Paulo Pinto de Albuquerque
José Branco
(Org.)

Comentário
das
Leis Penais Extravagantes

VOLUME 1

Universidade Católica Editora

Comentário

das

Leis Penais Extravagantes

Volume I

COMENTÁRIO DAS LEIS PENAIS EXTRAVAGANTES

Comentário das leis penais extravagantes / [coord. de] Paulo Pinto de Albuquerque, José Branco. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2010- . – vol. ; 25 cm
Vol. 1: 2010. – 904 p.

ISBN 978-972-54-0282-5 (vol.1)

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 2010

Edição: Universidade Católica Editora, Unipessoal
Revisão: Helena Romão
Design gráfico, Impressão e acabamentos: Sereer, soluções editoriais
Data: Novembro 2010
Depósito Legal: 319226/10
ISBN: 978-972-54-0282-5

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 I

Universidade Católica Editora

Prefácio

A obra "Comentário das Leis Penais Extravagantes" visa recolher, sistematizar e comentar toda a legislação penal extravagante.

A ideia surgiu há dois anos no seio de um pequeno grupo de juristas ligados à prática judicial e ao meio universitário. O projecto aliciou e agregou, desde logo, vários outros juristas vindo o grupo a crescer ao longo de dois anos de trabalho e reunindo, na sua configuração final, vinte e nove magistrados judiciais e do Ministério Público e um professor universitário.

A recolha das leis penais extravagantes foi exaustiva, incluindo mesmo textos cuja vigência é duvidosa.

A sistematização da obra obedece à ordem constitucional dos bens jurídicos protegidos pelas incriminações comentadas, integrando títulos relativos (I) aos princípios gerais da Constituição da República, (II) aos direitos, liberdades e garantias pessoais, (III) aos direitos, liberdades e garantias de participação política e organização do Estado, (IV) aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, (V) aos direitos e deveres económicos, (VI) aos direitos e deveres sociais e (VII) aos direitos e deveres culturais.

Os comentários seguem uma matriz unitária, que aborda sucessivamente as fontes, os bens jurídicos tutelados, o tipo objectivo, o tipo subjectivo, as causas de justificação e de exclusão da culpa, a tentativa, a comparticipação, o concurso e a pena. Cada artigo comentado apresenta um sumário da anotação de modo a facilitar a consulta pelo leitor. Elaborou-se, também com o mencionado objectivo de maior facilidade de consulta, um índice cronológico e temático.

A vastidão, dispersão e contradição dos textos penais extravagantes impõem esta tarefa com premência inadiável, esperando-se que se revele um serviço útil para a comunidade jurídica e judiciária. Se lograrmos atingir este propósito já teremos – todos os autores - cumprido um dos desígnios que nos moveram.

Mas esta obra constitui também um apelo, dirigido ao legislador ordinário, no sentido de proceder a uma recodificação do direito penal e uma refundação do direito penal extravagante.

Paulo Pinto de Albuquerque
José Branco

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 – Goltdammer'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 Medicinae
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
RIDP – Revue Internationale de Droit Pénal
RJEPSAE – Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Territorio 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 coleccionismo 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 Novembro (Declaração de rectificação de 15 de Novembro de 1982), Lei n.º 14-A/85, de 10 Julho, Decreto-Lei n.º 55/88, de 26 Fevereiro, Lei n.º 5/89, de 17 Março, Lei n.º 18/90, de 24 Julho, Lei n.º 31/91, de 20 Julho, Lei n.º 72/93, de 30 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 Abril, Lei n.º 35/95, de 18 Agosto, Lei Orgânica n.º 1/99, de 22 Junho e Lei Orgânica n.º 2/2001, de 25 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, de15 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.º-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.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

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 Leis 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.º 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.º 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.º 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.º 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

Decreto-Lei n.º 391/79, de 20 de Setembro, que aprova o regulamento das contrastarias, alterado pelos Decretos-Leis n.º 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.º 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 republica 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.º 45/85, de 17 de Setembro e 114/91, de 3 de Setembro, pelos Decretos-Leis n.º 332/97 e 334/97, ambos de 27 de Novembro, e pelas Leis n.º 50/2004, de 24 de Agosto, e 24/2006, de 30 de Junho, e 16/2008, de 1 de Abril, que republica 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

Decreto-Lei n.º 454/91, de 28 de Dezembro, sobre a emissão de cheque sem provisão (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.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 republica 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, que aprova o regime geral das infracções tributárias (Artigos 7.º, 12.º a 22.º, 87.º a 107.º)
Carlos Teixeira (Artigos 7.º, 12.º a 22.º, 103.º a 107.º) e *Sofia Gaspar* (Artigos 87.º a 102.º)

CAPÍTULO II – SAÚDE

Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, que prevê o regime de tráfico e consumo de estupefacientes, alterada 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.º 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 e 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 nas Varas Criminais de Lisboa*

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 e docente do Centro de Estudos Judiciários*

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 Novembro (Declaração de rectificação de 15 de Novembro de 1982), Lei n.º 14-A/85, de 10 Julho, Decreto--Lei n.º 55/88, de 26 Fevereiro, Lei n.º 5/89, de 17 Março, Lei n.º 18/90, de 24 Julho, Lei n.º 31/91, de 20 Julho, Lei n.º 72/93, de 30 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 Abril, Lei n.º 35/95, de 18 Agosto, Lei Orgânica n.º 1/99, de 22 Junho e Lei Orgânica n.º 2/2001, de 25 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 coleccionismo 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 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)

Artigo 2.º
Violação do dever de congelamento de fundos e recursos financeiros

1. Quem, desrespeitando as sanções referidas no artigo 1.º, colocar, directa ou indirectamente, à disposição de entidades identificadas nas resoluções ou regulamentos referidos no artigo 1.º quaisquer fundos ou recursos financeiros que as mesmas possam utilizar ou dos quais possam beneficiar é punido com pena de prisão de três a cinco anos.

2. Havendo negligência a pena é de multa até 600 dias.

3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 a 5)
O tipo objectivo (anotações 6 a 10)
O tipo subjectivo (anotações 11 e 12)
A tentativa (anotação 13)
A comparticipação (anotação 14)
O concurso (anotação 15)
A pena (anotação 16)

Esta disposição não teve antecedentes na legislação nacional. A sua **fonte** (i.e., causa) pode ser desvendada nas diferentes regulamentações da União Europeia no âmbito do terceiro pilar do Tratado da UE que pretendem garantir o respeito pelas decisões da própria União Europeia e do Conselho de Segurança da ONU no interior do território da União Europeia, particularmente no campo da luta contra o terrorismo e do seu financiamento. Subjacente à incriminação está, por isso, a problemática da criminalidade altamente organizada e a sombra do terrorismo e do seu financiamento, como decorre do teor da discussão ocorrida entre os deputados na Assembleia da República a propósito deste diploma (cfr. a Proposta de Lei n.º 102/VIII, e o debate que gerou, no Diário da Assembleia da República, I.ª série, de 19.10.2001, p. 489 e ss.). Trata-se de salvaguardar o respeito pelos actos normativos internacionais onde as Nações Unidas e a União Europeia têm adoptado sanções e restrições financeiras procurando combater o incumprimento de princípios e normas de Direito Internacional que visam a manutenção da paz e da segurança (num nível de análise mais distante despontam questões humanitárias não negligenciáveis). A prevenção do financiamento do terrorismo ganhou maior relevância a partir dos atentados terroristas sofridos pelos EUA em 11 de Setembro de 2001. Tornou-se, então, incontestável para a comunidade internacional a necessidade de adopção de medidas legislativas que, articuladas com o quadro preventivo do branqueamento de capitais, facilitassem a detecção, a antecipação e a supressão do financiamento do terrorismo, afrouxando as possibilidades de acesso ao sistema financeiro internacional por parte dos autores de actos da criminalidade altamente organizada, de organizações e grupos terroristas e dos seus financiadores. É dentro deste cenário que deve ser contextualizada a génese desta lei publicada em 16.02.2002, no rescaldo dos supramencionados atentados terroristas, e que consagra uma incriminação **1**

que pode ser considerada como uma espécie de "desobediência" relativamente à PESC (política externa e de segurança comum).

2 Não descobrimos jurisprudência nacional relativa à utilização deste tipo de ilícito. Contudo, ao nível da jurisprudência comunitária, a polémica referente às consequências da aplicação concreta de sanções a pessoas e instituições merece ser destacada: os processos do Tribunal de 1.ª Instância das CE conhecidos como "Kadi" e "Al Barakaat", com os n.os 402/05P e 415/05P (cfr. JO C 36, de 11.02.2006 e JO C 48, de 25.02.2006), decididos através do Acórdão datado de 21.09.2005, e, depois, o importante Acórdão do Tribunal de Justiça datado de 03.09.2008, que veio a anular esses acórdãos da primeira instância, numa decisão histórica para o processo penal europeu (cfr. <http://curia.europa.eu/pt/actu/communiques/cp05/aff/cp050079pt.pdf>). Em causa estava a aplicação do Regulamento (CE) n.º 881/2002, de 27 de Maio, que institui certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a Osama B*in* Laden, à rede Al-Qaida e aos talibãs. Na sequência da posição do advogado-geral Poiares Maduro, entendeu-se que esse regulamento violava o direito à propriedade privada, o direito de audição e o direito à tutela jurisdicional efectiva, já que se procedeu a um congelamento de bens por tempo indeterminado sem garantias processuais que tivessem obrigado as autoridades a justificar essa medida adoptada e sem possibilidade de esta ser fiscalizada por um tribunal independente. Em suma, as sanções impostas por regulamentos comunitários – ainda que visem a implementação de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas – devem assegurar a protecção dos direitos do Homem e das suas liberdades fundamentais (requisito da sua legalidade) e não podem dispensar a fiscalização judicial da sua implementação (que compete ao Tribunal de Justiça fiscalizar).

3 O **bem jurídico** protegido por esta incriminação é supra-individual e assume um cariz supranacional: é a autoridade pública da UE. Trata-se de tutelar o respeito pela autonomia intencional da União Europeia e das suas decisões sobre as questões de segurança e justiça. Visa-se, ainda, atingir "o objectivo de garantir o respeito pelas decisões pertinentes do Conselho de Segurança das Nações Unidas no que respeita ao território da Comunidade" (como se referia expressamente na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 102/VIII e disponível no DAR, II.ª série-A, n.º 7/VIII/3 de 16.10.2001), e também as decisões da UE sobre essa mesma matéria. Mediatamente visa-se garantir a manutenção da paz e da segurança internacionais.

4 A União Europeia adopta medidas restritivas quer em aplicação de resoluções vinculativas do Conselho de Segurança das Nações Unidas quer por sua própria iniciativa. A União Europeia aplica as sanções impostas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ao abrigo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, pois no âmbito da execução das resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas tem de observar os termos dessas resoluções, embora possa, igualmente, decidir aplicar medidas mais restritivas. As Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas que impõem medidas restritivas (ao nível das Nações Unidas) incluem um grupo composto por diversos países e grupos que está sujeito a alterações consoante a evolução da conjuntura mundial. Contudo, podem salientar-se, pelo seu relevo, dois grupos: a) a Al-Qaida e b) os talibãs. Quanto aos países podem mencionar-se: a) o Irão; b) o Iraque; c) a Coreia de Norte; d) o Líbano; e) a República Democrática do Congo; f) a Costa de Marfim; g) a Libéria; h) a Serra Leoa; i) a Somália, e j) o Sudão, entre outros.

As regulamentações adoptadas pela União Europeia que impõem medidas restritivas (originadas em Posições Comuns, Decisões e Regulamentos) encontram-se

publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, podendo ser consultadas através do *site* respectivo: <http://eur-lex.europa.eu/RECH_mot.do>.
As medidas impostas pela União Europeia incluem, nomeadamente: a) congelamento de fundos e recursos económicos e outras sanções financeiras; b) embargos de armas e material conexo (incluindo a proibição de venda, fornecimento, transferência ou exportação de armamento e material conexo de qualquer tipo, de venda equipamento susceptível de ser usado para fins de repressão interna e de financiamentos nessas áreas); c) restrições à exportação e importação de bens e tecnologias militares (de acordo com a "Lista Militar Comum da EU" e o *Equipment, Software and Technology Annex* do *Missile Technology Control Regime*); e, d) restrições à admissão no território da União Europeia de nacionais de países terceiros.
Trata-se de um **crime de dano** quanto ao grau de lesão do bem jurídico e de **resultado** no que se refere à forma de consumação do ataque ao objecto da acção. **5**
O **tipo objectivo** implica uma conjugação entre diversas normas: o tipo legal incriminador (art. 2.º, n.º 1), o artigo 1.º da mesma Lei n.º 11/2002, e uma regulamentação da União Europeia impondo uma sanção de congelamento de fundos e/ou recursos financeiros. Os elementos objectivos do tipo são dois: a) o desrespeito pelas sanções impostas pela regulamentação da União Europeia que determinem restrições ao estabelecimento ou à manutenção de relações financeiras ou comerciais com os Estados, outras entidades ou indivíduos expressamente identificados no respectivo âmbito subjectivo de incidência, e b) o colocar, de forma directa ou indirecta, à disposição de entidades identificadas nessas resoluções ou regulamentos quaisquer fundos ou recursos financeiros que as mesmas possam utilizar. Embora a acção do agente possa violar, também, outros deveres, esta norma tutela apenas a questão financeira ("fundos ou recursos financeiros"). **6**
As medidas restritivas adoptadas pela União Europeia são publicadas integralmente no Jornal Oficial da União Europeia. Contudo, podem, também, ser consultadas através do *site* do Ministério dos Negócios Estrangeiros que tem informação detalhada sobre o regime de sanções impostas por regulamentos comunitários e os *links* mais relevantes <http://mne.gov.pt/mne/pt/AutMedidasRestritivas.htm>. **7**
De acordo com o art. 6.º da Lei n.º 11/2002, a este regime sancionatório aplicam-se as disposições especiais relativas ao branqueamento de capitais (cfr., designadamente, a Lei n.º 5/2002 de 11/01, a Lei n.º 11/2004 de 27/03 e a Lei n.º 25/2008 de 5/06). **8**
Numa perspectiva mais geral, importa ter em consideração a regulamentação do congelamento de bens, do reconhecimento mútuo de sanções, e a prevenção do branqueamento, especificadamente:
a) Decisão-Quadro n.º 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de Julho de 2003 relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas (Jornal Oficial n.º L 196 de 02.08.2003, p. 45).
b) Decisão-Quadro n.º 2005/214/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005 relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às sanções pecuniárias (Jornal Oficial n.º L 76 de 22.03.2005, p. 16).
c) Directiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo (Jornal Oficial n.º L 309 de 25/11/2005 p. 15).
d) Decisão-Quadro n.º 2006/783/JAI, do Conselho, de 6 de Outubro de 2006, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, com a redacção que lhe foi dada pela Decisão-Quadro n.º 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009 (Jornal Oficial n.º L 81 de 27.03.2009, p. 24). Neste último

caso, esta Decisão-Quadro já foi transposta para o nosso ordenamento jurídico através da Lei n.º 88/2009 de 31 de Agosto, em vigor desde Outubro de 2009.

9 Quanto ao âmbito subjectivo (pessoas ou entidades a quem a incriminação pode ser aplicável), importa mencionar que a aplicação destas sanções financeiras consta de uma listagem oficial que pode, igualmente, ser consultada *online*. Exemplificativamente, e pelo seu valor simbólico, citem-se: a) de entre as Resoluções das Nações Unidas, a Resolução 1267 (1999) e a Resolução 1373 (2001); b) de entre os Regulamentos Comunitários, o Regulamento (CE) n.º 2580/2001, de 27 de Dezembro e o Regulamento (CE) n.º 881/2002, de 27 de Maio. Considerando só o caso de um país sujeito a sanções, e tomando como exemplo o Irão, a UE implementou as resoluções do Conselho de Segurança da ONU n.º 1696 (2006), 1737 (2006), 1747 (2007), 1803 (2008) e 1835 (2008) e adoptou medidas adicionais – que implicam o reforço das sanções no território da EU – 02/07 Posição Comum 2007/140, 04/07 Regulamento 423/2007, 04/07 Posição Comum 2007/246, 06/07 Regulamento 618/2007, 08/08 Posição Comum 2008/652, e 11/08 Regulamento 1110/2008. Tais listas de pessoas e entidades ligadas a grupos, associações ou organizações terroristas, relativamente às quais devem ser congelados os fundos, outros activos financeiros ou recursos económicos, incluindo os fundos derivados de bens que, directa ou indirectamente, lhes pertençam ou que estejam sob o seu controlo, são periodicamente aprovadas. Essa listagem de pessoas, grupos e entidades sujeitos a sanções financeiras é actualizada periodicamente e encontra-se disponível no *site* <http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/list/consol-list.htm>. As autoridades portuguesas competentes em matéria de Medidas Restritivas Definidas no Quadro da União Europeia são o Ministério dos Negócios Estrangeiros e o Ministério das Finanças e da Administração Pública. O Banco de Portugal, também, detém informação sobre esta matéria que pode ser consultado *online* no respectivo *site* <www.bportugal.pt/ptPT/Supervisao/SupervisaoPrudencial/BranqueamentoCapitaisFinanciamentoTerrorismo/Paginas/Financiamentodoterrorismo>.

10 O art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 11/2002 consagra uma excepção ao art. 11.º, n.º 1, do Código Penal, pois "as pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no seu interesse".

11 O **tipo subjectivo** traduz-se na vontade, em qualquer das suas três modalidades (art. 14.º do Código Penal), ou na mera culpa, de violar as sanções impostas pela regulamentação da União Europeia que determine restrições ao estabelecimento ou à manutenção de relações financeiras ou comerciais com os Estados, outras entidades ou indivíduos expressamente identificados no respectivo âmbito subjectivo de incidência através da disponibilização às entidades identificadas nessas resoluções ou regulamentos de quaisquer fundos ou recursos financeiros. A negligência, *grosso modo*, significa a omissão pelo agente do cuidado que lhe era exigível, envolvendo a vertente consciente ou inconsciente. No primeiro caso, o agente prevê a realização do facto ilícito como possível, mas por irreflexão ou precipitação, crê na sua não verificação; no segundo, o agente, embora o pudesse e devesse prever, por imprudência, imperícia ou inaptidão, não o previu. De um ponto de vista de política criminal, é compreensível a punição da negligência atendendo a toda a problemática levantada por um possível desconhecimento do destinatário de um dado depósito bancário, suportada pela complexidade inerente à regulamentação aplicável, i.e., ao regime legal das instituições de crédito e sociedades financeiras, circundada pelas questões do sigilo bancário, dos depósitos em *offshore*, e pela figura do *trust*.

Considerando que parte da conduta típica carece do preenchimento normativo por via de uma regulamentação (supranacional) que é bastante extensa e assume uma natureza inconstante, variando com muita facilidade ao sabor da conjuntura, é de admitir a possibilidade de ocorrerem situações de erro sobre as proibições (cfr. artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal), admitindo que se trata de uma conduta axiologicamente neutra, em que o agente, para tomar consciência da ilicitude, tem de conhecer a proibição legal. **12**

Consagra-se expressamente a punibilidade da **tentativa** no n.º 3 do art. 2.º, o que parece redundante em face do disposto pelo art. 23.º n.º 1 do Código Penal e poderá ser problemático em face da punição da negligência constante do n.º 2 do art. 2.º, uma vez que a tentativa nunca ocorre na negligência. **13**

A **comparticipação** não apresenta especialidades, regendo-se pelas regras gerais por a violação do dever de congelamento de fundos e recursos financeiros não ser um crime específico, mas um **crime comum**, considerando que a aplicação das sanções financeiras constitui quer uma obrigação do sector público quer do sector privado. **14**

Quanto ao **concurso** entre este crime e a violação de outros deveres (art. 3.º da Lei n.º 11/2002) afigura-se-nos que será um caso de concurso efectivo, atenta a diversidade de bens jurídicos protegidos. Tratamento idêntico merece o financiamento do terrorismo que é qualificado, no ordenamento jurídico nacional, como um crime autónomo e consta do artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003, de 22.08 (com a redacção introduzida pelo artigo 62.º da Lei n.º 25/2008, de 05.06). Nesse caso, também, poderá ocorrer um concurso efectivo entre esse crime (contra a paz pública) e o de violação do dever de congelamento de fundos e recursos financeiros. **15**

Quanto à **pena** importa considerar a aplicação de soluções de diversão, celeridade processual e penas de substituição da pena concreta (cfr. artigos 280.º, 281.º, 393.º do Código de Processo Penal e artigos 43.º e ss., 50.º, 58.º, 60.º e 70.º do Código Penal), pois a pena prevista para o dolo não é superior a cinco anos e a da negligência é apenas punida com pena de multa de 10 dias (cfr. art. 47.º n.º 1 do Código Penal) a 600 dias. Com este tipo de actuação é possível contribuir para a ressocialização, evitando quer a formalidade, quer o prolongamento do processo. **16**

Artigo 3.º
Violação de Outros deveres

1. Quem estabeleça ou mantenha relação jurídica objecto das sanções com qualquer dos sujeitos identificados nas resoluções ou regulamentos referidos no artigo 1.º ou adquira ou aumente a participação ou posição de controlo relativo a imóvel, empresa ou outro tipo de pessoa colectiva, ainda que irregularmente constituída, situados, registados ou constituídos num território identificado naquelas resoluções ou regulamentos, é punido com pena de prisão de três a cinco anos.

2. A aplicação do número anterior não é prejudicada pelo facto de as aquisições ou aumentos de participação em causa terem lugar, em troca do fornecimento de bens corpóreos ou incorpóreos, de serviços ou de tecnologias, incluindo patentes, de capitais, de remissão de dívidas ou de outros recursos financeiros.

3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 e 3)
O tipo objectivo (anotações 4 a 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)

A tentativa (anotação 8)
O concurso (anotação 9)

1 Esta disposição não teve antecedentes na legislação nacional e a sua **fonte** pode ser encontrada nas diversas regulamentações da União Europeia no âmbito do terceiro pilar do Tratado da UE que pretendem garantir o respeito pelas decisões da própria União Europeia e do Conselho de Segurança da ONU no interior do território da União Europeia, na área da luta contra o terrorismo em especial do seu favorecimento através de uma colaboração económica. Subjacente à incriminação está, por isso, a problemática da criminalidade altamente organizada e o tema do terrorismo e do seu financiamento. Vale aqui, *mutatis mutandis*, tudo o que foi exposto na anterior anotação das fontes do art. 2.º da mesma lei. Sobre o quadro jurídico e antecedentes históricos entre 15.10.1999 (Resolução 1267 (1999) do Conselho de Segurança) e 27.03.2003 (Regulamento (CE) n.º 361/2003 do Conselho), pode ver-se a exaustiva descrição constante dos considerandos n.º 3 a 44 do acórdão do Tribunal de Justiça de 03.09.2008 (<http://curia.europa.eu/pt/actu/communiques/cp05/aff/cp050079pt.pdf>).

2 O **bem jurídico** protegido por esta incriminação é semelhante ao que o é referido no artigo anterior para cujas anotações (cfr. n.º 3, 4 e 5) se remete. A diferença é apenas no tipo de dever que é violado. Neste crime não estão em causa os recursos financeiros mas os socioeconómicos e os económicos (activos de qualquer tipo: corpóreos, incorpóreos, móveis ou imóveis que não sejam fundos mas possam ser utilizados na obtenção de fundos, bens ou serviços).

3 Trata-se de um **crime de dano** quanto ao grau de lesão do bem jurídico e de **resultado** no que se refere à forma de consumação do ataque ao objecto da acção.

4 O **tipo objectivo** consiste na acção de estabelecer ou manter uma relação jurídica objecto das sanções com qualquer dos sujeitos identificados nas resoluções ou regulamentos, isto é, com pessoas, grupos ou entidades sujeitos a sanções. Quanto ao âmbito objectivo e subjectivo das sanções *vide* as anotações efectuadas a propósito no comentário ao artigo 2.º da Lei n.º 11/2002, sendo que neste âmbito as limitações são bastante mais extensas e todos os operadores económicos deverão verificar se existe alguma proibição ou necessidade de autorização de venda, fornecimento, transferência ou exportação do respectivo bem, tecnologia ou serviço.

5 De algum modo, pode dizer-se que o legislador criminaliza uma espécie particular de branqueamento (art. 368.º-A do Código Penal) através da qual ocorre um auxílio material à actividade do agente sujeito à sanção imposta pelo Regulamento Comunitário, afinidade, aliás, que se pode fundar na própria circunstância de o art. 6.º deste regime legal, mandar aplicar a este regime sancionatório as disposições especiais relativas ao branqueamento de capitais (cfr., designadamente, a Lei n.º 5/2002 de 11/01, a Lei n.º 11/2004 de 27/03 e a Lei n.º 25/2008 de 5/06).

6 Tal como no caso da anotação antecedente, é consagrada a responsabilidade penal das pessoas colectivas em excepção ao art. 11.º, n.º 1, do Código Penal pois o art. 4.º, n.º 1, da Lei n.º 11/2002 considera que "as pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infracções cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no seu interesse".

7 Trata-se de crime doloso, admitindo-se o dolo em qualquer das suas três modalidades. O **tipo subjectivo** traduz-se na intenção de proceder ao estabelecimento ou manutenção de relações jurídicas com as entidades identificadas nas resoluções ou regulamentos que determinem restrições ao estabelecimento ou à manutenção de relações financeiras ou comerciais com os Estados, outras entidades ou indivíduos expressamente identificados no respectivo âmbito subjectivo de incidência através

das sanções. Tal como no crime anotado imediatamente antes deste, uma parcela da conduta típica necessita do preenchimento normativo por via de uma regulamentação (supranacional) que é bastante extensa e assume uma natureza muito variável no tempo. Assim, é de prever a possibilidade de ocorrerem situações de erro sobre as proibições (cfr. artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal), considerando-se que se trata de uma conduta axiologicamente neutra, em que o agente para tomar consciência da ilicitude, tem de conhecer a proibição legal. Não é clara a razão de política criminal que levou a que neste tipo legal (referente a recursos económicos) ao contrário do anterior (onde se considera os recursos financeiros) não se puna a negligência.

