver, da parte desta, um desrespeito pela dignidade da mãe gestadora, por não ocorrer aqui nenhuma tentativa de instrumentalização de uma pessoa economicamente carenciada, por meio de fixação de um «preço», como sucede nas situações de maternidade de substituição onerosa.” – Cfr. Ac. TC n.º 101/2009, www.tribunalconstitucional.pt/.

A celebração dos contratos gratuitos não tem conseqüências jurídicas penais, mas apenas civilísticas: a nulidade do negócio e o estabelecimento da filiação materna em favor da mulher que gerou.

Verifica-se, assim, uma dicotomia de **efeitos legais**, consoante o negócio seja gratuito ou oneroso. No primeiro há um efeito civil, a nulidade do negócio, e no segundo há, para além da nulidade, uma sanção criminal, ambos com o mesmo efeito ao nível do estabelecimento da filiação materna.

Podemos concluir que a maternidade de substituição gratuita é na legislação portuguesa menos censurável, por não se verificar a instrumentalização e comercialização da capacidade reprodutiva da mulher.

Constitui **elemento objectivo** do crime: a concretização ou a promoção, por qualquer meio (convite directo, convite por interposta pessoa, anúncio...), de contratos de

maternidade de substituição onerosos. A concretização do contrato pressupõe a sua efectiva execução.

- 29 Em causa estão as seguintes condutas: 1) concretização e execução de contratos de maternidade de substituição a título oneroso (n.º 1), sendo agentes do crime tanto a pessoa que entrega a contrapartida (casal contratante), como a que recebe a contrapartida (mãe de substituição); 2) promoção, por qualquer meio, da maternidade de substituição a título oneroso (n.º 2), sendo agente do crime uma terceira pessoa, isto é as pessoas que propiciem com a sua actuação acordos onerosos de maternidade de substituição, referindo-se aos angariadores de mães de substituição.
- 30 É um **crime comum**: qualquer pessoa o pode cometer, podendo, no caso do n.º 2, ser cometido por pessoa colectiva ou equiparada
- 31 É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido é atingido (dignidade humana). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido.
- 32 É um **crime de resultado** quanto à consumação do ataque ao objecto da acção no caso do n.º 1: pressupõe a concretização de contratos onerosos de maternidade de substituição.
- 33 É um **crime de mera actividade** quanto à consumação do ataque ao objecto da acção no caso do n.º 2: a consumação do crime verifica-se com a mera promoção do contrato oneroso de maternidade de substituição.
- 34 O **tipo subjectivo** é doloso.
- 35 **Dolo directo** no caso do n.º 1: os agentes, a mulher que suportará a gravidez e os elementos do casal que querem ver gerada uma criança em útero alheio com recurso ou não a ovócito da mulher gestante, actuam com a intenção de concretizar, e concretizam, contrato de maternidade de substituição mediante contrapartida monetária, sabendo que a celebração deste tipo de contrato é proibida e penalmente punível. Os agentes são necessariamente pessoas singulares.
- 36 **Dolo directo** no caso do n.º 2: o agente é qualquer pessoa singular ou colectiva que promove o contrato oneroso de maternidade de substituição, sabendo que a celebração deste tipo de contrato é proibida e penalmente punível. O contrato de maternidade de substituição mediante contrapartida monetária pode nunca ser celebrado. Basta a mera promoção.
- 37 A **tentativa** não é punível atendendo ao limite máximo da pena aplicável – art. 23.º, n.º 1 do CP.
- 38 Em todo caso, face à construção do tipo legal, quer no n.º 1, quer no n.º 2, independentemente da moldura penal não o permitir, a tentativa não seria admissível.
- 39 Em sede de punição consagra-se o princípio da alternatividade das **penas**, prevendo-se a pena de prisão ou pena de multa.
- 40 Pode ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03.
- 41 O art. 45.º da presente Lei prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; a publicidade da decisão condenatória.

Artigo 40.º

Utilização indevida de embriões

1. Quem, através de PMA, utilizar embriões na investigação e experimentação científicas fora dos casos permitidos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. Na mesma pena incorre quem proceder à transferência para o útero de embrião usado na investigação e na experimentação científicas fora dos casos previstos na presente lei.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 6)

O bem jurídico (anotações 7 a 16)

Os embriões excedentários/investigação científica (anotações 17 a 30)

O tipo objectivo (anotações 31 a 38)

O tipo subjectivo (anotações 39 a 42)

A tentativa (anotação 43)

A pena (anotações 44 a 46)

As **fontes** desta norma são os arts. 1.º, 24.º, n.º 1, 25.º, n.º 1, 26.º, n.º 3 e 67.º, n.º 2, al. e) da CRP; 1.º, 2.º e 18.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às aplicações da Biologia e da Medicina, ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 20.02, após ter sido aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, publicada no DR – 1.ª Série – A, n.º 2/2001. 1

O artigo 18.º desta Convenção admite a investigação científica em embriões *in vitro* sem prejuízo dos limites impostos pela consideração da protecção adequada do embrião (n.º 1) e apenas proíbe a criação deliberada de embriões para fins de investigação (n.º 2). 2

Até à presente Lei, os pareceres do Conselho de Ética para as Ciências da Vida (CNECV) assumiam um papel regulador da prática científica no país. O Parecer n.º 44/CNECV/04 sobre a Procriação Medicamente Assistida sustentava que os embriões remanescentes de fertilização *in vitro* que fossem de descartar poderiam ser utilizados para fins científicos. 3

Refere o CNECV que uma das principais finalidades da investigação em embriões é o estudo das células estaminais embrionárias, que podem contribuir para o conhecimento das causas e tratamentos de doenças para as quais se não conhecem actualmente terapêuticas curativas (cfr. Parecer 47/CNECV/05 sobre a investigação em células estaminais, de Novembro de 2005, conclusões 1.ª, 3.ª, p. 4, *in* <http://www.cnecv.gov.pt/cnecv/pt/Pareceres/>). 4

Um importante consenso ético nas legislações e regulamentações dos países do Conselho da Europa é o reconhecimento de que embriões congelados e remanescentes em clínicas de reprodução assistida somente podem ser utilizados na pesquisa científica com o consentimento dos genitores, garantia ética também presente na lei brasileira. Por uma matriz ética semelhante, grande parte das legislações também proíbe a comercialização de embriões. 5

O ordenamento jurídico italiano proíbe qualquer experimentação com embriões humanos (artigo 13.º da Legge 19 Febbraio 2004, n. 40), mas a experimentação é actualmente permitida, ainda que em estritos limites, em Espanha (artigos 14.º, 15.º e 16.º da Ley 40/2006), na França (artigo L2151-5 do Code de la Santé Publique), no Reino Unido (secção 2 do Human Fertilisation and Embriology 6

(Research Purposes) Regulations, de 2001). De acordo com a Comissão Europeia, a investigação em embriões é ainda autorizada na Alemanha, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Holanda e Suécia (cfr. Survey on opinions from National Ethics Committees or similar bodies, public debate and national legislation in relation to human embryonic stem cell research and use, org. Line Matthiessen-Guyader, Setembro de 2003, Directorate E-Biotechnology, Agriculture and Food, pp. 10, 12, 15, 19, 24, 32 e 43, in <http://bioethics.academy.ac.il/articles/CATALOGUE-SC-MEMBER-STATES-FINAL-VERSION.pdf>).

- 7 Neste crime os **bens jurídicos** protegidos são o respeito pela vida e dignidade humanas, ainda que embrionária.
- 8 Destacam-se duas concepções sobre a natureza e o estatuto do embrião. Para uns, o embrião tem natureza pessoal porque é um ente vivo da espécie humana que, necessariamente, vai desenvolver desde o início, no zigoto, qualidades humanas até à aquisição global dos marcadores humanos da idade adulta. Merece respeito absoluto. Para outros, pelo contrário, o zigoto é um ser vivo, puramente biológico, que só progressivamente vai adquirindo qualidades humanas, pelo que o respeito que nos deve merecer é relativo e escalonado no tempo, só se tornando absoluto após o nascimento
- 9 Conceitos gerais sobre a natureza e o estatuto do embrião humano, da fertilização *in vitro*, da investigação com embriões e do diagnóstico pré-implantação com embriões *in vitro*, ver Estudos de Direito da Bioética, DANIEL SERRÃO, obra colectiva, Almedina.
- 10 Em termos gerais podemos definir **o embrião** como o produto da fusão dos gametas que, desde a fertilização, dispõe de um património genético inovador e de uma dinâmica interna que o vai tornar num feto, mais tarde numa criança e num ser humano adulto, ou seja, a fertilização, origina um novo genótipo humano.
- 11 A norma admite a atribuição ao embrião de um estatuto compatível com a existência nele de vida humana, mesmo que se entenda que não deve ser equiparado à pessoa humana (Cfr. Relatório PMA, Julho de 2004, p. 50).
- 12 Como bem coloca a questão, PAULO OTERO, in “Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da biomedicina”, Almedina, Setembro de 1999, p. 40, “saiba a ciência quando começa a vida humana que o direito imediatamente tem de garantir a sua inviolabilidade”.
- 13 Idêntica conclusão se extraía da fundamentação do Acórdão do TC n.º 101/2009, “O ponto essencial, como aí se explanou, é que a investigação científica nos termos previstos no artigo 9.º incide sobre embriões não implantados no útero materno e relativamente aos quais se não colocam questões de constitucionalidade relacionadas com o direito à vida ou os direitos de personalidade, sendo apenas de considerar a protecção do embrião na perspectiva da dignidade da pessoa humana na estrita medida em que o embrião poderia dar origem a uma vida humana se fosse viável e viesse a ser utilizado num projecto parental.”
- 14 Neste contexto o legislador no art. 9.º, n.ºs 2 e 3, confere aos embriões que possam ser utilizados em investigação científica um destino condizente com a sua potencial dignidade humana e, nesse plano, cumpre os princípios éticos que decorrem da Convenção de Oviedo e dos instrumentos comunitários, uma vez que a excepção à sua inviolabilidade estará sempre limitada pelo proveito do bem comum e ela própria condizente com a dignidade humana do embrião.
- 15 Contrariamente ao previsto no Decreto 415/VIII, em que a experimentação de embriões era totalmente proibida, o presente diploma adoptou um sistema de meia via, em que a experimentação é permitida, embora sob condições restritivas, de acordo com o previsto no artigo 9.º. Esta posição jurídica foi assumida, não

obstante o CNECV no Parecer 15/CNECV/95, citado em AA.VV., “Novos desafios à Bioética”, Porto Editora 2001, p. 126, se ter pronunciado em sentido diverso ... “à luz dos princípios éticos consensuais e tendo em conta a natureza humana do embrião, se deve interditar toda e qualquer experimentação sistemática e planeada no embrião, pese embora o custo científico de tal proibição.”

Veja-se a recente Lei n.º 12/2009, de 26 de Março (DR I Série n.º 60, de 26 de Março), quanto às condições em que tem lugar que prevê o regime jurídico da qualidade e segurança relativa à dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento, distribuição e aplicação de tecidos e células de origem humana, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.º 2004/23/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, 2006/17/CE, da Comissão, de 8 de Fevereiro, e 2006/86/CE, da Comissão, de 24 de Outubro, quanto às células reprodutivas, aos tecidos e células fetais e às células estaminais embrionárias (art. 2.º, n.º 1, al.ª d)

A presente incriminação equaciona um dos mais delicados temas decorrentes das técnicas de PMA: a proibição da criação de embriões com o objectivo deliberado de utilização na investigação científica. Os embriões utilizáveis em investigação científica são aqueles que não podem ser aplicados para fins de procriação.

Este ilícito está relacionado com o art. 9.º que prevê a proibição de criação de embriões através da PMA com o objectivo deliberado da sua utilização na investigação científica, sendo, no entanto, admitida a sua utilização nas condições dos n.ºs 2, 3, 4 e 5.

O legislador limitou as possibilidades de investigação científica aos **embriões criopreservados excedentes**, cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação, que sejam portadores de anomalia genética grave ou que tenham sido obtidos sem recurso à fecundação por espermatozóide.

Entende-se por embrião humano “excedentário”, “supranumerário” ou “supérfluo” aquele embrião que não foi, nem irá, ser transferido para o útero materno – no âmbito de um processo de fertilização *in vitro* – porque foram criados mais embriões do que aqueles que podem ser transferidos num só ciclo e, posteriormente, o casal não pode ou não quer utilizá-los; ou não é possível a dação desses embriões a outro casal (infértil ou não).

Assim o diploma abre as portas à investigação com embriões excedentários, mas apenas quando resultantes de tratamentos de infertilidade.

Com efeito, só podem ser utilizados em experimentação científica os embriões cujo destino alternativo seria a destruição (morte biológica) por não se encontrarem envolvidos num projecto parental ou por não terem sido utilizados pelo casal e este não ter autorizado a sua doação nos termos dos arts. 10.º e 25.º, n.º 5, ou por se terem tornado inviáveis (em virtude do seu estado não permitir a transferência ou a criopreservação com vista à procriação) ou ainda por serem portadores de anomalia genética grave (art. 9.º, n.º 4, al.ª a) a c), por não poderem ser destinados para fins de procriação pelas circunstâncias enunciadas.

Sublinhe-se que a investigação com recurso a embriões só é lícita para prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, aperfeiçoamento das técnicas de PMA, constituição de bancos de células estaminais para programas de transplantação ou com quaisquer outras finalidades terapêuticas, de harmonia com o disposto no n.º 2 do artigo 9.º

A excepção só opera desde que seja expectável um benefício para a humanidade, dependendo cada projecto científico que envolva embriões da aprovação pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) – art. 9.º, n.º 3 (art. 30.º, n.º 2, al.ª g).

- 25 Foi esta a solução criada para o problema grave dos **embriões sobran-
tários ou supranumerários** cuja existência suscita sérias questões éticas relacionadas
com a respectiva destruição.
- 26 Sobre esta questão citam-se algumas conclusões do Parecer n.º 44/CNECV/04: “Os
progressos técnico-científicos, em geral, e especificamente as técnicas de PMA,
devem não só manter-se ao serviço da humanidade, mas também privilegiar o
respeito pelo ser humano face aos interesses da ciência, no corroborar do princípio
ético do primado do ser humano” (conclusão 1.).
- 27 “A implementação das técnicas de PMA deve impedir a produção de um número
de embriões superior ao destinado à transferência – embriões excedentários – aten-
dendo ao princípio do respeito pela vida humana, bem como reduzir a incidência
de gravidezes múltiplas, na assunção do princípio da responsabilidade enquanto
obrigatoriedade de prevenir as consequência negativas dos actos praticados”
(conclusão 18).
- 28 “Todo o embrião tem direito à vida e ao desenvolvimento (...), pelo que o embrião
originado *in vitro* deverá fazer sempre parte de um projecto parental (conclusão 19).
- 29 “Sempre que a adopção embrionária não se verifique num prazo de tempo útil,
comprometendo assim a possibilidade de vida e de desenvolvimento do embrião,
impõe-se ponderar as possíveis alternativas do destino a dar aos embriões exceden-
tários, a saber, a sua disponibilização para investigação científica que, não actuando
em benefício dos próprios, resulte em benefício da humanidade” (conclusão 22).
- 30 “Quando após a fertilização ovocitária ocorrer a formação espontânea de embriões
biologicamente inviáveis, estes estão, por este facto, excluídos de qualquer projecto
parental e poderão ser disponibilizados para investigação” (conclusão 26).
- 31 **No elemento objectivo** há que distinguir duas situações: a criação de embriões
através de PMA com o objectivo único da sua utilização na investigação científica
(n.º 1); e a transferência para o útero de embrião usado na investigação e na
experimentação científica (n.º 2).
- 32 O legislador excepciona a ilicitude da investigação com recurso a embriões com
uma das seguintes finalidades: prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões,
aperfeiçoamento das técnicas de PMA, constituição de bancos de células estaminais
para programas de transplantação ou com quaisquer finalidades terapêuticas,
desde que seja expectável um benefício para a humanidade – art. 9.º; n.ºs 2 e 3.
- 33 **Crime específico:** os seus agentes são os técnicos (médicos, biólogos, bioquímicos...) que utilizem na investigação embriões produzidos por recurso a técnicas
de PMA ou que transfiram para o útero embrião utilizado na investigação ou na
experimentação científicas, bem como o centro autorizado onde essa utilização ou
transferência tem lugar, desde que fora dos casos permitidos por lei.
- 34 Quanto ao n.º 1 da incriminação, os casos em que a investigação em embriões é
permitida são os indicados no art. 9.º, n.ºs 2, 3, 4 e 5 da presente Lei.
- 35 Quanto ao n.º 2 da incriminação, afigura-se que neste caso a utilização e transferência
para o útero de embriões usados na investigação e na experimentação científica
ocorre fora das técnicas de PMA permitidas na presente lei.
- 36 É um **crime específico próprio:** a qualidade do agente ou o dever que sobre ele
impende fundamenta a ilicitude.
- 37 É um **crime de resultado** quanto à consumação do ataque ao objecto da acção:
utilização na investigação de embrião produzido por recurso a técnicas de PMA
ou transferência para o útero de embrião utilizado na investigação ou na experi-
mentação científicas.
- 38 É um **crime de dano:** o bem jurídico protegido é atingido (a vida e dignidade
humanas, ainda que embrionária). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido

O **tipo subjectivo** é doloso. O agente actua com intenção de utilizar na investigação embriões produzidos por recurso a técnicas de PMA, fora dos casos permitidos por lei ou de transferir para o útero embrião utilizado na investigação ou na experimentação científicas, sabendo que tal utilização ou transferência é proibida. Há um **dolo específico**: No caso do n.º 1 do preceito o agente actua com intenção de utilizar na investigação científica, embriões produzidos por recurso a técnicas de PMA, fora dos casos permitidos por lei, com conhecimento de que tal utilização é proibida e penalmente punível. No caso do n.º 2 o agente actua com intenção de transferir para o útero embrião utilizado na investigação ou na experimentação científica, sabendo que tal transferência é proibida e penalmente punível. Em ambos os casos a incriminação pressupõe que agente conheça o processo de formação\produção do embrião. A este respeito cumpre chamar atenção para as normas relativas à qualidade e segurança de tecidos e células a que os Centros Autorizados se encontram obrigados, contempladas nos arts. 4.º, 13.º a 21.º e 30.º da Lei n.º 12/2009 de 23.03 A **tentativa** é punível atendendo ao limite máximo da pena aplicável – arts. 22.º e 23.º, n.º 1 do C.P. Em sede de punição o legislador previu apenas a **pena** de prisão de 1 a 5 anos, medida abstracta igual à consagrada para a clonagem reprodutiva prevista no art. 36.º e para a criação de quimeras e híbridos prevista no art. 38.º. Pode ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03 O art. 45.º da presente Lei prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; a publicidade da decisão condenatória.

Artigo 41.º

Intervenções e tratamentos

1. Às intervenções e tratamentos feitos através de técnicas de PMA por médico ou por outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável aplica-se o disposto no artigo 150.º do Código Penal.

2. As intervenções e tratamentos no âmbito da PMA feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constituem ofensas à integridade física, puníveis nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

A especificidade do tipo (anotações 3 a 10)

O tipo objectivo (anotações 11 a 16)

O tipo subjectivo (anotação 17)

O concurso (anotação 18)

A pena (anotações 19 e 20)

As **fontes** desta norma são os arts. 1.º, 25.º, n.º 1, 26.º, n.º 3, 64.º e 67.º, n.º 2, al.ª e) da CRP; o art. 1.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos

Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, também conhecida por Convenção de Oviedo, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001 e ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, Diário da República, I-Série-A, n.º 2/2001; e os arts. 16.º a 24.º e 27.º da Directiva n.º 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa ao estabelecimento de normas de qualidade e segurança em relação á dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana, publicada no Jornal Oficial da União Europeia, em 7 de Abril de 2004.

- 2 Os **bens jurídicos** protegidos com a incriminação são, numa vertente individual, a integridade física e psíquica e, numa vertente colectiva, a segurança na utilização das técnicas de PMA.
- 3 A incriminação é remissiva, sendo a tutela penal a referente às incriminações previstas no art. 150.º, n.º 2 do CP – Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos.
- 4 O art. 150.º, n.º 1 do CP estabelece que não constituem ofensa à integridade física «as intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *legis artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento ou fadiga corporal».
- 5 Na redacção do n.º 1 da presente Lei o legislador criou uma **especificidade** quanto à pessoa que irá aplicar as técnicas de PMA “médico ou por outra pessoa legalmente autorizada com o conhecimento do médico responsável”, ou seja, uma aplicação, intervenção ou tratamento através de uma técnica de PMA com fim terapêutico realizada com indicação médica e em conformidade com a *legis artis* não constitui crime.
- 6 Na incriminação do n.º 2 assume particular relevância típica, precisamente, a ausência dessa **especificidade** – falta de conhecimento do médico responsável ou a sua realização por quem não esteja legalmente habilitado – que conduz a que a intervenção e tratamento no âmbito da PMA constituam crime de ofensa à integridade física punível nos termos do Código Penal, de acordo com as lesões provocadas, sem prejuízo de qualquer outra tipificação penal.
- 7 A atipicidade desta previsão normativa pressupõe a qualificação profissional do agente como médico ou outra pessoa legalmente autorizada com conhecimento do médico responsável, a finalidade terapêutica da intervenção ou dos tratamentos feitos através de técnicas de PMA (intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental), a indicação médica (segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados), a realização em conformidade com a *legis artis* e o consentimento do beneficiário, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, anotação 3.ª ao art. 150.º, pp. 397, 398.
- 8 Por um lado, a intervenção ou tratamento através de uma técnica de PMA feitos sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado constitui ofensa corporal dolosa (arts. 143.º, 144.º e 147.º do CP).
- 9 Por outro lado, a intervenção ou tratamento através de uma técnica de PMA feita por médico sem finalidades terapêuticas ou sem o consentimento do beneficiário constitui uma intervenção arbitrária criminalmente punível nos termos do art.º 156.º, n.º 1 do CP.
- 10 É importante ter em conta o estatuído nos arts. 5.º, 6.º e 6.º-A do Decreto-Regulamentar n.º 5/2008, de 11/02, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar

- n.º 1/2010, de 26.04, por forma a aferir a qualidade da pessoa que irá aplicar as técnicas de PMA, veja-se anotação ao art. 34.º da presente Lei.
- Constitui **elemento objectivo** do ilícito qualquer intervenção e tratamento no âmbito da PMA sem conhecimento do médico responsável ou por quem não esteja legalmente habilitado. 11
- A referência «puníveis nos termos do Código Penal» remete-nos para a moldura penal abstracta dos arts. 143.º, 144.º e 147.º do CP, consoante o grau e dimensão das lesões provocadas. 12
- É um **crime específico**: os seus agentes são qualquer profissional de saúde que actue sem o conhecimento do médico responsável pela aplicação da PMA ou qualquer pessoa não legalmente habilitada que execute intervenções e tratamentos no âmbito de PMA e o centro autorizado. 13
- É um **crime específico próprio**: a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude. 14
- É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido é atingido. Há uma efectiva lesão do bem jurídico. 15
- O crime previsto neste artigo, punível nos termos dos arts. 143.º, 144.º e a agravação pelo resultado prevista no art. 147.º todos do CP, assume natureza de crime público, independentemente da natureza que tais crimes assumem no CP. 16
- Elemento subjectivo** apenas admite o dolo directo atendendo à especificidade deste tipo legal referida nas anotações 5 e 6. 17
- Possibilidade de verificação de **concurso aparente** com os crimes previstos nos arts. 143.º e 144.º e sua agravação pelo resultado consignada no 147.º todos do CP. 18
- Quanto à moldura penal, remete-nos para os citados tipos legais previstos no Código Penal nos termos já indicados. Sobre esta matéria consultar PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, anotações aos arts. 143.º, 144.º e 147.º do CP. 19
- Pode ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03. 20

Artigo 42.º

Recolha e utilização não consentida de gâmetas

Quem recolher material genético de homem ou de mulher sem o seu consentimento e o utilizar na PMA é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotações 1 e 2)
- O bem jurídico (anotações 3 a 5)
- O consentimento informado (anotações 6 a 10)
- O tipo objectivo (anotações 11 a 18)
- O tipo subjectivo (anotações 19 a 21)
- A tentativa (anotação 22)
- O concurso (anotação 23)
- A pena (anotações 24 a 26)

As **fontes** da norma são os arts. 1.º, 25.º, n.º 1 e 26.º, n.º 3 da CRP; arts. 1.º e 5.º da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, ratificada por Portugal pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 20.02, após ter sido aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 3 de Janeiro, publicada no DR – 1.ª Série – A, n.º 2/2001; art. 12.º, 1

- n.º 1 da Directiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 relativa ao estabelecimento de normas de qualidade e segurança em relação á dádiva, colheita, análise, processamento, preservação, armazenamento e distribuição de tecidos e células de origem humana, publicada no Jornal Oficial da União Europeia, em 7 de Abril de 2004.
- 2 As normas internacionais a que Portugal está vinculado exigem que as dádivas de material genético sejam voluntárias e consentidas.
 - 3 Em sede de **bens jurídicos**, a incriminação tutela a dignidade humana, a integridade física e moral do homem ou da mulher a quem é recolhido o material genético e a liberdade de disponibilidade do seu corpo. É inviolável a integridade física e a disposição do património genético.
 - 4 O preceito legal refere-se à recolha, não consentida, de material genético do homem ou da mulher, pelo que igualmente tutela a liberdade de escolha e de determinação da vontade.
 - 5 O direito à maternidade/paternidade é, de facto, uma concretização do exercício e respeito pela liberdade pessoal.
 - 6 O dever de obter **consentimento** informado funda-se num direito inato de personalidade, no direito à integridade física e moral de cada indivíduo, consagrada constitucionalmente no art. 25.º da CRP e consagrada no art. 70.º do CC, que protege os cidadãos de qualquer ameaça ou ofensa à sua personalidade física ou moral.
 - 7 Por todo o diploma perpassa a ideia do **consentimento** (informado) dos dadores e dos beneficiários: arts. 9.º (a utilização de embriões criopreservados sem projecto parental, ou cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação ou que sejam portadores de anomalia genética grave na investigação depende do consentimento dos beneficiários a quem se destinavam), 14.º (consentimento), 20.º, n.ºs 1 e 5 (determinação da paternidade – consentimento na inseminação com sémen de dador), 22.º (inseminação *post mortem*), 25.º, n.º 2 (destino dos embriões – doação de embriões), 26.º (fertilização *in vitro post mortem*), 27.º (fertilização *in vitro* com gâmetas de dador).
 - 8 O **conceito de consentimento** deve ser entendido em sentido lato, não há consentimento quando não tenha sido obtido, não tenha sido prestado, tenha sido revogado, ou tenha sido obtido de forma não livre, esclarecida, expressa e por escrito perante o médico responsável, neste último caso de acordo com o art. 14.º da presente Lei.
 - 9 Para o legislador, a doação de gâmetas é um acto necessariamente voluntário e esclarecido – neste sentido também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, publicada no Jornal Oficial da União Europeia n.º C 303, de 14 de Dezembro de 2007, no seu art. 3.º, n.ºs 1 e 2, al.^a a) (ver anotação 18. do art. 35.º).
 - 10 A presente incriminação está relacionada com a proibição do art.º 18.º de compra ou venda de óvulos, sémen ou embriões ou qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.
 - 11 **Elemento objectivo**: recolha de material genético de homem ou mulher sem o seu consentimento e a sua utilização em PMA. Para preenchimento deste tipo não basta pois a mera recolha não consentida, é necessário que se verifique também uma utilização na PMA do material genético recolhido.
 - 12 Importa notar que existe uma diferença e imprecisão terminológica na epígrafe e no corpo do artigo. Assim, a epígrafe refere “gâmetas” e o corpo do artigo refere “material genético”. Ora, estas expressões não são equivalentes já que material genético é qualquer parte do corpo de onde seja possível extrair DNA, como por exemplo a saliva, o cabelo com raiz, o gâmeta.

Presumimos, por recurso ao elemento sistemático da interpretação e à finalidade da utilização da recolha do material genético, que o legislador ao usar a expressão “material genético”, pretende referir-se apenas aos gâmetas.	13
O preenchimento do tipo verifica-se quando a pessoa está ou é colocada em situação de não poder prestar o seu consentimento, como acontece quando se encontre inconsciente ou nessa situação seja colocada, seja coagida ou ameaçada com mal importante, no fundo estão em causa todas as condutas que contrariem a liberdade de escolha e de determinação da vontade. Neste mesmo sentido, ver ANABELA RODRIGUES MIRANDA, in “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, Tomo I, pp. 503-504.	14
É um crime específico : apenas pode ser cometido por profissionais de saúde, especialistas em genética e em ciências da reprodução e pelo centro autorizado para a aplicação das técnicas de PMA.	15
É um crime específico próprio : a qualidade do agente ou o dever que sobre ele impende fundamenta a ilicitude.	16
É um crime de resultado quanto à consumação do ataque ao objecto da acção: a recolha e utilização de material genético na PMA.	17
É um crime de dano : o bem jurídico protegido é atingido (a dignidade da pessoa de quem é recolhido o material genético, a sua integridade física e moral e a liberdade de disponibilidade do corpo). Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido.	18
O tipo subjectivo é doloso e apenas se preenche por dolo directo.	19
Atendendo à qualidade dos seus agentes apenas admite o dolo específico. A conduta só é relevante tipicamente se o agente actuar com a forma de dolo exigida pela lei.	20
Há um dolo específico : o agente actua com intenção de recolher de forma não consentida material genético e utilizá-lo na PMA, com conhecimento de que a recolha não consentida e a sua utilização na PMA é proibida e penalmente punível.	21
A responsabilidade penal pela prática deste ilícito poderá estar numa relação de concurso efectivo com outros ilícitos tendo em atenção as consequências dos actos praticados, como sejam os crimes dos arts. 34.º da presente Lei, 143.º, 144.º, 145.º, com a agravação do art. 147.º do CP.	22
A tentativa é punível atendendo ao limite máximo da pena aplicável – art.s 22.º e 23.º, n.º 1 do C.P.	23
Em sede de punição , face á grande gravidade do desvalor da acção, o legislador apenas pune este ilícito com pena de prisão.	24
Pode ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03.	25
O art. 45.º da presente Lei prevê a possibilidade de aplicação de sanções acessórias pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; a publicidade da decisão condenatória.	26

Artigo 43.º

Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade

Quem violar o disposto no artigo 15.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 8)

A confidencialidade e dever de sigilo (anotações 9 a 22)

Os dados pessoais (anotações 23 a 26)

O tipo objectivo (anotações 27 a 32)

O tipo subjectivo (anotações 33 e 34)

O concurso (anotação 35)

A tentativa (anotação 36)

A pena (anotações 37 e 38)

As sanções acessórias (anotação 39)

- 1 As **fontes** da norma são os arts. 26.º, n.ºs 1 (direito à reserva da vida privada e familiar) e 2 (“A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”) da CRP; art. 10.º, n.º 1 da Convenção do Conselho da Europa para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, assinada por Portugal em 4 de Abril de 1997, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2001, de 03.01, ratificada por Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 20.02, cujo texto estatui: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada no que toca a informações relacionadas com a sua saúde.”; art. 80.º do C.Civil (Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada): “Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem”; e art. 14.º da Directiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004.
- 2 O **bem jurídico** protegido é a reserva da intimidade da vida privada das pessoas que recorrem às técnicas de PMA (desde logo a sua saúde reprodutiva e estabilidade familiar), das que nascem com recurso às técnicas da PMA (a filiação) e das pessoas que doam os seus gâmetas ou embriões (anonimato).
- 3 O legislador optou por tutelar o anonimato de todos os envolvidos no processo de PMA, incluindo dos que nascerem por via dele, fazendo prevalecer o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.
- 4 Remete directamente para o disposto no art. 15.º da Lei, com a epígrafe “Confidencialidade”, que estabelece, *grosso modo*, as seguintes regras: todas as pessoas que tiverem conhecimento do recurso a técnicas de PMA ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos, estão obrigadas a manter sigilo sobre a identidade das pessoas que recorreram a essas técnicas e sobre o próprio acto da PMA (n.º 1); confidencialidade sobre a identidade do dador, excepto se este expressamente o permitir (n.º 3); proíbe que o assento de nascimento contenha a indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA (n.º 5).
- 5 O art. 15.º não estabelece uma regra definitiva de anonimato dos dadores, admitindo que as pessoas nascidas na sequência da utilização de técnicas de PMA com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões possam, junto dos competentes serviços de saúde, obter as informações de natureza genética que lhes digam respeito (n.º 2); obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a um projectado casamento (n.º 3); e obter informações sobre a identidade dos dadores de gâmetas quando se verificarem razões ponderosas, reconhecidas por sentença judicial (n.º 4).
- 6 O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida centraliza a informação relevante sobre a aplicação das técnicas de PMA, entre elas o registo dos dadores, beneficiários e crianças nascidas, e poderá prestar informação sobre os dadores nos termos e com os limites previstos no art. 15.º, quer fornecendo dados de natureza genética, quer identificando situações de impedimento matrimonial,

quer identificando o dador quando seja proferida decisão judicial que verifique a existência de razões ponderosas que tornem justificável essa revelação (art. 30.º, n.º 2, alíneas i) e p)).

“Os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer” – cfr. art.º 10.º, n.º 2.

A confidencialidade colide com o direito de conhecer a identidade genética, o que tem levantado questões éticas aventando-se a existência de um conluio público para enganar a criança e a sociedade quanto à sua origem biológica – Sobre esta matéria ver RAFAEL LUIS VALE E REIS, “O Direito ao conhecimento das origens Genéticas” 2008, Coimbra Editora; MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Quem são os «verdadeiros» pais?”, *in* Direito e Justiça, vol. XVI, Tomo I, 202, pp. 228-229.

A **confidencialidade** e o **dever de sigilo** concretizam o direito à reserva da intimidade da vida privada e abrangem não só os médicos e demais profissionais que intervierem no processo de PMA, ou dele souberem, ou conhecerem a identidade dos seus participantes, incluindo dos dadores, como de todos aqueles que exercem as suas funções nos Centros Autorizados de PMA, sejam eles públicos ou privados, como os funcionários da Administração que tomarem conhecimento da utilização da PMA e/ou dos seus participantes e ainda de todas aquelas pessoas que por qualquer razão venham a saber da utilização da técnica e/ou dos seus participantes e o divulguem, devassando a reserva da vida privada de quem recorreu à utilização da técnica, de quem nela interveio e bem assim a da pessoa gerada por essa forma, cuja identidade o legislador quis proteger.

Os médicos estão vinculados a segredo profissional, o segredo médico, considerado um direito inalienável de todos os doentes – arts. 85.º, 86.º e 87.º do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (2008).

O segredo profissional assegura um interesse colectivo de confiança na discrição e reserva de determinados grupos profissionais no exercício da sua profissão, e instituições, que sujeitos a segredo, devem manter-se fiéis àqueles que a elas recorrem, como condição do seu desempenho eficaz e socialmente aceite, como acontece com o grupo profissional dos médicos.

A violação do segredo profissional encontra-se tutelada no art. 195.º do C.P (violação de segredo) e com ela o legislador quis proteger a reserva da intimidade da vida privada e a confiança da comunidade perante determinados grupos profissionais, entre eles os médicos.

Por seu lado, a violação de segredo por funcionário encontra-se tutelada no art. 383.º do C.P. e com ela o legislador quis proteger a confiança na reserva em relação a segredos da Administração e na discrição em geral da Administração e de todos os organismos públicos e, concorrentemente, a privacidade de outra pessoa (física ou jurídica) e até, nos casos do seu n.º 2 a vida, a integridade física e o património de valor elevado de outra pessoa (neste caso, pessoa física ou jurídica).

O dever de sigilo do funcionário encontra-se contemplado no Estatuto Disciplinar dos Trabalhadores que Exercem Funções Públicas, aprovado pela Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, nos seus artigos 3.º, n.ºs 2, alíneas a) (dever de prossecução do interesse público), d) (dever de informação), e) (dever de zelo) e g) (dever de lealdade), 3, 6, 7 e 9.

Os deveres de prossecução do interesse público, de informação, de zelo e de lealdade pressupõem que o funcionário haja em conformidade com os interesses públicos do Estado, do organismo do Estado onde exerce funções e da administração pública e do cidadão em geral, prosseguindo-os com lealdade, com diligência, com conhecimento das suas responsabilidades. Neste contexto, cabe-lhe guardar reserva quanto aos assuntos de que não pode dispor quer porque assim estão classificados,

quer porque pela sua natureza ou consequências devem ser mantidos dessa forma, quer porque apenas dizem respeito à Administração, ao seu titular ou ao organismo onde exerce funções, quer porque teve ordens expressas nesse sentido.

- 16 Do mesmo modo, no âmbito da Lei de Protecção de Dados Pessoais, o legislador, no art. 47.º da Lei n.º 67/2008, de 26.10, quis proteger uns e outros.
- 17 “Segredo significa um facto (ou conjunto de factos) apenas conhecido de um círculo determinado (e, em princípio, restrito) de pessoas e em relação ao qual aquele a cuja esfera pertence tem a vontade, assente num interesse razoável, de que ele continue apenas conhecido daquele círculo ou (para além do círculo) de quem ele decidir” – Manuel da Costa Andrade, *in* Comentário Conimbricense, T. I, p. 778.
- 18 O que importa é que o segredo não saia do âmbito restrito em que é conhecido. A revelação do segredo, a sua quebra, ocorre quando é dado a conhecer fora desse âmbito
- 19 Extrai-se da incriminação que face ao disposto nos arts. 195.º e 383.º do C.P. e 47.º da Lei n.º 67/98, de 26.10, importa distinguir a qualidade do agente considerando o conceito de funcionário a fim de aferir qual a incriminação que cabe em caso de divulgação da informação a que se refere o art. 15.º da presente Lei, se o regime do art. 43.º, se um dos regimes supra citado.
- 20 Entendemos que este dispositivo se destina a punir a conduta daqueles que, não sendo médicos nem funcionários de um Centro Autorizado de PMA integrado na Administração, nem se encontrem obrigados a segredo profissional no âmbito da Lei n.º 67/98, de 26.10, tomarem conhecimento da utilização da técnica de PMA, qual a técnica utilizada ou da identidade dos seus participantes ou da identidade dos dadores e o divulguem.
- 21 Nos outros casos, a conduta é susceptível de integrar a subsunção dos arts. 195.º (violação de segredo) e 383.º (violação de segredo por funcionário) do C.P. 17.º e 47.º (violação do dever de sigilo) da Lei n.º 67/98, de 26.10.
- 22 Assim, qualquer pessoa que tenha conhecimento de que foi utilizada técnica de PMA, qual a técnica utilizada, da identidade dos seus participantes ou da identidade dos dadores está vinculada a essa obrigação de sigilo.
- 23 Apenas estão autorizados a aceder aos **dados** relativos à PMA, após o final da sua utilização clínica, o director do centro de PMA ou pessoal de saúde por este designado (arts. 16.º, n.º 2 do presente diploma e 11.º, n.º 1 do Decreto-Regulamentar n.º 5/08, de 11.02, alterado e republicado pelo Decreto-Regulamentar n.º 1/2010, de 26.04) ou os auditores no âmbito de acções de fiscalização realizadas pela Inspecção-Geral das Actividades em Saúde em articulação com o Centro Nacional de Procriação Médica Assistida (arts. 16.º, n.º 2 do presente diploma e 11.º, n.º 2 do citado Decreto-Regulamentar). O acesso pelos primeiros pode abranger todos os dados respeitantes à PMA no caso de ter finalidade médica, designadamente profiláctica, de diagnóstico e terapêutica, ou apenas alguns como é o acesso com a finalidade de investigação em que é proibido o acesso a dados pessoais que permitam de algum modo identificar qualquer das pessoas envolvidas, a não ser que haja consentimento do próprio (art. 12.º, n.ºs 1 e 2 do citado Decreto-Regulamentar).
- 24 Quanto aos **dados pessoais** relativos aos processos de PMA, respectivos beneficiários, dadores e crianças nascidas é aplicada a legislação de protecção de dados pessoais, de informação genética pessoal e informação de saúde – arts. 2.º, 3.º, als. a), b), 7.º, n.º 4 da Lei n.º 67/98, de 26.10 (cfr. art. 14.º da Directiva 2004/23/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004 e art. 23.º da Lei n.º 12/2009 de 26.03).
- 25 Neste caso, os responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento de dados

pessoais tratados, estão obrigadas a sigilo profissional mesmo após o termo das suas funções, recaindo igual obrigação sobre os membros da Comissão Nacional de Protecção de Dados – arts. 7.º, n.º 4, 14.º n.º 1, 15.º, 17.º da Lei n.º 67/98, de 26.10. Quem obrigado a dever de sigilo profissional revelar ou divulgar no todo ou em parte dados pessoais, sem justa causa e sem o devido consentimento, é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias, podendo ser agravada de metade nos seus limites se o agente for funcionário público ou equiparado nos termos da lei penal (cfr. art. 386.º do CPP) ou determinado pela intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo, ou ainda quando puser em perigo a reputação, a honra e consideração ou a intimidade da vida privada de outrem, sendo a negligência punível com pena de prisão até 6 meses ou multa até 120 dias, dependendo o procedimento criminal de queixa do ofendido excepto nos casos em que se verifique a agravação – art. 47.º da Lei n.º 67/98, de 26.10.

O **elemento objectivo** refere-se a quem tenha tido acesso a informações sobre o recurso a técnica de PMA, qual a técnica utilizada, a identidade de qualquer um dos seus participantes, incluindo do dador ou dadores proceder à sua divulgação. Para preenchimento deste tipo legal, impõe-se que o agente revele informações verdadeiras. Não releva para o seu preenchimento a revelação de informações falsas ou de juízos de valor, caso em que poderá estar em causa um crime de difamação ou um crime de injúria (arts. 180.º e 181.º do CP).

Se for o próprio beneficiário da técnica de PMA a revelar que recorreu àquelas técnicas não comete qualquer crime, porque são factos exclusivamente respeitantes à esfera individual de próprio.

É um **crime específico**: apenas pode ser cometido por quem exerce actividade nos Centros Autorizados de PMA ou o próprio Centro e por força dessa circunstância tem “por alguma forma” conhecimento das informações a que alude o art. 15.º.

É um **crime de resultado** quanto à consumação do ataque ao objecto da acção: divulgação de informação não acessível.

É um **crime de dano**: o bem jurídico protegido, a reserva da intimidade da vida privada, é atingido. Há uma efectiva lesão do bem jurídico protegido.

O **tipo subjectivo** é doloso, preenche-se sob qualquer forma de dolo.

O agente tem de ter conhecimento de que a informação não pode ser divulgada fora do círculo restrito em que é conhecida, de que está obrigado a manter sigilo, de que a divulgação é proibida e penalmente punível, e quer deliberadamente divulgá-la, quebrando esse círculo restrito ou, pelo menos, prevê como consequência possível da sua conduta a divulgação da informação fora desse círculo assumindo esse risco, conformando-se com a sua violação.

Há **concurso aparente** com os arts.192.º (devassa da vida privada), 195.º e 383.º do C.P e 47.º da Lei n.º 67/98, de 26.10.

A **tentativa** não é punível atendendo ao limite máximo da pena aplicável – art. 23.º, n.º 1 do C.P.

Em sede de punição consagra-se o princípio da alternatividade das **penas**, prevendo-se a pena de prisão ou pena de multa.

Pode ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03.

O art. 45.º da presente Lei prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal a quem for condenado (pessoa singular ou colectiva) por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou

serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; a publicidade da decisão condenatória.

Artigo 43.º-A

Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas

As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 4)

As remissões para o Código Penal (anotação 5)

O bem jurídico (anotações 6 e 7)

A delimitação da imputação (anotações 8 a 13)

A pena (anotações 14 a 21)

As sanções acessórias (anotações 22 a 24)

- 1 A Lei n.º 59/07, de 4 de Setembro, no seu art. 4.º, introduziu a regra da responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas, agora consagrada no art. 11.º do C.P. após a sua alteração por este diploma legal.
- 2 Esta regra já se encontrava consagrada em legislação avulsa como o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.01 (crimes contra a economia e a saúde pública), na Lei n.º 109/91, de 17.08 (crimes informáticos), na Lei n.º 15/2001, de 05.06 (crimes fiscais), na Lei n.º 52/2003, de 22.08 (Lei de combate ao terrorismo) e na Lei n.º 99/2003, de 27.08 (crimes laborais).
- 3 “As pessoas colectivas e entidades equiparadas são fruto da vontade de homens e, nessa medida, podem constituir um objecto de censura ético-penal. Não se trata de uma responsabilidade por facto de outrem, mas antes de uma verdadeira responsabilidade autónoma e distinta da responsabilidade dos concretos homens e mulheres que compõem a pessoa colectiva ou a entidade autónoma, decorrendo essa autonomia precisamente da livre conjugação das vontades de mais do que uma pessoa. A categoria de culpa é, pois, aplicada por analogia às pessoas colectivas e entidades equiparadas (já assim, FIGUEIREDO DIAS, 2007: 298). Assim, a responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.” – PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *in* Comentário do Código Penal, notas 2 e 3 ao art. 11.º, p. 81.
- 4 São entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto (sem personalidade jurídica).
- 5 Nesta matéria rege o **Código Penal** nos seus arts. 11.º (Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas), 90.º-A (Penas aplicáveis às pessoas colectivas), n.ºs 1 (são aplicáveis as penas principais de multa ou de dissolução) e 2 (são aplicáveis penas acessórias) alíneas a) (injunção judiciária), b) (interdição do exercício de actividade), d) (privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos), e) (encerramento de estabelecimento) e f) (publicidade da decisão condenatória), 90.º-B (Pena de multa), 90.º-C (Admoestação), 90.º-D (Caução de boa conduta), 90.º-E (Vigilância judiciária), 90.º-F (Pena de dissolução), 90.º-G (Injunção judiciária), 90.º-I (Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos), 90.º-J (Interdição do exercício de actividade), 90.º-L (Encerramento de estabelecimento) e 90.º-M (publicidade da decisão condenatória) .
- 6 As pessoas colectivas ou equiparadas são susceptíveis de incorrer nos crimes p. e p. nos arts. 34.º (Centros autorizados), 35.º (Beneficiários), 36.º (Clonagem reprodutiva), 37.º (Escolha de características não médicas), 38.º (Criação de quimeras

ou híbridos), 39.º, n.º 2 (Maternidade de substituição – promoção da maternidade de substituição onerosa), 40.º (utilização indevida de embriões), 41.º (intervenções e tratamentos), 42.º (recolha não consentida de gâmetas) e 43.º (Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade).

Sobre esta responsabilidade vejam-se o art. 34.º (Centros autorizados), anotações 25, 26, 28, 29, 36, 37 e 38; o art. 35.º (Beneficiários), anotações 30, 31, 32, 41, 42 43 e 44; o art. 36.º (Clonagem reprodutiva), anotações 29, 30 e 39; o art. 37.º (Escolha de características não médicas), anotações 25, 26, 33, 34, 35 e 36; o art. 38.º (Criação de quimeras ou híbridos), anotações 17, 18 e 24; o art. 39.º n.º 2 (Maternidade de substituição – promoção da maternidade de substituição onerosa), anotações 30 e 41; o art. 40.º (utilização indevida de embriões), anotações 33, 36, 46 e 47; o art. 41.º (intervenções e tratamentos), anotações 13 e 14, o art. 42.º (recolha não consentida de gâmetas), anotações 15, 16, 26 e 27 e art. 43.º (Violação do dever de sigilo ou de confidencialidade), anotações 30 e 38.

Na **delimitação da imputação** da responsabilidade penal das pessoas colectivas importa apurar se o agente ocupa uma posição de liderança na pessoa colectiva e se o praticou em nome da pessoa colectiva e no interesse colectivo; ou se foi cometido por agente que actue sob a autoridade de quem ocupa uma posição de liderança na pessoa colectiva em virtude de uma violação por parte daquela dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

Detém uma posição de liderança a pessoa que pertença a um órgão da pessoa colectiva competente para tomar decisões em nome dela (direcção, administração, fiscalização) ou ainda a pessoa singular que tenha de poderes de representação da pessoa colectiva (o procurador; o representante de facto).

O crime cometido pelo líder da pessoa colectiva em seu nome e no interesse colectivo é doloso.

Quando líder da pessoa colectiva viola os deveres de vigilância ou controlo que lhe incumbem na sua esfera de competência, a pessoa colectiva é punida, a título de negligência, pelo crime cometido pelo subordinado desse.

Exclui-se a responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas quando o agente actua contra ordens ou instruções expressas por quem de direito. É dentro deste quadro que se deve verificar se existe ou não responsabilidade penal das pessoas colectivas e entidades equiparadas na comissão dos crimes da presente Lei.

As pessoas colectivas e entidades equiparadas são punidas com as **penas** principais de multa ou de dissolução – art. 90.º-A, n.º 1 do C.P.

A moldura da pena de multa encontra-se seguindo os critérios do art. 90.º-B do C.P.

Se ao ente colectivo for aplicada pena de multa em medida não superior a 240 dias pode o tribunal limitar-se a admoestá-la – art. 90.º-C do C.P.

É possível a substituição da pena de multa em medida não superior a 600 dias por caução de boa conduta, entre €1.000,00 e €1.000.000,00, pelo prazo de 1 a 5 anos – art. 90.º-D do C.P.

No caso de aplicação de pena de multa em medida não superior a 600 dias, pode o tribunal limitar-se a determinar o acompanhamento do ente colectivo por um representante judicial pelo prazo de 1 a 5 anos, de modo que este proceda à fiscalização da actividade que determinou a condenação – art. 90.º-E do C.P.

A **pena de dissolução** é decretada quando o ente colectivo tiver sido criado com a intenção exclusiva ou predominante de praticar os actos contemplados na presente Lei, ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito por quem nela ocupe uma posição de liderança – art. 90.º-F do C.P.

- 20 O art. 44.º prevê a punição a título de contra-ordenação das pessoas colectivas que ajam em desconformidade com os arts. 4.º, 5.º, 6.º e 14.º em coima de € 10.000 a € 500 000.
- 21 Pode, igualmente, ser equacionada responsabilidade contra-ordenacional no âmbito da Lei n.º 12/2009 de 26.03.
- 22 O art. 45.º prevê a possibilidade de aplicação de **sanções acessórias** pelo tribunal à pessoa colectiva ou entidade equiparada que for condenada por qualquer dos crimes ou das contra-ordenações previstos neste capítulo, sendo elas a injunção judiciária; a interdição temporária do exercício de actividade ou profissão; a privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados por entidades ou serviços públicos; o encerramento temporário de estabelecimento; a cessação da autorização e funcionamento; a publicidade da decisão condenatória.
- 23 Estas **sanções acessórias** correspondem às previstas no Código Penal art. 90.º-A, n.º 2, al.ª a) injunção judiciária, b) interdição do exercício de actividade, d) privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, e) encerramento de estabelecimento e f) publicidade da decisão condenatória, não tendo o art. 45.º previsto a sanção acessória de proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades a que se refere a alínea c) deste artigo.
- 24 As sanções acessórias estão reguladas nos arts. 90.º-G (Injunção judiciária), 90.º-I (Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos), 90.º-J (Interdição do exercício de actividade), 90.º-L (Encerramento de estabelecimento) e 90.º-M (publicidade da decisão condenatória) todos do C.P.

ANA PAULA FELGA VITORINO e LUÍSA ISABEL VIEIRA VERDASCA SOBRAL

Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, que estabelece o regime jurídico dos medicamentos de uso humano (Artigo 164.º)

Artigo 164.º

Fiscalização

1. No âmbito dos seus poderes de supervisão, incumbe ao INFARMED registar e apreciar toda a publicidade de medicamentos.

2. O órgão máximo do INFARMED pode, por sua iniciativa, na sequência de parecer do CNPM, a pedido de outra entidade pública ou privada ou mediante queixa:

a) Ordenar as medidas, provisórias ou definitivas, necessárias para impedir qualquer forma de publicidade que viole o disposto no presente decreto-lei, ainda que não iniciada, ou para corrigir ou rectificar os efeitos de publicidade já iniciada junto dos consumidores e das empresas;

b) Apreciar, a título preventivo, a conformidade com a lei de determinada forma ou projecto publicitário;

c) Definir os critérios a que obedecerá a fiscalização do cumprimento do disposto no presente capítulo.

3. A publicação ou divulgação de publicidade proibida constitui crime de desobediência, nos termos previstos no artigo 348.º do Código Penal, sem prejuízo da responsabilidade contra-ordenacional a que houver lugar e da aplicação das sanções pecuniárias e administrativas adequadas, nos termos previstos no presente decreto-lei ou, na sua falta, na legislação sobre publicidade.

4. Os titulares de autorizações ou registos concedidos ao abrigo do presente decreto-lei e as entidades a que se refere o n.º 1 do artigo 182.º estão obrigadas a remeter ao INFARMED, no prazo máximo de 10 dias, um exemplar do suporte de cada peça publicitária a medicamento.

5. Se a publicidade configurar uma violação do regime jurídico da concorrência, o INFARMED exerce as suas competências de autoridade reguladora, sem prejuízo do estabelecido na Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho, que aprova o regime jurídico da concorrência.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 5)

O bem jurídico (anotações 6 e 7)

O tipo objectivo (anotações 8 e 9)

O tipo subjectivo (anotação 10)

A participação (anotação 11)

A pena (anotação 12)

Este diploma foi rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 73/2006, de 26 de Outubro. 1

A Lei de Bases da Saúde (Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto), na sua Base XXI, n.º 2, dispõe que “a actividade farmacêutica tem legislação especial e fica submetida à disciplina e fiscalização conjuntas dos ministérios competentes, de forma a garantir a defesa e a protecção da saúde, a satisfação das necessidades da população e a racionalização do consumo de medicamentos e produtos medicamentosos”. 2
Por sua vez, o diploma em anotação afirma expressamente o **princípio do primado da protecção da saúde pública** como princípio fundamental na regulamentação da disciplina dos medicamentos para uso humano em Portugal. Na verdade, o n.º 1 do seu art. 4.º dispõe que, “as disposições do presente decreto-lei devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com o princípio do primado da protecção da saúde pública”. Outro dos princípios gerais essenciais, expressamente acolhidos

neste diploma é o princípio da promoção do uso racional de medicamentos: “a utilização dos medicamentos no âmbito do sistema de saúde, nomeadamente através da prescrição médica ou da dispensa pelo farmacêutico, deve realizar-se no respeito pelo princípio do uso racional do medicamento, no interesse dos doentes e da saúde pública, nos termos previstos no presente decreto-lei e na demais legislação aplicável” (cfr. n.º 1 do art. 5.º).

É, nessa medida, que a publicidade de medicamentos, atenta a sua natureza de incentivo ao consumo, assume neste contexto importância particular, entre as matérias que devem ser sujeitas à regulamentação do Estado, na prossecução destes princípios gerais.

- 3 Nos termos do art. 150.º deste diploma, considera-se **publicidade de medicamentos**, qualquer forma de informação, de prospecção ou de incentivo que tenha por objecto ou por efeito a promoção da sua prescrição, dispensa, venda, aquisição ou consumo em qualquer das seguintes circunstâncias: junto do público em geral; junto de distribuidores por grosso e dos profissionais de saúde; através da visita de delegados de informação médica às pessoas referidas na alínea anterior; através do fornecimento de amostras ou de bonificações comerciais a qualquer das pessoas abrangidas pelo disposto na 2.ª alínea; através da concessão, oferta ou promessa de benefícios pecuniários ou em espécie, excepto quando o seu valor intrínseco seja insignificante; pela via do patrocínio de reuniões de promoção a que assistam pessoas abrangidas pelo disposto na 2.ª alínea; pela via do patrocínio a congressos ou reuniões de carácter científico em que participem pessoas referidas na 2.ª alínea, nomeadamente pelo pagamento, directo ou indirecto, dos custos de acolhimento; e através da referência ao nome comercial de um medicamento.

A publicidade de medicamentos pode ser realizada directamente pelo titular de autorização ou registo de um medicamento ou, em nome deste, por terceiro, sem prejuízo do disposto no diploma. Por sua vez, a publicidade de medicamentos deve conter elementos que estejam de acordo com as informações constantes do resumo das características do medicamento, tal como foi autorizado; deve promover o uso racional dos medicamentos, fazendo-o de forma objectiva e sem exagerar as suas propriedades; e não pode ser enganosa. Exclusões – cfr. art. 151.º

- 4 O INFARMED, I.P. é a entidade responsável pela fiscalização da publicidade de medicamentos.
- 5 Proibição de publicidade de medicamentos – art. 152.º É proibida a publicidade de medicamentos que não sejam objecto de uma autorização ou registo válidos para o mercado nacional ou que tenham sido autorizados ao abrigo dos arts. 92.º e 93.º É proibida a publicidade junto do público em geral dos medicamentos sujeitos a receita médica; contendo substâncias definidas como estupefacientes ou psicotrópicos, ao abrigo de convenções internacionais que vinculem o Estado português; participados pelo Serviço Nacional de Saúde. É proibida qualquer forma de publicidade comparativa. É proibida a distribuição directa de medicamentos para fins promocionais. Publicidade junto de profissionais de saúde – cfr. art. 154.º
- 6 Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). “Substancialmente – considera

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjetivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência *in concreto* da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes: ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado” (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, *in* Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – Comentário do Código Penal..., Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão proferida pelo INFARMED, traduzido na publicação ou divulgação de publicidade proibida. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada.

A **ordem** envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei, que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário). A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo.

Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário

incumpre – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.

11 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

12 A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a *a*) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de Abril, que estabelece o regime jurídico da designação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridades de saúde (Artigo 16.º)

Artigo 16.º

Sanções

A desobediência a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados da autoridade de saúde, é punida nos termos da lei Penal.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotação 4)

O tipo objectivo (anotações 5 e 6)

O tipo subjectivo (anotação 7)

A comparticipação (anotação 8)

A pena (anotação 9)

Nos termos do n.º 1 do art. 2.º deste diploma, entende-se por autoridade de saúde a entidade à qual compete a decisão de intervenção do Estado na defesa da saúde pública, na prevenção da doença e na promoção e protecção da saúde, bem como no controlo dos factores de risco e das situações susceptíveis de causarem ou acentuarem prejuízos graves à saúde dos cidadãos ou dos aglomerados populacionais. A mesma detém os poderes necessários ao exercício das competências referidas no número anterior na sua área geodemográfica de intervenção, bem como os poderes relativos à vigilância de saúde no âmbito territorial nacional que derivem da circulação de pessoas e bens no tráfego e comércio internacionais (cfr. n.º 2). As autoridades de saúde exercem poderes no âmbito territorial correspondente às áreas geográficas e administrativas de nível nacional, regional e municipal, definidas conforme a Nomenclatura de Unidades Territoriais para Fins Estatísticos (NUTS) em vigor, funcionando em sistema de rede integrada de informação (cfr. n.º 1 do art. 4.º), dependendo hierarquicamente do membro do Governo responsável pela área da saúde, através do director-geral da Saúde (cfr. n.º 2 do art. 4.º).

1

Autoridade de saúde de âmbito nacional	director-geral da Saúde
Autoridades de saúde de âmbito regional	delegados de saúde regionais e delegados de saúde regionais adjuntos
Autoridades de saúde de âmbito municipal	delegados de saúde e delegados de saúde adjuntos

As autoridades de saúde asseguram a intervenção oportuna e discricionária do Estado em situações de grave risco para a saúde pública, competindo-lhes, ainda, a vigilância das decisões dos órgãos e serviços operativos do Estado em matéria de saúde pública – podendo, para o efeito, todos os meios necessários, proporcionais e limitados aos riscos identificados que considerem prejudiciais à saúde dos cidadãos ou dos aglomerados populacionais envolvidos. Às autoridades de saúde compete, em especial, de acordo com o nível hierárquico técnico e com a área geográfica e administrativa de responsabilidade: vigiar o nível sanitário dos aglomerados populacionais, dos serviços, estabelecimentos e locais de utilização pública e determinar as medidas correctivas necessárias à defesa da saúde pública; ordenar

2

a interrupção ou suspensão de actividades ou serviços, bem como o encerramento dos estabelecimentos e locais referidos na alínea anterior onde tais actividades se desenvolvam em condições de grave risco para a saúde pública; desencadear, de acordo com a Constituição e a lei, o internamento ou a prestação compulsiva de cuidados de saúde a indivíduos em situação de prejudicarem a saúde pública; exercer a vigilância sanitária no território nacional de ocorrências que derivem do tráfego e comércio internacionais; proceder à requisição de serviços, estabelecimentos e profissionais de saúde em caso de epidemias graves e outras situações semelhantes. Quando ocorram situações de emergência grave em saúde pública, em especial situações de calamidade ou catástrofe, o membro do Governo responsável pela área da saúde toma as medidas necessárias de excepção que forem indispensáveis, coordenando a actuação dos serviços centrais do Ministério com as instituições e serviços do Serviço Nacional de Saúde e as autoridades de saúde de nível nacional, regional e municipal. Atribuições e competências da autoridade de saúde nacional – cfr. art. 6.º Atribuições e competências das autoridades de saúde de âmbito regional – cfr. art. 7.º; Atribuições e competências da autoridade de saúde de nível municipal – cfr. art. 8.º As autoridades acima referidas, dentro do âmbito da sua intervenção, entre outras, incumbe-lhes fazer cumprir as normas que tenham por objecto a defesa da saúde pública, requerendo, quando necessário, o apoio das autoridades administrativas e policiais, nomeadamente no que se refere às medidas de prevenção e controlo das doenças transmissíveis, nos termos do Plano de Acção Nacional de Contingência para as Epidemias.

As funções inerentes ao exercício do poder de autoridade de saúde são exercidas com autonomia técnica e são independentes das de natureza operativa dos serviços de saúde e, no exercício do seu poder e competências, dispõem de apoio, a nível técnico, jurídico, de recursos humanos e logístico, que é assegurado pelos departamentos de saúde pública das administrações regionais de saúde ou pelas unidades de saúde pública dos agrupamentos de centros de saúde ou das unidades locais de saúde das respectivas áreas de intervenção (as autoridades de saúde podem, no âmbito territorial competente, delegar nos profissionais que integram os respectivos serviços de saúde pública, de acordo com as áreas específicas de intervenção, a execução de actos materiais compreendidos no exercício das suas competências, desde que observados os requisitos de qualificação profissional necessários ao exercício das mesmas) – cfr. art. 9.º

- 3 Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). “Substancialmente – considera CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjectivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes:

ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado” (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, in Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – Comentário do Código Penal..., Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da ordem ou mandado emanado de uma das autoridades de saúde referidas nas notas anteriores e no âmbito das respectivas competências próprias ou delegadas.

A **ordem** envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei, que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário). A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo).

Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumprir – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.ª a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de Junho, que estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respectivos acessórios e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2007/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Setembro (Artigo 56.º)

Artigo 56.º

Fiscalização

1. No âmbito dos seus poderes de supervisão, incumbe à autoridade competente apreciar a publicidade de dispositivos médicos.

2. O órgão máximo da autoridade competente define os critérios a que obedece a fiscalização do cumprimento do disposto no presente capítulo.

3. O órgão máximo da autoridade competente pode, por sua iniciativa, a pedido de outra entidade pública ou privada ou mediante queixa:

a) Ordenar as medidas, provisórias ou definitivas, necessárias para impedir qualquer forma de publicidade que viole o disposto no presente decreto-lei, ainda que não iniciada, ou para corrigir ou rectificar os efeitos de publicidade já iniciada junto dos consumidores e das empresas;

b) Apreciar, a título preventivo, a conformidade com a lei de determinada forma ou projecto publicitário.

4. A publicação ou divulgação de publicidade proibida constitui crime de desobediência, nos termos previstos no artigo 348.º do Código Penal, sem prejuízo da responsabilidade contra-ordenacional a que houver lugar e da aplicação das sanções pecuniárias e administrativas adequadas, nos termos previstos no presente decreto-lei ou, na sua falta, na legislação sobre publicidade.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 5)

O bem jurídico (anotação 6)

O tipo objectivo (anotações 7 e 8)

O tipo subjectivo (anotação 9)

A participação (anotação 10)

A pena (anotação 11)

- 1 Este diploma foi rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 60-A/2009, de 14 de Agosto.
- 2 Nos termos do art. 43.º deste diploma, considera-se **publicidade de dispositivos médicos**, qualquer forma de informação, de prospecção ou de incentivo que tenha por objecto ou por efeito a promoção da sua prescrição, dispensa, venda, aquisição ou consumo em qualquer das seguintes circunstâncias: junto do público em geral; junto dos profissionais de saúde; através da visita de representantes comerciais dos dispositivos médicos às pessoas referidas na alínea anterior; através do fornecimento de amostras a qualquer das pessoas referidas nas 2.ª e 3.ª alíneas; através da concessão, oferta ou promessa de benefícios pecuniários ou em espécie, excepto quando o seu valor intrínseco seja insignificante; pela via do patrocínio de reuniões de promoção a que assistam profissionais de saúde; pela via do patrocínio a congressos ou reuniões de carácter científico em que participem profissionais de saúde, nomeadamente pelo pagamento, directo ou indirecto, dos custos de acolhimento; através da referência comercial de um dispositivo médico. A publicidade de dispositivos médicos pode ser realizada directamente pelo fabricante de um dispositivo médico ou, em nome deste, por terceiro, sem prejuízo do disposto no presente diploma.

Por sua vez, a publicidade de dispositivos médicos deve conter elementos que estejam de acordo com as informações constantes das instruções de utilização e da documentação técnica do dispositivo médico; deve promover a utilização segura dos dispositivos médicos, fazendo-o de forma objectiva e sem exagerar as suas propriedades e não pode ser enganosa. Exclusões – cfr. art. 44.º

O INFARMED, I.P. é a entidade responsável pela fiscalização da publicidade dos dispositivos médicos (cfr. art. 60.º).

Proibição de publicidade de dispositivos médicos – art. 45.º É proibida a publicidade de dispositivos médicos que não sejam objecto de uma avaliação da conformidade nos termos dos arts. 8.º a 10.º e de notificação à autoridade competente nos termos do art. 11.º É proibida a publicidade junto do público em geral dos dispositivos médicos cuja utilização careça da mediação e decisão de um profissional de saúde, designadamente os dispositivos implantáveis, os dispositivos invasivos de longo prazo, os dispositivos que incluam como parte integrante um medicamento ou um derivado estável do sangue ou do plasma humanos e os dispositivos fabricados mediante a utilização de células e tecidos de origem animal – não prejudica a realização de campanhas de promoção de dispositivos médicos aprovadas pela autoridade competente por razões de interesse público. Publicidade junto do público – cfr. art. 46.º Publicidade junto de profissionais de saúde – cfr. art. 47.º

Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). “Substancialmente – considera CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjectivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência *in concreto* da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes: ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado” (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, *op. cit.* pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra,

2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – Comentário do Código Penal..., Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.

- 7 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão proferida pelo INFARMED, traduzido na publicação ou divulgação de publicidade proibida. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada.
- 8 A **ordem** envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei, que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário). A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo.
- 9 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpra – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.
- 10 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.
- 11 A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

CAPÍTULO III

Habitação e Urbanismo

Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro, que estabelece o regime jurídico dos instrumentos de gestão territorial, alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 53/2000, de 7 de Abril, 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, e pelos Decretos-Leis n.ºs 316/2007, de 19 de Setembro e 46/2009, de 20 de Fevereiro (Artigos 105.º e 106.º)

Artigo 105.º

Embargo e demolição

1. Sem prejuízo da coima aplicável, pode ser determinado o embargo de trabalhos ou a demolição de obras nos seguintes casos:

a) Pelo presidente da câmara municipal, quando violem plano municipal de ordenamento do território;

b) Pelo membro do Governo responsável pelo ordenamento do território, quando violem plano especial de ordenamento do território ou quando esteja em causa a prossecução de objectivos de interesse nacional ou regional;

c) *(Revogada pelo Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro.)*

2. Quando se verifique a realização de trabalhos ou obras, não precedidos do licenciamento ou comunicação prévia legalmente devidos, que violem plano municipal ou plano especial de ordenamento do território, o membro do Governo responsável pelo ordenamento do território deve participar o facto ao presidente da câmara municipal para os efeitos previstos no número anterior.

3. As despesas com a demolição correm por conta do dono das obras a demolir e, sempre que não forem pagas voluntariamente no prazo de 20 dias a contar da notificação para o efeito, são cobradas coercivamente, servindo de título executivo certidão passada pelos serviços competentes, donde conste, além dos demais requisitos exigidos, a identificação do dono das obras e o montante em dívida.

4. As ordens de embargo e de demolição são objecto de registo na conservatória de registo predial competente mediante comunicação do presidente da câmara municipal, da comissão de coordenação e desenvolvimento regional ou do órgão competente dependente do membro do Governo responsável pelo ordenamento do território, procedendo-se oficiosamente aos necessários averbamentos.

Artigo 106.º

Desobediência

O prosseguimento dos trabalhos embargados nos termos do artigo anterior constitui crime de desobediência nos termos do disposto na alínea b) do n.º 1 do artigo 348.º do Código Penal.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotações 4 e 5)

O tipo objectivo (anotações 6 e 7)

O tipo subjectivo (anotação 8)

A comparticipação (anotação 9)

As causas de justificação (anotação 10)

A pena (anotação 11)

- 1 Este diploma foi alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 53/2000, de 7 de Abril, 310/2003, de 10 de Dezembro, pela Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, pela Lei n.º 56/2007, de 31 de Agosto, e pelos Decretos-Leis n.ºs 316/2007, de 19 de Setembro e 46/2009, de 20 de Fevereiro.
- 2 Nos termos do art. 107.º deste diploma, sem prejuízo da coima aplicável, pode ser determinado o embargo de trabalhos ou a demolição de obras nos seguintes casos: violação de plano municipal de ordenamento do território; violação de plano especial de ordenamento do território; ou quando esteja em causa a prossecução de objectivos de interesse nacional ou regional. Nos termos do art. 9.º da Lei n.º 48/98, de 11 de Agosto (estabelece as bases da política de ordenamento do território e de urbanismo – alterada pela Lei n.º 54/2007, de 31 de Agosto), os planos municipais de ordenamento do território, enquanto instrumentos de planeamento territorial, compreendem as seguintes figuras: o plano director municipal, que, com base na estratégia de desenvolvimento local, estabelece a estrutura espacial, a classificação básica do solo, bem como parâmetros de ocupação, considerando a implantação dos equipamentos sociais, e desenvolve a qualificação dos solos urbano e rural; o plano de urbanização, que desenvolve, em especial, a qualificação do solo urbano; e o plano de pormenor, que define com detalhe o uso de qualquer área delimitada do território municipal. Por sua vez, nos termos do seu art. 33.º, os planos especiais de ordenamento do território são: os planos de ordenamento de áreas protegidas – cfr. Decreto-Lei n.º 19/93, de 23 de Janeiro, que estabelece normas relativas à Rede Nacional de Áreas Protegidas; os planos de ordenamento de albufeiras de águas públicas – cfr. Lei n.º 58/2005, de 29.12, que aprova a Lei da Água, transpondo para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro, e estabelecendo as bases e o quadro institucional para a gestão sustentável das águas; os planos de ordenamento da orla costeira – cfr. Lei n.º 58/2005, de 29.12, que aprova a Lei da Água, transpondo para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro, e estabelecendo as bases e o quadro institucional para a gestão sustentável das águas; e os planos de ordenamento dos estuários – cfr. Lei n.º 58/2005, de 29.12, que aprova a Lei da Água, transpondo para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Outubro, e estabelecendo as bases e o quadro institucional para a gestão sustentável das águas.
- 3 Relativamente à entidade competente para decretar o embargo dos trabalhos (ou a demolição da obra), temos que distinguir: tratando-se de violação de plano municipal de ordenamento do território, compete ao **presidente da câmara municipal**; tratando-se de violação de plano especial de ordenamento do território; ou quando esteja em causa a prossecução de objectivos de interesse nacional ou regional, compete ao **membro do Governo** responsável pelo ordenamento do território.
- 4 No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE,

o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – Comentário do Código Penal..., Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.

O crime de desobediência é um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e **de mera actividade** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão do presidente da câmara municipal (no caso de se tratar de violação de plano municipal) ou do membro do Governo responsável pelo ordenamento do território (tratando-se de plano especial de ordenamento do território ou quando aquela entidade haja decidido que, no caso concreto, esteja em causa a prossecução de objectivos de interesse nacional ou regional), regularmente comunicado ao destinatário, consumando-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenado: prosseguimento dos trabalhos que foram objecto da decisão de embargo. O não acatamento da ordem de demolição não acarreta a prática do crime de desobediência.

A **ordem** deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei e de forma a salvaguardar que o destinatário tenha perfeito conhecimento do acto (sobre o regime dos actos orais, cfr. art. 126.º do Código de Procedimento Administrativo; sobre notificações – cfr. art. 66.º e ss. do mesmo diploma legal). O agente tem que ter conhecimento efectivo da ordem, não bastando que o meio de fazer chegar a ordem ao conhecimento do seu destinatário se mostre formalmente irrepreensível; torna-se necessário que aquele se tenha inteirado, de facto, do seu conteúdo. A comunicação deve ser suficiente para fundar o dolo do incumpridor daquele que desobedece à ordem. Saliente-se que, nos termos do n.º 4 do art. 106.º, as ordens de embargo são objecto de registo na conservatória de registo predial competente mediante comunicação do presidente da câmara municipal, da comissão de coordenação e desenvolvimento regional ou do órgão competente dependente do membro do Governo responsável pelo ordenamento do território, procedendo-se oficiosamente aos necessários averbamentos.

I – Desobedecer é faltar à obediência devida. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Essa legitimidade advém da competência da entidade de onde emana a ordem ou o mandado e tem esta de ser regularmente comunicada ao destinatário. Para que a desobediência tenha dignidade penal exige-se ainda que o dever de obedecer provenha de uma de duas fontes: uma disposição legal que comine, no caso, tal punição, ou, na ausência dessa norma, que tenha sido feita a correspondente cominação pela autoridade ou funcionário competente para emitir a ordem. II – “Admitir, sem restrições o direito de desobedecer, seria permitir a anarquia na Administração e um fácil acesso a abusos, como a desobediência a ordens legais com o pretexto de que eram ilegais. Por isso, o princípio da hierarquia, baseado em considerações de segurança e de autoridade, não admite o direito de desobediência. No pólo oposto, o princípio da legalidade é no sentido de que o dever de obediência só existe em relação a ordens legais.” – Maia Gonçalves, “Código Penal”, 16.ª edição, p. 984. III – Tende-se para a aproximação das teses em confronto (corrente hierárquica e corrente legalista), assim nascendo as doutrinas da respeitosa representação e a da possibilidade de desobediência a ordens manifestamente contrárias à lei. A ilegalidade da ordem não pode resultar de um juízo puramente subjectivo do próprio destinatário dessa mesma ordem, pois, se assim fosse, estaria encontrado o caminho para contornar o dever de obediência e nunca cumprir qualquer ordem, sem consequências. Aquela ilegalidade da ordem

ou contrariedade à ordem jurídica tem de ser manifesta, objectivamente considerada, de molde a que seja perceptível por qualquer cidadão minimamente informado e esclarecido, ou seja, tem de ser patente e óbvio, para qualquer pessoa de cultura e conhecimento dentro da média, que a dita ordem é ilegal e que a ela ninguém deve obediência. IV – No caso, o embargo decretado não é manifestamente ilegal. V – Na dúvida sobre a legalidade da ordem de embargo, mantém-se o dever de obediência à mesma, pelo menos até ao desfecho da acção administrativa proposta no TAF com vista à declaração da ilegalidade do acto que decretou o embargo. VI – Conforme vem sendo decidido nos tribunais superiores, “o embargo administrativo de obra pela Câmara Municipal constitui acto que goza do benefício de execução prévia e de legalidade presumida, impondo-se sem dependência de apreciação jurisdicional do respectivo direito”. Por isso, “o prosseguimento da obra assim embargada integra o crime da desobediência, já que se trata de uma ordem transmitida na forma legal, substancialmente legítima e dimanada de autoridade competente” – Acórdão da Relação de Coimbra, de 16/1/85, CJ X, I, 88. VII – Consequentemente, a decisão a proferir na acção administrativa proposta no TAF é irrelevante para a decisão da causa criminal, já que, seja aquela qual for, os pressupostos típicos do crime de desobediência já se mostrar preenchidos. Não constitui, pois, questão prejudicial (Ac. do TRL de 7-11-2006, proc. n.º Proc. 7136/06, 5.ª Secção).

- 8 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpra – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.
- 9 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.
- 10 A ilegitimidade da ordem não constituirá uma causa de justificação, uma vez que a legitimidade da mesma é elemento da factualidade típica. Conflito de deveres – cfr. art. 36.º do Código Penal
- 11 A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.ª b) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Decreto n.º 555/99, de 16 de Dezembro, que aprova o regime jurídico da urbanização e edificação, alterado pelas Leis n.ºs 13/2000, de 20 de Julho, e 30-A/2000, de 20 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pelas Leis n.ºs 15/2002, de 22 de Fevereiro, e 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 18/2008, de 29 de Janeiro, 116/2008, de 4 de Julho e 26/2010, de 30 de Março (este último, com republicação integral do diploma) (Artigo 100.º)

Artigo 100.º

Responsabilidade criminal

1. O desrespeito dos actos administrativos que determinem qualquer das medidas de tutela da legalidade urbanística previstas no presente diploma constitui crime de desobediência, nos termos do artigo 348.º do Código Penal.

2. As falsas declarações ou informações prestadas pelos responsáveis referidos nas alíneas e) e f) do n.º 1 do artigo 98.º nos termos de responsabilidade ou no livro de obra integram o crime de falsificação de documentos, nos termos do artigo 256.º do Código Penal.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 8)

Crime de desobediência (anotação 9)

O bem jurídico (anotação 10)

O tipo objectivo (anotação 11)

O tipo subjectivo (anotação 12)

A participação (anotação 13)

As causas de justificação (anotação 14)

A pena (anotação 15)

Falsas declarações ou informações prestadas no termo de responsabilidade ou no livro de obra (anotação 16)

O termo de responsabilidade (anotação 17)

O livro de obra (anotação 18)

Os agentes do crime de falsificação de documento (anotação 19)

Considerações gerais (anotação 20)

O bem jurídico (anotação 21)

O tipo objectivo (anotação 22)

O tipo subjectivo (anotação 23)

A tentativa (anotação 24)

A participação (anotação 25)

A pena (anotação 26)

Este diploma foi alterado Leis n.ºs 13/2000, de 20 de Julho, e 30-A/2000, de 20 de Dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 177/2001, de 4 de Junho, pelas Leis n.ºs 15/2002, de 22 de Fevereiro, e 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, pelo Decreto-Lei n.º 157/2006, de 8 de Agosto, pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro, e pelos Decretos-Leis n.ºs 18/2008, de 29 de Janeiro, 116/2008, de 4 de Julho e 26/2010, de 30 de Março (este último, com republicação integral do diploma). 1

As medidas de tutela da legalidade urbanística previstas no presente diploma são as seguintes. O **embargo** (cfr. art. 102.º) de obras de urbanização, de edificação ou de demolição, bem como quaisquer trabalhos de remodelação de terrenos, quando estejam a ser executadas: sem a necessária licença ou admissão de comunicação prévia; em desconformidade com o respectivo projecto ou com as condições do licenciamento ou comunicação prévia admitida, salvo o previsto no art. 83.º (alterações durante a execução da obra e respeitados os procedimentos e prazos 2

- ali referidos); ou em violação das normas legais e regulamentares aplicáveis. A **demolição (total ou parcial) da obra e/ou a reposição do terreno** nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras ou trabalhos (cfr. art. 106.º).
- 3 As **entidades competentes** são as seguintes: em matéria de decisão de embargo, sem prejuízo das competências atribuídas por lei a outras entidades, o presidente da câmara municipal é a entidade competente (cfr. n.º 1 do art. 102.º); em matéria de decisão de demolição ou de reposição do terreno, é também competente o presidente da câmara municipal (cfr. n.º 1 do art. 106.º) e neste caso deve ser fixado prazo para o efeito; em matéria de embargo, de introdução de alterações, de demolição do edificado ou de reposição do terreno, o presidente da CCDR territorialmente competente pode determinar estas medidas de tutela da legalidade urbanística em quaisquer operações urbanísticas desconformes com o disposto em plano municipal ou plano especial de ordenamento do território, sempre que não se mostre assegurada pelo município a adopção das referidas medidas de tutela da legalidade urbanísticas (cfr. art. 108.º-A).
- 4 No **embargo** observam-se os seguintes procedimentos. Notificação do embargo e seus destinatários – é feita ao responsável pela direcção técnica da obra, bem como ao titular do alvará de licença ou apresentante da comunicação prévia e, quando possível, ao proprietário do imóvel no qual estejam a ser executadas as obras ou seu representante, sendo suficiente para obrigar à suspensão dos trabalhos qualquer dessas notificações ou a de quem se encontre a executar a obra no local (cfr. n.º 2 do art. 102.º). No caso de as obras estarem a ser executadas por pessoa colectiva, o embargo e o respectivo auto são ainda comunicados para a respectiva sede social ou representação em território nacional (cfr. n.º 7 do art. 102.º). Auto de embargo e seu conteúdo – após o embargo, é de imediato lavrado o respectivo auto, que contém, obrigatória e expressamente, a identificação do funcionário municipal responsável pela fiscalização de obras, das testemunhas e do notificado, a data, a hora e o local da diligência e as razões de facto e de direito que a justificam, o estado da obra e a indicação da ordem de suspensão e proibição de prosseguir a obra e do respectivo prazo, bem como as cominações legais do seu incumprimento (cfr. n.º 3 do art. 102.º), sendo redigido em duplicado e assinado pelo funcionário e pelo notificado, ficando o duplicado na posse deste (cfr. n.º 4 do art. 102.º) e é notificado às pessoas identificadas no § anterior (cfr. n.º 6 do art. 102.º). No caso de as obras estarem a ser executadas por pessoa colectiva, o embargo e o respectivo auto são ainda comunicados para a respectiva sede social ou representação em território nacional (cfr. n.º 7 do art. 102.º). Registo na conservatória do registo predial – o embargo, assim como a sua cessação ou caducidade, é objecto de registo na conservatória do registo predial, mediante comunicação do despacho que o determinou, procedendo-se aos necessários averbamentos (cfr. n.º 8 do art. 102.º).
- 5 Os efeitos do embargo são os seguintes (cfr. art. 103.º): o embargo obriga à suspensão imediata, no todo ou em parte, dos trabalhos de execução da obra. Tratando-se de obras licenciadas ou objecto de comunicação prévia, o embargo determina também a suspensão da eficácia da respectiva licença ou a admissão de comunicação prévia, bem como, no caso de obras de urbanização, da licença ou comunicação prévia de loteamento urbano a que as mesmas respeitam. É interdito o fornecimento de energia eléctrica, gás e água às obras embargadas, devendo para o efeito ser notificado o acto que o ordenou às entidades responsáveis pelos referidos fornecimentos. O embargo, ainda que parcial, suspende o prazo que estiver fixado para a execução das obras no respectivo alvará de licença e estabelecido para a admissão de comunicação prévia.

Quanto à caducidade do embargo (cfr. art. 104.º), vale o seguinte: a ordem de embargo caduca logo que for proferida uma decisão que defina a situação jurídica da obra com carácter definitivo ou no termo do prazo que tiver sido fixado para o efeito. Na falta de fixação de prazo para o efeito, a ordem de embargo caduca se não for proferida uma decisão definitiva no prazo de seis meses, prorrogável uma única vez por igual período.

Quanto à **demolição da obra e reposição do terreno** (cfr. art. 106.º) vale o seguinte: é ordenada pelo presidente da câmara municipal (ou pelo presidente da CCDR territorialmente competente), quando for caso disso, ordenar a demolição total ou parcial da obra ou a reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras ou trabalhos, fixando um prazo para o efeito. A demolição pode ser evitada se a obra for susceptível de ser licenciada ou objecto de comunicação prévia ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração.

Em relação à demolição da obra e reposição do terreno observam-se os seguintes procedimentos: A ordem de demolição ou de reposição é antecedida de audição do interessado, que dispõe de 15 dias a contar da data da sua notificação para se pronunciar sobre o conteúdo da mesma (cfr. n.º 3 do art. 106.º). Decorrido o prazo sem que a ordem de demolição da obra ou de reposição do terreno se mostre cumprida, o presidente da câmara municipal determina a demolição da obra ou a reposição do terreno por conta do infractor (cfr. n.º 4 do art. 106.º).

Crime de desobediência

No tocante ao **bem jurídico** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, nessa medida, a não colocação de entraves à actividade administrativa do Estado por parte dos destinatários dos seus actos (sendo que o conceito de administração pública há-de ser entendido em sentido funcional, ou seja, como o conjunto, historicamente variável, das funções assumidas como próprias pelo Estado com vista ao bom andamento da vida comunitária) – cfr., por todos, LOPES DA MOTA, “Crimes contra a Autoridade Pública”, in *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal. Alterações ao Sistema Sancionatório e Parte Especial*, Vol. II, C.E.J., Lisboa, 1998, pp. 409-462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), T. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349-359). Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do funcionário (uma vez que este conceito inclui os gestores e trabalhadores das empresas privadas de concessionárias de serviços públicos) – *Comentário do Código Penal...*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 822.

Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (*op. cit.*, p. 426).

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão:

- Emanada do presidente da câmara municipal (ou do presidente da CCDR territorialmente competente);
- Regularmente comunicada ao(s) destinatário(s) – são notificados (inclusive do auto de embargo) – (a) o responsável pela direcção técnica da obra, (b) o titular do alvará de licença ou (c) o apresentante da comunicação prévia e, quando possível, (d) o proprietário do imóvel no qual estejam a ser executadas as obras ou seu representante – saliente-se que é suficiente para obrigar à suspensão dos trabalhos

qualquer dessas notificações ou a de quem se encontre a executar a obra no local ou ao interessado (demolição ou reposição);

– Após o decurso do prazo fixado – no caso de tratar de ordem de demolição ou de reposição;

– Consumando-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada – o prosseguimento dos trabalhos.

A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei. Determina o art. 121.º do diploma em anotação que as notificações e comunicações e dirigidas aos requerentes devem ser efectuadas através de correio electrónico ou de outro meio de transmissão electrónica de dados, salvo quando esta não for possível ou se mostrar inadequada o seu art. 122.º, a tudo o que não esteja especialmente previsto no presente diploma aplica-se subsidiariamente o Código do Procedimento Administrativo. Sobre o regime dos actos orais, cfr. art. 126.º do Código de Procedimento Administrativo; sobre notificações – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo. O agente tem que ter conhecimento efectivo da ordem, não bastando que o meio de fazer chegar a ordem ao conhecimento do seu destinatário se mostre formalmente irrepreensível; torna-se necessário que aquele se tenha inteirado, de facto, do seu conteúdo. A comunicação deve ser suficiente para fundar o dolo do incumpridor daquele que desobedece à ordem.

A lei não impõe que o embargado deva ser ouvido previamente ao embargo. Ainda que impusesse, a omissão dessa diligência não seria susceptível de apreciação no processo penal relativo à desobediência ao embargo (Ac. do TRP de 15.02.2006, proc. n.º 0515164).

Sendo a competência para o efeito do presidente da câmara municipal, sem possibilidade de delegação, não comete o crime de desobediência o agente que não acata a ordem contida no despacho de um vereador no sentido de cessar a utilização de um edifício ou de uma sua fracção autónoma, por falta de licença de utilização (Ac. do TRP de 06-12-2006, proc. n.º 0415798).

- 12 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpre – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.
- 13 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.
- 14 A ilegitimidade da ordem não constituirá uma causa de justificação, uma vez que a legitimidade da mesma é elemento da factualidade típica. Conflito de deveres – cfr. art. 36.º do Código Penal.
- 15 A **pena** aplicável ao crime de desobediência é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).
- 16 Falsas declarações ou informações prestadas no termo de responsabilidade ou no livro de obra
- 17 **Termo de responsabilidade** – salvo disposição em contrário, os procedimentos previstos neste diploma iniciam-se através de requerimento ou comunicação apresentados com recurso a meios electrónicos e através do sistema previsto no art. 8.º, dirigidos ao presidente da câmara municipal, dos quais devem constar a identificação do requerente ou comunicante, incluindo o domicílio ou sede, bem como a indicação da qualidade de titular de qualquer direito que lhe confira a faculdade de realizar a operação urbanística (cfr. n.º 1 do art. 9.º). O requerimento ou comunicação é sempre instruído com o “termo de responsabilidade” que consiste na declaração dos autores dos projectos, da qual conste que foram observadas na elaboração dos

mesmos as normas legais e regulamentares aplicáveis, designadamente as normas técnicas de construção em vigor, e do coordenador dos projectos, que ateste a compatibilidade entre os mesmos (cfr. n.º 1 do art. 10.º), devendo, ainda, constar referência à conformidade do projecto com os planos municipais de ordenamento do território aplicáveis à pretensão, bem como com a licença de loteamento, quando exista (cfr. n.º 2 do art. 10.º). Note-se que só podem subscrever projectos os técnicos legalmente habilitados que se encontrem inscritos em associação pública de natureza profissional e que façam prova da validade da sua inscrição aquando da apresentação do requerimento inicial – excepções: (a) as previstas em legislação especial; (b) os técnicos cuja actividade não esteja abrangida por associação pública podem subscrever os projectos para os quais possuam habilitação adequada, nos termos do disposto no regime da qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projectos ou em legislação especial relativa a organismo público legalmente reconhecido (cfr. art. 10.º, n.ºs 3 e 4). Os autores e coordenador dos projectos devem declarar, nomeadamente nas situações previstas no art. 60.º, quais as normas técnicas ou regulamentares em vigor que não foram observadas na elaboração dos mesmos, fundamentando as razões da sua não observância (cfr. n.º 5 do art. 10.º).

Livro de obra – todos os factos relevantes relativos à execução de obras licenciadas ou objecto de comunicação prévia devem ser registados pelo respectivo director técnico no livro de obra, a conservar no local da sua realização para consulta pelos funcionários municipais responsáveis pela fiscalização de obras (cfr. n.º 1 do art. 98.º), sendo obrigatoriamente registados no livro de obra, para além das respectivas datas de início e conclusão, todos os factos que impliquem a sua paragem ou suspensão, bem como todas as alterações feitas ao projecto licenciado ou comunicado (cfr. n.º 2 do art. 98.º).

Os agentes do crime de falsificação de documento são os seguintes:

– Autores e coordenador de projectos – falsas declarações ou informações prestadas no termo de responsabilidade ou no livro da obra relativamente à observância das normas técnicas gerais e específicas de construção, bem como das disposições legais e regulamentares aplicáveis ao projecto;

– Director técnico da obra ou director de fiscalização de obra ou de outros técnicos (estes últimos, relativamente (a) à conformidade da execução da obra com o projecto aprovado e com as condições da licença e comunicação prévia admitida; (b) à conformidade das alterações efectuadas ao projecto com as normas legais e regulamentares aplicáveis – falsas declarações ou informações prestadas no termo de responsabilidade ou no livro da obra;

Constituindo a falsificação de documentos uma falsificação da declaração incorporada no documento cumpre distinguir as diversas formas que o acto de falsificação pode assumir: falsificação material e ideológica. Enquanto na falsificação material o documento não é genuíno, na falsificação ideológica o documento é inverídico: tanto é inverídico o documento que foi objecto de uma falsificação intelectual como no caso de falsidade em documento. Na falsificação intelectual o documento é falsificado na sua substância, na falsificação material o documento é falsificado na sua essência material. Nas situações previstas no preceito em anotações, as informações ou declaração prestadas nos dois documentos – o termo de responsabilidade e o livro de obra – mostram-se inverídicas, ou seja, em documento prestam-se declarações ou informações de um facto falso juridicamente relevante; trata-se, pois, de uma narração de facto falso (sobre a matéria, cfr. HELENA MONIZ, *O Crime de falsificação de documento – Da Falsificação Intelectual e da Falsidade em Documento*, 1999, pp. 87 e ss., 181 ss., particularmente 221 e ss.).

O crime de falsificação de documentos é um **crime de mera actividade ou crime formal**. Apenas pode ser praticado por acção, de **perigo abstracto** (casos das als. a) a d) do n.º 1 do art. 256.º) ou **de dano** (casos das als. e) e f) do n.º 1 do art. 256.º) – entre outros, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica, 2008, p. 672.

- 21 O **bem jurídico** do crime de falsificação de documentos é o da segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório no que respeita a prova documental (cfr. HELENA MONIZ, op. cit., 1999 pp. 41 e ss.).
- 22 O documento (termo de responsabilidade ou livro de obra) constitui o objecto da acção. É sobre ele que incidirá a conduta do agente, bastando para a consumação do tipo legal o acto de no referido documento se declarar ou prestar informação de um facto falso juridicamente relevante.
- 23 É um **crime intencional**, isto é, o agente necessita de actuar com “intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo”. Não se exige, no entanto, uma específica intenção de provocar um engano.
- 24 A **tentativa** é punível (cfr. n.º 2 do art. 256.º). Quanto à desistência, cfr. art. 24.º, n.º 1, *in fine*, do Código Penal.
- 25 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.
- 26 A pena aplicável é a de prisão até 3 anos ou pena de multa (cfr. n.º 1 do art. 256.º).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprova o Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU), rectificada pela declaração de Rectificação n.º 24/2006, de 17 de Abril (Artigos 22.º e 23.º)

Artigo 22.º

Levantamento do depósito pelo senhorio

1. O senhorio pode levantar o depósito mediante escrito em que declare que não o impugnou nem pretende impugnar.

2. O escrito referido no número anterior é assinado pelo senhorio ou pelo seu representante, devendo a assinatura ser reconhecida por notário, quando não se apresente o bilhete de identidade respectivo.

3. O depósito impugnado pelo senhorio só pode ser levantado após decisão judicial e de harmonia com ela.

Sumário da anotação:

Considerações gerais sobre o depósito da renda (anotações 1 a 4)

O arrendatário pode proceder ao depósito da renda quando (cfr. art. 18.º) ocorram os pressupostos da consignação em depósito; lhe seja permitido fazer cessar a mora; e ainda esteja pendente acção de despejo. 1

O depósito é feito em qualquer agência de instituição de crédito, perante um documento em dois exemplares, assinado pelo arrendatário, ou por outrem em seu nome, e do qual constem as menções prevista no art. 19.º (um dos exemplares do documento fica em poder da instituição de crédito, cabendo o outro ao depositante, com o lançamento de ter sido efectuado o depósito). O depósito fica à ordem do tribunal da situação do prédio ou, quando efectuado na pendência de processo judicial, do respectivo tribunal. 2

O arrendatário deve comunicar ao senhorio o depósito da renda (cfr. art. 19.º). Enquanto subsistir a causa do depósito, o arrendatário pode depositar as rendas posteriores, sem necessidade de nova oferta de pagamento nem de comunicação dos depósitos sucessivos. Os depósitos posteriores são considerados dependência e consequência do depósito inicial, valendo quanto a eles o que for decidido em relação a este (cfr. art. 20.º). 3

A impugnação do depósito deve ocorrer no prazo de 20 dias contados da comunicação, seguindo-se, depois, o disposto na lei de processo sobre a impugnação da consignação em depósito. Quando o senhorio pretenda resolver judicialmente o contrato por não pagamento de renda, a impugnação deve ser efectuada em acção de despejo a intentar no prazo de 20 dias contados da comunicação do depósito ou, estando a acção já pendente, na resposta à contestação ou em articulado específico, apresentado no prazo de 10 dias contados da comunicação em causa, sempre que esta ocorra depois da contestação. O processo de depósito é apensado ao da acção de despejo, em cujo despacho saneador se deve conhecer da subsistência do depósito e dos seus efeitos, salvo se a decisão depender da prova ainda não produzida (cfr. art. 21.º). 4

Artigo 23.º

Falsidade da declaração

Quando a declaração referida no artigo anterior seja falsa, a impugnação fica sem efeito e o declarante incorre em multa equivalente ao dobro da quantia depositada, sem prejuízo da responsabilidade penal correspondente ao crime de falsas declarações.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 e 3)

O tipo objectivo (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

A tentativa (anotação 6)

A comparticipação (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 Como resulta do preceito anterior e das anotações ali efectuadas, o senhorio pode levantar o depósito mediante escrito em que declare que não o impugnou nem pretende impugnar, sendo tal escrito assinado pelo senhorio ou pelo seu representante, devendo a assinatura ser reconhecida por notário, quando não se apresente o bilhete de identidade respectivo. Se a declaração efectuada pelo senhorio (ou pelo seu representante) não corresponder à verdade, isto é, se o senhorio houver impugnado ou venha a impugnar o depósito efectuado pelo arrendatário e, não obstante isso, declarar que não o fez nem o irá fazer, tal conduta tem como consequências: a impugnação (apresentada ou a apresentar) ser considerada sem efeito; o pagamento de uma multa equivalente ao dobro da quantia depositada; a responsabilidade criminal correspondente ao crime de falsas declarações.
- 2 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação prende-se com a segurança e a credibilidade na força probatória de um documento destinado ao tráfico jurídico, protegendo a veracidade da declaração do senhorio, sendo em tudo similar ao bem jurídico protegido pelo tipo de crime de falsificação de documentos, do art. 256.º do Código Penal, porquanto visa proteger o bem jurídico da segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório no que respeita à prova documental (HELENA MONIZ, *O Crime de Falsificação de Documentos*, reimpr., Coimbra Editora, 1999, p. 65), atentas as duas funções que o documento pode ter, a “função de perpetuação que todo o documento tem em relação a uma declaração humana” e a “função de garantia”, “pois cada autor [de] documento tem a garantia de que as suas palavras não serão desvirtuadas e apresentar-se-ão tal como ele num certo momento e local as expôs” (cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. II, parte especial, Coimbra Editora, 1999, p. 680).
- 3 Estamos perante uma declaração idónea a provar um facto juridicamente relevante (declaração esta que é corporizada no documento escrito). Se no documento escrito se faz constar falsamente uma declaração, idónea a provar um facto – facto juridicamente relevante – existirá falsificação de documento (a falsidade em documento consubstancia a inscrição naquele de uma declaração, narração, de facto falso).
- 4 O **tipo objectivo** consiste na falsidade da declaração prestada no escrito de que, no momento em que procede ao levantamento do depósito, não intentou ou não vai intentar qualquer impugnação. (...) “o documento é inverídico: tanto é inverídico o documento que é diferente do declarado, como o documento que, embora conforme com a declaração, incorpora um facto falso juridicamente relevante” (cfr. HELENA MONIZ, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 676). Ainda quanto à falsificação ideológica, diz HELENA MONIZ, “ou se trata de uma falsificação de documentos dispositivos em que o documento é diferente da declaração, ou se trata da falsificação de documentos narrativos, [em que] então o documento é diferente da realidade – isto é, os factos da realidade não são os mesmos factos que estão descritos no documento” (*O Crime de Falsificação de documentos. Da falsificação intelectual e da falsidade em documento*, Almedina, 1993, p. 230).

Porém, nem todo o facto falso integra a falsificação de documentos. Para que haja falsificação de documentos é necessária a integração de “facto falso juridicamente relevante”, ou seja, “a integração de facto que crie, modifique ou altere uma relação jurídica” (HELENA MONIZ, Comentário Conimbricense, II, p. 683). No caso em apreço, o objecto de acção consiste na prestação de declarações falsas com vista ao levantamento do depósito – traduzida na declaração de não impugnação ou intenção de vir a impugnar. Assim, o facto de ter feito a declaração de facto falso que passa a integrar um documento acrescenta algo mais à ilicitude do facto de ter proferido falsas declarações – nessa medida, as falsas declarações constituem um crime de falsificação de documento.

A conduta do agente é punida quando este declara um facto falso ou inexacto mas que seja apto a constituir, modificar ou extinguir a relação jurídica subjacente (seja juridicamente relevante). E só é punida se essa declaração (falsa ou inexacta), uma vez incorporada no documento, acrescenta algo mais à ilicitude da conduta que a simples declaração oral. Concluindo, estamos perante uma divergência entre a declaração prestada/documentada e a realidade. Dado que a declaração deste facto possibilita o levantamento da renda, afigura-se-nos que constitui um facto juridicamente relevante, que por si só, permite a constituição de uma “nova” relação jurídica de aquisição daquela renda em concreto.

Tendo presente o disposto no art. 13.º do CP, a negligência não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Tratando-se de um **crime de resultado cortado**, não é exigível que se verifique o prejuízo efectivo de outra pessoa ou do Estado, nem o benefício ilegítimo do agente ou de terceira pessoa e nem mesmo o cometimento de outro crime (neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, 2008, p. 674). 5

A **tentativa** é punível – cfr. n.º 2 do art. 256.º do CP. A desistência depois da consumação formal do tipo, impedindo que se produza o resultado da circulação do documento falso no tráfico jurídico é relevante (cfr. n.º 1 *in fine*, do art. 24.º do CP). 6

A **complicação** rege-se pelas regras gerais. Uma vez que crime de falsificação de documento é um crime comum. 7

A **pena** aplicável é a de prisão de 3 anos ou pena de multa (cfr. n.º 1 do art. 256.º do CP). 8

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

CAPÍTULO IV

Ambiente e Qualidade de Vida

Lei n.º 90/88, de 13 de Agosto, que estabelece a protecção do lobo ibérico (Artigo 7.º)

Artigo 7.º

Responsabilidade criminal e contra-ordenacional

1. As infracções à presente lei são crimes e contra-ordenações.

2. Constituem crime as infracções ao previsto no n.º 1 do Artigo 2.º da presente lei.

3. Constitui contra-ordenação toda a prática que viole o disposto no n.º 1 do Artigo 3.º e nos n.º 1, 2 e 3 do Artigo 4.º da presente lei.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico, tipo objectivo e subjectivo (anotações 3 e 4)

Apreciação global (anotação 5)

Outros regimes penais protegendo o lobo (anotações 6, 7 e 8)

- 1 A Lei n.º 90/88, de 13 de Agosto, tem como objecto criar um quadro jurídico que define a protecção, conservação e fomento do lobo ibérico (*Canis lupus signatus* Cabrera, 1907). Em particular, define “regras relativas à protecção, detenção, transporte, comercialização, exposição e prevenção quanto à utilização de meios de extermínio” – cfr. Artigo 1.º Define-se neste diploma (cfr. Artigo 2.º, n.º 1) que “o lobo ibérico é uma espécie protegida” e que, salvo casos excepcionais, é “proibido o seu abate ou captura em todo o território nacional, em qualquer época do ano”. Esta previsão é determinante neste comentário, uma vez que para ela remete o tipo de crime que agora se comenta.
Acrescenta-se no Artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 90/88, que “a detenção, transporte, comercialização e exposição de exemplares vivos, mortos ou naturalizados bem como dos seus troféus e peles carece de autorização do departamento governamental responsável pelos recursos naturais”. Por sua vez, no Artigo 4.º, proíbe-se “o fabrico, a detenção, a comercialização e o uso de meios mecânicos de extermínio” (Artigo 4.º, n.º 1), proíbe-se “a comercialização, a detenção e o emprego de estricnina” (Artigo 4.º, n.º 2) e proíbe-se ainda “o emprego de qualquer outra substância tóxica com o fim de eliminar o lobo” (Artigo 4.º, n.º 3).
- 2 Depois, no n.º 1 do Artigo 7.º da lei estipula-se que “as infracções à presente lei são crimes e contra-ordenações”, especificando-se depois no n.º 2 que “constituem crime as infracções ao previsto no n.º 1 do Artigo 2.º da presente lei”, constituindo contra-ordenações “toda a prática que viole o disposto no n.º 1 do Artigo 3.º e nos n.ºs 1, 2 e 3 do Artigo 4.º”. Esta redacção é a versão corrigida pela Declaração de Rectificação de 10 de Novembro de 2010, publicada no Diário da República, I.ª Série, n.º 261, de 11 de Novembro de 1988, página 4534-(2).
Acrescenta ainda o Artigo 8.º que esta matéria seria objecto de regulamentação, pelo Governo, em particular no que respeita à “detenção, transporte, comercialização e exposição de exemplares ou seus restos” (alínea a) do Artigo 8.º) e no que respeita à “responsabilidade criminal e contra-ordenacional” (alínea b) do Artigo 8.º).
Em execução desta imposição legal, o Governo veio a publicar o Decreto-Lei n.º 139/90, de 27 de Abril. Com relevância para o que agora importa, nele renova-se a proibição da “detenção, transporte, comercialização e exposição de exemplares do lobo ibérico, vivos, mortos ou naturalizados, e de partes ou produtos dele

derivados, nomeadamente troféus e peles” (Artigo 4.º). Além disso, no seu Artigo 11.º, n.º 1, este Decreto-Lei define aquilo que considera contra-ordenação (no n.º 1), estipulando as coimas que lhes correspondem (no n.º 2). Quanto a ilícitos criminais, nada se diz neste diploma – nem foi desde então publicado nenhum outro com este objecto.

Pretende o Artigo 7.º da Lei n.º 90/88 conferir sanção penal à violação das regras legais destinadas à protecção do lobo ibérico. É pois **interesse jurídico** subjacente a este tipo de crime o da protecção, conservação e fomento do lobo ibérico; o propósito do legislador foi proteger o lobo ibérico enquanto espécie da fauna, com o estatuto de espécie protegida. Em última instância pretende o legislador tutelar o ambiente enquanto bem jurídico colectivo e a sua diversidade e qualidade. No fundo, materializa-se aqui o direito constitucional a um “ambiente (...) sadio e ecologicamente equilibrado”, previsto no Artigo 66.º, n.º 1, da Constituição da República.

Como já se disse, o n.º 2 do Artigo 7.º da Lei n.º 90/88 determina que “constituem crime as infracções ao previsto no n.º 1 do Artigo 2.º da presente lei”. Por sua vez, no Artigo 2.º, n.º 1, além de se fixar que “o lobo ibérico é uma espécie protegida” determina-se que é “proibido o seu abate ou captura em todo o território nacional, em qualquer época do ano”. Portanto, incrimina esta norma qualquer acto que se traduza no abate ou captura de indivíduos de lobo ibérico. Este crime é, portanto, livre na forma. Além disso, este crime pode ser praticado por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer requisito pessoal especial.

O n.º 2 do Artigo 7.º da Lei n.º 90/88 é um raro exemplo de uma figura de escola: é uma norma jurídica imperfeita, dotada de previsão, mas **desprovida de estatuição**. Ou seja, o Artigo 7.º, n.º 2 impõe uma proibição mas não fixa nenhuma consequência para a não observação dessa proibição. Com efeito, determina que “constituem crime as infracções ao previsto no n.º 1 do Artigo 2.º da presente lei”, mas não diz qual é a pena que corresponde a tal crime. Sempre se poderá dizer que esta é uma disposição legal inviável: proíbe-se uma actuação, qualificando-se como crime, mas depois não se prevê uma sanção para aqueles que optarem por actuar de forma ilegal. Ou dito de outra forma, este é verdadeiramente **um crime sem castigo**, porque a lei que o define não prevê que quem o pratique seja sancionado. Noutra vertente, poderia acrescentar-se que esta norma **viola o princípio da legalidade**, previsto no Artigo 1.º do Código Penal. No n.º 1 deste Artigo diz-se que “só pode ser punido criminalmente o facto descrito e declarado passível de pena por lei anterior ao momento da sua prática”. Ora, a norma do Artigo 7.º, n.º 2 não descreve nenhuma pena: refere factos que considera crime, mas não lhe faz corresponder qualquer pena. Porém, além de contrariar uma norma legal estrutural, este crime do n.º 2 do 7.º contraria também uma disposição constitucional: o Artigo 29.º da Constituição da República impede a condenação criminal se essa condenação não resultar “de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão” (Artigo 29.º, n.º 1), exigindo por outro lado, que a aplicação de penas esteja “expressamente cominada em lei anterior” (Artigo 29.º, n.º 2). Ora, esta desconformidade da lei com o texto constitucional tem como consequência a invalidade deste Artigo 7.º, n.º 2, por **inconstitucionalidade**, face ao teor do Artigo 3.º, n.º 3, da Constituição da República.

Concluiu-se acima pela **não aplicabilidade prática** do tipo de crime do Artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 90/88, porque se trata de uma norma imperfeita, que não consagra uma sanção e porque, tratando-se de uma norma incriminatória, daqui resulta a sua inconstitucionalidade.

Não obstante, a situação material a que se dirige nem por isso deixa de estar tutelada. Com efeito, a afirmação constante do Artigo 2.º, n.º 1, da Lei, de acordo com a qual “o lobo ibérico é uma espécie protegida” sendo, salvo casos excepcionais, “proibido o seu abate ou captura”, cria um quadro legal de referência que permite enquadrar tais actos no âmbito de aplicabilidade do tipo de ilícito descrito no Artigo 278.º do Código Penal, onde se prevê o crime de danos contra a natureza. O tipo de crime do Artigo 278.º foi introduzido na revisão do Código Penal de 1995, mas foi profundamente alterado em 2007. Não é este o objecto do presente comentário, mas sempre se adianta que por esta via, do Artigo 278.º, pretende o legislador, além do mais, salvaguardar com a tutela penal a defesa da fauna e em particular das espécies protegidas ou ameaçadas de extinção. Tal como o Artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 90/88, este Artigo 278.º confere sanção penal a actos que ponham em causa a protecção, conservação e fomento de espécies da fauna – e portanto, também do lobo ibérico. Assim é, porque o lobo ibérico é, por declaração legal, uma espécie protegida, como ficou acima dito.

- 7 Por via da alínea a) do n.º 1 do Artigo 278.º, pune-se quem “eliminar exemplares de fauna ou flora em número significativo ou de espécie protegida ou ameaçada de extinção”. Esta norma não se destina especificamente ao lobo ibérico, mas aplica-se-lhe, por ser o lobo ibérico uma espécie protegida nos termos do Artigo 2.º, n.º 1, da Lei 90/88. Não exige esta norma, para que se preencha o seu tipo objectivo, nada mais que a mera eliminação física – o abate –, de um lobo (no particular que agora importa). Esta conclusão não seria possível na versão da lei anterior a 2007, na qual o tipo objectivo de crime reunia outros elementos. Na versão actual, sabendo-se que o lobo ibérico é uma espécie protegida, por definição legal, como se referiu (sendo proibido o seu abate), o tipo objectivo de crime basta-se com aquela eliminação. Tem pois o tipo de crime um âmbito muito abrangente. E maior ainda se se retiver que pode ser praticado por negligência, nos termos do n.º 3 do Artigo 278.º Por outro lado, nos termos do n.º 2 do mesmo Artigo 278.º, é crime “comercializar ou deter para comercialização exemplar de fauna ou flora de espécie protegida, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele”. Portanto, além do abate de lobos, são igualmente proibidas e punidas pelo Código Penal actividades de comercialização de lobos, vivos ou mortos.
- 8 Já se deixou claro que, quer num caso, quer no outro, estes tipos de ilícito não se dirigem directa ou especificamente à protecção do lobo ibérico. Não obstante, claramente incluem-no no seu âmbito, por o lobo ser uma espécie protegida. Em regra, a protecção penal do ambiente não é absoluta. Isto é, não se pune toda e qualquer agressão à biosfera, apenas se incluindo na censura penal a lesão do ambiente se “a preservação da natureza for comprometida para além de uma certa dimensão” (JOSÉ SOUTO DE MOURA, “Crimes Ambientais”, *in* Revista do CEJ, n.º 8, 1.º semestre de 2008, página 367). Porém, no que respeita a espécies classificadas pela lei como protegidas – e na legislação portuguesa o caso do lobo ibérico é o único –, a perspectiva é diferente: como se disse, todo e qualquer abate, mesmo que efectuado por negligência, será punido. Esta abordagem torna mais importante a consideração da eventual verificação, a este propósito, de eventuais causas de justificação, sobretudo nas situações em que, abater um lobo possa ser um acto necessário para repelir uma agressão.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA VERDELHO

Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro, que aprova as bases gerais da caça, alterada pelo Decreto-Lei n.º 159/2008, de 8 de Agosto (Artigos 28.º a 33.º)

CAPÍTULO VI

Responsabilidade criminal, contra-ordenacional e civil

Artigo 28.º

Exercício perigoso da caça

1. Quem, no exercício da caça, não estando em condições de o fazer com segurança por se encontrar em estado de embriaguez ou sob a influência de álcool, estupefacentes, substâncias psicotrópicas ou produtos com efeito análogo ou por deficiência física ou psíquica, criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

3. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 e 3)

O tipo objectivo (anotações 4, 5 e 6)

O exercício perigoso da caça (anotações 7, 8 e 9)

O tipo subjectivo (anotação 10)

A participação (anotação 11)

O concurso (anotações 12 e 13)

A pena (anotação 14)

A disposição foi introduzida pela Lei 173/99 de 21 de Setembro. Não teve antecedentes na Lei 30/86 de 27 de Agosto. 1

Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a vida, a integridade física (simples ou grave) e o património de outrem, no sentido de terceiros em relação ao(s) agente(s) do crime. 2

O crime de exercício perigoso da caça é, nos seus três números, um **crime de perigo concreto** no que se refere ao grau de lesão dos bens jurídicos referidos e um **crime de resultado** (de perigo) quanto à forma de consumação. A descrição típica é apresentada segundo a forma clássica seguida no Código Penal quanto aos crimes de perigo concreto, mediante uma estruturação tripartida de uma imputação de gravidade decrescente: Dolo de acção + dolo de perigo; dolo de acção + negligência de perigo e negligência de acção + negligência de resultado de perigo. 3

O **tipo objectivo** consiste no exercício da caça, que é levado a cabo sem que o agente esteja em condições de o fazer em segurança, conduta que há-de ter nexo de adequação para criar um perigo para os bens jurídicos referidos. 4

O exercício da caça tem o conteúdo típico, significado ou campo semântico estabelecido e limitado pela alínea c) do art. 2.º da presente Lei, a qual dispõe que o **exercício de caça ou acto venatório** consiste em todos os actos que visam capturar, vivo ou morto, qualquer exemplar de espécies cinegéticas que se encontre em estado de liberdade natural, nomeadamente a procura, a espera e a perseguição. Sobre o conteúdo normativo do acto de caçar, veja-se o Ac. do TRC de 18.7.1998, 5

CJ, 1998, 3, 60, segundo o qual “I – A caça é uma actividade complexa, de procura, espera, perseguição e captura, vivo ou morto de elemento da fauna cinegética; por isso, não se pode reduzir apenas ao acto de disparar. II – Provando-se que os arguidos que andavam a caçar em local proibido e aí foi disparado um tiro, ficam preenchidos os elementos típicos deste tipo legal de crime, ainda que se ignore quem foi o autor do disparo. III – Nestas circunstâncias, todos os arguidos devem ser condenados como co-autores deste tipo de crime de caça em local proibido. [...]” ou o Ac. do TRC de 2.11.90, CJ, 1990, 5, 77 “I – “Andar à caça”, “ser encontrado a caçar”, “sair à caça”, “entretinham-se à caça” são expressões que se vulgarizaram de tal modo que entraram na linguagem corrente, sendo, pois, expressões com um duplo sentido – jurídico e corrente. II – Ao referir-se no auto de notícia “foi encontrado à caça”, enunciou-se e descreveu-se um conceito de facto e não um juízo de valor ou facto conclusivo”.

- 6 A extensão do perigo concreto em relação a bens patrimoniais alheios deve ser aferida, no que ao elevado valor se refere, pelos critérios gerais fixados no art. 202.º do C.Penal (cfr. art. 8.º do C.Penal e também PAULO PINTO ALBUQUERQUE. *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 546).
- 7 As **modalidades de execução** do exercício perigoso da caça incluem o estado de embriaguez ou o agente encontrar-se sob influência do álcool, de produtos estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos de efeito análogo (incluindo medicamentos que alterem o equilíbrio psico-motor). No caso do álcool é típico tanto o estado de embriaguez que por si constitui o crime p.p. pelo art. 29.º da presente Lei, como o estado de influência do álcool que apenas constitui a contra-ordenação pp. pelo art. 34.º, n.º 1, al.ª a) da presente Lei. Atendendo a que a descrição típica elenca as modalidades de execução típica referidas, o crime é de **execução vinculada**.
- 8 A falta de habilitação para o exercício da caça, habilitação cujos requisitos são objecto da previsão dos art. 20.º e ss. da presente Lei, não é em si mesma indício sério, preciso e concordante com a tipicidade da falta de condições de segurança para o exercício da caça, pelo que não se deve considerar como subsumível a esse elemento normativo do tipo, de carácter genérico, que consiste na ausência de condições para o exercício da caça com segurança. Parece-nos assim que as modalidades de execução do exercício perigoso da caça devem ser apenas as que estão previstas no n.º 1 do artigo em anotação, o que permite sustentar, como no antecedente número se fez, que o crime é de execução vinculada.
- 9 Trata-se de um **crime comum**, quanto ao seu agente, tal como também o são os demais crimes a seguir anotados na presente Lei.
- 10 O **tipo subjectivo** do crime de exercício perigoso da caça já acima foi referido em relação à estruturação dos tipos enunciados no artigo em comentário. O dolo de perigo, sendo diferente do dolo de dano, é admissível em qualquer das suas formas legais. Quanto à discussão sobre as formas de dolo directo e eventual no que se refere aos crimes de perigo concreto vide PAULO PINTO ALBUQUERQUE, 2008, p. 703.
- 11 No que se refere às **formas de participação**, é admissível a autoria mediata, a co-autoria e a instigação e cumplicidade, mas quanto a estas últimas apenas em relação aos tipos objecto do n.º 1 e do n.º 2.
- 12 Há **concurso aparente** (subsidiariedade expressa) entre o crime aqui referido e o que é objecto de previsão no art. 29.º desta Lei, ou seja, o exercício da caça sob influência de álcool.

Há **concurso aparente** entre este crime e o crime de dano que se consubstancia no resultado de homicídio, ofensa corporal ou dano patrimonial em bens alheios de valor elevado, caso o perigo se concretize apenas num desses bens jurídicos ofendidos. Se apesar de se concretizar num desses bens jurídicos, mas dele resultar ainda perigo para os demais bens jurídicos protegidos pelo tipo de crime, então o **concurso é efectivo** entre o crime de exercício perigoso de caça e o crime de dano respectivo (homicídio, por exemplo).

Quanto à **pena**, deve ter-se em consideração que são aplicáveis as sanções acessórias previstas no art. 35.º da presente Lei. Quanto aos instrumentos, veja-se o Ac. TRG de 12.01.2009, www.dgsi.pt: “Nos termos do art.º 186.º, n.º 2 do CPP, “logo que transitar em julgado a sentença, os objectos apreendidos são restituídos a quem de direito, salvo se tiverem sido declarados perdidos a favor do Estado” e o Ac. TRC de 04.01.2006, www.datajuris.pt: “I – A perda dos instrumentos do crime supõe a verificação da perigosidade a eles inerente ou decorrente das circunstâncias concretas do facto, em conexão com a natureza do instrumento utilizado e com a personalidade do agente. II – Mesmo nos crimes contra a preservação da fauna e das espécies cinegéticas, as armas não são, em termos absolutos, um perigo *de per si*. A solução do seu perdimento, ou não, a favor do Estado tem de ser encontrada em razões de ordem preventiva não desvinculadas do agente.” A sujeição do agente do crime a provas e exames adequados deixou de ser objecto de referência expressa no Regulamento da Lei da caça – Decreto-Lei n.º 202/2004 de 18 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 201/2005 de 24 de Novembro – ao contrário do que sucedia com o Regulamento anterior – art. 139.º do Decreto-Lei 227-B/2000 de 15 de Setembro. Quanto à sujeição a essas provas e exames deve ter-se hoje em atenção a previsão na Lei 5/2006 de 23 de Fevereiro, alterada e republicada pela Lei 17/2009 de 6 de Maio (Regime Jurídico das Armas e suas Munições) da obrigatoriedade de o caçador que detém, usa ou transporta arma de fogo se submeter a provas para detecção de influência de álcool ou outras substâncias estupefacientes ou psicotrópicas – art. 41.º, 42.º, 45.º, 46.º da Lei 5/2006 na redacção da Lei 17/2009, já citadas, regime que deve ser conjugado, por força do n.º 6 do art. 46.º, com o Regulamento de Fiscalização da Condução sob a influência do álcool ou de substâncias psicotrópicas aprovado pela Lei 18/2007 de 17 de Maio. Salienta-se ainda a concorrência de pena acessória de interdição de detenção, uso e porte de armas prevista no art. 90.º do Regime jurídico das armas e suas munições ou a de interdição de frequência, participação ou entrada em determinados locais, p. no art. 91.º do mesmo regime jurídico, entre outras. No que respeita aos cães de caça concebíveis como instrumentos de caça e susceptíveis de perdimento a favor do Estado, veja-se o Ac. do TRC de 7.10.1987, CJ, 1987, 5, 59. No que se refere aos veículos apreendidos, veja-se o parecer do conselho consultivo da PGR n.º 7275, BMJ, 333, 97. Deve ter-se em conta a jurisprudência fixada no Ac. STJ n.º 7/2008. São de considerar, além das soluções de celeridade processual, as soluções de diversão e as penas de substituição (cfr. art. 280.º, 281.º, 381.º, 393.º do CPP e art. 43.º e ss., art. 70.º, art. 50.º, 58.º, 60.º do C.Penal). A consideração de que o exercício da caça é “sempre” um acto perigoso tem consequência ao nível da responsabilidade civil, como se defendeu no Ac. TRL de 27.06.2000, a consultar em www.dgsi.pt.