A **tentativa** é punível (cfr. art.º 22.º e 23.º do Código Penal). **8**

Como já referiu na anotação antecedente, a relação de **concurso** entre este crime e a violação do dever de congelamento de fundos e recursos financeiros é um caso de concurso efectivo de normas. **9**

JOSÉ PAULO RIBEIRO DE ALBUQUERQUE
CARLOS ALBERTO CASIMIRO NUNES

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)

CAPÍTULO IX
Disposições penais

Artigo 181.º
Entrada, permanência e trânsito ilegais

1. Considera-se ilegal a entrada de cidadãos estrangeiros em território português em violação do disposto nos artigos 6.º, 9.º e 10.º e nos n.º 1 e 2 do artigo 32.º

2. Considera-se ilegal a permanência de cidadãos estrangeiros em território português quando esta não tenha sido autorizada de harmonia com o disposto na presente lei ou na lei reguladora do direito de asilo, bem como quando se tenha verificado a entrada ilegal nos termos do número anterior.

3. Considera-se ilegal o trânsito de cidadãos estrangeiros em território português quando estes não tenham garantida a sua admissão no país de destino.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
Os instrumentos internacionais (anotações 2 e 3)
O âmbito de aplicação do RJEPSAE (anotação 4)
O conceito de entrada ilegal (anotação 5)
O conceito de permanência ilegal (anotação 6)
O conceito de trânsito ilegal (anotação 7)
A expulsão, a interdição de entrada e a detenção do cidadão estrangeiro (anotação 8)
A noção de território português (anotação 9)

1 A disposição corresponde ao art. 136.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção do Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro. De notar que o actual Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Português (RJEPSAE) é o resultado de sucessivas alterações legislativas, iniciadas, fundamentalmente, em 3 de Setembro de 1981, com o Decreto-Lei n.º 264-C/81 (no respectivo texto, é indicado, por lapso, o n.º 264-B/81), publicado ao abrigo das autorizações das Leis n.º 12-G/81 e 12-H/81, de 27 de Julho e através do qual se reuniu, num único diploma, "a legislação reguladora da entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional, em ordem a facilitar o conhecimento da lei por parte dos interessados e a sua aplicação pelas entidades competentes". Apesar de constituído por sete Capítulos, não continha nenhum específico sobre as infracções às suas normas, limitando-se, ao nível criminal, a mandar punir, no seu art. 53.º, a violação da medida de interdição de entrada (actual art. 187.º). Depois de alterado pelo Decreto-Lei n.º 333/82, de 19 de Agosto (nomeadamente, com o aditamento do art. 2.º-A, onde se prescreveu que deveria ser recusada a entrada e permanência no País de estrangeiros que não dispusessem de meios de subsistência suficientes), veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, que, dando seguimento à autorização do art. 2.º, als. h) e i), da Lei n.º 13/92, de 23 de Julho, veio, pela primeira vez, tipificar os crimes de auxílio à imigração ilegal (art. 93.º) e associação de auxílio à imigração ilegal (art. 94.º), definindo (apenas) a entrada ilegal no seu art. 95.º O Decreto-Lei

n.º 59/93 foi, por sua vez, revogado pelo citado Decreto-Lei n.º 244/98, posteriormente alterado pela Lei n.º 97/99, de 26 de Julho e pelos Decretos-Lei n.os 4/2001, de 10 de Janeiro e 34/2003, de 25 de Fevereiro. Com o primeiro destes dois últimos diplomas (publicado ao abrigo da Lei n.º 27/2000, de 8 de Setembro), previu-se, pela primeira vez, o crime de angariação de mão-de-obra ilegal (art. 136.º-A) e, com o segundo (na sequência da autorização do art. 2.º, als. o) e r), da Lei n.º 22/2002, de 21 de Agosto), passou-se a criminalizar o favorecimento ou facilitação do trânsito e permanência ilegais de cidadãos estrangeiros em território nacional (n.os 1 e 2 do art. 134.º) e, simultaneamente, criaram-se mecanismos de responsabilização criminal e civil das pessoas colectivas e equiparadas, individual e solidariamente, com os agentes responsáveis pela prática de infracções associadas ao fenómeno da imigração clandestina, nomeadamente, a aplicação de penas de multa e de interdição do exercício da actividade e o pagamento de todas as despesas inerentes à estada e afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos (arts. 134.º, 134.º-A, n.º 4 e 135.º, n.º 5).

2

Assume particular importância na análise do presente artigo e dos artigos seguintes o **Acordo de Schengen**, de 14 de Junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux (Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo), da República Federal da Alemanha e da República Francesa relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns e a Convenção de Aplicação desse Acordo, assinada em Schengen em 19 de Junho de 1990, abreviadamente designada ao longo do articulado do RJEPSAE como **"Convenção de Aplicação"**, na esteira do disposto no seu art. 3.º, al.ª e). Tanto o Acordo, como a Convenção, vieram a ser aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/93, de 25 de Novembro e ratificados pelo Decreto do Presidente da República n.º 55/93, do mesmo dia (ambos publicados no Diário da República n.º 276, I Série-A de 25 de Novembro de 1993, pp. 6592 e ss.), depois do Acordo de Adesão de Portugal, assinado em Bona em 25 de Junho de 1991 e da adesão da Itália em 27 de Novembro de 1990, em Paris. Na primeira destas datas, foi também assinado o Acordo de Adesão da Espanha e, sucessivamente, foram aderindo a Grécia (6 de Novembro de 1992), a Áustria (28 de Abril de 1995), a Finlândia, a Suécia, a Dinamarca (19 de Dezembro de 1996), a Islândia e a Noruega (última data), embora estes dois Países em termos de acordo de cooperação (e sem aplicação total, de início).

Posteriormente, e sob a designação de Acervo de Schengen, foram integrados, pelo **Tratado de Amesterdão de 1997** (assinado em 2 de Outubro do mesmo ano e entrado em vigor em 1 de Maio de 1999, após a sua ratificação por todos os Estados-Membros), no Tratado da União Europeia, juntamente com os Acordos conexos e as disposições adoptadas com base nos mesmos Acordos [Tratado aquele que, com a introdução dos arts. 73.º-I e 73.º-L e para a concretização, projectada em cinco anos, do objectivo definido pelo também introduzido art. k.1, visou "criar progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça", mediante medidas, entre outras, destinadas a assegurar, por um lado, a livre circulação de pessoas sem qualquer controlo na passagem das fronteiras internas, quer por parte de cidadãos da União, quer de nacionais de países terceiros autorizados a circular em qualquer dos Estados-Membros e, por outro, as circunstâncias da efectivação do controlo na passagem das fronteiras externas destes Estados, em termos, inclusive, de normas e processos), passando a fazer parte do 1.º Pilar e ficando a República da Islândia e o Reino da Noruega associados à sua execução e ao seu posterior desenvolvimento [cfr. art. 1.º do Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia e, sobre a história dos respectivos Acordo e Convenção, "*vide*", por exemplo, a **Decisão da Comissão C(2008) 774, de 4 de Março de 2008**,

que adopta o manual SIRENE e outras medidas de execução para o Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II), Decisão esta publicada no JOUE, L 123, de 8-05-2008, pp. 1. e ss.; sobre o Sistema, *vide infra*].

O Acordo de Schengen representou o primeiro passo para a efectiva criação de um espaço de livre circulação de pessoas (e de mercadorias e serviços) dentro dos Estados-Membros, através da abolição de controlos nas correspondentes fronteiras comuns e a sua transferência para as respectivas fronteiras externas, com o estabelecimento de medidas como, por exemplo, as regras comuns em matéria de vistos e de não admissão de estrangeiros e o reforço da cooperação, ao nível da troca de informações entre as autoridades aduaneiras e policiais de cada um dos Estados, nomeadamente, na luta contra a entrada e a estada irregulares de pessoas (arts. 2.º, 9.º e 17.º). O que, face aos custos para os Estados-Membros com essas fronteiras, implicou, mais tarde, em 23 de Maio de 2007 e em aplicação do princípio da solidariedade entre todos eles, a criação, para o período de 1 de Janeiro de 2007 a 31 de Dezembro de 2013, do Fundo para as Fronteiras Externas, destinado a financiar medidas nacionais e a apoiar a cooperação no domínio da política de vistos e de outras actividades a montante das fronteiras, que se desenrolam numa fase que precede os controlos nas fronteiras externas [cfr. **Decisão n.º 574/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Maio de 2007** (2008/333/CE)), Jornal Oficial da União Europeia, L 144, de 6.6.2007, pp. 22 e ss.].

Desenvolvendo os princípios do Acordo e considerando, nomeadamente, "que o Tratado que institui as Comunidades, completado pelo Acto Único Europeu, prevê que o mercado interno compreenderá um espaço sem fronteiras internas", a Convenção, depois de definir estrangeiro "como qualquer pessoa que não seja nacional dos Estados membros das Comunidades Europeias" (art. 1.º), veio estabelecer um conjunto de disposições relativas, por exemplo, à passagem das fronteiras internas, com supressão nestas do controlo das pessoas (art. 20.º), ao controlo das fronteiras externas e aos locais por onde deve ser efectuada a passagem por elas (arts. 3.º e 4.º), a vistos para as estadas de curta e longa duração (arts. 9.º e ss. e 18.º, respectivamente), às condições de circulação dos estrangeiros (arts. 19.º e ss.), a títulos de residência e lista de pessoas indicadas para efeitos de não admissão (art. 25.º), à responsabilidade pelo tratamento de pedidos de asilo (arts. 28.º e ss.), à cooperação policial (arts. 39.º e ss.), à entreajuda judiciária em matéria penal (arts. 48.º e ss.), à aplicação do princípio *ne bis in idem* (arts. 54.º e ss.), à extradição (arts. 59.º e ss.), à transmissão da execução das sentenças penais (arts. 67.º e ss.) e à criação e utilização de um sistema de informação comum às Partes Contratantes **("Sistema de Informação de Schengen"**) destinado, entre outros fins, a servir a consulta automatizada sobre os estrangeiros indicados para efeitos de não admissão, pessoas procuradas para detenção para efeitos de extradição, pessoas desaparecidas ou colocadas, provisoriamente, em segurança, testemunhas e pessoas notificadas para comparecer perante as autoridades judiciárias no âmbito de um processo penal a fim de responderem por factos que lhe são imputados ou que devam ser notificadas de uma sentença penal ou de um pedido para se apresentarem para cumprir uma pena privativa de liberdade e a objectos procurados para efeitos de apreensão ou de prova num processo penal [arts. 92.º e ss.; sobre o estabelecimento, o funcionamento e a utilização do Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II), **Regulamento (CE) n.º 1987/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Dezembro de 2006**, elaborado, na sequência das comunicações da Comissão de 2001 e 2003, com o objectivo de assegurar um elevado nível de segurança no espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia, incluindo a manutenção da segurança e da ordem públicas e a salvaguarda da segurança no

território dos Estados-Membros, bem como aplicar as disposições do Título IV da Parte III do Tratado relativas à circulação das pessoas nos seus territórios, com base nas informações transmitidas pelo mesmo Sistema (art. 1.º); e, sobre a execução ainda do mesmo Sistema, a apontada Decisão da Comissão 2008/333/CE].

3 Com relevo igualmente a **Directiva 2002/90/CE do Conselho de 28 de Novembro de 2002,** relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares [publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, L 328/1, de 05/12/2002 e um dos actos comunitários que o Decreto-Lei n.º 34/2003 visou cumprir, a par, nomeadamente, da **Decisão Quadro, do Conselho, de 28 de Novembro de 2002**, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (2002/946/JAI): cfr., quanto a esta, o respectivo preâmbulo e, relativamente à Directiva, o art. 1.º, n.º 1], enquanto, no seu art. 1.º e ao abrigo do disposto no, então, vigente art. 63.º-A, n.º 3, do Tratado da União Europeia (com as alterações do Tratado de Amesterdão; a partir do Tratado de Lisboa, art. 79.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), define a entrada e o trânsito ilegais como os que são efectuados em infracção da legislação aplicável no Estado autor da legislação em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros (al.ª a)) e a permanência ilegal como a que tem lugar em infracção da legislação aplicável no mesmo Estado em matéria de residência (al.ª b)).

4 Tanto as disposições do artigo em anotação, como todas as demais do RJEPSAE, apenas se compreendem em corolário do princípio com emanação constitucional (*vide* arts. 15.º e 33.º, n.º 5 e 6, da CRP) de que os estrangeiros não só não têm o direito de "entrarem e fixarem-se em Portugal, como não gozam de um direito absoluto de permanecerem em território nacional, podendo ser extraditados e, verificadas certas condições, expulsos" e terem, assim (quanto a esta matéria), apenas os direitos de asilo e a não serem arbitrariamente objecto de extradição ou expulsão (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 2.ª ed., p. 221).

Daí que, em consonância, se tenha começado por estabelecer, no Capítulo I, mais precisamente, sob o art. 4.º, n.º 1, que as referidas disposições **apenas são aplicáveis** aos cidadãos estrangeiros e apátridas e, ponderando-se já os compromissos internacionais, a que Portugal está obrigado, exceptuado, no número seguinte, do grupo dos primeiros, vários nacionais de Estados estrangeiros, mais precisamente:

a) os de um Estado-Membro da União Europeia, de um Estado Parte no Espaço Económico Europeu ou de um Estado terceiro com o qual a Comunidade Europeia tenha concluído um acordo de livre circulação de pessoas;

b) os de Estados terceiros que residam em território nacional na qualidade de refugiados, beneficiários de protecção subsidiária ao abrigo das disposições reguladoras do asilo ou beneficiários de protecção temporária; e

c) os de Estados terceiros membros da família de cidadão português ou de cidadão estrangeiro anteriormente referido.

De salientar ainda que, por força do art. 5.º, os preceitos do RJEPSAE cedem perante os constantes de:

a) acordos bilaterais ou multilaterais celebrados entre a Comunidade Europeia ou a Comunidade Europeia e os seus Estados-Membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro;

b) convenções internacionais de que Portugal seja parte ou a que se vincule, em especial as celebradas ou que venha a celebrar com países de língua oficial portuguesa, a nível bilateral ou no quadro da Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa;

d) convenções internacionais em matéria de direitos humanos; e

e) convenções internacionais em matéria de extradição de pessoas de que Portugal seja parte ou a que se vincule.
Cedem ainda, de acordo com o mesmo artigo, mais precisamente, o seu n.º 2, perante as obrigações decorrentes da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, adoptada em Genebra em 28 de Julho de 1951 (aprovada para adesão pelo Decreto-Lei n.º 43 201, de 1 de Outubro de 1960, alterado pelo Decreto-Lei n.º 281/76, de 17 de Abril) e alterada pelo Protocolo Adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, adoptado em Nova Iorque em 31 de Janeiro de 1967 (aprovado para adesão pelo Decreto n.º 207/75, de 17 de Abril).
O Decreto-Lei 264-C/81, no seu art. 69.º, considerava como **estrangeiro**, com vista à sua aplicação, todo aquele não provasse possuir a nacionalidade portuguesa, aproximando-se, assim, do significado comum da expressão. O mesmo conceito veio a ser adoptado pelos arts. 1.º e 2.º dos Decretos-Leis n.º 59/93 e 244/98, respectivamente, embora nos seus arts. 4.º e 1.º, n.º 2 (inclusive, na redacção do Decreto-Lei n.º 34/2003) se dispusesse que o disposto neles não prejudicava os regimes especiais previstos em tratados ou convenções internacionais de que Portugal fosse parte ou a que aderisse, nomeadamente os celebrados ou que viesse a celebrar com países de língua oficial portuguesa e no n.º 3 do último artigo se acrescentasse que, sem prejuízo de referência expressa em contrário, "a entrada, permanência, saída e afastamento de cidadão estrangeiro nacional de um Estado-Membro da União Europeia ou nacional de um Estado Parte no espaço económico europeu se regia por legislação própria".
Com o actual RJEPSAE, deixou de consagrar-se o conceito em causa, pelo que, para a sua apreensão e numa primeira via, não se pode deixar de recorrer ao sentido comum da palavra. E "numa primeira via", na medida em que, como se verifica do transcrito art. 4.º, n.º 2, ele não é aplicável aos nacionais dos Estados acima referidos. Daí que, para efeitos dele, se deva entender por **cidadão estrangeiro** apenas aquele que, não possuindo a nacionalidade portuguesa (por ter outra ou não ter nenhuma), não seja cidadão da União Europeia, de um Estado do Espaço Económico Europeu ou de um Estado terceiro com o qual a Comunidade Europeia tenha concluído um acordo de livre circulação de pessoas (caso da Suíça) ou, sendo nacional de um Estado terceiro:
– não resida em Portugal na qualidade de refugiado, beneficiário de protecção subsidiária ao abrigo das disposições reguladoras do asilo ou beneficiários de protecção temporária ou
– não seja membro da família de cidadão que beneficia da liberdade de circulação, bem como de cidadão português (citado art. 4.º, n.º 2).
O conceito é, assim e por um lado, mais amplo do que o de migrante, na medida em que abrange também a pessoa que não vai exercer, exerce ou exercera uma actividade remunerada num Estado de que não é nacional (*vide* art. 2.º, n.º 1, da Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, apesar de não ratificada por Portugal) e, por outro, mais restrito que o de estrangeiro no seu sentido comum (sobre este e os direitos dos estrangeiros, MÁRIO TORRES, O estatuto constitucional dos estrangeiros, Separata da Revista Scientia Ivridica, tomo L, n.º 290, Maio-Agosto de 2001, Braga, Livraria Cruz, 2001, pp. 9 e ss.).
É **cidadão da União Europeia**, segundo os arts. 9.º do Tratado da União Europeia e 20.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, "qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro".
Ainda nos termos dos mesmos preceitos, a cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui, gozando todos os seus cidadãos, por força da al.ª a) do

n.º 2 do citado art. 20.º e do seguinte, do direito de circularem e permanecerem livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adoptadas em sua aplicação (sobre o exercício desse direito por parte dos mesmos cidadãos e dos membros das suas famílias em Portugal e em transposição da Directiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, ver Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto, onde se regula igualmente a entrada e permanência do cônjuge nacional de um país terceiro de um cidadão português, face ao disposto no seu art. 3.º, n.º 5).
É, por sua vez, **cidadão do Espaço Económico Europeu** qualquer cidadão da União Europeia e de um Estado-Membro da Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA), mais precisamente e ponderando que a Suíça não aceitou os respectivos acordos (celebrando, mais tarde, acordos bilaterais com aquela), da Islândia, Liechtenstein e Noruega.
O conceito de **"Estado terceiro"** é dado pelo art. 3.º, al.ª g), do RJEPSAE, que o define como qualquer Estado que não seja membro da União Europeia nem seja Parte na Convenção do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, assinada em Schengen em 19 de Junho de 1990 ou onde esta não se encontre em aplicação. Nos termos do art. 1.º da mesma Convenção, estrangeiro é (apenas) "qualquer pessoa que não seja nacional dos Estados membros das Comunidades Europeias".
De acordo com o art. 3.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, que transpôs para a ordem jurídica interna as Directivas 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro, o **direito de asilo** é garantido aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de actividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, bem como aos que, receando com fundamento ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, por esse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual (n.os 1 e 2). Tendo o estrangeiro mais de uma nacionalidade devem os motivos anteriores verificar-se relativamente a todos os Estados de que ele seja nacional (n.º 3).
É **refugiado** o estrangeiro que, receando, com razão, ser perseguido em consequência de actividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana ou em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção desse país, ou o apátrida que, estando fora do país em que tinha a sua residência habitual, pelas mesmas razões que as mencionadas, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar, e aos quais não se aplique o disposto no art. 9.º da Lei n.º 27/2008 (art. 2.º, n.º 1, al.ª x), do mesmo diploma).
Beneficia do "**estatuto de protecção subsidiária**" o estrangeiro ou o apátrida que tenha sido reconhecido pelas competentes autoridades portuguesas como pessoa elegível para concessão de autorização de residência por razões humanitárias, por se encontrar impedido ou se sentir impossibilitado de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos, que aí se verifique, quer por correr o risco de sofrer ofensa grave (arts. 2.º, n.º 1, al.ª f) e 7.º, n.º 1, da Lei n.º 27/2008; sobre essa autorização, Ac. do TCA do Sul, de 20.10.2005, proc. n.º 01030/05).

"**Protecção temporária**" é o procedimento de carácter excepcional que assegura, no caso de ocorrência ou iminência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, uma protecção temporária imediata, designadamente se o sistema de asilo não puder responder a este afluxo sem provocar efeitos contrários ao seu correcto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e de outras pessoas que solicitem protecção" (art. 2.º, al.ª a), da Lei n.º 67/2003, de 23 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva 2001/55/CE, do Conselho, de 20 de Julho, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas). Designa-se "temporária" por a sua duração ser de um ano, prorrogável automaticamente por períodos de seis meses, até ao limite máximo de um ano e, para além destes limites, por mais um período máximo de um ano, se subsistirem razões que justificam a sua manutenção, reconhecida por decisão do Conselho da União Europeia (art. 7.º da mesma Lei)

A par da Lei n.º 67/2003, cuja aplicabilidade é expressamente ressalvada pelo art. 87.º da Lei n.º 27/2008, são também instrumentos importantes, para a compreensão dos direitos de asilo e protecção subsidiária, o art. 33.º, n.º 7 e 8, da CRP e a Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951, com as alterações do Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967 (*vide* anotação 4).

5 O n.º 1 do artigo em anotação dá-nos o **conceito de entrada ilegal**, para efeitos dos crimes de auxílio à imigração ilegal (art. 183.º) e associação de auxílio à imigração ilegal (art. 184.º). Conforme dele resulta, o conceito apenas se depreende através da conjugação do preceito com as disposições nele citadas, nomeadamente, as dos arts. 9.º e ss., das quais se verifica, por sua vez, que são, em geral, condições *sine qua non* da entrada de um cidadão estrangeiro em Portugal:

a) a posse de um documento de viagem válido (o que, exceptuando o caso da reentrada de um cidadão já residente no País, só sucederá se a validade do documento de viagem for superior à duração da estada – art. 9.º, n.º 1 e 2);

b) a titularidade de um visto (visto de entrada) concedido nos termos do mesmo Regime ou pelas competentes autoridades dos Estados Partes na Convenção de Aplicação (art. 10.º, n.º 1);

c) a existência de meios de subsistência (ver Portaria n.º 1563/2007, de 11 de Dezembro), quer para o período da estada, quer para a viagem para o país no qual a admissão esteja garantida, ou da existência de condições para a aquisição legal desses meios ou a apresentação de um termo de responsabilidade subscrito por cidadão nacional ou estrangeiro habilitado a permanecer regularmente em território português (arts. 11.º a 13.º do RJEPSAE; *vide* também arts. 5.º, n.ºs 1, al.ª c) e 3 e 7.º, n.º 3 e Anexo VI, n.º 4.1, do Regulamento (CE) n.º 562/2006); e

d) a apresentação de documento comprovativo do motivo e das condições de estada (art. 13.º).

A estas condições, que têm de ser preenchidas cumulativamente, sob pena de ser recusada a entrada (art. 32.º, n.º 1, al.ª a)), acrescem ainda outras três, qualquer delas determinante, só por si, da mesma recusa:

e) a não indicação do cidadão estrangeiro para efeitos de não admissão no Sistema de Informação Schengen (*vide* anotação 2);

f) a sua não indicação igualmente para efeitos de não admissão no Sistema Integrado de Informações do SEF (o SII/SEF – art. 212.º); e

g) a ausência de perigo ou grave ameaça para a ordem pública, a segurança nacional, a saúde pública ou para as relações internacionais de Estados membros da União Europeia, bem como de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação, por parte do mesmo cidadão (art. 32.º, n.º 1, als. b), c) e d)).