Artigo 29.º

Exercício da caça sob influência de álcool

Quem, no exercício da caça, apresentar uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave não for aplicável.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotações 3 e 4)

O tipo objectivo (anotação 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

- 1 A disposição foi introduzida pela Lei 173/99 de 21 de Setembro. Não teve antecedentes na Lei 30/86 de 27 de Agosto.
- 2 Sobre os limites quantitativos do Teor (taxa é denominação imprópria – cfr. Lei 65/98 de 2 de Setembro) de Álcool no Sangue (TAS) há discussão de âmbito criminológico sobre o fundamento do limite legal que determina a tipicidade penal, que neste caso é igual ao limite estabelecido no art. 292.º do C.Penal.
- 3 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação, crivados pelo objectivo de salvaguardar a segurança da actividade venatória, são a vida, a integridade física e o património alheio.
- 4 O crime de exercício da caça sob influência do álcool é um **crime de perigo abstracto** (quanto à amplitude da lesão dos bens jurídicos protegidos) e de **mera actividade** (quanto ao modo de lesão desses mesmos bens jurídicos).
- 5 O **tipo objectivo** consiste na conduta de exercício da caça (cujo conteúdo típico, significado ou campo semântico é estabelecido e limitado pela alínea c) do art. 2.º da presente Lei) com uma taxa / teor de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l, não estando previsto o exercício da caça sob influência de produtos estupefacientes ou equiparados, como sucede no artigo anterior.
- 6 O **tipo subjectivo** admite apenas o dolo, em qualquer das suas modalidades.
- 7 Quanto à **participação**, valem em geral as mesmas considerações tecidas a esse propósito na anotação ao artigo antecedente.
- 8 Há **concurso aparente** (subsidiariedade expressa) entre o crime de exercício da caça sob influência de álcool e o crime de exercício perigoso da caça. Adiantando outras eventuais relações de concurso, designadamente com crime negligente contra a vida (cfr. LUÍS LANÇA. Lei da Caça e Regulamento. Coimbra: Almedina, 2001).
- 9 São aplicáveis as sanções acessórias previstas no art. 35.º da presente Lei. A sujeição do agente do crime a provas e exames adequados deixou de ser objecto de referência expressa no Regulamento da Lei da caça – Decreto-Lei n.º 202/2004 de 18 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 201/2005 de 24 de Novembro – ao contrário do que sucedia com o Regulamento anterior – art. 139.º do Decreto-Lei 227-B/2000 de 15 de Setembro. Quanto à sujeição a essas provas e exames deve ter-se hoje em atenção a previsão na Lei 5/2006 de 23 de Fevereiro, alterada e Republicada pela Lei 17/2009 de 6 de Maio (Regime jurídico das Armas e suas Munições) da obrigatoriedade de o caçador que detém, usa ou transporta arma de fogo (fora das condições de segurança previstas no art. 41.º da referida Lei) se submeter a provas para detecção de influência de álcool ou outras substâncias estupefacientes ou psicotrópicas – arts. 41.º, 42.º, 45.º, 46.º da Lei 5/2006

na redacção da Lei 17/2009 já citadas. O uso e porte de arma sob efeito do álcool e substâncias estupefacientes ou psicotrópicas constitui crime previsto pelo art. 88.º da Lei 5/2006 na redacção da Lei 17/2009 e aí punível com a pena de prisão até um ano ou multa até 360 dias, admitindo-se assim uma relação de concurso aparente de normas (eventual subsidiariedade expressa devido ao facto de a pena de multa ser até 360 dias no caso do crime p.p. pelo referido art. 88.º). Salienta-se, ainda, a concorrência de pena acessória de interdição de detenção, uso e porte de armas prevista no art. 90.º do Regime jurídico das armas e suas munições ou a de interdição de frequência, participação ou entrada em determinados locais, p. no art. 91.º do mesmo regime jurídico, entre outras. A previsão da detenção em flagrante delito e a sua manutenção até apresentação a audiência em processo sumário ou a primeiro interrogatório judicial, estabelecida no novo art. 95.º-A do mesmo Regime Jurídico parece excessiva ou desproporcional (se tivermos em conta o contexto social de cunho securitário que determinou aquela alteração legislativa), se transposta para os crimes da caça, devendo preferir-se o regime legal decorrente do CPP – art. 385.º Deve ter-se em conta a jurisprudência fixada no Ac. STJ n.º 7/2008. São de considerar, além das soluções de celeridade processual, as soluções de diversão e as penas de substituição (cfr. arts. 280.º, 281.º, 381.º, 393.º do CPP e art. 43.º e ss., art. 70.º, arts. 50.º, 58.º, 60.º do C.Penal).

Artigo 30.º

Crimes contra a preservação da fauna e das espécies cinegéticas

1. A infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 6.º do presente diploma é punida com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 100 dias.

2. Na mesma pena incorre quem exercer a caça em terrenos não cinegéticos, nos terrenos de caça condicionada sem consentimento de quem de direito, nas áreas de não caça e nas zonas de caça às quais não se tenha legalmente acesso.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 e 3)

O tipo objectivo (anotações 4 e 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

As causas de justificação (anotação 7)

A participação (anotação 8)

O concurso (anotação 9)

A pena (anotação 10)

A disposição teve a sua **fonte** no art. 31.º, n.º 8, n.º 10 e n.º 11 da Lei 30/86 de 27 de Agosto. 1

Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação realizam-se na preservação da natureza nos seus componentes exclusivamente biológicos (fauna e a sua diversidade biológica em geral e em particular as espécies cinegéticas), mas que igualmente têm uma projecção ou relevância económica, já que a caça constitui recurso económico importante e que requer uma gestão sustentada. Objecto particular da Lei são pois os recursos cinegéticos e as diversas formas de garantir a sua conservação, preservação e exploração racional, objectivos que harmonizam a exploração dos recursos cinegéticos com a sua preservação. As condutas abusivas que ofendem o equilíbrio ecológico, quer pela sobreexploração, quer pela eliminação selectiva de espécies da fauna cinegética, não ameaçadas ou sem risco imediato de extinção, reclamam consensualmente reacções penais e constituem uma antijuridicidade 2

material própria. Se isso parece claro quanto ao n.º 1 do artigo em anotação – onde se consagra uma perspectiva marcada de antecipação de tutela punitiva penal –, não é tanto assim quanto ao tipo descrito no n.º 2, onde são sobretudo razões de natureza administrativa e principalmente económica (de acordo com o interesse individual, com dimensão patrimonial e até de personalidade, dos titulares do uso e exploração dos terrenos e áreas definidas, diferente do interesse colectivo ou supra-individual na preservação da biodiversidade da fauna) que fundamentam e definem a topologia e gestão das zonas de caça enquanto objecto da tutela normativa, já que não é a fauna, mas antes o tipo de local de caça que condiciona o âmbito da incriminação. Nesse sentido, a incriminação neste n.º 2 tem também subjacente uma componente de desobediência a essas determinações de natureza administrativa, e isto no que se refere à forma de consumação do ataque ao objecto da acção que, de certo modo, vincam a natureza secundária da incriminação. A importância económica dos recursos associados à actividade cinegética está bem patente no Decreto-Lei 159/2008 de 8 de Agosto, que define as atribuições da Autoridade Florestal Nacional na valorização das fileiras florestais e à qual concedeu relevantes atribuições no desenvolvimento dos recursos cinegéticos. A problematização do bem jurídico nos crimes de caça, vincando uma dimensão compreensiva dos bens jurídicos protegidos e da sua titularidade colectiva ou difusa, é desenvolvida por JORGE REIS BRAVO. A Tutela Penal dos Interesses Difusos. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, pp. 61 a 69.

- 3 Trata-se, em qualquer dos números deste artigo 30.º, de **crimes de perigo abstracto e de mera actividade**, nos respectivos graus de lesão de bens jurídicos e forma de consumação dessa lesão, em que sobretudo se sanciona o desvalor da acção.
- 4 O **tipo objectivo** inclui as seguintes acções:
 - a. A infracção ao disposto no art. 6.º, n.º 1 da presente Lei, i.e., as condutas aí descritas: [a) Capturar ou destruir ninhós, covas e luras, ovos e crias de qualquer espécie, salvo nas condições previstas na Lei; b) Caçar espécies não cinegéticas; c) Caçar espécies cinegéticas que não constem das listas de espécies que podem ser objecto de caça ou fora dos respectivos períodos de caça, das jornadas de caça e em dias em que a caça não seja permitida ou por processos e meios não autorizados ou indevidamente utilizados; d) Ultrapassar as limitações e quantitativos de captura estabelecidos; e) Caçar nas queimadas, áreas percorridas por incêndios e terrenos com elas confinantes, numa faixa de 250 m, enquanto durar o incêndio e nos 30 dias seguintes; f) Caçar nos terrenos cobertos de neve, excepto nos casos previstos em regulamento; g) Caçar nos terrenos que durante inundações fiquem completamente cercados de água e nos 250 m adjacentes à linha mais avançada das inundações, enquanto estas durarem e nos 30 dias seguintes, excepto nos casos previstos em regulamento; h) Abandonar os animais que auxiliam e acompanham o caçador no exercício da caça].
 - b. O exercício da caça em terrenos não cinegéticos [ou seja, aqueles onde não é permitida a caça – art. 2.º, alínea g) desta Lei a conjugar com o respectivo Regulamento – Decreto-Lei n.º 202/2004 de 18 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei 201/2005 de 24 de Novembro e pelo Decreto-Lei 159/2008 de 8 de Agosto]; o exercício da caça em terrenos de caça condicionada sem consentimento de quem de direito (ou seja, nos terrenos descritos no art. 18.º da presente Lei e respectivo Regulamento); nas áreas de não caça (ou seja, aquelas áreas que por vontade de quem de direito – art. 2.º, al.ª h) – ou que constituam áreas de não caça por determinação legal – art. 19.º da presente Lei – não é permitido o exercício da caça); e nas zonas de caça às quais não se tenha legalmente acesso (o que inclui eventualmente áreas classificadas – art. 2.º, al.ª f) – ou outras zonas de caça cujo

acesso dependa de autorização ou condição legal – arts. 14.º, 15.º, 16.º e 17.º desta Lei e respectivo Regulamento, particularmente o seu art. 56.º). O conteúdo típico objectivo deste n.º 2 reúne-se assim nos dois segmentos que enuncia: um que proíbe e pune o exercício da caça nos terrenos de caça condicionada sem consentimento de quem de direito, o outro que proíbe e pune o exercício da caça nas zonas de caça às quais não se tenha legalmente acesso. Sobre o anterior art. 31.º, n.º 11, veja-se o Ac. TRE de 30.11.1999, CJ, 1999, 5, 285, segundo o qual “Ainda que a Lei da caça vise a protecção, conservação e fomento de um segmento de um dos componentes ambientais naturais – a fauna cinegética – daí não resulta que toda a violação de qualquer das suas disposições constitua, também, ilícito ambiental, como é o caso da prática do crime previsto e punido no n.º 11 do artigo 31.º da referida Lei, reportado ao exercício da caça em reservas turísticas e a da contra-ordenação prevista no n.º 3 do artigo 51.º do Decreto-Lei n.º 136/96, de 14 de Agosto – transporte de arma de caça não condicionada em estojo próprio.” Sobre o âmbito do direito à não caça, veja-se o Parecer do Conselho Consultivo da PGR, n.º 272001, DR 2.ª série de 2-10-2003, de onde se salienta a seguinte consideração: “[...] Deste modo, na linha argumentativa do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 866/96 – que declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de diversas disposições regulamentares da anterior Lei da Caça –, e segundo uma interpretação actualista, são essas zonas de caça que asseguram, hoje, a utilização da propriedade privada para fins de realização de um interesse colectivo, quando entendido como o *interesse lúdico da caça comum a todos os caçadores*. Todavia, por virtude da alteração do paradigma da *liberdade de caçar*, que surge agora confinada a uma actuação ordenada, que visa sobretudo o aproveitamento racional do património cinegético e o desenvolvimento da riqueza e valorização do mundo rural, a função social da propriedade, é, nesse plano, representada sobretudo por referência a valores ambientais...”. Sobre o n.º 2 deste artigo se pronunciou o Ac. TRG de 5.02.2007, disponível em www.dgsi.pt, onde, entre outros desenvolvimentos, se reconheceu legitimidade a uma associação recreativa de caça e pesca para se constituir assistente em processo por crime de caça.

Os objectos das acções típicas são a fauna cinegética e não cinegética e o respectivo habitat natural e bem assim os recursos cinegéticos em geral – art. 2.º, alínea a) da presente Lei. A fauna cinegética e não cinegética é objecto de elenco quer do Regulamento acima referido, quer de Convenções Internacionais e normativos da UE – cfr. O Decreto-Lei 211/2009 de 3 de Setembro e as remissões que aí se faz para convenções e regulamentos.

Quanto ao **tipo subjectivo**, trata-se de um crime de comissão dolosa, admitindo apenas o dolo, em qualquer das suas modalidades. Atendendo a que parte das condutas típicas reclamam preenchimento normativo por via de regulamentação de tipo administrativo, podem ocorrer situações de erro de proibição – art. 16.º do C.Penal. Para ilustração veja-se o Ac. TRE de 20.06.2006, www.datajuris.pt: “I – Ignorando o arguido que a licença de uso e porte de arma que detinha havia caducado e que passara a haver norma legal a criminalizar aquela situação, encontra-se o mesmo em situação de erro intelectual. Assim, não tendo o arguido consciência da ilicitude do seu comportamento, é de concluir não ter o mesmo agido, *in casu*, com dolo. [...]”.

O tipo enunciado no n.º 1 deste artigo consente uma causa de justificação sob a forma de **autorização legal**, caso a captura proibida de espécies cinegéticas tenha fins didácticos ou científicos e mediante autorização governativa – art. 6.º, n.º 2 da presente Lei.

- 8 Quanto à **comparticipação**, valem as mesmas considerações tecidas a esse propósito na anotação aos artigos antecedentes e em geral quanto aos crimes comuns.
- 9 Há **concurso aparente** entre este tipo de crime e o tipo de crime de danos contra a natureza, p.p. pelo art. 278.º do C.Penal, onde este especificamente se refere à fauna e respectivos habitats naturais ou protegidos, e onde são objecto material da incriminação as espécies da fauna ameaçadas ou em perigo de extinção. Tal significa que no artigo em anotação o objecto da acção típica, no n.º 1, é relativo a espécies não ameaçadas nem em perigo de extinção. Pode haver **concurso efectivo** entre os crimes previstos no n.º 1 e n.º 2 do presente artigo, segundo os casos.
- 10 São aplicáveis as **sanções acessórias** previstas no art. 35.º da presente Lei. Sobre as sanções acessórias no âmbito da Lei 30/86, o Ac. do TC n.º 202/2000 e o Ac. TC 203/2000 julgaram inconstitucional o artigo 31.º n.º 10 na parte em que, como consequência da prática do ilícito nela descrito, obriga à imposição de interdição do direito de caçar por um período de cinco anos e na parte em que prevê, como efeito necessário da prática do crime ali tipificado, e independentemente da ponderação das circunstâncias do caso, a perda dos instrumentos da infracção. Sobre idêntica matéria relativa a consequências do crime, o Ac. do TC n.º 348/91 julgou inconstitucional por violação do art. 168.º, n.º 1, al.ª c) da CRP, o art. 109.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 311/87 de 10 de Agosto, que regulamentou a Lei 30/86 de 27 de Agosto, na parte em que estabelecia que, no caso de os meios de transporte utilizados nos crimes de caça pertencerem a pessoa a quem não possa ser atribuída responsabilidade no cometimento do crime, o agente será condenado a pagar importância igual ao valor dos referidos meios de transporte. Sobre o carácter não automático da aplicação das sanções acessórias, problema ultrapassado por via da redacção do art. 35.º da Lei em anotação, vejam-se também o Ac. TRE de 12.3.1998, CJ, 1998, 2, 297; o Ac. TRC de 8.1.1997, CJ, 1997, 1, 53; o Ac. do TRC de 4.1.2006, CJ, 2006, 1, 39; o Ac. TRE de 13.5.2003, CJ, 3, 259. Além das soluções de celeridade e diversão processuais e das penas de substituição, é possível a dispensa de pena como também assinala Luís Lança (LANÇA, 2001). Deve salientar-se ainda a concorrência de pena acessória de interdição de detenção, uso e porte de armas prevista no art. 90.º do Regime jurídico das armas e suas munições ou a de interdição de frequência, participação ou entrada em determinados locais, p. no art. 91.º do mesmo regime jurídico, entre outras, o que vale para grande parte dos artigos aqui em anotação.

Artigo 31.º

Violação de meios e processos permitidos

1. A utilização dos auxiliares referidos no n.º 2 do artigo 24.º do presente diploma, fora das condições nele previstas, é punida com a pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 100 dias.

2. Na mesma pena incorre quem detiver, transportar e usar furão fora dos casos previstos no n.º 2 do artigo 26.º deste diploma.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 e 3)

O tipo objectivo (anotações 4 e 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

- A **fonte** da disposição é o artigo 31.º n.º 2 e n.º 3 da Lei 30/86 de 27 de Agosto. 1
- Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação realizam-se na preservação da 2
natureza nos seus componentes exclusivamente biológicos (fauna em geral e em particular as espécies cinegéticas). Uma discussão que entra em áreas de fronteira, ainda de âmbito jurídico, mas sobretudo também ético, prende-se com o conflito entre a perspectiva do acto venatório enquanto acto lúdico e também económico, e o acto de carácter venatório, em modalidade quase exclusivamente lúdica ou de exercício de tiro, e onde se pode incluir o treino de cães em caça criada em cativeiro para esse específico fim: o treino. Esse tipo de actos, mais lúdicos do que propriamente venatórios, podem ser perspectivados como actos de violência injustificada ou desnecessária sobre animais. A tutela legal do respeito pelos animais e a proibição de actos cruéis ou violentos, injustificáveis, portanto, colhe base positiva na Lei 92/95 de 12 de Setembro, alterada pela Lei 19/2002 de 31 de Julho, embora a eficácia de tal tutela esteja em causa por não estarem previstas sanções. Apesar da tutela legítima, válida, embora pouco eficaz, da proibição de actos cruéis contra animais, a jurisprudência tem registado uma posição favorável à licitude de semelhantes práticas desportivas, como no caso do tiro aos pombos em voo (cfr. o Ac. STJ de 15.03.2007, o Ac. STJ de 19.10.2004, o Ac. STJ de 17.12.2002 e o Ac. STJ de 3.10.2002, a consultar em www.dgsi.pt).
- O crime de utilização de auxiliares fora das condições previstas no n.º 2 do art. 24.º da presente Lei, bem como o de utilização de furão fora dos casos previstos no art. 26.º, n.º 2 da presente Lei são **crimes de perigo abstracto** (quanto à amplitude da lesão dos bens jurídicos protegidos) e de **mera actividade** (quando ao modo de lesão desses mesmos bens jurídicos). Estão em causa, sobretudo, técnicas de caça não autorizadas administrativamente ou técnicas de caça particularmente destrutivas ou não selectivas, como é o caso do uso de furões. 3
- O **tipo objectivo** inclui as seguintes acções: 4
- a) A ajuda aos caçadores por parte de auxiliares com a função de procurar, chamar, perseguir e levantar caça (sejam eles matilheiros, negaceiros ou batedores – art. 77.º do Regulamento da Lei da Caça) sem autorização especial.
- b) A utilização de furões não autorizada ou, quando autorizada, para fins diversos dos estabelecidos no n.º 2 do art.º 26.º da presente Lei e por entidades ou pessoas que não as indicadas nesse artigo.
- O tipo é assim um **tipo penal em branco**, por reclamar o recurso a outras normas para preenchimento do conteúdo do ilícito. 5
- O **tipo subjectivo** admite apenas o dolo, em qualquer das suas modalidades. 6
- Quanto à **comparticipação**, valem as mesmas considerações tecidas a esse propósito na anotação aos artigos antecedentes e em geral quanto aos crimes comuns. 7
- As regras de **concurso** são as gerais, cometendo-se apenas um crime qualquer que seja o número de auxiliares ou furões. 8
- São aplicáveis as **sanções acessórias** previstas no art. 35.º da presente Lei. Deve ter-se em conta a jurisprudência fixada no Ac. STJ n.º 7/2008. São de considerar, além das soluções de celeridade processual, as soluções de diversão e as penas de substituição (cfr. arts. 280.º, 281.º, 381.º, 393.º do CPP e art. 43.º e ss., art. 70.º, arts. 50.º, 58.º, 60.º do C.Penal). Além das soluções de celeridade e diversão processuais e das penas de substituição, é possível a dispensa de pena. Com interesse para a anotação a este e aos demais artigos, veja-se o Ac. TRE de 11.07.2006, www.datajuris.pt: “I – A condenação por qualquer crime ou contra-ordenação pode implicar a interdição do direito de caçar e a perda dos instrumentos, armas e veículos que serviram à prática da infracção, art. 35.º, n.º1 da Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro. II – Tendo o tribunal “a quo” verificado que o arguido, era primário 9

e que a situação venatória descrita fora meramente pontual, não pode, sob pena de contradição, descurar tais factos e assim aplicar a sanção acessória de perda das armas e atribuir-lhes relevância para a não aplicação da sanção de interdição do direito de caçar”.

Artigo 32.º

Falta de habilitação para o exercício da caça

Quem exercer a caça sem estar habilitado com a carta de caçador, quando exigida, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 90 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 e 3)

O tipo objectivo (anotação 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A disposição teve a sua **fonte** no art. 31.º, n.º 1 da Lei 30/86 de 27 de Agosto.
- 2 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação realizam-se pela protecção da intangibilidade do sistema oficial de provimento no exercício da caça e o perigo para a segurança do acto venatório, que pressupõe a verificação das condições indispensáveis para o exercício da caça.
- 3 O crime de exercício da caça sem habilitação é um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de **mera actividade** (quanto à forma de consumação dessa lesão).
- 4 Quanto ao **tipo objectivo**, são elementos do tipo a acção de caçar sem se estar habilitado legalmente com a respectiva carta de caçador. O acto de caçar tem o conteúdo típico que é dado no artigo 2.º, alínea c) da presente Lei. Quanto à carta de caçador, ela significa a habilitação ou autorização para exercer caça no momento em que o acto venatório é praticado e nos termos exigidos pela Lei da caça e Regulamentação respectiva. Não é exigida carta de caçador a quem dela está dispensado nos termos do art. 22.º da presente Lei. A habilitação para o exercício da caça depende de exame, que é objecto de regulamentação na recente Portaria n.º 1229/2009 de 12 de Outubro (sobre os procedimentos para a obtenção da carta de caçador e licença de uso de armas de fogo, cfr. a Portaria n.º 573-B/2007 de 30 de Abril).
- 5 O **tipo subjectivo** admite apenas o dolo, em qualquer das suas modalidades.
- 6 Quanto à **participação**, valem as mesmas considerações tecidas a esse propósito na anotação aos artigos antecedentes, em particular para os casos de instigação do exercício da caça sem habilitação, e em geral quanto aos crimes comuns.
- 7 As regras de **concurso** são as gerais. Veja-se o Ac. TRP de 23.4.1997, CJ, 1997, 2, 237 “Aquele que, sem ter carta de caçador, nem licença de caça, nem seguro de responsabilidade civil, se entrega ao exercício da caça comete o crime de caça ilegal (em concurso aparente com a contra-ordenação de falta de licença de caça) e a contra-ordenação de falta de seguro” ou ainda o Ac. do TRE de 1.10.1996, CJ, 1996, 4, 297 segundo o qual “Tendo-se provado que o arguido caçava sem carta de caçador, sem licença de caça, sem o respectivo seguro obrigatório e sem possuir declaração de empréstimo da arma, deve ser condenado como autor, em acumulação real, respectivamente, de um crime previsto e punido pelo artigo 31.º, n.º 1 da Lei

n.º 30/86, de 27 de Agosto, com referência ao artigo 6.º do mesmo diploma, de uma contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 116.º, n.º 1, al.ª a), e n.º 2, al.ª c) do Decreto-Lei n.º 251/92, de 12 de Novembro, com referência aos artigos 6.º e 16.º, n.º 1 do mesmo diploma, de uma contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 116.º, n.º 1, al.ª b) e n.º 2, al.ª c) do citado Decreto-Lei n.º 251/92, com referência ao artigo 20.º do mesmo Diploma e de uma contra-ordenação prevista e punida pelo artigo 74.º do Decreto-Lei n.º 37 313, de 21 de Fevereiro de 1949, com referência ao artigo 58.º, n.º 1 do mesmo Diploma, pois aquele crime não consome as mencionadas contra-ordenações” ou ainda o Ac. do TRE de 17.10.1995, CJ, 1995, 5, 296 segundo o qual “As medidas complementares previstas no n.º 3 do artigo 32.º do Decreto-Lei n.º 30/86, de 27-8, nomeadamente a perda dos instrumentos da infracção, só devem ser aplicadas em casos especiais devidamente fundamentados, em que o delito a punir seja especialmente grave dentro da sua espécie, prevalecendo como regra especial, sobre o n.º 2 do artigo 109.º do Código Penal”. São comuns situações de posse de carta de caçador falsa, a tratar nos termos gerais do concurso efectivo. São aplicáveis as **sanções acessórias** previstas no art. 35.º da presente Lei. Sobre a possibilidade de decretar a interdição/inibição do direito de caçar, cfr. Ac. TRC de 27.5.1993, CJ, 1993, 3, 71 segundo o qual “A circunstância de o arguido não estar habilitado com carta de caçador não obsta a que se decrete a sua inibição do direito de caçar por determinado período, de harmonia com o disposto no artigo 28.º, 3 e 4, da Lei n.º 30/86, de 27-8”. Deve ter-se em conta a jurisprudência fixada no Ac. STJ n.º 7/2008. São de considerar, além das soluções de celeridade processual, as soluções de diversão e as penas de substituição (cfr. arts. 280.º, 281.º, 381.º, 393.º do CPP e art. 43.º e ss., art. 70.º, arts. 50.º, 58.º, 60.º do C.Penal). Além das soluções de celeridade e diversão processuais e das penas de substituição, é possível a dispensa de pena.

8

Artigo 33.º

Desobediência

1. A recusa do caçador em descarregar a arma, colocá-la no chão e afastar-se 10 m do local onde a mesma fica colocada, quando tal lhe seja ordenado pelos agentes fiscalizadores, nos termos a regular e quando do acto da fiscalização, é punida com a pena correspondente ao crime de desobediência simples.

2. A violação da interdição do direito de caçar é punível com a pena correspondente ao crime de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 e 3)

O tipo objectivo (anotações 4 e 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A participação (anotação 7)

O concurso (anotação 8)

A pena (anotação 9)

A disposição teve, respectivamente quanto ao seu n.º 1 e n.º 2, a sua **fonte** no art. 31.º, n.º 12 e no art. 32.º, n.º 7 da Lei 30/86 de 27 de Agosto.

1

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é, quanto ao n.º 1, a autonomia intencional do Estado na vertente da protecção da ordem do agente de fiscalização e, quanto ao n.º 2, é a autoridade pública do sistema estadual de justiça, quando profere decisões que imponham a interdição de caçar.

2

- 3 Em relação a qualquer das duas incriminações, trata-se de um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de **mera actividade** (quanto à forma de consumação dessa lesão).
- 4 O **tipo objectivo**, no que se refere ao n.º 1, consiste na oposição a que o agente de fiscalização pratique acto compreendido no âmbito das suas funções de fiscalização e que o faça em condições de segurança. Resume-se assim a conduta do infractor numa desobediência à ordem dada por agente qualificado para que descarregue a arma, a coloque no solo e se afaste dela em pelo menos 10 metros. O crime consuma-se pela omissão do acto devido e cuja prática foi ordenada. O funcionário ou agente de fiscalização deve ter competência para a ordem, esta deve ser legítima e deve ser regularmente ou concludentemente comunicada. A consequência da omissão da acção devida deve ser acompanhada da advertência expressa da cominação de desobediência, tal como se defende em relação ao crime de desobediência pp. pelo art. 348.º do C.Penal (ALBUQUERQUE, 2008, p. 827). Os termos da regulamentação do acto de fiscalização implicam que estamos perante um tipo penal em branco, por reclamar o recurso a outras normas para preenchimento do conteúdo do ilícito (cfr. o art. 40.º desta Lei e o Regulamento da Lei da Caça nos seus artigos 142.º e ss.). Sobre quem fosse agente fiscalizador houve disputa jurisprudencial, como se registou no Ac. TRC de 9.6.1993, CJ, 1993, 3, 74 “[...] II – Um guarda auxiliar da Direcção-Geral das Florestas só era considerado entidade policial para efeitos de a detenção do infractor em flagrante delito conduzir a processo sumário se fosse guarda florestal ajuramentado ou se, sendo guarda-florestal contratado para a fiscalização de zona de regime cinegético especial, o local da infracção pertencesse ao regime cinegético especial ou ao regime cinegético geral”.
- 5 No que se refere ao n.º 2, o tipo objectivo consiste na violação da interdição do direito de caçar determinada por decisão judicial ou administrativa e aplicada a título de sanção acessória.
- 6 O **tipo subjectivo** admite apenas o dolo, em qualquer das suas modalidades.
- 7 Quanto à **comparticipação** (no que se refere ao tipo p.p. pelo n.º 2) trata-se de um crime específico próprio, pelo que em princípio, apenas o condenado é agente do crime. Porém, a utilização de outrem como instrumento da violação da interdição implica a verificação de uma situação de comparticipação, em modalidade a determinar mediante os dados empíricos do caso, sendo então comunicável a qualidade do agente – art. 28.º, n.º 1 do C.Penal.
- 8 As regras de **concurso** são as gerais, podendo haver concurso efectivo entre o crime de violação da interdição de caçar e o crime de desobediência simples, se tal cominação for efectuada na decisão que aplica aquela sanção acessória. Situações de concurso efectivo com crimes conexos em função dos dados empíricos do caso podem colher-se no exemplo do Ac. TRG de 14.04.2008, a consultar em www.datajuris.pt: “I – Aquele que, encontrando-se a caçar tordos com um chamariz, ao ser interceptado pelos agentes de fiscalização, reconhece que se encontrava a infringir a Lei, mas pede aos guardas florestais para “verem o que se podia fazer”, desde logo acrescentando que “só tinha ali cem euros”, e que “já era algum”, insinuando dessa forma que estaria na disposição de lhes dar cem euros, ou até mais dinheiro, desde que os mesmos não lavrassem qualquer auto de notícia, comete o crime de corrupção activa, previsto e punido pelos arts. 374.º, n.ºs 1 e 3, 364.º, al.ª b) do Código Penal. II – Por outro lado, aquele que, tendo comparecido no local da detenção do primeiro arguido, leva chamariz que fora utilizado para a caça e foge com o mesmo, apesar de em sua casa vir a ser encontrado outro chamariz, que era sua pertença e que não funcionava pratica o crime de descaminho, previsto e punido pelo artigo 355.º do Código Penal. [...]” ou ainda o Ac. STJ de 17.01.2008,

www.datajuris.pt: “[...] III – Não age em “desespero de fuga” o caçador furtivo que de noite, de automóvel, holofotes laterais, com uma espingarda caçadeira, se dedica à caça furtiva em associativa de caça a que não pertence e surpreendido por guardas florestais auxiliares, retrocede em marcha atrás e vem a atingir e a matar com tiro de zagalotes um desses guardas [...]”.

As **penas** aplicáveis são, respectivamente quanto aos n.º 1 e n.º 2 deste artigo, as previstas para os crimes de desobediência simples (pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias) e para o crime de desobediência qualificada (pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias) – cfr. art. 348.º do C.Penal. São aplicáveis as sanções acessórias previstas no art. 35.º da presente Lei. Deve ter-se em conta a jurisprudência fixada no Ac. STJ n.º 7/2008. São de considerar, além das soluções de celeridade processual, as soluções de diversão e as penas de substituição (cfr. arts. 280.º, 281.º, 381.º, 393.º do CPP e art. 43.º e ss., art. 70.º, arts. 50.º, 58.º, 60.º do C.Penal). Com interesse em relação ao valor dos autos de notícia e sanções acessórias vejam-se o Ac. TRE de 9.04.2003, www.datajuris.pt: “Ainda que o arguido se tenha recusado a assiná-los, os autos de notícia de um crime elaborados e assinados pela autoridade pública, nos limites da competência que, legalmente, lhes tenha sido atribuída, e obedeçam às prescrições legais, fazem prova plena dos factos que documentem, desde que a sua autenticidade, ou veracidade, não sejam, fundadamente, postos em causa.”; o Ac. TRE de 03.10.2002, www.datajuris.pt: “I – A existir responsabilidade do Estado pela aplicação ilegal ou injustificada de medidas de apresentação periódica em processo-crime, o eventual direito de indemnização está sujeito ao prazo de caducidade previsto no n.º 1 do art. 226.º do CPP, por interpretação extensiva. II – Se existir responsabilidade do Estado por aplicação ilegal ou injustificada da medida de apreensão de instrumentos do crime no quadro do art. 178.º-1 do CPP, o respectivo direito à indemnização está sujeito ao prazo de prescrição previsto no n.º 1 do art. 498.º do CC, por força do disposto no n.º 2 do art. 71.º da Lei de Processo nos Tribunais Administrativos (LPTA)”.

9

JOSÉ PAULO RIBEIRO DE ALBUQUERQUE e CARLOS ALBERTO CASIMIRO NUNES

Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que aprova a Lei da Água, com Declaração de Rectificação n.º 11-A/2006 (Artigo 97.º)

Artigo 97.º

Regime de contra-ordenações

1. O regime especial de contra-ordenações, embargos administrativos e sanções acessórias pelas infracções às normas da presente lei e dos actos legislativos nela previstos é definido em normativo próprio, observando os princípios e regras da presente lei.

2. Até à publicação do normativo referido no n.º 1, aplicam-se as disposições legais em vigor, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

3. As coimas aplicáveis variam entre um limite mínimo de (euro) 250 e um limite máximo de € 2500000 e a fixação de coima concreta depende da gravidade da infracção, da culpa do agente, da sua situação económica e do benefício económico obtido.

4. A coima deve, sempre que possível, exceder o benefício económico que o agente retirou da prática da infracção.

5. A valorização dos bens dominiais de que beneficiam os utilizadores não titulares de título de utilização válido é fixada por estimativa pela ARH, devendo a coima devida ser sempre superior ao valor da taxa que deixou de ser paga, calculada tendo por base essa estimativa.

6. Sem prejuízo da responsabilidade criminal por desobediência, as entidades competentes em matéria de fiscalização podem fixar uma sanção pecuniária compulsória nos termos a definir no normativo referido no n.º 1.

7. Sem prejuízo do disposto no número anterior, se a alteração do estado das águas que resultou da infracção cometida se tiver estendido à área de jurisdição de uma entidade distinta daquela em cuja área se verificou a infracção, deve de imediato este facto ser levado ao conhecimento da entidade competente para a instauração do processo de contra-ordenação.

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotação 4)

O tipo objectivo (anotação 5)

O tipo subjectivo (anotação 6)

A participação (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 Na aplicação deste diploma, os organismos de Administração Pública devem observar **o princípio da precaução e da prevenção**, sem prejuízo de fiscalização das actividades que envolverem utilização dos recursos hídricos (art. 89.º). Nos termos do art. 90.º, a verificação do cumprimento das normas previstas na presente lei pode revestir a forma de “Fiscalização”, a desenvolver de forma sistemática pelas autoridades licenciadoras, no cumprimento da obrigação legal de vigilância que lhes cabe sobre os utilizadores dos recursos hídricos, quer disponham ou não de títulos de utilização, e de forma pontual em função das queixas e denúncias recebidas relativamente à sua área de jurisdição, competindo a fiscalização às ARH com jurisdição na área da utilização e às demais entidades a quem for conferida legalmente competência para o licenciamento da utilização dos recursos hídricos nessa área, cabendo-lhes igualmente a competência para a instauração, a instrução e o sancionamento dos processos de contra-ordenações por infracções cometidas na sua área de jurisdição (cfr. n.º 2). Colaboram na acção fiscalizadora as autoridades policiais ou administrativas com jurisdição na área, devendo prevenir as infracções

ao disposto nesta lei e participar as transgressões de que tenham conhecimento (cfr. n.º 3).

Em geral, estão sujeitas a medidas de inspecção e fiscalização todas as entidades públicas e privadas, singulares ou colectivas, que exerçam actividades susceptíveis de causarem impacte negativo no estado das massas de água. Nos termos do n.º 2 do art. 90.º, estão especialmente sujeitos a medidas de inspecção e fiscalização: os titulares de autorizações, licenças ou concessões de utilização dos recursos hídricos; os proprietários e operadores das instalações cuja construção ou operação seja regulada pela presente lei; as entidades gestoras de sistemas de abastecimento público de água para consumo humano e de tratamento de águas residuais; os proprietários e possuidores de produtos, instalações ou meios de transportes susceptíveis de causar risco aos bens protegidos na presente lei; e as pessoas que desenvolvam actividades susceptíveis de pôr em risco bens protegidos pela presente lei ou que tenham requerido título de utilização para desenvolver tais actividades.

No exercício das suas funções, deve ser facultada às entidades com competência de inspecção e de fiscalização devidamente identificadas a entrada livre nas instalações onde se exercem as actividades sujeitas a medidas de fiscalização ou de inspecção. Os responsáveis pelas instalações sujeitas a medidas de inspecção ou de fiscalização são obrigados a facultar a entrada e a permanência às entidades referidas anteriormente e a prestar-lhes a assistência necessária, nomeadamente através da apresentação de documentação, livros ou registos solicitados, da abertura de conteúdos e da garantia de acessibilidade a equipamentos – no âmbito da acção inspectiva ou fiscalizadora, o respectivo pessoal pode recolher informação sobre as actividades inspeccionadas, proceder a exames a quaisquer vestígios de infracções, bem como a colheitas de amostras para exame laboratorial (art. 93.º).

Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). “Substancialmente – considera CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjectivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes: ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado” (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da ordem emanada das autoridades competentes para a fiscalização, devidamente identificadas como tal, traduzido

na recusa da entrada ou de permanência das entidades com competência de fiscalização nas instalações onde se exercem as actividades sujeitas a medidas de fiscalização; ou na recusa na prestação da assistência necessária, nomeadamente através da apresentação de documentação, livros ou registos solicitados, da abertura de contentores e da garantia de acessibilidade a equipamentos. Entende-se que, no acto de fiscalização, as autoridades competentes, identificando-se como tal junto das entidades visadas pela acção em causa, devem elucidar, explicitar e advertir os seus responsáveis sobre as consequências legais da recusa, mais concretamente, com a comunicação de que esta, a manter-se, implicará a prática de um crime de desobediência. A ordem envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime, assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção, ordem essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei, que pode vir a ser incluída num mandado, designadamente quando se determinar a prática de um acto processual a uma entidade ou funcionário que actue no âmbito da competência de quem profere a ordem (note-se que, nestes casos, a desobediência, a verificar-se, refere-se à ordem inserta no mandado, mas não à actividade do funcionário). A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo).

- 6 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a desobediência negligente não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumprir – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”.
- 7 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.
- 8 A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, que aprova a Lei-quadro das contra-ordenações ambientais (Artigos 42.º e 47.º)

Artigo 42.º

Apreensão cautelar

1. A lei pode determinar a apreensão provisória pela autoridade administrativa, nos termos desta lei e do regime geral das contra-ordenações, nomeadamente dos seguintes bens e documentos:

- a) Equipamentos destinados à laboração;
- b) Licenças, certificados, autorizações, aprovações, guias de substituição e ou outros documentos equiparados;
- c) Animais ou plantas de espécies protegidas ilegalmente na posse de pessoas singulares ou colectivas.

2. No caso de apreensão nos termos da alínea a) do número anterior, pode o seu proprietário, ou quem o represente, ser designado fiel depositário, com a obrigação de não utilizar os bens cautelarmente apreendidos, sob pena de crime de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:

A remissão (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 e 4)

O tipo subjectivo (anotação 5)

A participação (anotação 6)

A pena (anotação 7)

Ver sobre esta disposição a Lei n.º 89/2009, de 31.8, e a Declaração de Rectificação n.º 70/2009, de 1.10. 1

Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, “[o] tipo de crime de desobediência, que protege a função da autoridade pública (-), constituindo um crime de mera actividade, reconduz-se, na essência, à violação de um dever de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado” (Crimes contra a Autoridade Pública, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa – 1998, separata das Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal, p. 426). “Substancialmente – considera CRISTINA LÍBANO MONTEIRO – pratica um acto de desobediência quem faltar à obediência devida. No adjectivo “devida” estão implícitos os requisitos que a lei seguidamente aponta. Só é devida obediência a ordem ou mandado legítimos. Condição necessária de legitimidade é a competência in concreto da entidade de onde emana a ordem ou mandado. Para que o destinatário saiba se está ou não perante uma ordem ou um mandado desse tipo, torna-se indispensável que este chegue ao seu conhecimento e pelas vias normalmente utilizadas – que lhe seja regularmente comunicado. Faltar à obediência devida não constitui, porém, por si só, facto criminalmente ilícito. A dignidade penal da conduta exige, para além do que fica dito, que o dever de obediência que se incumpriu tenha uma de duas fontes: ou uma disposição legal que comine, no caso, a sua punição; ou, na ausência desta, a correspondente cominação feita pela autoridade ou pelo funcionário competentes para ditar a ordem ou o mandado” (Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, p. 351. Sobre os elementos constitutivos do crime de desobediência e sua 2

amplitude, v. Maia Gonçalves, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 17.^a edição, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 1000 e ss.).

- 3 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão proferida pela autoridade administrativa competente, traduzido na utilização equipamentos destinados à laboração que foram objecto de apreensão cautelar. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada. Impõe-se, igualmente, a regularidade na transmissão, porque os destinatários da norma ou mandado têm que tomar conhecimento pleno do conteúdo e alcance da obrigação. Neste diploma encontram-se estabelecidas as modalidades de notificação.
- Agentes do crime são o proprietário, ou quem o represente, e tenha sido designado fiel depositário (e, naturalmente, lhe tenha sido explicitada a proibição da utilização e a consequência penal para a respectiva violação).
- 4 O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Preenche-se sempre que o destinatário incumpre – consciente e voluntariamente – a “ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente”, no acto em que é nomeado fiel depositário.
- 5 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.
- 6 A **pena** aplicável é a de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias (cfr. n.º 2 do art. 348.º do Código Penal).
- 7 Para os efeitos da presente lei, considera-se **autoridade administrativa** todo o organismo a quem compita legalmente a instauração, a instrução e ou a aplicação das sanções dos processos de contra-ordenação em matéria ambiental (cfr. art. 74.º).

Artigo 47.º

Identificação pelas autoridades administrativas

As autoridades administrativas competentes podem exigir ao agente de uma contra-ordenação a respectiva identificação, sob pena de crime de desobediência.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Remissão (anotação 2)

A ordem (anotação 3)

A pena (anotação 4)

- 1 Este preceito corresponde ao art. 49.º do RGCO embora com a cominação do crime de desobediência no caso da recusa ou de não acatamento da ordem.
- 2 Relativamente às considerações gerais sobre o crime de desobediência, cfr. anotação ao preceito anterior.
- 3 A obrigatoriedade de acatar a ordem de identificação por parte da autoridade administrativa depende que o destinatário da mesma seja o autor de uma contra-ordenação. Por outro lado, impõe-se que a autoridade administrativa comine a recusa com a prática do ilícito criminal em causa.
- 4 A **pena** aplicável é a de prisão até 1 ano ou de multa até 1200 dias (cfr. al.^a a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

Lei n.º 7/2008, de 15 de Fevereiro, sobre a pesca nas águas interiores (Artigo 30.º), conjugado com as Bases XVIII e XXII da Lei n.º 2097, de 6.6.59, e os artigos 44.º, 61.º, 65.º e 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10.10.62

Artigo 30.º

Crimes contra a preservação do património aquícola

1. Sem prejuízo dos crimes contra a preservação do património aquícola previstos e punidos pelo Código Penal, quem utilizar na pesca processos ou meios não autorizados, designadamente materiais explosivos, correntes eléctricas, substâncias tóxicas ou anestesiantes susceptíveis de causar a morte ou o atordoamento dos peixes, fisgas, tridentes ou arpões, armas de fogo, paus, pedras, ou meios e processos considerados de pesca subaquática, é punido com pena de prisão até 180 dias ou pena de multa de 60 a 200 dias.

2. Se a conduta referida no número anterior for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 90 dias ou com pena de multa de 30 a 100 dias.

LEI N.º 2 097

de 06-06-59

Base XVIII

1. Todo aquele que utilizar na pesca materiais explosivos, químicos ou vegetais, correntes eléctricas e, de uma maneira geral, substâncias venenosas ou tóxicas, susceptíveis de causar a morte ou o atordoamento dos peixes, será punido com pena de prisão nunca inferior a quatro meses e com multa de 2,99 euros a 299,28 euros.

2. São considerados autores morais do crime previsto nesta disposição todos os que acompanharem os seus agentes materiais ou que, conhecendo as circunstâncias da prática do acto, dele tirem proveito.

Base XXII

1. Constitui circunstância agravante das infracções previstas nas bases XVIII a XXI o facto de terem sido cometidas de noite ou em águas onde a pesca for proibida, reservada ou objecto de concessão.

2. Quando concorra esta agravante, as penas previstas na base XVIII nunca poderão ser inferiores a seis meses de prisão e a 149,64 euros de multa. Nos casos das bases XIX a XXI serão aplicados os máximos das penas.

DECRETO N.º 44 623

de 10-10-62

Artigo 44.º É proibido pescar:

- a) Com fisga, tridente ou arpão;
- b) Com armas de fogo e explosivos;
- c) Com substâncias tóxicas susceptíveis de causar a morte ou o atordoamento dos peixes;
- d) Com aparelhos eléctricos;
- e) Com paus ou pedras;
- f) Por processos considerados de pesca subaquática;
- g) Por imersão de cestos ou outros recipientes;
- h) Por percussão nas rochas de refúgio;
- i) Por quaisquer outros processos em que o peixe não seja apanhado pela boca, ressalvando o uso das redes permitidas.

[...]

Artigo 61.º A utilização na pesca de materiais explosivos, químicos ou vegetais, correntes eléctricas, substâncias venenosas ou tóxicas e, de uma maneira geral, susceptíveis de causar a morte ou o atordoamento dos peixes constitui crime punível com a pena de prisão nunca inferior a quatro meses e multa de 2,99 euros a 299,28 euros.

§ único. São considerados autores morais dos crimes previstos e punidos por este artigo todos os que acompanharem os seus autores materiais ou que tirem proveito da sua prática, conhecendo a intenção dos seus agentes ou as circunstâncias do acto.

[...]

Artigo 65.º A pesca com inobservância do disposto no artigo 33.º e seu § único, artigo 34.º e seus §§ 1.º e 2.º, artigo 35.º, artigo 36.º e seu § 1.º, artigo 37.º, artigo 38.º, artigo 39.º, artigo 40.º e seus parágrafos, artigo 41.º, artigo 42.º, artigo 43.º e alíneas a), b), e), f), g), h), i), e j) do artigo 44.º, ou por outros meios proibidos ou susceptíveis de produzir a destruição dos peixes ou de quaisquer seres das comunidades aquícolas, quando não seja aplicável o artigo 61.º, constitui crime punível com a pena de 10 a 30 dias de prisão e multa de 2,99 euros a 74,82 euros.

[...]

Artigo 67.º Constitui circunstância agravante das infracções previstas e punidas pelos artigos 61.º, 63.º, 64.º e 65.º o facto de terem sido praticadas de noite ou em águas onde a pesca for proibida, reservada ou objecto de concessão.

§ único. Quando concorra qualquer destas agravantes, as penas previstas no artigo 61.º nunca poderão ser inferiores a seis meses de prisão e a 149,64 euros de multa. Nos casos dos artigos 63.º, 64.º e 65.º serão aplicados os máximos das penas.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)

O tipo subjectivo (anotação 4)

A tentativa (anotação 5)

A participação (anotação 6)

O concurso (anotação 7)

A pena (anotação 8)

- 1 A legislação penal relativa à pesca nas águas interiores encontra-se transcrita supra. Dada a sucessão de leis penais e considerando que a lei nova está dependente de regulamentação para a sua entrada em vigor, optou-se por elaborar a anotação da matéria de forma integrada através do confronto entre os dois regimes, procurando analisar a evolução legislativa ocorrida e as inovações resultantes da lei nova. A lei nova irá revogar expressamente o anterior regime jurídico relativo à pesca nas águas interiores, nomeadamente as leis acima transcritas, onde se encontram previstas normas penais (art. 41.º da Lei n.º 7/2008, de 15/2). A norma incriminadora da lei nova teve como fonte as normas equivalentes da legislação anterior que regulamentou a actividade da pesca em águas interiores, a saber: Base XVIII da Lei n.º 2097 e arts. 44.º, als. a) a f), 61.º e 65.º do Decreto n.º 44 623. O legislador veio a estabelecer numa só norma as condutas que se encontram dispersas pelas aludidas normas da legislação anterior, condutas que continuam a merecer tutela penal de acordo com a previsão da norma penal nova (art. 30.º da Lei n.º 7/2008).
- 2 Na legislação antiga, a partir da análise dos diplomas que estabeleceram as regras e os princípios que nortearam a actividade da pesca em águas interiores, pode dizer-se que a intervenção do direito penal visou acautelar aspectos relacionados com defesa dos interesses públicos e privados que estavam em causa na actividade

piscatória nessas águas. Tal resulta do preâmbulo do Decreto n.º 44 623 onde se alude à importância da pesca em águas interiores como “fonte da riqueza nacional” e à necessidade de garantir vários “interesses públicos e particulares ligados à utilização das águas em que a pesca é admitida”. No entanto, para além da gestão adequada da fauna piscícola em águas interiores, procurou-se também a defesa da qualidade da água e a protecção das demais espécies que vivem nestas águas. Pode dizer-se que o Decreto n.º 44 623 é um “[. . .] diploma precursor da tutela penal de defesa do ambiente e da ecologia, na específica matéria da pesca e conservação de espécies piscícolas, introduzido na ordem jurídica nacional em 1962, fruto do entendimento do legislador ordinário, no vasto campo de discricionariedade que lhe está assinalado em termos de incriminação, de que as sanções penais eram necessárias, nas suas existência e medida, para tutela da conservação de algumas espécies piscícolas, consagrando assim, pelo menos, uma ‘tutela indirecta de ambiente’ (ainda mesmo quando este se tome só no enquadramento circunscrito do ambiente em que nascem e se conservam os seres vivos)” (cfr. FIGUEIREDO DIAS, “Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente”, in *Revista de Direito e Economia*, IV, 1978, p. 4) (*apud in* Ac. Tribunal Constitucional (TC) n.º 545/00, de 12.12.01, in DR II Série de 6.2.01).

A nova legislação veio adequar os interesses ambientais que estavam subjacentes na anterior legislação com a nova visão da defesa do ambiente como valor fundamental, em resultado dos estudos dogmáticos que foram publicados e dos instrumentos legislativos que em matéria de ambiente foram consagrados, em particular a Lei de Bases do Ambiente (LBA) (Lei n.º 11/87, de 7/4). Na elaboração da nova legislação procurou dar-se o necessário relevo à necessidade de garantir a integridade dos habitats dos recursos aquícolas. Na exposição de motivos da proposta de lei que esteve na base da lei aprovada escreveu-se: “Torna-se, desta forma, necessário modernizar a legislação, no sentido de compatibilizar as diferentes utilizações do domínio hídrico com os objectivos de gestão dos recursos aquícolas, através da implementação de medidas mitigadoras dos impactes provocados por aquelas utilizações e ter em consideração que a filosofia associada à prática da pesca apresenta, actualmente, vertentes muito diferenciadas onde os conceitos de conservação da biodiversidade e de exploração sustentável têm papel de relevo” (Proposta de Lei n.º 115/X). Do exposto resulta que a nova legislação visou dar cumprimento à necessidade de se estabelecerem as bases legais do ordenamento e da gestão sustentável dos recursos aquícolas das águas interiores.

A forma como o direito penal tem alargado a sua intervenção a campos da vida social e económica – o que não sucedia antes – suscitou debate doutrinal sobre os fundamentos desta intervenção e sua concertação com os princípios da intervenção mínima e da legalidade em matéria Penal. Não obstante este debate, considera-se que a matéria penal relativa à tutela do chamado “património aquícola das águas interiores” tem sofrido um tratamento adequado na legislação nacional, através da existência de legislação penal que procurou acautelar os vários interesses que coexistem na sua gestão. A existência de legislação penal que, apesar de uma certa filosofia “conservacionista” dos bens naturais e de uma certa “bondade” na respectiva punição, procurou defender de forma adequada esses valores é um sinal positivo do relevo que as autoridades públicas deram aos problemas decorrentes da gestão desses interesses. Assim sendo, não se pode aqui falar em movimento de “neocriminalização”, que ocorreu noutros domínios da nossa legislação (*v. g.* criminalidade tributária).

Os crimes em anotação, integrando várias condutas, preenchem-se com a utilização na pesca de “processos ou meios não autorizados”, que se encontram enumerados

exemplificativamente, não se exigindo qualquer dano em concreto no património aquícola. Dada a forma como o crime ocorre – na nova lei – e tendo em vista os bens jurídicos que se visam defender considera-se que estamos perante um **crime de mera actividade** (ou crime formal), pois o tipo incriminador preenche-se através da mera execução do comportamento referido, independentemente do resultado. Na verdade, basta para sua consumação a prática de quaisquer actos “conducentes” à captura de espécies da fauna piscícola. Por outro lado, o legislador deu relevo penal aos processos ou meios não autorizados na actividade da pesca, através da enumeração daqueles que considera mais nefastos para as finalidades da punição, os quais colocam em crise os valores ambientais a defender. Assim sendo, dada a referência a esses processos ou meios, não estamos propriamente perante uma norma penal em branco, nem ocorre uma dependência do direito penal relativamente ao direito administrativo.

Neste contexto, os **bens jurídicos** acautelados pelas normas incriminadoras resultam do conceito de ambiente, o qual integra a fauna, a flora, a água, o ar e as relações destes com o meio (cfr. art. 6.º da LBA). Esta lei considera que são crimes contra o ambiente: “Além dos crimes previstos e punidos no Código Penal, serão ainda consideradas crimes as infracções que a legislação complementar vier a qualificar como tal de acordo com o disposto na presente lei” (art. 46.º). Esta norma estabelece o fundamento claro sobre a necessidade de tutela penal de todos os valores que integram o conceito amplo de ambiente, que advém do texto constitucional e da LBA.

Os crimes em apreço resultam da necessidade de perseguição penal das condutas que se traduzem em “ofensas inadmissíveis”, ofensas lesivas de valores fundamentais consagrados no texto fundamental, no caso condutas que colocam em causa o “direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado” (cfr. art. 66.º da Constituição). A Constituição eleva a “qualidade do ambiente” à natureza de bem jurídico-constitucional, estabelecendo a forma como o Estado deverá assegurar o direito ao ambiente e os vectores fundamentais da sua intervenção nesta matéria: prevenção e combate à poluição e erosão, ordenamento do território, protecção da natureza e aproveitamento racional de recursos naturais. Este papel do Estado também é referido no art. 9.º, al.ª c) da Constituição, onde se prevê como sua tarefa fundamental a defesa da natureza e do ambiente, bem como a preservação dos recursos naturais. De particular importância, para o fundamento constitucional da tutela dos bens jurídicos que as normas incriminadoras relativas à pesca em águas interiores visam alcançar, é o disposto no art. 66.º, n.º 2, al.ª d) da Constituição, que dispõe: “Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica...”.

Em consequência do exposto, o bem jurídico fundamental que o direito penal visa proteger é a **qualidade do ambiente ou o meio ambiente**, o que envolve várias realidades, em particular: a preservação da fauna e de flora, a conservação da natureza, a diversidade biológica e a gestão sustentada de recursos (cfr. Ac TRG de 5.2.07, proc. n.º 2384/06-2, disponível em www.dgsi.pt). Pode, pois, considerar-se que aquele bem jurídico fundamental se desdobra em bens jurídicos particulares, em função dos elementos que compõe o direito constitucional ao ambiente, assumindo particular importância o bem jurídico da fauna aquícola como fundamento essencial da intervenção do direito penal nesta matéria (cfr. Sobre os termos da protecção da fauna o disposto no art. 16.º, n.º 3 da LBA). Os bens jurídicos em apreço são de natureza colectiva ou supra-individual, pois não se reconduzem à noção tradicional de bens jurídicos individuais (cfr. FIGUEIREDO DIAS, “O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras”, 2002,

p. 52, texto disponível em www.defensesociale.org/02/9.pdf). Desta forma fica afastada uma certa ideia da defesa da pesca como simples interesse económico a salvaguardar – que poderia estar na base da punição na anterior legislação – sendo hoje seguro que estamos na presença de valores doutra natureza, em particular de valores ecológicos e ambientais que resultam do texto fundamental. Veja-se, sobre esta evolução, mesmo em face da legislação anterior, o que escreveu REIS BRAVO: “... afigura-se-nos que os recursos piscícolas não poderão continuar a ser perspectivados apenas como um mero recurso económico, mas como fazendo as suas espécies parte de uma cadeia de seres vivos interdependentes uns com os outros, cujo equilíbrio cabe preservar, a fim de se assegurar a sua própria continuação e reprodução enquanto espécies e elos de todo um sistema. Onde [...] não poder deixar de se considerar actualmente como cumprindo o regime da protecção dos recursos piscícolas uma função de tutela de um interesse difuso, no qual se converteu a necessidade de proteger adequada e racionalmente os níveis quantitativos e qualitativos mínimos das espécies piscícolas” (in “A Tutela Penal dos Interesses Difusos”, Coimbra Editora, 1997, p. 92).

Na lei velha estabeleceu-se um conjunto de regras com relevância penal, as quais tinham como fundamento a defesa da fauna piscícola, tendo sido tipificadas várias condutas que tenham recorrido a processos ou meios não autorizados, condutas que eram “susceptíveis de causar a morte ou o atordoamento dos peixes”, mas também condutas “susceptíveis de produzir a destruição dos peixes ou de quaisquer seres das comunidades aquícolas” (cfr. arts. 61.º e 65.º do Decreto n.º 44 623). A lei nova veio dar relevância penal às condutas com “recurso a processos ou meios não autorizados” no âmbito da pesca, referindo-se de forma exemplificativa àquelas que assumem particular relevância. No que respeita às condutas susceptíveis de causar “perturbação ou morte de espécies aquícolas” trata-se de matéria que integra responsabilidade contra-ordenacional (cfr. art. 18.º, al.ª n) e 31.º, n.º 1, al.ª t) da referida Lei). No confronto entre os elementos objectivos da lei velha e da lei nova, relativamente aos crimes em anotação, verifica-se que o legislador partiu da realidade anterior para a nova formulação do tipo legal de crime, através da perseguição de condutas que já anteriormente tinham relevância penal, ou seja, com o recurso a: – materiais explosivos; – correntes eléctricas; – substâncias tóxicas ou anestesiantes; – fisgas; – tridentes ou arpões; – armas de fogo; – paus; – pedras; – processos considerados de pesca subaquática. Não obstante, o carácter exemplificativo das circunstâncias que integram a norma incriminadora na actual legislação, deve ter-se presente que qualquer outra circunstância susceptível de se enquadrar nesta, necessitará de ser suficientemente grave para que se coloquem em causa os bens jurídicos protegidos com a incriminação, dado o fundamento constitucional onde radicam os bens jurídicos protegidos (cfr. art. 18.º, n.º 2 da Constituição).

A lei nova veio a estabelecer o conceito de património aquícola, conceito inovador introduzido por esta lei, que se encontra estabelecido no art. 3.º, al.ª n), nos seguintes termos: ‘Património aquícola das águas interiores’ os ecossistemas aquáticos entendidos como o conjunto das espécies da fauna e da flora e seus habitats, incluindo água, leitos e margens, vegetação ripícola, bem como as suas relações de dependência funcional”. Por seu turno, o conceito de *pesca* encontra-se actualmente no art. 3.º, al.ª o) da mesma Lei e na lei anterior encontrava-se estabelecido na Base II da Lei n.º 2097 e no art. 2.º do Decreto n.º 44 623, podendo dizer-se que o mesmo é caracterizado pela prática de todos os actos tendentes à captura de espécies aquícolas nas águas interiores. Assim sendo, o conceito de património aquícola é um conceito amplo que abrange o conjunto de seres vivos que vivem

nas águas interiores (peixes, crustáceos, moluscos) e os seus habitats, com realce para a vegetação necessária para a existência destes: vegetação ripícola (vegetação existente junto aos cursos de água).

Os conceitos utilizados nestes crimes são susceptíveis de colocar algumas questões, as quais poderão também ter implicações no que tange à matéria do concurso de crimes. No que respeita aos conceitos de materiais explosivos e de armas de fogo há que atender aos conceitos legais estabelecidos na legislação das armas, nos seguintes termos: a) Materiais explosivos: A lei fornece os conceitos de “explosivo civil”, “engenho explosivo civil” e “engenho explosivo ou incendiário improvisado”, susceptíveis de integrar a noção utilizada na legislação da pesca (art. 2.º, n.º 5, als. l), m) e n) da Lei n.º 17/2009, de 6/5); b) Armas de fogo, definidas nesta última lei da seguinte formam: “todo o engenho ou mecanismo portátil destinado a provocar a deflagração de uma carga propulsora geradora de uma massa de gases cuja expansão impele um ou mais projecteis” (art. 2.º, n.º 1, al.ª p) da mesma Lei). No que respeita aos demais conceitos utilizados, pensa-se que o legislador utilizou essas noções na sua acepção comum, não se suscitando particulares questões de interpretação (*v. g.* físgas, pedras, paus).