Só assim não deve suceder se o cidadão estrangeiro:
– tiver nascido em território português e aqui residir habitualmente;
– tiver efectivamente a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa nas condições previstas na al.ª l) do n.º 1 do art. 122.º (sobre a razão de ser desta causa de não recusa de entrada, Ac. do TC n.º 232/2004); ou
– tiver filhos menores, nacionais de Estado terceiro e residentes legais em Portugal, sobre os quais exerça efectivamente o poder paternal e a quem assegure o sustento e a educação (art. 36.º).
Por força da conjugação do preceito com o art. 6.º são, desde logo, ilegais as **entradas** de cidadãos estrangeiros (nos termos que acima se expuseram) **sem o controlo das autoridades portuguesas**, contanto que efectuadas por indivíduos provindos ou com destino a Estados que não sejam Parte na Convenção de Aplicação (do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985), seja porque têm lugar fora dos postos de fronteira qualificados para o efeito e durante as horas do respectivo funcionamento (sem prejuízo do disposto na Convenção, nomeadamente, no seu art. 3.º, n.º 1), seja porque, tendo lugar por um destes postos, aqueles se subtraem, por qualquer forma, ao referido controlo, inclusive, quando utilizem um troço interno de um voo com origem ou destino em um daqueles Estados (art. 6.º, n.º 1 a 3).Esses postos tanto podem ser os das fronteiras externas (art. 3.º, al.ª l), como os das fronteiras internas, mas, neste caso, apenas quando, por razões de ordem pública e segurança nacional e após consulta aos outros Estados Partes no Acordo de Schengen, tenha sido reposto excepcionalmente, por um período limitado, o controlo documental nessas fronteiras [art. 6.º, n.º 6; sobre a eficácia do controlo e a vigilância das fronteiras externas, *vide* Regulamento (CE) n.º 2007/2004, do Conselho, de 26 de Outubro de 2004, publicado no JO L 349 de 25.11.2004, p. 1, através do qual se cria a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (FRONTEX)].
O que significa que Portugal só faz o controlo dos cidadãos estrangeiros quando estes sejam uma das pessoas relativamente às quais seja aplicável o RJEPSAE e entrem, directamente, por ele, no espaço de livre circulação estabelecido pela Convenção de Aplicação (art. 6.º, n.º 2) ou utilizem um troço interno de um voo com origem ou destino em Estados que não sejam Parte na mesma Convenção (n.º 3 do mesmo artigo), estando as empresas transportadoras obrigadas, neste caso, a informá-los de que irão ser sujeitos a controlo e que devem ser portadores de documento de viagem (art. 1.º, n.º 3, do Regulamento do RJEPSAE: Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro).
Entrando por outro território do mesmo espaço, o controlo será já efectuado pelo respectivo país, ficando o estrangeiro, que se desloque para Portugal, obrigado a declarar, no prazo de 3 dias, a sua entrada ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (art. 14.º, n.º 1), sob pena de vir a ser sancionado nos termos do art. 197.º
A distinção entre fronteiras externas e fronteiras internas, efectuada pelo RJEPSAE, é a consequência lógica da adesão de Portugal à "Convenção de Aplicação", sendo, aliás, realizada por esse Regime (art. 2.º, n.º 1, als. l) e m)), à semelhança do que sucede com outras definições, em termos muito semelhantes aos da mesma Convenção (art. 1.º) e, diga-se, aos do art. 2.º, n.º 1 e 2, do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) e que se encontra dividido em quatro títulos, sendo os títulos II (arts. 4.º a 19.º) e III (arts. 20.º a 31.º), respeitantes às referidas fronteiras, respectivamente. Com esse Regulamento, revogaram-se os

arts. 2.º a 8.º da Convenção de Aplicação, ou seja, os Capítulos I e II do Título II, respeitantes, precisamente, à passagem das mesmas fronteiras.
Exceptuando os casos em que sejam efectuadas por parte dos que já residam no País ou encontrem-se abrangidos pelos n.os 3 a 5 do art. 9.º, ilegais serão também as **entradas** que tenham lugar **sem** que os referidos cidadãos sejam portadores de um **documento de viagem** reconhecido como válido (v.g., passaporte ou lista de viagem para estudantes), tendo-se como tal, como acima se disse, apenas aquele cuja validade seja superior à duração de estada (art. 9.º, n.os 1 e 2). Encontram-se, pois, aqui abrangidas quer as situações em que, existindo documento, o mesmo não tenha essa validade, seja falso ou tenha sido objecto de falsificação, quer aquelas em que ele não exista pura e simplesmente.
Trata-se, por outro lado, de situações que cabem no conceito expresso pelo art. 3.º, al.ª b), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, segundo o qual entende-se por "entrada ilegal" a passagem de fronteiras sem o preenchimento das condições necessárias para a entrada legal no Estado de acolhimento.
Na esteira ainda do art. 6.º e considerando, agora, a remissão do art. 181.º, n.º 1, para o art. 10.º, n.os 1 e 2, ilegal será ainda a **entrada do cidadão estrangeiro que**, apesar de portador de documento de viagem válido, **não seja titular de visto válido e adequado à finalidade da deslocação** concedido nos termos, nomeadamente, dos arts. 45.º e ss. ou pelas competentes autoridades dos Estados Partes na Convenção de Aplicação. O que significa que, salvo nos casos dos arts. 10.º, n.º 3 e 29.º, para que um estrangeiro possa entrar em Portugal não basta que ele seja titular de um qualquer visto válido. É preciso ainda que tenha um visto adequado ao fim que tem em vista com a sua deslocação, sob pena de a sua entrada ser ilegal (art. 181.º, n.º 1).
O **visto** é uma emanação do direito de soberania de cada Estado decidir quem pode ou não entrar no seu território, através do qual as autoridades de um País valoram da conveniência ou não da autorização de entrada de um estrangeiro no seu território [sem prejuízo das obrigações decorrentes dos instrumentos internacionais a que esteja vinculado, nomeadamente e no caso de Portugal, as resultantes da fixação, pelo Regulamento (CE) n.º 539/2001 do Conselho, de 15 de Março de 2001 (posteriormente alterado pelos Regulamentos (CE) n.º 2414/2001, de 7 de Dezembro de 2001, 453/2003, de 6 de Março de 2003, 851/2005, de 2 de Junho de 2005 e 1932/2006, de 21 de Dezembro de 2006), da lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos da obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e da lista dos países terceiros cujos nacionais já estão sujeitos à mesma obrigação; sobre os requisitos necessários para a concessão de um visto uniforme para o território de todos os países signatários do Acordo de Schengen, vejam-se as Instruções Consulares Comuns publicadas no JOUE C 326, de 22.12.2005, pp. 1 e ss.].
Segundo o n.º 23 da Proposta de Plano Global de Luta Contra a Imigração Ilegal e o Tráfico de Seres Humanos na União Europeia 2002/C 142/02 (publicada no JOCE. C 142, de 14.6.2002, pp. 23 e ss), trata-se de uma das principais medidas de prevenção da imigração clandestina e combate ao terrorismo. Deve ser emitido pela Parte Contratante do destino principal ou, não sendo possível a sua determinação, pela da primeira entrada (art. 12.º, n.º 2 da Convenção de aplicação). A sua emissão não permite, porém, a entrada automática no País. Antes, apenas habilita o titular a apresentar-se num posto de fronteira e a solicitar a sua entrada (art. 10.º, n.º 2), cabendo à autoridade de controlo de fronteira a decisão última sobre se ela pode ou não efectuar-se. Precisamente por isso, pode a entrada ser recusada quando não estejam preenchidos os demais requisitos para ela (cfr., mais uma vez, art. 32.º, al.ª a)) ou ser anulado pelo SEF em território nacional ou nos postos de fronteira,

quando o seu titular seja objecto de uma indicação para efeitos de não admissão no Sistema de Informação Schengen ou no Sistema Integrado de Informação do SEF ("vide" anotações ao art. 187.º) ou tenha prestado declarações falsas no pedido para a sua concessão (arts. 10.º, n.º 4, do RJEPSAE e 13.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 562/2006, bem como Anexo V, Parte A, n.º 2, do mesmo Regulamento).
E, consoante o fim da entrada, será de um **tipo** ou de outro. Assim, e actualmente, há vistos de escala, de trânsito, de curta duração, de estada temporária e para obtenção de autorização de residência, também designado, simplesmente, de visto de residência (art. 45.º; com o actual RJEPSAE deixaram de existir os vistos de estudo e de trabalho, a que aludiam, entre outros, os arts. 35.º e 36.º do anterior diploma, respectivamente). Para além destes, existe ainda o chamado "visto especial", que, contrariamente aos restantes, válidos para todo o espaço de Schengen, tem a sua validade limitada ao território nacional e é apenas concedido por razões humanitárias ou de interesse nacional, reconhecidas por despacho do Ministro da Administração Interna a cidadãos estrangeiros que não reúnam os requisitos exigíveis para a obtenção de um dos vistos anteriores (art. 68.º, n.os. 1 e 2):
Estão dispensados de entrar em território nacional **sem visto** os estrangeiros que, para o efeito e em consequência de instrumentos internacionais de que Portugal seja parte, estejam isentos dele, como sucede, por exemplo, com os cidadãos brasileiros que pretendam deslocar-se a Portugal para fins culturais, empresariais, jornalísticos ou turísticos, por período até 90 dias (cfr. art. 7.º, n.º 1, do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil, aprovado para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 83/2000 de 14 de Dezembro, "in" Diário da República 1.ª Série A, n.º 287, de 14.12.2000, p. 7172 e cuja aplicação, no que respeita ao regime processual de atribuição e registo do estatuto de igualdade, se encontra regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 154/2003, de 15 de Julho). O mesmo se diga relativamente aos estrangeiros que sejam possuidores de visto de residência (art. 45.º), autorização de residência (arts. 74.º e ss.), prorrogação de permanência (arts. 71.º e ss.) ou de documento de identificação emitido pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros (art. 87.º) e aqueles que entrem no País para pedir asilo (arts. 10.º, n.º 2, do RJEPSAE e 13.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho).
O **visto de escala** destina-se a permitir ao seu titular, quando utilize uma ligação internacional, a passagem por um aeroporto ou um porto de Portugal (art. 49.º, n.º 1); o de **trânsito**, a permitir a entrada em território português a quem, proveniente de um Estado terceiro, se dirija para um país terceiro no qual tenha garantida a admissão (art. 50.º, n.º 1); o de **curta duração**, a permitir a entrada em território português ao seu titular para fins que, sendo aceites pelas autoridades competentes, não justifiquem a concessão de outro tipo de visto, designadamente para fins de turismo e de visita ou acompanhamento de familiares que sejam titulares de visto de estada temporária (art. 51.º, n.º 1); o de **estada temporária**, a permitir a entrada em território português ao seu titular para um dos fins indicados pelo art. 54.º, n.º 1, nomeadamente, o exercício em território nacional de uma actividade profissional, subordinada ou independente, de carácter temporário, cuja duração não ultrapasse, em regra, os seis meses, desde que, diga-se, o cidadão estrangeiro disponha de promessa ou de contrato de trabalho (cfr. arts. 54.º, n.º 1, al.ª c) e 56.º, n.º 1; pode também considerar-se de estada temporária o visto especial a que se reporta o art. 68.º); e o de **residência**, a permitir ao seu titular a entrada em território português a fim de solicitar autorização de residência (art. 58.º, n.º 1).
Este último visto, por sua vez, apenas pode ser:

a) para o exercício de uma actividade profissional subordinada, contanto que o cidadão estrangeiro preencha as condições (gerais) do art. 52.º e possua contrato de trabalho ou promessa de contrato de trabalho compatível com as necessidades do contingente de oportunidades de emprego definido pelo Estado Português nos termos do art. 59.º, n.º 1 [artigo onde se consagra o **princípio da "preferência comunitária"**, segundo o qual "os Estados-Membros só terão em conta os pedidos de acesso aos respectivos territórios para efeitos de emprego se a oferta de trabalho proposta num Estado-Membro não puder ser provida pela mão-de-obra nacional e comunitária ou pela mão-de-obra não comunitária com residência legal permanente nesse Estado-Membro e que já pertence ao seu mercado de trabalho regular"; sobre o alcance do princípio, "vide" Livro Verde sobre uma abordagem da União Europeia em matéria de gestão da migração económica, apresentado pela Comissão em 11.1.2005 (COM (2004) 811 final), para além da Resolução do Conselho de 20 de Junho de 1994, em conjugação com o Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro, instrumentos estes donde, como se refere, na nota 9, daquele Livro, ele resulta] ou, havendo uma manifestação individualizada da entidade empregadora, possua as habilitações, competências ou qualificações reconhecidas e adequadas para o exercício de uma das actividades profissionais referidas nesse contingente (cfr. n.º 5, sobretudo, do indicado art. 59.º);
b) para o exercício de uma actividade profissional independente ou para imigrantes empreendedores (art. 60.º);
c) para uma actividade de investigação ou altamente qualificada (art. 61.º);
d) para estudo, intercâmbio de estudantes, estágio profissional ou voluntariado (art. 62.º): e
e) para efeitos de reagrupamento familiar (art. 64.º).
Pode ainda ser concedido no âmbito da mobilidade dos estudantes do ensino superior (art. 63.º).
Para além da finalidade para que são concedidos, os vistos podem também distinguir-se consoante o **local da** sua **emissão**, ou seja, se são emitidos no estrangeiro (vistos de escala, trânsito, curta duração, estada temporária e para obtenção de autorização de residência – arts. 45.º e ss.) ou nos postos de fronteira (vistos de trânsito, curta duração e especial – arts. 66.º e ss.) e, dentre os primeiros, pela sua natureza individual ou colectiva (art. 47.º) ou pelas entidades competentes para os concederem (embaixadas, postos consulares de carreira e secções consulares – art. 48.º)
Concluindo: não é qualquer cidadão estrangeiro que pode entrar em território nacional, mas apenas aquele que, com a sua deslocação, tenha em vista uma das finalidades relativamente às quais o Estado Português permita a entrada, "*conditio sina qua non*" para que, desde logo, possa vir a ter um visto adequado a essa finalidade e, desta forma e contanto que o venha a obter e ele seja válido, apresentar-se num posto de fronteira e solicitar a entrada no País (art. 10.º, n.º 2; sobre os princípios do regime de entrada no território nacional e o regime de vistos, JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros, pp. 13 e ss.). Do que se segue que, sendo o cidadão estrangeiro (proveniente, recorde-se, de Estado que não seja Parte na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen) titular de visto, mas não efectuando a entrada por um posto de fronteira ou, entrando por este posto, com um visto inadequado ao fim da sua deslocação, a sua entrada deve ter-se por ilegal, por força das disposições combinadas dos arts. 10.º, n.º 1 e 181.º, n.º 1, no segundo caso e deste preceito e do n.º 1 do art. 6.º, no primeiro.

Do mesmo modo, isto é, por força daquelas duas primeiras disposições, deve igualmente ter-se por ilegal a entrada do cidadão estrangeiro que, estando dispensado de visto de entrada em determinadas condições, como sucede, conforme já se referiu, com os cidadãos brasileiros que pretendam deslocar-se a Portugal para fins culturais, empresariais, jornalísticos ou turísticos, aproveitem essa dispensa para uma **finalidade diferente**.

É que também nesta situação ele está a violar a regra de que a entrada em território nacional apenas é permitida aos cidadãos estrangeiros titulares de visto válido e adequado à finalidade da sua deslocação concedido nos termos RJEPSAE ou pelas competentes autoridades dos Estados Partes na Convenção de Aplicação.

Trata-se, aliás, de entendimento pacífico em outros Países subscritores desta Convenção, nomeadamente, em Espanha, embora, aqui, só depois de o Supremo Tribunal do mesmo País, em sessão plenária da sua 2.ª Sala e face à ausência de uma norma como a do nosso art. 181.º, n.º 1 ("vide" citado art. 313.º, n.º 1 e arts. 25.º, 25.º bis, 27.º e ss. e 52.º e ss. da "Ley de Extranjería" – Lei Orgânica 8/2000, de 22 de Dezembro, na redacção da Lei Orgânica 14/2003, de 20 de Novembro), ter vindo a estabelecer, por Ac. de 3/10/2005, que "el facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina" e, mais tarde, por Ac. de 13/07/2006 e sufragando a posição, entre outros, do Ac. do mesmo Alto Tribunal n.º 2205/2002, de 30.01.2003, que constitui o mesmo crime "*el hecho de entrar en el país bajo la condición de turista con el propósito de permanecer allí trabajando, careciendo de permiso de trabajo y de residencia en España*". Será, pois, também entrada ilegal aquela que se realiza com a aparência de legalidade e ocultando às autoridades a verdadeira finalidade da penetração no território nacional.

Daí que não nos pareça correcta a doutrina do Ac. da RP, de 13/07/2005, proc. 0540595, quando, ao invés do que se vai referir e perante o caso de um arguido que favorecia a entrada de cidadãs brasileiras para as colocar, "além do mais, a trabalhar como alternadeiras no seu estabelecimento e alcançar o lucro que lhe adviria com a actividade delas", obviamente sem visto de trabalho (nunca o Estado Português previu o exercício dessa actividade como uma forma de trabalho, pelo menos, para fins de concessão desse tipo de visto…), alterou a decisão da primeira instância, considerando cometido "o crime de angariação de mão-de-obra ilegal e não (nem também) o crime de auxílio à imigração ilegal".

Abstraindo de outro tipo de considerações, temos como indiscutível que a entrada delas foi manifestamente ilegal e que, por isso, o crime praticado foi o de auxílio à imigração ilegal, na medida em que elas entraram para uma finalidade diferente das que Portugal permitia a sua entrada sem visto (fins culturais, empresariais, jornalísticos ou turísticos – cfr., neste sentido, Ac. da mesma Relação, de 15.02.2006, proc. 0545889, enquanto, nomeadamente, se salienta que "a desnecessidade ou dispensa do visto para entrada no território nacional se afere em função da finalidade visada com a entrada no país, isto é, afere-se *a priori*"; no mesmo sentido, Ac. da RC, de 11/10/2003, CJ, XXVIII, 4, 46 e ss., concretamente, p. 48, terceiro parágrafo).

Só, diga-se, finalmente, não deveria ter sido punido pelo crime de auxílio à imigração ilegal, mas pelo de angariação de mão-de-obra ilegal se a sua conduta pudesse ter sido considerada como reiterada ou não tivesse sido dada como provada a intenção lucrativa no auxílio (caso em que a pena seria apenas a de prisão até 3 anos), pois, então, estar-se-ia perante um concurso aparente de infracções, a resolver com base no princípio da consunção e, portanto, pela prevalência, na primeira situação, da

norma do art. 136.º-A, n.º 2, do anterior RJEPSAE (actual antigo 185.º, n.º 2) e, na segunda, da do n.º 1 do mesmo art. (n.º 1 também do art. 185.º) .

Acrescente-se ainda que se está perante um fenómeno que, pela sua dimensão, não deixou de ser ponderado na aludida Proposta de Plano Global de Luta Contra a Imigração Ilegal e o Tráfico de Seres Humanos na União Europeia (Proposta 2002/C 142/02), embora encarado do ponto de vista da transformação da residência legal em ilegal, "a partir do momento em que a pessoa (…) inicia uma actividade independente ou assalariada não coberta pela isenção de visto ou pelo visto obtido" (cfr. n.º 8 daquela Proposta).

Ilegal, finalmente, é ainda a **entrada** efectuada por estrangeiro apesar de esta lhe ter sido **recusada** por qualquer um dos fundamentos do art. 32.º, n.os 1 e 2 (art. 181.º, n.º 1), ou seja, por:

a) não reunir cumulativamente os requisitos legais de entrada;

b) estar indicado para efeitos de não admissão no Sistema de Informação Schengen;

c) estar indicado para efeitos de não admissão no Sistema Integrado de Informações do SEF; e

d) constituir perigo ou grave ameaça para a ordem pública, a segurança nacional, a saúde pública ou para as relações internacionais de Estados-Membros da União Europeia, bem como de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação, contanto, no caso de perigo ou grave ameaça para a saúde pública, a doença que esteja subjacente a estas causas de recusa seja uma das definidas nos instrumentos aplicáveis da Organização Mundial de Saúde ou uma das infecciosas ou parasitárias contagiosas objecto de medidas de protecção em território nacional.

6 Por **permanência** (conceito distinto do de entrada – Ac. da RC, de 11/10/2006, proc. n.º 8/00.6ZRCBR.C1) **ilegal** deve ter-se quer a que não tenha sido autorizada de harmonia com o disposto no RJEPSAE (ver, entre outros, arts. 45.º e ss. e 71.º e ss.) ou na lei reguladora do direito de asilo (Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho), quer a que resulte de entrada ilegal. Isto, atento o disposto no n.º 2 do artigo em análise.

Assim, e se é certo que a conduta de quem se "limita", em território nacional, a arranjar documentação falsa a dois cidadãos estrangeiros, entrados irregularmente, para poderem vir a legalizar-se, não integra o crime de auxílio à imigração ilegal do n.º 1 do art. 183.º, na medida em que, quando lhes é facultada a mesma documentação, já eles se encontravam em Portugal (cfr. Ac. da RP, de 23.05.2007, proc. 0617193), o mesmo não deve dizer-se em relação ao n.º 2 do mesmo artigo, já que, ao facultarem-na, estão, inequivocamente, a favorecer uma permanência, não só não autorizada, mas também assente numa entrada ilegal (posto que, neste segundo caso, a entrada tenha sido efectuada já com vista à residência permanente e, em qualquer dos casos, o agente tenha agido com o propósito de obter um lucro: cfr. art. 183.º, n.º 2 e suas anotações)

Do mesmo modo, e porque a permanência não pode considerar-se autorizada de acordo com o RJEPSAE, *maxime*, os seus arts. 45.º e ss., deve ter-se por ilegal, como resulta do exposto, a estada de cidadão estrangeiro que, tendo entrado sem visto em consequência de um acordo do seu País com o Estado Português (por se deslocar pelo período de tempo e fins previstos nesse acordo que não o do exercício de uma actividade profissional) ou tendo obtido um visto, para um determinado fim não laboral, resolve, posteriormente, trabalhar ou manter a sua estada para além do tempo permitido.

Segundo o Plano global de luta contra a imigração ilegal e o tráfico de pessoas da União Europeia, trata-se, aliás, de dois dos principais tipos de imigração ilegal, surgindo a criminalização do auxílio à permanência ilegal, conforme se irá ver,

como o cumprimento de uma exigência dos arts. 1.º, n.º 1, al.ª b), da Directiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2002 (relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares) e 6.º, n.º 1, al.ª c) do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (ver notas ao art. 183.º).
Os outros, de acordo com o mesmo Plano, são: a entrada ilegal no território de um Estado-Membro sem documentos, ou com documentos falsos ou falsificados e a caducidade das autorizações de residência e de trabalho ou a infracção por outra via da regulamentação relativa a essas autorizações.
São, por sua vez, casos de permanência ilegal, em virtude de a permanência não ter sido autorizada de harmonia com o disposto no RJEPSAE, aqueles em que ela seja subsequente à caducidade dos prazos dos vistos de trânsito (arts. 50.º, n.º 2 e 67.º, n.º 2), curta duração (arts. 51.º, n.º 2 e 67.º, n.º 2), estada temporária (arts. 54.º, n.º 2 e 56.º, n.os 4 e 5) ou residência (art. 58.º, n.º 2), da prorrogação de permanência (art. 72.º) e da autorização de residência temporária (art. 75.º, n.º 1), bem como ao cancelamento de visto (art. 70.º) ou ao cancelamento de autorização de residência (art. 85.º).
Deve considerar-se ainda como ilegal, por não autorizada de acordo com a lei reguladora do direito de asilo, a permanência do estrangeiro depois de indeferido o respectivo pedido e decorrido o prazo para impugnação da correspondente decisão (arts. 11.º, 21.º e 22.º da Lei n.º 27/2008).
Por força do n.º 3 do citado art. 181.º considera-se **ilegal o trânsito** de cidadãos estrangeiros em território português quando estes não tenham garantida a sua admissão no país de destino. Trata-se de uma situação que envolve, sempre, três países: o de origem, o de passagem (Portugal), o que, desde logo, exclui o trânsito aeroportuário (arts. 173.º e ss.), e o de destino (que não o abrangido pela Convenção de Schengen). **7**
E porque só se pode falar de ilegalidade de trânsito quando a entrada no país de destino não esteja garantida, deve ter-se como permanência ilegal (nos termos do art. 181.º, n.º 2), como resulta do exposto, a estada do cidadão estrangeiro que, sendo titular de um visto de trânsito, se mantém em Portugal para além do prazo que o legislador considerou como suficiente para que ele possa continuar a viajar em direcção ao país de destino, ou seja, o prazo de cinco dias a que se reporta o art. 50.º, n.º 2.
De trânsito ilegal também não deve falar-se no caso de a passagem por Portugal tiver lugar para se efectivar a expulsão de cidadão estrangeiro ordenada noutro país, já que a passagem não é devida a um acto de vontade deste e, portanto, a um acto pelo qual ele seja responsável.
Se for, um elemento indiciador da ilegalidade do trânsito poderá ser encontrado, por exemplo, na circunstância de o estrangeiro ser encontrado em Portugal, com um bilhete de viagem para outro País, mas sem visto de trânsito.
À semelhança da permanência, o favorecimento e a facilitação do trânsito ilegal, este mesmo sem intenção lucrativa, só passaram a ser punidos, como resulta do que acima se expôs, a partir de 3 de Março de 2003, com a entrada em vigor da redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 34/2003 ao anterior RJEPSAE, tendo sido suscitado, a seu propósito, problemas de inconstitucionalidade orgânica, os quais, porém, foram, sempre, rejeitados pelo Tribunal Constitucional (cfr., por exemplo, Acs. do TC n.º 396/2007 e 340/2008).
Lendo os n.os 15 e 21 da Proposta de Plano Global de Luta Contra a Imigração Ilegal e o Tráfico de Seres Humanos na União Europeia ((2002/C142/02), publicada no JOCE C 142, de 14/6/2002, não será difícil descortinar como causa da previsão da

modalidade "trânsito ilegal" dois tipos de factores: por um lado, a circunstância de serem vários os modos de transporte e diferentes os itinerários utilizados pelos passadores, em virtude de não existirem ligações directas entre os países de origem e os países de destino; por outro, o de os mesmos indivíduos, no exercício da sua actividade ilegal, tirarem partido das lacunas a nível do controlo das fronteiras e de outras deficiências das medidas de controlo.

8 O cidadão estrangeiro que entre ou permaneça ilegalmente no território português pode ser **detido** por qualquer autoridade policial (art. 146.º, n.º 1), para ser apresentado, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, ao juiz do juízo de pequena instância criminal, na respectiva área de jurisdição, ou do tribunal de comarca, nas restantes áreas do País, para a sua validação e eventual aplicação de medidas de coacção (art. 146.º, n.º 1) e é **expulso** (art. 134.º, n.º 1, al.ª a)), ficando sujeito, sendo a situação de permanência, às coimas do art. 192.º, consoante o período desta e, em consequência da expulsão, à medida de interdição de entrada em território nacional por período não inferior a cinco anos (art. 144.º). Tanto a interdição, como a expulsão, são determinadas administrativamente pelo director-geral do SEF (arts. 140.º, n.º 2, 145.º e 149.º, n.º 1), através do processo a que aludem os arts. 141.º e 148.º e ss., no âmbito do qual, e de entre as referidas medidas, podem ser aplicadas, pelo juiz de pequena instância criminal ou pelo tribunal de comarca do local onde for encontrado o cidadão estrangeiro, as previstas pelo art. 142.º, para além das enumeradas no Código de Processo Penal, com excepção da prisão preventiva, posto que, em qualquer dos casos, haja perigo de fuga (n.º 1 do mesmo artigo). Só não haverá lugar à instauração desse processo se, dentro das quarenta e oito horas após a entrada, o estrangeiro apresentar um pedido de asilo a qualquer autoridade policial (art. 146.º, n.º 5).

9 Por **território português** e de acordo com o art. 5.º da CRP deve entender-se o território historicamente definido no continente europeu ("o território ibérico confinante com a Espanha": J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1, 4.ª edição revista, p. 227) e os arquipélagos dos Açores e da Madeira (inclusive, o das Selvagens), bem como as águas territoriais.

Estas abrangem as 12 milhas marítimas contíguas ao mar territorial medidas em conformidade com o direito internacional (cfr. art. 1.º da Lei n.º 33/77 de 28 de Maio), concretamente, com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, assinada por Portugal na mesma data e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 60-B/97.