A redacção do disposto no art. 30.º, n.º 1 da Lei n.º 7/2008 não se mostra isenta de dúvidas, uma vez que: em primeiro lugar exige-se que se executem actos de “pesca” por “processos ou meios não autorizados”, sendo certo que a lei define pesca como “a prática de quaisquer actos conducentes à captura de espécies aquícolas no estado de liberdade natural exercida nas águas interiores ou nas respectivas margens” (art. 3.º, al.ª j) da mesma Lei); em segundo lugar, os actos potencialmente mais graves apenas relevam se forem atingidas as espécies piscícolas (peixes), ou seja, o uso de materiais explosivos, correntes eléctricas, substâncias tóxicas ou anestesiantes devem “ser susceptíveis de causar a morte ou o atordoamento dos peixes”; por último, o recurso aos demais instrumentos, com vista à prática de actos de pesca, releva se for susceptível de afectar todas as espécies aquícolas. Do exposto resulta que o conceito de pesca, da forma como é usado na norma incriminadora, vem limitar a tutela penal dos crimes em apreço, pois parece que esta apenas tem como objectivo evitar a captura de espécies aquícolas através de certos processos ou meios, excluindo os casos em que o recurso a meios mais graves venha a provocar a *destruição* da fauna piscícola, por não se integrar no conceito de captura, condutas susceptíveis de integrar a prática do crime de danos contra a natureza do art. 278.º do CP (Código Penal).

- 4 No que respeita ao **tipo subjectivo** trata-se, na nova legislação, de um crime de comissão dolosa e de comissão negligente, na medida em que estabelece expressamente a punição da conduta por “negligência” (cfr. art. 30.º, n.º 2 da Lei n.º 7/2008 e também art. 13.º do CP). Na legislação anterior não se encontra fundamento para a punição da negligência, por não existir norma que fundamentasse para a punição criminal da negligência, também apelidada na legislação penal anterior como conduta “involuntária”.

A forma como os ilícitos criminais em apreço se preenchem, permite a conclusão que o dolo pode revestir qualquer das suas modalidades: directo; necessário; e eventual (art. 14.º do CP). Anota-se que o dolo, em qualquer das suas três formas é sempre constituído por um elemento intelectual ou cognitivo (representação de um facto descrito num tipo legal de crime) e um elemento volitivo (vontade de realizar o tipo objectivo, ou seja, o facto que constitui objecto de representação). O agente deve, portanto, praticar actos idóneos à captura de espécies aquícolas, com recurso a técnicas não permitidas, sabendo que o não podia fazer daquela

forma, agindo com vontade livre e conscientemente, colocando em causa a vida das espécies referidas e os valores ambientais relacionados com estas.

Por seu turno, no que tange à verificação da negligência nos casos em que esta é punível, uma vez que se exige a utilização na pesca de “processos ou meios não autorizados”, as hipóteses de verificação destes casos são de difícil configuração. Embora possam existir situações-limite que permitam concluir pela violação de um “dever de cuidado” que se impunha ao agente na situação em concreto, crê-se que a existência de situações de negligência poderão advir de casos de erro na proibição (art. 16.º do CP). No entanto, em termos de política criminal, parece fazer todo o sentido a punição da negligência, dados os valores que os crimes em apreço visam acautelar.

Na lei velha existia a possibilidade da punição de **tentativa** em determinados casos, tendo presente o que se prescrevia no art. 78.º do mencionado Decreto n.º 44 623. Sobre a punibilidade da tentativa em certos crimes, em face do anterior regime, veja-se o que se decidiu no douto Ac. do TRC de 28.10.09, proc. n.º 13/07.1GAMGR. C1, onde se decidiu o seguinte: “1. A pesca é não só a captura de peixes e outras espécies aquícolas, mas também a prática de quaisquer actos conducentes ao mesmo fim, quando realizados, para além do mais, nas águas dos rios ou nas margens deles. 2. A colocação, de uma rede, nas águas do rio, dentro dum saco, com o propósito de utilização desse instrumento na captura de meixão, à luz da normal experiência de vida, é acto de natureza a fazer esperar que logo a seguir o arguido ultimaria a execução do crime, através do uso da referida “arte” de pesca” (texto disponível em www.dgsi.pt). No âmbito da nova lei a tentativa não é punível, em face da pena abstracta estabelecida, nos termos do disposto no art. 23.º do CP, aplicável a esta disposição pelo art. 8.º do mesmo Código. Também os actos preparatórios não são puníveis nos termos gerais (art. 21.º do CP).

No que se refere às formas de **complicidade** considera-se ser admissível, em princípio, a autoria mediata, a co-autoria e a instigação e cumplicidade, tendo em vista o regime da lei nova. No entanto, quanto a estas duas últimas relativamente apenas ao n.º 1 da norma incriminadora, não sendo admissível a instigação e a cumplicidade quanto ao crime por negligência. A lei velha estabelece expressamente a punibilidade de autoria moral, em termos particulares, pois no art. 61.º § único prevê-se: “São considerados autores morais dos crimes previstos e punidos por este artigo todos os que acompanharem os seus autores materiais ou que tirarem proveito da sua prática, conhecendo a intenção dos seus agentes ou as circunstâncias do acto”. A então autoria moral equivale actualmente à autoria mediata considerando o disposto no art. 26.º do CP, que estabelece um conceito amplo de autoria. No entanto, a concreta configuração desta autoria tem motivado discussão na doutrina e na jurisprudência (cfr. Acórdão do STJ de Fixação de Jurisprudência n.º 11/2009, de 18.6.09, *in* DR I.ª S-A de 21.7.09). Tendo em vista que se trata de crime de mera actividade, o qual se consuma com a utilização “na pesca processos ou meios não autorizados”, as hipóteses de autoria mediata, instigação e cumplicidade nos casos em que exista dolo, são de difícil verificação.

A nova lei estabelece a possibilidade de aplicação do Código Penal aos actos considerados como atentados ao património aquícola, que não se enquadrem na norma incriminadora desta lei, ao prever o seguinte: “Sem prejuízo dos crimes contra a preservação do património aquícola previstos e punidos pelo Código Penal” (art. 30.º, n.º 1, parte inicial). Não obstante a consagração da possibilidade de aplicação do CP parece que a redacção em apreço não é a mais acertada, em termos de técnica legislativa, já que a fórmula em causa não clarifica quais os crimes por ela abrangidos. Na verdade, percorrendo os crimes previstos no CP verifica-se

que nele não se encontra previsto, como tal considerado pelo legislador, qualquer crime contra a preservação do património aquícola. Para analisar a questão do eventual **concurso** entre aquela norma e normas do CP que prevejam condutas susceptíveis de preencherem o aí estabelecido, deve partir-se do mencionado conceito de património aquícola. Assim sendo, há que verificar nos crimes tipificados no Código Penal, aqueles que visem proteger “as espécies da fauna e da flora e seus *habitats*”. Neste contexto, apenas existem dois tipos legais de crime que, de alguma forma, se podem enquadrar na parte inicial da norma incriminadora referida, a saber: danos contra a natureza do art. 278.º do Código Penal; poluição do art. 279.º do Código Penal, no segmento em que se prevê que a poluição das águas impede a utilização de recurso natural (n.ºs 1, al.ª a) e 3, b)). A análise das questões do concurso apenas será realizada relativamente ao crime de danos contra a natureza, dado o âmbito, eventualmente coincidente, da intervenção destes crimes.

Importa tecer algumas considerações sobre o âmbito de aplicação do crime do art. 30.º da Lei n.º 7/2008, em confronto com o crime de danos contra a natureza do art. 278.º do CP, onde se prevê o crime de dano ecológico como um crime de resultado. Considera-se que o âmbito de aplicação destas duas normas incriminadoras é distinto, em face das exigências para o preenchimento do crime de danos contra a natureza relativamente às condutas susceptíveis de atentarem contra o “património aquícola”. Neste aspecto, este crime exige que ocorram as seguintes situações: – eliminação de exemplares da fauna e flora em “número significativo”, o que implica a ideia de perdas significativas destes exemplares; – destruição de “habitat natural protegido”, o que implica a necessidade da existência de classificação do habitat. Nestes dois casos, sem prejuízo do que de seguida se referirá a propósito do concurso de crimes, impõe-se a aplicação do crime do art. 278.º do CP.

Quanto à problemática do concurso entre os crimes previstos na legislação relativa à pesca nas águas interiores e os aludidos crimes do Código Penal, considera-se que poderão existir situações de consunção. Estas situações ocorrem quando um tipo legal de crime inclui a realização de um outro tipo menos grave e o legislador, ao estabelecer a pena mais grave, tenha já tomado em conta nesse crime, todo o conteúdo material da ilicitude e da culpabilidade do crime menos grave, logo a norma que prevê o crime mais grave exclui a aplicação em concreto da norma que prevê o crime menos grave. Subscrevem-se as ideias defendidas por SOUTO MOURA sobre a matéria, nos seguintes termos: “Em relação ao concurso aparente de crimes cremos que a questão concreta que surja terá que ser resolvida com apelo às regras gerais. No caso de um único comportamento preencher simultaneamente a previsão do artigo 278.º do C. Penal e a de outro crime, desenhar-se-á em regra uma situação de consunção. Como é sabido, a relação de consunção analisa-se, face a cada caso concreto, ponderando quais os bens jurídicos violados, e a protecção que as normas lhe dispensam através das penas que cominam. Considerando que a protecção mais eficaz se confere através do preceito que prevê a pena mais grave, o respeito pela regra ‘*ne bis in idem*’ exigirá que se considere suficiente a protecção dispensada por esta última norma e que a que pune mais levemente se considere consumida. Certo é que se esteja perante idêntico objecto de protecção, o mesmo é dizer, perante o mesmo bem jurídico. Entendemos porém que a relação de consunção pode compatibilizar-se também com situações, em que os bens jurídicos protegidos pelas normas em confronto não coincidem completamente, antes só “na sua parte mais importante e valiosa”” (in “O Crime de Dano Contra a Natureza no Código Penal Português”, 1996, texto disponível em <http://siddamb.apambiente.pt>).

No que respeita aos casos em que o agente utilize armas de fogo ou explosivos em actos de pesca, desde que esta utilização integre a prática de crime tipificado na lei das armas, de acordo com o que se referiu supra em 3.3., entende-se que poderão ocorrer situações de concurso efectivo de crimes, por estarem em causa bens jurídicos distintos, desde que verificado o preenchimento dos elementos das infracções criminais em causa.

No âmbito da legislação anterior a norma constante da parte final do § único do art. 67.º do Decreto n.º 44 623, de 10.10.62, enquanto manda aplicar o máximo da **pena** prevista no art. 64.º do mesmo diploma para o crime de pesca em época de defeso, quando concorra a agravante de a pesca ter lugar em zona de pesca reservada, foi declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade (Ac. do TC n.º 124/2004 de 2.3.04, *in* DR I – Série A). Esta decisão foi proferida na sequência de jurisprudência do TC pacífica e uniforme sobre esta questão, destacando-se os seguintes Acórdãos: 70/2002 de 19.2.02; 95/2001 de 13.3; 485/02, de 20.11; 83/91 de 23.4, publicado no DR II Série de 30.8.91; e 22/03, de 15.1.

Na legislação nova estabelece-se pena de prisão ou de multa, quer relativamente ao crime doloso, quer relativamente ao crime negligente, seguindo-se na escolha da pena os critérios gerais do CP (art. 70.º). Deve, no entanto salientar-se, que em face das múltiplas condutas previstas na norma incriminadora se devem punir de forma mais grave aquelas que se tornem particularmente censuráveis, por mais nefastas para a fauna piscícola o que, em princípio, ocorrerá nos casos em que sejam utilizados materiais explosivos, correntes eléctricas, substâncias tóxicas ou anestésicas. Por outro lado, parece também ser circunstância a atender o facto de ter existido a captura ou não de espécies aquícolas, aspecto muito relevante atentas as finalidades da punição.

JOÃO ANTÓNIO SILVEIRA PALMA RAMOS

CAPÍTULO V

Juventude

Decreto-Lei n.º 254/76, de 7 de Abril, que estabelece medidas relativas à publicação e comercialização de objectos e meios de comunicação social de conteúdo pornográfico (Artigo 6.º)

Artigo 6.º

1. A infracção do disposto no presente diploma, para a qual nele se não preveja pena especial, fará incorrer os seus autores em pena de prisão até seis meses e multa de 1 000\$00 até 200 000\$00.

2. Em caso de segunda e ulterior reincidência, a pena não poderá ser declarada remível.

3. Responderão como co-autores, nos termos da Lei aplicável, os responsáveis dos órgãos de comunicação social através dos quais seja dada publicidade a textos ou imagens de conteúdo pornográfico ou obsceno.

Pelo pagamento das multas aplicadas responderão solidariamente as respectivas empresas proprietárias.

4. A infracção consistente na venda por menores de 18 anos e maiores de 16 anos de qualquer dos objectos ou meios previstos no n.º 1 do artigo 1.º sujeitará os mesmos menores à pena de prisão até três meses, não lhes sendo aplicável o disposto no antecedente n.º 2.

Os menores de 16 anos responsáveis pela mesma infracção ficarão sujeitos a medidas de prevenção criminal.

5. Constitui circunstâncias agravante, a que corresponderá o aumento para o dobro dos limites mínimo e máximo das penas de prisão e multa, a venda de objectos ou meios de conteúdo pornográfico ou obsceno a ou através de menores de 18 anos, e em geral a infracção do disposto no presente diploma que tenha provocado ou seja susceptível de provocar, grave dano de natureza social.

6. Fica ressalvada a aplicação de pena de prisão mais grave prevista na lei geral.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotações 4 a 9)

O tipo objectivo (anotações 10 a 17)

Os objectos e meios considerados obscenos ou pornográficos (anotações 18 a 23)

A insubsistência das incriminações (anotações 24 a 31)

- 1 As **fontes** das incriminações previstas no artigo 6.º, n.ºs 1 e 4 são ainda os crimes de ultraje ao pudor previsto no artigo 390.º do Código Penal de 1886 (com a seguinte redacção: “O ultraje público ao pudor, cometido por acção, ou a publicidade resulte do lugar ou de outras circunstâncias de que o crime for acompanhado, e posto que não haja ofensa individual da honestidade de alguma pessoa, será punido com prisão até 6 meses e multa até 1 mês”) e de ultraje à moral pública previsto no artigo 420.º do mesmo código (com a seguinte redacção: “O ultraje à moral pública cometido publicamente por palavras, será punido com prisão até 3 meses e multa até 1 mês. § único – Se for cometido este crime por escrito ou desenho publicado, ou por outro qualquer meio de publicação, a pena será de prisão até 6 meses e multa até 1 mês”), nos quais se protegem o pudor público e a moral pública.
- 2 Apesar de, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, o legislador invocar a necessidade de assegurar a liberdade de acção de cada um, a liberdade de expressão

e pensamento, repudiando qualquer ideia de censura, foram razões ligadas ao “pudor do comum cidadão”, que se sentiria ultrajado com o “excesso reprovável” que decorria da exploração mercantil de temas pornográficos e obscenos (numa época de transição em que se ensaiava um regime de liberdade e democracia, ainda não amadurecido), que justificaram a nova regulamentação “fazendo apelo aos conceitos de pudor público e moral pública.”

Como as razões de ordem moral eram merecedoras de tutela penal no Código Penal de 1886 então em vigor, os objectos e meios considerados pornográficos ou obscenos foram definidos a partir da ideia de ultraje ou ofensa ao pudor público ou à moral pública, sendo proibida e criminalizada a publicidade e comercialização desse tipo de material fora das circunstâncias e locais indicados no referido diploma legal.

Porém, não sendo missão do direito penal contemporâneo proteger qualquer tipo de concepção moral (*v.g.* na área da sexualidade), mas antes garantir as condições mínimas e básicas para a promoção da auto-realização de cada pessoa na sociedade, incluindo na vertente sexual, é manifesto que hoje em dia, perante as alterações legislativas que entretanto ocorreram, particularmente no Código Penal, não se consegue divisar um **bem jurídico** merecedor de tutela penal nas incriminações previstas no artigo 6.º, n.º 1 e n.º 4 (que, tal como foram configuradas, acabavam por assentar na protecção do sentimento geral de moralidade, enquanto valor supra-individual da comunidade).

A conclusão actual da ilegitimidade daquelas incriminações por ausência de bem jurídico a tutelar, assenta desde logo na mudança de paradigma a nível do direito penal sexual: é que após a entrada em vigor do Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, mais concretamente depois da revisão de 1995 (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3), o legislador tem vindo sucessivamente a defender que, nesta área relativa à esfera sexual, a intervenção penal apenas deve assegurar a tutela do bem jurídico da liberdade e autodeterminação sexual, enquanto bem pessoal, individual e não supra-individual. E, só nesta perspectiva individual (afastando qualquer recurso ao pudor público ou à moral pública como interesse colectivo ou supra-individual), poderá ser ensaiada a definição, por exemplo, de “conversa, escrito, espectáculo ou objecto pornográficos”, para efeitos do artigo 171.º, n.º 3, al.ª b), do Código Penal.

Estando a liberdade e autodeterminação sexual individual suficientemente protegida em várias incriminações previstas no Código Penal (como sucede, por exemplo, com os crimes previstos nos artigos 170.º, 171.º, n.ºs 3 e 4, 172.º, n.ºs 2 e 3 e 176.º, após a reforma introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4.9), sempre seria contraditório sustentar a vigência simultânea de incriminações como as aqui em análise (artigo 6.º, n.º 1 e n.º 4) que assentam em considerações morais, fazendo apelo a conceitos abstractos e subjectivos, de cariz colectivo (como o pudor público ou moral pública), que deixaram definitivamente de merecer protecção penal (por isso, nem sequer se trata aqui de discutir se o direito penal contemporâneo pode tutelar determinadas concepções morais ou se existem bens jurídicos que se inspirem na Moral ou até se deve ou não haver uma total separação entre o Direito e a Moral).

Perante a impossibilidade de determinar, hoje em dia, a partir daqueles conceitos (pudor público ou moral pública), o que são “objectos e meios pornográficos ou obscenos”, apenas se pode concluir que nessa parte estamos agora perante crimes sem bem jurídico definido e sem vítima, onde se punem condutas que, em abstracto, apenas atentam contra meros valores morais: nessa medida, essa intervenção penal é actualmente ilegítima (sobre “publicações obscenas” – incluindo exposição de pinturas – ver, entre outros, Ac. do TEDH de 7.9.1976, de 24.5.1988

e de 20.9.1994, nos casos “Handyside c. Reino Unido”, “Müller e outros c. Suíça” e “Otto-Preminger-Institut c. Áustria”).

- 8 Por isso, numa compreensão racional do argumento histórico e mesmo do literal que emergem do diploma aqui em análise, tendo presente simultaneamente a evolução do pensamento do legislador nesta matéria (o que tudo se adequa com as regras de interpretação contidas no artigo 9.º do Código Civil), ter-se-á de concluir que tais incriminações (artigos 6.º, n.ºs 1 e 4) foram revogadas tacitamente pela legislação posteriormente publicada (*v.g.* Código Penal, nas versões posteriores à reforma de 1995).
- 9 A não ser assim, então estar-se-ia perante normas que hoje são claramente inconstitucionais por violarem o disposto nos artigos 18.º, n.º 2, 26.º, n.º 1, 27.º, n.º 1 e 29.º, n.º 1, da CRP, o que sempre impediria a sua aplicação pelos tribunais (artigo 204.º da CRP).
- 10 De qualquer modo, também se chega à mesma conclusão (de que deixaram de subsistir as incriminações previstas neste artigo 6.º, n.º 1 e n.º 4), quando se procura divisar o seu **tipo objectivo** que, no primeiro caso (artigo 6.º, n.º 1) traduzir-se-ia na “infracção do disposto no presente diploma, para a qual nele se não preveja pena especial”, enquanto no segundo caso (artigo 6.º, n.º 4), consistiria “na venda, por menores entre 16 e 18 anos, de qualquer dos objectos ou meios previstos no n.º 1 do artigo 1.º”.
- 11 Comparando as duas referidas normas verifica-se, por um lado, que há diferenças a nível do sujeito activo (no caso do artigo 6.º, n.º 1, será qualquer pessoa maior de 16 anos de idade, não havendo qualquer atenuação da pena em função da idade, enquanto no caso do n.º 4 do mesmo preceito, já será qualquer menor entre 16 e 18 anos de idade, prevendo-se aqui uma moldura abstracta mais suave devido à jovem idade do agente) e, por outro lado, que se distinguem quanto ao comportamento proibido que é considerado “infracção” (na hipótese prevista no artigo 6.º, n.º 1, haverá que determinar o que é que se deve considerar infracção do disposto no diploma legal em apreço, enquanto na hipótese do artigo 6.º, n.º 4, está apenas em causa a venda de qualquer dos objectos ou meios previstos no n.º 1 do artigo 1.º por menores entre 16 e 18 anos).
- 12 Para determinar o conteúdo da incriminação prevista no artigo 6.º, n.º 1, e aferir o que poderá ser considerado como “infracção” do disposto no Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, haverá que encontrar nesse diploma legal, por um lado, as condutas consideradas proibidas, para as quais “nele se não preveja pena especial” e, por outro lado, definir o que é que pode ainda integrar o conceito vago e genérico de “infracção” do disposto nesse diploma, face à legislação que entretanto foi sendo publicada desde 1976 e que tacitamente foi revogando a censura penal contida naquela legislação especial.
- 13 Também por aqui, face à indefinição e incerteza (desde logo pelo seu carácter demasiadamente vago e indeterminação a nível da tipicidade) na caracterização do conteúdo do tipo legal de crime (artigo 6.º, n.º 1) e do seu âmbito de protecção, poderíamos defender que, hoje em dia, havia uma clara ofensa do princípio da legalidade, “na sua formulação de tipicidade” (como diz FARIA COSTA, “Construção e Interpretação do Tipo Legal de Crime à Luz do Princípio da legalidade: Duas Questões ou Um só Problema?”, *in* RLJ, ano 134.º, n.º 3933, 1 de Abril de 2002, p. 358), o que de imediato nos reconduziria à impossibilidade de aplicação de tal norma por ser ofensiva dos princípios consignados na Constituição (artigos 18.º, n.º 2, 27.º, n.º 1, 29.º, n.º 1 e 204.º da CRP).
- 14 Mas, procurando ainda assim, numa perspectiva “geométrica” do princípio da legalidade, caracterizar o conceito de “infracção” contido no artigo 6.º, n.º 1, a

partir da definição das condutas proibidas previstas nos artigos 1.º, n.º 1, 2.º, 3.º, 4.º, n.º 2, parte final e 5.º, n.ºs 1 e 2 do citado Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, na redacção do Decreto-Lei n.º 653/76, de 31.7, poderíamos então enunciar as seguintes: a) – afixar ou expor em montras, paredes ou em outros lugares públicos, pôr à venda ou vender, exhibir, emitir ou por outra forma dar publicidade a objectos e meios referidos no artigo 1.º, n.º 1, fora das circunstâncias e locais previstos no mesmo diploma legal (artigo 1.º, n.º 1); b) – venda de objectos e meios referidos no n.º 1 do artigo 1.º no interior de estabelecimentos que se dediquem exclusivamente a esse tipo de comércio, devidamente licenciados, a ou por menores de 18 anos (artigo 2.º, n.º 2); c) – qualquer forma de propaganda dos objectos e meios referidos no n.º 1 do artigo 1.º que seja em si pornográfica (artigo 3.º); d) – a entrada e assistência de menores de 18 anos a exhibições de filmes classificados de pornográficos (artigo 4.º, n.º 2, parte final); e) – a passagem de cenas ou imagens pertencentes a filmes classificados de pornográficos no decurso de sessões de cinema em que sejam exibidos filmes como tal não classificados (artigo 5.º, n.º 1); f) – o anúncio ou qualquer forma de publicidade de filmes classificados de pornográficos, contendo palavras ou imagens de sentido ou conteúdo pornográfico ou obsceno (artigo 5.º, n.º 2).

Todavia, essa definição das condutas proibidas só por si não é suficiente para se concluir que foi respeitado o princípio da legalidade, como expressão do princípio da tipicidade. Haverá, por isso, que determinar se, cada um desses comportamentos apresenta ainda alguma ligação com as alterações entretanto introduzidas no direito penal, particularmente no Código Penal (na área dos “crimes sexuais”), após a reforma de 1995.

Não há dúvidas de que o legislador considerou que a exposição e venda de objectos e meios referidos no artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, não era absolutamente proibida, uma vez que a permitiu “no interior de estabelecimentos que se dediquem exclusivamente a esse tipo de comércio, devidamente licenciados em termos a regulamentar” (artigo 2.º, n.º 1, do referido diploma legal).

Essa regulamentação consta do Decreto n.º 647/76, de 31.7, que foi alterado pela Lei n.º 30/2006, de 11.7, aí se prevendo (além, por exemplo, das condições de licenciamento) que, mesmo esses estabelecimentos não poderão exhibir nas montras ou em locais visíveis da via pública objectos e meios de conteúdo pornográfico ou obsceno (artigo 1.º, n.º 2) e não poderão usar nos seus nomes ou insígnias expressões ou figuras “ultrajantes do pudor público” (artigo 1.º, n.º 3), sob pena de incorrerem na prática de “contra-ordenação sancionada com coima de € 200 a € 1000, se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal” (artigos 2.º e 8.º do citado Decreto n.º 647/76, de 31.7, na redacção da Lei n.º 30/2006, de 11.7). A necessidade de licenciamento (que não é aqui objecto de análise), dependendo da natureza e características do estabelecimento e tipo de comércio em causa em cada caso concreto, apenas poderá dar origem a ilícito de mera ordenação social (a propósito ver J. M. NOGUEIRA DA COSTA, “Exposição e venda de objectos de conteúdo pornográfico ou obsceno”, in RMP, ano 30, n.º 119, pp. 177 a 188, determinando o arquivamento do inquérito, por não haver infracção criminal, em caso de exposição para venda ao público, na montra voltada para a via pública de um estabelecimento comercial, de “objectos”, como por exemplo, “um saltitão em forma de pénis, marcado a € 3,70”, “um ramo de flores com pénis, marcado a € 13,20”, “uma vagina saltitona, marcada a € 3,80” e outros artigos do mesmo género, classificados na acção inspectiva efectuada como “objectos de conteúdo pornográfico”, alegando a arguida que antes se tratavam de “meras prendas humorísticas”, nunca tendo sido advertida para a necessidade

de qualquer licenciamento específico, apesar daquele estabelecimento já ter sido alvo de anterior fiscalização).

- 18 As condutas descritas nos artigos 1.º a 3.º e 6.º, n.º 4, dependem, desde logo, da definição constante do n.º 2 do artigo 1.º sobre os **objectos e meios** (referidos no artigo 1.º, n.º 1) **considerados pornográficos ou obscenos**.
- 19 Os objectos e meios referidos no artigo 1.º, n.º 1, são cartazes, anúncios, avisos, programas, manuscritos, desenhos, gravuras, pinturas, estampas, emblemas, discos, fotografias, filmes e em geral quaisquer impressos, instrumentos de reprodução mecânica e outros objectos ou formas de comunicação audiovisual de conteúdo pornográfico ou obsceno.
- 20 Para tais objectos e meios serem considerados pornográficos ou obscenos terão de conter “palavras, descrições ou imagens que ultrajem ou ofendam o pudor público ou moral pública” (artigo 1.º, n.º 2).
- 21 Assim, objectos e meios referidos no artigo 1.º, n.º 1, considerados pornográficos ou obscenos, são “cartazes, anúncios, avisos, programas, manuscritos, desenhos, gravuras, pinturas, estampas, emblemas, discos, fotografias, filmes e em geral quaisquer impressos, instrumentos de reprodução mecânica e outros objectos ou formas de comunicação audiovisual” que contenham “palavras, descrições ou imagens que ultrajem ou ofendam o pudor público ou moral pública”.
- 22 E, logo aqui nos deparamos com a maior dificuldade que é precisamente a de tentar justificar, hoje em dia, a subsistência das incriminações previstas no artigo 6.º, n.ºs 1 e 4, quando estão em causa objectos e meios referidos no artigo 1.º, n.º 1. Com efeito, como é que se pode, a partir de considerações que se prendem com a defesa de uma determinada concepção moral (pudor público ou moral pública), definir objectos e meios como pornográficos ou obscenos e, nessa medida, quando publicados ou comercializados fora do condicionalismo e locais previstos no mesmo Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, considerar preenchidas as incriminações previstas no seu artigo 6.º, n.ºs 1 e 4? Quais as “palavras, descrições ou imagens” que inseridas naqueles objectos e meios lhe conferem um conteúdo pornográfico ou obsceno? A impossibilidade de efectuar uma interpretação com recurso a um padrão moral resulta do facto da própria lei (Código Penal) ter evoluído, mudado, assim acompanhando a realidade envolvente, o que igualmente realça (até em nome da “unidade da ordem jurídica”, também presente no artigo 9.º do Código Civil) a actual falta de dignidade penal daquele tipo de condutas, tal como foram previstas no citado Decreto-Lei n.º 254/76.
- 23 Perante a impossibilidade de definir os objectos e meios referidos no artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, a partir dos critérios apontados pelo legislador (que, como já vimos, deixaram de merecer tutela penal desde pelo menos da reforma de 1995 introduzida ao Código Penal), é manifesto que **não poderão ser censuradas penalmente, por se mostrarem esvaziadas de conteúdo, as condutas descritas nos seus artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 2, 3.º e 6.º, n.º 4**, tanto mais que, hoje em dia (até interpretando o “sentido histórico da norma” à luz de uma compreensão actual), nem atingem gravidade suficiente para assumirem dignidade penal.
- 24 Nesta perspectiva, face ao novo paradigma a nível do direito penal sexual, por carência de objecto, ausência de bem jurídico merecedor de tutela penal e até pela actual falta de dignidade penal desse tipo de condutas, chegamos igualmente à conclusão da **insubsistência das incriminações previstas quer no artigo 6, n.º 1, quanto às condutas descritas nos artigos 1.º, n.º 1, 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 254/76** (por imediata impossibilidade de definir o que são objectos e meios considerados pornográficos ou obscenos), **quer no artigo 6.º, n.º 4** (por igualmente depender daquela definição de “objectos ou meios previstos no n.º 1 do artigo 1.º”,

impossível de caracterizar nos moldes apontados pelo legislador, como também, em parte, por a própria venda desses objectos dentro de estabelecimentos que se dediquem exclusivamente a esse tipo de comércio, “a ou por menores de 18 anos”, ter sido degradada em contra-ordenação prevista nos artigos 2.º e 8.º do Decreto n.º 647/76, de 31.7, na redacção da Lei n.º 30/2006, de 11.7, o que evidencia nesta área uma alteração de política criminal), sem prejuízo do preenchimento de qualquer das incriminações previstas no Código Penal (o que sempre dependerá de factos adicionais que se apurarem e da verificação dos respectivos pressupostos).

Resta saber se a incriminação prevista no artigo 6.º, n.º 1, subsiste quanto às condutas descritas nos artigos 4.º, n.º 2, parte final e 5.º, caso a sua punição não esteja prevista em diplomas legais posteriores, com diferentes opções legislativas (v.g. degradação em ilícito de mera ordenação social, introduzindo um sistema sancionatório mais flexível e, consequentemente, afastando, por desproporcional, a tipificação como ilícito criminal).

A matéria relativa à classificação de espectáculos e divertimentos públicos, que inclui espectáculos cinematográficos, passou a ser disciplinada essencialmente pelo Decreto-Lei n.º 396/82, de 21.9 (alterado pelo Decreto-Lei n.º 116/83, de 24.2), tendo em atenção os critérios indicados na Portaria n.º 242/83, de 3.3.

Decorre do Decreto-Lei n.º 396/82, de 21.9 (artigos 2.º, n.º 2, e 27.º) que os responsáveis pela organização de espectáculos e divertimentos públicos, nomeadamente, pela exibição de filmes classificados de pornográficos, incorrem em contra-ordenação punida com coima se permitirem ou facilitarem o acesso, o mesmo é dizer a entrada ou a assistência, de menores de 18 anos. Por isso, pelo menos desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 396/82, a conduta descrita no artigo 4.º, n.º 2, parte final, do Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, na redacção do Decreto-Lei n.º 653/76, de 31.7, passou a ser sancionada como contra-ordenação, razão pela qual terá de se considerar excluída da incriminação prevista no artigo 6.º, n.º 1, em análise (por via da tal degradação do crime em contra-ordenação). De qualquer modo, a circunstância dessa conduta só por si integrar a prática de contra-ordenação não impede a eventual configuração (dependendo de factos adicionais que se apurarem e da verificação dos respectivos pressupostos) de algum dos crimes, por exemplo, previstos nos artigos 171.º, n.º 3, al.ª b), n.º 4, 172.º, n.ºs 2 e 3 e 176.º do Código Penal, após a reforma introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4.9.

A exibição de material fílmico (filme e filme anúncio) sem previamente ser submetido a registo e a classificação constitui contra-ordenação (artigos 7.º, 8.º, 10.º, 25.º e 28.º do Decreto-Lei n.º 396/82, de 21.9). O anúncio ou qualquer forma de publicidade de filmes classificados de pornográficos, “contendo palavras ou imagens de sentido ou conteúdo pornográfico ou obsceno” (artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4) integram a prática de contra-ordenações (cfr. artigos 20.º e 26.º do Decreto-Lei n.º 396/82, de 21.9 e artigos 7.º, n.º 1 e n.º 2, al.ª f), 14.º, n.º 1, al.ª c), 34.º e 35.º do Código de Publicidade, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/90, de 23.1, alterado pelos Decretos-Leis n.º 74/93, de 10.3, n.º 6/95, de 17.1, n.º 61/97, de 25.3, n.º 275/98, de 9.9, n.º 51/2001, de 15.2, n.º 332/2001, de 24.12, n.º 81/2002, de 4.4, e n.º 224/2004, de 4.12, e n.º 57/2008, de 26.3, e pelas Leis n.º 31-A/98, de 14.7, n.º 32/2003, de 22.8 e n.º 37/2007, de 14.8). Se essa publicidade for difundida através da imprensa, da televisão, da rádio, da Internet, haverá que ter ainda em atenção eventual regulamentação especial contida na legislação que regula cada uma dessas actividades.

Por sua vez, “a passagem de cenas ou imagens pertencentes a filmes classificados de pornográficos no decurso de sessões de cinema em que sejam exibidos filmes como tal não classificados” (artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4),

mais não é do que publicidade proibida que, como tal, é censurada com coima (e, portanto, é sancionada como contra-ordenação nos termos acima apontados).

30 Nesta perspectiva, mostram-se também **excluídas da área de tutela típica do artigo 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 254/76, de 7.4, as condutas descritas nos seus artigos 4.º, n.º 2, parte final e 5.º, n.º 1 e n.º 2.**

31 Podemos, pois, concluir que as incriminações aqui em apreço, previstas no referido artigo 6.º, n.ºs 1 e 4, foram **tacitamente revogadas ou, se assim não se entender, são materialmente inconstitucionais**, sem prejuízo da eventual responsabilidade criminal, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos de tipos legais previstos no Código Penal. Esta solução assenta quer na ausência de bem jurídico merecedor de tutela penal e, conseqüente impossibilidade de definir, a partir dos critérios apontados pelo legislador de 1976, “objectos e meios considerados pornográficos ou obscenos” (pressuposto das condutas descritas nos artigos 1.º, n.º 1, 2.º, n.º 2, 3.º e 6.º, n.º 4, do citado Decreto-Lei n.º 254/76), quer na opção estratégica da degradação do crime em contra-ordenação, mercê de posterior legislação publicada, o que também reflecte a actual falta de dignidade penal dessas condutas (como sucede no caso das condutas descritas nos artigos 4.º, n.º 2, parte final e 5, n.º 1 e n.º 2, do mesmo Decreto-Lei n.º 254/76).

MARIA DO CARMO SARAIVA DE MENEZES DA SILVA DIAS

Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro, sobre a garantia dos alimentos devidos a menores (Artigo 5.º)

Artigo 5.º

Responsabilidade civil e criminal

1. Dos quantitativos indevidamente recebidos cabe restituição e, em caso de incumprimento doloso do dever de informação previsto no artigo anterior, o pagamento de juros de mora.

2. Aqueles que omitirem factos relevantes para a concessão da prestação de alimentos pelo Estado em substituição do devedor ficam sujeitos a procedimento criminal por crime de burla.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 4)

O bem jurídico (anotações 5 e 6)

O tipo objectivo (anotações 7 a 24)

O tipo subjectivo (anotação 25)

As causas de justificação (anotações 26 e 27)

A tentativa (anotação 28)

A comparticipação (anotações 29 e 30)

O concurso (anotações 31 a 33)

A pena (anotações 34 a 36)

Esta norma surge na Lei n.º 75/98 de 19.11, que cria o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores e prevê uma prestação social, com raiz no constitucional, que visa substituir o progenitor inadimplente no cumprimento da obrigação de prestar alimentos aos menores deles carecidos. 1

O Fundo é gerido em conta especial pelo Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social o qual efectua o pagamento das prestações por ordem do Tribunal competente, através dos centros regionais de segurança social da área de residência do menor. 2

Esta lei, bem como o Decreto-lei n.º 164/99 de 13.5 que a regulamenta, visam concretizar o disposto nos art. 2.º, 63.º, n.º 3 e 69.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, quanto à efectiva protecção de crianças em situação de carência. 3

Apenas o n.º 2 do preceito diz respeito à responsabilidade criminal. 4

O preceito determina que o agente fica sujeito a procedimento criminal por crime de burla. Ora, o **bem jurídico** protegido pelo crime de burla é o património em geral. Porém, o que se pretende evitar com esta norma é que os beneficiários da prestação social possam ludibriar o Fundo, omitindo informações sobre algum dos requisitos legais para a sua intervenção. Assim, pretende-se não só proteger o património do Estado, mas também evitar que o Fundo seja chamado a intervir em casos em que não estão verificados os requisitos legais, provocando situações de desigualdade e, sobretudo, de injustiça. 5

Assim, o bem jurídico protegido pelo crime previsto nesta norma é um bem jurídico complexo, composto pelo património do Estado e ainda pela administração da justiça como função do Estado, integrando-se assim na temática dos crimes contra o Estado, mais concretamente nos crimes contra a realização da justiça. 6

O legislador ao determinar a “sujeição ao procedimento criminal por crime de burla” faz uma **remissão em bloco** para aquele regime. Isso determina a manutenção da estrutura do procedimento criminal quanto à natureza do crime, isto é, **semi-público**. Parece ser uma solução discutível face à natureza dos bens jurídicos tutelados pela norma incriminadora. No entanto, é essa a melhor interpretação que logramos 7

alcançar pela remissão legislativa para o procedimento pelo crime de burla. Se não tivesse sido essa a intenção do legislador bastaria então ter efectuado a remissão para a pena aplicável ao crime de burla.

- 8 E assim tem legitimidade para o exercício do direito de queixa o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, entidade que gere o Fundo nos termos do art. 2.º, n.º 1, do Decreto-lei n.º 164/99 de 13.5, podendo inclusivamente, recorrer de decisões judiciais, não tendo o Fundo personalidade judiciária de “per si”.
- 9 O conhecimento de que foi omitida alguma informação relevante para a concessão da prestação de alimentos poderá chegar ao Centro Regional da Segurança Social que efectua o pagamento. Mas na grande maioria dos casos, apelando à experiência judiciária, tal conhecimento surgirá no âmbito do processo judicial em que se determinou a intervenção do Fundo. Nesse caso, o Ministério Público e o Tribunal deverão informar o Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, a fim de que este possa apresentar a competente queixa.
- 10 Trata-se de um **crime de perigo abstracto** bastando, tão-somente, que o agente omita qualquer informação relevante, não sendo necessário que se verifique o efectivo empobrecimento do Fundo. Diferentemente do crime de burla, que é um crime de resultado parcial ou cortado, não é necessário que se tenha verificado o enriquecimento efectivo do agente, bastando a mera possibilidade do empobrecimento do Fundo – *vide* a este propósito, A. M. ALMEIDA COSTA, *in* “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo II, Coimbra, 1999, p. 277.
- 11 Condição para sujeição a procedimento criminal pelo crime de burla é que o agente omita factos relevantes para a concessão da prestação de alimentos. Esses factos relevantes podem ser relativos, quer aos requisitos legais para a intervenção do Fundo, quer ao cálculo do respectivo montante.
- 12 Os requisitos da intervenção do Fundo vêm previstos no art. 1.º, da Lei n.º 75/98, de 19.11 e no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 164/99 de 13.5, e são os seguintes: que o obrigado a prestar os alimentos não cumpra essa obrigação pelas formas previstas no art. 189.º do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro (Organização Tutelar de Menores); que o alimentado não tenha rendimento superior ao salário mínimo nacional, nem beneficie nessa medida de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre, sempre que a capitação de rendimentos desse agregado familiar não exceda aquele salário (art. 3.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 164/99 de 13.5).
- 13 Também é um requisito da intervenção do fundo que o menor beneficiário da prestação tenha residência em Portugal, uma vez que o Fundo apenas tem competência para assegurar o pagamento das prestações de alimentos atribuídas a menores residentes em território nacional, nos termos do art. 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 164/99 de 13.5.
- 14 Quanto ao cálculo do montante da prestação, o Tribunal deve atender à capacidade económica do agregado familiar, à prestação de alimentos já fixada e às necessidades do menor. Nos termos do art. 3.º, n.º 3, da Lei n.º 75/98 de 19.11, e art. 4.º do Decreto-Lei n.º 164/99 de 13.5, o juiz deve ordenar a realização de um inquérito sobre as necessidades do menor, podendo solicitar a colaboração dos Centros Regionais de Segurança Social, bem como informações a outros serviços ou entidades. Mas o grande contributo será dado, necessariamente, pelas declarações de quem vai receber a prestação.
- 15 Quem recebe a prestação tem o dever de efectuar a renovação anual da prova de que se mantêm os pressupostos subjacentes à sua atribuição, sem o que a mesma cessa – cfr. art.º 3.º, n.º 6, da Lei 75/98 de 19/11, e 9.º, n.º 4 e n.º 5, do Decreto-Lei n.º 164/99 de 13.5.
- 16 É de realçar ainda o art. 4.º, n.º 1, do mesmo diploma legal, que dispõe que o representante legal do menor, ou a pessoa à guarda de quem se encontre, tem o

dever de comunicar ao Tribunal, ou à entidade responsável pelo pagamento das prestações, a cessação ou qualquer alteração da situação de incumprimento ou da situação do menor.

Assim, preenche o tipo objectivo do crime todo o agente que omita factos relevantes relativos às informações supra referidas, e que, por via disso, leve o Tribunal a decidir pela necessidade e admissibilidade de intervenção do Fundo, bem como o agente que deva fazer a prova anual de que se mantém os pressupostos daquela intervenção, e ainda, o agente que não comunique a cessação ou qualquer alteração da situação de incumprimento, ou da situação do menor. 17

Não preenche o tipo legal em causa o caso em que o obrigado a alimentos se ausenta para o estrangeiro e simplesmente cessa os pagamentos. Se tiver possibilidades de efectuar a prestação de alimentos, deve primeiro efectuar-se a cobrança de alimentos no estrangeiro, nos termos da Convenção Para a Cobrança de Alimentos no Estrangeiro, concluída em Nova Iorque, em 20.6.1956, se a mesma for aplicável. Portugal celebrou, também, com a República Francesa, uma Convenção de Cooperação Judiciária relativa à Protecção de Menores. 18 19

A norma não concretiza quem pode ser o agente deste crime, podendo ser qualquer pessoa, singular ou ainda colectiva, tendo em conta que o art. 11.º, n.º 2 do Código Penal refere expressamente como elegível o crime de burla, designadamente o art. 217.º do mesmo diploma legal. 20

O mais usual será que o agente deste crime seja o representante legal do menor ou pessoa à guarda de quem se encontre, ou o próprio obrigado à prestação, os quais se encontram em posição privilegiada para prestar as informações necessárias. No entanto, nada impede que terceiros possam cometer este crime, designadamente, as entidades a quem foi solicitada a colaboração para realização do inquérito sobre as necessidades do menor. 21

Este crime pode ser cometido por **acção ou omissão**. Comete o crime por acção o agente que mente sobre elementos essenciais e presta falsas informações, e por omissão, o agente que, embora sabendo que deveria prestar determinada informação, simplesmente não a refere. É o caso do agente que sabe que deixou de estar preenchido determinado requisito de intervenção do Fundo e não informa os autos em conformidade. 22

Uma vez que este crime não configura um verdadeiro crime de burla, não nos parece ter aqui aplicação a discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da admissibilidade / inadmissibilidade do cometimento do crime de burla por omissão, modalidade na qual o agente não provoca o engano na vítima, mas limita-se a aproveitar o erro em que esta incorreu (cfr. quanto à temática, entre outros, A. M. ALMEIDA COSTA, in "Comentário Conimbricense do Código Penal", Tomo II, Coimbra, 1999, p. 307 e seguintes). 23

Por fim, veja-se a posição assumida no Ac. TRP de 1.2.2010, proc. n.º 1307/08.4TMPRT. P1, a propósito de situações relacionadas com a fixação de prestação de alimentos ao progenitor não guardião, nos casos em que o mesmo não possui quaisquer condições para cumprir, afirmando-se que não deverá ser fixado quantitativo pelo Tribunal apenas para permitir a intervenção do FGAM. No mesmo sentido veja-se ainda TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, in "Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada", Quid Júris, 2009, pp. 163 e 164. 24

Trata-se de um crime doloso, admitindo qualquer uma das formas de dolo, não havendo lugar à punição no caso de negligência. 25

Aplica-se o regime geral previsto no art. 31.º e seguintes do Código Penal. No entanto, a nosso ver, dificilmente se configura um caso em que a ilicitude da conduta seja excluída. Pode levantar dúvidas o caso do guardião do menor que omite informações 26

- relevantes que determinam a intervenção do Fundo, pelo facto de atravessar dificuldades financeiras graves que coloquem em causa a subsistência do próprio menor. Naturalmente que só caso a caso se poderá verificar o preenchimento dos requisitos previstos no art. 34.º do Código Penal, o que, a nosso ver, dificilmente ocorrerá tendo em atenção as exigências das als. b) e c) da referida norma legal.
- 27 O guardião que se depare com fortes dificuldades económicas deverá tentar socorrer-se das prestações sociais específicas para o efeito, e do auxílio das entidades competentes, e não usufruir de uma prestação social à qual não tem direito, ou que apenas beneficia mediante a utilização de manobras fraudulentas.
- 28 A **tentativa** é punível nos termos dos arts. 23.º, n.º 1 e 217.º, n.º 2 do Código Penal.
- 29 São aplicáveis a este crime as regras gerais da **complicação** (art. 26.º e seguintes do Código Penal). Por exemplo, nada obsta a que exista um acordo dos progenitores para omitir uma informação relevante e desta forma obter ou manter o pagamento da prestação social (co-autoria), da mesma forma que um dos progenitores pode levar o outro a fazê-lo pelos mais diversos meios (instigação).
- 30 Por outro lado, não se exclui a possibilidade de actuação como cúmplice da entidade ou da testemunha que seja chamada a prestar uma informação.
- 31 Pode colocar-se a questão de saber se existe **concurso** aparente com o crime de falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução, previsto pelo art. 360.º do Código Penal. Este concurso de normas é de excluir quando os agentes do crime sejam os interessados directos na intervenção do fundo e principais intervenientes processuais no processo em que foi declarado o incumprimento da pensão de alimentos, designadamente o guardião do menor ou o obrigado à prestação. De facto, assumindo o papel de interessados, não poderão ser considerados testemunhas, para os efeitos desta norma. Nem tão pouco poderão ser considerados partes para os efeitos do disposto no art. 359.º do Código Penal, pois aquele preceito refere-se ao depoimento de parte, figura específica do processo civil que visa a obtenção de prova através da confissão das partes (art. 522.º do Código de Processo Penal), o que não tem aplicação no caso que tratamos.
- 32 Já assim não será no caso de se tratar de uma testemunha chamada ao processo para prestar determinada informação. Neste caso nada exclui a existência de concurso com o crime previsto no art. 360.º do Código Penal.
- 33 Poderá ainda existir concurso real com o crime de falsificação de documento, previsto pelo art. 256.º do Código Penal.
- 34 Com a técnica legislativa utilizada, dúvidas não restam de que as **consequências jurídico-criminais** que sancionam este ilícito são as que estão previstas para o crime de burla no Código Penal.
- 35 Questão diversa é a de saber se haverá lugar à qualificativa do art. 218.º, do Código Penal. Atente-se que, tal como defendemos, a remissão operada, em bloco, poderá permitir essa conclusão interpretativa. Cremos que, a ser assim, naturalmente que atentas as especificidades próprias do tipo objectivo deste crime, apenas serão aplicáveis as agravativas previstas no n.º 1, do art. 218.º (valor elevado) e, bem assim, as do n.º 2, nas als. a) e b) (valor consideravelmente elevado e o modo de vida na prática da burla).
- 36 Pelas mesmas razões já consignadas, cremos que é de aplicar, também aqui, as regras contidas nos arts. 217.º, n.º 4 e 206.º, do Código Penal, isto é, a extinção da responsabilidade criminal e, bem assim, a atenuação especial da pena, preenchidos que estejam os requisitos elencados nos respectivos regimes legais.

Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro, que aprova o regime de protecção de crianças e jovens em perigo (Artigo 90.º)

Artigo 90.º

Comunicação social

1. Os órgãos de comunicação social, sempre que divulguem situações de crianças e jovens em perigo, não podem identificar, nem transmitir elementos, sons ou imagens que permitam a sua identificação, sob pena de os seus agentes incorrerem na prática de crime de desobediência.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, os órgãos de comunicação social podem relatar o conteúdo dos actos públicos do processo judicial de promoção e protecção.

3. Sempre que tal seja solicitado e sem prejuízo do disposto no n.º 1, o presidente da comissão de protecção ou o juiz do processo informam os órgãos de comunicação social sobre os factos, decisão e circunstâncias necessárias para a sua correcta compreensão.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 9)

O bem jurídico (anotações 10 a 12)

O tipo objectivo (anotações 13 a 36)

O tipo subjectivo (anotação 37)

A causa de justificação (anotações 38 a 44)

A participação (anotação 45)

O concurso (anotações 46 e 47)

A pena (anotação 48)

Trata-se de uma norma verdadeiramente inovadora, introduzida em 1999, na 1
legislação sobre menores em perigo aquando da profunda reforma levada a cabo
com a Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP).

E que, a nosso ver, tem como fundamento legitimador a norma contida no art. 69.º, 2
n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que estabelece que “as crianças têm
direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento
integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e
de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais
instituições”.

No plano internacional veja-se todo o conteúdo da Declaração dos Direitos da 3
Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia-geral das Nações Unidas 1386
(XVI), de 20.11.1959.

Vejam-se ainda as normas constantes do Código Civil que regulam e tutelam os 4
direitos de personalidade, designadamente os arts. 79.º e 80.º

Sucedem que os menores carecem de capacidade para o exercício dos direitos (arts. 5
123.º e 139.º do Código Civil). Deste modo, e num primeiro momento, não existindo
regime específico, também os direitos de personalidade terão de ser exercidos pelos
seus representantes dos incapazes.

Porém, o carácter pessoal dos direitos de personalidade suscitam dúvidas sobre 6
a extensão do poder dos representantes decidir sobre tais vertentes. Com efeito,
refere MENEZES CORDEIRO que “Uma regra geral de incapacidade é, ainda,
inaplicável ao exercício de muitos outros direitos, com relevo para os direitos de
personalidade e os direitos fundamentais. (...) Ninguém pode dispor dos seus (do

menor) direitos à vida ou integridade pessoal, invocando representação legal (...)” (in “Tratado de Direito Civil”, Tomo I, p. 446).

- 7 No mesmo sentido, GUILHERME DE OLIVEIRA, in “O acesso dos menores aos cuidados de saúde”, RLJ, Ano 132, Maio de 1999, p. 16 e ss., refere que “à medida que os menores vão crescendo, a intervenção protectora dos pais vai-se tornando desnecessária e, portanto, os poderes dos pais vão-se restringindo ao estritamente necessário.” Este autor refere depois vários casos que denomina “maioridades especiais”, referindo-se a casos em que, antes da maioridade geral, a vontade dos menores é considerada pela Lei: art. 1886.º, 1901.º, n.º 2; 1981.º, 1, al.ª a); 1931.º, n.º 2, do Código Civil.
- 8 ANDRÉ GONÇALVES DIAS PEREIRA também refere, citando Jens Kuhlmann, que “objectos do consentimento como a honra, a saúde e a vida são, no seu fundamento, de uma qualidade diferente relativamente às declarações de vontade referentes a direitos patrimoniais” (in “Comemorações dos 35 anos do Código Civil”, Vol. II, Coimbra Editora, 2006, p. 200). O autor refere a necessidade de autonomizar uma capacidade de consentir diferente da capacidade de exercício.
- 9 O fundamento legal reside numa interpretação restritiva do art. 123.º do Código Civil, conforme com a Constituição, face ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade (André Gonçalves Pereira, *op. cit.*, pp. 218 e 219).
- 10 Assim, estamos em condições de afirmar que a presente norma penal foi criada com a inegável preocupação de se evitar a exposição mediática, de grande repercussão, de situações de vida reais, naturalmente com interesse jornalístico, que envolvam, como vítimas ou protagonistas, crianças e jovens em perigo. Pretendeu o legislador a sua protecção quanto a uma exibição gratuita, muitas das vezes nefasta nos resultados que provoca para o seu desenvolvimento futuro, o qual, à partida, já sofreu atentados que determinam a sua promoção e protecção estatal.
- 11 Deste modo, cremos que os interesses aqui tutelados estão, naturalmente, direccionados para a protecção da privacidade das crianças ou jovens, visando-se com isso não hipotecar para o futuro o seu livre e normal desenvolvimento.
- 12 A privacidade é, pois, pensada nas vertentes do direito à reserva da sua intimidade, imagem e identidade. Veja-se que estes objectivos estão consagrados na própria lei de promoção e protecção como critério orientador da intervenção (art. 4.º, al.ª b).
- 13 O ilícito penal constante da norma enuncia, desde logo, que a conduta típica – a proibição de identificar ou, mediante divulgação de elementos, sons ou imagens, permitir o conhecimento da identidade de crianças ou jovens em perigo – só assim se assume como quando é levada a cabo por órgãos de comunicação social. Assim e antes de avançarmos, cremos que se justifica estabilizar a definição em causa.
- 14 “A comunicação social realiza-se na pluralidade de meios que, em determinado momento histórico, a comunidade é capaz de fornecer para a difusão dos diferentes fluxos informacionais e que visa, tem por específica finalidade, atingir com essa informação um conjunto alargado ou maciço de pessoas” – (JOSÉ DE FARIA E COSTA, in “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, I, Coimbra Editora, pp. 641/642, em anotação ao crime de publicidade e calúnia).
- 15 Até recentemente, livros, jornais, revistas, rádios e televisão constituíam os meios de comunicação social usuais e frequentemente utilizados para a dita caracterização de comunicação de massa. Hoje em dia, a estes há que acrescentar todo o fenómeno da rede virtual, a internet, e com ela, os denominados espaços comunicacionais na blogosfera, mediante fóruns de mensagens escritas, de transferência de imagens e de vídeo, etc. É, também, nesta realidade que a actuação típica, penalmente relevante, se pode desenvolver.

- O objecto da acção é a divulgação da sua identidade ou a de elementos, sons ou imagens da criança ou jovem em perigo que permita, através daqueles, a revelação da sua identidade pessoal. 16
- “Criança ou jovem” encerra um conceito jurídico que tem de ser concretizado, sendo que, de acordo com o art. 5.º, al.ª a), da LPCJP, é a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção ao nível da promoção e protecção, a qual foi iniciada antes de atingir os 18 anos. 17
- “Em perigo” constitui uma outra definição normativa que também tem de ser materializada. Assim, do texto da lei, considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações: 18
- a) Está abandonada ou vive entregue a si própria; b) Sofre maus-tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais; c) Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal; d) É obrigada a actividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento; e) Está sujeita, de forma directa ou indirecta, a comportamentos que afectem gravemente a sua segurança ou o seu equilíbrio emocional; f) Assume comportamentos ou se entrega a actividades ou consumos que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação (art. 3.º, n.º 2). 19
- Quanto à tipologia das situações de perigo atente-se na informação disponibilizada pela Comissão Nacional de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, disponível em http://www.cnpcejr.pt/preview_documentos.asp?r=435&m=PDF. 20
- Para além disso, só será criança ou jovem em perigo para efeitos de preenchimento da tipicidade objectiva deste ilícito, caso a mesma resida ou se encontre em território nacional (art. 2.º). A este propósito e na economia da anotação, aqui se deixa consignado que o Decreto-Lei n.º 67/2004 de 20.3 (alvo de regulamentação pela Portaria n.º 995/2004, de 9.8) criou um registo nacional de menores estrangeiros que se encontrem em situação irregular em território nacional. 21
- Quanto a esta temática, veja-se o Ac. do TRP de 27.02.2007, proc. 0720409, onde se concluiu que: “os tribunais portugueses são internacionalmente competentes para as acções de promoção e protecção de menores estrangeiros e aplicação das previstas medidas, se aqueles se encontrarem à data da instauração dos processos em Portugal e tendo os factos que conduziram à intervenção das autoridades ocorrido igualmente no nosso país”. 22
- Em sentido inverso, ainda que respeitante a uma situação de adopção, veja-se o Ac. do TRL de 6.10.2009, proc. 8215/07.4TMSNT.L1-1. 23
- Atente-se ainda no Ac. do TRC de 22.5.2007, proc. 289/07.4TBVNO.C1: “A LPCJP e bem assim o art. 1918.º Código Civil, ao usarem o vocábulo perigo querem referir-se a uma situação de completa e grave ausência de condições que possibilitem ao menor um desenvolvimento são e harmonioso nos domínios físico, intelectual, moral e social. O conceito de perigo deve ser entendido como o risco actual ou iminente para a segurança, saúde, formação moral, educação e desenvolvimento do menor.” 24
- Atente-se ainda na posição de TOMÉ D’ ALMEIDA RAMIÃO, in “Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada e Comentada”, 5.ª Edição, p. 152, mencionando que “o presente normativo reporta-se à divulgação de situações de crianças e jovens objecto de processo de promoção e protecção e, independentemente de qualquer processo pendente, de todas as situações de crianças ou jovens em perigo que os órgãos de comunicação social que tenham conhecimento, a fim de permitir a protecção da criança ou jovem”.

- 25 Há, pois, que tomar posição sobre se este ilícito protege ainda todas as crianças e jovens em perigo, ainda que não tenha sido instaurado processo de promoção e protecção. Apesar de entendermos que, no plano dos princípios, seria esse o regime desejável em termos de tutela do bem jurídico, com o devido respeito, discordamos. Ou seja, temos para nós que, em nome do princípio da legalidade, só se poderá falar no preenchimento deste ilícito quando existir previamente processo de promoção e protecção. Digamos que a especial censura que a norma penal criada visa é, antes de mais, salvaguardada pelo reconhecimento prévio das Autoridades Judiciais quanto à concreta verificação de uma situação de perigo.
- 26 Esta nossa posição não prejudica, claro está, o eventual preenchimento de outros crimes relacionados com a obtenção, sem consentimento, de imagens ou sons que determinem o reconhecimento da identidade das crianças ou jovens, ainda que, aí, a natureza semi-pública desses ilícitos implicará, sempre, que os respectivos representantes legais accionem o direito de queixa.
- 27 Detenhamo-nos agora sobre as modalidades de actuação típicas. O legislador sanciona a divulgação da identidade ou de elementos, sons e imagens que permitam alcançar a identidade da criança ou jovem em perigo.
- 28 Não oferece particulares dificuldades interpretativas. Divulgar a identidade é simplesmente dar a conhecer, por qualquer meio, quem é a particular criança ou jovem que se encontra naquela condição jurídica consubstanciada na verificação de uma situação de perigo e que justifica a intervenção estatal no âmbito da sua promoção e protecção. Trata-se de uma forma livre de cometimento do ilícito, exigindo-se que essa divulgação ocorra por intermédio de órgão de comunicação social.
- 29 Por sua vez, transmitir elementos, sons ou imagens que permitam a descoberta da identidade, passa por dar a conhecer, não o nome, mas antes elementos inequívocos que, dentro da comunidade em que a criança ou o jovem se inserem, permitirão, dentro de um quadro de normalidade aceitável, a descoberta da sua identidade. A transmissão de sons e imagens prefigura-se como forma de actuação que mais facilmente atingirá o desiderato que a norma visa impedir.
- 30 Trata-se, pois, por confronto com o bem jurídico enunciado, de um crime de dano. Aliás, nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in* “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, I, Coimbra Editora, p. 733, estamos na presença de um “delito de indiscrição”. Isto porque, continua, “o desvalor de resultado avulta a imposição arbitrária de pessoas não legitimadas a tomar conhecimento de eventos, dados ou experiências objectivamente pertinentes à privacidade ou intimidade. Do lado do desvalor de acção sobreleva a frustração ou ultrapassagem de barreiras físicas ou psicológicas”.
- 31 Constitui um crime de natureza específico próprio ou puro, porquanto exige que os seus autores sejam os órgãos de comunicação social e os seus agentes. É a qualidade especial do autor ou o dever que sobre ele impende que fundamenta a responsabilidade.
- 32 É ainda um crime de resultado quanto às condutas típicas porquanto pressupõe a realização de um evento como consequência da conduta dos seus agentes.
- 33 Nesta parte, há pois que chamar à colação a responsabilização penal contida na Lei n.º 2/99, de 13.1 (a denominada Lei de imprensa), no seu art. 31.º Ou seja, sendo o ilícito cometido através da imprensa e não tendo a norma em anotação (ou mesmo o diploma onde se insere) criado qualquer regime de excepção, dúvidas não restam de que se terá que aplicar o regime previsto na lei de imprensa quanto à delimitação da autoria e co-autoria do crime. Remete-se, quanto à análise da questão, para a anotação da Lei de imprensa.

Após a reforma penal de 2007, não nos restam quaisquer dúvidas, que as pessoas colectivas são, nos termos dos arts. 11.º e 12.º, do Código Penal, responsáveis criminalmente pela prática do crime aqui em anotação. Atente-se que o crime de desobediência é um daqueles que o legislador expressamente consagrou no n.º 2, do art.º 11, do Código Penal. 34

Duas breves referências aos n.ºs 2 e 3 da norma em questão. Como seria expectável, a proibição penal contida no n.º 1, direccionado à comunicação social, tenderia a suscitar polémica interpretativa no conflito do bem jurídico tutelado pela norma e pelo direito de liberdade de imprensa também ele consagrado constitucionalmente. Nesta dialéctica, o legislador, a nosso ver bem, consagrou limites da própria liberdade de informar face à protecção da privacidade dos sujeitos envolvidos no processo de promoção e protecção. Inclusive, dando margem de abertura ao diálogo com a comunicação social por parte da Comissão de Protecção e do Juiz do processo, numa clara disponibilidade para o cabal exercício de informar. 35

Claro está que, apesar da permissão quanto à informação a divulgar por parte da comunicação social, ainda assim, é sempre inatingível qualquer elemento que permita a identificação da criança ou jovem. 36

O crime apenas é susceptível de ser punido quando praticado a título doloso. 37

Neste campo dúvidas não restam que é susceptível pensarmos no **consentimento** para a divulgação (art. 38.º, do Código Penal). E, nos termos gerais, a capacidade de exercício do direito pertence a quem tiver mais de 16 anos (art. 38.º, n.º 4). 38

Cremos que o consentimento válido e relevante como causa de justificação deste ilícito tem de ser analisado em vertentes perfeitamente distintas.

Será quanto a nós eficaz se o próprio protegido assim o assentir, desde que, claro está, possua o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta (2.ª parte do n.º 4, do art. 38.º). 39

Já assim não sucederá quando o visado seja menor de 16 anos e os representantes legais prestarem eles próprios o respectivo consentimento. E as razões para essa nossa posição fundam-se na natureza e nos pressupostos de intervenção da própria promoção e protecção. A intervenção estatal é sempre dirigida com um objectivo que transcorre todo o processo de promoção – o superior interesse da criança ou jovem. E o perigo que justifica a intervenção tem como fonte os próprios progenitores. Que validade terá essa sua vontade na perspectiva do interesse do menor visado. Cremos que esta nossa interpretação é a que é mais consentânea com a interpretação do art. 38.º, n.º 1, do Código Penal. Ou seja, para nós, o superior interesse da criança ou jovem não é livremente disponível e, caso sejam os representantes legais a fonte do perigo, cremos que qualquer consentimento por si prestado é profundamente atentatório dos bons costumes. 40

No campo do conflito de direitos, já acima tivemos oportunidade de adiantar que, mesmo o direito fundamental da liberdade de imprensa não é minimamente afectado pela proibição penal contida na norma. E a esse propósito veja-se a referência jurisprudencial proveniente do TRL, em Ac. de 04.3.2009, proc. 9989/08. 41

No mesmo sentido, veja-se ainda o parecer do Ministério Público junto do TRL, constante do proc. 3848/01, de 26.3.2001 (<http://www.pgdlisboa.pt/pgdl>). 42

Não cremos, por fim, que pelos motivos que fizemos constar das anotações anteriores, que faça sentido operar como causa de justificação a notoriedade e o alegado interesse público na divulgação do facto, tal como é previsto no art. 79.º, n.º 2, do Código Civil. 43

Uma última referência, no seguimento das anotações que antecedem. Com a prática deste crime poderá sobrevir a eventual responsabilidade civil. Ora, em casos em que exista autorização por parte dos progenitores para a divulgação, 44

ou mesmo nos casos em que sejam eles a fonte do perigo que justificou a intervenção, ou mesmo nas situações em que estejam inibidos ou limitados no exercício das suas responsabilidades parentais, competirá, nos termos gerais, ao Ministério Público intentar o respectivo pedido de indemnização civil, fazendo apelo à sua representação “ad causam”, tudo de acordo com o disposto no art. 76.º, n.º 3, do Código do Processo Penal e, bem assim, nas suas regras estatutárias.

- 45 Dada a natureza do crime não é operante a **comunicabilidade** prevista no art. 28.º, do Código Penal.
- 46 Perspectiva-se, pois, o **concurso** de normas com o crime de devassa da vida privada, previsto e punido pelo art. n.º 192.º, n.º 1, als. a), b) e d), do Código Penal, quando se verificar o elemento especial da ilicitude consubstanciado na intenção de devassar a vida privada das crianças ou jovens alvo da actuação. Claro está que, tratando-se de bens jurídicos similares, será a aplicabilidade deste último porquanto a pena cominada é mais gravosa.
- 47 O mesmo se diga quanto ao crime de gravações e fotografias ilícitas, previsto e punido pelo artigo n.º 199.º, do Código Penal, quando na modalidade típica de exposição de sons ou imagens.
- 48 Com a agravação prevista na Lei de imprensa (art. 30.º, n.º 2, da Lei 2/99), a **pena** cominada pelo crime de desobediência simples (art. 348.º, n.º 1, do Código Penal) será agravada num terço nos seus limites mínimo e máximo. A sanção acessória de publicidade da sentença condenatória será ainda de aplicar fazendo apelo ao disposto no art. 34.º, da Lei n.º 2/99.

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO CARMO

Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro, que aprova a Lei Tutelar Educativa (Artigo 97.º)

Artigo 97.º

Restrições e exclusão da publicidade

1. O juiz, oficiosamente ou a requerimento, pode restringir, por despacho fundamentado, a assistência do público ou determinar que a audiência preliminar decorra com exclusão da publicidade, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o normal funcionamento do tribunal.

2. A restrição ou exclusão da publicidade destinada a garantir o normal funcionamento do tribunal compreende os casos em que a presença do público é susceptível de afectar psíquica ou psicologicamente o menor ou a genuidade das provas.

3. O juiz, oficiosamente ou a requerimento, pode determinar, por despacho fundamentado, que a comunicação social, sob cominação de desobediência, não proceda à narração ou à reprodução de certos actos ou peças do processo nem divulgue a identidade do menor.

4. A leitura da decisão é sempre pública.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 8)

O bem jurídico (anotações 9 a 15)

O tipo objectivo (anotações 16 a 36)

O tipo subjectivo (anotação 37)

As causas de justificação (anotação 38)

A participação (anotação 39)

O concurso (anotações 40 e 41)

A pena (anotação 42)

Trata-se de uma norma verdadeiramente inovadora, introduzida em 1999, na 1
legislação sobre menores aquando da profunda reforma levada a cabo com a Lei Tutelar Educativa (LTE).

Com efeito, a Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27.10), 2
apesar de consagrar a regra do segredo quanto à instrução dos processos tutelares não previa nenhuma sanção penal para a divulgação do seu conteúdo.

Trata-se, a nosso ver, de mais uma compatibilização do regime legal instituído 3
com a LTE com os preceitos do Código de Processo Penal, aliás, na esteira daquilo que foi pacificamente afirmado como sendo o “Código Penal dos Menores”. Veja-se, pois, quanto às semelhanças, o disposto nos arts. 88.º e 321.º, do Código de Processo Penal.

A presente incriminação tem como fundamento legitimador a norma contida 4
no art. 69.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que estabelece que “as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”.

No plano internacional veja-se todo o conteúdo da Declaração dos Direitos da 5
Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia-geral das Nações Unidas 1386 (XVI), de 20.11.1959. E, do mesmo modo, a Convenção dos Direitos da Criança quando estabelece que o menor tem direito a ver plenamente respeitada a sua vida privada em todos os momentos do processo (art. 40.º, n.º 2, al.ª b) vii)).

Vejam-se ainda as normas constantes do Código Civil que regulam e tutelam os 6
direitos de personalidade, designadamente os arts. 79.º e 80.º

- 7 Em termos de comparação com o regime que foi instituído na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), aqui a reacção penal é mais alargada, isto é, não restringe apenas a divulgação da identidade do menor, mas também determinadas peças processuais constantes do processo tutelar educativo (remete-se para as anotações ao art. 90.º daquele diploma legal).
- 8 Na vertente da consagração da regra da publicidade das audiências dos Tribunais a presente norma consagra o regime constitucional contido no art. 206.º, da Constituição da República Portuguesa e o art. 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Não se trata, no entanto, de um princípio absoluto porquanto o respeito pela dignidade das pessoas e a moral pública, tal como a própria Lei Fundamental determina.
- 9 À semelhança do regime legal contido na LPCJP, também a presente norma penal foi criada com a inegável preocupação de se evitar a exposição mediática, de grande repercussão, de situações de vida reais, naturalmente com interesse jornalístico, que envolvam, como vítimas ou protagonistas, crianças e jovens que, muitas das vezes, apesar de se encontrarem em situação de perigo para o seu próprio desenvolvimento, praticam factos tipificados pela lei penal como crime.
- 10 Pretendeu o legislador a sua protecção quanto a uma exibição gratuita, muitas das vezes nefasta nos resultados que provoca para o seu desenvolvimento futuro. É que, apesar da resposta estatal ser a de penalização para os jovens através de medidas tutelares, ainda assim, o principal objectivo da LTE é a educação para o direito e a sua inserção de forma digna e responsável na vida em comunidade (art. 2.º, n.º 1).
- 11 De igual modo, e face à natureza do regime, naturalmente, que a tutela penal visa igualmente alcançar todos aqueles que foram vítimas dos factos praticados pelo menor. Muitas das vezes, também eles, incapazes do ponto de vista da idade.
- 12 A **privacidade** é, pois, pensada nas vertentes do direito à reserva da sua intimidade, imagem e identidade. E nessa perspectiva, dúvidas não temos que é a privacidade do menor o bem jurídico fundamental que aqui se visa tutelar. Veja-se que estes objectivos estão consagrados na LPCJP critério orientador da intervenção (art. 4.º, al.^a b). Na LTE podemos encontrar eco destas preocupações no art. 41.º, n.º 2 quando se determina que “a publicidade do processo faz-se com respeito pela personalidade do menor e pela sua vida privada, devendo, na medida do possível, preservar a sua identidade”. Comparativamente, no entanto, não resulta a expressa proibição da divulgação da sua identidade, nem dos elementos que possam determinar a identificação do menor tal como é previsto na LPCJP.
- 13 Não cremos que se vise de forma directa a tutela do segredo de justiça. Com efeito, o processo tutelar é, por imposição legal, vinculado ao secretismo. Porém, essa natureza perdura, tão só, até ao momento em que o Tribunal designa data para a realização da audiência preliminar (art. 93.º, n.º 1, al.^a c)) ou para a audiência de julgamento (arts. 41.º, n.º 1 e 116.º, n.º 1). A partir desses momentos vigora a regra da publicidade mas sempre com respeito pela personalidade do menor e pela sua vida privada.
- 14 Sistemáticamente a norma em anotação inclui-se na fase jurisdicional, tratando-se pois de uma excepção imposta pelo Tribunal quanto ao regime regra da publicidade naquela fase processual.
- 15 A natureza do ilícito, eleito como desobediência permite ainda sustentar que o legislador pretendeu tutelar a autonomia funcional do Estado na vertente da realização da administração da justiça tutelar.
- 16 O ilícito penal constante da norma enuncia, desde logo, que as condutas típicas se situam no impedimento de narrar ou reproduzir actos ou peças processuais e, por outro lado, na divulgação da identidade do menor. Cremos que, à semelhança

daquilo que se passa na LPCJP, também aqui a proibição de identificar implica que a proibição se estenda à divulgação de quaisquer elementos, sons ou imagens, que permitam o conhecimento da identidade de crianças ou jovens alvo do processo tutelar educativo.

Por outro lado, é significativo assinalar que a presente norma penal apenas se dirige aos órgãos de comunicação social. “A comunicação social realiza-se na pluralidade de meios que, em determinado momento histórico, a comunidade é capaz de fornecer para a difusão dos diferentes fluxos informacionais e que visa, tem por específica finalidade, atingir com essa informação um conjunto alargado ou maciço de pessoas” – (JOSÉ DE FARIA E COSTA, *in* “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, I, Coimbra Editora, pp. 641/642).

No mais, e no que concerne à estabilização da definição de comunicação social, remetemos para as anotações constantes do art. 90.º, da LPCJP.

O objecto da acção é a divulgação da sua identidade ou a de elementos, sons ou imagens da criança ou jovem em perigo que permita, através daqueles, a revelação da sua identidade pessoal.

“Menor” para efeitos de LTE é todo aquele jovem com idade compreendida que entre os 12 e os 16 anos tenha praticado facto qualificado por lei como crime (art. 1.º).

A verificação do ilícito pressupõe a existência de decisão judicial que, de forma fundamentada, dirija uma ordem à comunicação social devidamente cominada com a prática do crime de desobediência. Nas palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *in* “Comentário do Código de Processo Penal”, Católica Editora, 2.ª edição, pág. 248, trata-se de um caso de incriminação em caso de violação de uma proibição judicial especial de actividade dos jornalistas”.

Naturalmente que, à semelhança de qualquer outra desobediência, a ordem terá que ser legal, devidamente concretizada, e a sua fundamentação terá que fazer alusão à salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou ainda para a garantia do normal funcionamento do Tribunal. Do mesmo modo a restrição da publicidade por parte da comunicação social poderá ainda ser fundada em elementos que possam colocar em causa a dignidade do menor nas vertentes da sua saúde psíquica ou psicológica. Entendemos que a decisão de restrição poderá ainda estender-se aos demais sujeitos processuais, designadamente o ofendido e/ou vítima dos factos (veja-se o disposto no art. 88.º, n.º 2, c), do Código de Processo Penal).

A ordem deverá ser concretizada com a identificação das peças e ou dos actos processuais e nunca de forma genérica, pois, a ser assim, a ordem não possuirá as características legais que permitam sustentar a bondade da proibição que é imposta.

A não fundamentação da decisão judicial ou a fundamentação por pressupostos diversos daqueles que constam da LTE determina a sua ilegitimidade quanto à ordem que é dirigida e é cominada com nulidade insanável (arts. 122.º e 321.º, n.º 1, do Código de Processo Penal aplicáveis subsidiariamente do art. 128.º, n.º 1, da LTE).

A decisão deve ser, sempre que possível, precedida do exercício do contraditório (art. 321.º, n.º 3, do Código de Processo Penal “ex vi” do art. 128.º, n.º 1, da LTE).

A determinação judicial de exclusão da publicidade deve constar da acta de audiência (art. 114.º, al.ª f), da LTE).

Divulgar a identidade é simplesmente dar a conhecer, por qualquer meio, quem é a particular criança ou jovem que se encontra naquela condição jurídica consubstanciada na verificação da situação de facto e que justifica a intervenção estatal no âmbito da sua educação para o direito.

- 28 Desobedecer reconduz-se a uma qualquer forma de cometimento do ilícito, exigindo-se que essa divulgação ocorra por intermédio de órgão de comunicação social.
- 29 Por sua vez, transmitir elementos, sons ou imagens que permitam a descoberta da identidade, passa por dar a conhecer, não o nome, mas antes elementos inequívocos que, dentro da comunidade em que a criança ou o jovem se inserem, permitirão, dentro de um quadro de normalidade aceitável, a descoberta da sua identidade. A transmissão de sons e imagens prefiguram-se como formas de actuação que mais facilmente atingirão o desiderato que a norma visa impedir.
- 30 Trata-se, pois, por confronto com o bem jurídico enunciado, de um **crime de dano**. Aliás, nas palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in* “Comentário Conimbricense ao Código Penal”, I, Coimbra Editora, p. 733, estamos na presença de um “delito de indiscrição”. Isto porque, continua, “o desvalor de resultado avulta a imposição arbitrária de pessoas não legitimadas a tomar conhecimento de eventos, dados ou experiências objectivamente pertinentes à privacidade ou intimidade. Do lado do desvalor de acção sobreleva a frustração ou ultrapassagem de barreiras físicas ou psicológicas”.
- 31 Constitui um **crime específico próprio ou puro**, porquanto exige que os seus autores sejam os órgãos de comunicação social e os seus agentes. É a qualidade especial do autor ou o dever que sobre ele impende que fundamenta a responsabilidade.
- 32 Nesta parte, há pois que chamar à colação a responsabilização penal contida na Lei n.º 2/99, de 13.1 (a denominada Lei de imprensa), no seu art. 31.º Ou seja, sendo o ilícito cometido através da imprensa e não tendo a norma em anotação (ou mesmo o diploma onde se insere) criado qualquer regime de excepção, dúvidas não restam de que se terá que aplicar o regime previsto na lei de imprensa quanto à delimitação da autoria e co-autoria do crime. Remete-se, quanto à análise da questão, para a anotação da Lei de imprensa.
- 33 Após a reforma penal de 2007, não nos restam quaisquer dúvidas, que as **pessoas colectivas** são, nos termos dos arts. 11.º e 12.º, do Código Penal, responsáveis criminalmente pela prática do crime aqui em anotação. Atente-se que o crime de desobediência é um daqueles que o legislador expressamente consagrou no n.º 2, do art.º 11, do Código Penal.
- 34 A proibição penal, direccionada à comunicação social, é susceptível de suscitar polémica interpretativa no conflito do bem jurídico tutelado pela norma e pelo direito de liberdade de imprensa também ele consagrado constitucionalmente. Daí a necessidade da ordem ser devidamente fundamentada para que se possa sindicar a bondade da mesma pelo respeito dos direitos em confronto.
- 35 Apesar da norma em anotação prever que a leitura da decisão é sempre pública (n.º 4), caso exista a ordem anterior de proibição de divulgação, ela mantém-se quanto aos elementos em que foi determinada a restrição da publicidade (neste sentido veja-se TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *in* “Lei Tutelar Educativa Anotada e Comentada” Quid Júris, 2.ª Ed., pag. 146).
- 36 Poderá ainda suceder que a ordem seja temporalmente fixada para a fase de inquérito, caso assim seja requerido ao Tribunal. Atente-se que só dessa forma se poderá tutelar o regime do segredo contido no art. 41.º, porquanto não é aqui aplicável o disposto no art. 371.º, do Código Penal, uma vez que a violação do segredo de justiça previsto nesta última norma apenas está pensado para o processo penal, contra-ordenacional e disciplinar.
- 37 O crime apenas é susceptível de ser punido quando praticado a título doloso. Isto é, terá que se demonstrar o conhecimento da ordem emanada pelo Tribunal e a sua divulgação, sendo certo que basta que o agente tenha consciência de que a publicação é proibida e, apesar disso, a concretize. Claro que o dolo eventual

também permite a afirmação da imputação subjectiva (veja-se o Ac. da RL de 27.3.2007, proc. n.º 10502/2006-5).

Não cremos que seja possível relevar o consentimento, uma vez que a ordem é de natureza judicial e a sua fundamentação terá que ter tido em linha de conta esse especial aspecto. 38

Dada a natureza do crime não é operante a **comunicabilidade** prevista no art. 28.º, do Código Penal. 39

Perspectiva-se, pois, o **concurso** de normas com o crime de devassa da vida privada, previsto e punido pelo art. n.º 192.º, n.º 1, als. a), b) e d), do Código Penal, quando se verificar o elemento especial da ilicitude consubstanciado na intenção de devassar a vida privada das crianças ou jovens alvo da actuação. Claro está que, tratando-se de bens jurídicos similares, será a aplicabilidade deste último porquanto a pena cominada é mais gravosa. 40

O mesmo se diga quanto ao crime de gravações e fotografias ilícitas, previsto e punido pelo artigo n.º 199.º, do Código Penal, quando na modalidade típica de exposição de sons ou imagens. 41

Com a agravação prevista na Lei de imprensa (art. 30.º, n.º 2, da Lei 2/99), a **pena** cominada pelo crime de desobediência simples (art. 348.º, n.º 1, do Código Penal) será agravada num terço nos seus limites mínimo e máximo. A sanção acessória de publicidade da sentença condenatória será ainda de aplicar fazendo apelo ao disposto no art. 34.º, da Lei n.º 2/99. 42

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO CARMO

TÍTULO VII

**DIREITOS
E DEVERES CULTURAIS**

CAPÍTULO I

Fruição e Criação Cultural

Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro, sobre o património cultural (Artigos 100.º a 103.º)

CAPÍTULO I

Da tutela penal

Artigo 100.º

Infracções criminais previstas no Código Penal

Aos crimes praticados contra bens culturais aplicam-se as disposições previstas no Código Penal, com as especialidades constantes da presente lei.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 47)

O bem jurídico (anotações 48 a 50)

O conceito de bem cultural (anotações 51 a 55)

Os crimes praticados contra bens culturais previstos no Código Penal (anotações 56 a 60)

Os instrumentos jurídicos internacionais subscritos por Portugal após a entrada em vigor da LPC (anotações 61 a 63)

A legislação complementar (anotação 64)

A legislação de desenvolvimento (anotações 65 a 69)

A legislação conexa (anotações 70 a 81)

A **fonte** da disposição implica que se atente na história e na evolução legislativa da tutela penal dos bens culturais à luz das demais tutelas que com a mesma se harmonizam e se relacionam directamente, o que equivale a dizer que a temática que nos ocupa tem raízes legais em fontes diversas, ou seja, em fontes de direito internacional e comunitário e em fontes de direito interno, Constituição e legislação ordinária (própria e conexa). 1

A tutela constitucional do património cultural, encontra-se plasmada nos artigos 9.º, al.^a e), 52.º, 62.º, 66.º, n.ºs 1 e 2, al.^a c), 73.º e 78.º, n.ºs 1 e 2, al.^a c), 84.º e 165.º, n.º 1, al.^a g), da Constituição da República Portuguesa, marcando, assim, presença, desde logo, em sede dos princípios fundamentais, mas também na Constituição do Indivíduo, na Constituição da Sociedade e na Constituição do Estado, sendo que tal conjunto de normas fazem parte da denominada Constituição Cultural (para maiores desenvolvimentos, ver Relatório Intercalar da Comissão Encarregada de Elaborar a Nova Lei de Bases do Património Cultural, Ministério da Cultura, Lisboa, 1998, pp. 54-76); JOSÉ CASALTA NABAIS, Introdução ao Direito do Património Cultural, Coimbra, Almedina, 2004, p. 89; JORGE MIRANDA, O Património Cultural e a Constituição – tópicos, *in* Direito do Património Cultural, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 259; CARLA AMADO GOMES, Textos Dispersos de Direito do Património Cultural e de Direito do Urbanismo, O património cultural na Constituição, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008, pp. 7-49). 2

A Lei n.º 107/01, de 8.9, no que concerne à tutela internacional do património cultural, é enformada pelos princípios consignados em diversas convenções internacionais, uma vez que o legislador na sua elaboração teve em conta os diversos textos jurídicos internacionais existentes no domínio da tutela do património cultural 3

inscritos em instrumentos que Portugal subscreveu e que passaram a vigorar no ordenamento jurídico interno.

- 4 No que concerne ao Direito Internacional Convencional, Portugal é parte, por um lado, de uma convenção bilateral, a Concordata de Portugal com a Santa Sé e, por outro lado, de diversas convenções multilaterais, umas de carácter universal, caso das patrocinadas, por exemplo, pela UNESCO, outras de carácter mais regional, como as patrocinadas pelo Conselho da Europa.
- 5 A Concordata de Portugal com a Santa Sé de 1940 abarcava também matérias respeitantes ao património cultural, nomeadamente nos artigos VI, VII e VIII, no entanto, veio a ser substituída pela Concordata de 2004 (que foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 74/2004, de 30.9, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 80/2004, de 3.11), a qual no domínio do património cultural, manteve, no essencial, nos seus artigos 22.º, 23.º, 24.º e 26.º, as soluções da Concordata de 1940.
- 6 No âmbito da UNESCO, há a destacar a Convenção para a Protecção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, adoptada em Haia, em 14.5.1954 e respectivo Regulamento de Execução (a convenção foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 26/2000 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 13/2000, ambos de 30 de Março de 2000 e o Regulamento consta do Aviso n.º 66/2001, do D.R., I.ª Série, de 16 de Julho de 2001); a Convenção Relativa às medidas a Adoptar para Proibir e Impedir a Importação, a Exportação e a Transferência Ilícitas da propriedade de Bens Culturais, adoptada em Paris, em 14.11.1970 (foi aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 26/85, de 26.7, sendo que pelo Aviso n.º 78/2002, de 2.8, foi tornado público que Portugal depositou, em 9.12.1985, junto do Director-geral da UNESCO, o instrumento de ratificação); a Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural, resultante da Conferência Geral da UNESCO de Paris, de 16.11.1972 e publicada no D.R., I.ª Série, n.º 130, de 6.6.1979; a Resolução da Conferência Geral da UNESCO de Nairobi, de 1976, respeitante à salvaguarda dos conjuntos históricos ou tradicionais e o seu papel na vida contemporânea; a Convenção para a Protecção do Património Cultural Subaquático, aprovada em Paris em 2001 (foi apresentada, em 28.11.2005, a proposta de aprovação para ratificação).
- 7 No âmbito do UNIDROIT (Instituto para a Unificação do Direito Internacional Privado), e por solicitação da UNESCO face à ineficácia da Convenção de Paris de 1970, há a destacar a Convenção do UNIDROIT sobre Bens Culturais Roubados ou Ilícitamente Exportados, aprovada em Roma, em 1995 (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 34/2000, de 4.4 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 22/2000, de 4.4, sendo que pelo Aviso n.º 80/2002, de 13.8, foi tornado público que Portugal depositou, em 19.7.2002, o instrumento de ratificação).
- 8 No âmbito do CONSELHO da EUROPA, há a destacar a Convenção Cultural Europeia, assinada em Paris, em 19.12.1954 (aprovada pela adesão pelo Decreto n.º 717/75, de 20.12); a Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico, assinada em Londres, em 6.5.1969 (foi aprovada para ratificação pelo Despacho Normativo n.º 39/82, de 2.4, sendo que pelo Aviso n.º 180/82, de 6.8, foi tornado público que Portugal depositou, em 6.7.1982, o instrumento de ratificação); a Convenção para a Salvaguarda do Património Arquitectónico da Europa, assinada em Granada, em 3.10.1985 (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 5/91, de 23.1 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 5/91, de 23.1, sendo que pelo Aviso n.º 74/91, de 29.5, foi tornado público que Portugal depositou, em 27.3.1991, o instrumento de ratificação); a Convenção

Europeia sobre Infracções relativas a Bens Culturais, assinada em Delfos, em 23.6.1985 (ainda não foi ratificada pelo Estado português); a Convenção Europeia da Paisagem, assinada em Florença, em 20.10.2000 (foi aprovada pelo Decreto n.º 4/2005, publicado no D.R., I.ª série-A, n.º 31, de 14.2.2005); a Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico assinada em La Valetta, Malta, em 16.1.1992, que procedeu à revisão da Convenção Europeia assinada em Londres, em 6.5.1969 (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 71/97, de 16.12 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 74/97, de 16.12, sendo que pelo Aviso n.º 279/98, de 5.12, foi tornado público que Portugal depositou, em 5.8.1998, o instrumento de ratificação).

No âmbito das NAÇÕES UNIDAS há a destacar a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar assinada em Montego Bay, em 10.12.1982, que no art. 303.º faz referência aos objectos arqueológicos e históricos achados no mar (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 60-B/97, de 14.10.1997 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 67-A/97, de 14.10.1997).

Além dos referidos anteriormente, há que levar em linha de conta muitos outros instrumentos internacionais relativos ao património cultural, nomeadamente diversas Recomendações da UNESCO e Cartas adoptadas pela Assembleia Geral de ICOMOS (Conselho Internacional dos Monumentos e Sítios, criado em 1965, que em colaboração com a UNESCO faz recomendações e desempenha um papel fundamental na protecção dos monumentos, conjuntos e sítios históricos), sendo que, quanto às cartas do ICOMOS, há a destacar, entre outras, a Carta de Atenas de 1931 (relativa à envolvente dos monumentos), a Carta de Veneza de 1964 (relativa à conservação e restauração de monumentos e sítios), a Carta de Nairobi de 1976 (relativa à salvaguarda de conjuntos históricos), a Carta de Florença de 1982 (relativa à salvaguarda de jardins históricos), e a Carta de Washington de 1987 (relativa à conservação das cidades históricas e das áreas urbanas históricas), no entanto, e para maior desenvolvimento da temática em apreço, ver JOSÉ CASALTA NABAIS / SUZANA TAVARES da SILVA, *Direito do Património Cultural, Legislação*, 2.ª Edição, Almedina, 2006, pp. 479-482.

A Lei n.º 107/01, de 8.9, no que concerne à tutela comunitária do património cultural, é enformada também por princípios provenientes do Direito Comunitário, não obstante o Tratado da União prescrever que a União Europeia respeita a identidade cultural dos Estados-membros.

Na verdade, a tutela do património cultural encontra-se plasmada no Regulamento (CEE) n.º 3911/92, de 9.12, relativo à exportação de bens culturais (publicado no JO L 395, de 31.12.1992); no Regulamento (CEE) n.º 752/93, de 30.3, que estabelece normas de execução do Regulamento (CEE) n.º 3911/92, relativo à exportação de bens culturais (publicado no JO L 077, de 31.3.1993); e na Directiva 93/7/CEE do Conselho, de 15 de Março, relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-membro (publicada no JO L 074, de 27.3.1993). Sobre a problemática da exportação de bens entre os Estados-membros e com algum interesse e desenvolvimento, ver Relatório Intercalar, cit., pp. 97-123.

No que concerne à tutela penal dos bens culturais plasmada no direito interno, há que referir que a Lei n.º 107/01, de 8.9, acolheu soluções que vêm da tradição jurídica portuguesa sobre a matéria em apreço, em especial das marcantes leis que foram a Lei n.º 1700, de 18.12.1924, o Decreto n.º 20985, de 7.3.1932 e a Lei n.º 13/85, de 6.7, razão pela qual se têm mantido, nos seus traços essenciais, quase inalterados certos princípios uniformes e marcantes do ordenamento jurídico do património cultural.

- 14 Assim, e com vista a destacar tais traços essenciais e fornecer uma perspectiva jurídica global sobre a tutela penal dos bens culturais, torna-se necessário proceder, ainda que numa apertada síntese, a uma análise e interpretação das fontes remotas e próximas que estiveram na base da Lei n.º 107/01, de 8.9, bem como na legislação de desenvolvimento publicada após a sua entrada em vigor e demais legislação conexa.
- 15 No que concerne às fontes remotas do direito interno, e no que respeita ao período anterior a 1985 (ano em que entrou em vigor a primeira Lei do Património Cultural), e numa perspectiva gradual e de história e evolução legislativa, pode dizer-se que o primeiro diploma que visou servir de tutela ao património cultural português foi o Decreto-Lei n.º 1, de 26.5.1911, que instituía regras de protecção, através da figura do arrolamento, visando “a guarda e defesa” do que se entendia como integrando aquele conceito, no entanto, só nos anos vinte do século passado é que foi editado um conjunto de três diplomas legislativos, com particular destaque para a Lei n.º 1700, que, pela primeira vez, se reportavam à figura de um inventário geral sistemático, sendo que a Lei n.º 1700, no seu artigo 38.º reportava-se ao arrolamento de bens públicos e privados, dispondo os preceitos subsequentes sobre as restrições ao exercício de direitos de gozo incidentes sobre o que se achasse inscrito no inventário. A Lei em causa viria a ser regulamentada pelo Decreto n.º 11445, de 13.2.1926 e até finais de 1932 continuou a ser um diploma de referência nas formas de protecção do património cultural.
- 16 No ano de 1932, surgiu o Decreto n.º 20985, de 7.3.1932 (que como se notará vigorou até aos inícios de 2010) que constituiu o regime de protecção do património cultural durante mais de meio século, havendo a destacar, no que à tutela penal diz respeito, o artigo 33.º que tratava das “infracções ou faltas de cumprimento das disposições deste decreto”, classificando as infracções relativas a monumentos nacionais como “causadoras de danos e prejuízo voluntariamente causado ao Estado”, obrigando assim todo aquele que desrespeitasse tal decreto a indemnizar não o proprietário da coisa, mas o Estado, na medida em que se entendia que o Estado era o titular do interesse público da conservação da coisa.
- 17 O Decreto n.º 20985, de 7.3.1932, tem constituído a pedra angular do sistema de protecção do património cultural, na medida em que, devido à falta de legislação de desenvolvimento no âmbito de aplicação da Lei n.º 13/85, de 6.7, o mencionado diploma continuou a ser durante a vigência de tal lei a base legal das classificações efectuadas para defender o património cultural, sendo que o mesmo tem acontecido também na vigência da Lei n.º 107/01, de 8.9, uma vez que o n.º 2 do art. 113.º deste último diploma dispõe que “enquanto não for editada a legislação de desenvolvimento da presente lei, no território do continente considerar-se-ão em vigor as normas até agora aplicáveis do Decreto n.º 20985, de 7.3.1932, com as sucessivas alterações, em tudo o que não contrarie princípios ou disposições fundamentais da presente lei”.
- 18 Ora, e em nota antecipativa, há que referir que na actualidade, parte fundamental da legislação de desenvolvimento no que concerne à classificação do património cultural, é constituída pelo Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10, que só entrou em vigor em 1.1.2010, data até à qual vigoraram as normas do Decreto n.º 20985, de 7.3.1932.
- 19 Em termos de evolução legislativa da tutela penal dos bens culturais, sucedeu, porém, que com a Revolução de Abril de 1974 e a implantação do regime democrático e atendendo aos princípios consignados na Constituição da República Portuguesa de 1976, especialmente depois da revisão de 1982, tornou-se absolutamente necessário elaborar um novo diploma regulador do património cultural, uma vez que as novas concepções de protecção e fruição do património cultural não eram

mais compatíveis com a manutenção do Decreto n.º 20985 e com a concepção monumentalista, historicista e culturalista de património cultural que o mesmo tutelava, sem prejuízo da manutenção dos princípios uniformes e marcantes do ordenamento jurídico do património cultural.

Na verdade, o objecto do património cultural deixou de ser o monumento isolado, perspectivado numa visão ptolemaica, e antes passou a ser o monumento vivo perspectivado numa visão copernicana. 20

No que concerne às fontes próximas de direito interno, e relativamente ao período entre 1985 e 2001 (ano da entrada em vigor da actual Lei do Património Cultural), não só surgiu a Lei n.º 13/85, de 6.7, como foi editada também alguma legislação complementar, da qual se salienta o Decreto-Lei n.º 205/88, de 16.6 (que veio cometer aos arquitectos a responsabilidade técnica de projectos em imóveis classificados ou em vias de classificação e nas respectivas zonas de protecção), o Decreto-Lei n.º 106-F/92, de 1.6, (que criou o Instituto Português do Património Arquitectónico e Arqueológico, substituindo o Instituto Português do Património Cultural criado pelo Decreto-lei n.º 59/80, de 3.4), a Lei n.º 19/93, de 6.7 (que estabeleceu o Regime geral dos arquivos e do património arquivístico) e o Decreto-Lei n.º 289/93, de 21-8 (que estabeleceu, pela primeira vez, o regime jurídico do património cultural subaquático, posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 85/94, de 30-3 e substituído pelo Decreto-Lei n.º 164/97, de 27-6), sendo que, além disso, o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15-3, procedeu à revisão do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23-9 (para maior desenvolvimento, ver JOSÉ CASALTA NABAIS / SUZANA TAVARES da SILVA, *op. cit.*, pp. 482-489). 21

Os trabalhos preparatórios de onde proveio o texto acolhido na Lei n.º 13/85, de 6.7, ancoraram no anteprojecto da Comissão que foi designada pelo Ministro da Cultura e Coordenação Científica em Fevereiro de 1982 (ver a este respeito, JOÃO MARTINS CLARO, “Enquadramento e Apreciação Crítica da Lei n.º 13/85”, *in* Direito do Património Cultural, Instituto Nacional de Administração, 1996, Lisboa, p. 294), sendo que o processo legislativo que conduziu à aprovação do mencionado diploma legal teve origem no Projecto de Lei n.º 85/III, cujo texto, com excepção de pequenas alterações, reproduzia quase integralmente a Proposta de Lei n.º 106/II do VIII Governo Constitucional. 22

No que à tutela penal diz respeito, o legislador português entre os vários modelos de técnica legislativa de protecção de bens culturais que tinha ao seu dispor (sistema da tutela penal indirecta, sistema da tutela penal directa de bens classificados, sistema de tutela penal real de bens culturais ou sistemas mistos de protecção), optou por consagrar legalmente o sistema da tutela penal indirecta, sem autonomizar o património cultural como bem jurídico autónomo, no entanto, atribuiu, e como melhor se verá no ponto 28, uma natureza *sui generis* ao dano cultural. 23

O sistema da tutela penal indirecta baseia-se fundamentalmente na agravação dos crimes contra o património, sendo que em tais casos, o legislador, mediante a introdução de circunstâncias qualificativas de conteúdo cultural, opta por não autonomizar o bem jurídico. 24

Assim, o art. 34.º, n.º 3, da Lei n.º 13/85, preceituava que “quando algum bem cultural móvel classificado ou em vias de classificação for indevidamente exportado, o respectivo proprietário ou detentor ficará sujeito às disposições do Código Penal”, sendo que, e não obstante a odisseia legislativa e interpretativa que tal disposição veio a gerar, acabou por se aceitar que as situações penais relativas a tal matéria ou eram reguladas pelo art. 33.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1. (ou, numa perspectiva aduaneira, pelo Decreto-Lei n.º 187/83, de 15.3.), ou eram susceptíveis, eventualmente, de integrar o crime previsto no art. 396.º do Código Penal de 1982, 25

na versão originária (ver, neste sentido, MARIA FERNANDA PALMA, “Protecção penal dos bens culturais numa sociedade multicultural”, in *Direito do Património Cultural*, Instituto Nacional de Administração, 1996, Lisboa, p. 385: e JORGE dos REIS BRAVO, *A Tutela Penal dos Interesses Difusos, A Relevância Criminal na Protecção do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, Coimbra Editora, 1997, p. 49).

- 26 Por seu lado, o artigo 51.º da Lei n.º 13/85 dispunha que “os atentados contra o património cultural e as infracções ao disposto neste diploma serão sancionados de acordo com a lei geral, com o que for especialmente disposto na lei penal, com as penalidades ou demais consequências previstas nos artigos anteriores do presente diploma e ainda o disposto nos artigos seguintes”, ao passo que o artigo 52.º, repetindo uma das regras constantes do artigo 33.º do Decreto n.º 20985, preceituava que as infracções seriam julgadas pelos tribunais comuns e consideradas como prejuízos causados voluntariamente ao Estado e que o furto, o roubo e o dano de bens culturais seriam especialmente qualificados nos termos do Código Penal.
- 27 A ser assim, tais preceitos legais funcionavam como normas de remissão (genérica) de agravação da punibilidade dos crimes de furto, roubo e dano de bens culturais classificados ou em vias de classificação, o que implicava que se levasse a efeito uma interpretação conjugada de tais tipos legais de crime com diversos preceitos da Lei n.º 13/85, de 6.7.
- 28 Da interpretação do mencionado art. 52.º, a Senhora Professora Fernanda Palma retira o entendimento de que através de tal preceito operou-se a desvinculação do conceito de bem cultural da titularidade do interesse do ofendido, extravasando-se, assim, a noção de dano normalmente acolhida no direito penal, terminando por referir que o dano cultural assume uma natureza *sui generis*, ou seja, consubstancia uma lesão de um objecto sobre o qual existe um direito de propriedade (do Estado ou de um particular), no entanto, a ofensa do bem não se confunde com o direito de propriedade, estando antes em causa o património cultural, os interesses culturais da sociedade e os direitos culturais dos cidadãos (ver, neste sentido, MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 380).
- 29 Assim, e no que mais especificamente respeitava à tutela penal dos bens culturais, à data da entrada em vigor da Lei n.º 13/85, de 6.7, e face à remissão genérica que era feita para o Código Penal, encontravam-se no Código Penal os arts. 296.º e 297.º, n.º 2, al.ª b) – onde se previa o tipo legal de crime de furto de coisa móvel alheia “que tenha valor científico, artístico ou histórico e que se encontre em colecções públicas ou acessíveis ao público” –, 306.º – onde se previa o tipo legal de crime de roubo –, 309.º, n.ºs 2 e 3, als. a) e c) – em que se previam, respectivamente, os crimes de dano “em monumento público”, sobre coisas “naturais ou produzidas pelo homem, oficialmente arroladas ou postas sob protecção oficial pela lei, por motivos científicos, artísticos, etnográficos ou históricos” e sobre coisas “significativas para a ciência, história, desenvolvimento técnico, quando em edifício público, colecção ou lugar acessível ao público –, 192.º – que previa a destruição ou danificação de monumentos culturais ou históricos em tempos de guerra ou ocupação militar – e 396.º que previa o descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público, cabendo, eventualmente, nesse preceito legal a exportação ilícita de bem cultural móvel, classificado ou em vias de classificação, por parte do proprietário ou detentor, no entanto, também se nos afigura duvidoso que a mencionada conduta não estivesse antes subsumida no tipo legal de crime previsto no art. 33.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1, ou, numa perspectiva de prática de eventual infracção aduaneira no âmbito do comércio extracomunitário, no art. 10.º, n.º 1, al.ª b), do Decreto-Lei n.º 187/83, de 15.3, que previa e punia como

contrabando qualificado a conduta de quem importasse ou exportasse mercadorias de importação ou exportação absolutamente proibidas, tipificação que passou para o art. 10.º, al.ª b), do Decreto-Lei n.º 424/86, de 27.12, que previa e punia como contrabando a conduta de quem importasse ou exportasse mercadorias de importação ou exportação proibidas, no entanto, estes dois últimos diplomas legais vieram a ser revogados pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25.10, que nos arts. 21.º e 23.º, als. a) e b), previa e punia como contrabando, respectivamente, os casos em que a mercadoria contrabandeada fosse de exportação proibida ou em que a mercadoria contrabandeada fosse composta, no todo ou em parte, por objectos de considerável interesse histórico ou artístico cujo valor fosse superior a 1000000\$00. Ainda a propósito da tutela penal dos bens culturais, o artigo 39.º da Lei n.º 16/93, de 6.7 (que estabelecia o Regime geral dos arquivos e do património arquivístico), previa, no seu n.º 1, uma circunstância agravante dos crimes de furto, roubo ou dano, em caso de violação das disposições reguladoras do património arquivístico que preenchessem o respectivo tipo legal, sendo que, no n.º 2 do mencionado preceito legal, incriminava-se a exportação definitiva de bens arquivísticos classificados ou em vias de classificação sem a autorização prevista no mencionado diploma legal. Porém, com a revisão de 1995 do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, operada pelo Decreto-lei n.º 48/95, de 15.3, e que entrou em vigor em 1 de Outubro de 1995, houve lugar a uma alteração profunda no que concerne à tutela penal dos bens culturais, na medida em que o legislador acolheu, pela primeira vez, a tutela penal directa de bens classificados.

Na verdade, a revisão em causa implicou não só uma alteração da numeração das disposições legais, como também uma reformulação de alguns dos tipos legais anteriormente referidos, notando-se uma preocupação do legislador em aproximar os conceitos penais aos novos valores, nomeadamente ao direito do património cultural (ver, neste sentido, MARIA FERNANDA PALMA, *op. cit.*, p. 387).

Da reformulação dos tipos legais à luz dos novos valores jurídico-penais, e no que diz respeito à matéria que nos ocupa, constata-se que o art. 213.º, n.º 1, al.ª d), do Código Penal revisto alargou o objecto do dano qualificado ao integrar “coisa pertencente ao património cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação”, sendo que tal segmento legal deveu-se, em sede da Comissão de Revisão do Código Penal, ao contributo do Senhor Professor Manuel da Costa Andrade que pugnou que fosse adicionada ao projecto a alínea respeitante a “Coisa pertinente ao património cultural e legalmente classificada ou em vias de classificação” (ver Código Penal. Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, 1993, pp. 347 e 452).

Assim, e uma vez que a coisa tanto pode ser um bem na titularidade do Estado ou na titularidade de particulares, o valor cultural passou a ser objecto de tutela penal directa independentemente de uma fruição directa e do bem não ter uma função pública imediata, o que fez com que ocorresse uma modificação do bem jurídico relativamente ao crime de dano simples previsto no art. 212.º, com a finalidade de proteger em absoluto os bens culturais e, consequentemente, autonomizar este novo bem jurídico dos valores puramente económicos ou patrimoniais.

Por outro lado, e como o Código Penal revisto implicou alteração da numeração de disposições legais e reformulação de alguns tipos legais, a tutela penal indirecta dos bens culturais passou a assentar nos arts. 204.º, n.º 2, al.ª d) – onde se prevê agora o tipo legal de crime de furto de coisa móvel alheia “que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público” –, 210.º – onde se prevê o tipo legal de crime de roubo –, 213.º, n.º 1, al.ª b) e n.º 2, als. b) e c) – em que se prevê, respectivamente, os crimes

de dano em “monumento público”, sobre “coisa alheia natural ou produzida pelo homem, oficialmente arrolada ou posta sob protecção oficial pela lei” e sobre “coisa alheia que possua importante valor científico, artístico ou histórico e se encontre em colecção ou exposição públicas ou acessíveis ao público” –, 242.º – que previa a destruição ou a danificação de monumentos culturais em tempos de guerra ou ocupação militar mas que foi entretanto revogado pela Lei n.º 31/2004, de 22.7, sendo que a factualidade típica encontra-se actualmente prevista no artigo 15.º da Lei penal relativa às violações do direito internacional humanitário publicado em anexo ao mencionada diploma legal – e 355.º que prevê o descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público, no entanto, afigura-se-nos duvidoso que a mencionada conduta não fosse antes subsumida ao mencionado tipo legal de crime previsto no art. 33.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1.

- 36 Porém, e não obstante os aspectos positivos que a Lei n.º 13/85, de 6.7, instituiu no regime jurídico do património cultural (a função social do património cultural, o instituto da classificação, a distinção entre monumentos, conjuntos e sítios quanto ao património imóvel), a fazer-se um balanço do mencionado diploma legal, o mesmo não é positivo, uma vez que a dispersão legislativa e a falta de publicação de legislação de desenvolvimento fizeram com que tal diploma legal não tivesse tido grande operatividade, permanecendo praticamente sem aplicação (ver, neste sentido, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, “Da protecção do património cultural, *in* Textos, Ambiente e Consumo, III Volume, Centro de Estudos Judiciários, 1996, p. 87; JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, O Crime de Dano e o Património Cultural (A criminalidade patrimonial e os bens culturais), Livraria Petrony, p. 334; e JOSÉ CASALTA NABAIS, “Considerações sobre o quadro jurídico do património cultural, *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, no centenário do seu nascimento, vol. 1, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 741).
- 37 Além disso, e no que concerne à tutela penal dos bens culturais, os art.ºs 51.º, 52.º e 53.º levantavam problemas de constitucionalidade, colocando-se a questão de saber se, por um lado, tais preceitos não configuravam normas penais em branco (à luz do modo como especificavam os factos que integravam o ilícito penal) e se, por outro lado, não contrariavam o princípio da legalidade face à remissão genérica (ver, a este respeito, Relatório Intercalar, cit., p. 36).
- 38 Aliás, e por tudo isso e com vista a solucionar tais problemas e bloqueios, esteve na forja uma alteração legislativa que se consubstanciou na Proposta de Lei de autorização legislativa n.º 120/VI, de 22.12.1994, destinada a revogar a Lei n.º 13/85, de 6.7, e publicada no D.R., II Série-A, de 9.2.1995, proposta essa que se tornou na Lei n.º 90-C/95, de 1-9, que caducou com a anterior legislatura e com a consequente formação de novo parlamento (ver Relatório Intercalar, cit., p. 19).
- 39 Relativamente aos trabalhos preparatórios e parlamentares que estiveram na base da Lei n.º 107/01, de 8.9, convém referir, desde logo, o Despacho n.º 113/96, de 10.12, do Ministro da Cultura que determinou a constituição de uma Comissão, presidida pelo Professor Sérvulo Correia, com o objectivo de apresentar um projecto de proposta de lei de bases do património cultural, sendo que a mencionada Comissão veio a produzir o atinente relatório que foi apresentado ao Senhor Ministro da Cultura em 5.11.1997, relatório esse que foi publicado, pelo Ministério da Cultura, em 1998, sob o título “Relatório Intercalar, Proposta de Lei de Bases do Património Cultural”, sendo que existem algumas dúvidas na questão de saber se foram ou não elaborados outros relatórios intercalares, na medida em que a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 39/VIII se refere a mais que um relatório intercalar.

- O Relatório Intercalar elaborado pela dita Comissão, no que concerne à tutela penal do património cultural, optou, claramente, pelo sistema da tutela penal directa a consagrar em legislação extravagante, ou seja, em sede da própria Lei de Bases e não no Código Penal (ver, neste sentido, Relatório Intercalar, cit. p. 143; e JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *op. cit.*, p. 383). 40
- Nesse seguimento, e tendo por base o trabalho da Comissão surgiu a Proposta de Lei 228/VII, publicada no D.R., II Série-A, de 16.1.1999. 41
- Analisando a Proposta de Lei somente na perspectiva do sistema da tutela penal directa, merecem destaque, desde logo, os art.ºs 105.º, 106.º, 107.º, 108.º e 109.º que prevêem precisamente a tutela penal directa. O art. 105.º remete os crimes praticados contra o património cultural para o previsto no Código Penal, com as especialidades previstas na Proposta de Lei, sendo que, em contrapartida (e aderindo ao sistema da tutela penal directa), os art.ºs 106.º, 107.º, 108.º e 109.º tipificam, pela primeira vez no ordenamento jurídico-penal, quatro crimes, a saber, o de dano em bem qualificado, o de deslocamento, o de exportação ilícita e o de destruição de vestígios. O crime de dano em bem qualificado previsto no art. 106.º, consiste em, analogamente ao tipo legal de crime previsto no Código Penal, com excepção da natureza da coisa, “destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável um bem qualificado, ou em vias de qualificação”. O crime de deslocamento previsto no art. 107.º consiste no “deslocamento de um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, ou qualificado como de interesse nacional, ou em vias de qualificação como tal”. O crime de exportação ilícita previsto no art. 108.º consiste na “exportação ou expedição de um bem classificado ou em vias de classificação”. O crime de destruição de vestígios consiste em alguém “por inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas decretadas em conformidade com a presente lei, destruir vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos”. 42
- Porém, a Proposta de Lei n.º 228/VII acabou por ser chumbada no Parlamento, o que fez com que fosse alterada e apresentada a Proposta de Lei n.º 39/VIII, a qual contemplou outras soluções normativas tendentes a afastar críticas e insuficiências detectadas aquando do processo de discussão parlamentar da Proposta de Lei n.º 228/VII. 43
- Assim, e no que concerne à matéria que nos ocupa, eliminou-se a tipificação relativa ao crime de dano em bem qualificado dada a inexistência no ordenamento jurídico do património cultural da categoria de bem cultural qualificado. 44
- Foi, pois, neste contexto que foi aprovada e entrou em vigor a Lei n.º 107/01, de 8.9, que a nível dos trabalhos parlamentares teve o desenvolvimento seguinte: Proposta de lei n.º 39/VIII: DAR, II Série-A, n.º 59/VIII/1, de 15.7.2000, pp. 1863-1884. Relatório da Comissão: DAR, II Série-A, n.º 26/VIII/2, de 18.1.2001, pp. 1182-1184. Discussão na generalidade: DAR, I Série, n.º 36/VIII/2, de 6.1.2001, pp. 1455-1470. Votação na generalidade: DAR, I série, n.º 38/VIII/2, de 19.1.2001, p. 1555. Relatório da Comissão: DAR, II Série-A, n.º 77/VIII/2, de 19.7.2001, pp. 2450-2478. Votação final global: DAR, I Série, n.º 105/VIII/2, de 18.7.2001, p. 4112. Decreto da Assembleia n.º 168/VIII: DAR, II Série-A, n.º 82/VIII/2, de 28.8.2001, pp. 2590-2612. 45
- A Lei n.º 107/01, de 8.9, veio, por um lado, reforçar a tutela penal directa de bens classificados (ao criar e introduzir no ordenamento jurídico os tipos legais de crime de deslocamento e de exportação ilícita) e, por outro lado, e pela primeira vez, ainda com algumas limitações, inovou ao acolher a tutela penal real dos bens culturais no que respeitou ao crime de destruição de vestígios arqueológicos. 46

- 47 Resultando, assim, do interface do sistema previsto na Lei n.º 107/01, de 8.9. com o sistema previsto no Código Penal, um sistema híbrido ou misto de protecção penal.
- 48 O bem jurídico protegido é o valor cultural do bem, numa visão aberta e dinâmica, e a função sociocultural que o mesmo desempenha no acesso e fruição cultural por parte da comunidade globalmente considerada com vista à valorização do desenvolvimento da pessoa humana na vertente cultural.
- 49 Estão somente em causa valores ou interesses supra-individuais, na medida em que não é o direito individualmente considerado de acesso e fruição dos bens culturais que está em causa mas o da comunidade globalmente considerada.
- 50 Assim, não é o objecto em si mesmo que merece protecção mas o valor de cultura implícito no mesmo para a sociedade e seus membros, materializando-se a lesão do bem jurídico a partir do instante em que, por resultado do acto lesivo sobre o objecto material, o bem cultural se vê impossibilitado de exercer a sua função veicular de acesso à cultura e, conseqüentemente, a sua essencial contribuição para o desenvolvimento da personalidade (ver, neste sentido, JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *op. cit.*, p. 365).
- 51 O conceito de **bem cultural** é relativamente recente, pois em termos tradicionais, e no âmbito de aplicação do Decreto n.º 20985, de 7.3.1932, empregava-se o conceito de património, no entanto, a Lei n.º 13/85, de 6.7, adoptou e consolidou no ordenamento jurídico português o conceito de património cultural, que a doutrina aprofundou cada vez mais, ao ponto de defender uma reformulação do mesmo de molde a que se envolvesse a patrimonialidade e a cultura (ver MIGUEL NOGUEIRA de BRITO, “Sobre a legislação do património cultural”, *in* Revista Jurídica, n.ºs 11/12, Jan./Mar., AAFDL, 1989, p. 161), e, nesse seguimento, começou-se a adoptar, na terminologia jurídica, o conceito, não pacífico, de bem cultural, sendo que, para além da noção de bem cultural que já constava da Convenção de Haia de 1954 anteriormente referida, foi a Comissão FRANCESCHINI, constituída em Itália em 1964, que no âmbito da construção dogmática e conceptual, avançou com tal conceito, definindo-o como “il bene che costituisca testimonio materiale avente valore di civiltà” (ver, quanto a este aspecto, e para maiores desenvolvimentos, CARLA AMADO GOMES, *ob. cit.*, p. 18; e CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, *op. cit.*, p. 77).
- 52 A doutrina italiana define bens culturais como aqueles que incorporam uma referência à história da civilização, ou seja, aos modos de viver, pensar e sentir dos homens no tempo e no espaço e agrupa-os em cinco categorias: os bens históricos, os artísticos, os arqueológicos, os documentais e os ambientais.
- 53 Um bem possui valor cultural quando dadas as suas características, as suas qualidades, é relevante para o conhecimento das formas de vida dos homens em qualquer das suas manifestações, daí que um bem cultural tanto pode ser uma catedral românica ou gótica, um palácio renascentista, como um utensílio de caça ou de agricultura ou um engenho de trabalhar o barro.
- 54 Porém, património cultural e bens culturais referem-se, em princípio, à mesma realidade, sendo que se utiliza a primeira expressão para referir o conjunto (a unidade), ao passo que se utiliza a segunda para referir as componentes do património cultural, daí que os bens culturais constituem uma parte do património cultural.
- 55 Aliás, há que ter em conta que os art.ºs 2.º e 14.º da Lei n.º 107/01, de 8.9, procedem a uma clara distinção entre património cultural (ou bens culturais em sentido amplo) e bens culturais (ou bens culturais em sentido restrito). O primeiro conceito compreende os bens culturais materiais, os bens culturais imateriais e os demais bens elencados, ao passo que o segundo conceito compreende apenas os bens culturais materiais, ou seja, os bens culturais com suporte físico.

- O preceito em anotação limita-se a referir que aos crimes praticados contra bens culturais se aplicam as disposições previstas no Código Penal, com as especialidades constantes da presente lei. 56
- Há quem interprete tal norma como uma remissão direccionada para a parte geral do Código Penal (ver, neste sentido, JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, ob. cit., p. 379), no entanto, e atenta a epígrafe do preceito, temos sérias dúvidas da referida interpretação, uma vez que nos parece que o corpo do preceito não deve nem pode ser interpretado fora da delimitação que é feita na epígrafe, sendo que esta se reporta a infracções criminais previstas no Código Penal. 57
- Dá que se trate mais de uma norma de recepção do que de remissão, na medida em que foi propósito do legislador, para fazer face a eventuais inconstitucionalidades, criar uma norma que produzisse efeitos distintos do art. 52.º da Lei n.º 13/85, de 6.7. 58
- A ser assim, e salvo melhor opinião, o disposto no dito preceito como que consubstancia um interface normativo entre os vários sistemas de tutela penal dos bens culturais, independentemente de se estar perante um caso de tutela penal directa (o crime de dano qualificado previsto no art. 213.º, n.º 1, al. d), do Código Penal) ou perante casos de tutela penal indirecta (os demais crimes previstos no Código Penal), ou dito de outro modo, ainda que não se ofenda directa e imediatamente o bem jurídico protegido pela tutela directa (valor cultural do bem) mas tão-só indirectamente, mesmo em tais casos entendemos que estamos perante a prática de crimes praticados contra bens culturais. 59
- Assim, e sempre que estejam em causa crimes praticados contra bens culturais mas previstos no Código Penal (os crimes de furto, roubo e dano referenciados no ponto 35 na redacção que lhes foi dada aquando da Revisão Penal de 1995), a facticidade típica de tais crimes deve ser preenchida também em consonância com as “especialidades” constantes da presente lei, ou seja, alguns dos conceitos previstos, por exemplo, nos art.ºs 204.º, n.º 2, al. d) e 213.º, n.º 1, al. d) do Código Penal (coisa que possua importante valor histórico; coisa pertencente ao património cultural e legalmente classificada) devem ser interpretados e aplicados tendo em conta as normas complementares e integradoras da Lei n.º 107/01, de 8.9. 60
- No âmbito da tutela internacional do património cultural, no que concerne ao Direito Internacional Convencional, há que levar em linha de conta que após a entrada em vigor da Lei n.º 107/01, de 8.9, passaram a vigorar no ordenamento jurídico português diversas Convenções Internacionais. 61
- Foi o que aconteceu a partir de 18 de Dezembro de 2004 com a Concordata de Portugal com a Santa Sé de 2004, que assume um papel muito importante na disciplina jurídica do relevante património cultural português pertencente à Igreja Católica, sendo que a Concordata de 2004, como se notou anteriormente, no domínio do património cultural, manteve, no essencial, o que constava da Concordata de 1940, inovando apenas numa nova concepção do património cultural, menos estadualista e proprietarista, e reforçou o princípio da cooperação, ao criar uma comissão arbitral para o desenvolvimento da cooperação respeitante aos bens da Igreja Católica que integrem o património cultural português, no entanto, e no que concerne à tutela do património cultural, tendo em conta até tudo aquilo que exige uma correcta interpretação do sistema legal de protecção do património cultural, merecem particular atenção os art.ºs 22.º, 23.º, 24.º e 26.º O art. 22.º, n.º 1, dispõe que “os imóveis que, nos termos do artigo VI da Concordata de 7 de Maio de 1940, estavam ou tenham sido classificados como monumentos nacionais ou como de interesse público continuam com afectação permanente ao serviço da Igreja. Ao Estado cabe a sua conservação, reparação e restauro de harmonia com plano estabelecido (...)”; dispondo o art. 24.º, n.º 1, que “nenhum templo, edifício, 62

dependência ou objecto afecto ao culto católico pode ser demolido, ocupado, transportado, sujeito a obras ou destinado pelo Estado e entidades públicas a outro fim, a não ser mediante acordo prévio com a autoridade eclesiástica competente e por motivo de urgente necessidade pública.” Relativamente à demolição de templos religiosos, e pese embora a situação ter ocorrido no âmbito de aplicação da Concordata de 1940, não podemos deixar de referir o caso penal da Igreja Românica de Joane com adequado tratamento jurídico-penal por parte de ALBERTO PINTO NOGUEIRA, no trabalho “Monumentos nacionais e imóveis de interesse público (protecção jurídico-penal) – Falta de consciência da ilicitude”, *in* Revista do Ministério Público, Ano 3, vol. 9, pp. 55-71.