Artigo 182.º

Responsabilidade criminal e civil das pessoas colectivas e equiparadas

1. As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos na presente lei.

2. As entidades referidas no n.º 1 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 na presente lei.

3. À responsabilidade criminal pela prática dos crimes previstos nos artigos 183.º, 184.º e 185.º acresce a responsabilidade civil pelo pagamento de todas as despesas inerentes à estada e afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O âmbito e os pressupostos da responsabilidade criminal (anotações 2 a 4)

A pena (anotação 5)
A responsabilidade civil (anotação 6)

1 Salvaguardando as diferenças de redacção, a disposição corresponde ao art. 134.º do anterior RJEPSAE, onde, igualmente, se previa a responsabilidade criminal e civil das pessoas colectivas e entidades equiparadas. A redacção do preceito é o resultado da discussão na especialidade da Proposta de Lei do Governo n.º 93/X e da proposta de substituição do respectivo artigo apresentada pelo Partido Socialista. Como se referiu em anotação ao artigo anterior, a responsabilização criminal e civil das pessoas colectivas e equiparadas, individual e solidariamente, com os agentes responsáveis pela prática de infracções associadas ao fenómeno da imigração clandestina, apenas veio a ser consagrada com o Decreto-Lei n.º 34/2003, que, desta forma, deu cumprimento à Decisão-Quadro do Conselho 2002/946/JAI, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (e que teve a sua origem na Proposta da iniciativa da República Francesa publicada no J.O. C 253, de 4.9.2000, pp. 6 e ss.), mais precisamente, ao seu art. 3.º, enquanto estabelece para os Estados-Membros o dever de tomarem as medidas necessárias para que uma pessoa colectiva possa ser declarada responsável pelas infracções previstas pelos arts. 1.º e 2.º da Directiva 2002/90/CE (infracções relativas ao auxílio à imigração ilegal, seja qual for a forma de participação e ainda que na forma tentada) e, desta forma, passível, nomeadamente, de sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas, que incluam multas ou coimas e eventualmente outras sanções, como por exemplo:
– privação de benefícios ou subsídios públicos;
– medidas de proibição temporária ou permanente do exercício de uma actividade comercial;
– colocação sob vigilância judicial; e
– medida judicial de dissolução.
A punição das pessoas colectivas já era, na altura, consagrada por outros diplomas, nomeadamente, pelo Regime Geral das Contra-Ordenações (art. 7.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), bem como pelo Regime das Infracções Antieconómicas e Contra a Saúde Pública, atento o disposto no art. 3.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.
Antes, porém, deste Decreto-Lei, já havia sido admitida pelo art. 7.º do Decreto-Lei n.º 630/76, de 28 de Julho (ilícitos no domínio das operações cambiais) e pelo art. 21.º do Decreto-Lei n.º 187/83, de 13 de Maio (crimes de contrabando e descaminho).

2 São razões de política criminal assentes na constatação da importância que as pessoas colectivas têm na vida moderna e do seu potencial danoso para sectores da vida como a economia, o ambiente natural e, como sucede relativamente aos crimes dos artigos seguintes, a migração legal [conforme resulta, por exemplo e para além da referida Decisão-Quadro, da Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu COM(2001) 672 final, de 15.11.2001, relativa a uma política comum em matéria de imigração clandestina], bem como na indiscutível possibilidade de, com o acordo dos seus órgãos ou membros, serem cometidos ilícitos (em função dos interesses pessoais ou colectivos) e com meios delas ou por elas fornecidos, que levam os legisladores a responsabilizá-las criminalmente, afastando, deste modo, o entendimento da doutrina penal tradicional maioritária assente na máxima *societas delinquere non potest* (cfr. GUSTAVO ABOSO E SANDRO ABRALDES, Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal, pp. 20 e ss.) e, desta forma, afirmando o brocardo contrário da doutrina moderna, ou seja, *societas delinquere potest* (a este respeito, ver ainda e por exemplo, KLAUS

TIEDEMANN, Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas y Empresas en el Derecho Comparado, Colecção Temas Actuais de Direito Criminal, p. 27 e JOSÉ DE FARIA COSTA, A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas à luz do Direito Penal), em Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, p. 507).

Já, em 1938, aliás, ANTÓNIO CRESPO SIMÕES CARVALHO defendia, em tese geral, a sua punição, não só por elas disporem de vontade própria (a que emana dos seus órgãos, ainda que por simples maioria) e poderem, assim, delinquir, mas também por essa punibilidade não colidir e antes ser exigida pelos fins das penas, inclusive, sob o ponto de vista da prevenção especial (apesar da sua natureza impor uma diferente estrutura das penas aplicáveis), para além de ser imposta pelo princípio da justiça e até por uma necessidade social, na medida em que as facilidades que "se devem dar para a constituição de grupos de actividade organizada, deverem pressupor um certo número de garantias que evitem que o poder, influência e modo de agir das pessoas colectivas sejam empregados na prática de delitos, tornando-se assim esses grupos centros de perigosa actuação anti-social". Ainda segundo ele, assim se realizaria perfeitamente e até facilitaria a aplicação dos princípios da personalidade e da individualização das penas, já que estas dirigem-se, exclusivamente, à pessoa colectiva (independentemente das suas repercussões sobre o património, a reputação e, porventura, certos direitos dos associados) e o primeiro princípio apenas exige a aplicação das mesmas conforme a maneira de ser do delinquente e as circunstâncias que acompanharem o facto criminoso na sua origem e perfeição, o que também seria realizável nessas situações (Responsabilidade penal das pessoas colectivas, em Justiça Portuguesa - Revista de Direito, ano 6.º, n.os 70 e ss.)

3 O n.º 1 do art. 182.º reporta-se às pessoas colectivas e entidades equiparadas, sem definir estas ou aquelas, ao invés do que sucede, por exemplo, com o art. 7.º, n.º 1, do Regime Geral das Infracções Tributárias, enquanto esboça uma definição ao incluir nas entidades (fiscalmente) equiparadas as sociedades irregularmente constituídas.

Há, por isso, que recorrer ao Cód. Penal, enquanto diploma geral, mais precisamente, ao seu art. 11.º, n.º 5, segundo o qual para efeitos de responsabilidade criminal consideram-se entidades equiparadas a pessoas colectivas as sociedades civis e as associações de facto.

Sobre os conceitos de **pessoas colectivas e sociedades civis**, ver entre outros, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. I, pp. 45 e ss. e FERNANDO OLAVO, Direito Comercial, pp. 237 e ss.

De salientar que, aqui, como em qualquer outro caso de responsabilização criminal das pessoas colectivas, não há que considerar abrangido o Estado, quer em virtude das particulares funções que desempenha, quer por ser ele que determina as normas que os dependentes violam, quer pela incongruência que constituiria punir o próprio titular do poder punitivo, pelas infracções dos seus órgãos, quer por força do próprio princípio de separação de poderes. Acresce que se é justo que a pessoa colectiva seja penalmente perseguida "quando as pessoas que a formam nela participam livremente em virtude de uma resolução própria", o mesmo já não sucede "quando nela são incorporadas por força da lei" como sucede no caso do Estado. O indivíduo pertence-lhe "forçosamente – ou em virtude da sua residência ou em virtude da sua profissão. A pertinência a uma pessoa colectiva (…) não é produto de uma decisão mas sim uma necessidade" (cfr. JOÃO CASTRO E SOUSA, As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado Direito

de Mera Ordenação Social, p. 15, nota 1). Relativamente às **sociedades civis**, ver arts. 980.º e ss. do Cód. Civil e, numa resenha sobre as sociedades comerciais, do ponto de vista, nomeadamente, da sua representação, Parecer da PGR n.º 10/94, de 7 de Julho. Sobre as **associações de facto**, ver arts. 195.º e ss. do citado Código.

4 Para além do n.º 5 do art. 11.º do CP, devem igualmente ter-se por aplicáveis, por força do n.º 1 (do artigo em anotação), enquanto remete para os "termos gerais", as demais disposições daquele artigo relativas às pessoas e entidades em causa, nomeadamente, as que definem os **pressupostos** da sua responsabilidade (als. a) e b) do n.º 2 e n.º 6). Torna-se, por isso, necessário, para que as pessoas colectivas e entidades equiparadas sejam criminalmente responsáveis pela prática dos crimes previstos no RJEPSAE:

– antes de mais, que as acções relativas a estes crimes sejam levadas a cabo por pessoa ou pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança, isto é, por um órgão ou representante delas ou por quem nelas tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade (ou, embora remotamente, por quem aja sob a autoridade de uma dessas pessoas estando em causa a violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem);

– em segundo lugar, que essas pessoas tenham agido em nome e no interesse colectivo; e

– em terceiro lugar, que a infracção não seja praticada contra ordens ou instruções expressas de quem de direito (sobre estes requisitos e para além dos Autores acima primeiramente citados, MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Novas Perspectivas, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, Centro de Estudos Judiciários, págs. 110 e ss., e Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, págs. 431 e ss.).

5 Às pessoas colectivas e entidades equiparadas, conforme resulta do art. 90.º-A do CP, são aplicáveis as **penas** principais de multa ou de dissolução e como penas acessórias as de injunção judiciária (art. 90.º-G)), interdição do exercício de actividade (art. 90.º-J)), proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades (art. 90.º-H)), privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos (art. 90.º-I), encerramento de estabelecimento (art. 90.º-L)) e publicidade da decisão condenatória (art. 90.º-M)).

Este regime sofre, porém, excepções, relativamente aos crimes de auxílio à imigração ilegal e associação de auxílio à imigração ilegal, já que, como se verifica dos arts. 183.º e 184.º, a medida de interdição do exercício da actividade pode ser aplicada em alternativa à da pena de multa e, por isso, a título de pena de principal.

Nos termos do art. 90.º-B), n.os 1 a 3, do citado Código, cada mês de prisão previsto, dentro da moldura abstracta do respectivo tipo, para as pessoas singulares corresponde a 10 dias de multa, para a pessoa colectiva ou entidade equiparada, salvo se naquele se prever em alternativa a pena de multa, pois, neste caso, a pena aplicável já será esta, o mesmo sucedendo se não se prever a pena de prisão.

A pena de multa é fixada em dias, de acordo com os critérios estabelecidos no n.º 1 do art. 71.º do mesmo Código, correspondendo a cada um deles uma quantia entre € 100 e € 10 000, que o tribunal fixa em função da situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores e cujo pagamento em prestações ou dentro de um prazo que não exceda 1 ano pode autorizar nos termos dos n.os 3 a 5 do art. 47.º (n.º 4 e 5 do art. 90.º-B)).

Em substituição da multa concretamente aplicável e consoante as situações, podem ser aplicadas as penas de admoestação, caução de boa conduta e vigilância judiciária (arts. 90.º-CI, 90.º-D) e 90.º-E) do CP).

6 Por força do n.º 2 do art. 182.º, as mesmas pessoas e entidades são solidariamente responsáveis, nos termos da lei civil (arts. 512.º e ss. do CC), pelo **pagamento das multas, coimas, indemnizações e outras prestações** em que forem condenados os agentes dos crimes previstos pelo RJEPSAE, contanto, como é óbvio, se verifique a responsabilidade delas nos termos gerais.

A esta responsabilidade, mas apenas já quanto aos crimes de auxílio à imigração ilegal, associação de auxílio à imigração ilegal e angariação de mão-de-obra ilegal, acresce, por força do n.º 3 e na esteira das sugestões da Comissão expressas na sua mencionada Comunicação (concretamente, das contidas no n.º 4.7.4), a do pagamento de todas as **despesas inerentes à estada e afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos**, cessando, assim, a responsabilidade que o art. 213.º atribui ao Estado e dando-se um contributo, no caso do último crime, no sentido de ser evitada a concorrência desleal.

Se aquele as tiver suportado, deve o Ministério Público deduzir o respectivo pedido de indemnização civil (arts. 71.º e ss. do Cód. Proc. Penal), exigindo, a favor dele, o respectivo ressarcimento.

Muito embora, ao invés do que sucede no n.º 2, o preceito não diga, expressamente, que a responsabilidade pelas despesas em causa (também) é solidária com a da pessoa singular cuja acção leva a responsabilizar a pessoa colectiva ou entidade equiparada nos termos acima referidos, outra conclusão não se deve extrair, face, precisamente, a esta responsabilização e, por isso, ao disposto no art. 497.º, n.º 1, do CC, "ex vi" art. 129.º do CP e, se se quiser, ao próprio contexto em que o mesmo preceito está inserido (princípio da coerência interna).

Artigo 183.º
Auxílio à imigração ilegal

1. Quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional é punido com pena de prisão até 3 anos.

2. Quem favorecer ou facilitar, por qualquer forma, a entrada, a permanência ou o trânsito ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional, com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de 1 a 4 anos.

3. Se os factos forem praticados mediante transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou pondo em perigo a sua vida ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

4. A tentativa é punível.

5. As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do artigo 182.º são as de multa, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, ou de interdição do exercício da actividade de um a cinco anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1, 2 e 3)
O bem jurídico (anotações 4 e 5)
O tipo objectivo (anotações 6 a 11)
O tipo subjectivo (anotação 12)
A consumação do crime (anotação 13)
A exclusão da culpa e da ilicitude e suspensão do processo criminal (anotações 14 e 15)
A tentativa (anotação 16)
Os sujeitos activo e passivo (anotação 17)

A comparticipação (anotação 18)
O concurso (anotações 19 a 21)
A pena (anotação 22)
A responsabilidade civil (anotação 23)

Os n.os 1, 2 e 4 têm a sua **fonte** nos n.os 1, 2 e 3, respectivamente, do art. 134.º-A do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção do Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro. O n.º 5 corresponde ao n.º 4 do mesmo artigo, salvo quanto à remissão, que, então, era efectuada neste para o preceito correspondente ao do n.º 1 do actual art. 182.º (n.º 1 do art. 134.º). O n.º 3 é um preceito novo, não encontrando correspondência, por qualquer forma, nos diplomas precedentes. **1**

Anteriormente à redacção do Decreto-Lei n.º 34/2003, o Decreto-Lei n.º 244/98 limitava-se a punir (desde a sua versão primitiva), no seu art. 134.º e em termos quase semelhantes aos do diploma que o antecedeu (Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março), o favorecimento ou facilitação da entrada irregular (n.º 1) e a prática destas condutas com intenção lucrativa (n.º 2), prevendo também, expressamente, a punição da tentativa (n.º 3).

A punição do favorecimento ou facilitação do trânsito ilegal, com ou sem intenção lucrativa, e da permanência (com intenção lucrativa) apenas veio a ser prevista com a redacção do Decreto-Lei n.º 34/2003.

A moldura penal abstracta é a mesma da do Decreto-Lei n.º 244/98, ao invés do que sucedia no âmbito do Decreto-Lei n.º 59/93 (prisão até dois anos, na modalidade simples de favorecimento ou facilitação de entrada e prisão até 3 anos, na modalidade agravada).

Para a compreensão do artigo em anotação, revestem também particular importância: **2**

a) o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea [aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de Abril; a nível comunitário, foi aprovado pelas Decisões do Conselho, de 24 de Julho de 2004 (2006/616/CE a 2006/619/CE), publicadas no J.O. L 262, de 22.9.2006];

b) o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004 e ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, ambos de 2 de Abril); e

c) a Convenção, fundamentada no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, Que Cria Um Serviço Europeu de Polícia (Convenção EUROPOL), assinada em Bruxelas, em 26 de Julho de 1995 (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 60/97, de 19 de Setembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 64/97, do mesmo dia).

O primeiro, tendo como objecto prevenir e combater a imigração ilegal e promover, com este fim, a cooperação entre Estados, protegendo ao mesmo tempo os direitos dos migrantes introduzidos clandestinamente (art. 2.º), define o "**tráfico ilícito de migrantes**" (o contrabando de imigrantes ou *smuggling of migrants*, como iremos ver) como facilitar a entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não é nacional ou residente permanente com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, um beneficio financeiro ou outro benefício material, acrescentando que, para o efeito, deve entender-se por "**entrada ilegal**" a passagem de fronteiras sem o preenchimento das condições necessárias para a entrada legal no Estado de acolhimento (art. 3.º, als. a) e b)).

Para além disso, recomenda o agravamento da punição das condutas que aponta como devendo ser criminalizadas, nomeadamente, a introdução clandestina de migrantes, sempre que elas ponham em perigo ou ameacem **pôr em perigo a vida e a segurança** destes ou, com elas, haja **tratamento desumano ou degradante** deles, incluindo a sua exploração (n.º 3 do art. 6.º) e impõe aos Estados Parte a criminalização de todas essas condutas e de outras que prevê (igualmente sob o art. 6.º), independentemente da sua natureza transnacional e do envolvimento de um grupo criminoso organizado transnacional (n.os 2 e 3 do art. 1.º, enquanto, ao mandarem aplicar *mutatis mutandis* as disposições da Convenção e ao prescreverem que aquela criminalização deve considerar-se estabelecida em conformidade com esta, remetem para o art. 34.º, n.º 2, dela, como excepção ao art. 4.º do próprio Protocolo).

O segundo, por sua vez, determinando igualmente que as condutas que considera como criminalmente puníveis (art. 5.º) devem ser incorporadas no direito interno de cada Estado Parte, também independentemente do carácter transnacional delas e da intervenção de um grupo criminoso organizado transnacional (art. 34.º, n.º 2, da Convenção, "ex vi" art. 1.º, n.os 2 e 3 e, *ipso facto*, como excepção ao disposto no art. 4.º do mesmo Protocolo) considera, na al.ª a) do seu art. 3.º, como "**tráfico de pessoas**" (*trafficking in persons*) toda a actividade de recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coacção, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração, ou seja, e pelo menos, a prostituição de outrem ou de outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extracção de órgãos. Na al.ª c), inclui ainda no conceito o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento para fins de exploração de qualquer a criança, ou seja, de qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos (al.ª c) do mesmo artigo), mesmo que não envolva nenhum dos referidos meios.

A Convenção EUROPOL, finalmente, no anexo referido no seu art. 2.º, define, por um lado, "**rede de imigração clandestina**" como "as acções destinadas a facilitar deliberadamente, com fins lucrativos, a entrada, a estada ou o emprego no território dos Estados-Membros da União Europeia, contrariamente às regulamentações e condições neles aplicáveis" e, por outro, o "**tráfico de seres humanos**" como "o facto de submeter uma pessoa ao poder real e ilegal de outrem mediante o recurso à violência ou a ameaças, abuso de autoridade ou utilização de subterfúgios, nomeadamente com o objectivo de se dedicar à exploração da prostituição de outrem, a formas de exploração e de violências sexuais em relação a menores ou ao comércio ligado ao abandono de crianças".

3 São ainda de referir, como fontes imediatas do artigo, os arts. 1.º a 3.º da Directiva 2002/90/CE do Conselho de 28 de Novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (J.O.C.E., L 328/1, de 05/12/2002) e o art. 1.º, n.os 1, 3 e 4 da Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (J.O.C.E., L 328/2. de 05/12/2002), instrumentos estes, aliás, expressamente, invocados pelo art. 2.º, n.º 2, als. a) e d), respectivamente, do RJEPSAE.

Na verdade, através dos arts. 1.º a 3.º da Directiva, exige-se aos Estados-Membros que prevejam sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas, seja qual for a forma de comparticipação e ainda que se trate de tentativa, tanto para o auxílio intencional

a uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a entrar ou a transitar através do território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros, como para o auxílio intencional dirigido à permanência dessa pessoa igualmente em território de um Estado-Membro e em infracção da legislação aplicável neste Estado em matéria de residência de estrangeiros, contanto que ele seja efectuado com fins lucrativos. Isto, tanto num caso, como no outro, sem prejuízo da não imposição de nenhuma sanção sempre que o objectivo do comportamento seja a prestação de assistência humanitária à pessoa em questão.

Com a Directiva, por outro lado, mais precisamente, com o seu art. 5.º, revogou-se o art. 27.º, n.º 1, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, que estabelecia, com algumas semelhanças ao do art. 1.º dela, que as Partes Contratantes comprometiam-se a prever sanções adequadas contra quem fomentasse ou tentasse fomentar, com fins lucrativos, um estrangeiro a entrar ou a permanecer no território de uma Parte Contratante violando a legislação desta Parte Contratante em matéria de entrada e residência de estrangeiros.

Pela referida Decisão-Quadro e depois de se salientar que um dos objectivos da União Europeia é o de facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, de segurança e de justiça, mediante o desenvolvimento de acções comuns entre Estados-Membros no domínio da cooperação policial e judiciária em matéria penal e que, neste contexto, há que combater o auxílio à imigração clandestina, não só no caso de este auxílio se traduzir na passagem irregular da fronteira *stricto sensu*, mas também quando for praticado com o objectivo de alimentar redes de exploração de seres humanos, determina-se a aproximação da legislação dos Estados-Membros no sentido da previsão das referidas sanções, acompanhadas, se necessário, da perda do meio de transporte que tenha servido para a prática da infracção, da proibição do exercício, directo ou por interposta pessoa, da actividade profissional exercida no momento da prática da infracção e da expulsão. Exige-se ainda que os mesmos Estados prevejam penas privativas de liberdade de duração máxima não inferior a oito anos (ou de duração máxima não inferior a seis anos, desde que esta pena seja uma das penas máximas mais severas existentes para crimes de gravidade comparável e a sua previsão seja absolutamente necessária à preservação da coerência do sistema penal nacional), inclusive, para os casos de autoria mediata, quando o auxílio intencional à entrada ou trânsito no seu território por pessoa de país terceiro seja efectuado com fins lucrativos e no âmbito da actividade de uma organização criminosa na acepção da Acção Comum 98/733/JAI ou ponha em perigo a vida das pessoas visadas.

4 Acerca do **bem jurídico protegido** e analisando o artigo em conexão com os instrumentos que se acabaram de indicar, sem descurar, nesta análise, as soluções consagradas e defendidas noutros Países do espaço comunitário [v.g, Espanha, com os arts. 313.º, n.º 1 e 318.º bis, n.º 1, do Cód. Penal, o primeiro ao dispor, na redacção do art. 2.º, n.º 1, da Lei Orgânica 13/2007, de 19 de Novembro, que "*el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o por otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior (prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses)*" e o segundo, na redacção do n.º 2 do referido art. 2.º, ao prescrever que "*el que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión*"; ou França, com o art. L. 622-1 do "*Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*" (versão de 15 de Fevereiro de 2010), onde se dispõe que "*toute personne qui*

aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 EUR (…). Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un autre Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990. Sera puni de mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un Etat partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000"], podem distinguir-se, fundamentalmente, quatro teorias relativamente à proibição do favorecimento ou da facilitação da entrada, permanência e trânsito ilegais em território nacional de cidadão estrangeiro:

– uma, vendo nela o interesse socioeconómico do Estado a assegurar pela ordenação e regulação do controlo dos fluxos migratórios;

– outra, uma pluralidade de interesses a proteger de diferente natureza (delito pluriofensivo),

– outra, ainda, um meio de defesa dos direitos fundamentais do cidadão estrangeiro; e

– outra, finalmente, a própria defesa da dignidade humana.

Interesse público de controlo dos fluxos migratórios. Na primeira, a proibição surgiria, antes de mais, como um meio de obviar à violação da política migratória e, por isso, ao poder soberano do Estado que subjaz às regras administrativas que regulam a entrada, permanência e saída de cidadãos estrangeiros, particularmente, as que contendem com o mercado de trabalho (ver, por exemplo, arts. 88.º e ss.), em ordem a evitar os efeitos negativos que a massiva chegada de imigrantes e suas famílias provocaria quanto ao equilíbrio do desenvolvimento económico e no sistema social e de bem-estar do país receptor (face à diminuição não só das contribuições para a segurança social, mas também das receitas fiscais, estas enquanto preço, nomeadamente, da existência do próprio Estado: sobre os fins delas, CASALTA NABAIS, "Por um Estado Fiscal Suportável – Estudos de Direito Fiscal", "A face oculta dos direitos fundamentais e os custos dos direitos", pp. 10, 21 e ss. e 26 e ss. e L. ANTONINI, "Dovere tributário, interesse fiscale e diritti constituzionali", p. 159, por exemplo), bem como em relação à defesa dos interesses da mão de obra nacional (não só no que concerne à diminuição ou eliminação da oferta, mas também, e em virtude da desmesurada procura de trabalho, quanto ao valor salarial), à produtividade (que também diminuiria) e ao desenvolvimento tecnológico (que poderia igualmente diminuir em consequência do recurso à mão-de-obra barata). Simultaneamente, garantir-se-ia a segurança da sociedade, pelo menos, em relação aos cidadãos com aptidão para o crime e que não lograssem trabalho (sobre as desvantagens da imigração ilegal, quer para os migrantes, quer para os países de acolhimento, GONÇALO SARAIVA MATIAS e PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, "A Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias", pp. 46 e ss. sobretudo) e, desta forma, o próprio Estado e a ordem pública em geral, já que a violação das regras sobre a entrada e permanência podem ter na sua base condutas que representam uma ameaça para a convivência social e afectarem a soberania daquele.

De acordo com esta posição, que alguns designam de utilitarista ou funcionalista (cfr., por exemplo, ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA e GONZALO QUINTERO OLIVARES, "Las normas penales españolas: questiones generales", *in* "Trata de personas y explotación sexual", Editorial Comares, p. 160 e 161), a falta de controlo dos fluxos migratórios e, por isso, a livre chegada de cidadãos estrangeiros sem meios económicos para além da capacidade de absorção do mercado de trabalho,

sendo susceptível de levar à perda da própria identidade cultural da sociedade, seria, sempre e em qualquer caso, fonte de graves problemas sociais (marginalidade, delinquência, etc.), face aos naturais limites financeiros e assistenciais do Estado, e, pelo menos, a longo prazo, de um crescimento económico negativo. A poder falar-se de direitos dos estrangeiros, apenas se deveria fazê-lo, quando muito, como objecto de protecção indirecta, em ordem a tranquilizar a própria consciência do legislador e a realçar a boa consciência de cidadania.

Parecem inserir-se nesta posição os Acs. da RP, de 13/07/2005 (proc. 0540595) e da RC, de 11/10/2003 (CJ, XXXVIII, IV, 46), bem como PAULO SOUSA MENDES, "Tráfico de pessoas", *in* Revista do CEJ, 1.º Semestre de 2008, n.º 8 (Especial), p. 175, quando refere que "o auxílio à imigração ilegal é um crime contra a soberania e a segurança do Estado, que são bens jurídicos de titularidade colectiva", não tendo, assim, de todo, "a dimensão de defesa dos direitos humanos" que se encontra no tráfico de pessoas. Também no sentido apenas da protecção da soberania e da própria segurança do Estado, sem consideração da pessoa do cidadão do estrangeiro, salvo "quando a angariação se faça utilizando seres humanos como objectos", mas, aqui e ainda assim, apenas "lateralmente" e porque, nesta situação, já estaria em causa a dignidade humana, ver a exposição de motivos do Projecto de Lei n.º 211/X, apresentado, em 16-02-2006, pelo Partido Socialista, para a alteração do Código Penal ("Diário da Assembleia da República", II série A, n.º 88/X/1 2006.02.23). No Direito Espanhol, e entre outros, ESTEBAN J. PÉREZ ALONSO, "Tráfico de Personas e Inmigración Clandestina (Un Estúdio Sociológico Internacional e Jurídico-Penal)", pp. 355 e ss. e LUIS ALBERTO ARROYO ZAPATERO, "Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos" en "Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos", volumen II, "Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca", Cuenca 2001, pp. 32 e ss. ("IV. Los bienes jurídicos protegidos").

Reconhecendo, em parte, o acerto da posição anterior, enquanto não restringe a protecção, pura e simplesmente, ao controlo dos fluxos migratórios (sob o ponto de vista das consequências da falta dele), já que, de outro modo, estar-se-ia, por um lado, a elevar à categoria de crime a violação das regras que regulam a entrada e permanência de estrangeiros e, por isso, a transformar em tal uma infracção administrativa (a valorar, como diz GABRIEL CATARINO o que se deve ter como indemne para se apresentar "ao elenco de bens jurídicos merecedores da tutela da lei penal na conformação que esta deve colher na validação constitucional, *maxime* o n.º 2 do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa": cfr. "Aspectos jurídico-penais e processuais do Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros", p. 19, *in* "Julgar on line") e, por outro, a coisificar o próprio estrangeiro (na medida em que este passaria a ser tratado como objecto dos fluxos migratórios, retirando-se, assim, qualquer dignidade ao bem jurídico enquanto desprovido de toda a carga pessoal ou do conteúdo essencial de um direito fundamental), entende um primeiro grupo de Autores que, apesar do interesse colectivo do referido controlo não poder deixar de levar, em qualquer caso, a considerar o auxílio à imigração clandestina como um crime contra a ordem sócio-económica (bem supra-individual e de natureza imaterial, que tem em vista, nomeadamente, obstar, através da garantia das barreiras de auto-protecção, à imigração indesejável e atentatória dos aludidos interesses do Estado), com a infracção das normas que regulam a entrada e permanência dos estrangeiros violam-se igualmente direitos básicos dos próprios imigrantes enquanto bens jurídicos intermédios ou secundários.

Argumenta-se, para o efeito, que, pondo-se em causa o referido interesse colectivo, põem-se também em causa esses direitos (já que uma adequada política migratória

deve ter, entre os seus fins, a integração dos estrangeiros, concretamente, no mercado de trabalho), os quais surgem, assim, como representativos do mesmo interesse, levando, consequentemente, a que o crime revista natureza pluriofensiva (cfr.TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "Ley de Extranjería y Derecho Penal", "La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografia", ano 2001, n.º 2, pp. 1737 e ss.).

Nesta vertente, como para certos sectores da posição anterior, não seria tanto o controlo, "tout court", dos fluxos migratórios que relevaria para a incriminação, mas, e sobretudo, os efeitos negativos que, para os interesses da comunidade, no caso desses sectores e para esta e para o indivíduo, na variante em análise (e, portanto e em qualquer caso, já para verdadeiros bens jurídicos), derivam da violação desse controlo, concretamente, das regras relativas à entrada, trânsito e permanência de cidadãos estrangeiros enquanto, por um lado, emanação da política de imigração do Estado, ao nível, fundamentalmente, socioeconómico e da coesão social e, por outro, corolário do exercício da soberania territorial dele.

Estruturalmente, e em suma, estariam, pois, em causa, sempre, **dois bens jurídicos**: por uma via, e primacialmente ou, para alguns, ao mesmo nível, o interesse do controlo dos fluxos migratórios, enquanto encarado, repita-se, não em si mesmo, mas do ponto de vista das consequências que a falta desse controlo acarreta para a comunidade; por outra, a protecção da liberdade, da segurança e da dignidade dos imigrantes (neste sentido, parece encontrar-se o Ac. do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, proferido no proc. n.º 187/09.7YREVR.S1, quando afirma que, no crime de auxílio à imigração ilegal, o está em causa é a "necessidade de disciplinar a forma como se processa o trânsito de pessoas entre Estados e, nomeadamente, o interesse que tem o Estado em que tal fluxo obedeça a regras e disciplinas próprias", em virtude, inclusive, "de obrigação comunitárias que o nosso País assumiu por força dos compromissos vigentes", para, logo de seguida, acrescentar que também se pretende "evitar a situação de precariedade social e económica, quando não a própria fragilidade física, em que ficam aqueles que recorrem a instrumentos ilegais para assegurar a sua entrada no espaço nacional").

Defendendo ainda a natureza pluriofensiva dos crimes relativos à imigração ilegal, encontram-se igualmente aqueles que, apesar de considerarem importante o interesse supra-nacional da manutenção da ordem socioeconómica, não o consideram, porém, como prevalecente, nem tão pouco em igual plano relativamente aos direitos dos estrangeiros e sua dignidade enquanto seres humanos, defendendo a protecção destes através de crimes de perigo abstracto, para evitar que eles, clandestina e lucrativamente, sejam tratados como objectos, com clara lesão da sua integridade moral.

Sob esta perspectiva, o que estaria, pois, em causa não seria tanto ou tão-só o interesse colectivo na ordenação das migrações, com vista, desde logo, a garantir a defesa do mercado de trabalho nacional e o interesse público da segurança da sociedade, ou como se refere nas aludidas Directiva e Decisão-Quadro, a protecção de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, mas, e sobretudo, a defesa colectiva dos direitos dos estrangeiros, ou melhor, o perigo em que estes direitos podem ser colocados, não só durante o processo de saída do país de origem e entrada, trânsito e estabelecimento no país de destino (v.g., para a vida, saúde, integridade física, etc.), mas também no próprio território deste.

Partindo-se da ideia de que o estrangeiro que entra ou permanece irregularmente não tem a possibilidade de exercer, em plenitude, todos os direitos que a lei reconhece àqueles que entram e permanecem legalmente no país de destino (RODRIGUES MESA, "Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", p. 64),

concretamente e no caso de Portugal, os que resultam dos arts. 15.º da Constituição e 133.º do RJEPSAE e de que a sua situação de ilegalidade pode ser aproveitada por terceiros para o privar da satisfação de determinadas necessidades básicas que são reconhecidas aos imigrantes legais ou, no mínimo, pô-las em perigo, elevam a objecto de protecção todos esses direitos, nomeadamente, o direito à plena integração social (em que assume especial relevo, o reagrupamento familiar, para que aquele seja, efectivamente, concretizado), direitos que alguns vêem mesmo como integrando um estatuto autónomo: o estatuto do cidadão estrangeiro (no sentido de que são esses os direitos postergados, FERNANDO NAVARRO CARDOSO quando, nas suas Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, em Revista Penal, n.º 10, Julho de 2002, p. 53, afirma que, com a sua entrada ilegal, os cidadãos estrangeiros "no van a poder ejercitar los derechos sociales que ostentarían si su entrada fuese conforme establece la legislación en materia de extranjería"). As vítimas do crime não seriam já, pois, apenas o Estado, mas também, e pelo menos, ao mesmo nível, os próprios imigrantes como grupo socialmente relevante, na medida em que, sem a sua plena integração na sociedade ou sem disporem, em toda a sua plenitude, daquele estatuto, os seus direitos fundamentais (direitos à vida, à liberdade, à saúde, à alimentação, ao vestuário, ao abrigo, à segurança social, a condições de trabalho justas e favoráveis etc.) podem ser violados. Daí a necessidade de punir condutas como as tipificadas no art. 183.º, em ordem a evitar, precisamente, a discriminação que a entrada e a permanência ilegais, necessariamente, acarretam para os imigrantes irregulares e, desta forma, a proteger a igualdade entre cidadãos estrangeiros e entre estes e os cidadãos portugueses, em consonância com o disposto no art. 13.º da Constituição.
Outros Autores, ainda, mantendo como objecto de protecção o interesse do Estado no controlo dos fluxos migratórios, que também definem como de carácter supra-individual, não deixam, porém, de indicar, a par, a defesa da própria dignidade humana ou a integridade moral do cidadão estrangeiro individualmente considerado e, portanto, a ponderação destes interesses como bens jurídicos pessoais (cfr. P. LAURENZO COPELLO, "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros", *in* Revista de Derecho penal y Criminología, 2.ª época, Julho, 2003, n.º 12, págs. 69 e ss., especialmente p. 74, "apud" FERNANDO MIRÓ LLINARES, Política comunitaria de inmigración y política criminal en España – ¿Protección o "exclusión" penal del inmigrante?", p. 15).
Outros, finalmente, como GABRIEL CATARINO, entendem que o interesse no controlo dos fluxos imigratórios apenas releva enquanto se procura evitar que os movimentos migratórios sejam aproveitados por grupos mafiosos de criminalidade organizada e que, para além deste bem jurídico, se pretende também defender, embora tão-só mediatamente, o interesse na protecção colectiva e, ao mesmo tempo, individual da liberdade, segurança e dignidade dos imigrantes (cfr. est. cit., pp. 20 e 21, elaborado, saliente-se, com base no anterior RJEPSAE; no mesmo sentido, mas não colocando os interesses protegidos no mesmo plano, ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, "Criminalidade organizada y la inmigración ilegal", "Cuadernos de Derecho Judicial", p. 17, quando, sem deixar de vincar, como aquele Autor, o carácter colectivo dos interesses protegidos – o que, como é sabido, se vem a reflectir no número de crimes cometidos –, defende que as normas que pretendem obviar à imigração ilegal devem ser encaradas com uma especial atenção à dignidade do cidadão estrangeiro e como meios de evitar a sua exploração, especialmente por grupos organizados, dadas as precaríssimas condições de desamparo em que a irregularidade ou clandestinidade os coloca, concluindo que ambos os bens jurídicos, "*la regulación del flujo emigratorio y la evitación de la explotación del extranjero en su*

concreta actividad de emigración, con especial atención combativa cuando medien grupos delictivos organizados, son los tutelados…").

Protecção dos direitos fundamentais dos estrangeiros. Na terceira posição integram-se todos aqueles que, afastando, por qualquer forma, a defesa do controlo dos fluxos migratórios como bem jurídico protegido, apenas encaram a imigração ilícita do ponto de vista do cidadão estrangeiro, afirmando que a protecção reside no direito à sua plena integração social (cfr., por exemplo, J. R SERRANO-PIEDECASAS, Los delitos contra los ciudadanos extranjeros, em El extranjero en el derecho penal español, sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000), Manuales de Formación Continuada n.º 5, CGPJ, 2000. pp. 331 e ss.), para, logo, outros acrescentarem que ela não tem apenas como objecto este direito, mas todos os demais que podem ser postos em causa pelo auxílio à imigração ilegal, ou seja, e para além dos que devem ser garantidos a todas as pessoas só pelo facto de o serem e, portanto, independentemente da sua nacionalidade e do carácter regular ou irregular da imigração (ver arts. 13.º e 24.º e ss. da CRP), todos aqueles que emanam de disposições como as dos citados arts. 15.º e 133.º (ou seja, e para além dos clássicos direitos e liberdades, os mais modernos direitos sociais, nomeadamente, os de prestação, como o de habitação, à saúde, ao ensino, à segurança social, etc: ver sobre estes direitos, JOAQUIM GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, volume I, 4.ª edição revista, p. 178) ou as dos arts. 33.º, n.º 8, da CRP, 14.º do Cód. Civil e 87.º do Código do Trabalho e que constituem o estatuto jurídico do estrangeiro, na medida em que relevam todos os direitos e liberdades reconhecidos pelo respectivo ordenamento jurídico (neste sentido, MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ MESA, Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 57 e ss).

Afirmando-se que existem direitos de que os nacionais e os estrangeiros são titulares em plena igualdade, independentemente da irregularidade da entrada ou presença dos segundos, outros que apenas cabem aos cidadãos estrangeiros que entrem e estejam regularmente no Estado receptor dentro dos limites por este estabelecidos no exercício do seu direito de soberania (de acordo com o n.º 2 do artigo 15.º da nossa Constituição, exceptuam-se, dos direitos referidos no número que o precede, "os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses") e outros de que eles podem ou não ser titulares segundo os tratados e as leis internas (como resulta, por exemplo, do n.º 3 do citado artigo, segundo o qual "aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática"), entende-se que, ao favorecer-se a entrada, trânsito e permanência ilegais, está a privar-se, ou melhor e uma vez que a privação é da lei, a contribuir-se para que os estrangeiros não tenham todos os direitos que poderiam ter se a sua imigração fosse legal, impedindo-se, desta forma, a sua plena integração social. O bem jurídico protegido seria, pois, constituído pelos direitos dos cidadãos estrangeiros e na integração que eles permitem (cfr., por exemplo, FERNANDO NAVARO CARDOSO, "Observaciones…", pp. 41 e ss. principalmente, pp. 46 e ss.). Dentro desta teoria, há quem veja a protecção como assumindo carácter individual, ao passo que outros a encaram como supra-individual, como dizendo respeito ao interesse (colectivo) de um "grupo" (o dos cidadãos estrangeiros).

Protecção da dignidade humana. Finalmente, outros autores, não pondo em causa que os direitos individuais dos imigrantes (vida, saúde, liberdade, integridade física, etc.) devem ser tutelados nos mesmos termos que os de todos os outros, independentemente, da sua raça, nacionalidade, entrada ou presença ilegais, etc., entendem, porém, que a situação de vulnerabilidade em que aqueles se encontram, resultante da sua situação de ilegalidade, deve constituir, só por si, um factor de protecção especial, concretamente, quando se verifique a intervenção de grupos criminosos ou agentes actuando individualmente, mas movidos igualmente pelo ânimo de lucro. É que a intervenção deste tipo de indivíduos, para além de poder levar à postergação dos direitos fundamentais, atinge, indiscutivelmente, a sua dignidade como seres humanos, na medida em que os coisificam com as suas condutas, os reduzem a meros objectos ou coisas susceptíveis de proporcionarem proveitos económicos e essa dignidade deve ter-se por lesada sempre que se despreza o princípio da igualdade, tratando-se o ser humano como inferior, já que, então, atinge-se o núcleo da personalidade da pessoa.
Pretende-se, deste modo, evitar que os cidadãos estrangeiros deixem de ser tratados como seres humanos, que os seus direitos fundamentais, não já como cidadãos com direitos iguais (nomeadamente, do ponto de vista da sua liberdade, segurança, integridade física, saúde, etc.) aos dos cidadãos portugueses (salvo as excepções do art. 15.º), mas como pessoas, enquanto seres pertencentes à espécie do "homo sapiens", sejam despersonalizados, postergados por não serem reconhecidos ou tratados como pessoas [cfr. JOSÉ EDUARDO SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, "Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros", 2002, Atelier (Barcelona), p. 62, ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA, "Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal", 2004, Editorial Comares (Granada), pp. 173 e ss. e com GONZALO QUINTERO OLIVARES, "Las normas penales españolas: cuestiones generales", *in* "Trata de personas y explotación sexual", 2006, Editorial Comares, pp. 170 e ss., bem como ANDRÉS PALOMO DEL ARCO, "Criminalidad organizada y la inmigración ilegal", "Cuadernos de derecho judicial", n.º 2, 2001, pp. 176 e s.; sobre o princípio da equiparação dos cidadãos estrangeiros aos portugueses e as suas excepções, MÁRIO TORRES, "O estatuto constitucional dos estrangeiros", Separata da Revista *Scientia Ivridica*, tomo L, n.º 290, Maio-Agosto de 2001, Braga, Livraria Cruz, 2001, pp. 13 e ss.].
O que está em causa, por outras palavras, é, em última via, obstar a que os imigrantes ilegais sejam encarados como seres humanos inferiores, de tal sorte que a sua situação de vulnerabilidade, resultante, nomeadamente, da própria ilegalidade da entrada ou permanência ou do trânsito, seja aproveitada para que sejam transformados em mercadoria, não se lhes reconhecendo, assim, a dignidade que lhes deve ser reconhecida só pelo facto de serem pessoas, negando-se-lhes, em suma e, pelo menos, em última via, o "reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana" (cfr. preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como os seus arts. 1.º, 10.º, n.º 1 e 23.º, n.º 3) ou, como alguns preferem, o direito fundamental à integridade moral da pessoa, já que qualquer das condutas tipificadas, desde que praticada, pelo menos, com ânimo de lucro, traduz, ela própria, um atentado à dignidade e integridade moral do estrangeiro que é auxiliado a imigrar ilegalmente, na medida em que se não é fonte directa, pode, pelo menos, contribuir para a criação de condições indignas a todo e qualquer ser humano (tendo em conta o artigo em anotação, ver o seu n.º 3), para além de o poder transformar numa "coisa", num objecto de um negócio tendo como fim o lucro, num bem de carácter patrimonial (n.º 2 do mesmo artigo).

Com ESTEBAN J. PÉREZ ALONSO, em Tratamiento Penal de los derechos de los trabajadores extranjeros, p. 146, e em Tráfico…., p. 353, pode dizer-se que "*se pretende proteger fundamentalmente la dignidad personal de los extranjeros y sus más elementales derechos, pues, son instrumentalizados como simples mercancías objeto de comercio, principalmente, por mafias y organizaciones criminales, que no pretenden otra cosa que enriquecer rápida e groseramente a costa de explorar la miseria humana. Se produce aquí un atentado contra la integridade moral de los extranjeros, desde el momento en que dejan de ser tratados como personas y convertidos en cosas para satisfacer intereses ajenos*". E isto, quer se represente a dignidade humana como algo inseparável da pessoa do cidadão estrangeiro, como um interesse que apenas pode ser encarado como pertencendo a uma pessoa determinada e, portanto, como um bem jurídico individual (conforme defende Esteban Alonso, no seu indicado estudo), quer como uma qualidade, um interesse de "membros de um grupo discriminado", como um bem de dimensão colectiva cuja violação afecta as possibilidades da sua participação no sistema e impede a satisfação das necessidades humanas (neste segundo sentido, ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA e GONZALO QUINTERO OLIVARES, est. cit., pp. 170 e ss.; no primeiro, ESTEBAN J. PÉREZ ALONSO, loc. cit).

5 Se antes do actual Regime, nomeadamente, durante a vigência da redacção inicial do Decreto-Lei n.º 244/98, o fim visado com a primeira posição poderia ser colocado, senão em primeiro lugar, pelo menos, em igual plano relativamente a outros no âmbito da protecção do tipo (até porque, no seu preâmbulo, se afirmava, expressamente, a necessidade de "estabelecer os adequados meios de controlo dos fluxos migratórios, tendo em vista a salvaguarda de interesses legítimos do Estado", embora, é certo, não se deixasse, logo de seguida, de fazer apelo ao interesse dos imigrantes, com vista a assegurar-lhes "condições de integração harmoniosa na comunidade nacional") ou exclusivamente considerado, concretamente, por quem, partindo de uma visão unilateralista do problema do combate à imigração ilegal, não descortinasse nele o que já evidenciava (nomeadamente, com a punição da intenção lucrativa: cfr art. 134.º, n.º 2 e, a partir da redacção do Decreto-Lei n.º 34/2003, art. 134.º-A, n.º 2), hoje, face ao disposto no n.º 3 (do art. 183.º) e nos arts. 109.º e ss., parece-nos que se vincou o aspecto individual do bem jurídico protegido, **pondo-se a tónica na protecção dos interesses pessoais do cidadão estrangeiro (individualmente considerado)** que pretenda imigrar para Portugal e procurando-se, deste modo, salvaguardar todos os direitos a que ele tem "direito", isto é, todos aqueles a que se reporta o referido art. 15.º e, portanto e inclusive, os que a Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias apenas reconhece nos seus arts. 36.º a 56.º, aos imigrantes em situação regular, nomeadamente, o direito à livre transferência de fundos ou remessas monetárias para o seu País de origem, o direito de residência e de trabalho, o direito a escolher a actividade, o direito à protecção laboral e o direito a não ser arbitrariamente expulso (sobre a necessidade da referida Convenção, apesar de os direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes deverem considerar-se protegidos, entre outros instrumentos, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ver GONÇALO SARAIVA MATIAS E PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, est. cit., pp. 20 e ss.).

Afigura-se-nos, com efeito, que ao mandar agravar a punição sempre que as condutas dos n.os 1 e 2 sejam praticadas mediante transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou pondo em perigo a sua vida ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte,

o legislador português, para além de ter ido de encontro ao preceituado nos arts. 1.º, n.º 3, última parte, da Decisão-Quadro 2002/946/JAI, 1.º da Directiva 2002/90/CE e 6.º, n.º 3, do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, acentuou a natureza pessoal dos interesses jurídicos protegidos, deixando, assim, de lado também qualquer construção que partisse da defesa dos direitos dos cidadãos estrangeiros como bem jurídico colectivo, concretamente, da consideração dos mesmos cidadãos como integrando um grupo com iguais direitos relativamente a qualquer outro, direitos estes ainda que tão-só constituídos por aqueles que, fazendo parte daquele núcleo duro de Direitos Humanos intocáveis e para o qual convergem as convenções internacionais de Direitos Humanos de carácter geral, independentemente da pessoa do seu titular (direito à vida, à integridade física e à proibição da tortura ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes), geram obrigações absolutas para os Estados, exigindo a sua aplicação completa, face, precisamente, ao seu carácter intangível (ver entre outros, IRENE LÓPEZ MÉNDES, El derecho a tener derechos y el marco jurídico de la inmigración y el tráfico de jujeres, em Tráfico e inmigración de mujeres en España colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales, coordenado por ELENA BONELLI JÁUDENES y MARCELA ULLOA JIMÉNEZ, p. 32).

Isto, ao mesmo tempo que realçou o problema humano que a imigração ilegal envolve, acompanhando, assim, a própria evolução verificada, ao nível da União Europeia, no combate a ela [ver, por exemplo, n.º 2.4., "gestão dos fluxos migratórios", da Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu COM (2000) 167 final, de 24.3.2000, sobre o Painel de avaliação dos progressos realizados na criação de um espaço de Liberdade, Segurança e Justiça na União Europeia, bem como Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu COM (2001) 672 final, de 15.11.2001 e relativa a uma política comum em matéria de imigração clandestina e citadas Decisões do Conselho de 24 de Julho de 2006, nomeadamente, enquanto através delas se invoca o perigo que a imigração ilegal constitui para a segurança e a vida dos imigrantes].

É que se é certo que ao combate a esse fenómeno não é alheio o interesse público do Estado em dizer, em corolário da política migratória por si definida (política que, como resulta do que acima se disse, se encontra por detrás das normas que regulam a entrada, trânsito e permanência dos estrangeiros e que, como é comummente reconhecido, deve ter como pilares essenciais a regulação dos fluxos migratórios, a luta contra a imigração clandestina, a promoção da imigração legal e a integração dos imigrantes nas sociedades de acolhimento), quantos e que estrangeiros podem entrar e permanecer no País, com tudo o que o controlo dos fluxos imigratórios exige ao nível, entre outros aspectos, das necessidades conjunturais do mercado de trabalho (ver, por exemplo, art. 59.º), da defesa da saúde pública e do contributo para a efectiva existência de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça [conforme, aliás, se evidencia na exposição de motivos dos apontados instrumentos da União Europeia e leva a que, quando estejam em causa a ordem pública, a segurança nacional e as próprias relações internacionais de Estados-Membros da União Europeia e dos Estados onde vigore a Convenção de Schengen, a entrada do cidadão estrangeiro possa ser recusada (cfr., a este respeito, art. 32.º, n.º 1, al.ª d)), na medida em que, como refere ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "a supressão de fronteiras não pode ser efectuada em detrimento da segurança da população, da ordem e da liberdade públicas" (O papel dos sistemas legais e a sua harmonização para a erradicação das redes de tráfico de pessoas, *in* Revista do Ministério Público, Ano 21.º, Outubro-Dezembro 2000, n.º 84, pág. 19), também não é menos verdade que o auxílio à imigração legal não deixa de contender com direitos fundamentais

do imigrante que, precisamente, por entrar ilegalmente, corre o risco de os ver afectados, sendo tratado como um ser com menos direitos (ou mesmo um "sem direitos" ou uma pessoa cujo estatuto é o de uma "essencial sujeição" (JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, em A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros, p. 20), que os que entram, transitam e permanecem legalmente, nomeadamente, ao nível da liberdade de circulação, da escolha do trabalho (com a realização de actividades, inclusive, ao nível da exploração sexual, a que, no seu país ou no próprio país receptor e não fora a situação de ilegalidade, aliada à de carência económica, nunca se sujeitaria), da sua remuneração (com salários, muitas e muitas vezes, inferiores aos dos imigrantes legais e aos dos cidadãos dos países da entrada), das condições dele (v.g., em termos de segurança e higiene), do acesso à Justiça e à assistência médico-medicamentosa, etc..

Efectivamente, as pessoas objecto das acções relativas à imigração clandestina, bem como, diga-se, as que sejam vítimas do tráfico de pessoas, encontram-se, geralmente, numa situação de desfavorecimento ou vulnerabilidade (seja pela sua pobreza, seja por que desconhecem o país de destino ou não conhecem ninguém nele, seja porque desconhecem a língua deste, etc.) que as priva de direitos efectivos, entre eles os mais fundamentais (direito à escolha da actividade profissional, direito a não ser expulso, direito à integridade física e pessoal, etc.) e não apenas, portanto, os que contendam, de forma estrita, com a esfera laboral (direito de participação sindical, direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, com observância do princípio de que para salário igual trabalho igual, direito à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, direito à assistência e justa reparação, em caso de acidente de trabalho ou de doença profissional, etc.), sendo "fruto" apetecível, nomeadamente, na Europa, de um sector de economia paralela que, através de entidades patronais sem escrúpulos, se alimenta à custa, precisamente, da sua mão-de-obra, em aproveitamento da não responsabilização dos intervenientes, sobretudo, em virtude da referida vulnerabilidade.