- 63 De outra banda, há a referir também, no âmbito das Convenções da UNESCO, a Convenção para a Protecção do Património Cultural Subaquático, aprovada em Paris em Novembro de 2001 (sobre esta problemática e com grande desenvolvimento, ver JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, O achamento de bens culturais subaquáticos, Livraria Petrony, 2008).
- 64 Em termos de legislação complementar a tutela penal indirecta dos bens culturais na perspectiva da prática de eventual infracção aduaneira, passou a ancorar, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 107/01, de 8.9, no tipo legal de crime previsto no art. 92.º, n.º 1, al.ª c), da Lei n.º 15/01, de 5.6 (Regime Geral das Infracções Tributárias) que dispõe que “quem, por qualquer meio, retirar do território nacional objectos de considerável interesse histórico ou artístico sem as autorizações impostas por lei...”, sendo que, nos termos do disposto no artigo 97.º do mencionado diploma legal poderá haver lugar à qualificação do crime desde que se verifique qualquer uma das circunstâncias aí previstas. O conceito de objectos de considerável interesse histórico ou artístico deve ser aferido e preenchido tendo em conta os critérios e pressupostos legais constantes dos artigos 31.º a 34.º, 55.º a 59.º e 63.º da Lei n.º 107/ 01, de 8-9 (neste sentido, ver ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO / / JORGE MANUEL ALMEIDA dos REIS BRAVO, Regime Geral das Infracções Tributárias e Regimes Sancionatórios Especiais Anotados, Coimbra Editora, 2002, p. 264). Importa ainda esclarecer que o art. 2.º da Lei n.º 15/01, de 5.6, revogou o Regime Jurídico das Infracções Fiscais Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 376-A/89, de 25.10, anteriormente referido.
- 65 No que concerne à legislação de desenvolvimento da Lei n.º 107/01, de 8.9, há que atender a diversa legislação que importa aplicar, por vezes, na resolução dos casos penais.
- 66 Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 139/09, de 15.6, que estabelece o Regime Jurídico da Salvaguarda do Património Cultural Imaterial de harmonia com o direito internacional, nomeadamente com a Convenção para a Salvaguarda do Património Cultural Imaterial, adoptada na 32.ª Conferência Geral da UNESCO, em Paris em 17.10.2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 12/08, de 24.1, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 28/08, de 26.3.
- 67 De outra banda, há a destacar o Decreto-Lei n.º 138/09, de 15.6, que respondendo à determinação da Lei n.º 107/01, de 8.9, de criar um fundo público para os bens culturais, veio constituir o Fundo de Salvaguarda do Património Cultural.
- 68 No que concerne a questões procedimentais propriamente ditas, há a elencar o Decreto-Lei n.º 140/09, de 15.6, que veio concretizar as imposições normativas dos art.ºs 45.º e 59.º da Lei n.º 107/01, de 8.9, que, como é sabido, introduzem um mecanismo de controlo prévio e de responsabilização em relação a todas as obras ou intervenções no património cultural, daí que no diploma em apreço complementam-se as regras já existentes para os bens imóveis e cria-se um procedimento para os bens móveis protegidos. A obrigatoriedade de relatório prévio, o acompanhamento

obrigatório das obras ou intervenções em bens culturais e a possibilidade da Administração poder exigir um relatório intercalar face ao risco e à dificuldade inerentes aos trabalhos nos domínios da conservação e do restauro dos bens culturais protegidos configuram mecanismos que reforçam indirectamente a tutela penal do património cultural, na medida em os mesmos podem não só facilitar a prova de eventual crime como também podem clarificar a intenção criminosa com que o agente actuou, no entanto, repare-se que, nos termos do disposto no art.º 35 do diploma em causa, as obras ou intervenções em bens culturais que revistam a natureza de trabalhos arqueológicos observam as regras previstas em legislação própria, donde se infere que as regras constantes do Decreto-Lei n.º 140/09, de 15.6, não se aplicam relativamente a situações fácticas susceptíveis de preencherem o tipo legal de crime de destruição de vestígios.

Por fim, e ainda no domínio da legislação de desenvolvimento, há que fazer referência a um diploma fundamental neste domínio, ou seja, ao Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10, que estabelece e define, por um lado, o procedimento de classificação de bens culturais imóveis e, por outro lado, o regime das zonas de protecção e o estabelecimento de regras para a elaboração do plano de pormenor de salvaguarda, no entanto, e como se notou anteriormente este diploma legal só entrou em vigor em 1.1.2010, o que implicou que até tal data tenham vigorado no ordenamento jurídico do património cultural, no domínio tão sensível da classificação, as normas do Decreto n.º 20985, de 7.3.1932.

Na prática judiciária, aquando da resolução dos casos penais relativos, por exemplo, à prática de eventuais crimes de deslocamento ou de destruição de vestígios, a Lei n.º 107/01, de 8.9, e demais legislação de desenvolvimento, terão que ser devidamente conjugadas com diversa legislação conexa, na medida em que existem regiões normativas de confluência, interferência e de sobreposição.

Tal situação legal ficou a dever-se ao facto do legislador português ter optado por uma técnica legislativa de estabelecimento de leis de bases distintas para o património cultural, para o ambiente e para o ordenamento do território e urbanismo, quando é certo que, em termos de direito comparado, e até em ordenamentos jurídicos que nos são próximos (casos da Espanha, França e Itália), o ambiente é regulado a par do património cultural, no entanto, dúvidas não há que, neste particular, estamos perante regiões normativas com muitos pontos secantes, logo muito próximas, o que implica a mencionada conjugação e articulação de normas (ver, neste sentido, CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 146).

Acresce que o princípio da necessidade da integração das políticas de património cultural, ambiental, de ordenamento do território e urbanismo e turismo, impõe também que se proceda a tal conjugação e interpretação sistemática no que concerne às mencionadas áreas, o que nem sempre constitui uma tarefa fácil.

Aliás, é esse precisamente o propósito do legislador quando no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10, refere que “a regulação instituída (quanto ao procedimento de classificação dos bens imóveis de interesse cultural) promove a compatibilização da protecção do património cultural com o ordenamento do território e o desenvolvimento sustentável das comunidades, tendo em conta a recente evolução do direito do ordenamento do território, da urbanização e da edificação e da reabilitação urbana”.

Na verdade, a dimensão interdisciplinar do património cultural tem vindo a acentuar-se numa perspectiva dinâmica, sendo que o património cultural apresenta-se na actualidade como uma realidade viva em permanente mutação, na medida em que os bens culturais deixaram de ser apenas locais a visitar e passaram a encarnar também o papel de monumentos vivos (ver neste sentido e com maior

desenvolvimento SUSANA TAVARES da SILVA, Reabilitação Urbana e Valorização do Património Cultural: Dificuldades na articulação dos regimes jurídicos, *in* Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, vol. LXXXII, Coimbra, 2006, pp. 349-389).

- 75 As preocupações com a tutela do património cultural estendem-se aos domínios do ambiente e do urbanismo, sendo que a Lei n.º 11/87, de 7.4 (Lei de Bases do Ambiente), no seu art. 17.º, n.º 3, al.^a b), faz referência expressa ao património construído como componente ambiental humano, ao passo que a Lei n.º 48/98, de 11.8 (Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território, nos termos do seu art. 6.º, n.º 1, al. g), inclui nos seus objectivos a reabilitação e revitalização dos centros históricos e dos elementos de património cultural classificado.
- 76 A preocupação com a tutela do património cultural reflecte-se, igualmente, nos instrumentos de gestão territorial, razão pela qual os art.ºs 10.º, al.^a e) e 15.º do Decreto-Lei n.º 380/99, de 22.9 (Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial), republicado pelo Decreto-Lei n.º 46/09, de 20.2, prevêem a identificação nos instrumentos em questão do património arquitectónico e arqueológico, definidos como elementos e conjuntos construídos que representam testemunhos da história da ocupação e do uso do território e assumem interesse relevante para a memória e a identidade das comunidades, sendo que os instrumentos de gestão territorial constituem um meio que permite a elaboração de planos urbanísticos amigos do património cultural imóvel (neste sentido, ver JOÃO MARTINS CLARO, Notas sobre o Regime Jurídico de Protecção dos Bens Culturais Imóveis, *in* Direito do Património Cultural, Cadernos de Património, 2, Câmara Municipal de Sintra, 2006, p. 44).
- 77 No universo dos instrumentos de gestão territorial, há a destacar, desde logo, os instrumentos de desenvolvimento territorial (que face ao disposto no art.º 9.º, n.º 1, da Lei n.º 48/98, de 11.8, são o programa nacional da política de ordenamento do território, os planos regionais de ordenamento do território e os planos intermunicipais de ordenamento do território), bem como os instrumentos de planeamento (que face ao disposto no art.º 9.º, n.º 2, da Lei n.º 48/98, de 11.8, são os planos municipais de ordenamento do território, que, por sua vez, compreendem as seguintes figuras: plano director municipal, plano de urbanização e plano de pormenor).
- 78 Assim, enquanto os instrumentos de desenvolvimento territorial permitem orientar a evolução urbanística segundo regras protectoras de zonas sensíveis em matéria de património cultural, orientações que posteriormente se hão-de projectar nos instrumentos de planeamento, estes últimos instrumentos, particularmente, os planos directores municipais, permitem estabelecer os parâmetros urbanísticos aplicáveis e a delimitação de zonas de protecção, protegendo e salvaguardando, assim, os bens culturais.
- 79 Tais preceitos legais ou outros com semelhante conteúdo legal devem ser devidamente conjugados com os preceitos legais que prevêem directa ou indirectamente a tutela penal do património cultural, sendo, aliás, o que sucede, necessariamente, e como se tratará na anotação própria, com o tipo legal de crime de destruição de vestígios previsto no art.º 103.º da Lei n.º 107/01, de 8.9).
- 80 Além disso, e ainda dentro da política do urbanismo e do ordenamento do território, e com vista a solucionar diversos problemas – desenvolvimento das zonas urbanas, consolidação dos perímetros urbanos, crescimento sustentado da edificação, integração das áreas urbanas e rurais, etc. – o legislador criou o Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 104/04, de 7.5, entretanto revogado pelo art.º 83.º, al. a), do Decreto-Lei n.º 307/09, de 23.10, que aprovou o

novo Regime Jurídico da Reabilitação Urbana, que nos seus art.ºs 21.º, n.º 2 e n.º 3 e 28.º estabelece uma conjugação directa e necessária com a Lei n.º 107/01, de 8.9. Por fim, e ainda dentro da legislação conexa, e no que concerne a medidas de protecção do património cultural, por vezes, há que ter em linha de conta as normas constantes do Regime de Licenciamento Municipal de Obras Particulares, do Decreto-Lei n.º 794/76, de 5.11 (Lei de Política de Solos) e do Decreto-Lei n.º 555/99, de 16.12 (Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, republicado pela Lei n.º 60/07, de 4.9, e alterado pelos Decretos-Leis n.ºs 18/08, de 29.1 e 116/08, de 4.7), normas essas que jamais poderão conduzir a uma interpretação que afaste ou derroque as normas constantes da Lei n.º 107/01, de 8.9.

81

Artigo 101.º

Crime de deslocamento

Quem proceder ao deslocamento de um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, fora das condições referidas no artigo 48.º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotações 4 a 9)

O tipo objectivo (anotações 10 a 42)

O tipo subjectivo (anotações 43 a 46)

A participação (anotação 47)

O concurso (anotação 48)

A pena (anotação 49)

As **fontes** desta disposição são os art.ºs 24.º da Lei n.º 13/85, de 6.7 e 5.º da Convenção de Granada de 1985 (Convenção para a Salvaguarda do Património Arquitectónico da Europa).

1

O art. 24.º da Lei n.º 13/85, dispunha que “Nenhum monumento classificado ou em vias de classificação poderá ser deslocado, em parte ou na totalidade, do lugar que lhe compete, excepto no caso de a salvaguarda material do mesmo o exigir imperativamente, devendo então a autoridade competente fornecer todas as garantias necessárias quanto à desmontagem, à remoção e à reerecção do monumento em lugar apropriado”.

2

Por sua vez, o art. 5.º da Convenção dispõe que “As Partes comprometem-se a não permitir a remoção total ou parcial, de um monumento protegido, salvo na hipótese de a protecção física desse monumento o exigir de forma imperativa. Em tal caso, a autoridade competente toma as precauções necessárias à respectiva desmontagem, transferência e remontagem em local adequado”.

3

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o valor cultural do bem imóvel edificado no lugar que lhe compete e o respectivo acesso e fruição cultural por parte da comunidade globalmente considerada.

4

O crime de deslocamento é um **crime de dano** (quanto à lesão do bem jurídico) e **de resultado** (quanto ao objecto da acção).

5

Estamos perante um caso de tutela penal directa de bens classificados, ou seja, o sistema só tutela os bens que foram previamente classificados ou que estejam em vias de classificação, sistema que tem vantagens no que respeita à segurança jurídica e à determinação do tipo legal, não deixando qualquer margem para a valoração judicial, na medida em que face à classificação sabe-se logo quais são os bens imóveis merecedores de tutela penal.

6

- 7 A norma pode ser eventualmente considerada como norma penal em branco, uma vez que descreve de forma incompleta os pressupostos de punição do crime em causa, remetendo parte da sua concretização para outras normas complementares e integradoras.
- 8 O tipo legal de crime de deslocamento para ser devidamente interpretado e aplicado necessita de ser confrontado com várias normas para as quais remete explícita e implicitamente.
- 9 Porém, a nosso ver, não existe qualquer ofensa ao princípio da legalidade, na medida em que os elementos essenciais da conduta mostram-se suficientemente determinados no tipo legal de crime, sendo que, além disso, as demais normas complementares e integradoras encontram-se inseridas no mesmo diploma legal.
- 10 O **tipo objectivo** consiste no deslocamento de um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, do lugar de origem para um local diferente, fora das condições referidas no art. 48.º da Lei n.º 107/01, de 8.9, que dispõe que “nenhum imóvel classificado nos termos do artigo 15.º da presente lei, ou em vias de classificação como tal, poderá ser deslocado ou removido, em parte ou na totalidade, do lugar que lhe compete, salvo se, na sequência do procedimento previsto na lei, assim for julgado imprescindível por motivo de força maior ou por manifesto interesse público (...)”, sendo que, em casos de demolição total ou parcial de bens imóveis classificados nos termos do referido art. 15.º, ou em vias de classificação como tal, o art. 49.º, n.º 2, da Lei n.º 107/01, de 8.9, dá primazia a eventual salvaguarda ou deslocamento do bem.
- 11 O deslocamento lícito (ou seja o que observar as condições referidas no art. 48.º) só pode ocorrer verificados os condicionalismos legais e, além disso, somente em casos excepcionais, nomeadamente por motivo de força maior, por manifesto interesse público ou como acto impeditivo de eventual demolição do bem.
- 12 Assim, a verificação do condicionalismo previsto no mencionado art. 48.º funciona como uma delimitação negativa no que concerne ao crime de deslocamento.
- 13 O crime de deslocamento é um **crime comum**, uma vez que qualquer pessoa pode ser autor do mesmo, nomeadamente o proprietário ou possuidor do bem imóvel classificado ou em vias de classificação pode ser sujeito activo deste crime, uma vez que a tutela penal se estende a quem entra em relação material com o bem imóvel classificado ou em vias de classificação.
- 14 O deslocamento, em termos de determinação da factualidade típica, consiste na acção de mudar, parcial ou totalmente, um bem imóvel classificado, ou em vias de classificação, do lugar de origem para outro lugar sem observar as mencionadas condições legais.
- 15 A preservação do lugar de origem onde se encontra edificado o bem colhe fundamento no entendimento de que a permanência de certa categoria de objectos junto do povo ou de uma população que os considera seus ou que os segregou é condição indispensável à defesa e consolidação da identidade cultural da nação em causa (ver, neste sentido, Relatório Intercalar, cit., p. 8).
- 16 O lugar de origem onde se encontrava edificado o bem imóvel classificado, ou em vias de classificação e o lugar de destino, devem corresponder, no espaço, a um lugar certo, determinado, identificado e descrito, com recurso a planta e topografia, pois só assim será possível, em muitos casos, determinar se determinado bem imóvel foi ou não deslocado do lugar de origem.
- 17 Todavia, é duvidoso que seja susceptível de preencher a factualidade típica o deslocamento parcial de um peso de lagar de origem romana do local originário para outro local situado ainda dentro da área da mesma quinta romana, classificada

como monumento nacional, matéria esta que foi tratada no processo de inquérito n.º 356/05.9 TASLV dos Serviços do Ministério Público da Comarca de Silves.

O deslocamento compreende uma sequência de actos, nomeadamente a desmontagem (total ou parcial) do bem imóvel no lugar de origem, a remoção, o transporte e a reconstrução (remontagem) em lugar diferente do lugar de origem, sendo que a consumação do crime ocorre logo com a prática do acto de desmontagem, sob pena se assim não se entender, o acto de desmontagem preencher eventualmente a prática do crime de dano qualificado previsto no art. 213, n.º 1, al. d), do Código Penal.

O objecto da acção é um **bem imóvel classificado** nos termos do art. 15.º da Lei n.º 107/01, de 8.9, ou em vias de classificação, constatando-se de tal preceito, e na parte que nos interessa atentar, que os bens imóveis podem pertencer às categorias de monumento, conjunto ou sítio, nos termos em que tais categorias se encontram definidas no direito internacional.

O bem imóvel classificado ou em vias de classificação, e independentemente da categoria, atento o preceituado no n.º 2 do art. 15.º da Lei n.º 107/01, tanto pode estar classificado como de interesse nacional (neste caso, tem a designação de monumento nacional), como de interesse público ou como de interesse municipal. Atenta a remissão que é feita para o direito internacional no que concerne à definição das categorias de monumento, conjunto ou sítio, constata-se que o art. 1.º da Convenção de Paris de 1972 (Convenção para a Protecção do Património Mundial, Cultural e Natural, concluída em Paris em 16.11.1972), considera como património cultural os monumentos – obras arquitectónicas, de escultura ou de pintura monumentais, elementos ou estruturas de carácter arqueológico, inscrições, grutas e grupos de elementos com valor universal excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência – e os conjuntos – grupos de construções isolados ou reunidos que, em virtude da sua arquitectura, unidade ou integração na paisagem, têm valor excepcional do ponto de vista da história, da arte ou da ciência.

Complementando as definições anteriores, e no que concerne à definição do património arquitectónico, o art. 1.º da Convenção de Granada de 1985 (Convenção para a Salvaguarda do Património Arquitectónico da Europa) preceitua que a expressão “património arquitectónico” é considerada como integrando os monumentos – todas as construções particularmente notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, incluindo as instalações ou os elementos decorativos que fazem parte integrante de tais construções – os conjuntos arquitectónicos – agrupamentos homogéneos de construções urbanas ou rurais, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico, e suficientemente coerentes para serem objecto de uma delimitação topográfica – e os sítios – obras combinadas do homem e da natureza, parcialmente construídas e constituindo espaços suficientemente característicos e homogéneos para serem objecto de uma delimitação topográfica, notáveis pelo seu interesse histórico, arqueológico, artístico, científico, social ou técnico.

Os jardins históricos são considerados monumentos e estão contemplados implicitamente na Convenção de Granada, bem como na Carta de Florença de 1982 sobre jardins históricos.

A composição arquitectónica do jardim histórico inclui a respectiva planta e topografia, as espécies de vegetação (proporções, esquemas de cores, espaçamentos e alturas respectivas), os elementos estruturais, os elementos arquitectónicos, escultóricos e decorativos, bem como os aspectos de infra-estrutura, como obras de drenagem e sistema de irrigação.

- 25 O conjunto histórico não se refere necessariamente a uma cidade inteira (por exemplo, como Toledo), mas abrange também os núcleos de menor extensão (bairros, centros históricos, recintos amuralhados).
- 26 Entende-se que estão incluídos dentro do conceito de monumento todos os imóveis pertencentes ao património histórico e arquitectónico, como edificações, casas, palácios, castelos, igrejas, muralhas, assim como jardins, lugares, terras que possam ter interesse histórico (o prédio rústico onde se travou a batalha dos Atoleiros), o mesmo acontecendo com os elementos integrados nos bens imóveis, nomeadamente frontões, estátuas, mosaicos, frescos, escudos heráldicos, vitrais, colunas, portas, balcões, que a serem desintegrados passarão a constituir bens móveis e a serem objecto, se for caso disso, do sistema de tutela penal constante do Código Penal.
- 27 Em Espanha, o Real Decreto 782/1980, de 7.3, considera como elementos integrantes dos monumentos histórico-artísticos, os órgãos e instrumentos musicais afins instalados nesses monumentos.
- 28 Na actualidade, e partindo do núcleo essencial da ideia de cultura, assistiu-se a uma ampliação do conceito de monumento de molde a abranger outras realidades, como as obras de escultura colossal (obras modeladas, talhadas ou esculpidas pelo homem em qualquer material) realizações de arquitectura industrial, de engenharia, como as denominadas construções técnicas ou industriais, nomeadamente edifícios industriais, fábricas, canais, pontes, portos e estações ferroviárias.
- 29 A determinação da factualidade típica implica também que estejamos perante um bem imóvel classificado ou vias de classificação, expressões de idêntico valor, sendo que um bem imóvel destituído de classificação ou de não se encontrar em vias de o ser não pode ser objecto de tutela penal para efeitos do preenchimento do crime de deslocamento.
- 30 Bem imóvel classificado é aquele que foi objecto de um procedimento administrativo de classificação, que culminou com a classificação por decreto do Governo, nos termos do disposto nos art.ºs 18.º, n.º 1 e 28.º, n.º 1, da Lei n.º 107/01, de 8.9.
- 31 O Senhor Professor Sérvulo Correia define o acto de classificação como o “acto administrativo que constitui a certeza jurídica do valor cultural de uma coisa para efeito de submissão desta ao regime jurídico do património cultural e eventualmente a situa nas subcategorias que a lei estabelece para os bens de valor cultural” (ver JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Procedimento de Classificação de Bens Culturais*, in *Direito do Património Cultural*, Instituto Nacional de Administração, 1996, p. 330).
- 32 O procedimento administrativo de classificação dos bens imóveis de interesse cultural encontra-se estabelecido no Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10.
- 33 Um bem imóvel é considerado em vias de classificação a partir da notificação da decisão de abertura do respectivo procedimento de classificação ou da publicação do respectivo anúncio, consoante aquela que ocorra em primeiro lugar (art. 25.º, n.º 5, da Lei n.º 107/01, de 8.9 e art. 14.º do Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10).
- 34 Quanto ao âmbito de classificação dos bens imóveis de interesse cultural, é de particular importância o regime estabelecido no art. 2.º do Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10, que dispõe que “a classificação de um imóvel pode abranger, designadamente, prédios rústicos e prédios urbanos, edificações ou outras construções que se incorporem no solo com carácter de permanência, bem como jardins, praças ou caminhos”.
- 35 No que concerne aos critérios de classificação, há que atender, em primeira linha, à matéria preceituada no art. 17.º da Lei n.º 107/01, de 8.9, que manda tomar em conta um ou vários dos critérios mencionados no referido preceito legal, sendo

que, no caso de se atender a vários critérios, certamente, que uns serão mais relevantes que outros.

Por isso, o preceito referido terá que ser devidamente conjugado com o art. 21.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10, que define o denominado interesse cultural relevante de entre os vários domínios descritos no preceito legal.

A decisão de classificar ou não um bem imóvel enquadra-se numa área de discricionariedade técnica da Administração do Património Cultural, só sendo sindicável pelo juiz em caso de erro de facto (por exemplo, se se partir do princípio de que um objecto provem da Idade Média quando, na realidade, foi manufacturado há poucas décadas) ou de erro manifesto de apreciação (por exemplo, um imóvel é considerado um exemplar de uma corrente arquitectónica e estudos recentes concluem em sentido diverso) ou erro grosseiro de apreciação (por exemplo, bem com um valor cultural residual, manifestamente insuficiente para justificar a sua classificação) e no que concerne a bens que, manifestamente, não são bens culturais, pois caso contrário, o juiz estaria a substituir-se ao poder executivo e ao seu juízo de valoração parcialmente livre para efeito de preenchimento de um ou vários conceitos jurídicos indeterminados, o que seria inadmissível face ao princípio de separação de poderes (ver, neste sentido, JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, ob. cit., p. 342).

O art. 112.º, n.º 1, da Lei n.º 107/01, de 8.9, manteve em vigor os anteriores actos de classificação feitos ao abrigo da legislação anterior, sendo que anteriormente o art. 60.º da Lei n.º 13/85, de 6.7. tinha também mantido em vigor os anteriores actos de classificação feitos ao abrigo da legislação anterior.

Assim, naqueles casos penais em que não há dúvidas de que os bens em causa são verdadeiramente bens culturais e se encontram devidamente classificados como tal, no entanto, o conteúdo ou as omissões do acto de classificação gera dúvidas e incertezas quanto ao preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados há que atender ao interesse cultural relevante, e caso subsistem dúvidas quanto muito poder-se-á encontrar uma solução através da via da justiça administrativa, nomeadamente através do procedimento da desclassificação e nunca através de vias que violam o princípio da separação de poderes.

Por isso, e ainda que tenha incidido perante a eventual prática de um crime de dano qualificado, e tendo em conta que, por força de lei, se mantiveram em vigor os anteriores actos de classificação, temos muitas dúvidas no decidido no Ac. do TRE de 30.09.2008, www.dgsi.pt, segundo o qual, “I – Não sendo conhecidos os elementos caracterizadores de uma Quinta que levaram a que a mesma fosse classificada como monumento nacional não é possível concluir que as obras levadas a cabo pelos arguidos integram os elementos objectivo e subjectivo do crime de dano qualificado que lhes é imputado na acusação pública. II – Não é toda a acção sobre coisa classificada como património cultural que é susceptível de produzir dano criminalmente punível, mas apenas e tão só aquela que afecte os elementos que determinaram a classificação, a qual deve ser fundamentada”.

Por outro lado, é sabido que ao acto de classificação de um bem imóvel contrapõe-se o acto de desclassificação que configura uma decisão que traduz um novo juízo sobre os pressupostos de facto que fundamentaram a classificação e desinveste o bem de um estatuto de interesse cultural que lhe fora atribuído por um acto anterior (ver neste sentido, e para maior desenvolvimento, CARLA AMADO GOMES, ob. cit., pp. 75-104).

O procedimento de desclassificação está previsto e disciplinado no art. 35.º do Decreto-Lei n.º 309/09, de 8.9.

- 43 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo, sendo bastante o dolo eventual.
- 44 O dolo pressupõe o conhecimento de todos os elementos ou circunstâncias descritas na factualidade típica.
- 45 O agente tem que representar de que se trata de um bem imóvel classificado ou em vias de classificação.
- 46 Assim, actuará sem dolo, o proprietário que proceda ao deslocamento de um bem cultural imóvel sem saber que o mesmo está classificado ou em vias de classificação.
- 47 No que se refere às formas de comparticipação, é admissível a autoria mediata, a co-autoria, a instigação e a cumplicidade.
- 48 Há **concurso aparente** entre o crime de deslocamento e o crime de dano qualificado. Poderá haver casos de concurso efectivo entre o crime de deslocamento e o crime de furto qualificado de coisa com importante valor científico, artístico ou histórico no que concerne a bens culturais móveis provenientes de desmembramento do bem imóvel objecto de deslocamento (por exemplo, painel de azulejos, frescos, brasões ou inscrições).
- 49 Quanto à **pena**, e caso ocorra uma situação de sobreposição legal entre os arts. 101.º e 104.º, al.ª a), da Lei n.º 107/01, de 8.9 (que ocorrerá sempre nas situações em que se aplicar o art. 48.º), pode haver lugar eventualmente à aplicação das sanções acessórias previstas no art. 108.º do mencionado diploma legal, na medida em que, tendo em conta o disposto no art. 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27.10, se o facto constituir crime e contra-ordenação, o agente é sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação.

Artigo 102.º

Crime de exportação ilícita

1. Quem proceder à exportação ou expedição de um bem classificado como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 ou 3 do artigo 65.º, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. Em caso de negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com multa até 120 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 7)

O tipo objectivo (anotações 8 a 21)

O tipo subjectivo (anotações 22 e 23)

A tentativa (anotação 24)

A comparticipação (anotação 25)

O concurso (anotação 26)

A pena (anotação 27)

- 1 As **fontes** desta disposição são os art.ºs 30.º, n.º 2, 31.º, 33.º, 34.º e 35.º da Lei n.º 13/85, de 6.7, bem como a Convenção de Paris de 14.11.1970, a Convenção Unidroit de 1995 e a Directiva e Regulamentos Comunitários referenciados nos pontos 11 e 12 da anotação do art. 100.º
- 2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o valor cultural do bem classificado como de interesse nacional ou em vias de classificação como tal e o respectivo acesso e fruição cultural por parte da comunidade globalmente considerada.

- O crime de exportação ilícita é um **crime de dano** (quanto à lesão do bem jurídico) e **de resultado** (quanto ao objecto da acção). 3
- Estamos perante um caso de tutela penal directa de bens classificados, ou seja, o sistema só tutela os bens que foram previamente classificados como de interesse nacional ou que estejam em vias de classificação como tal, tudo com as mesmas implicações mencionadas na anotação ao artigo anterior. 4
- A norma pode ser considerada também como **norma penal em branco**, uma vez que descreve de forma incompleta os pressupostos de punição do crime em causa, remetendo parte da sua concretização para outras normas complementares e integradoras. 5
- O tipo legal de crime de exportação ilícita para ser devidamente interpretado e aplicado necessita, assim, de ser confrontado com várias normas para as quais remete explícita e implicitamente, nomeadamente para as normas constantes do Capítulo IV da Lei n.º 107/01, de 8.9. que disciplinam a exportação, expedição, importação, admissão e comércio de bens culturais. 6
- Porém, a nosso ver, não existe qualquer ofensa ao princípio da legalidade, na medida em que os elementos essenciais da conduta mostram-se suficientemente determinados no tipo legal de crime, sendo que, além disso, as demais normas complementares e integradoras encontram-se inseridas no mesmo diploma legal. 7
- O **tipo objectivo** consiste na exportação ou expedição de um bem classificado como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, fora dos casos previstos nos n.ºs 2 ou 3 do art. 65.º da Lei n.º 107/01, de 8.9, que dispõem que “a exportação e expedição temporárias de bens classificados como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, apenas pode ser autorizada, por despacho do membro do Governo responsável pela área da cultura, para finalidades culturais ou científicas, bem como de permuta temporária por outros bens de igual interesse para o património cultural” e que “a exportação e expedição definitivas de bens classificados como de interesse nacional, ou em vias de classificação como tal, pertencentes ao Estado, apenas podem ser autorizadas, a título excepcional, pelo Conselho de Ministros, para efeito de permuta definitiva por outros bens existentes no estrangeiro que se revistam de excepcional interesse para o património cultural português”. 8
- Assim, o n.º 2 do art. 65.º reporta-se à exportação e expedição temporárias, que podem ser autorizadas apenas em três situações: devido a finalidades culturais; ou devido a finalidades científicas; ou devido a permuta temporária. Por seu lado, o n.º 3 do referido preceito reporta-se à exportação e expedição definitivas de bens pertencentes ao Estado, que apenas podem ser autorizadas excepcionalmente e para efeito de permuta. 9
- A exportação ou expedição definitiva de bem classificado como de interesse nacional ou em vias de classificação como tal por parte do proprietário ou possuidor é absolutamente proibida, na medida em que implica a perda irremediável do bem. 10
- O preceito em anotação pretende regular e limitar o comércio de bens culturais para outros países, não punindo nesta sede a importação de bens culturais. 11
- A comercialização interior de bens culturais é livre, actividade que é exercida por antiquários e leiloeiros, aliás, o que se conjuga com a sanção acessória prevista no art. 108.º, n.º 1, al.ª b), da Lei n.º 107/01, de 8.9. 12
- A exportação lícita (ou seja a que observar as condições estabelecidas no art. 65.º) só pode ocorrer verificados os conditionalismos legais (ver sobre esta problemática, ANTÓNIO FERRER CORREIA, A venda internacional de objectos de arte e protecção do património cultural, Coimbra Editora, 1994). 13

- 14 Assim, a verificação dos condicionalismos previstos no mencionado art. 65.º funciona como uma delimitação negativa no que concerne ao crime de exportação ilícita.
- 15 O crime de exportação ilícita é um crime comum, uma vez que qualquer pessoa pode ser autor do mesmo, nomeadamente o proprietário ou possuidor do bem classificado como de interesse nacional ou em vias de classificação pode ser sujeito activo deste crime, uma vez que a tutela penal se estende a quem entra em relação material com o bem.
- 16 Situação diferente é a que tem a ver com o tráfico internacional de bens culturais, em que o proprietário é vítima de crime de furto ou roubo de bens classificados de interesse nacional ou em vias de classificação como tal, seguindo-se à prática de tais crimes, o de exportação ilícita cometido, eventualmente, por redes ou associações criminosas.
- 17 A exportação ou expedição ilícita, em termos de determinação da factualidade típica, consiste na acção de fazer sair ilicitamente do território português bem classificado como de interesse nacional ou em vias de classificação como tal.
- 18 O crime de exportação ilícita pode compreender diversos actos, nomeadamente a expedição do bem e o transporte para fora do território português.
- 19 O objecto da acção é um bem classificado nos termos do n.º 3 do art. 15.º da Lei n.º 107/01, de 8.9, ou em vias de classificação como tal, constatando-se de tal disposição legal que os bens imóveis podem ser classificados como de interesse nacional, com a designação de “monumento nacional” e os bens móveis podem ser classificados como de interesse nacional, com a designação “tesouro nacional”.
- 20 A determinação da factualidade típica implica também que estejamos perante um bem classificado como de interesse nacional, sendo que um bem cultural classificado com categoria inferior (de interesse público ou de interesse municipal), ou destituído de classificação não merece tutela penal para efeitos do preenchimento do crime de exportação ilícita.
- 21 A exportação operada, com inobservância do disposto no art. 65.º, n.ºs 2 e 3, numa fase em que o bem cultural ainda não está classificado mas está em vias de o poder ser como bem de interesse nacional (é o que resulta da expressão legal “em vias de classificação como tal” constante do tipo objectivo) é susceptível de integrar a factualidade típica, no entanto, se o bem vier a ser classificado numa categoria inferior (por exemplo, de interesse público) afigura-se-nos que tal situação não merecerá tutela penal, o que também parece suceder naqueles casos em que do procedimento de classificação não resulta o estatuto proposto de interesse nacional mas o bem vem a ser classificado de interesse nacional (ver, neste sentido, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, Da Tutela Penal e Contra-Ordenacional do Património Cultural, *in* Direito do Património Cultural, Cadernos de Património 2, Câmara Municipal de Sintra, 2006, p. 96).
- 22 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo, o qual deve abranger a totalidade dos elementos da factualidade típica, nomeadamente o conhecimento de que se trata de um bem classificado como de interesse cultural ou em vias de classificação.
- 23 O tipo subjectivo do crime de exportação ilícita negligente admite qualquer modalidade de negligência.
- 24 A **tentativa** do crime de exportação ilícita dolosa é punível, nos termos gerais.
- 25 No que se refere às formas de **comparticipação**, é admissível a autoria mediata, a co-autoria, a instigação e a cumplicidade.
- 26 Há **concurso aparente** entre o crime de exportação ilícita e o crime de dano qualificado. Poderá haver casos de concurso efectivo entre o crime de exportação

ilícita e o crime de furto qualificado de coisa com importante valor científico, artístico ou histórico.

Quanto à **pena**, e caso ocorra uma situação de sobreposição legal entre os arts. 102.º e 104.º, al.^a c), da Lei n.º 107/01, de 8.9 (que ocorrerá sempre nas situações em que se aplicar o art. 65.º), pode haver lugar eventualmente à aplicação das sanções acessórias previstas no art. 108.º do mencionado diploma legal, nomeadamente interdição do exercício da profissão de antiquário ou leiloeiro, na medida em que, tendo em conta o disposto no art. 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27.10, se o facto constituir crime e contra-ordenação, o agente é sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação.

27

Artigo 103.º

Crime de destruição de vestígios

Quem, por inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas decretadas em conformidade com a presente lei, destruir vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotações 3 a 16)

O tipo objectivo (anotações 17 a 49)

O tipo subjectivo (anotações 50 e 51)

A participação (anotação 52)

O concurso (anotação 53)

A pena (anotação 54)

As **fontes** desta disposição são os artigos 36.º e seguintes da Lei n.º 13/85, de 6.7, a Convenção Europeia para a Protecção do Património Arqueológico assinada em Londres em 6.5.1969 (e revista em Malta em 1992), a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, aprovada em Montego Bay, em 10.12.1982 e o Decreto-Lei n.º 164/97, de 27.6 (que deu cumprimento ao disposto no art. 303.º da Convenção sobre o Direito do Mar).

1

Convém referir que, após a entrada em vigor da Lei n.º 107/01, de 8.9, e no âmbito da UNESCO, em 2001, em Paris, foi aprovada a Convenção para a Protecção do Património Cultural Subaquático.

2

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o valor cultural do bem arqueológico e o respectivo acesso e fruição cultural por parte da comunidade globalmente considerada.

3

No caso em apreço estamos, ainda com que com alguma limitação, perante uma situação de tutela penal real dos bens culturais, ou seja, o sistema tutela penalmente os bens de acordo com o seu valor cultural, independentemente de terem sido anteriormente objecto de qualquer classificação ou inventariação, daí que, e por isso mesmo, não nos parece que hoje se possa acompanhar o Ac. STJ de 26.2.1997, *in* CJ, I, 237, segundo o qual “I – Para que um bem arqueológico possa ser considerado património social e cultural é indispensável que todo um processo se desenrole com o fim de, como tal, o classificar. II – Apenas pode ser praticado o crime de dano qualificado por atentado contra o património cultural, desde que os bens estejam classificados ou em vias de classificação. III – Por isso, não comete este crime aquele que adquiriu legitimamente um terreno à Câmara Municipal, que não estava classificado e nele procede a construções devidamente licenciadas por

4

essa Câmara, apesar de situado a cerca de 10 metros de umas “Termas Romanas” classificadas e de ter sido objecto de escavações arqueológicas levadas a efeito por uma Unidade de Arqueologia de uma Universidade”.

- 5 A destruição de bens arqueológicos classificados preencherá o crime de dano qualificado previsto e punido pelo art. 213.º, n.º 1, al. d), do Código Penal.
- 6 A limitação apontada deriva do facto da destruição ter que ser feita contrariando o disposto na lei ou em providências limitativas (por exemplo, terraplanagem de terrenos cuja licença de construção estava subordinada à realização de escavações prévias que não são feitas e que, por isso, acabam por destruir bens arqueológicos).
- 7 Em termos do ordenamento jurídico do património cultural, trata-se da única situação de tutela penal real dos bens culturais, sendo que o preceito em anotação abriu a hipótese de punir muitas das situações resultantes da especulação imobiliária e do desleixo de alguns construtores.
- 8 A especulação imobiliária, a crescente necessidade de novos espaços para urbanizar, a inércia e/ou a disfunção da administração pública têm contribuído para o empobrecimento do património cultural, sendo que, às empresas de construção civil fica mais barato, muitas vezes, destruir o bem e sofrer as respectivas consequências, do que o conservar e, por vezes, é o próprio Estado o agente da destruição dos bens, pois quando os prazos são curtos e existem limitações orçamentais, prefere-se terraplanar o terreno a fazer uma operação de arqueologia preventiva para avaliar do interesse de vestígios arqueológicos (ver, neste sentido, JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *op. cit.*, p. 362).
- 9 Este sistema abrange todos os bens sem excepção, independentemente da prévia intervenção do Estado no que concerne à classificação de bens, originando, todavia, problemas no que respeita à determinação do tipo legal de crime e à segurança jurídica, no entanto, e não obstante isso, tal sistema mostra-se compatível com o princípio da legalidade.
- 10 A norma pode ser considerada também como norma penal em branco, uma vez que parte da sua estrutura não está contemplada no tipo legal de crime.
- 11 Com efeito, no tipo legal de crime descreve-se de forma incompleta os pressupostos de punição do crime em causa, remetendo parte da sua concretização para outras normas, nomeadamente para disposições legais ou regulamentares e, bem assim, para providências limitativas decretadas em conformidade com a lei que abrange a norma penal em branco.
- 12 Daí que através do artigo em anotação, tomado isoladamente, não é possível saber quais são os comportamentos concretos que envolvem responsabilidade penal.
- 13 Com efeito, não basta que tenha havido uma destruição de vestígios, bens ou indícios arqueológicos, é necessário que tal destruição tenha sido o resultado da inobservância de disposições legais ou regulamentares.
- 14 Assim, o tipo legal de crime de destruição de vestígios arqueológicos para ser devidamente interpretado e aplicado necessita de ser confrontado com várias normas para as quais remete explícita e implicitamente.
- 15 A questão que se levanta com acuidade, é que a norma em causa remete, além do mais, para regulamentos, situação que pode causar problemas, nomeadamente infringir a reserva de lei e levantar problemas de eventual inconstitucionalidade por violação dos princípios da legalidade e da tipicidade.
- 16 O crime de destruição de vestígios arqueológicos é um **crime de dano** (quanto à lesão do bem jurídico) e **de resultado** (quanto ao objecto da acção).
- 17 O **tipo objectivo** consiste na destruição de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos feita por inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas decretadas em conformidade com a Lei n.º 107/01, de 8.9.

- A modalidade da acção típica consiste na destruição de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos, os quais podem consistir em bens imóveis e/ou bens móveis que serão sempre pertença do Estado ainda que não estejam devidamente classificados, uma vez que, por força do disposto no art. 74.º, n.º 3, da Lei n.º 107/01, de 8.9., os bens arqueológicos constituem património nacional. 18
- Destruir significa desfazer, o que implica a realização de uma actuação física e, em certo sentido, violenta sobre o bem, visando a eliminação material do mesmo. 19
- Entende-se que “destrói” um valioso quadro depositado numa dependência de um museu quem, tendo um dever de vigilância ou de salvaguardar o bem das fontes de perigo que podem causar danos ao bem, omite dolosamente restaurar o mesmo em tempo oportuno ou omite retirá-lo do efeito nocivo de uma goteira. 20
- O mesmo se entende relativamente ao funcionário municipal directamente responsável pela conservação do património cultural existente na área geográfica da sua competência funcional que omite dolosamente adoptar medidas necessárias para evitar o resultado lesivo tipicamente relevante. 21
- O responsável técnico por uma obra de restauração de um bem arqueológico (bem imóvel) que, com conhecimento das gretas que se produziram num dos muros do edifício na consequência das operações de escavação realizadas, omite dolosamente proceder à reparação do muro, provocando com isso a queda e, consequentemente, a destruição do mesmo, torna-se responsável por tal resultado. 22
- A destruição determina a perda total de utilidade do bem e implica o sacrifício da sua substância, sendo que a conduta típica tem de atingir o limiar de danosidade social. 23
- Na verdade, pequenas danificações não são abrangidas pelo crime de dano, desde que a coisa continue a desempenhar cabalmente a função a que está destinada, daí que não faça sentido punir condutas que não produzam danos relevantes ao bem jurídico protegido (ver, neste sentido, JOSÉ JOAQUIM FERNANDES OLIVEIRA MARTINS, *op. cit.*, p. 213). 24
- Terá que existir um **nexo de causalidade** entre a inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas (que deverão ser devidamente sinalizadas) e a destruição de vestígios, bens ou outros indícios arqueológicos. 25
- A destruição de bens arqueológicos não classificados sem que haja inobservância de disposições legais ou regulamentares ou providências limitativas configura uma conduta atípica. 26
- A inobservância de disposições legais ou regulamentares por parte do agente do crime de destruição de vestígios arqueológicos varia consoante a natureza da actividade arqueológica. 27
- Assim, se se tratar de um caso de actividade arqueológica em meio subaquático, algumas das disposições legais que têm que ser observadas constam dos art.ºs 12.º, n.º 3 e 15.º do Decreto-Lei n.º 164/97, de 27.6. 28
- Porém, se se tratar de actividade arqueológica em meio terrestre, as disposições legais ou regulamentares constam da própria Lei n.º 107/01, da legislação de desenvolvimento, da legislação conexa e dos instrumentos de gestão territorial referidos na anotação ao art. 100.º, nomeadamente os planos directores municipais. 29
- Suponha-se um caso de achamento fortuito de bens arqueológicos que, em princípio, ocorrerá num cenário de escavação ilícita, situação em que não existe, obviamente, qualquer licença, e que acarreta para o achador a obrigação de dar conhecimento do achado no prazo de quarenta e oito horas à administração do património cultural competente ou à autoridade policial a fim de, e além do mais, serem tomadas as providências convenientes, tudo conforme o disposto no art. 78.º, n.º 1, da Lei n.º 107/01. 30

- 31 A violação de tal obrigação constituirá, por si só, a contra-ordenação grave prevista e punida no art. 105.º, al.^a b), do mencionado diploma legal.
- 32 Porém, se o achador, além de não dar conhecimento do achado, proceder a escavação ilícita no âmbito da qual vem a destruir alguns bens arqueológicos, tal conduta, a nosso ver, é susceptível de integrar o crime de destruição de vestígios arqueológicos, na medida em que a omissão de comunicação do achado é susceptível de preencher a parte da factualidade típica que se refere à inobservância de disposição legal, sendo que, neste particular, mostra-se mais preciso o art. 12.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 164/97, de 27.6. que dispõe que “salvo motivo justificado, a falta de comunicação do achado no prazo referido no n.º 1 determina a perda dos direitos do achador, sem prejuízo da responsabilidade civil, criminal e contra-ordenacional a que haja lugar”, no entanto, tal disposição não deixa de reforçar o entendimento de que a falta de comunicação configura, por si só, uma inobservância de disposição legal.
- 33 Aliás, o mesmo acontece nos casos de achados fortuitos em obra nova previstos e disciplinados no art. 15.º do Decreto-Lei n.º 164/97, de 27.6.
- 34 Suponha-se a construção de uma marina e que no âmbito de remoção de terra, areia e outros materiais vêm a ser encontrados bens arqueológicos, e que o achador (ou a entidade responsável pela execução da obra) não procede à suspensão imediata dos trabalhos e não efectua a comunicação do achado e vem a destruir alguns desses bens.
- 35 Por outro lado, uma escavação arqueológica ilícita em meio terrestre com utilização de detectores de metais não autorizada no âmbito da qual vêm a ser descobertos e destruídos alguns bens arqueológicos, não constituirá um caso de achamento fortuito porque houve lugar a uma procura deliberada e activa dos bens arqueológicos e não accionará a aplicação do disposto no art. 78.º, n.º 1, da Lei n.º 107/01, antes constituirá, isso sim, um caso de utilização ilegal de detectores de metais que, se não tivesse havido lugar à destruição de bens arqueológicos, preencheria somente a contra-ordenação prevista no art. 105.º, al.^a a), com referência ao art. 75.º, n.º 6, ambas as disposições da Lei n.º 107/01, no entanto, e uma vez que houve lugar à destruição de bens arqueológicos face à utilização ilegal de detectores de metais, tal factualidade, a nosso ver, é susceptível de integrar a prática do crime de destruição de vestígios arqueológicos, na medida em que a utilização ilegal de detectores de metais (sem autorização) deve ser tida como uma situação de inobservância de disposição legal.
- 36 Com efeito, repare-se que a conduta é desenvolvida no âmbito de uma escavação ilícita e que ao retirarem-se dali bens ou objectos arqueológicos, está-se, desde logo, a destruir um contexto, que assim deixará de poder ser estudado por pessoal especializado
- 37 Por outro lado, a utilização de detectores de metais ou de outros aparelhos em meio subaquático encontra-se prevista e regulada no art. 8.º do Decreto-Lei n.º 164/97, de 27.6. (ver, para maior desenvolvimento sobre o achamento de bens culturais subaquáticos, a obra anteriormente citada de JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS).
- 38 As providências limitativas devem ser decretadas em conformidade com a Lei n.º 107/01, de 8.9 ou com a legislação de desenvolvimento da mencionada lei, nomeadamente com o Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10.
- 39 Assim, nos termos do disposto no art. 75.º da Lei n.º 107/01, pode ser estabelecida com carácter preventivo e temporário uma reserva arqueológica de protecção ou uma zona especial de protecção.
- 40 O Decreto-Lei n.º 309/09, de 23.10, por seu lado, e no que concerne a providências limitativas, permite criar zonas especiais de protecção provisórias.

- O crime de destruição de vestígios é um **crime comum**, uma vez que qualquer pessoa pode ser autor do mesmo. 41
- O património arqueológico (vestígios, bens ou indícios arqueológicos), segundo o disposto no art. 74.º da Lei n.º 107/01, é constituído por depósitos estratificados, estruturas, construções, bens móveis e/ou imóveis, bem como o respectivo contexto, quer estejam localizados em meio rural ou urbano, no solo, subsolo ou em meio submerso, no mar territorial ou na plataforma continental. 42
- A expressão legal referente a vestígios, bens e indícios (que também é utilizada, por exemplo, no art. 74.º) foi transposta directamente do art. 1.º, n.º 2, da Convenção de Londres de 1969. 43
- A referência ao subsolo, lugar tradicional de estudo da arqueologia, é acompanhada pela inclusão de todos aqueles bens, móveis e/ou imóveis, que situados na superfície, são susceptíveis de serem estudados com metodologia arqueológica, nomeadamente os edifícios em ruínas ou total ou parcialmente transformados ou incorporados noutros edifícios, vias públicas (por exemplo, vias romanas), muralhas, monumentos megalíticos, balneários, teatros, coliseus ou recintos desportivos. 44
- A definição de mar territorial consta da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10.12.1982, ao passo que a definição da plataforma continental consta da Convenção de 1958 sobre a Plataforma Continental. 45
- O património cultural subaquático, segundo o disposto no art. 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 164/97, de 27.6, “é constituído por todos os bens móveis ou imóveis e zonas envolventes (...) situados, inteiramente ou em parte, em meio subaquático, encharcado ou húmido: no mar territorial, seus leitos e margens; nos cursos de água, seus leitos e margens; nos lagos, lagoas e lagoas, seus leitos e margens; nos cais e valas, seus leitos e margens; nas águas sujeitas à influência das marés nos rios, lagos, lagoas e lagoas, seus leitos e margens; nos pântanos; nas águas subterrâneas; nas águas dos poços e reservatórios; nas zonas inundadas periodicamente ou actualmente assoreadas, nos seus leitos e margens, desde que tais trabalhos incidam sobre bens ou indícios de âmbito náutico”. 46
- A ser assim, e com vista a seleccionar a respectiva legislação a aplicar, há que atentar se se está perante uma actividade arqueológica em meio subaquático ou perante uma actividade arqueológica em meio terrestre. 47
- O legislador em obediência às mais modernas concepções arqueológicas não fornece uma descrição pormenorizada dos bens que fazem parte do património arqueológico, antes utiliza um conceito relativamente indeterminado, sendo que a protecção estende-se não só aos bens arqueológicos revelados (bens arqueológicos que se conhecem e que hajam sido objecto do atinente estudo), mas também aos bens arqueológicos por revelar (bens arqueológicos que ainda estão por descobrir). 48
- Assim, a protecção estende-se, por exemplo, aos edifícios ou ao que resta dos mesmos mas que não foram objecto de estudo, ainda que sejam visíveis; aos barcos afundados, localizados ou não, mas sem terem sido examinados ou estudados; a todas as zonas arqueológicas que se conhecem mas que ainda não foram estudadas. 49
- O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo, sendo que o dolo pressupõe o conhecimento de todos os elementos e circunstâncias descritas na factualidade típica, no entanto, não se exige um conhecimento pormenorizado e técnico, bastando que o agente saiba que incumpe deveres impostos por lei. Sobre conduta dolosa, veja-se o Ac. do STJ de 29.4.1999, *in* CJ, 1999, II, 204, segundo o qual “I – Comete um crime de dano agravado do art. 308.º, n.º 1, 309.º, n.º 3, al.ª a), do Código Penal de 1982 – qualificado pelo sucedâneo art. 213.º, n.º 1, al.ª d) – agindo com dolo quem, muito embora seja o dono de uma Quinta onde existe uma estação arqueológica da Idade do Ferro, sendo conhecedor da importância histórico-cultural 50

desse espólio, decide dar um aproveitamento agrícola ao terreno, contratando os serviços de uma máquina escavadora que, sob as suas ordens e fiscalização, removeu por completo esta estação arqueológica, ficando a mesma totalmente irrecuperável. II – Tal espólio arqueológico é classificado como sendo património nacional, por via do disposto no art. 2.º, n.º 1 e 36.º da Lei n.º 13/85, e é, por isso, um bem alheio ao proprietário do prédio onde o mesmo se situa”.

- 51 A destruição de vestígios devido a uma escavação urgente, após terem sido impostas medidas de minimização por arqueólogos, mas efectuada num contexto de evitar o desmoronamento de imóveis e salvaguardar o afastamento do perigo para a vida e integridade física dos residentes pode configurar uma situação de **estado de necessidade** como, aliás, se sustentou no despacho de arquivamento proferido no processo de inquérito n.º 1237/06.4 TAFAR dos Serviços do Ministério Público de Faro.
- 52 No que se refere às formas de **comparticipação**, é admissível a autoria mediata, a co-autoria, a instigação e a cumplicidade.
- 53 Poderá haver casos de **concurso efectivo** entre o crime de destruição de vestígios arqueológicos e o crime de desobediência, bem como com o crime de furto qualificado de coisa com importante valor científico, artístico ou histórico.
- 54 Quanto à **pena**, e no que concerne à actividade arqueológica em meio subaquático, caso ocorra uma situação de sobreposição legal entre os arts. 103.º e 22.º, do Decreto-Lei n.º 164/97, de 27.6., pode haver lugar eventualmente à aplicação das sanções acessórias previstas no art. 24.º do mencionado diploma legal, nomeadamente perda das embarcações, instrumentos ou equipamentos utilizados, na medida em que, tendo em conta o disposto no art. 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27.10, se o facto constituir crime e contra-ordenação, o agente é sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação.

JOSÉ ANTÓNIO FERREIRA ESPADA NIZA

CAPÍTULO II

Desporto

Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, que estabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos susceptíveis de afectar a verdade, a lealdade e a correcção da competição e do seu resultado na actividade desportiva (Artigos 8.º a 13.º)

Artigo 8.º

Corrupção passiva

O agente desportivo que por si ou mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão destinados a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

Sumário da anotação:

Considerações preliminares (anotação 1)

A fonte (anotações 2 a 5)

O bem jurídico (anotações 6 e 7)

O tipo objectivo (anotações 8 a 25)

O tipo subjectivo (anotação 26)

A participação (anotação 27)

A pena (anotações 28 a 31)

A corrupção era tradicionalmente associada à venalidade no exercício de funções públicas, à disfunção da Administração por via do mercadejar com os cargos públicos. O Código Penal de 1982, sucessivamente revisto, define diversos crimes cometidos no exercício de funções públicas, entre os quais se inclui o crime de corrupção e outros tipos criminais correlacionados. Por sua vez, a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, veio dispor sobre os crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos, incluindo, além do mais, normas sobre a corrupção. A evolução dos últimos anos, no regime jurídico-criminal da corrupção, condicionada pela crescente consciência da danosidade do fenómeno e pela necessidade de harmonização com vários instrumentos internacionais, conduziu ao endurecimento do sistema punitivo e à introdução de neocriminalizações, tornando ultrapassada a velha perspectiva da corrupção como criminalidade apenas relativa ao exercício de funções públicas. Para além da incriminação da corrupção de agentes públicos nacionais – funcionários e titulares de cargos políticos –, o legislador tem vindo a acrescentar outros tipos legais, relativos à corrupção de agentes públicos estrangeiros, à corrupção no comércio internacional e no sector privado e à corrupção no fenómeno desportivo, constituindo esta uma forma especificada de corrupção na actividade privada (neste sentido, quanto à caracterização da corrupção no fenómeno desportivo como forma de corrupção na actividade privada, DAMIÃO DA CUNHA, O conceito de funcionário, para efeito de lei penal e a “privatização da Administração Pública”, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 99 e 100).

A corrupção desportiva foi criminalizada, entre nós, pelo Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, na sequência da Lei n.º 1/90, de 13 de Janeiro (Lei de Bases do Sistema Desportivo), que no artigo 41.º, na sua redacção originária (alterada pela Lei n.º 19/96, de 25 de Junho), determinava que o Governo faria publicar legislação complementar para o desenvolvimento do diploma, contemplando, entre outros

domínios – ver n.º 1, alínea o) –, a “prevenção e repressão da violência, da dopagem e de outras formas de corrupção do fenómeno desportivo”.

- 3 Constituem fontes da disposição em análise os artigos 2.º e 3.º, do Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, que tipificavam a corrupção passiva nos seguintes termos:

“Artigo 2.º

1 – Quem, na qualidade de praticante desportivo, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, que não lhe sejam devidas, como contrapartida de acto ou omissão destinados a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva será punido com pena de prisão até dois anos. 2 – Se o facto não for executado ou, tendo-o sido, dele não resultar o efeito pretendido pelo agente, a pena será a de prisão até um ano. 3 – Se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara ou restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor, é isento de pena. 4 – A tentativa é punível.

Artigo 3.º

1 – Se os factos descritos no artigo anterior forem praticados por árbitro ou equiparado, cuja função consista em apreciar, julgar ou decidir a aplicação das regras técnicas e de disciplina próprias da modalidade desportiva, a pena será a de prisão até quatro anos. 2 – Na mesma pena incorre quem praticar os factos descritos no artigo anterior na qualidade de dirigente, treinador, preparador físico, orientador técnico, médico, massagista ou na de agente de qualquer outra actividade de apoio ao praticante desportivo. 3 – É correspondentemente aplicável aos números anteriores o disposto nos n.º 2 e 3 do artigo anterior, mas, no primeiro caso, a pena será a de prisão até dois anos.”

Nos termos da lei, praticante desportivo era “aquele que, a título individual ou integrado num conjunto, participa em competição desportiva”, sendo esta “a actividade desportiva organizada, regulamentada e exercida através das federações desportivas e das associações nelas filiadas.”

- 4 No dia 13 de Outubro de 2006, deu entrada na Assembleia da República o Projecto de Lei n.º 320/X, do Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata, com vista ao “Combate à corrupção e defesa da verdade desportiva.” Por sua vez, no dia 7 de Dezembro de 2006, deu entrada na Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 108/X, que “visa consagrar um regime de responsabilidade penal por comportamentos que contrariem gravemente os princípios ético-jurídicos da actividade desportiva e são susceptíveis de afectar a verdade, a lealdade e a correcção da competição e do seu resultado” (veja-se a respectiva Exposição de Motivos). Estas duas iniciativas foram objecto de discussão conjunta, culminando o processo legislativo na publicação da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto. O artigo 8.º em análise reproduz o artigo com o mesmo n.º da Proposta de Lei n.º 108/X.
- 5 Em Itália, a Legge 13 dicembre 1989 n.º 401, no artigo 1.2., fonte das citadas disposições do Decreto-Lei n.º 390/91, sanciona com prisão e multa ou só com multa (dependendo da gravidade) o que no nosso sistema designamos de “corrupção passiva” de participante em competição desportiva organizada pelas federações reconhecidas pelo Comité olímpico nacional italiano, pela “Unione italiana per l’incremento delle razze equine” ou por outras entidades desportivas reconhecidas pelo Estado e pelas associações nelas filiadas.
- 6 Os diversos tipos criminais de corrupção previstos no Código Penal e em legislação extravagante não coincidem quanto ao **bem jurídico** protegido pelas incriminações. No caso da corrupção na competição desportiva, o bem jurídico protegido é o da

verdade e o da lealdade e correcção na competição. Poder-se-á questionar se, no quadro de um direito penal de “intervenção mínima”, a “verdade desportiva” constitui um bem dotado de suficiente dignidade para merecer a tutela Penal. Atente-se que não se trata de tutelar as regras técnicas das diferentes modalidades, que por si não legitimariam a intervenção punitiva penal, mas antes a lealdade e correcção na competição, o “fair play” entendido no seu sentido mais elevado, no pressuposto de que a competição supõe igualdade de tratamento e reciprocidade na relação. A este respeito, sem a pretensão de desenvolver o tema – extremamente controverso –, importa realçar que a Constituição da República Portuguesa consagra, no art. 79.º, n.º 1, o direito fundamental ao desporto (sobre esta matéria ver GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 931 a 938; JOSÉ MANUEL MEIRIM, “Desporto e Constituição” in *Sub Judice*, n.º 8, Janeiro-Março 1994, pp. 37 a 57). No plano internacional, têm vindo a ser reconhecidas as relevantes funções sociais, educativas e culturais do desporto, como ocorreu com a Carta Europeia de Desporto, adoptada pelos Ministros europeus responsáveis pelo desporto, reunidos para a sua 7.ª conferência, em 14 e 15 de Maio de 1992, em Rhodes, e culminando, recentemente, com a inclusão da expressa menção ao desporto, por via do Tratado de Lisboa, no texto do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. O reconhecimento da relevância do fenómeno desportivo, aos mais diversos níveis, legitima a intervenção pública na protecção dos valores que lhe são fundamentais, sendo que a tutela da lealdade e correcção na competição constituem pré-condição para qualquer programa público de promoção do desporto. Como diz CLÁUDIA CRUZ SANTOS (em texto da sua autoria incluído em “A corrupção – Reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal”, Coimbra, Coimbra Editora, p. 30), a incriminação da corrupção no fenómeno desportivo “não poderá deixar de radicar no reconhecimento da existência de valores comunitariamente relevantes nesse subsistema social que é o desporto, mormente o da lealdade ou verdade das práticas desportivas”. Acresce a consideração de que, nos tempos que correm, o fenómeno desportivo envolve importantes interesses económicos em concorrência e que a protecção da lisura e integridade da competição, pela incriminação das práticas corruptivas violadoras de regras de concorrência / lealdade na actividade desportiva, também os protege, indirectamente.