Isto, se o auxílio não for mesmo praticado como forma de enriquecimento do agente ou, indo mais longe e como se refere nas aludidas Directiva e Decisão-Quadro, com o objectivo de alimentar redes de exploração de seres humanos, caso em que, para além dos referidos direitos, será já a sua própria dignidade como ser humano, o "seu valor intrínseco absoluto", a sua consideração (na definição kantiana) como pessoa, como "*homo noumenon*" e, por isso, como "sujeito de uma razão prático-moral", acima de todo e qualquer preço, que poderá ser afectada, já que para esses agentes ele não passa de uma "coisa", de mais um elemento para a obtenção do lucro, de um objecto idêntico ao de uma qualquer outra actividade a que, porventura, individualmente ou em organização criminosa se dediquem e, por isso mesmo, uma "mercadoria" comercializável com uma maior ou menor margem de ganho (cfr., neste sentido, MERCEDES GARCIA ARÁN, "Introducción", "Trata de personas…", pp. 5 e 27 e Ana Isabel Pérez Cepeda e Gonzalo Quintero Olivares, estudo cit. da mesma obra, p. 175; cfr. também VIRGINIA MAYORDOMO RODRIGO, "El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas", p. 27), não obstante o seu eventual consentimento, mesmo que a partir de uma vontade séria e esclarecida, aliás e de qualquer modo, juridicamente irrelevante (face a natureza indisponível do bem jurídico protegido: art. 38.º, n.º 1, do CP).

Como referem (para além dos autores que se acabaram de citar) Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, a dignidade humana não deve apenas ser vista como uma dimensão intrínseca e autónoma do ser humano ou como encerrando a liberdade de conformação e de orientação da vida segundo o projecto espiritual de cada pessoa, com a consequente reclamação da necessidade de prestações (públicas

ou privadas) enriquecedoras das irradiações físicas e espirituais da pessoa. Deve também ser encarada sob as relações de reconhecimento intersubjectivo, entendida como o direito a ser tratado como uma pessoa titular de direitos, exigindo, em consequência, a que seja compreendida e respeitada em termos de reciprocidade de uns com os outros (ob. cit , p. 199, VIII). Por isso, dizia Kant, "o homem não pode ser utilizado meramente como meio por outro homem (nem por outros, nem sequer por si mesmo), tendo de ser sempre utilizado como fim e nisto consiste, precisamente, a sua dignidade (a personalidade), em virtude da qual se eleva acima de todos os outros seres do mundo que não são homens e que, esses sim, são susceptíveis de uso, por conseguinte, eleva-se acima de todas as coisas" ("A Metafísica dos Costumes", edição da Fundação Calouste Gulbenkian, Setembro de 2005, p. 413).

E porque o auxílio à imigração ilegal não contende, pelo menos, hoje, apenas com o referido interesse colectivo de natureza socioeconómica, com a política migratória do Estado, mas, e acima de tudo, com os direitos fundamentais do próprio imigrante ilegal e a sua dignidade como ser humano enquanto bem individual (conforme, aliás, também resulta do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, quando, no seu art. 2.º, erige, como objectivo, não apenas o combate o tráfico ilícito de migrantes, mas também a protecção dos "direitos dos migrantes introduzidos clandestinamente" e, nos arts. 14.º e 16.º, incentiva os Estados Partes a assegurar ou reforçar, nomeadamente, através da cooperação entre eles, a formação especializada dos funcionários dos serviços de imigração e de outros funcionários competentes, para o tratamento humano e o respeito e a protecção dos direitos dos migrantes que forem vítimas do referido tráfico, adoptando as medidas legislativas adequadas a essa protecção, especialmente quanto ao direito à vida e ao direito a não ser submetido a tortura ou a outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes), é que os arts. 109.º e ss., em observância dos referidos instrumentos da União Europeia e ao invés do que acontecia no domínio da legislação anterior, não só o consideram como uma vítima (se estivesse apenas em causa na incriminação o controlo dos fluxos migratórios nunca o imigrante poderia ser considerado como tal, já que a vítima seria apenas, e sempre, o Estado), como lhe permitem (embora exigindo-lhe, previamente, a sua colaboração com a Justiça) a obtenção de autorização de residência, mesmo que "não preencha as condições" exigidas para ela (n.º 1 do art. 109.º), garantindo-lhe, simultaneamente e mesmo depois da concessão dela, os direitos à subsistência (arts. 112.º, n.º 1 e 113.º, n.º 1), à assistência médica (112.º, n.º 1 e 113.º, n.os. 1 e 2), psicológica (n.º 2 do art. 112.º e n.º 1 do art. 113.º), jurídica (n.os 4 do art. 112.º e 1 do art. 113.º) e social (n.º 2 do art. 113.º) e o acesso a programas oficiais existentes que lhe permitam retomar uma vida social normal, incluindo cursos destinados a melhorar as suas aptidões profissionais ou a preparar o seu regresso assistido ao país de origem (n.º 3 do art. 113.º; sobre o regime da concessão de autorização de residência, no caso de tráfico de pessoas, ver Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de Novembro, onde, para o efeito dessa concessão e por um lado, se dispensa mesmo a verificação, no caso concreto, da necessidade da sua permanência em território nacional no interesse das investigações e dos procedimentos judiciais e, por outro, se prescinde da vontade clara de colaboração com as autoridades na investigação e repressão do tráfico de pessoas ou do auxílio à imigração ilegal. definindo-se a vítima do primeiro destes crimes como sendo a pessoa em relação à qual hajam sido adquiridos indícios da prática do mesmo, por autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal, ou quando o coordenador do Plano Nacional contra o Tráfico

de Seres Humanos entender que existem motivos suficientemente ponderosos para crer que essa pessoa é vítima de tráfico).
Como se refere no preâmbulo do Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro (que regulamenta o Regime dos artigos em anotação), ao assegurar-se a concessão de autorização de residência a vítimas de tráfico de pessoas e de acções de auxílio à imigração ilegal que colaborem com a justiça está-se, em primeira linha, a proteger o "estrangeiro enquanto vítima de um crime grave de violação de direitos humanos". E, na nossa óptica, não só a contribuir para o cumprimento, por exemplo, do que resulta da Declaração e Programa de Acção de Viena, de 25 de Junho de 1993, quando, chamando à atenção para o carácter universal, indivisível e interdependente dos referidos direitos, atribui, precisamente, aos governos a responsabilidade primordial pela sua promoção e protecção como património inato de todos os seres humanos, mas também, e na mesma esteira, a sufragar a orientação do Secretário Geral das Nações Unidas, quando, chamando atenção para a imigração ilegal, precisamente, como um problema de direitos humanos e para a necessidade de o Estados deverem adoptar as medidas tendentes a evitá-la, salienta que a vulnerabilidade dos migrantes, em particular dos indocumentados, devido à sua situação precária na sociedade, dá lugar, em muitos casos, à negação dos seus direitos mais elementares, inclusive, dos económicos e sociais, importando, por isso, que as medidas que se adoptem para reprimir o tráfico ilícito de imigrantes também procurem defender todos esses direitos e, mais à frente, acrescenta que a conexão entre os direitos humanos e as formas abusivas de migração como o tráfico de pessoas e o tráfico ilícito de migrantes implica que estes fenómenos não sejam apenas encarados como um problema de migração de ordem pública ou de delinquência organizada, mas também, e de forma transcendente, atendendo aos direitos e às necessidades dos afectados (cfr. n.os 13, 15 e 25 da nota sobre "A introdução clandestina e o tráfico de pessoas e a protecção dos seus direitos humanos", E/CN.4/Sub.2/2001/26, de 5 de Julho de 2001)).
Há, pois, que concluir que, com o crime em análise, enquanto também manifestação inequívoca da soberania do Estado Português em garantir a efectividade da sua vontade em deixar entrar ou transitar pelo seu território apenas os estrangeiros que entender (conforme, aliás, reconhece, relativamente a qualquer Estado, a Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 48/102, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a prevenção do tráfico de pessoas indocumentadas, ao reafirmar que a soberania e a integridade territorial de todos os Estados devem ser respeitados, incluindo o seu direito a controlar as suas próprias fronteiras) e, desta forma, proteger interesses que se prendem salvaguardar com a definição e execução da política migratória, reforçou-se a natureza pessoal de um dos bens jurídicos que nele já poderiam ter-se em causa, retirando-se a primazia que essa protecção poderia envolver (n.º 1) e protegendo-se, em primeira via e mais acentuadamente, nos outros casos, os direitos do imigrante individualmente considerado, a par da sua própria dignidade como ser humano (n.º 2 e 3) e, só subsidiariamente, os interesses relativos ao controle dos fluxos migratórios, nomeadamente, do ponto de vista da segurança da sociedade.
Tanto assim que, ao reportar-se ao cidadão estrangeiro e, ao invés do que sucede, como iremos ver, no crime de angariação de mão-de-obra ilegal, a lei utiliza sempre o singular e o Preâmbulo do RJEPSAE não deixa igualmente de salientar a associação que este faz da política da integração da comunidade imigrante no nosso país à política de imigração, tendo em vista, nas suas palavras, o "factor de enriquecimento social e cultural de Portugal" (cfr. sua parte final; sobre as políticas de integração social, nomeadamente, do ponto de vista da promoção dos direitos

fundamentais dos imigrantes, ver, por exemplo, Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa à Agenda Comum para a Integração e Enquadramento para a integração de nacionais de países terceiros na União Europeia: Bruxelas, 1.9.2005 – COM(2005) 389 final).

6 Salvo nos casos do n.º 3, o crime, como resulta do que se acabou de expor, é de **perigo abstracto**, presumindo, pois, a lei (presunção *juris et de jure* como diz FRANCESCO ANTOLISEI, L'azione e l'evento nel reato, Milão, Istituto Editoriale Scientifico, 1928, p. 142) , que as situações de favorecimento ou facilitação da entrada, trânsito ou permanência (mas, quanto a esta, com o escopo indicado no artigo) ilegais do cidadão estrangeiro envolvem, só por si, o perigo de virem a ser violados os direitos fundamentais deste, senão mesmo a sua dignidade como ser humano, a par da política imigratória. Do que se segue que, não sendo o perigo elemento do tipo (antes, a *ratio legis* deste, o motivo que induz o legislador à sua criação: cfr. JOSÉ CEREZO MIR, Los delitos de peligro abstracto, em Revista de Derecho Penal, 2001, p. 727 e, entre outros, Ac. do TC n.º 246/96, publicado no Diário da República, II Série, de 8 de Maio de 1996), para que o agente possa ser condenado pelo crime nas modalidades do seus n.º 1 e 2 bastará "apenas" que seja provada uma das condutas descritas por estes números, independentemente de os referidos bens virem ou não a ser, efectivamente, colocados em perigo ou mesmo violados e de aquele prever ou não a possibilidade desta violação, já que, como se disse, há uma presunção irrebatível da existência daquele (cfr., ainda e entre outros, JOSÉ FRANCISCO FARIA E COSTA, O Perigo em Direito Penal, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 620 e ss., HANS-HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal – Parte General, 4.ª ed., Granada, 1993, pp. 238 e 239, RAMON RAGUÉS I VALLÉS, El dolo y su prueba en el proceso penal, pp. 484 e ss., DEL ROSAL, Tratado de Derecho Penal Español, Parte General, Vol. I, Madrid, 1969, p. 532 e Ac. do TC n.º 426/91, de 6 de Novembro de 1991, *in* D.R., II.ª Série, de 2 de Abril de 1992)

Nos casos do n.º 3 e porque já se exige algo mais, concretamente, um **resultado** (a provocação da ofensa grave à integridade física ou a morte), uma **aptidão** ou perigosidade (o transporte ou manutenção do cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes) ou a concreta ou **real verificação** do perigo (a colocação em perigo da vida), tanto este, como aqueles, não podem deixar de ser dados como verificados, não bastando, pois, para a condenação, a provação das condutas-base e, desta forma, a presunção de risco que, na nossa óptica, estas transportam e constituem o fundamento da sua punição, face às situações de alto risco em que, em muitas ocasiões, tem lugar o auxílio à imigração ilegal, sobretudo, na modalidade de entrada.

E porque estamos, consoante as circunstâncias, perante situações danosas ou de condutas em que, de acordo com as regras da experiência e num juízo "ex ante", o perigo surge como objectivamente imputável à sua realização, sendo, por isso, inerente à própria conduta (razão pela qual ela é perigosa e alguns falam de perigo abstracto-concreto, na medida em que, apesar de caber ao juiz, como sucede nos crimes de perigo concreto, constatar o perigo, não se lhe exige, agora à semelhança dos crimes de perigo abstracto, que tenha em conta todas as circunstâncias do caso concreto e a perigosidade, bastando, para a verificação do crime, que qualifique a conduta como perigosa) ou de verificação do perigo como "coisa em si", como próprio resultado da acção, é que a punição é bem mais grave. Efectivamente, quanto mais concreta for a perigosidade para os bens jurídicos individuais maior deve ser a gravidade da pena, por mais legítima ser a imposição desta.

7 A análise do **crime de auxílio à imigração** não pode dissociar-se da respeitante ao **tráfico de pessoas**, já que, muitas vezes, a "fronteira" entre os dois crimes não é tão nítida como pode pressupor-se. Não são raras as vezes em que o que, aparentemente, pode ser encarado como um "simples" auxílio à imigração legal nada mais é do que a fase inicial de um processo de tráfico da pessoa do estrangeiro que, livremente, consente em ser ajudado na entrada no país para o qual pretende deslocar-se e que, uma vez chegado a este país, vem a ser objecto de uma das condutas daquele crime.

De comum a ambos, para além de uma boa parte das suas causas (económicas: pobreza ou condições de vida consideradas fracas, para o próprio ou para a sua família, desemprego ou emprego mal remunerado, nomeadamente, em consequência do estrangulamento económico, inclusive, em países em vias de desenvolvimento, onde imperem reformas económicas aliadas e medidas de austeridade, etc.; sociais: analfabetismo ou educação mínima, discriminação, desintegração familiar, violência doméstica, desinserção social, ausência ou pouca eficácia dos respectivos sistemas, etc.; criminais: corrupção, deficiências jurídicas, facilidade da prática do crime, nomeadamente, pelas organizações criminosas e preservação dos elevados lucros que ele propicia; políticas: guerra, conflitos internos, perseguição por opiniões políticas, etc.), a deslocação de uma pessoa de um lugar para outro (embora na imigração sempre de um país para outro) e a diminuição ou supressão de direitos, nomeadamente, os laborais, com o inerente tratamento, muitas vezes, mas sempre no tráfico, da vítima como "coisa".

Este tratamento, com efeito, não se verifica apenas quando a pessoa é reduzida à situação de escravo (no sentido restrito de "estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou quaisquer atributos do direito de propriedade" e com ou sem consciência da situação: cfr. ADRIANO MOREIRA, "Convenção Suplementar relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfego de Escravos e das Instituições Análogas à Escravatura de 1956", "O Direito – Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública", ano 88.º, 1956, fasc. n.º 4, Outubro - Dezembro, págs. 298 e 299) ou vítima de uma das acções previstas pelo art. 160.º do Código Penal, mas também quando, relativamente a ela, seja praticada uma das condutas do crime de auxílio à imigração ilegal, com vista, por exemplo, à exploração da sua força de trabalho ou à sua exploração sexual fora do âmbito daquele artigo, já que, apesar do concurso da sua vontade, ela não deixa de ser tratada, conforme se viu, como uma verdadeira "mercadoria" (a da actividade impulsionadora do favorecimento ou facilitação da entrada, permanência ou trânsito ilegais) e de se submeter às condições de domínio de outrem (o respectivo agente), por vezes, mesmo com a retirada do seu passaporte (daí que previsão idêntica à do n.º 6 do citado art. 160.º devesse também existir para o crime de auxílio à imigração legal…).

Como refere MERCEDES GARCIA ARÉS, "hoy existen situaciones de dominio que se basan en el aprovechamiento o la utilización de situaciones de necesidad o inferioridad que sustituyen – en términos económicos y sociales – al antiguo ejercicio del derecho de propiedad", sendo a "situación de dominio (…) constituida por las siguientes notas: a) situación de necesidad como determinante de la decisión de trasladar-se que condiciona la decisión por la búsqueda de la supervivencia; b) dependencia absoluta respecto del transportista durante el traslado, sin posibilidad de incidir en la forma y condiciones del mismo incluso aunque resulten peligrosas o perjudiciales para la vida o la salud; c) – clandestinidad o ilegalidad del traslado" (cfr. "Trata de personas y explotación sexual", p. 17).

Daí que, abstraindo da escravatura, em que a perda de liberdade é absoluta, não repugne considerar o tráfico de pessoas e o auxílio à imigração ilegal como duas

faces da mesma moeda, como espécies de um único género (a consideração da pessoa como mercadoria), o que, aliás, a Directiva 2004/81/CE do Conselho, de 29 de Abril (relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes) e os arts. 109.º e ss. do RJEPSAE não deixam de evidenciar, enquanto colocam em paralelo os crimes, prevendo, nomeadamente, a protecção através de idênticos meios das vítimas de cada um deles.

De notar, porém, que a imigração clandestina (ou irregular) contém sempre um elemento transnacional que não tem, necessariamente, de verificar-se no crime de tráfico de pessoas.

O que a este deve estar sempre implícito, de acordo com a actual redacção do art. 160.º do CP, é a intenção de extrair os órgãos de uma pessoa ou de a explorar, seja sexualmente, seja pelo trabalho, independentemente da forma como ela chega ao local onde essas actividades venham a ter lugar. Pode, pois, dar-se o tráfico, apesar de as circunstâncias do cruzamento de fronteiras ou de residências serem legais.

A imigração ilegal, por sua vez, pode abranger outras situações que se verificam igualmente em relação ao tráfico, mas o seu âmbito de aplicação é mais lato e reporta-se, de uma forma geral, mais à entrada, permanência ou trânsito ilegais das pessoas.

Em poucas palavras, e sintetizando os seus principais traços distintivos:

a) o tráfico de pessoas pode dizer respeito a qualquer pessoa, inclusive, um nacional; o auxílio à imigração ilegal apenas pode verificar-se relativamente a um cidadão estrangeiro (a que seja aplicável o RJEPSAE e não esteja autorizado a entrar, transitar ou permanecer em território nacional);

b) a imigração, como resulta do exposto, implica sempre o cruzamento de fronteiras, revestindo, por isso, índole transnacional, o mesmo não sucedendo com o tráfico, que pode verificar-se dentro do País e, por isso, internamente;

c) no auxílio à imigração a decisão da vítima no sentido de sair do local onde se encontra é livre (no sentido, inclusive, de não viciada, por qualquer forma, pelo agente), ao invés do que sucede no tráfico, em que a vítima apenas se desloca por um dos meios previstos pelas diversas alíneas do n.º 1 do citado art. 160.º;

d) no primeiro, a pessoa paga um "preço" para satisfação dos custos da sua viagem e do benefício financeiro que o agente exige como contrapartida da sua introdução no país do destino, benefício que constitui, normalmente, o fim especial da sua acção; no segundo, não há, em regra, preço e, se há, o mesmo pode aumentar à chegada e levar a uma verdadeira servidão de dívidas (no sentido, nomeadamente, que lhe é dado pelo art. 1.º, al.ª a), da Convenção Suplementar relativa à Abolição da Escravatura, do Tráfego de Escravos e das Instituições Análogas à Escravatura de 1956), para além do fim da conduta ser, como se referiu, a exploração sexual, a exploração do trabalho ou a extracção de órgãos; e

e) no crime de auxílio, a actividade do agente termina com a chegada ao destino (ainda que, por vezes, o imigrante possa continuar sob o domínio dele, concretamente, quando tenha que pagar a sua deslocação e o preço exigido pelo "auxílio"); no tráfico, a consumação prolonga-se por tempo indeterminado, pelo menos, pelo tempo em que o traficante continue a considerar a vítima como uma mercadoria susceptível de proporcionar-lhe vantagens, sendo acompanhada, frequentemente, de maus tratos e da retirada dos documentos dela como forma de garantir a sua permanência, quando não ocorra mesmo a sua confinação aos locais da exploração sem que deles possa fugir.

Do ponto de vista da imigração ilegal e a partir da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (assinada em 15 de Dezembro de 2000 e abreviadamente conhecida por Convenção de Palermo, por ter sido subscrita pelos membros da ONU em Palermo, Itália), passou a distinguir-se entre o *smuggling of emigrants* (ou contrabando de pessoas), ou seja, o "mero" favorecimento ou facilitação da introdução ilegal do imigrante, mediante uma contrapartida financeira, e o *trafficking of human beings* e, dentro deste, entre:
– tráfico em sentido amplo: transferência da vítima através de processos violentos, fraudulentos ou abusivos e para fins, no país de destino, de exploração sexual ou do trabalho (ou extracção de órgãos); e
– tráfico em sentido estrito, em que a deslocação da vítima ocorre, de início, como se tratasse de uma "simples" imigração ilegal, mas em que, no país de destino e em virtude das dívidas contraídas, ela fica nas mãos do agente, sujeitando-se a condições de exploração por parte dele ou de terceiros (sobre a problemática da utilização, a este respeito, da terminologia inglesa e desenvolvidamente, SÓNIA PEREIRA, CATARINA SABINO E SUSANA MURTEIRA, "O Tráfico de Migrantes em Portugal: Perspectivas Sociológicas, Jurídicas e Políticas", Observatório da Imigração n.º 12, pp 24 e ss.; ver também Proposta de Plano Global de Luta contra a Imigração Ilegal e o Tráfico de Seres Humanos na União Europeia 2002/C142/02, publicada no JOCE C 142, de 14/6/2002, particularmente, os seus n.os 87 e 88)
A primeira situação (*smuggling of emigrants*) cabe, indiscutivelmente, no art. 183.º, n.º 1, do RJEPSAE; a segunda, no art. 160.º, n.º 1, do Código Penal; a terceira (tráfico em sentido estrito), tanto pode caber neste artigo, como no primeiro, embora aqui como uma das suas formas de execução mais graves, sobretudo, se envolver a exploração sexual.
Cabe no art. 160.º, sempre que o domínio do agente sobre a vítima seja o resultado de umas das acções nele previstas, nomeadamente, do aproveitamento da sua especial vulnerabilidade e, ainda que não tenha lugar através de uma dessas acções, mas estando em causa um menor, vise a exploração sexual, a exploração do trabalho ou a extracção de órgãos daquela.
Integrará o crime de auxílio à imigração ilegal quando, como é óbvio, não tenha em vista um destes fins e (ou) não seja o resultado de qualquer dos meios indicados.
Se as situações das als. a), b), c), d), primeira parte e e) do art. 160.º são de molde a levar a uma clara destrinça entre o tráfico de pessoas e o auxílio à imigração ilegal, na medida em que, verificando-se, este deve ter-se por excluído, o mesmo não sucede com a de **especial vulnerabilidade** cuja dificuldade de definição contribui, precisamente, para que os contornos entre as duas figuras não sejam, suficientemente, nítidos.
Efectivamente, se precisar o que é vulnerabilidade não é tarefa fácil, muito menos será esclarecer o que é "especialmente vulnerável" ou, como refere o art. 3.º, n.º 2, al.ª b), da Decisão-Quadro do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (2002/629/JAI), "particularmente vulnerável" (prefere também a expressão "especial vulnerabilidade" o art. 318.º, bis, do CP espanhol). A elucidá-lo a dessintonia de opiniões entre os Autores (cfr., por exemplo, EUCLIDES DÂMASO, "Tráfico de pessoas – Breve análise da situação em Portugal", "Revista do Ministério Público", n.º 91, pp. 81 e ss., "Tráfico de seres humanos – A lei portuguesa e a importância da cooperação internacional", p. 4 e "Tráfico de seres humanos: prevenção e repressão à luz do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo", pp. 6 e 7 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, "Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", Universidade Católica, 2008, p. 432, n.º 10),

bem como as orientações dos próprios sistemas legislativos (cfr., por exemplo, as resenhas efectuadas por Euclides Dâmaso, no último est. cit. e PEDRO VAZ PATTO, *in* "O crime de tráfico de pessoas no Código Penal revisto – Análise de algumas questões", Revista do CEJ, 1.º semestre de 2008, n.º 8 (especial), pp. 188 e ss; no nosso ordenamento jurídico e definindo o conceito para as situações que regulam, ver arts. 2.º, al.ª b), 5.º e 8.º, n.º 1 e n.º 2 do anexo da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, que apontam, exemplificativamente, como "vítimas especialmente vulneráveis" as "crianças e adolescentes, mulheres grávidas e pessoas idosas, doentes, deficientes e imigrantes" e Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro, enquanto define, no seu art. 2.º, al.ª b), como "vítima especialmente vulnerável" aquela "cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social").

Pensamos, porém, que, não sendo a expressão em causa alheia à referida Decisão-Quadro e ao Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, o seu sentido deve ser determinado em conformidade com o que resulta desses instrumentos.

No que concerne ao segundo deles, e não obstante as suas disposições, como as de qualquer outro diploma internacional que não consagre igualmente nenhum tipo penal, deverem apenas ser vistas como contendo, a nível criminal, recomendações dirigidas aos respectivos Estados subscritores, para que promulguem determinados preceitos penais (cfr., entre outros, HANS-HEINRICH JESCHECK, ob. cit., vol. I, p. 165), a verdade é que, tendo sido aprovado e ratificado pelo Estado Português, **goza de plena eficácia e primazia**, na ordem interna, relativamente à legislação ordinária [cfr. art. 8.º, n.º 2, da Constituição, bem como arts. 70.º, n.º 1, al.ª i) e 72.º, n.º 2, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei 28/82, de 15 de Novembro), enquanto destes resulta que, da desaplicação do preceito da legislação ordinária que com ele contenda, deve haver, sempre, recurso para o Tribunal Constitucional, por parte do Ministério Público; na doutrina, *vide*, entre outros, JOAQUIM GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, ob cit., p. 259 e ss, MARCELO REBELO DE SOUSA, Constituição da República Portuguesa Comentada, pp. 80 e s., e J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 6.ª edição, pp. 817 e ss.] e deve, por isso e pelo menos, ser tido em conta, sempre que possível, na interpretação do direito interno, em ordem a ser lograda a harmonia deste com ele e, desta forma, respeitado o princípio da unidade jurídica.