Saliente-se que o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro (Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto) dispõe que “a actividade desportiva é desenvolvida em observância dos princípios da ética, da defesa do espírito desportivo, da verdade desportiva e da formação integral de todos os participantes.”

Trata-se, a nosso ver, de um **crime de dano**, quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido – lealdade e correcção na competição –, já que este, mediante a conduta típica, é efectivamente atingido, ainda que não venha a ocorrer a alteração ou o falseamento do resultado da competição desportiva.

O **tipo objectivo** consiste na solicitação ou aceitação por agente desportivo, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, de uma vantagem indevida ou a promessa dessa vantagem, para si ou para terceiro, para um qualquer acto ou omissão destinados a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva.

A disposição em análise tipifica um **crime de mera actividade**, porquanto a sua consumação não supõe a existência de um efeito sobre o objecto da acção que se traduza numa alteração externa espaço-temporalmente distinta da própria conduta (diversamente, quanto aos crimes de corrupção passiva tipificados nos

artigos 372.º e 373.º do Código Penal, na redacção anterior à Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, ALMEIDA COSTA considera tratar-se de crimes de resultado, com base num conceito de “resultado” que parece não incluir a exigência típica de que à acção acresça um efeito sobre o objecto da mesma, uma alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta, *in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 662 e 678). Ver, a respeito dos artigos 372.º e 373.º do Código Penal, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 880 e 884.

- 10 O **sujeito activo** do crime de corrupção passiva terá de ser “agente desportivo”, pelo que estamos perante um crime específico próprio.
- 11 Nos termos do artigo 2.º, alínea f), são **“agentes desportivos”**: os dirigentes desportivos, os técnicos desportivos, os árbitros desportivos, os empresários desportivos, as pessoas colectivas desportivas, bem como as pessoas que, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, a título individual ou integradas num conjunto, participem em competição desportiva ou sejam chamadas a desempenhar ou a participar no desempenho de competição desportiva.
- 12 **“Dirigente desportivo”** é o titular do órgão ou o representante da pessoa colectiva desportiva, quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da actividade e o director desportivo ou equiparado [art. 2.º, al.ª a)].
- 13 Por **“técnico desportivo”** entende-se o treinador, o orientador técnico, o preparador físico, o médico, o massagista, os respectivos adjuntos e quem, a qualquer título, orienta praticantes desportivos no desempenho da sua actividade [art. 2.º, al.ª b)].
- 14 Considera-se **“árbitro desportivo”** quem, a qualquer título, principal ou auxiliar, aprecia, julga, decide, observa ou avalia a aplicação das regras técnicas e disciplinares próprias da modalidade desportiva [art. 2.º, al.ª c)].
- 15 **“Empresário desportivo”** é quem exerce a actividade de representação, intermediação ou assistência, ocasionais ou permanentes, na negociação ou celebração de contratos desportivos [art. 2.º, al.ª d)].
- 16 **“Pessoas colectivas desportivas”** são os clubes desportivos, as sociedades desportivas, as federações desportivas, as ligas profissionais, associações e agrupamentos de clubes nelas filiados, bem como as pessoas colectivas, sociedades civis ou associações de facto que se dedicam à actividade de empresário desportivo [art. 2.º, al.ª e)].
- 17 Alguns destes conceitos terão de ser integrados por disposições de outros diplomas. Assim, por exemplo, o conceito de federação desportiva encontra-se definido no artigo 14.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro (Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto) e no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de Dezembro (Regime jurídico das federações desportivas e as condições de atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva).
- 18 O artigo 3.º, da Lei n.º 50/2007, prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo, expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva. Como essa responsabilidade é “nos termos gerais” e o artigo 7.º estabelece que “aos crimes previstos na presente lei são subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Penal”, conclui-se que é aplicável o regime contido nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M daquele Código.
- 19 O tipo criminal reporta-se a condutas que visam alterar ou falsear resultados de uma competição desportiva. O Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, considerava como competição desportiva a “actividade desportiva organizada, regulamentada

e exercida através das federações desportivas e das associações nelas filiadas”. O artigo 2.º, alínea g), da Lei n.º 50/2007, por sua vez, define competição desportiva como “a actividade desportiva regulamentada, organizada e exercida sob a égide das federações desportivas ou das ligas profissionais, associações e agrupamentos de clubes nelas filiados ou das instâncias internacionais de que aquelas pessoas colectivas façam parte”. Só a actividade desportiva que seja regulamentada, organizada e exercida nesses termos está em causa na incriminação da corrupção desportiva. DAMIÃO DA CUNHA (*op. cit.* p. 99) entende que a incriminação se refere à competição “oficial”, ou seja, no seu entendimento, aquela que uma federação desportiva com o estatuto de utilidade pública desportiva regula e organiza, não lhe parecendo correcto “que uma Federação Desportiva, que não exerça os poderes de natureza pública (consequentes ao estatuto de utilidade pública desportiva), e que, por isso, não tenha as provas oficializadas, possa ser considerada Federação Desportiva, para os efeitos desta lei penal”. A este respeito, porém, importa reter que o artigo 14.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro (Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto), inclui a obtenção do estatuto de pessoa colectiva de utilidade pública desportiva nos requisitos das federações desportivas, pelo que sem a obtenção de tal estatuto não existe federação desportiva, para os efeitos da lei (diz-se, no referido artigo 14.º, que a definição vale “para efeitos da presente lei”, ou seja, da mencionada Lei de Bases, mas deve entender-se que o conceito é válido para os efeitos da organização desportiva nacional, se nada se dispõe em contrário). Também o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 248-B/2008, de 31 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico das federações desportivas e as condições de atribuição do estatuto de utilidade pública desportiva, inclui a obtenção desse estatuto entre os requisitos cumulativos que as federações desportivas devem preencher.

A vantagem é indevida quando não corresponde a uma prestação, patrimonial ou não patrimonial, a que o agente desportivo tenha direito. 20

Os conceitos de vantagem patrimonial e não patrimonial não diferem do sentido que assumem no Código Penal. Assim, a vantagem é uma prestação, patrimonial ou não patrimonial, “que beneficia objectivamente” a situação do agente desportivo, o que inclui, entre outras acções típicas: a entrega de dinheiro; o fornecimento de bens e serviços, como refeições, viagens, alojamento em hotéis, serviços de um massagista; saldar ou considerar saldadas dívidas; aumentar a reputação social ou profissional do agente desportivo, com pareceres favoráveis, louvores, honras ou títulos, etc. (sobre o artigo 372.º do Código Penal, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 881). Entre as vantagens não patrimoniais podem contar-se, a nosso ver, os “favores sexuais”. 21

O beneficiário final da vantagem pode ser o agente desportivo ou um terceiro, quer se trate de uma pessoa singular, quer de uma pessoa colectiva, no pressuposto, como é óbvio, de que o destino da vantagem tenha o acordo do agente desportivo. 22

A consumação do crime de corrupção passiva ocorre no momento do conhecimento pelo destinatário da solicitação de vantagem (ou promessa) efectuada pelo agente desportivo, ou no da sua aceitação por este, quando a iniciativa pertence a terceiro, verificando-se independentemente da concretização da vantagem patrimonial ou não patrimonial ou da realização da pretendida conduta de alteração ou falseamento do resultado de competição desportiva. Assim, o agente desportivo que solicita ou aceita a promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para a prática de acto ou omissão, destinados a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva, comete o crime de corrupção mesmo que nada receba ou não execute a tarefa (acção ou omissão) acordada. Será o caso de um atleta que aceita a promessa 23

- de um contrato vantajoso com a finalidade de perder uma prova em benefício de terceiro. Mesmo que o referido contrato não venha a ser celebrado, ou que não venha a perder a prova, o crime estará consumado.
- 24 A conduta típica refere-se a competição desportiva a decorrer ou que já decorreu, desde que a acção ou omissão visadas tenham em vista a alteração ou falseamento do respectivo resultado (na medida em que seja possível obter a alteração ou o falseamento do resultado nessas condições).
- 25 Aplica-se, nesta sede, a doutrina sustentada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*op. cit.*, p. 882, nota 15) no sentido de que a solicitação de uma vantagem nunca está a coberto de uma cláusula de adequação social, sendo, por isso, sempre ilícita. Já a aceitação de uma vantagem poderá ser socialmente adequada e atípica, o que dependerá de uma atenta consideração de cada caso concreto.
- 26 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo, não se admitindo a figura da negligência.
- 27 A qualidade de “agente desportivo” é comunicável aos **comparticipantes** que a não possuam, nos termos do disposto no artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal.
- 28 Quando o agente do crime for um dirigente desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo ou pessoa colectiva desportiva, a **pena abstracta** é agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo (artigo 12.º, n.º 1).
- 29 Se o agente desportivo repudiar voluntariamente, antes da prática do facto, o oferecimento ou a promessa que aceitara e restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor, beneficiará de dispensa de pena [art. 13.º, n.º 1, al. b)]. Nessa situação, a dispensa de pena é obrigatória, não dependendo, por isso, da verificação dos pressupostos gerais do instituto, previstos no artigo 74.º, n.º 1, do Código Penal.
- 30 Para além da situação de dispensa de pena obrigatória referida na anotação precedente, o artigo 13.º, n.º 1, al. a), prevê que a pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.
- 31 De acordo com o artigo 4.º deste diploma, aos agentes do crime podem ser aplicadas, como **penas acessórias**: a) Suspensão de participação em competição desportiva por um período de seis meses a três anos; b) Privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos outorgados pelo Estado, Regiões Autónomas, autarquias locais e demais pessoas colectivas públicas por um período de um a cinco anos; c) Proibição do exercício de profissão, função ou actividade, pública ou privada, por um período de um a cinco anos, tratando-se de dirigente desportivo, técnico desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo ou pessoa colectiva ou entidade equiparada.

Artigo 9.º

Corrupção activa

1. Quem por si ou mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, der ou prometer a agente desportivo, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, com o fim indicado no artigo anterior, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotação 3)

O tipo objectivo (anotações 4 a 14)

O tipo subjectivo (anotação 15)
A participação (anotação 16)
A pena (anotações 17 a 20)

A **fonte** da disposição em análise é o artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, que tipificava a corrupção activa nos seguintes termos:

“Artigo 4.º

1 – Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a praticante desportivo vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, com o fim indicado no artigo 2.º será punido com prisão até três anos. 2 – Se o facto descrito no número anterior for praticado relativamente a qualquer das pessoas referidas no artigo 3.º, a pena será a de prisão até quatro anos. 3 – A tentativa é punível.

Em Itália, a Legge 13 dicembre 1989 n.º401, no artigo 1.1., fonte da citada disposição do Decreto-Lei n.º 390/91, sanciona com prisão e multa ou só com multa (dependendo da gravidade) quem ofereça ou prometa dinheiro ou outro benefício ou vantagem (corrupção activa) a qualquer dos participantes em competição desportiva organizada pelas federações reconhecidas pelo Comité olímpico nacional italiano, pela “Unione italiana per l’incremento delle razze equine” ou por outras entidades desportivas reconhecidas pelo Estado e pelas associações nelas filiadas, com a finalidade de obter um resultado distinto do derivado do correcto e leal desenvolvimento da competição.

Quanto ao **bem jurídico** protegido, ver a anotação ao artigo precedente.

O **tipo objectivo** consiste na dádiva ou promessa a agente desportivo, ou a terceiro com conhecimento daquele, de uma vantagem indevida, patrimonial ou não patrimonial, para que o agente desportivo pratique um qualquer acto ou omissão destinados a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva.

O crime em análise compreende duas modalidades de conduta: a dádiva ou a promessa. Uma e outra podem ser feitas directamente ao agente desportivo como a terceiro com o conhecimento daquele.

É questionável se a corrupção na modalidade de “dádiva” corresponde ao mero oferecimento da vantagem ou se supõe a atribuição e transferência da vantagem para o agente desportivo ou terceiro com conhecimento daquele. Por outras palavras: trata-se de saber se “dar” e “oferecer” se equivalem nos termos da lei.

A propósito do artigo 374.º do Código Penal, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*op. cit.*, p. 887) sustenta que a corrupção activa na modalidade de “dádiva” constitui um crime de dano (quanto ao bem jurídico) e de resultado (quanto ao objecto da acção), partindo do pressuposto de que a “dádiva” implica uma transferência da vantagem e, por conseguinte, a aceitação da vantagem dada. Já a corrupção activa na modalidade de “promessa” constitui, para este autor, um crime de perigo abstracto e de mera actividade. Diversamente, quanto ao mesmo artigo, pronunciou-se ALMEIDA COSTA (*op. cit.*, pp. 682 e 683) no sentido de que se trata sempre de um crime de perigo e de resultado, que se consuma com o simples oferecimento ou promessa por parte do agente, independentemente de a reacção do funcionário se traduzir numa atitude de aceitação ou de repúdio.

Esta discussão é inteiramente pertinente a propósito do crime em apreço, feita a necessária adaptação (onde os mencionados autores referem “funcionário” teremos de considerar “agente desportivo”), tendo sérias consequências ao nível da conformação do tipo. Se entendermos que para o crime de corrupção activa na modalidade de “dádiva” basta o simples oferecimento da vantagem, o crime verificar-se-á, na forma consumada, independentemente da sua aceitação e recebimento; se, diversamente,

entendermos que a “dádiva” implica a transferência da vantagem, então o crime, nessa modalidade de conduta, apenas se consuma com a entrega da vantagem e o seu recebimento, pelo que a mera oferta, sem aceitação, será punível, tão-somente, a título de tentativa. Tratando-se de questão de âmbito geral quanto ao crime de corrupção, não específica da corrupção desportiva, remete-se para os termos em que a doutrina e a jurisprudência a tem debatido, de há muito, a propósito dos tipos criminais previstos no Código Penal.

- 9 Pelo menos no que toca à modalidade de conduta típica de “promessa de vantagem”, a disposição em análise tipifica um **crime de mera actividade**, porquanto a sua consumação não supõe a existência de um efeito sobre o objecto da acção que se traduza numa alteração externa espaço-temporalmente distinta da própria conduta (em sentido diverso, reportando-se ao crime de corrupção activa tipificado no artigo 374.º do Código Penal, ALMEIDA COSTA considera tratar-se de crime de resultado, com base num conceito de “resultado” que parece bastar-se com a circunstância de a consumação depender da oferta/promessa de suborno chegar ao conhecimento do funcionário, *in op. cit.*, pp. 683 e 684).
- 10 Diversamente do crime de corrupção passiva, em que a realização típica do mesmo determina, a nosso ver, uma ofensa ao bem jurídico tutelado, já a incriminação da corrupção activa, na modalidade de conduta típica de “promessa de vantagem”, parece ter como fundamento a criação de um perigo (que não terá de ser concreto) de à promessa corresponder a sua aceitação e a consequente actuação desleal do agente desportivo. Por isso, não sendo evidente a existência de um dano para o bem jurídico protegido – a saber, a verdade, a lealdade e a correcção na competição –, propendemos para a consideração deste crime como de **perigo abstracto**. Quanto à modalidade de conduta típica de “dádiva”, a caracterização do tipo criminal dependerá do entendimento adoptado quanto à questão enunciada nas anotações precedentes.
- 11 Trata-se, em qualquer das modalidades da conduta, de um **crime comum**, sendo utilizado o pronome indefinido “quem” para designar que qualquer pessoa pode ser agente do crime.
- 12 O artigo 3.º da Lei n.º 50/2007 prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo, expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva. Como essa responsabilidade é “nos termos gerais” e o artigo 7.º estabelece que “aos crimes previstos na presente lei são subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Penal”, conclui-se que é aplicável o regime contido nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M daquele Código.
- 13 Sobre os conceitos de “agente desportivo” e de “competição desportiva”, remete-se para a anotação ao artigo precedente.
- 14 Sobre os conceitos de vantagem patrimonial e não patrimonial valem as considerações feitas na anotação ao artigo precedente.
- 15 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.
- 16 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum.
- 17 Se o crime de corrupção activa for praticado em relação a dirigente desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo ou pessoa colectiva desportiva, a **pena** abstracta será agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo (art. 12.º, n.º 2).
- 18 De acordo com a alínea a) do artigo 13.º, desta lei, a pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação

ou a captura de outros responsáveis, circunstância que, no âmbito da corrupção tipificada no Código Penal, com esse alcance, está prevista apenas para a corrupção passiva (artigos 372.º, n.º 3 e 373.º, n.º 3).

O artigo 13.º, n.º 1, alínea b), da lei em análise, prevê que o agente seja dispensado de pena se repudiar voluntariamente, antes da prática do facto, o oferecimento ou a promessa que aceitara e restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor, beneficiará de dispensa de pena. Nessa situação, a dispensa de pena é obrigatória, não dependendo, por isso, da verificação dos pressupostos gerais do instituto. Muito embora o n.º 1 deste preceito indique que a previsão das suas alíneas é aplicável “nos crimes previstos na presente lei”, facilmente se alcança, pelo teor da mencionada alínea, que a mesma, no que à corrupção se refere, apenas é aplicável à corrupção passiva.

De acordo com o artigo 4.º desta lei, aos agentes do crime podem ser aplicadas penas acessórias.

Artigo 10.º *Tráfico de influência*

1. Quem por si ou mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer agente desportivo, com o fim de obter uma qualquer decisão destinada a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2. Quem por si ou mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, der ou prometer a outra pessoa vantagem patrimonial ou não patrimonial para o fim referido no número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotações 1 e 2)
- O bem jurídico (anotação 3)
- O tipo objectivo (anotações 4 a 15)
- O tipo subjectivo (anotação 16)
- A tentativa (anotação 17)
- A participação (anotação 18)
- O concurso (anotação 19)
- A pena (anotações 20 a 23)

O Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, não continha qualquer norma a tipificar, no âmbito da criminalidade desportiva, o crime de tráfico de influência. O Projecto de Lei n.º 320/X também não contemplava este tipo criminal, diversamente da Proposta de Lei n.º 108/X, cujo artigo 10.º corresponde à versão da disposição em análise que veio a ser aprovada.

O crime de tráfico de influência foi introduzido no Código Penal pela revisão levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 45/95, de 15 de Março, tendo sofrido as alterações introduzidas pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro, e pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro. Sofreu a influência próxima dos artigos 433.º-1 e 433.º-2, do Código Penal francês e dos artigos 428.º e seguintes do Código Penal espanhol. A tipificação do tráfico de influência no âmbito desportivo segue o modelo do tráfico de influência previsto no artigo 335.º do Código Penal que lhe serve de fonte.

- 3 O **bem jurídico** tutelado pela incriminação é o da preservação da verdade, lealdade e integridade da competição – pela protecção da liberdade de acção do decisor desportivo.
- 4 A acção que integra o **tipo objectivo** do crime previsto no n.º 1 consiste na solicitação ou aceitação, para o agente ou para terceiro, de vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência junto de qualquer agente desportivo, com o fim de obter uma qualquer decisão destinada a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva. Nos termos da norma, a solicitação ou aceitação pode ser efectuada pelo próprio agente do crime – traficante de influência – ou por interposta pessoa, com o consentimento ou ratificação do agente.
- 5 A acção que integra o tipo objectivo do crime previsto no n.º 2 consiste na dádiva ou promessa de dádiva de vantagem patrimonial ou não patrimonial, pelo comprador de influência, por si ou por interposta pessoa, com o consentimento ou ratificação do agente, com a finalidade referida no n.º 1 do mesmo artigo.
- 6 A influência do traficante sobre o agente desportivo (cuja decisão se pretende influenciar) pode ser real ou suposta, solução que, a propósito do tipo constante do Código Penal, PEDRO CAEIRO critica por alegada violação do princípio da necessidade da lei criminal (*in* Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 280 e 281). O mesmo autor discorda, igualmente, da punição da solicitação de vantagem (ou a sua promessa) pelo traficante. Discordando dessas críticas, pronunciaram-se MAIA GONÇALVES, Código Penal Português, Almedina, 18.ª ed., 2007, p. 1031 (quanto à questão da solicitação) e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 810.
- 7 O crime de tráfico de influência, na modalidade em que visa o traficante de influência (prevista no n.º 1 do artigo em apreço), bem como na modalidade em que visa o comprador de influência (prevista no n.º 2 deste artigo), é um **crime de perigo abstracto e de mera actividade**.
- 8 Influenciar consiste em actuar sobre a pessoa visada, de modo a induzi-la ou determiná-la à prática de determinados actos. Abusar da influência, por sua vez, será tirar partido do ascendente que se tem sobre o decisor, prevalecendo-se dessa situação para que este decida nos termos pretendidos.
- 9 Na caracterização desse ascendente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*op. cit.*, p. 810), reportando-se ao tráfico de influência tipificado no Código Penal, sustenta que pode ser de qualquer tipo, seja de natureza familiar, profissional, creditícia, religiosa, afectiva ou outra natureza. PEDRO CAEIRO (*op. cit.*, pp. 280 e 281), por seu turno, defende que o abuso da influência refere-se ao emprego de meios “agressivos” e “constrangedores”, restringindo o tipo a uma ascendência de natureza profissional.
- 10 Afigura-se-nos que a posição (que é “real ou suposta”) de ascendente do traficante sobre o agente desportivo (decisor) não tem de ter, necessariamente, natureza profissional, podendo fundar-se numa relação de outra natureza.
- 11 O crime de tráfico de influência em análise é, em qualquer das suas duas modalidades, um **crime comum**, não requerendo que o agente tenha qualquer qualidade especial.
- 12 O crime consuma-se com a solicitação ou aceitação de vantagem pelo traficante de influência (tipo de crime previsto no n.º 1) ou com a dádiva ou promessa da vantagem pelo comprador de influência (tipo de crime previsto no n.º 2), sendo irrelevante que a influência venha efectivamente a ser exercida sobre o agente desportivo.
- 13 O artigo 3.º, da Lei n.º 50/2007, prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo,

expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva. Como essa responsabilidade é “nos termos gerais” e o artigo 7.º estabelece que “aos crimes previstos na presente lei são subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Penal”, conclui-se que é aplicável o regime contido nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M daquele Código. Saliente-se que no âmbito do Código Penal, o crime de tráfico de influência é um dos crimes que integram o elenco previsto no n.º 2 do artigo 2, relativo à responsabilidade penal de pessoas colectivas e entidades equiparadas. Sobre os conceitos de “agente desportivo” e de “competição desportiva”, remete-se para a anotação ao artigo 8.º 14

Sobre os conceitos de vantagem patrimonial e não patrimonial valem as considerações feitas na anotação ao artigo 8.º 15

Quanto aos **tipos subjectivos**, as duas modalidades de tráfico de influência – relativas ao traficante e ao comprador de influência – são exclusivamente dolosas. 16

Por força da moldura penal aplicável, de harmonia com o disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, a **tentativa** não é punível. 17

A **complicação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. 18

Se o traficante de influência for, ele próprio, agente desportivo e vier a exercer influência junto de outro agente desportivo (decisor), o traficante cometerá um crime de corrupção passiva que consome o crime de tráfico de influência, em concurso efectivo com o crime de corrupção activa (do decisor). Sobre as questões do **concurso**, veja-se o que, a propósito do tipo previsto no Código Penal, dizem PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 811 e PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 286. 19

Se o agente do crime de tráfico de influência previsto no n.º1 do artigo 10.º – crime do traficante de influência – for dirigente desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo ou pessoa colectiva desportiva, a pena abstracta será agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo (art. 12.º, n.º 1). 20

Se o crime de tráfico de influência previsto no n.º 2 do artigo 10.º – crime do comprador de influência – for praticado em relação a dirigente desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo ou pessoa colectiva desportiva, a pena abstracta será agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo (art. 12.º, n.º 2). 21

De acordo com a alínea a) do artigo 13.º, desta lei, a pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis. 22

De acordo com o artigo 4.º desta lei, aos agentes do crime podem ser aplicadas penas acessórias. 23

Artigo 11.º

Associação criminosa

1. Quem promover, fundar, participar ou apoiar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes previstos na presente lei é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos no número anterior é punido com a pena nele prevista agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3. Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotação 3)

O tipo objectivo (anotações 4 a 12)

O tipo subjectivo (anotação 13)

A tentativa (anotação 14)

A participação (anotações 15 e 16)

O concurso (anotação 17)

A pena (anotações 18 a 20)

- 1 O Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, não continha qualquer norma a tipificar, no âmbito do fenómeno desportivo, o crime de associação criminosa. O projecto de Lei n.º 320/X também não contemplava este tipo criminal, diversamente da proposta de Lei n.º 108/X, cujo artigo 11.º corresponde à versão da disposição em análise que veio a ser aprovada.
- 2 A tipificação do crime de associação criminosa no âmbito desportivo segue o modelo do tipo de crime previsto no artigo 299.º do Código Penal que lhe serve de fonte. Este, por sua vez, corresponde ao artigo 287.º da versão originária do Código, que teve por fonte o artigo 263.º do Código Penal de 1886 e o § 129.º do StGB Alemão.
- 3 O **bem jurídico** tutelado pela incriminação prevista no Código Penal é a paz pública, no sentido das expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial perigosidade de organizações que tenham por escopo o cometimento de crimes (FIGUEIREDO DIAS, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 280 e 281). Reportando-se a associação criminosa no âmbito desportivo ao cometimento de um ou mais crimes previstos na Lei n.º 50/2007 – é um crime de associação criminosa “especial” –, afigura-se-nos que continua a estar em causa, essencialmente, a preservação da verdade, lealdade e integridade da competição desportiva, através de uma dispensa antecipada de tutela jurídico-penal, em função da especial perigosidade decorrente da mera existência de uma associação que se propõe ao cometimento de tais crimes. Por isso, a convocação, nesta sede, da preservação da “paz pública” como bem jurídico tutelado, tem um alcance necessariamente mais restrito.
- 4 O **tipo objectivo** consiste na promoção, fundação, participação como membro ou apoiante de grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um mais crimes previstos na Lei n.º 50/2007.
- 5 A chefia ou direcção da associação criminosa é uma modalidade de acção valorada mais negativamente e, por isso, punida com maior severidade.
- 6 Sobre os conceitos utilizados na descrição típica, valem muitas das considerações que a doutrina tem desenvolvido a propósito do crime de associação criminosa do Código Penal.
- 7 Constitui elemento comum às diversas modalidades de acção que integram o tipo objectivo a existência de grupo, organização ou associação. De harmonia com o n.º 3 deste artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo. A expressa exigência de que a associação criminosa compreenda pelo menos três pessoas e de que exista uma actuação concertada durante um certo período de tempo foi introduzida no texto do Código Penal na revisão operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.
- 8 Valem aqui as considerações de FIGUEIREDO DIAS (*op. cit.*), relativas ao crime tipificado no Código Penal, sobre a necessidade de um encontro de vontades dos participantes que dê origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às

vontades e interesses dos singulares elementos. Para além de uma pluralidade de pessoas (pelo menos três), exige-se um mínimo de estrutura de organização e certa permanência (refere o legislador a actuação concertada “durante um certo período de tempo”), com um sentimento comum de ligação por parte dos membros e um qualquer processo de formação da vontade colectiva (sobre esta matéria, a respeito do Código Penal e ainda com interesse, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, parecer publicado na Colectânea de Jurisprudência, Ano X, Tomo IV, 1985, pp. 11 e seguintes).

Quanto à definição das modalidades de acção integrantes do tipo objectivo, o crime em apreço não tem especialidades em relação ao tipo previsto no Código Penal (sobre o que seja promover, fundar, participar, apoiar ou dirigir, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 1165 e seguintes; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 751 e 752).

O escopo criminoso consiste no cometimento de um ou mais crimes – de corrupção passiva, de corrupção activa e de tráfico de influência no âmbito desportivo. Tal actividade criminosa não necessita de ser o único objectivo do grupo, organização ou associação, nem sequer o seu objectivo principal (pode tratar-se de uma finalidade concomitante ou acessória). Além disso, o fim criminoso pode ser originário (reportado à fundação ou criação da organização) ou surgir posteriormente.

O crime de associação criminosa no âmbito desportivo é um **crime de perigo abstracto e de mera actividade**, excepto na modalidade de “fundação da associação criminosa” em que se trata de um **crime de perigo abstracto e de resultado** (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 751, sobre o artigo 299.º do Código Penal).

O artigo 3.º, da Lei n.º 50/2007, prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo, expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva. Como essa responsabilidade é “nos termos gerais” e o artigo 7.º estabelece que “aos crimes previstos na presente lei são subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Penal”, conclui-se que é aplicável o regime contido nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M daquele Código. Saliente-se que no âmbito do Código Penal, o crime de associação criminosa é um dos crimes que integram o elenco previsto no n.º 2 do artigo 2, relativo à responsabilidade penal de pessoas colectivas e entidades equiparadas. Quanto ao **tipo subjectivo**, trata-se de um crime necessariamente doloso, admitindo qualquer modalidade de dolo.

O crime de associação criminosa consuma-se com a realização das acções típicas descritas no artigo em apreço, só exigindo a verificação de um resultado na modalidade de “fundação”. Mesmo nessa modalidade, quem pratica actos de execução com a finalidade de fundar uma associação está, desse modo, a promovê-la. Traduzindo-se numa antecipação da tutela penal, não há lugar para a punição da tentativa (quanto ao crime do Código Penal, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 1170). Trata-se de um **crime de participação necessária** na modalidade de crime de convergência, pois constitui pressuposto do seu preenchimento a participação de várias pessoas e “as contribuições dos vários participantes para o facto se dirigem, da mesma forma e na mesma direcção, à violação do bem jurídico” (sobre o conceito, veja-se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, p. 854), com ressalva da modalidade de acção traduzida na “promoção”.

A modalidade de conduta de “apoiente” parece sobrepor-se à conduta de cúmplice, pelo que será, no mínimo, duvidoso que possa ter cabimento a figura da cumplicidade.

- 17 Há **concurso** efectivo entre o crime de associação criminosa no âmbito desportivo e os crimes que a associação criminosa executa.
- 18 De acordo com a alínea a) do artigo 13.º, desta lei, a **pena** é especialmente atenuada (atenuação obrigatória) se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.
- 19 De harmonia com o disposto no artigo 13.º, n.º 2, desta lei, a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a este poder evitar a prática de crimes. Não basta, pois, que o agente tenha abandonado a organização, sem mais.
- 20 De acordo com o artigo 4.º desta lei, aos agentes do crime podem ser aplicadas penas acessórias.

Artigo 12.º

Agravação

1. As penas previstas no artigo 8.º e no n.º 1 do artigo 10.º são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o agente for dirigente desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo ou pessoa colectiva desportiva.

2. Se os crimes previstos no artigo 9.º e no n.º 2 do artigo 10.º forem praticados relativamente a pessoa referida no número anterior, o agente é punido com a pena que ao caso caberia, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Sumário da anotação:

Remissão (anotação 1)

- 1 Quanto aos conceitos de “dirigente desportivo”, “árbitro desportivo”, “empresário desportivo” ou “pessoa colectiva desportiva”, ver as anotações 11 e seguintes ao artigo 8.º, reproduzindo as correspondentes definições.

Artigo 13.º

Atenuação especial e dispensa de pena

1. Nos crimes previstos na presente lei:

a) A pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis;

b) O agente é dispensado de pena se repudiar voluntariamente, antes da prática do facto, o oferecimento ou a promessa que aceitara ou restituir a vantagem ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor.

2. No crime previsto no artigo 11.º, a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

Sumário da anotação:

Remissão (anotações 1 e 2)

- 1 As situações de atenuação especial da pena e de dispensa da pena foram já referidas a propósito dos tipos de crime.
- 2 Os termos da atenuação especial são os previstos no artigo 73.º do Código Penal.

JORGE MANUEL BAPTISTA GONÇALVES

Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho, que estabelece o regime jurídico da luta contra a dopagem no desporto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 57/2009, de 4 de Agosto (Artigos 42.º a 47.º)

Artigo 42.º

Extinção da responsabilidade

- 1. A prescrição do procedimento criminal rege-se pelo disposto no Código Penal.**
- 2. O procedimento contra-ordenacional e disciplinar extingue-se, por efeito de prescrição, logo que sobre a data em que ocorreu a violação tenha decorrido o prazo de oito anos.**

Sumário da anotação:

A remissão legal (anotação 1)

A remissão para o Código Penal refere-se aos artigos 118.º a 121.º desse diploma. 1

Artigo 43.º

Tráfico de substâncias e métodos proibidos

- 1. Quem, com intenção de violar ou violando as normas antidopagem, e sem que para tal se encontre autorizado, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar ou fizer transitar ou ilicitamente detiver substâncias e métodos constantes da lista de substâncias e métodos proibidos é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.**
- 2. A tentativa é punível.**

Sumário da anotação:

Considerações gerais (anotações 1 a 6)

A fonte (anotações 7 a 11)

O bem jurídico (anotações 12 a 26)

O tipo objectivo (anotações 27 a 36)

O tipo subjectivo (anotação 37)

A tentativa (anotação 38)

A participação (anotação 39)

O problema da dopagem no desporto não é recente, mas foi sobretudo no decurso da década de 1960 que o movimento desportivo ganhou plena consciência do fenómeno. Em diversas competições internacionais, realizaram-se os primeiros controlos de dopagem. Os Jogos Olímpicos de Inverno em Grenoble e os de Verão na cidade do México, em 1968, foram os primeiros acontecimentos desportivos mundiais e multidisciplinares em que, antes da sua celebração, foi elaborada uma lista de substâncias cujo consumo foi proibido aos desportistas. A partir dos Jogos Olímpicos de Munique, em 1972, o controlo antidopagem através de análises em laboratório passou a realizar-se em todos os Jogos Olímpicos, com permanente actualização da lista de substâncias proibidas. 1

Os Estados não se mantiveram à margem da questão, surgindo diversas leis a proibirem a dopagem, em países como a Bélgica (1965), a França (através da Lei n.º 65-412 de 1 de Junho de 1965)), a Irlanda (1966) e a Itália (1971). Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 374/79, de 8 de Setembro, tendo em vista as definições de dopagem do Conselho da Europa, introduziu as primeiras medidas de controlo antidopagem. 2

- 3 O Conselho da Europa manteve-se, ao longo dos anos, muito atento à questão, destacando-se a “Carta Europeia contra o Doping no Desporto” e a “Convenção contra o Doping”, aprovada em Estrasburgo, em 16 de Novembro de 1989, que Portugal assinou, ratificada conforme Decreto n.º 2/94, de 20 de Janeiro. Para além dos esforços desenvolvidos pelo Conselho da Europa, importa salientar o combate contra a dopagem travado pelos Estados e por diversas organizações supranacionais, tanto públicas como privadas, como o Comité Olímpico Internacional e a União Europeia.
- 4 Em 10 de Novembro de 1999, foi criada oficialmente, em Lausanne, a Agência Mundial Antidopagem (AMA), organismo de direito privado que conta com um número igual de representantes de governos e do movimento desportivo, com sede em Montreal. A missão fundamental da AMA consiste na promoção, coordenação e acompanhamento, no âmbito internacional, da luta contra a dopagem. A 2.^a Conferência Mundial contra o Doping no Desporto, que decorreu em Copenhaga, em Março de 2003, reuniu mais de 1200 delegados em representação de quase 80 governos, todos os desportos olímpicos, o Comité Olímpico Internacional e o Comité Paraolímpico Internacional, os Comités nacionais e diversas representações e organizações antidopagem, tendo culminado com a denominada Declaração de Copenhaga e a adopção do Código Mundial Antidopagem (CMA), que pretende ser, segundo o seu próprio texto, o documento fundamental e universal do Programa Mundial Antidopagem.
- 5 No plano interno, decorrendo da necessidade de adequar a legislação portuguesa aos instrumentos internacionais, sucederam-se o Decreto-Lei n.º 105/90, de 23 de Março, o Decreto-Lei n.º 183/97, de 26 de Julho, alterado pela Lei n.º 152/99, de 14 de Setembro e pelo Decreto-Lei n.º 192/2002, de 25 de Setembro.
- 6 A coroar os esforços internacionais na luta contra o fenómeno do “doping”, foi adoptada a Convenção Internacional contra a Dopagem no Desporto e seus anexos, pela 33.^a sessão da Conferência Geral da Unesco, em 19 de Outubro de 2005, ratificada por Portugal em 2007, conforme Decreto n.º 4-A/2007, de 20 de Março. A 3.^a Conferência Mundial Antidopagem, que decorreu em Madrid, em Novembro de 2007, aprovou uma nova redacção do CMA. A presente lei surge, como consta da Exposição de Motivos da Proposta de Lei que lhe deu origem, com o propósito de acolher no nosso quadro legislativo as alterações introduzidas no CMA.
- 7 O Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, na sequência da Lei n.º 1/90, de 13 de Janeiro (Lei de Bases do Sistema Desportivo), que no artigo 41.º, na sua redacção originária (alterada pela Lei n.º 19/96, de 25 de Junho), determinava que o Governo faria publicar legislação complementar para o desenvolvimento do diploma, contemplando, entre outros domínios – ver n.º 1, alínea o) –, a “prevenção e repressão da violência, da dopagem e de outras formas de corrupção do fenómeno desportivo”, criminalizou, apenas, a administração de substâncias, produtos ou utilização de outros métodos susceptíveis de alterar artificialmente o rendimento desportivo do praticante.
- 8 A Proposta de Lei n.º 238/X, que deu entrada na Assembleia da República no dia 25 de Novembro de 2008, teve como principal novidade a introdução do crime de tráfico de substâncias e métodos proibidos, correspondendo o artigo em apreço ao artigo 43.º dessa Proposta.
- 9 A construção do tipo de crime do artigo 43.º parece moldada no figurino do crime de tráfico de estupefacientes, previsto no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, no que concerne à descrição das condutas típicas, pelo que este preceito constitui sua fonte.

- Constitui, igualmente, fonte da norma em análise o regime francês constante do artigo L.232-10, do Code du Sport (modificado pela Lei n.º 2008-650, de 3 de Julho de 2008), que no seu n.º 2 reporta-se a actividades que podemos qualificar como de tráfico, punidas nos termos do artigo L. 232-26 do mesmo Código. 10
- Em Espanha, o artigo 44.º da Lei Orgânica 7/2006, de 21 de Novembro, de protecção da saúde e de luta contra a dopagem no desporto, introduziu um crime que contém algumas semelhanças, mas também significativas diferenças em relação ao tipo legal em apreço. 11
- Nos ordenamentos em que o fenómeno da dopagem assume relevância criminal, coloca-se, necessariamente, a questão da justificação da incriminação e do **bem jurídico** tutelado. Os modelos são, fundamentalmente, dois: a incriminação pode visar a salvaguarda da integridade (lealdade e correcção) da competição; a incriminação pode visar a protecção da saúde – saúde pública ou saúde do praticante desportivo (sobre este tema, ROBERTO BARTOLLI e ANTONIO VALLINI, *La tutela penal contra el doping en Italia; entre la lealtad deportiva y la salud del deportista*, in “Estudios sobre Derecho y Deporte”, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 254 e 255). 12
- No primeiro modelo, a dopagem constitui uma subespécie de “fraude desportiva”, relevante por significar o recurso a um artifício destinado a obter um resultado desportivo diferente do que seria alcançado sem a sua utilização. A propósito da corrupção desportiva já enunciámos ser questionável que, no quadro de um direito penal de “intervenção mínima”, a “verdade desportiva” (a lealdade e correcção da competição) constitua um bem dotado de suficiente dignidade para merecer a tutela penal, tendo em vista que a intervenção do direito penal legitima-se pela necessidade de protecção, por essa via, de bens jurídicos fundamentais. Remetemos, a esse respeito, para as nossas anotações ao artigo 8.º da Lei n.º 50/2007. Não se trata, aqui, da protecção das regras técnicas das diferentes modalidades, que por si não legitimariam a intervenção punitiva penal, mas antes a lealdade e correcção na competição, no pressuposto de que esta supõe igualdade de tratamento e reciprocidade e verdade na relação desportiva. Nesta perspectiva, justificar-se-á a punição não só da conduta de heterodopagem, mas também a de autodopagem, pois em ambas está em causa a obtenção de um resultado desportivo distinto do que se produziria sem o recurso a substâncias e métodos que ferem a lealdade e correcção na competição; por outro lado, a incriminação da dopagem só fará sentido no quadro de um “encontro agonístico” devidamente regulamentado e oficializado. 13
- No segundo modelo, a tutela da norma incriminadora dirige-se à saúde do desportista, à protecção da sua integridade psicofísica, normalmente através da formulação de tipos de crime de perigo abstracto, atenta a dificuldade de prova entre uma concreta prática de dopagem e os riscos potenciais para a saúde, por vezes só detectados no longo prazo, ou então à protecção da saúde pública, no seu sentido mais amplo. Nesta perspectiva, já será questionável a opção da incriminação da autodopagem, justificando-se, por outro lado, que a tutela penal se estenda para além do quadro das competições desportivas, aplicando-se a todos os que fazem desporto fora de um contexto agonístico (ver ROBERTO BARTOLLI e ANTONIO VALLINI, *op. cit.*, p. 256). 14
- No sistema espanhol, artigo 361.º bis, do Código Penal, introduzido pelo artigo 44.º da Lei Orgânica 7/2006, de 21 de Novembro, a incriminação da dopagem refere-se a quem, sem justificação terapêutica, prescreva, proporcione, dispense, subministre, administre, ofereça ou facilite a desportistas federados não competitivos, desportistas não federados que pratiquem o desporto por recreio, ou desportistas que participem em competições organizadas em Espanha por entidades desportivas, substâncias ou grupos farmacológicos ou métodos proibidos, destinados a aumentar as suas 15

capacidades físicas ou a modificar os resultados das competições, que pelo seu conteúdo, reiteração da utilização ou outras circunstâncias concorrentes, ponham em perigo a vida ou a saúde dos mesmos. Incluído o tipo legal no capítulo relativo aos “Delitos contra a saúde pública”, tem-se entendido ser esse o bem jurídico tutelado, enquanto bem jurídico supra-individual que tutela a salvaguarda das condições necessárias para preservar a saúde da colectividade (sobre esta questão, EMILIO CORTÉS BECHIARELLI, *El delito de dopaje*, Valência, Tirant le Blanch, 2007, pp. 51 e seguintes, e MATE ÁLVAREZ VISCAYA, *La protección penal*, in “Comentarios a la ley antidopaje en el deporte”, directores Luis Prieto e Alberto Olmeda, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 565 e seguintes).

- 16 Em Itália, a figura da fraude desportiva está prevista no artigo 1.º da Legge 13 dicembre 1989 n.º 401, que refere, além do mais, a utilização de outros actos fraudulentos (para além dos que, face à nossa lei, configuram crimes de corrupção) destinados à obtenção de um resultado distinto do derivado do correcto e leal desenrolar da competição. Por sua vez, a dopagem está prevista no artigo 9.1. Legge 14 dicembre 2000 n.º 376, da “Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping” (publicada na Gazzetta Ufficiale n.º 294 de 18 de Dezembro de 2000), que pune com prisão e multa condutas de quem “procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque” a utilização de fármacos ou de substâncias biologicamente ou farmacologicamente activas incluídas nas classes previstas no artigo 2.1., que não estejam justificadas por condições patológicas e sejam idóneas para modificar as condições psicofísicas ou biológicas do organismo, com o fim de alterar as prestações agonísticas dos desportistas, ou dirigidas a modificar os resultados dos controlos sobre o uso de tais fármacos ou substâncias. A conduta de autodopagem é, igualmente, punida, nos termos do artigo 9.2. da mesma lei. ROBERTO BARTOLLI e ANTONIO VALLINI (*op. cit.*, p. 258 e seguintes) reconhecem ser problemática a individualização do bem jurídico tutelado, concluindo, apesar de todas as dificuldades que a questão suscita, estar em causa a tutela da saúde.
- 17 O *Code du Sport*, em França, inclui as normas de combate à dopagem num título também relativo à saúde dos desportistas, diferenciado do título em que trata da dopagem animal.
- 18 A questão é adensada pela circunstância de, nos diversos textos internacionais, a luta contra a dopagem ser sempre justificada por uma dupla preocupação: a protecção da saúde e a defesa da ética desportiva.
- 19 Neste sentido, veja-se a Resolução do Parlamento Europeu sobre a luta contra a dopagem no Desporto, de 14 de Abril de 2005, que considerou ser a dopagem um verdadeiro problema de saúde pública, que diz respeito a todos os que estão ligados ao desporto e que atenta contra valores do desporto, enquanto actividade educativa, cultural e social.
- 20 No nosso direito interno, a criminalização da dopagem, na modalidade de administração ou utilização, com ou sem consentimento do praticante desportivo, de substâncias, produtos, ou a utilização de outros métodos susceptíveis de alterar artificialmente o rendimento desportivo do praticante, surgiu no Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, que também criminalizou a corrupção, passiva e activa, no âmbito desportivo. No seu preâmbulo, claramente anunciava que “o interesse fundamental a ter em vista e a proteger será a lealdade, a correcção da competição e do seu resultado e o respeito pela ética na actividade desportiva”, que se considerava ser “um interesse público que se revela e manifesta na supra-individualidade dos interesses de todos quantos (adeptos, simpatizantes e espectadores) esperam que a prática desportiva pública e os resultados das competições

desportivas não sejam afectados e falseados por comportamentos fraudulentos dos respectivos agentes, visando precisamente alterar a verdade desportiva.” Nesta perspectiva, a dopagem era considerada um comportamento fraudulento, como a corrupção, destinado a alterar os resultados desportivos, prevalecendo, a nosso ver, um modelo de tutela centrado na protecção da verdade desportiva/integridade da competição. O Projecto de Lei n.º 320/X, do Grupo Parlamentar do Partido Social Democrata, sobre “combate à corrupção e defesa da verdade desportiva”, trilhava, a nosso ver, o mesmo caminho, pretendendo tipificar comportamentos que atentassem fraudulentamente contra a verdade e a lealdade da competição, falseando o resultado desportivo, fosse através da corrupção, fosse através da dopagem (sem que estivesse previsto o tráfico).

A Lei n.º 27/2009 tem origem na Proposta de Lei n.º 238/X, que na respectiva Exposição de Motivos refere que “desde muito cedo que o nosso país teve a percepção da importância fundamental de um sistema eficaz de luta contra a dopagem no desporto, de forma a preservar a saúde dos atletas e a verdade desportiva”. Percorrendo o diploma legal, verificamos que os artigos 43.º (tráfico de substâncias e métodos proibidos) e 44.º (administração de substâncias e métodos proibidos) omitem a referência expressa à alteração (ou sua possibilidade) da “performance” desportiva e ao contexto agonístico/competitivo, qu se pressupõe. A dopagem é proibida a todos os praticantes desportivos, dentro e fora das competições desportivas organizadas em território nacional (artigo 3.º, n.º 1), definindo-se praticante desportivo como “aquele que, encontrando-se inscrito numa federação desportiva nacional ou estrangeira, treine ou compita em território nacional, bem como aquele que não se encontrando inscrito participa numa competição desportiva realizada em território nacional” [artigo 2.º, al.ª s]. Ao praticante, na definição legal, é vedado o recurso à dopagem, mesmo que não esteja em competição e, por isso, mesmo que não se coloque imediatamente a questão da alteração fraudulenta dos resultados – ainda que o tempo de treino tenha em vista, como é normal, a competição futura, indicando a experiência que a prática da dopagem pode ser iniciada muito antes do evento “alvo”, razão que justifica e torna necessária a realização de controlos fora da competição. A recusa, resistência ou falta sem justificação válida a submeter-se a um controlo de dopagem, em competição ou fora de competição, bem como qualquer comportamento que se traduza no impedimento da recolha de amostra, constitui ilícito disciplinar, não integrando os tipos de crime previstos nos artigos 43.º e 44.º, verificando-se, por outra banda, que a posse de substâncias ou de métodos proibidos por parte do próprio praticante desportivo constitui contra-ordenação [artigo 48.º, n.º 1, al. c)]. Além disso, a posse de substâncias ou de métodos proibidos, bem como a sua administração, por parte do praticante desportivo ou do seu pessoal de apoio, nos casos em que decorrem de uma autorização de utilização terapêutica, não constituem uma violação das normas antidopagem e não podem integrar, por isso, qualquer ilícito criminal ou contra-ordenacional.

O artigo 3.º da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro (Lei de Bases da Actividade Física e do Desporto), refere a prevenção e punição da dopagem no âmbito de uma disposição relativa ao “princípio da ética desportiva”.

Neste quadro complexo, em que o modelo misto do binómio defesa da saúde/defesa da ética desportiva está sempre presente, afigura-se-nos que aos tipos de crime dos artigos 43.º e 44.º não é alheio o propósito de, por um lado, proteger a saúde em razão da nocividade das substâncias e métodos dopantes – tendo em vista que a dopagem tem vindo a ser caracterizada, em diversos foros, como um

21

22

23

gravíssimo problema de saúde pública – e, por outro – e mais essencialmente –, proteger a integridade desportiva.

- 24 Não sem dúvidas, inclinamo-nos para a consideração de que o legislador teve em vista, sobretudo, a tutela do valor supra-individual da integridade (lealdade/ / correcção) desportiva, apesar de ter construído o tipo de crime segundo o modelo de tipificação do tráfico de estupefacientes, previsto no artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o que poderia inculcar ter em mira a protecção da saúde pública, ameaçada pela circulação/difusão de substâncias e métodos dopantes.
- 25 Numa criminalização de condutas que estivesse exclusivamente centrada na defesa da saúde pública, haveria que questionar por que razão as práticas de tráfico e administração de substâncias ou métodos constantes da lista de substâncias e métodos proibidos, fora do contexto referente aos praticantes desportivos, não é abrangida. O desportista federado ou não federado e o praticante meramente recreativo deveriam, nessa lógica, ser abrangidos. A comercialização de qualquer dessas substâncias e métodos nas instalações desportivas que prestam serviços desportivos, como ginásios, academias ou clubes de saúde, a que se referem o Decreto-Lei n.º 271/2009, de 1 de Outubro, não seria, como é, apenas uma contra-ordenação grave, nos termos dos artigos 16.º, 20.º, al. g) e 21.º, n.º2, desse diploma.
- 26 O crime é de **perigo abstracto**, não se exigindo a efectiva lesão do bem jurídico protegido, pois qualquer das condutas elencadas na norma constitui, presumidamente, um perigo para esse bem. E é assim quer se considere que o bem jurídico protegido é, essencialmente, a saúde pública, quer se entenda que o bem objecto de tutela traduz-se, essencialmente, na integridade/lealdade/correcção na actividade desportiva, considerando-se que para a consumação basta a prática de qualquer das modalidades de conduta previstas na descrição típica.
- 27 O **tipo objectivo** abrange um leque vasto de condutas do agente: produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, pôr à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar ou fazer transitar ou deter.
- 28 É evidente que a descrição dos elementos típicos objectivos foi directamente inspirada pela formulação do artigo 21.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.
- 29 Não é fácil determinar, rigorosamente, as fronteiras entre as diversas modalidades de conduta típica. Havendo que apelar ao entendimento da “linguagem corrente”, algumas das formulações utilizadas são polissémicas e sobrepõem-se (veja-se os conceitos de “produzir” e “fabricar”).
- 30 A técnica descritiva revela o intuito de não permitir âmbitos de impunidade e de assegurar a cobertura exaustiva de todas as condutas de tráfico, equiparadas no plano da sua relevância criminal.
- 31 As condutas de tráfico abrangidas só relevam enquanto violação das normas antidopagem. Fora do contexto de violação dessas normas, tais condutas não relevam criminalmente.
- 32 As diversas modalidades de acção reportam-se a substâncias e métodos constantes da lista de substâncias e métodos proibidos.
- 33 De harmonia com o disposto no artigo 8.º, n.º 1, desta lei, a lista é aprovada por portaria de membro do Governo responsável pela área do desporto e publicada no Diário da República.
- 34 A lista presentemente em vigor foi aprovada pela Portaria n.º 82/2010, de 10 de Fevereiro, correspondendo à listagem do Código Mundial Antidopagem.
- 35 Trata-se de um **crime comum**, não requerendo o tipo qualquer qualidade especial do agente.

- O artigo 46.º prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo, expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva. Como essa responsabilidade é “nos termos gerais”, conclui-se que é aplicável o regime contido nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M daquele Código.
- O **tipo subjectivo** é exclusivamente doloso, exigindo-se que o agente actue com a intenção específica de violar as normas antidopagem (como se disse, só no contexto dessas normas as condutas descritas no tipo relevam criminalmente).
- A **tentativa** é punível, nos termos do artigo 43.º, n.º 2. A formulação do tipo, porém, é de tal forma abrangente e antecipadora da tutela penal, abrangendo um tão amplo leque de condutas do agente, cada uma por si susceptível de o preencher, que o campo da tentativa, na definição do artigo 22.º do Código Penal, fica reduzido.
- A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum.

Artigo 44.º

Administração de substâncias e métodos proibidos

1. Quem administrar ao praticante desportivo, com ou sem o seu consentimento, substâncias ou métodos constantes da lista de substâncias e métodos proibidos é punido com prisão de 6 meses a 3 anos, salvo quando exista uma autorização de uso terapêutico.
2. A pena prevista no número anterior é agravada, nos seus limites mínimo e máximo, para o dobro, se:
 - a) A vítima se encontrar em situação de especial vulnerabilidade, em razão da idade, deficiência ou doença;
 - b) Tiver sido empregue engano ou intimidação;
 - c) O agente se tiver prevalecido de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou profissional.
3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotação 3)

O tipo objectivo (anotações 4 a 12)

A agravação (anotações 13 a 17)

O tipo subjectivo (anotação 18)

A tentativa (anotação 19)

A participação (anotação 20)

- A **fonte** deste artigo é o Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, que no seu artigo 5.º criminalizou a administração, com ou sem consentimento do praticante desportivo, de substâncias, produtos ou utilização de outros métodos susceptíveis de alterarem artificialmente o rendimento desportivo do praticante.
- Em Espanha, o artigo 361.º bis, n.º 1, do Código Penal, introduzido pelo artigo 44.º da Lei Orgânica 7/2006, de 21 de Novembro, refere-se a quem, sem justificação terapêutica, prescreva, proporcione, dispense, subministre, administre, ofereça ou facilite a desportistas federados não competitivos, desportistas não federados que pratiquem o desporto por recreio, ou desportistas que participem em competições organizadas em Espanha por entidades desportivas, substâncias ou grupos farmacológicos ou métodos proibidos, destinados a aumentar as suas capacidades físicas

ou a modificar os resultados das competições, que pelo seu conteúdo, reiteração da utilização ou outras circunstâncias concorrentes, ponham em perigo a vida ou a saúde dos mesmos. O n.º 2 do mesmo artigo contém a indicação de circunstâncias agravantes que o artigo 44.º, n.º 2, agora em análise, no essencial, reproduz.

- 3 Quanto ao **bem jurídico**, remete-se para as considerações tecidas nas anotações ao artigo anterior. Note-se o relevo que se dá ao praticante desportivo “vítima” da administração da substância ou produto, como se alcança das agravantes, visando-se, porém, a protecção da ética desportiva.
- 4 O **tipo objectivo** consiste na administração ao praticante desportivo, de substâncias ou métodos constantes da lista de substâncias e métodos proibidos, salvo havendo autorização de uso terapêutico.
- 5 Administrar é aplicar, dar ou fazer tomar ao praticante desportivo qualquer substância ou método proibido.
- 6 O meio de proceder à administração depende das características da substância ou método a administrar.
- 7 É irrelevante o eventual consentimento do praticante desporto de que lhe sejam administradas as substâncias ou métodos dopantes.
- 8 Tendo em consideração o leque abrangente de condutas previstas no artigo 43.º, n.º 1, poderá ser difícil marcar a fronteira entre os tipos legais, porquanto quem administra a substância ou o método proibidos poderá já ter preenchido, na sua actuação, alguma das modalidades de acção contidas na previsão do tráfico. Em França, é no mesmo artigo L.232-10 do Code du Sport que se tipificam as condutas de prescrever, ceder, oferecer, administrar ou aplicar aos desportistas (no n.º 1) e as condutas de produzir, fabricar, importar, exportar, transportar, deter ou adquirir (no n.º 2), punidas, porém, diferentemente, de acordo com o artigo L.232-26, do mesmo diploma.
- 9 A acção reporta-se a substâncias e métodos constantes da lista de substâncias e métodos proibidos que, de harmonia com o disposto no artigo 8.º, n.º 1, desta lei, é aprovada por portaria do membro do Governo responsável pela área do desporto e publicada no Diário da República.
- 10 A lista presentemente em vigor foi aprovada pela Portaria n.º 82/2010, de 10 de Fevereiro, correspondendo à listagem do Código Mundial Antidopagem.
- 11 Trata-se de um **crime comum**, não requerendo o tipo qualquer qualidade especial do agente.
- 12 O artigo 46.º prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo, expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva.
- 13 O n.º 2 do artigo prevê três situações de agravação, em que a pena de prisão de 6 meses a 3 anos é agravada para o dobro nos seus limites mínimo e máximo: quando o sujeito afectado (o praticante desportivo a quem se administra a substância ou método) se encontrar em situação de especial vulnerabilidade, em razão da idade, deficiência ou doença; quando tiver sido empregue engano ou intimidação; quando a agente se tiver prevalecido de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou profissional.
- 14 As situações de especial vulnerabilidade devem ser entendidas em termos similares aos que vêm sendo utilizados na interpretação dos artigos 155.º, n.º 1, al.ª b), 158.º, n.º 2, al.ª e), 169.º, n.º 2, al.ª d) e 218.º, n.º 2, al.ª c), do Código Penal.
- 15 O engano que se refere na al.ª b) deste artigo é, desde logo, o engano na obtenção do consentimento do praticante desportivo para a administração da substância ou método em causa, tendo em vista que cada praticante tem o dever legal de se

assegurar de que não introduz no seu organismo qualquer substância proibida ou que não existe recurso a qualquer método proibido. Por outras palavras: o engano significará induzir o praticante em erro sobre a acção realizada.

A al.^a c) do n.º 2, exclui outro tipo de relações entre agente e praticante desportivo, de que aquele se pudesse prevalecer, para além das que decorrem da relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou profissional (por exemplo, exclui-se a relação familiar). 16

A agravação em função da alínea c) do n.º 2 é particularmente relevante, já que o praticante desportivo pode estabelecer relações de carácter laboral, no âmbito desportivo, integrando-se numa equipa ou num clube que participa em competições, acabando por consentir na administração de dopantes numa atitude de submissão ao critério de quem se encontra, em relação a si, numa posição de superioridade. 17

O **tipo subjectivo** é exclusivamente doloso. 18

A **tentativa** é punível, nos termos do artigo 44.º, n.º 2. 19

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. 20

Artigo 45.º

Associação criminosa

1. Quem promover, fundar, participar ou apoiar grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um ou mais crimes previstos na presente lei é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

2. Quem chefiar ou dirigir os grupos, organizações ou associações referidos no número anterior é punido com a pena nele prevista agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3. Para os efeitos do presente artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo.