Relativamente à Decisão-Quadro, e muito embora também não se possa dizer que, com este acto comunitário ou quaisquer outros, concretamente, as Directivas, os Estados da União Europeia tenham perdido o seu poder legislativo penal (sobre a eficácia do direito comunitário, ver n.º 4 do indicado art. 8.º e Autores acima citados), em virtude de carecerem de efeito directo e terem apenas em vista a aproximação das respectivas legislações, vinculando-os quanto aos resultados a alcançar (cfr. arts. 34.º, n.º 2, al.ª b) e 249.º, do Tratado da União Europeia, versão consolidada), a falta desse efeito não constitui, porém, óbice a que eles devam ser utilizados como elementos hermenêuticos de categoria superior na determinação do alcance das disposições do direito interno que possam contender com os resultados por eles pretendidos e, muito menos, obsta a que os Estados estejam obrigados a assimilar (internamente) a protecção dos bens jurídicos definidos pela Comunidade.

Bem pelo contrário, e conforme já decidiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no seu Ac. de 16.06.2005, proferido no processo C-105/03, caso Maria Pupino, "o carácter vinculativo das decisões-quadro, formulado em termos idênticos aos do art. 249.º, terceiro parágrafo, CE, cria para as autoridades nacionais, e em especial para os órgãos jurisdicionais nacionais, uma obrigação de interpretação conforme do direito nacional".

E isto, saliente-se, não apenas nos casos em que os Estados-Membros tenham criado, no direito interno, uma lei para a aplicação de uma decisão-quadro (ou uma directiva), mas também mesmo que inexista esta lei, já que, seja qual for a situação, sobre o órgão jurisdicional nacional recai sempre a obrigação de "tomar em consideração as regras de direito nacional no seu todo e a interpretá-las, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da (…) decisão-quadro" (n.º 61, *in fine*, do Acórdão).

O **princípio da interpretação conforme ao Direito Comunitário** impõe-se, pois, em toda a sua plenitude, só não sendo de aplicar se conduzir a uma interpretação *contra-legem* do direito nacional ou a uma violação dos princípios gerais de direito, nomeadamente, os da certeza jurídica e de não retroactividade. Efectivamente, e como também expressamente afirma o referido Tribunal, sempre que a interpretação conforme conduza, independentemente da existência de uma lei que seja emanação da observância de uma decisão-quadro, a um agravamento da responsabilidade penal de quem a viole ou o direito nacional, considerado na sua totalidade, exclua aquela, cessa a aplicação do princípio. Mas se assim não sucede, não pode o órgão jurisdicional, seja ele qual for, deixar de observá-lo e, considerando o direito nacional no seu todo, se necessário, lograr "uma interpretação que não conduza a um resultado contrário ao pretendido pela decisão-quadro", à semelhança, diga-se, do que se deve entender quanto às directivas comunitárias (cfr., a este respeito, os Acórdãos citados sob o n.º 45 da aludida Decisão).

E isto, acrescentamos nós, com o recurso, se necessário, aos trabalhos que precederam os instrumentos em causa e a quaisquer outros (ainda que posteriores) que, tendo sido elaborados no seio das Instituições donde emanam, possam também ajudar a compreendê-los e, desta forma, a fazer igualmente "luz" sobre o alcance das disposições a interpretar.

Só, assim, na verdade, o carácter vinculativo dos resultados que eles pretendem alcançar poderá ser, efectivamente, garantido e, desta forma, respeitado.

Sob esta perspectiva, que não deixa de ser semelhante à que, acima, defendemos, quanto à eficácia do Direito Internacional não comunitário no plano interno, relevam, nomeadamente (abstraindo da Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, aberta à assinatura em Varsóvia, em 16 de Maio de 2005, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, D.R., I Série A, n.º 9, de 14 de Janeiro de 2008, por não conter qualquer contribuição para a clarificação do conceito):

– os trabalhos preparatórios do Protocolo relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças;

– o Relatório sobre a proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (COM (2000) 854 – C5 0042/2001 – 2001/0024(CNS);

– o Parecer do Comité das Regiões sobre a "Proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à luta contra o tráfico de seres humanos";

– a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 22/12/2000 (COM(2000) 854 final 2001/0024 (CNS)) respeitante à luta contra o tráfico de seres humanos e à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e às

Propostas de Decisão-Quadro do Conselho relativas à luta contra o tráfico de seres humanos e à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil;
– a Recomendação n.º R (2000) 11, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, de 19 de Maio de 2000 e o Memorando explicativo; e
– a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 18/10/2005 [COM(2005) 514 final], relativa à "luta contra o tráfico de seres humanos – uma abordagem integrada e propostas para um plano de acção".
Nos termos do art. 3.º, n.º 2, al.ª b), da Decisão-Quadro, "considerar-se-á que a vítima é particularmente vulnerável pelo menos quando não tenha atingido a idade da maioridade sexual nos termos do direito nacional e a infracção foi cometida para efeitos da exploração da prostituição de outrem, ou de outras formas de exploração sexual, incluindo a pornografia".
O art. 9.º do Protocolo, sob a epígrafe "prevenção do tráfico de pessoas", estabelece, por sua vez, no seu n.º 4 que "os Estados Partes deverão adoptar ou reforçar medidas, designadamente através da cooperação bilateral ou multilateral, para reduzir os factores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades, que tornam as pessoas, em especial as mulheres e as crianças, vulneráveis ao tráfico" e, desta forma, como que lança luz sobre o entendimento das palavras utilizadas pelo disposto no art. 3.º, al.ª a), quando nele se define esse tráfico, indicando-se como uma das suas formas de execução (vinculada) o "abuso da situação de vulnerabilidade" Segundo a nota 63 dos trabalhos preparatórios do mesmo Protocolo, trata-se de uma expressão com a qual se quis significar "qualquer situação em que a pessoa em causa não tem outra alternativa real e aceitável senão submeter-se ao abuso em questão" (cfr. "Guia Legislativo para a Implementação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças", versão 3, Março de 2003, p. 26).
Analisando, por outro lado, a Proposta de decisão-quadro do Conselho relativa à luta contra o tráfico de seres humanos (COM (2000) 854 – C5 0042/2001 – 2001/0024(CNS)) e as alterações que lhe foram introduzidas pelo Parlamento, constata-se que, para este, foram consideradas como causas importantes de vulnerabilidade, na medida em que levam à "queda na terrível armadilha do tráfico para fins de exploração sexual e laboral" e "restringem a liberdade de escolha", "a pobreza e a ausência de educação e de oportunidades profissionais" (cfr. alteração 3), para, mais à frente e depois de se considerar que "as mulheres e crianças são mais vulneráveis e, por isso, correm um maior risco de se tornarem vítimas deste tráfico" (alteração 7), se concretizar que "por "situação de vulnerabilidade das vítimas" deve entender-se todo o tipo de vulnerabilidade – quer seja psíquica, afectiva, social ou económica" (alterações 12 e 16), justificando-se, de seguida, que "trata-se do conjunto de situações de desamparo que podem levar um ser humano a aceitar a sua exploração" (alteração 18). Ainda segundo as mesmas alterações, o abuso da vulnerabilidade das pessoas abrange as situações de incapacidade física e mental ou a residência ilegal, entre outras (alteração 19).
Também a Recomendação n.º R (2000) 11 não deixa de referir-se, expressamente, ao sentido da expressão "abuso da situação de vulnerabilidade" como forma de execução do tráfico de pessoas, dizendo que ela "significa qualquer tipo vulnerabilidade, seja ela psicológica, afectiva, familiar, social ou económica. Numa palavra, cobre toda a situação problemática que pode levar um ser humano a aceitar a exploração sexual. As pessoas que abusam desta situação cometem uma violação flagrante dos direitos humanos e da dignidade e integridade da pessoa, a que não pode renunciar-se validamente".

Na justificação de motivos da Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, a que se reporta a Comunicação de 22/12/2000, são apontados como exemplos de abusos de vulnerabilidade os que digam respeito a pessoas não capazes física ou mentalmente, a pessoas que se encontrem ilegalmente no território de um Estado-Membro e não têm outra opção, ou a sua percepção é a de que não têm, senão submeter-se à exploração.
Por último, a Comunicação de 18/10/2005, depois de apelar para que a Comunidade financie "medidas destinadas a actuar sobre os factores que tornam certas pessoas vulneráveis ao tráfico", aponta como exemplo destes factores "a pobreza, o não acesso ao ensino básico e secundário, as desigualdades entre homens e mulheres, a recusa do direito à nacionalidade, a discriminação e a falta de acesso aos serviços e de igualdade de oportunidades" [o que, com palavras diferentes, a nova Proposta de Decisão-Quadro do Conselho, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas e à revogação da Decisão-Quadro 2002/629/JAI (Proposta COM/2009/136 FIN) não deixa de reafirmar quando, nos seus considerandos, refere que é "possível que a principal causa do tráfico de seres humanos resida na vulnerabilidade social", para, logo de seguida, acrescentar que "esta vulnerabilidade resulta de factores económicos e sociais como a pobreza, a discriminação de género, os conflitos armados, a violência doméstica, as famílias disfuncionais e circunstâncias pessoais como a idade, o estado de saúde ou deficiências"].
Feito este percurso e tendo em conta que o art. 160.º autonomiza, expressamente, o aproveitamento da incapacidade psíquica do da situação de especial vulnerabilidade, parece-nos que esta tanto pode ser psicológica, como afectiva, familiar, social ou económica, cobrindo, por isso, toda a situação problemática de âmbito não psíquico que possa levar um ser humano a aceitar a exploração sexual ou, atento os demais fins previstos por aquele artigo, a exploração do trabalho ou extracção de órgãos. O leque de situações por ela abrangidas é, pois, muito diverso, como diversos, quer do ponto de vista do grau, quer da natureza, são os factores dela determinantes comummente reconhecidos (incapacidade física, não integração social ou familiar, pobreza, falta de afectividade, ausência de educação ou de oportunidades profissionais, perseguição por motivos políticos, ameaça à vida, ainda que de familiares, abandono por parte destes, carácter ilegal da própria entrada ou permanência, desconhecimento da língua do país da prática do crime, ausência de contactos no mesmo, privação do passaporte, etc.), não sendo sequer de descurar, na sua determinação, que, como resulta do exposto (e é, por exemplo, reafirmado na recente Proposta de Resolução de 13 de Janeiro de 2010, sobre a prevenção do tráfico de seres humanos, apresentada na sequência das perguntas com pedido de resposta oral B7-0341/2009 e B7-0342/2009), existem seres potencialmente mais vulneráveis que outros como as mulheres, as crianças e os idosos (sobre outros sinais indicadores de uma situação de tráfico de pessoas, PEDRO VAZ PATTO, loc. cit., pp. 185 e ss.).
Não basta, porém, como resulta do citado art. 160.º e acima se referiu, que o agente se aproveite de uma qualquer situação de vulnerabilidade. É preciso ainda que a mesma situação seja especial, ou seja, particular, peculiar, relativa à pessoa da vítima, o que, atento o exposto e independentemente das características ou do tipo de pessoa, sucederá sempre que esta seja levada, por essa mesma situação (particular), a um estado de desamparo em que não tenha outra opção, ou pense que não tenha, senão aceitar a extracção dos seus órgãos ou a sua exploração sexual ou laboral, vindo, assim, o conceito a coincidir com o dos instrumentos internacionais acima referidos (adoptando o mesmo conceito, para colocar a tónica

na "autenticidade da liberdade de opção da pessoa", mas sem atribuir relevo ao adjectivo "especial", Pedro Vaz Patto, est. cit., pp. 181 e ss.).
Daí que, para que se possa considerá-la verificada, deva ser provado não só o aproveitamento, entendido como abuso da situação de necessidade ou fraqueza da vítima e, por isso, a consciência deste abuso através da sujeição dela a actos que não se sujeitaria se não houvesse essa situação de necessidade ou fraqueza, motivada por um dos referidos factores, mas também a dependência da mesma relativamente ao agente (cfr., neste sentido, VIRGINIA MAYORDOMO RODRIGO, ob. cit., pp. 160 e 161) .

8 Por força do art. 181.º, o conceito do elemento normativo **"ilegalidade"** deve ser colhido dele. A imigração, isto é, o acto de provir de um outro país para entrar, transitar ou permanecer em Portugal, ter-se-á, pois, por ilegal sempre que ele seja aplicável (*vide* as respectivas anotações).

9 O **n.º 1** do artigo em anotação é uma emanação do art. 1.º da Directiva 2002/90/CE, enquanto sob a al.ª a), determina aos Estados-Membros que adoptem sanções adequadas "contra quem auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a entrar ou a transitar através do território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros". Aí prevêem-se duas das três **modalidades da acção** que o crime pode revestir, concretamente, as de entrada e trânsito em território nacional e não já a de permanência.
O **n.º 2,** por sua vez, é o resultado da exigência da al.ª b) do mesmo artigo (1.º), já que, através dele, manda-se estender o referido dever "contra quem, com fins lucrativos, auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a permanecer no território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de residência de estrangeiros".
O **n.º 3,** finalmente, dá resposta ao art. 1.º, n.º 3 da Decisão-Quadro 002/946/JAI quando vincula os Estados-Membros a tomarem as medidas necessárias para assegurarem que as infracções da al.ª a) do n.º 1 do art. 1.º e, na medida aplicável, da al.ª a) do art. 2.º da Directiva 2002/90/CE, sempre que praticadas com fins lucrativos, sejam passíveis de pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a oito anos (ou, pelo menos, de duração máxima não inferior a seis anos, se esta moldura for absolutamente necessária à preservação da coerência do sistema penal nacional e essa pena seja uma das penas máximas mais severas existentes para crimes de gravidade comparável – n.º 3) quando delas resulte perigo para a vida das pessoas visadas. É também o corolário lógico do cumprimento da exigência do art. 6.º, n.º 3, do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, enquanto determina aos Estados Partes que considerem como circunstâncias agravantes das infracções relativas ao tráfico ilícito de imigrantes a colocação em perigo ou ameaça de pôr em perigo a vida e a segurança dos migrantes ou o seu tratamento desumano ou degradante.

10 Qualquer das modalidades de acção pode ter lugar por "favorecimento" ou "facilitação".
Por **favorecimento**, deve entender-se qualquer acção que se traduza em possibilitar, servir, dar ajuda, apoio ou protecção à entrada, permanência ou trânsito do cidadão estrangeiro.
Assim, haverá favorecimento, por exemplo, se o agente actua como intermediário ou, sabendo que no navio que pilota se esconderam pessoas que pretendem imigrar, deixa-as manter escondidas e entrar no país de destino.
Favorece igualmente a imigração ilegal aquele que expede documentação falsa, sejam passaportes, autorizações de residência ou contratos de trabalho, bem como

o que envia ou fornece convites como anfitrião ou em nome de uma empresa ou entidade para participação em encontros, conferências ou manifestações de carácter comercial, industrial ou profissional, para que o imigrante ilegal possa, mais facilmente, justificar a entrada no país de destino (ver Anexo I do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Março de 2006), o que lhe entrega um veículo para o mesmo fim, quem recebe em casa um imigrante entrado ilegalmente ou, tendo entrado de forma regular, passou a estar em situação ilegal, quem oferece trabalho a estrangeiros entrados ilegalmente, aquele que, sabendo da entrada ilegal do estrangeiro, o transporta ao local onde ele pretende trabalhar, o que lhe dá alojamento ou emprego (Ac. da RC, de 11/10/2006, proc. n.º 8/00.6ZRCBR.C1), o que proporciona ao estrangeiro a importância necessária para que ele se faça passar por turista (ver arts. 11.º do RJEPSAE e 2.º da Portaria n.º 1563/2007, de 11 de Dezembro), quando a vontade do mesmo é entrar em Portugal para trabalhar etc., etc.

Facilitar a entrada, a permanência ou o trânsito é remover obstáculos ou facultar meios para que sejam possíveis estes actos, intervir para que eles tenham lugar ou sejam conseguidos, inclusive, através da cooperação na realização ou execução deles – o que, no fundo, vem a traduzir-se numa modalidade de favorecimento (em sentido amplo).

Facilita essas acções quem, por exemplo, transporta o cidadão estrangeiro, colabora através da vigilância da fronteira, indicando a melhor altura para a entrada ou paga àquele as viagens, ainda que mais tarde venha a descontar o respectivo preço nas remunerações que, porventura, venha a pagar-lhe ou que ele venha a auferir de terceiro ou o que falsifica um passaporte, entregando-o ao estrangeiro para entrar em Portugal.

A propósito do chamado lenocínio acessório, escreveu JOSÉ BELEZA DOS SANTOS: "Favorecer ou facilitar a corrupção é ajudá-la, torná-la possível ou mais fácil; é fornecer àquele que exercerá uma acção corruptora ou àquele que deve ser corrompido os meios para a corrupção se exerça ou agrave, ou contribuir para que ela se alcance; é remover os obstáculos que a impedem ou contribuir para que se removam.

"Favorece ou facilita a corrupção, ou a prostituição, sem as produzir, diz Manzini, aquele que, agindo ou abstendo-se, dá lugar a condições ou ocasiões favoráveis à continuação ou intensificação do estado imoral que se trata" ("O crime de Lenocínio", "Revista de Legislação e Jurisprudência", 60.º, 2334, pp. 130 e 131).

Estamos, pois, perante condutas que tanto podem ser levadas a cabo por acção, como por omissão, posto que, neste caso, se possa dizer que o "facere" que não devia ter sido omitido e que traduz o favorecimento ou a facilitação era o adequado a evitar a entrada, o trânsito ou a permanência ilegais (cfr. art. 10.º, n.º 1, do CP e GABRIEL CATARINO, est. cit., p. 23) e, quando a infracção exige para o seu preenchimento um dos resultados do n.º 3 do artigo em anotação, se, para além disso, o agente tinha o dever jurídico de, pessoalmente, evitar a ofensa grave à integridade física ou a morte (n.º 2 do indicado art. 10.º).

É indiferente que o favorecimento ou a facilitação tenham lugar directa ou indirectamente. A lei não distingue, nem há razões para distinguir. Antes, refere expressamente que essas acções podem ter lugar **"por qualquer forma"**. E também é indiferente que elas ocorram no início ou durante o desenvolvimento do processo de imigração. O que importa é que digam respeito a situações de entrada, permanência ou trânsito que se processem em condições de ilegalidade e, pelo menos, nos casos de permanência, adiante-se, desde já, que às mesmas acções presida o "animus lucrandi". Efectivamente, enquanto o favorecimento e a facilitação da entrada e

do trânsito ilegais são puníveis, independentemente de o agente agir com intenção lucrativa, determinando a existência desta intenção, por força do n.º 2 do artigo em anotação, o agravamento da pena aplicável (a qual passa, então, de prisão até 3 anos para prisão de 1 a 4 anos), a permanência, como se verifica do cotejo deste número com o anterior, apenas é punível se o agente agir com a mesma intenção.
Há **facilitação ou favorecimento directos** quando o agente realiza qualquer das acções juridicamente relevantes. Segundo a Organização Internacional de Migrações, "traficante (directo) pode ser quem recruta, quem organiza a viagem ou trata dos documentos, quem acolhe a pessoa à sua chegada, quem ameaça, paga e obriga a trabalhar. Alguns têm agências de viagens ou de empregos. Também podem ser familiares ou amigos. Não existe um perfil dos traficantes pois muitos tipos de pessoas procuram ganhar dinheiro à custa do sofrimento e exploração de outros".
A **facilitação ou o favorecimento** serão **indirectos** quando haja uma participação em cadeia, isto é, quando se leva a cabo um acto no processo de imigração ilegal a que, por sua vez, também se segue uma participação no facto típico: pede-se a intervenção de outro para que ajude ou incite outrem a ajudar numa determinada fase ou em determinadas fases do processo de imigração ilegal, conhecendo-se os intervenientes. Devem, por isso, ser punidos como autores o angariador do cidadão estrangeiro, o que se limita, depois, a contactá-lo, indicando-lhe as condições de entrada, trânsito ou permanência, o que o introduz no território nacional, recorrendo à intervenção de um terceiro, este próprio se souber que a sua intervenção é um patamar do processo do auxílio à imigração ilegal, etc.
As modalidades de acção, seja através do favorecimento, seja da facilitação, podem **11**
ser agravadas, tendo as duas primeiras das mesmas modalidades mais uma agravação que a terceira (permanência), já que o crime base nesta exige, como se viu, para o seu preenchimento o elemento que é exigido como primeira agravante daquelas, ou seja, a "intenção lucrativa".
Deixando a análise deste elemento para a do tipo subjectivo, vejamos cada uma das formas agravadas do n.º 3:
Transportar ou manter o cidadão estrangeiro em condições desumanas é proporcionar-lhe condições inapropriadas a todo e qualquer ser humano, tratá-lo como uma coisa, como um simples meio para a obtenção de um fim, negando-lhe, desta forma, a sua integridade moral, o seu direito a ser tratado como pessoa, o que, normalmente, anda associado à sua sujeição a sofrimentos físicos ou psíquicos de especial intensidade (por exemplo, transportá-lo em condições gélidas ou de elevadíssimo calor; transportar várias pessoas num compartimento com largura insuficiente, de modo que uns fiquem em cima dos outros) ou à falta de compaixão (Acs. do STJ, de 28.05.1998, proc. n.º 209/98, *in* "Sumários dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça", Bol. 21.º e 30-04-2008, proc. n.º 07P3331).
O fundamento desta agravante, bem como das demais da do número onde se encontra inserida, está no maior desvalor da acção que, consoante as circunstâncias, lesa ou põe em perigo bens jurídicos essenciais como a dignidade humana, a vida ou a integridade física.
Transportar ou mantê-lo em condições degradantes, por sua vez, é fazê-lo em circunstância humilhantes ou de aviltamento, que o rebaixam, desprezam, o reduzem à situação de um mero objecto, de tal forma sem o mínimo de condições que o cidadão comum não as aceitaria (v.g., transportá-lo em condições de higiene e saúde deploráveis, nomeadamente, juntamente com animais, levá-lo a pernoitar numa pocilga). Aqui o que está em causa é mais a humilhação, o rebaixamento e não tanto o sofrimento físico.

Estamos perante situações que, evidenciando, ao nível da intensidade, diferentes consequências físicas ou psíquicas ou ambas em conjunto para os cidadãos estrangeiros transportados ou mantidos sob o domínio do agente durante o processo de imigração ilegal, inclusive, até à sua chegada ao local de destino (e, portanto, mesmo já depois da passagem da fronteira, nos casos de entrada) ou durante a sua permanência ou trânsito, só as circunstâncias do caso concreto, até pelo carácter genérico e aberto das fórmulas utilizadas, poderão explicitar, podendo até serem, embora não seja necessário, o corolário de um tratamento cruel e, por isso, (também) de uma especial perversidade ou censurabilidade por parte do agente. Têm como expoente máximo a tortura, ou seja (e adaptando a definição dos arts. 1.º da Declaração sobre a Protecção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de Dezembro de 1975: Resolução 3452 (XXX)) e da Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes), a inflicção intencional a uma pessoa de dores ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, no transporte ou manutenção do imigrante sob o domínio do agente.

Muito sinteticamente, pode dizer-se que, de um ponto de vista material, traduzem-se na realização, seja por acção, seja por omissão, de um ou mais actos, de maior ou menor gravidade, que podendo provocar na vítima dor ou sofrimento (físico ou psíquico) elevados, a reduzem a um mero objecto; psicologicamente, na vontade para esta redução, de negar-lhe a sua dignidade como pessoa e, portanto, daquele valor supremo que, escapando aos limites do Direito, informa e constitui o suporte de todos os direitos que, precisamente, por ela ser uma pessoa, lhe devem ser reconhecidos. A esse respeito, aponta GABRIEL CATARINO, como exemplos, "fazer viajar um grupo de 50 pessoas, onde se incluam mulheres e crianças, num batel com reduzidas dimensões, com dois ou três bidões de 20 litros de água para uma viagem que se prevê de dois dias e com previsão de travessia de um mar encapelado e tormentoso", o transporte "realizado em um veículo de transportes internacionais em que os imigrantes são encerrados na galera do veículo, sem condições de ventilação, sem água, ou com uma ração de água mínima e insuficiente para suprir as necessidades de hidratação de um ser humano que tenha que ser sujeito a temperaturas elevadas e sem oxigenação adequada e sem espaço de movimentação" ou manutenção dos "imigrantes, homens, mulheres e crianças (….) numa cave sem ventilação natural, com espaço reduzido e sem espaços que permitam a conservação de um mínimo de intimidade, asseio e higiene" (cfr. est. cit., p. 25).

De salientar ainda que, embora reportando-se a emprego em actividade desumana, a propósito do crime de maus tratos (art. 152.º-A, n.º 1, al.ª b)) e a tratamento degradante ou desumano, no crime de sequestro (art. 158.º, n.º 2, al.ª b)) e no de tortura e outros tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos (art. 243.º), o CP não deixa de utilizar o mesmo tipo de conceito (indeterminado), definindo, relativamente a este último crime, a tortura, tratamento cruel, degradante ou desumano como o acto que consista em infligir sofrimento físico ou psicológico agudo, cansaço físico ou psicológico grave ou no emprego de produtos químicos, drogas ou outros meios, naturais ou artificiais (cfr. n.º 3 do art. 243.º).

Como acima se disse, ao exigir para a agravação da pena que os factos previstos nos n.os 1 e 2 sejam praticados **pondo em perigo a vida do cidadão estrangeiro** o legislador está, inequivocamente, a apontar para um perigo concreto do bem "vida", isto é, a exigir para a verificação da agravação que daquela prática resulte um

perigo real, efectivo para o mesmo bem, que se prove que a vida foi, efectivamente, colocada em risco durante o processo de entrada, trânsito ou permanência ilegais. Não exige, pois, que seja das condições de "transporte" ou "manutenção" que resulte o perigo, mas dos próprios factos típicos ("se os factos forem praticados…"), o que não significa, como é óbvio, que essas condições sejam irrelevantes para a sua provação.

É que, tanto a entrada ou o trânsito, como a permanência, podem ter na sua base meios de tal modo perigosos que o perigo efectivo se deve ter por conatural aos mesmos, absolutamente inseparável deles, de tal forma que a sua utilização nunca pode deixar de envolver a sua concreta verificação e, desta forma, ter-se o mesmo como concretamente verificado e demonstrado por essa utilização (cfr., neste sentido, ESTHER MORÓN LERMA, MERCEDES GARCÍA ARÁN e CARLOS JIMÉNEZ VILLAREJO, "Los tipos penales acogedores del tráfico de personas", *in* "Trata de personas y explotación sexual", p. 235).