4. A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição, se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a esta poder evitar a prática de crimes.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotação 4)

O tipo objectivo (anotações 5 a 14)

O tipo subjectivo (anotação 15)

A tentativa (anotação 16)

A participação (anotações 17 e 18)

O concurso (anotação 19)

A pena (anotação 20)

O Decreto-Lei n.º 390/91, de 10 de Outubro, não continha qualquer norma a tipificar, no âmbito do fenómeno desportivo, o crime de associação criminosa. 1

A tipificação do crime de associação criminosa no âmbito desportivo segue o modelo do tipo de crime previsto no artigo 299.º do Código Penal que lhe serve de fonte. Este, por sua vez, corresponde ao artigo 287.º da versão originária do Código, que teve por fonte o artigo 263.º do Código Penal de 1886 e o § 129.º do StGB Alemão. Os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo em análise reproduzem os n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 11.º da 2

Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, excepto quanto à moldura penal. 3

- 4 Quanto ao **bem jurídico**, valem, com as devidas adaptações, as considerações desenvolvidas a propósito do artigo 11.º da Lei n.º 50/2007.
- 5 O **tipo objectivo** consiste na promoção, fundação, participação como membro ou apoiante de grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade seja dirigida à prática de um mais crimes previstos no diploma: tráfico de substâncias e métodos proibidos; administração de substâncias e métodos proibidos.
- 6 A chefia ou direcção da associação criminosa é uma modalidade de acção valorada mais negativamente e, por isso, punida com maior severidade.
- 7 Sobre os conceitos utilizados na descrição típica, valem muitas das considerações que a doutrina tem desenvolvido a propósito do crime de associação criminosa do Código Penal.
- 8 Constitui elemento comum às diversas modalidades de acção que integram o tipo objectivo a existência de grupo, organização ou associação. De harmonia com o n.º 3 deste artigo, considera-se que existe grupo, organização ou associação quando esteja em causa um conjunto de, pelo menos, três pessoas actuando concertadamente durante um certo período de tempo. A expressa exigência de que a associação criminosa compreenda pelo menos três pessoas e de que exista uma actuação concertada durante um certo período de tempo foi introduzida no texto do Código Penal na revisão operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.
- 9 Valem aqui as considerações de FIGUEIREDO DIAS (Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999), relativas ao crime tipificado no Código Penal, sobre a necessidade de um encontro de vontades dos participantes que dê origem a uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares elementos. Para além de uma pluralidade de pessoas (pelo menos três), exige-se um mínimo de estrutura de organização e certa permanência (refere o legislador a actuação concertada “durante um certo período de tempo”), com um sentimento comum de ligação por parte dos membros e um qualquer processo de formação da vontade colectiva.
- 10 Quanto à definição das modalidades de acção integrantes do tipo objectivo, o crime em apreço não tem especialidades em relação ao tipo previsto no Código Penal e na Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto (sobre o que seja promover, fundar, participar, apoiar ou dirigir, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 1165 e seguintes; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pp. 751 e 752).
- 11 O escopo criminoso consiste no cometimento de um ou mais crimes – de tráfico de substâncias e métodos proibidos e de administração de substâncias e métodos proibidos.
- 12 Tal actividade criminosa não necessita de ser o único objectivo do grupo, organização ou associação, nem sequer o seu objectivo principal (pode tratar-se de uma finalidade concomitante ou acessória).
- 13 É um **crime de perigo abstracto e de mera actividade**, excepto na modalidade de “fundação da associação criminosa” em que se trata de um **crime de perigo abstracto e de resultado**.
- 14 O artigo 46.º prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo, expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva. Saliente-se que, no âmbito do Código Penal, o crime de associação criminosa é um dos crimes que integram o elenco previsto no n.º 2 do artigo 2, relativo à responsabilidade penal de pessoas colectivas e entidades equiparadas.

- Quanto ao **tipo subjectivo**, trata-se de um crime necessariamente doloso, admitindo qualquer modalidade de dolo. 15
- O crime de associação criminosa consuma-se com a realização das acções típicas descritas no artigo em apreço, só exigindo a verificação de um resultado na modalidade de “fundação”. Mesmo nessa modalidade, quem pratica actos de execução com a finalidade de fundar uma associação está, desse modo, a promovê-la. Traduzindo-se numa antecipação da tutela penal, não há lugar para a punição da tentativa (quanto ao crime do Código Penal, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 1170). Trata-se de um **crime de participação necessária** na modalidade de crime de convergência, pois constitui pressuposto do seu preenchimento a comparticipação de várias pessoas e “as contribuições dos vários comparticipantes para o facto se dirigem, da mesma forma e na mesma direcção, à violação do bem jurídico” (FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª edição, p. 854), com ressalva da modalidade de acção traduzida na “promoção”. A modalidade de conduta de “apoiente” parece sobrepor-se à conduta de cúmplice, pelo que será, no mínimo, duvidoso que possa ter cabimento a figura da cumplicidade. 16
- Há **concurso** efectivo entre o crime de associação criminosa no âmbito desportivo e os crimes que a associação criminosa executa. 17
- De harmonia com o disposto no n.º 4, a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente impedir ou se esforçar seriamente por impedir a continuação dos grupos, organizações ou associações ou comunicar à autoridade a sua existência de modo a este poder evitar a prática de crimes. Não basta, pois, que o agente se tenha limitado a abandonar a organização, sem mais. 18

Artigo 46.º

Responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas

1. As pessoas colectivas e entidades equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.
2. O estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva não exclui a responsabilidade penal das pessoas colectivas desportivas.

Sumário da anotação:

A responsabilidade criminal das penas colectivas (anotações 1 a 3)

- Este artigo prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas, incluindo as pessoas colectivas desportivas, estabelecendo, expressamente, que a responsabilidade penal destas não é excluída pela atribuição do estatuto de utilidade pública ou de utilidade pública desportiva. 1
- Sobre o estatuto de utilidade pública desportiva regem os artigos 19.º e seguintes da Lei n.º 5/2007, de 16 de Janeiro. 2
- A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é “nos termos gerais”. Muito embora não se diga que aos crimes previstos na presente lei são subsidiariamente aplicáveis as disposições do Código Penal, deve considerar-se aplicável o regime contido nos artigos 11.º e 90.º-A a 90.º-M daquele Código. 3

Artigo 47.º

Denúncia obrigatória

Os titulares dos órgãos e os funcionários das federações desportivas ou das ligas profissionais, associações e agrupamentos de clubes nelas filiados devem transmitir

ao Ministério Público notícia dos crimes previstos na presente lei de que tenham conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

Sumário da anotação:

A natureza pública dos crimes (anotações 1 a 4)

- 1 Os crimes previstos na Lei n.º 27/2009 têm **natureza pública**.
- 2 O artigo em apreço introduz um dever de denúncia obrigatória relativamente aos crimes previstos na Lei n.º 27/2009, que incumbe aos titulares dos órgãos e aos funcionários das federações desportivas, associações e agrupamentos de clubes nelas filiados.
- 3 O dever de denúncia obrigatória está previsto no artigo 242.º, do Código Penal, para as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que tomarem conhecimento, e para os funcionários, na aceção do Código Penal, quanto aos crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.
- 4 Por via desta disposição, estende-se o dever de denúncia obrigatória, quanto a estes crimes, a não funcionários.

JORGE MANUEL BAPTISTA GONÇALVES

NOTA PRÉVIA à Lei n.º 39/2009

O fenómeno da violência associada ao desporto, apesar de antigo, adquiriu uma nova importância no século XX, tendo sido propostas diversas teorias que procuram explicar os factores que influenciam e podem desencadear os acontecimentos de carácter violento no contexto desportivo, que as novas características do desporto de massas amplificam em número e gravidade e que adquirem acrescida ressonância e visibilidade através dos meios de comunicação social (JORGE BAPTISTA GONÇALVES, “Os crimes na lei sobre prevenção e punição da violência no desporto – algumas considerações”, in I Congresso do Direito do Desporto – Outubro de 2004, coordenação de Ricardo Costa e Nuno Barbosa, Almedina, pp. 98 e seguintes).

O Conselho da Europa aprovou, em 1985, a Convenção Europeia sobre a Violência e os Excessos dos Espectadores por Ocasão das Manifestações Desportivas e nomeadamente de Jogos de Futebol (aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/87, publicada no Diário da República, I Série, n.º 57, de 10 de Março de 1987), que entrou em vigor, para Portugal, em 14 de Agosto de 1987, quando ainda estavam muito presentes os acontecimentos ocorridos em Heysel Park, na final da Taça dos Campeões Europeus, em 1985, de que resultaram 39 mortos e mais de 200 feridos. Os Estados signatários da Convenção comprometeram-se a adoptar, dentro do limite das suas respectivas disposições constitucionais, legislação na qual se imponham penas adequadas ou, quando necessário, medidas administrativas apropriadas, às pessoas reconhecidamente culpadas de infracções relacionadas com violência ou com excessos de espectadores [artigo 3.º, n.º 1, al.ª c), da Convenção].

Em Portugal, antes da mencionada Convenção, já o Decreto-Lei n.º 339/80, de 30 de Agosto, havia estabelecido, de forma sistemática, as primeiras medidas, “tendentes a conter a curto prazo a violência em recintos desportivos”, conforme se dispunha no respectivo preâmbulo. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 270/89, de 18 de Agosto, veio efectivar algumas medidas preconizadas pela Convenção Europeia, procurando disciplinar e ordenar as acções, fundamentalmente dos espectadores, mas não só, dentro dos complexos, recintos desportivos e áreas de competição, desdobrando-se quer na vertente da prevenção, quer na vertente do controlo. Tratava-se, essencialmente, de um lote de medidas de índole administrativa, contemplando-se alguns ilícitos de natureza contra-ordenacional. Aquando da revisão constitucional de 1989, o artigo 79.º da Lei Fundamental foi alterado, consagrando-se como incumbência do Estado “prevenir a violência no desporto”.

A Lei n.º 8/97, de 12 de Abril, na sequência dos acontecimentos da final da Taça de Portugal de 1996 (o conhecido caso do *verylight*), disputada entre o Sporting e o Benfica, criminalizou condutas susceptíveis de criar perigo para a vida e integridade física decorrentes do uso e porte de armas e substâncias ou engenhos explosivos ou pirotécnicos no âmbito de realizações cívicas, políticas, religiosas, artísticas, culturais ou desportivas.

A Lei n.º 38/98, de 4 de Agosto, além de diversos procedimentos preventivos, estabeleceu um conjunto de medidas sancionatórias de diversas naturezas e com diversos destinatários, sem, no entanto, incluir normas penais específicas para as manifestações de violência associadas ao desporto que, por conseguinte, assumiam relevo jurídico-criminal através da sua concreta subsunção aos tipos de crime previstos na parte especial do Código Penal ou em legislação penal extravagante.

- 7 A Lei n.º 16/2004, de 11 de Maio, aplicável, nos termos do respectivo artigo 2.º, “a todos os espectáculos desportivos que se realizem em recintos desportivos”, veio, finalmente, proceder à criminalização de algumas condutas, nos artigos 21.º e seguintes, que são agora retomadas nos artigos 27.º e seguintes da Lei n.º 39/2009, de 30 de Julho, que passaremos a anotar.

Lei n.º 39/2009 de 30 de Julho, que estabelece o regime jurídico do combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos, de forma a possibilitar a realização dos mesmos com segurança (Artigos 27.º a 35.º e 37.º)

Artigo 27.º

Distribuição e venda de títulos de ingresso falsos ou irregulares

1. Quem distribuir para venda ou vender títulos de ingresso para um espectáculo desportivo em violação do sistema de emissão e venda de títulos de ingresso previsto no artigo anterior ou sem ter recebido autorização expressa e prévia do organizador da competição desportiva, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 a 5)

O tipo objectivo (anotações 6 a 12)

O tipo subjectivo (anotação 13)

A tentativa (anotação 14)

A participação (anotação 15)

A **fonte** desta disposição é o artigo 21.º da Lei n.º 16/2004, de 11 de Maio, que aprovou medidas preventivas e punitivas a adoptar em caso de manifestações de violência associadas ao desporto. Corresponde, com algumas alterações, ao artigo 27.º da Proposta de Lei n.º 249/X, que deu entrada na Assembleia da República no dia 29 de Janeiro de 2009.

Poder-se-á questionar o cabimento deste tipo legal de crime, sobre distribuição e venda de títulos de ingresso falsos ou irregulares, num regime jurídico que se anuncia de “combate à violência, ao racismo, à xenofobia e à intolerância nos espectáculos desportivos, de forma a possibilitar a realização dos mesmos com segurança.” Porém, a subordinação da emissão e venda de títulos de ingresso [definidos na alínea n) do artigo 3.º como os bilhetes, cartões, convites e demais documentos que permitam a entrada em recintos desportivos, qualquer que seja o seu suporte] a regras precisas que evitem a sua descontrolada distribuição, não é estranha às questões de segurança e prevenção da violência, pois só através do controlo do circuito de distribuição e venda dos ingressos é possível, por exemplo, assegurar que a lotação dos recintos desportivos não será ultrapassada, que será respeitado o princípio da separação física dos espectadores, por clubes ou associações, que o controlo informático do sistema será eficaz, etc.

Ciente da importância da questão para a segurança dos eventos desportivos, o Comité permanente instituído pela Convenção Europeia sobre a Violência e os Excessos dos Espectadores por ocasião das Manifestações Desportivas, de 1985, do Conselho da Europa, ocupou-se especificamente do tema do sistema de emissão e venda de bilhetes através das Recomendações 1989/1 e 2002/1. As indicações do Conselho da Europa referem-se, além do mais, ao controlo da quantidade de títulos de ingresso tendo em conta as margens de segurança e a necessidade de separação de adeptos de grupos rivais; às características dos títulos de ingresso – que devem obedecer a rigorosas regras de segurança; à distribuição e venda dos títulos de ingresso em condições que garantam a prevenção da revenda e das falsificações, a ordem e o rigor na venda e no acesso aos recintos e a limitação da venda de títulos de ingresso por pessoa; à responsabilidade de todas as pessoas

implicadas na venda dos títulos de ingresso, especialmente os distribuidores e os próprios possuidores, sancionando a transferência não autorizada de bilhetes em ordem a impedir a entrada de pessoas que representem uma ameaça para a ordem pública. Instituições como a UEFA estabelecem um rigoroso sistema de venda de ingressos para os espectáculos de futebol que organizam, seguindo, em boa medida, as recomendações do Conselho da Europa.

- 4 Em Espanha, o artigo 11.º da Lei 19/2007, de 11 de Julho (*Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte* – BOE num. 166, de 12 julio), reporta-se ao controlo e gestão de acessos e vendas de entradas, determinando a existência em todos os recintos desportivos em que se disputem “competiciones estatales” de carácter profissional de um sistema informatizado de controlo e gestão de títulos de ingresso, devendo estabelecer as correspondentes ligas profissionais, nos seus estatutos e regulamentos, a medida de “clausura de los recintos deportivos” como sanção para o incumprimento dessa obrigação. Significativamente, a regulamentação sobre a venda de títulos de ingresso para os espectáculos desportivos consta dos artigos 5.º e 9.º a 14.º do “Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos”, aprovado pelo Real Decreto 769/1993, de 21 de Maio.
- 5 Face ao exposto, afigura-se-nos que no tipo de crime em apreço está em causa, como objecto de tutela, a segurança nos espectáculos desportivos.
- 6 O artigo 21.º da Lei n.º 16/2004, que lhe serviu de fonte, previa três modalidades de conduta, estruturalmente distintas, tendo como elemento comum a violação do sistema de emissão de títulos de ingresso, adoptando uma técnica de tipificação legal que inseria no mesmo artigo acções típicas diferenciadas e que consistiam: na distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso, em violação do sistema de emissão previsto no artigo 15.º, sem autorização expressa e prévia do organizador do espectáculo; na distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso, em violação do sistema de emissão previsto no artigo 15.º, com intenção de causar distúrbios; na distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso, em violação do sistema de emissão previsto no artigo 15.º, com intenção de obter para si ou para outrem valor patrimonial com fins lucrativos.
- 7 No tocante ao **tipo objectivo**, o artigo 27.º em apreço prevê duas modalidades de conduta: a distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso em violação do sistema de emissão e venda previsto no artigo 26.º; a distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso sem que o agente tenha recebido autorização expressa e prévia do organizador da competição desportiva.
- 8 A menção à distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso “em violação do sistema de emissão e venda de títulos de ingresso previsto no artigo anterior” remete-nos para o artigo 26.º, com a epígrafe de “emissão e venda de títulos de ingresso”. Este artigo, no essencial e apesar da sua epígrafe, incide sobre o sistema de emissão e não sobre a venda dos títulos de ingresso. Além disso, também não define todo o sistema de emissão, mas algumas condições gerais mínimas que serão concretizadas e completadas pelo organizador da competição desportiva. Por isso, não é inteiramente claro o sentido da remissão geral para o “sistema de emissão e venda de títulos de ingresso previsto no artigo anterior”. Como sustentava TERESA ALMEIDA, a propósito do artigo 21.º da Lei n.º 16/2004, a solução deveria ter passado pela individualização dos aspectos verdadeiramente relevantes do sistema legal de venda de bilhetes (*Desporto & Direito* – Revista Jurídica do Desporto, Ano II, Setembro/Dezembro 2004, p. 41).
- 9 O artigo 27.º, n.º 1, abrange tanto a distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso falsos – emitidos fora do sistema de emissão que se encontra

estabelecido –, como a distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso que, não sendo falsos, são irregulares por falta de autorização expressa e prévia do organizador da competição desportiva.

Em qualquer caso, trata-se de distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso para um “espectáculo desportivo”, definido legalmente como “o evento que engloba uma ou várias competições individuais ou colectivas, que se realiza sob a égide da mesma entidade desportiva, decorrendo desde a abertura até ao encerramento do recinto desportivo” [artigo 3.º, al.ª f)]. 10

O sistema uniforme de emissão e venda de títulos de ingresso, controlado por meios informáticos, é da competência do “organizador da competição desportiva”, definido este, legalmente, como “a federação da respectiva modalidade, relativamente às competições não profissionais ou internacionais que se realizem sob a égide das federações internacionais, as ligas profissionais de clubes, bem como as associações de âmbito territorial, relativamente às respectivas competições” [artigo 3.º, al.ª j)]. 11

Trata-se de um **crime comum**, pois não exige qualquer qualidade especial do agente. 12
No que toca ao **tipo subjectivo**, o crime em causa, em ambas as modalidades de acção previstas, é exclusivamente doloso. 13

A **tentativa** é punível, de harmonia com o n.º 2, sendo a punição efectuada nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do Código Penal, ou seja, com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada. 14

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. 15

Artigo 28.º

Distribuição e venda irregulares de títulos de ingresso

1. Quem distribuir para venda ou vender títulos de ingresso para um espectáculo desportivo de modo a provocar sobrelotação do recinto desportivo, em parte ou no seu todo, ou com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial sem que para tal esteja autorizado, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotações 3 a 8)

O tipo subjectivo (anotação 9)

A tentativa (anotação 10)

A participação (anotação 11)

A **fonte** desta disposição é o artigo 21.º da Lei n.º 16/2004, de 11 de Maio, que aprovou medidas preventivas e punitivas a adoptar em caso de manifestações de violência associadas ao desporto. Corresponde, com alterações quanto à pena, ao artigo 28.º da Proposta de Lei n.º 249/X, que deu entrada na Assembleia da República no dia 29 de Janeiro de 2009. 1

Quanto ao **bem jurídico**, valem aqui as considerações desenvolvidas a respeito do artigo anterior. 2

No que toca ao **tipo objectivo**, o artigo 28.º prevê duas modalidades de conduta: a distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso de modo a provocar sobrelotação do recinto desportivo, em parte ou no seu todo; a distribuição para 3

- venda ou venda de títulos de ingresso com intenção de o agente obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial sem que para tal esteja autorizado.
- 4 Em qualquer dos casos, trata-se de distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso para um “espectáculo desportivo”, definido legalmente como “o evento que engloba uma ou várias competições individuais ou colectivas, que se realiza sob a égide da mesma entidade desportiva, decorrendo desde a abertura até ao encerramento do recinto desportivo” [artigo 3.º, al.ª f)].
- 5 O artigo 28.º, n.º 1, abarca modalidades de acção muito diferenciadas. Na primeira, está em causa a distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso de modo a provocar a sobrelotação, em parte ou no seu todo, do recinto desportivo, definido este, legalmente, como “o local destinado à prática do desporto ou onde este tenha lugar, confinado ou delimitado por muros, paredes ou vedações, em regra com acesso controlado e condicionado” [artigo 3.º, al.ª m)]. A acção “irregular” de distribuição para venda ou venda, nessa situação, gera um perigo concreto para a segurança no espectáculo desportivo, ainda que a sobrelotação em causa se verifique apenas num sector delimitado do recinto desportivo.
- 6 A segunda modalidade de acção refere-se à distribuição para venda ou venda irregulares, em que a irregularidade se traduz na intenção de obtenção, para o agente ou para terceiro, de vantagem patrimonial, sem que haja autorização para o efeito, não se exigindo, por exemplo, que a actuação do agente se tenha orientado no sentido da afectação dos títulos de ingresso a grupos de desordeiros ou com a intenção de causar distúrbios. No pressuposto de que neste tipo de crime está em causa a protecção da segurança no espectáculo desportivo, entende-se que a conduta em causa, por si, faz perigar essa segurança.
- 7 Não será fácil identificar situações que, subsumindo-se a uma das modalidades de acção típica previstas no artigo 28.º, não sejam enquadráveis na previsão do artigo antecedente, ocorrendo, sendo caso disso, situações de concurso aparente de crimes. O legislador pretendeu, deste modo, cobrir as mais variadas condutas de distribuição para venda ou venda de títulos de ingresso para um espectáculo desportivo, susceptíveis de fazer perigar a segurança no espectáculo, por via de um acesso incontrolado de espectadores aos recintos, seja por violação do sistema de emissão e venda, seja por falta de autorização expressa e prévia do organizador da competição desportiva, seja porque a distribuição para venda ou venda é de modo a provocar a sobrelotação, seja, finalmente, porque tem em vista a obtenção de vantagem patrimonial, para o agente ou terceiro, sem que para tal esteja autorizado.
- 8 Trata-se de um **crime comum**, pois não exige qualquer qualidade especial do agente.
- 9 No que concerne ao **tipo subjectivo**, o crime em causa, nas modalidades de acção previstas, é exclusivamente doloso, exigindo-se, na modalidade de acção prevista na 2.ª parte do artigo 28.º, um elemento subjectivo adicional: a intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial.
- 10 A **tentativa** é punível, de harmonia com o n.º 2, sendo a punição efectuada nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do Código Penal, ou seja, com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada.
- 11 A **complicação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum.

Artigo 29.º

Dano qualificado no âmbito de espectáculo desportivo

Quem, quando inserido num grupo de adeptos, organizado ou não, destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável transporte público,

instalação ou equipamento utilizado pelo público ou de utilidade colectiva ou outros bens de relevo, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, ou com pena de multa até 600 dias.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

O bem jurídico (anotações 3 e 4)

O tipo objectivo (anotações 5 a 28)

O tipo subjectivo (anotação 29)

A tentativa (anotação 30)

A pena (anotações 31 e 32)

- A **fonte** desta disposição é o artigo 22.º da Lei n.º 16/2004, de 11 de Maio, que aprovou medidas preventivas e punitivas a adoptar em caso de manifestações de violência associadas ao desporto. Corresponde ao artigo 29.º da Proposta de Lei n.º 249/X, que deu entrada na Assembleia da República no dia 29 de Janeiro de 2009. O artigo 557.º do Código Penal espanhol, com as alterações da “Ley Orgânica 15/2003, de 25 de noviembre”, prevê no delito de “desordenes públicos” a punição daqueles que, actuando em grupo e com o fim de atentar contra a paz pública, alterem a ordem pública produzindo, além do mais que se prevê, danos na propriedade, sendo a pena agravada quando os factos se produzam por ocasião da celebração de eventos ou espectáculos que congreguem grande número de pessoas. 1
- O **bem jurídico** protegido é a propriedade, conforme ocorre com o crime de dano previsto no Código Penal. 2
- O crime em questão é de dano (considerando o grau de lesão do bem jurídico tutelado) e de resultado (tendo em vista a forma de consumação do ataque ao objecto da acção), 3
- Na descrição do **tipo objectivo**, o legislador recorreu aos mesmos verbos que, no artigo 212.º do Código Penal, definem as quatro modalidades de acção típica, segundo um processo causal não tipificado (execução não vinculada): destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável. 4
- A “coisa” objecto da acção será, nas palavras da lei: transporte público; instalação ou equipamento utilizado pelo público ou de utilidade colectiva; outros bens de relevo. 5
- A destruição determina a perda da utilidade da coisa, a inutilização da sua funcionalidade. 6
- A danificação da coisa abrange os atentados à sua substância ou a afectação da sua integridade física que não atinjam o limiar da destruição. 7
- Desfigurar compreende os atentados à integridade física da coisa que alterem a sua imagem exterior. 8
- A inutilização abrange as acções que reduzem a utilidade da coisa segundo a sua função, desde que de algum modo atinjam a integridade física da coisa (sobre estes conceitos, desenvolvidamente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 221 e seguintes e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Lisboa, Universidade Católica Editora, anotação ao artigo 212.º). 9
- Procurando delimitar o tipo objectivo, através da concretização do objecto da acção, é possível indicar, como transportes públicos: autocarros, eléctricos, carruagens de metropolitano, barcos dos transportes colectivos, comboios, etc. 10
- Instalações e equipamentos utilizados pelo público ou de utilidade colectiva são as estações rodoviárias ou ferroviárias, as áreas de serviço, os marcos do correio, as cabines telefónicas, os bancos de jardins e parques públicos, etc. 11

- 13 O artigo 29.º prevê uma qualificação do dano no âmbito de espectáculo desportivo.
- 14 O Código Penal já pune, como crime de dano qualificado, as condutas enquadradas nas referidas quatro modalidades de acção típica que tenham como objecto coisa destinada ao uso e utilidade públicos [artigo 213.º, n.º 1, al.ª c), do Código Penal]. Para este efeito, o legislador português, em vez de fazer uma enumeração de coisas, adoptou o modelo alemão da cláusula geral.
- 15 Uma nota distintiva que porventura podemos encontrar entre os dois preceitos traduz-se na circunstância de o artigo 213.º, n.º 1, al.ª c), na interpretação que lhe é dada, por exemplo, por MANUEL DA COSTA ANDRADE (*op. cit.*, pp. 247 a 249), exigir o carácter imediato da utilidade pública da coisa – coisas de utilidade pública serão, neste critério, aquelas de que o público se pode utilizar ou tirar um imediato proveito, sem necessidade de mediação –, o que levaria a excluir os danos praticados num carro-patrolha da polícia ou no autotanque dos bombeiros, por se tratar de coisas que apenas facilitam ou possibilitam a actividade de pessoas no adimplemento das suas tarefas de utilidade pública (um exemplo apresentado é o de jovens que, depois de assistirem a um concerto de rock, desferem alguns murros ou pontapés no carro da polícia, causando-lhe amolgadelas – o que não constituiria dano qualificado). Ora, o artigo 29.º, ao distinguir entre “instalação e equipamento utilizado pelo público” e “instalação e equipamento de utilidade colectiva”, poderá inculcar um alargamento do objecto da acção a coisas que tenham essa utilidade, ainda que sem a exigência de imediação na utilização pelo público.
- 16 Diz ainda o preceito, ao definir o sujeito activo da acção, que este será “quem, quando inserido num grupo de adeptos”. A norma que lhe serviu de fonte referia “quem, deslocando-se em grupo, para ou de espectáculo desportivo”. Atente-se que, no corpo do artigo, não se faz qualquer menção ao espectáculo desportivo, que apenas consta da epígrafe.
- 17 Este segmento da norma leva-nos a questionar se o ilícito em causa é ou não um crime plurissubjectivo.
- 18 Podemos identificar várias situações susceptíveis de serem enquadradas no âmbito da violência associada ao desporto. Temos, desde logo, um conjunto de situações lamentavelmente muito “vulgares”, constituídas pelas injúrias, ameaças e pelas ofensas à integridade física simples praticadas por adeptos de determinado clube contra adeptos do clube rival e/ou contra árbitros, durante ou após os eventos desportivos; em segundo lugar, encontramos a prática dos mesmos actos e nas mesmas circunstâncias, mas por grupos de indivíduos, ou bandos – perfeitamente identificáveis e que actuam em conjunto, por acordo prévio (nestas situações poderão ocorrer crimes mais graves – ofensas à integridade física graves ou qualificadas ou mesmo, no limite, homicídios); finalmente, temos a prática de actos de puro vandalismo (furtos, roubos, danos, etc.), praticados normalmente por indivíduos identificáveis, mas envolvidos ou englobados em grupos, relacionados ou não com os clubes, antes e após os eventos desportivos e fora dos locais a eles destinados, sendo normal que, nestes casos, as vítimas nada tenham que ver com o fenómeno desportivo propriamente dito. Estes fenómenos de violência associada ao desporto transpõem, não raras vezes, os limites dos recintos desportivos e invadem ruidosamente os centros urbanos, deixando um rasto de destruição (MOURAZ LOPES, *Violência associada ao desporto*, in *Sub Judice*, 1994, Janeiro/Março, 8, p. 35).
- 19 Nestas situações, é o contexto do grupo (a violência de grupo) ou o que podemos qualificar de delinquência colectiva que caracteriza parte significativa da violência associada ao desporto – o que, como é óbvio, suscita problemas a um sistema penal que permanece fundado sobre o princípio da responsabilidade individual.

- Daí que se tenha colocado, nesta área, a questão de saber se a responsabilidade criminal dos agentes não deveria ser agravada quando os factos ocorressem no âmbito e por causa de um evento desportivo, e bem assim se não seria de criar normas penais específicas que, de algum modo, admitissem formas de colectivização da responsabilidade penal, para utilizar a terminologia usada por FRANÇOISE TULKENS (*Les questions pénales soulevées par la tragédie du Heysel*, in *Révue Pénale Suisse*, 1991, pp. 24 e seguintes).
- “No âmbito da violência de grupo, os próprios conceitos de comparticipação e participação criminosa mostram-se, por vezes, pouco operativos. Nestes casos de violência colectiva, torna-se muito difícil a identificação dos autores materiais, bem como a prova da existência de acordo (expresso ou tácito) de vontades ou da consciência de cooperação numa acção assumida como comum. Acresce a circunstância de ser dificultosa, no quadro de uma participação de carácter difuso, a identificação de cada facto individual, ou seja, do modo concreto como cada um dos envolvidos participa no facto violento tido como colectivo. O esforço de compatibilização da repressão destas formas de criminalidade colectiva com os princípios da responsabilidade individual e da culpa é causa de justificadas perplexidades.” (JORGE BAPTISTA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 102).
- No tipo de crime em apreço, em atenção ao que acabamos de expor, faria sentido que o legislador, tivesse criado um tipo plurissubjectivo – um crime de participação necessária ou crime colectivo, como alguns lhe chamam, por exigir para ser cometido uma pluralidade de agentes (Ex: associação criminosa, organizações terroristas, rixa e motim) –, punindo com particular severidade quem, actuando em grupo, cause determinados danos. A ser assim, a actuação seria levada a cabo em grupo, no âmbito da chamada criminalidade colectiva, como acontece, aliás, no artigo 33.º desta lei, em que se exige a actuação “em grupo”.
- Porém, o artigo 29.º apenas exige que a acção seja realizada por quem esteja inserido “num grupo de adeptos” e não que a actuação criminosa seja levada a cabo em grupo, o que não deixa de nos causar estranheza (confronte-se o artigo 33.º da mesma lei).
- Acresce que a única conexão com o espectáculo desportivo consta da epígrafe do artigo e da menção ao agente do crime como quem esteja “inserido num grupo de adeptos”.
- A nosso ver, tem-se em vista, sobretudo, as condutas de destruição, danificação, desfiguração ou inutilização que ocorrem nas deslocações para ou de espectáculo desportivo, muito embora o artigo 29.º, relativamente ao artigo 22.º da Lei n.º 16/2004, que lhe serviu de fonte, seja mais abrangente e compreenda outras situações.
- O artigo 29.º refere o conceito indeterminado de “bens de relevo”.
- Conforme ensina MANUEL DA COSTA ANDRADE (*op. cit.*, p. 211), no crime de dano, a conduta típica, em qualquer das suas modalidades e mesmo que se trate de dano simples, tem sempre de atingir um limiar mínimo de danosidade social, não pertencendo à área de tutela do dano as acções que não impliquem destruição, inutilização ou desfiguração minimamente significativa. Em tese, deve assentar-se na relevância típica das lesões não reparáveis ou só reparáveis com custos que tenham algum significado em termos de tempo, trabalho ou dinheiro.
- É de colocar a questão que consiste em saber se na determinação da factualidade típica da incriminação legal em apreço deve operar, como em relação à factualidade do tipo de crime do artigo 213.º do Código Penal, uma redução teleológica que excluirá do juízo de ilicitude qualificada subjacente à incriminação as situações menos graves (exemplo: um pequeno risco no estofo de uma carruagem de comboio

ou o acto de riscar com um canivete o banco de um jardim público são condutas que se subsumem na previsão do artigo 213.º, mas que, no entanto, deverão ser punidas nos termos do artigo 212.º, por não atingirem o limiar do ilícito criminal típico do artigo 213.º). A esta questão, responde-se positivamente.

- 29 O **tipo subjectivo** é doloso, sendo bastante o dolo eventual.
- 30 A **tentativa** é punível, tendo em vista a pena abstractamente prevista e o disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal.
- 31 O mínimo da **pena** de prisão da moldura penal abstracta prevista para este crime é significativamente superior ao mínimo da moldura penal do crime de dano qualificado previsto no artigo 213.º, n.º 1, do Código Penal (um mês), muito embora o máximo da prisão e a moldura da multa alternativa sejam idênticos.
- 32 Acrescerá a pena acessória de privação do direito de entrar em recintos desportivos, por um período de um a três anos, nos termos do artigo 35.º, incluindo a obrigação de o condenado se apresentar a uma autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as suas exigências profissionais e o local em que habita.

Artigo 30.º

Participação em rixa na deslocação para ou de espectáculo desportivo

1. Quem, quando da deslocação para ou de espectáculo desportivo, intervier ou tomar parte em rixa entre duas ou mais pessoas de que resulte:

- a) Morte ou ofensa à integridade física dos contendores;
- b) Risco de ofensa à integridade física ou perigo para terceiros; ou
- c) Alarme ou inquietação entre a população;

é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. A participação em rixa não é punível quando for determinada por motivo não censurável, nomeadamente quando visar reagir contra um ataque, defender outra pessoa ou separar os contendores.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotações 2 e 3)

O tipo objectivo e as condições de punibilidade (anotações 4 a 17)

O tipo subjectivo (anotação 18)

A justificação (anotação 19)

O concurso (anotação 20)

A pena acessória (anotação 21)

- 1 A **fonte** desta disposição é o artigo 23.º da Lei n.º 16/2004, de 11 de Maio, que introduziu um tipo especial de participação em rixa, durante a deslocação para ou de espectáculo desportivo.
- 2 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação da participação em rixa prevista no Código Penal são a vida e a integridade física (neste sentido, TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 317; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 398).
- 3 No caso do tipo especial de crime de participação em rixa previsto no artigo 30.º, em análise, afigura-se-nos que o bem jurídico tutelado é, em primeira linha, a paz social ou paz pública e, apenas indirectamente, os bens jurídicos pessoais da vida e integridade física, o que resulta, a nosso ver, do alargamento da incriminação às “vias de facto” e da menção ao “alarme ou inquietação entre a população”.

- O **tipo objectivo** consiste na intervenção em rixa de dois ou mais rixantes. Quanto ao número de contendores pressuposto pelo crime, renovam-se as mesmas questões já muito debatidas a propósito do artigo 151.º do Código Penal, entre os que entendem que se exige um mínimo de três pessoas (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 400; LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, Código Penal Anotado, 2.º volume, Lisboa, Rei dos Livros, 3.ª edição, 2000, anotação ao artigo 151.º) e os que se bastam com um mínimo de duas pessoas envolvidas em desordem (TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, 321; FREDERICO ISASCA, Da participação em rixa, 4.ª reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito. Lisboa, 1985).
- A intervenção dos rixantes traduz-se na realização de ataques físicos recíprocos e generalizados.
- O tipo exige que a rixa ocorra quando da deslocação para ou de espectáculo desportivo.
- Nos termos do artigo 3.º, alínea f), espectáculo desportivo é “o evento que engloba uma ou várias competições individuais ou colectivas, que se realiza sob a égide da mesma entidade desportiva, decorrendo desde a abertura até ao encerramento do recinto desportivo”, sendo este, de harmonia com a alínea m) do mesmo artigo, “o local destinado à prática do desporto ou onde este tenha lugar, confinado ou delimitado por muros, paredes ou vedações, em regra com acesso controlado e condicionado”.
- Quando é que se pode dizer que a deslocação é para ou de espectáculo desportivo? Imagine-se que um grupo de adeptos assiste no dia X a uma partida de futebol e parte para os seus locais de destino no dia seguinte. E é nessa deslocação que ocorrem os danos. Ou então, o inverso: chegam hoje a Lisboa para assistirem ao jogo amanhã ou depois. O que parece justificar o enquadramento dos factos no crime especial de participação em rixa previsto no artigo 30.º é o nexo que se estabelece entre a conduta criminosa e o espectáculo desportivo a que se vai assistir ou ao qual já se assistiu, no conhecimento que todos temos de que na expectativa da iminência do jogo que se vai travar e na sequência do jogo que já se jogou os ânimos dos adeptos alteram-se mais facilmente e são mais permeáveis aos aspectos negativos das dinâmicas de grupo. A ser assim, parece que deverá haver algum nexo objectivo, directo, de alguma continuidade temporal entre o acto de deslocação e o espectáculo desportivo que se vai realizar ou o espectáculo desportivo que já se realizou, pois a rixa terá de ocorrer, de algum modo, por causa e no âmbito do facto desportivo. Caso nos bastemos com a motivação final (ainda que não imediata) da deslocação, alargaremos de forma excessiva o âmbito de aplicação do normativo em questão (estrangeiros chegados hoje para assistirem a um jogo na semana seguinte estariam sempre e continuamente em deslocação para o espectáculo – ver, a propósito do crime de dano qualificado previsto no artigo 22.º da Lei n.º 16/2004, que também se referia à deslocação para ou de espectáculo desportivo, JORGE BAPTISTA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 109).
- No que concerne ao crime de participação em rixa previsto no Código Penal, a doutrina tem sustentado que o resultado da morte ou ofensa à integridade física grave constitui **condição objectiva de punibilidade**. Para quem entenda, como TAIPA DE CARVALHO, tratar-se de um crime de perigo concreto (*op. cit.*, p. 319; no sentido da tese do crime de perigo abstracto-concreto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 399), o desvalor de acção da participação em rixa é o desvalor da intervenção numa rixa concretamente perigosa e a condição objectiva de punibilidade – morte ou ofensa à integridade física grave – não integra o conteúdo do ilícito da participação em rixa, exigindo-se, porém, que entre o facto e a condição haja uma relação de adequação causal.

- 10 Diversamente, na alínea a) do n.º 1 do artigo 30.º prevê-se a morte ou ofensa à integridade física dos contendores (não de todos, pois caso morressem todos os contendores não haveria ninguém que pudesse ser punido!). E se da rixa resultar a morte ou ofensa à integridade física de um terceiro, mero espectador ou pessoa que passa pelo local da rixa? O artigo 151.º do Código Penal admite a interpretação de que a condição objectiva de punibilidade não se refere apenas aos rixantes, mas também se pode concretizar na morte ou ofensa à integridade física grave de um terceiro. O artigo 30.º, n.º 1, alínea a), exclui, expressamente, a possibilidade dessa interpretação. No entanto, seria absurdo deixar impunes os participantes na rixa quando o perigo se concretizasse num terceiro e não fosse possível provar qual dos participantes foi o autor do acto provocador da morte ou da ofensa à integridade física. Daí que a alínea b) do mesmo n.º 1 venha colmatar a brecha aparentemente aberta pela alínea a), alargando a punibilidade da acção às situações de criação de perigo para terceiros (mesmo que não se concretizem na produção de uma efectiva lesão da integridade física). A lei fala em “risco de ofensa à integridade física ou perigo para terceiros”, não esclarecendo de que perigo se trata, muito embora deva tratar-se de perigo para a vida e integridade física desses terceiros, o que torna pouco perceptível a previsão, imediatamente antes, do “risco de ofensa à integridade física”.
- 11 A referida al.^a a), ao condicionar a punibilidade da rixa à ofensa à integridade física dos contendores sem exigir que essa ofensa seja grave, origina uma situação pouco clara, como já acontecia no regime da Lei n.º 16/2004, sobre o qual escrevemos o seguinte (JORGE BAPTISTA GONÇALVES, *op. cit.*, p. 113): “Uma rixa não é uma mera troca de palavras ou gestos ameaçadores, mas antes uma contenda física. A existência de ofensas à integridade física simples dos contendores é verdadeiramente conatural à rixa, tendo em vista a forma como têm sido entendidos os conceitos de ofensa no corpo e de ofensa na saúde que presidem à noção de ofensa à integridade física. Não se exigindo que a ofensa à integridade física dos contendores seja grave, o legislador acaba por estabelecer a punibilidade das simples vias de facto, tornando pouco congruente a alternativa que estabelece entre a morte, por um lado, e a mera ofensa à integridade física simples de algum dos contendores, por outro. Haverá alguma rixa que por ser isso mesmo – uma rixa – não envolva, em regra, pelo menos a ofensa à integridade física simples de algum dos contendores? Misturando-se, no mesmo tipo, a punibilidade em função da “morte” (máximo) e a punibilidade das simples vias de facto (mínimo), é a própria natureza do crime (e do perigo em causa) que fica pouco clarificada.”
- 12 A participação em rixa pressupõe a existência de recíprocas ofensas à integridade física simples, pelo que faria mais sentido, em relação aos contendores, continuar a exigir a ofensa à integridade física grave.
- 13 O aparente alargamento da alínea a) à punibilidade das simples vias de facto, bastando-se com a ofensa à integridade física simples de algum dos contendores, tornará desnecessário o recurso às alíneas b) e c), pois a regra será, naturalmente, a verificação desse tipo de ofensa como conatural à acção dos rixantes.
- 14 Quanto ao alarme ou inquietação entre a população, a que se reporta a alínea c), ocorre perguntar: será concebível uma rixa que, não produzindo, sequer, uma mera ofensa à integridade física simples de algum dos rixantes [que, a verificar-se, seria caso a incluir na alínea a) do preceito], nem risco ou perigo para terceiros [seria caso a incluir na alínea b) do mesmo artigo], deva ser punida ao abrigo desta alínea c), por produzir alarme ou inquietação entre a população?
- 15 Finalmente, pergunta-se: e se a rixa ocorrer não na deslocação para ou de espectáculo, mas durante o espectáculo? Não estando preenchidos os elementos típicos do crime

do artigo 33.º e não estando previsto o crime de “tumultos”, do artigo 26.º da Lei n.º 16/2004, parece que estará criada uma situação dificilmente compreensível em que uma rixa ocorrida durante a deslocação para um estádio de futebol será sancionada em termos mais abrangentes e penalizadores do que uma rixa ocorrida durante o próprio espectáculo.

O crime de participação em rixa é um **crime comum**, não requerendo qualquer

16

qualidade especial do agente.

É um **crime de participação necessária** na modalidade de convergência.

17

O **tipo subjectivo** é exclusivamente doloso.

18

Na Lei n.º 16/2004, não se previa uma cláusula semelhante à contida no artigo 151.º, n.º 2, do Código Penal, que rege: “A participação em rixa não é punível quando for determinada por motivo não censurável, nomeadamente, quando visar reagir contra um ataque, defender outrem ou separar os contendores”. Já então entendíamos que, embora não especificamente contemplado, no artigo 23.º da Lei n.º 16/2004, o direito de intervenção de terceiro alheio à criação ou desenvolvimento da situação de rixa, tal não significava que não se aplicasse, nessas situações, o quadro geral das causas de justificação, consagrado nos artigos 31.º e seguintes do Código Penal, colmatando-se, por essa via, a falta de uma norma como a do artigo 151.º, n.º 2. Com a presente lei, o artigo 30.º, n.º 2, passou a reproduzir a referida cláusula contida no Código Penal.

19

Caso se sustente a diferença de bens jurídicos protegidos, será defensável a punição do rixante responsável pela morte de um dos contendores (pressupondo que se estabelece o nexo de imputação) em concurso efectivo pelo crime de participação em rixa e pelo crime de homicídio. Entendimento diverso é defendido por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, a respeito do crime tipificado no Código Penal, sustentando, nas referidas circunstâncias, a existência de concurso aparente entre o crime de homicídio e o crime de participação em rixa (*op. cit.*, p. 402).

20

À pena principal acrescerá a pena acessória de privação do direito de entrar em recintos desportivos, por um período de um a três anos, nos termos do artigo 35.º, incluindo a obrigação de o condenado se apresentar a uma autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as suas exigências profissionais e o local em que habita.

21

Artigo 31.º

Arremesso de objectos ou de produtos líquidos

Quem, encontrando-se no interior do recinto desportivo durante a ocorrência de um espectáculo desportivo, arremessar objectos ou produto líquido e criar deste modo perigo para a vida ou a integridade física de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 a 3)

O bem jurídico (anotações 4 e 5)

O tipo objectivo (anotações 6 a 11)

O tipo subjectivo (anotação 12)

A tentativa (anotação 13)

A participação (anotação 14)

O concurso (anotação 15)

- 1 A **fonte** desta disposição é o artigo 24.º da Lei n.º 16/2004, de 11 de Maio.
- 2 No âmbito do artigo 21.º, alínea d), da Lei n.º 38/98, de 4 de Agosto, o arremesso de objectos no recinto desportivo constituía contra-ordenação punida com coima.
- 3 Em Itália, a “Legge 13 dicembre 1989 n.º 401”, no seu artigo 6.º bis, 1, sobre “lancio di materiale pericoloso, scavalco ed invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive”, sanciona com uma pena de 6 meses a 3 anos de prisão, entre outras condutas, o arremesso de corpos contundentes ou outros objectos (“corpi contundenti o altri oggetti”) de forma a que possa gerar um perigo para as pessoas nos locais em que se desenrolem manifestações desportivas.
- 4 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a vida e a integridade física.
- 5 Trata-se de um crime de perigo concreto (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos tutelados) e de resultado.
- 6 O **tipo objectivo** consiste no arremesso de objectos ou produto líquido, com criação de perigo para a vida ou integridade física de outrem.
- 7 O agente terá de encontrar-se no interior do recinto desportivo e a acção típica deverá ter lugar durante a ocorrência de um espectáculo desportivo.
- 8 Os produtos líquidos, normalmente, estarão contidos em recipientes que, ao serem arremessados, actuarão como objectos contundentes. No entanto, o tipo também abrange o arremesso puro e simples desses produtos.
- 9 Para evitar a entrada nos recintos de objectos indevidos, designadamente de objectos que poderão vir a ser arremessados, o artigo 25.º prevê a intervenção de assistentes de recinto desportivo na realização de revistas pessoais de prevenção e segurança aos espectadores.
- 10 A Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro, relativa à actividade de segurança privada, consagrou pela primeira vez a faculdade de os vigilantes de segurança privada poderem efectuar revistas de prevenção e segurança no controlo de acesso a determinados locais, referindo, expressamente, que os assistentes de recinto desportivo são vigilantes especializados e que podem efectuar revistas pessoais de prevenção e segurança com o estrito objectivo de impedir a entrada de objectos e substâncias proibidas ou susceptíveis de gerar ou possibilitar actos de violência.
- 11 No artigo 24.º da Lei n.º 16/2004, o sujeito passivo do crime de arremesso de objectos era definido como qualquer “dos intervenientes nesse espectáculo”, expressão que era equívoca. Presentemente, é claro que o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa que se encontre no interior do recinto desportivo.
- 12 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.
- 13 A moldura penal abstracta exclui a possibilidade de punição do agente no estádio de **tentativa**.
- 14 A **comparticipação** rege-se pelos critérios gerais.
- 15 Entre este crime e os crimes de homicídio ou de ofensa à integridade física (por concretização do perigo em dano), ocorre uma relação de **concurso aparente**, devendo o agente ser punido pelo homicídio ou pela ofensa à integridade física.

Artigo 32.º

Invasão da área do espectáculo desportivo

1. Quem, encontrando-se no interior do recinto desportivo durante a ocorrência de um espectáculo desportivo, invadir a área desse espectáculo ou aceder a zonas do recinto desportivo inacessíveis ao público em geral, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

2. Se das condutas referidas no número anterior resultar perturbação do normal curso do espectáculo desportivo que implique a suspensão, interrupção ou cancelamento do mesmo, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotações 1 a 3)
- O bem jurídico (anotações 4 e 5)
- O tipo objectivo (anotações 6 a 8)
- O tipo subjectivo (anotação 9)
- A tentativa (anotação 10)
- A comparticipação (anotação 11)
- A pena (anotação 12)

- A **fonte** desta disposição é o artigo 25.º da Lei n.º 16/2004, de 11 de Maio. 1
- Corresponde ao artigo 32.º da Proposta de Lei n.º 249/X. 2
- Em Itália, a “Legge 13 dicembre 1989 n.º 401”, no seu artigo 6.º bis, 2, sobre “lancio di materiale pericoloso, scavalco ed invasione di campo in occasione di manifestazioni sportive”, sanciona com uma pena de prisão ou multa quem invada o terreno de jogo, se do facto derivar um perigo concreto para as pessoas. 3
- Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a segurança no espectáculo desportivo e a vida e integridade física. 4
- Trata-se de um **crime de perigo abstracto** (quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos tutelados) e de **resultado**. 5
- O **tipo objectivo** consiste na invasão da área do espectáculo desportivo ou no acesso a zonas do recinto desportivo inacessíveis ao público em geral. 6
- Por “área do espectáculo desportivo” entende-se “a superfície onde se desenrola o espectáculo desportivo, incluindo as zonas de protecção definidas de acordo com os regulamentos da respectiva modalidade” [artigo 3.º, alínea b)]. 7
- O agente terá de encontrar-se no interior do recinto desportivo e a acção típica deverá ter lugar durante a ocorrência de um espectáculo desportivo. 8
- O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. 9
- A moldura penal abstracta exclui a possibilidade de punição do agente no estádio de **tentativa**. 10
- A **comparticipação** rege-se pelos critérios gerais. 11
- Se da invasão da área do espectáculo ou do acesso a zonas do recinto desportivo inacessíveis ao público em geral resultar perturbação do normal curso do espectáculo desportivo que implique a suspensão, interrupção ou cancelamento do mesmo, a pena será agravada, nos termos do n.º 2. 12

Artigo 33.º

Ofensas à integridade física actuando em grupo

Quem, encontrando-se no interior do recinto desportivo, durante a ocorrência de um espectáculo desportivo, actuando em grupo, ofender integridade física de terceiros, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa não inferior a 500 dias.

Sumário da anotação:

- A fonte (anotações 1 e 2)
- O bem jurídico (anotações 3 e 4)
- O tipo objectivo (anotações 5 a 8)
- O tipo subjectivo (anotação 9)
- A tentativa (anotação 10)

A pena (anotações 11 e 12)

A natureza do crime (anotação 13)

- 1 A disposição corresponde ao artigo 33.º da Proposta de Lei n.º 249/X.
- 2 O artigo 557.º do Código Penal espanhol, com as alterações da “Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre”, prevê no delito de “desordenes públicos” a punição daqueles que, actuando em grupo e com o fim de atentar contra a paz pública, alterem a ordem pública, causando, além do mais que se prevê, lesões em pessoas, sendo a pena agravada quando os factos se produzam por ocasião da celebração de eventos ou espectáculos que congreguem grande número de pessoas. Com idêntica pena são sancionados aqueles que no interior de recintos onde se celebrem esses eventos alterem a ordem pública mediante comportamentos que provoquem ou sejam susceptíveis de provocar avalanchas ou outras reacções no público que ponham em situação de perigo parte ou a totalidade dos assistentes.
- 3 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a integridade física.
- 4 O crime em questão é de **dano** (quanto ao bem jurídico tutelado) e **de resultado** (tendo em vista a forma de consumação do ataque ao objecto da acção).
- 5 O **tipo objectivo** consiste na ofensa à integridade física de uma outra pessoa, exigindo-se que agente e vítima se encontrem no interior de recinto desportivo e durante a ocorrência de um espectáculo desportivo.
- 6 O conceito de ofensa à integridade física coincide com o utilizado no Código Penal.
- 7 Trata-se de um tipo plurissubjectivo – um **crime de participação necessária** ou crime colectivo, como alguns lhe chamam, por exigir para ser cometido uma pluralidade de agentes. A actuação terá de ser “em grupo”.
- 8 O **tipo subjectivo** é doloso, podendo ser cometido com qualquer forma de dolo.
- 9 É um **crime comum**, pois o tipo não exige qualquer qualidade especial do agente.
- 10 A **tentativa** não é punível, tendo em vista a pena abstractamente prevista e o disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal.
- 11 A ofensa à integridade física simples é punida, pelo artigo 143.º, n.º 1, do Código Penal, com prisão até 3 anos ou com pena de multa. Neste artigo 33.º, mantém-se a pena de prisão, mas a multa é agravada em relação ao previsto no Código Penal. Ocorre perguntar qual o máximo da multa, já que o mínimo de 500 dias é superior ao limite máximo que, em regra, é de 360 dias, nos termos do artigo 47.º do Código Penal.
- 12 Acrescerá a pena acessória de privação do direito de entrar em recintos desportivos, por um período de um a três anos, nos termos do artigo 35.º, incluindo a obrigação de o condenado se apresentar a uma autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as suas exigências profissionais e o local em que habita.
- 13 Diversamente do que ocorre com o crime de ofensa à integridade física simples, este crime tem natureza pública, como todos os crimes previstos na Lei n.º 39/2009.

Artigo 34.º

Crimes contra agentes desportivos específicos

1. Se os actos descritos nos artigos 29.º a 31.º forem praticados de modo a colocar em perigo a vida, a saúde, a integridade física ou a segurança dos praticantes, treinadores, árbitros e demais agentes desportivos que estiverem na área do espectáculo desportivo, bem como aos membros dos órgãos de comunicação social em serviço na mesma, as penas naqueles previstas são agravadas, nos seus limites mínimo e máximo, até um terço.

2. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:

A fonte (anotação 1)

Os tipos agravados (anotações 2 a 6)

A disposição corresponde ao artigo 34.º da Proposta de Lei n.º 249/X. 1
 Este artigo consagra uma forma agravada para os diversos tipos de crime descritos 2
 nos artigos 29.º a 31.º, desde que praticados de modo a colocarem em perigo a vida,
 a saúde, a integridade física ou a segurança de praticantes, treinadores, árbitros e
 demais agentes desportivos que estejam na área do espectáculo desportivo.
 Refere-se, igualmente, aos membros dos órgãos de comunicação social em serviço 3
 na área do espectáculo desportivo.
 Por “área do espectáculo desportivo” entende-se “a superfície onde se desenrola o 4
 espectáculo desportivo, incluindo as zonas de protecção definidas de acordo com
 os regulamentos da respectiva modalidade” [artigo 3.º, alínea b)].
 A qualificação aqui prevista depende da produção de um perigo concreto, para 5
 os bens jurídicos indicados, como consequência adequada da conduta do agente.
 Os tipos agravados admitem a punição por tentativa, ainda que os crimes-base 6
 que se reportam não sejam puníveis a esse título.

Artigo 35.º

Pena acessória de privação do direito de entrar em recintos desportivos

1. Pela condenação dos crimes previstos nos artigos 29.º a 31.º, é aplicável uma medida de interdição de acesso a recintos desportivos por um período de 1 a 3 anos, se pena acessória mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2. A aplicação da pena acessória referida no número anterior inclui a obrigação de apresentação a uma autoridade judiciária ou a órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos, tomando em conta as suas exigências profissionais e o domicílio do agente.

3. Não conta, para efeitos de contagem do prazo da medida de interdição prevista no n.º 1, o tempo em que o agente estiver privado da liberdade por força de medida de coacção processual, pena ou medida de segurança.

Sumário da anotação:

A pena acessória (anotações 1 a 3)

Este artigo prevê uma pena acessória de privação temporária do direito de entrar 1
 em recintos desportivos.
 Penas acessórias são aquelas que só podem ser aplicadas se for também aplicada 2
 uma pena principal que, no caso, terá de ser por um dos crimes previstos nos
 artigos 29.º a 31.º
 A obrigação de apresentação a uma autoridade judiciária ou a órgão de polícia 3
 criminal, prevista no n.º 2, integra a pena acessória e constitui, em simultâneo,
 uma forma de garantir o cumprimento da interdição.

Artigo 37.º

Prestação de trabalho a favor da comunidade

Se ao agente dever ser aplicada pena de prisão em medida não superior a 1 ano, o tribunal substitui-a por prestação de trabalho a favor da comunidade, salvo oposição daquele ou se se concluir que por este meio não se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, nos demais termos previstos no Código Penal e no Código de Processo Penal.

Sumário da anotação:

A fonte (anotações 1 e 2)

A natureza da prestação de trabalho (anotação 3)

A comparação com o regime do Código Penal (anotações 4 a 8)

- 1 Esta disposição tem como **fonte** o artigo 30.º da Lei n.º 16/2004, que reproduz, e bem assim o artigo 58.º do Código Penal.
- 2 Ela corresponde ao artigo 37.º da Proposta de Lei n.º 249/X.
- 3 A pena de prestação de trabalho a favor da comunidade é uma **pena substitutiva** da pena de prisão, cuja aplicação compete ao tribunal de julgamento.
- 4 É dificilmente compreensível a reprodução neste artigo 37.º do teor do artigo 30.º da Lei n.º 16/2004. Este também previa, expressamente, a substituição da pena de prisão não superior a 1 ano por prestação de trabalho a favor da comunidade, em termos substancialmente equivalentes aos previstos no Código Penal. Ao proceder dessa forma, o legislador sinalizou a sua preferência por esta pena de substituição como forma de punição para os crimes previstos nessa Lei n.º 16/2004.
- 5 Porém, ao reproduzir o referido artigo 30.º na presente lei, esqueceu-se o legislador de que o artigo 58.º do Código Penal, na redacção introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, consagra a prestação de trabalho a favor da comunidade como pena substitutiva da pena de prisão não superior a dois anos, onde antes se previa como pena de substituição da pena de prisão aplicada em medida não superior a um ano.
- 6 Afigura-se-nos que só por flagrante desatenção à alteração legislativa entretanto ocorrida, reveladora do modo pouco cuidadoso como se legisla, o legislador manteve, no artigo em apreço, o pressuposto da aplicação de pena não superior a um ano, reproduzindo o que constava do 30.º da Lei n.º 16/2004.
- 7 Pretendendo o legislador promover a aplicação da pena de prestação de trabalho a favor da comunidade como pena de substituição da prisão, no âmbito dos crimes associados ao desporto, seria um verdadeiro contra-senso que tivesse restringido a sua aplicação às penas de prisão não superiores a um ano, em contraste com o novo regime do Código Penal.
- 8 Entendemos, pois, que o artigo 37.º não obsta à aplicação de qualquer das penas de substituição previstas no Código Penal, incluindo a pena de prestação de trabalho a favor da comunidade em relação às penas de prisão aplicadas em medida não superior a dois anos.

JORGE MANUEL BAPTISTA GONÇALVES

Índice da Obra

VOLUME II

TÍTULO V DIREITOS E DEVERES ECONÓMICOS

CAPÍTULO I – CONSUMO E DIREITOS DOS CONSUMIDORES

Decreto-Lei n.º 213/2004, de 23 de Agosto	39

CAPÍTULO II – ECONOMIA E DIREITO DE INICIATIVA PRIVADA, COOPERATIVA E AUTOGESTIONÁRIA

Decreto-Lei n.º 26.852, de 30 de Julho de 1936	51
Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro	56
Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro	123
Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro	154
Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto	157
Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Maio	162
Decreto-Lei n.º 263/98, de 19 de Agosto	165
Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro	168
Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro	182
Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro	185
Decreto-Lei n.º 211/2004, de 20 de Agosto	188

Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.....	193
Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril	196
Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março.....	208

CAPÍTULO III – DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA

Decreto n.º 29.833, de 17 de Agosto de 1939	210
Decreto-Lei n.º 507/72, de 12 de Dezembro.....	219
Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro.....	226
Decreto-Lei n.º 391/79, de 20 de Setembro.....	236
Decreto-Lei n.º 224/84, de 6 de Julho	246
Decreto-Lei n.º 63/85, de 14 de Março.....	247
Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro.....	284
Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de Março.....	307

TÍTULO VI DIREITOS E DEVERES SOCIAIS

CAPÍTULO I – IMPOSTOS, SEGURANÇA SOCIAL E SOLIDARIEDADE

Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro.....	349
Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho.....	388

CAPÍTULO II – SAÚDE

Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.....	481
Decreto-Lei n.º 274/99, de 22 de Julho	556
Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho	562
Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto.....	607
Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de Abril	611
Decreto-Lei n.º 145/2009, de 17 de Junho.....	614

CAPÍTULO III – HABITAÇÃO E URBANISMO

Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de Setembro.	617
Decreto n.º 555/99, de 16 de Dezembro.	621
Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro.	627

CAPÍTULO IV – AMBIENTE E QUALIDADE DE VIDA

Lei n.º 90/88, de 13 de Agosto.	630
Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro.	633
Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro.	646
Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto.	649
Lei n.º 7/2008, de 15 de Fevereiro.	651

CAPÍTULO V – JUVENTUDE

Decreto-Lei n.º 254/76, de 7 de Abril.	660
Lei n.º 75/98, de 19 de Novembro.	667
Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro.	671
Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro.	677

TÍTULO VII DIREITOS E DEVERES CULTURAIS

CAPÍTULO I – FRUIÇÃO E CRIAÇÃO CULTURAL

Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro.	685

CAPÍTULO II – DESPORTO

Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto.	713
Lei n.º 27/2009, de 19 de Junho.	727
Lei n.º 39/2009, de 30 de Julho.	739