Ninguém, certamente, contestará que fornecer a dez cidadãos estrangeiros um pequeno barco que deveria ser utilizado, no máximo, apenas por quatro pessoas, para que eles possam sair de Marrocos e entrarem em Portugal por uma das zonas costeiras constitui um efectivo perigo para a vida deles. Do mesmo modo, também ninguém, certamente, deixará de considerar verificado e demonstrado o perigo para a vida do cidadão estrangeiro que é transportado numa camioneta em condições de humidade e com temperaturas negativas.

O que, como é óbvio, não significa que o agente possa ser punido pela efectiva verificação do perigo em toda e qualquer situação. Antes, e tão-só, por aquela em que o perigo, que se deve ter como provado, possa ser imputável, por qualquer forma, à sua conduta. Do que se segue que se o estrangeiro já se desloca, por sua livre iniciativa, em direcção a Portugal em condições de efectivo perigo para a sua vida e o agente, que não tem a possibilidade de o eliminar ou, pelo menos, diminuir, limita-se apenas a favorecer a sua entrada, indicando-lhe, por exemplo, o lugar por onde pode entrar em território nacional sem poder vir a ser detectado, parece-nos que a agravante já não se verificará e aquele deverá apenas ser punido, consoante as circunstâncias, ou pelo n.º 1 ou pelo n.º 2.

Com o que se quer dizer, por outro lado, que, não se estando perante uma realidade material directamente perceptível dos sentidos, o perigo deve ser inferido a partir não apenas dos dados e circunstâncias fácticas que forem concomitantes ao transporte ou à manutenção do cidadão estrangeiro, mas também dos próprios meios utilizados para o efeito, efectuando-se a análise através de um processo intelectivo valorativo dos mesmos meios.

O conceito de **ofensa grave à integridade física** é dado pelo art. 144.º do CP. Conforme resulta deste artigo, a ofensa ao corpo ou à saúde deve ter-se por grave, sempre que:

– prive a vítima de importante órgão ou membro, ou a desfigure grave e permanentemente;

– lhe tire ou lhe afecte, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem;

– lhe provoque doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou

– lhe provoque perigo para a vida (sobre estas consequências e entre outros, PAULO RIBEIRO DE FARIA, "Comentário Conimbricense do Código Penal", Parte Especial, tomo I, pp. 223 e ss.).

Sobre a **morte**, nomeadamente, quando ela se verifica, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Comentário…", tomo I, pp. 9 e ss.

12 Para a prática do crime no caso do n.º 1 basta o **dolo genérico** em qualquer das suas modalidades, inclusive, o dolo eventual (o que sucederá, por exemplo, se aquele que fornece transporte ao cidadão estrangeiro prevê a possibilidade de ele não estar autorizado a entrar em Portugal, considerando-a indiferente para a realização da acção). O dolo há-de, por isso, compreender, em todas as situações em que a conduta do agente deva ser subsumível ao tipo do artigo, a representação, por parte dele, de que o cidadão estrangeiro não reúne os requisitos necessários para entrar ou transitar pelo território nacional e a vontade de favorecer ou facilitar estas acções, não sendo, pois, necessário, como acima se referiu (anotação 6), que abranja o perigo para os bens jurídicos protegidos.

No caso do n.º 2, e para além dos elementos anteriores, reportados, inclusive, à permanência, já não é possível o dolo eventual, na medida em que se exige ainda um **dolo específico**: a intenção lucrativa. Age com *animus lucrandi* aquele que procede com o objectivo de obter uma vantagem, uma contraprestação, um beneficio ou ganho na realização de qualquer das actividades previstas pelo tipo, seja ele financeiro ou económico (v.g., quando o agente transporta gratuitamente um dos cidadãos estrangeiros que o ajuda a manter a ordem no seio dos demais), seja outro de natureza material (ver art. 3.º, al.ª a), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea).

O *animus* é que há-de, pois, impelir ao favorecimento ou facilitação à entrada, trânsito ou permanência ilegais, os quais devem surgir, assim, como um efeito dele, de tal sorte que, faltando, o agente quedará impune, nos casos de permanência ou apenas poderá ser punido nos termos do n.º 1, nos casos de entrada ou trânsito.

Nestes casos, porém, dificilmente não se verificará, pois, exceptuando os casos de o agente agir por razões humanitárias (ver art. 1.º, al.ª b), da Directiva 2002/90/CE) ou por entre ele e o cidadão estrangeiro existirem laços familiares estreitos, não cabe na natureza das coisas a hipótese de alguém correr o risco de praticar o crime só por intuito de liberalidade ou solidariedade.

Com o que se quer dizer que, salvo nos casos de permanência, o *animus lucri faciendi* deve, em princípio, ter-se implícito nas outras duas condutas tipificadas e que, por isso, só muito raramente elas não serão punidas nos termos do n.º 2.

O que, obviamente, não significa que não deva ser provado. O que se quer dizer é que, normalmente, ele deve ter-se por verificado, de acordo com as regras da experiência, regras que, por outro lado, devem levar a que não se aceite, sem mais, a explicação do imigrante no sentido da desculpabilização do agente, já que elas também nos ensinam que ele, na maioria dos casos, encontra-se numa situação de dependência relativamente àquele, pelo menos, em termos psicológicos, encarando-o como o único meio de dar satisfação às suas futuras expectativas de entrada para uma melhor vida.

Daí que, existindo indícios que apontem para uma situação contrária à por ele declarada, possam – e devam – as suas declarações não ser atendidas.

São indícios do *animus lucrandi*, por exemplo, a circunstância de ser encontrada em poder do agente uma quantidade relevante de dinheiro sem que ele dê uma explicação verosímil para a sua posse ou de ele se fazer acompanhar de documentação que revele que o transporte não foi fortuito ou espontâneo, mas preparado, nomeadamente, com a determinação dos seus custos.

É irrelevante que o agente venha a obter, efectivamente, o benefício e, muito mais, que ele seja obtido directa ou indirectamente (ver, mais uma vez, o citado art. 3.º, al.ª a)), como sucede no caso de ele conceder emprego sem o respectivo visto a

cidadão estrangeiro em situação irregular, vindo, assim, a não formalizar contrato de trabalho e a não pagar contribuições para a segurança social ou seguro de acidentes de trabalho (ver Ac. do STJ, de 12/11/2009, proc. n.º 200/06.0JAPTM.E1.S1).
O que interessa é que aja com a intenção de o obter e, embora a lei não o diga expressamente (ao invés do que sucede no art. 185.º, n.º 1), ainda que para terceiro. Efectivamente, do ponto de vista da censurabilidade da conduta não há diferença nenhuma.
Como se refere, no parecer do Parlamento Europeu de 25 de Outubro de 2000, sobre a proposta da República Francesa que veio a dar origem à referida Directiva 2002/90/CE, as vantagens pecuniárias directas são as que derivam da participação na infracção e na sua organização directa; as indirectas, são as que decorrem do lucro extraído do trabalho dos imigrantes (cfr. justificação da modificação do art. 1.º – alteração 8).
Diga-se, por outro lado, que estamos perante um elemento (subjectivo do tipo) que, a par do carácter organizado do crime, está cada vez mais presente no processo de imigração ilegal. Como se refere na Proposta de Plano Global de Luta contra a Imigração Ilegal e o Tráfico de Seres Humanos na União Europeia (2002/C 142/02), no JOCE C142//23, de 14/06/2002, é cada vez maior a actuação de intermediários, os quais fornecem não só transporte e alojamento temporário, como "documentos de viagem, informações, vigilância ou outros serviços de apoio desde os países de origem, passando pelos países de trânsito, até ao país de destino. O preço dos serviços é muito elevado, de modo que muitos imigrantes clandestinos têm de lhes pagar uma grande parte ou mesmo todas as suas economias. Nos casos em que os imigrantes clandestinos não podem pagar, tornam-se frequentemente vítimas dos passadores, que os exploram para obterem o "reembolso" das despesas da viagem".
Face à circunstância de o auxílio à permanência ilegal só ser punido quando ao mesmo presida um intuito lucrativo e à própria natureza de perigo do crime em análise pode dizer-se, com toda a justeza, que a essência dele não está, *in casu* e verdadeiramente, no carácter ilegal dos respectivos actos, mas, no caso de entrada ou trânsito, na situação de vulnerabilidade que conduz à ilegalidade deles e, porque a permanência é, já por isso, também uma situação de vulnerabilidade para os direitos do cidadão estrangeiro, no aproveitamento, para a obtenção de um benefício económico ou financeiro, da mesma situação, a qual, como é óbvio, pode, em determinados casos e como se viu, levar a que, em vez desse crime, se esteja perante um crime de tráfico de pessoas.
O fundamento da agravante, alicerçado nos instrumentos internacionais acima referidos, está, por isso, não tanto (ou tão só) na maior reprovabilidade da conduta de quem, com o crime, pretende obter um interesse financeiro ou económico, mas, e como acima se disse, na defesa do pessoa do estrangeiro, com tudo o que esta defesa envolve ao nível dos seus direitos fundamentais e da sua própria dignidade como ser humano.
Verificando-se qualquer das **agravantes** do n.º 3 do artigo, não pode o dolo ou, pelo menos, a negligência, relativamente a qualquer dos resultados da parte final (cfr. art. 18.º do CP), deixar de abranger a circunstância ou circunstâncias que estiverem em causa, dolo que pode ser, inclusive, o eventual mesmo no crime de perigo concreto aí previsto, contanto, como é óbvio, o agente preveja a verificação do perigo para a vida do cidadão estrangeiro, nomeadamente, pelas condições que lhe faculta para o transporte e se conforme com essa verificação. Se o dolo não é de perigo, mas de dano, então, a agravante já não se verificará, devendo o agente ser punido, consoante as circunstâncias, pelo crime de homicídio consumado ou

tentado, sem prejuízo igualmente da sua punição nos termos dos n.os 1, 2 ou 4 do artigo em análise.

Se a ofensa grave à integridade física ou a morte, por sua vez, não forem imputáveis a título de negligência e a situação não for, por isso, de preterintencionalidade (citado art. 18.º), mas de a vontade ser (também) especialmente dirigida à produção de qualquer desses resultados, estar-se-á, igualmente, perante um concurso aparente de infracções, a resolver nos termos a referir (anotação 20).

13 Para que o crime se tenha por consumado não basta que o agente favoreça ou facilite a entrada, o trânsito ou permanência ilegais do cidadão estrangeiro. Conforme resulta, de forma clara, do artigo, é ainda necessário que este venha a entrar, a transitar ou permanecer "em território nacional" (ver anotação ao art. 181.º), pelo que, enquanto não se verificar a entrada, o trânsito ou a permanência nele, estar-se-á perante uma forma imperfeita da sua execução. Ao invés do que acontece com o crime de angariação de mão-de-obra ilegal, o crime é, pois, material ou de resultado e não formal ou de mera actividade.

Mas, à semelhança do que sucede com aquele, já é de **consumação antecipada**, não sendo, por isso, necessário, nos casos de entrada, que o imigrante chegue, porventura, ao local, previamente, acordado com o agente, nos de trânsito, que o país de destino não o aceite e, nos de permanência, que sejam, efectivamente, criadas as condições para ela.

Logo que verificados a penetração no território nacional, o trânsito e a permanência ilegais (neste último caso com intuito lucrativo), em consequência do favorecimento ou facilitação, o crime deve ter-se por consumado, independentemente da verificação de qualquer outro elemento do desvalor da conduta.

É aí, com efeito, que se verifica a ocorrência do comportamento relativamente ao qual a lei considera conatural o perigo que pretende evitar, pelo que o tribunal para dele conhecer e o Ministério Público competente para realizar o inquérito serão, sempre, o do lugar dessas acções (arts. 19.º, n.º 1 e 264.º, n.º 1, do CPP) e não já o da consumação material (cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Processual Penal, Coimbra Editora, 1974, p. 342 e sobre os crimes de consumação antecipada e entre outros, HANS HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal – Parte General, edição da Bosch, Casa Editorial, vol. II, p. 705 e JORGE CARLOS DE ALMEIDA FONSECA, Crimes de Empreendimento e Tentativa, Coimbra, Almedina, pp. 159 e 160).

Isto, quando, como é óbvio, o crime revista a natureza de crime de perigo abstracto ou abstracto-concreto, pois sendo ele de perigo concreto (o que sucede, como se viu, quando o n.º 3 prevê a colocação em perigo da vida do cidadão estrangeiro) ou erigindo, para a sua verificação, um específico resultado (provocação de ofensa grave à integridade física ou da morte – mesmo número) já serão, respectivamente, o da verificação concreta, efectiva, do perigo, no primeiro caso (citados arts. 19.º, n.º 1 e 264.º, n.º 1) e, no segundo, o da provocação da ofensa grave (mesmos arts.) ou o da área em que o agente actuou para provocar a morte ou, em caso de omissão, deveria ter actuado para evitá-la (arts. 19.º, n.º 2 e 264.º, n.º 1).

14 Conforme resulta do art. 1.º, n.º 2, da Directiva 2002/90/CE do Conselho, aos Estados-Membros é dada a possibilidade de não imporem sanções em relação aos comportamentos referidos na al.ª a) do n.º 1 do mesmo artigo, ou seja, aos que a nossa lei pune como auxílio à imigração ilegal, sempre que o objectivo deles seja a prestação de assistência humanitária aos imigrantes ilegais. Em sentido idêntico, o art. 3.º, al.ª a), do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, ao exigir, para o preenchimento do conceito de tráfico ilícito de imigrantes, que o agente aja com o objectivo de obter, directa ou indirectamente,

um beneficio financeiro ou outro benefício material, afasta, expressamente, do conceito todos os comportamentos a que não presida tal fim, nomeadamente, os levados a cabo por organizações movidas por fins humanitários, altruístas ou similares que não deixem de auxiliar à entrada, trânsito ou permanência ilegais.
O legislador português, porém, dentro da liberdade que lhe foi deixada pela referida Directiva e pelo art. 6.º, n.º 4, do Protocolo, não foi tão longe e, para além de nada dizer a esse respeito, também nada refere quando entre o agente e o cidadão estrangeiro existam laços familiares estreitos [na esteira, aliás, do que se estabelece na Decisão-Quadro 2002/946/JAI, a qual, neste aspecto, não acolheu a Proposta da República Francesa que lhe deu origem (publicada no J.O. 253, de 4.9.2000, pp. 6 e ss.), que estabelecia, no seu art. 3.º, que cada Estado-Membro podia excluir da responsabilidade criminal as pessoas que, relativamente ao beneficiado do auxílio, fossem ascendentes, descendentes irmãos ou cônjuges destes, bem como o cônjuge ou a pessoa com quem aquele vivesse notoriamente em situação marital].
Apesar disto, não custa pressupor, quanto à primeira situação, que tenha sido ela a estar na base da exigência do *animus lucrandi*, afastando, consequentemente, a punição do favorecimento ou facilitação à permanência por inexistência dessa intenção, para se ir de encontro, assim, ao disposto nos arts. 1.º, al.ª b), da Directiva 2002/90/CE e 6.º, n.º 1, do Protocolo.
Daí que, agindo o agente, nos casos de entrada ou trânsito (ilegais), em virtude dos referidos laços ou razões, de duas, uma:
– ou o faz para afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do cidadão estrangeiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente, caso em que a sua conduta se deve ter como não juridicamente censurável, por actuar em **estado de necessidade desculpante** (art. 35.º, n.º 1, do CP; no mesmo sentido, GABRIEL CATARINO, loc. cit.);
– ou actua fora desse circunstancialismo e, então, nem por isso deixará de cometer o crime de auxílio à imigração ilegal (do n.º 1), embora, como é óbvio, o motivo do seu comportamento deva reflectir-se na determinação da pena, que pode (deve) mesmo ser especialmente atenuada, ponderando o disposto no art. 72.º, n.º 1, do CP e o carácter meramente exemplificativo das circunstâncias que enumera sob o n.º 2.
No art. 12.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho (que estabelece as condições e **15**
procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.os 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro) prevê-se uma **causa de exclusão de ilicitude** (art.. 31.º, n.º 1, do CP, com referência ao n.º 2 do citado art. 12.º), a par de uma **causa de suspensão do procedimento criminal** (n.º 1 do mesmo art. 12.º). Estamos, porém, perante causas só aplicáveis ao crime de auxílio à imigração ilegal ou ao seu processo se o cidadão estrangeiro for, simultaneamente, autor do mesmo crime (o que sucederá sempre que o pratique para lograr a entrada de um familiar que o acompanha) e autor de um pedido de asilo. É que, conforme do n.º 1 do indicado artigo, essa aplicação só tem lugar se o processo criminal por entrada irregular em território nacional tiver sido instaurado contra o requerente de asilo e membros da família que o acompanhem.
A punição da **tentativa**, independentemente da pena prevista para a modalidade **16**
da acção, é uma exigência do art. 2.º, al.ª c), da referida Directiva, bem como do art. 6.º, n.º 2, al.ª a), do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Cabe tentativa

(n.º 4 do artigo) quando, apesar dos actos de facilitação ou favorecimento, a entrada, a permanência ou o trânsito ilegais não venham a ter lugar.

17 **Sujeito activo** do crime pode ser qualquer pessoa, inclusive, um estrangeiro ilegal (que auxilia outro), um estrangeiro a que não se aplique o RJEPSAE ou uma pessoa colectiva ou entidade equiparada (quanto a estas, art. 182.º, n.º 1).

Seu **sujeito passivo**, e ao invés do que sucede, como se viu, no crime de tráfico de pessoas, já não pode ser qualquer pessoa, nem tão-pouco qualquer estrangeiro, isto é, uma pessoa que não tenha nacionalidade portuguesa. Para além do Estado (português) e da própria Comunidade Europeia (ver *infra*), antes, e tão-só, o estrangeiro a quem o RJEPSAE seja aplicável, ou seja e como se viu em anotação ao art. 181.º, o que não seja nacional de um Estado-Membro da União Europeia, de um Estado Parte no Espaço Económico Europeu ou de um Estado terceiro com o qual a Comunidade Europeia tenha concluído um acordo de livre circulação de pessoas, nem nacional de Estado terceiro que resida em território nacional na qualidade de refugiado, beneficiário de protecção subsidiária ao abrigo das disposições reguladoras do asilo ou beneficiários de protecção temporária ou de Estado terceiro membro da família de cidadão português ou de cidadão estrangeiro abrangido pelas situações anteriores. Estão, assim, excluídos como sujeitos passivos dos crimes do RJEPSAE todos os cidadãos desses Estados, bem como, e obviamente, o que está autorizado a entrar, transitar ou permanecer em território nacional. E isto, diga-se, sem que se deva falar de desigualdade em termos de protecção, pois, para além de as situações não serem comparáveis, ter-se-ia de chegar à conclusão de que o mais desprotegido é que teria de suportar as consequências derivadas da sua própria desprotecção, o que, "a todas as luzes", se deveria ter por inadmissível. A consideração da Comunidade Europeia como sujeito passivo resulta não só da circunstância de a União ser a única responsável pelo desenvolvimento de uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, mas também por ser interessada, dentro do desenvolvimento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, no combate à imigração ilegal, quer através da sua repressão, quer pela sua prevenção (cfr. arts. 3.º, n.º 2, da versão consolidada do Tratado da União Europeia e 4.º, n.º 2, al.ª j), 67.º e ss. e 77.º e ss. da versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, ambas com as alterações introduzidas pelo Tratado de Lisboa, assinado em 13 de Dezembro de 2007 e entrado em vigor em 1 de Dezembro de 2009; ver também, entre outros documentos, as Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de Outubro de 1999). Importa recordar que a sua responsabilidade (e não a de cada um dos Estados-Membros), pela definição das políticas de imigração e asilo, remonta a 1 de Maio de 1999, data da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, com a anexação de um novo título IV ao Tratado constitutivo da Comunidade Europeia sobre "vistos, asilo, imigração e outras políticas relacionadas com a livre circulação de pessoas", embora já com o Tratado de Maastricht de 1992, tenha erigido, pelo art. 2.º, como objectivos da manutenção e desenvolvimento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, as medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa e prevenção e combate à criminalidade.

O que entra ou permanece ilegalmente no País é, consoante as circunstâncias, detido, para ser expulso (art. 134.º, n.º 1, al.ª a), do RJEPSAE) ou notificado para abandonar voluntariamente o território nacional no prazo que lhe for fixado (art. 138.º), sem prejuízo da aplicação das sanções de natureza contra-ordenacional a que houver lugar por força do disposto nos arts. 192.º e ss.

A não criminalização do comportamento dos imigrantes auxiliados a entrar, a transitar ou permanecer ilegalmente em Portugal é um imperativo do art. 5.º do Protocolo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.
Só não haverá lugar à expulsão ou à notificação para abandono voluntário se, como resulta do art. 135.º, o estrangeiro:
– tiver nascido em território português e aqui residir;
– tiver efectivamente a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa a residir em Portugal;
– tiver filhos menores, nacionais de Estado terceiro, residentes em território português, sobre os quais exerça efectivamente o poder paternal e a quem assegure o sustento e a educação; ou
– se encontrar em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui resida.
Também não haverá expulsão se ele estiver em condições de vir a obter a autorização de residência a que alude o art. 109.º e esta lhe vier a ser concedida, o que sucederá se:
– for necessário prorrogar a sua permanência em território nacional, tendo em conta o interesse que a sua presença representa para as investigações e procedimentos judiciais;
– se mostrar vontade clara em colaborar com as autoridades na investigação e repressão do tráfico de pessoas ou do auxílio à imigração ilegal; e
– tiver rompido as relações que tinha com os presumíveis autores da infracção.
Face às referidas medidas de expulsão ou abandono voluntário e, desta forma, à impossibilidade de o cidadão estrangeiro poder vir a ser ouvido em julgamento, não podem o Ministério Público e o juiz de instrução, consoante os casos, deixar de curar da utilidade da sua inquirição no decurso do inquérito ou da instrução, a fim de o depoimento poder vir, se necessário, a ser tomado em conta naquele (arts. 271.º, n.º 1 e 294.º do CPP).
Uma outra questão que se pode levantar relativamente ao cidadão estrangeiro que é auxiliado a entrar ou a permanecer ilegalmente em Portugal é a de saber se, não podendo ser recusada a sua entrada, ainda que não reúna os requisitos legais para esta (ver art. 36.º e anotação 5 ao art. 181.º) ou expulso, em virtude de uma das situações acima referidas (e previstas pelo art. 135.º, de conteúdo semelhante àquele), o autor da ajuda comete, ainda assim, o crime de auxílio à imigração ilegal.
A resposta afigura-se-nos afirmativa, já que o agente nem por isso deixa de estar a auxiliar uma pessoa que não pode entrar, transitar ou permanecer legalmente em Portugal.

18 Apesar de a acção típica dever traduzir-se em facilitar ou favorecer o auxílio à imigração ilegal (de forma directa ou indirecta) e estar-se, por isso, perante formas de **participação** que, normalmente, surgiriam como acessórias, nem por isso deixa de ser admissível a cumplicidade, aliás, uma exigência dos arts. 2.º, al.ª b), da Directiva 2002/90/CE e 6.º, n.º 2, al.ª b), do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, a par da autoria mediata.

19 Aceitando-se que, com o crime em análise, protegem-se, prevalentemente, bens jurídicos pessoais, o **número de crimes** deve sempre ser determinado pelo número de cidadãos estrangeiros cuja entrada, trânsito ou permanência ilegais o agente favoreça ou facilite, só se podendo falar, consequentemente, da possibilidade de crime continuado relativamente ao mesmo cidadão que seja vítima do crime (cfr. art. 30.º, n.os 1 e 2, do Cód. Penal e EDUARDO HENRIQUES DA SILVA CORREIA, Unidade e Pluralidade de Infracções, Coimbra, Almedina, pp. 36, 37, 122, 123 e 255 e ss., donde também resulta a inutilidade do actual n.º 3 daquele artigo).

Em sentido diferente, embora no domínio da legislação anterior (e, portanto, antes das apontadas alterações que, na nossa perspectiva e como se viu, vieram acentuar o carácter individual do bem jurídico protegido, exigindo o tratamento de cada imigrante ilegalmente introduzido como uma vítima), ver Ac. da RP de 15.02.2006, proc. 0545889 (posteriormente objecto de recurso de inconstitucionalidade, indeferido pelo Ac. do TC n.º 396/2007), onde, apesar da entrada ilegal, espaçada no tempo, de várias cidadãs brasileiras, se considerou existente uma só resolução (sobre a influência do tempo na renovação ou não do processo deliberativo, EDUARDO CORREIA, ob cit., pág. 97), condenando-se, em consequência, o agente num só crime.

20 Como resulta do exposto, entre as normas dos crimes de tráfico de pessoas e auxílio à imigração ilegal pode haver um **concurso** aparente, concurso este a resolver de acordo com o princípio da consunção. Daí que nada impeça que, a não provar-se o primeiro crime (v.g., por não utilização de um dos meios previstos pelo n.º 1 do art. 160.º do Cód. Penal), o agente possa ser punido, no mesmo processo, pelo segundo (em virtude de, por exemplo, a vítima ter entrado ilegalmente no país aquando do seu transporte do estrangeiro). Efectivamente, e então, estar-se-á apenas perante uma alteração da qualificação jurídica, a determinar a observância do art. 358.º, n.º 3, do Cód. Proc. Penal (neste sentido, e embora seguindo caminho diferente, por ver o crime de auxílio como alternativo do de tráfico face aos tipos de bens jurídicos considerados como protegidos por cada um deles e, por isso, defendendo para a situação o mesmo tipo de tratamento que a lei dá para a referida alteração, PAULO DE SOUSA MENDES, loc. cit., pp. 8 e 9).

O concurso já será, porém, real se o tráfico for posterior ao auxílio à imigração ilegal, independentemente de o agente de ambos os crimes ser ou não o mesmo. Efectivo é também, por exemplo, o concurso entre os crimes de auxílio à imigração ilegal e lenocínio, extorsão (como forma de obtenção do pagamento exigido pela introdução ilegal do estrangeiro no País), tráfico ilícito de estupefacientes ou contrabando (quando, para além de auxiliar o imigrante a entrar ilegalmente, o agente faz com que ele traga consigo estupefacientes proibidos ou mercadorias que não são apresentadas 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), face à diversidade de bens jurídicos protegidos.

O mesmo se diga relativamente ao crime de associação criminosa para o auxílio à imigração ilegal (cfr. citado Ac. do STJ, de 3/12/2009) ou aos crimes de burla ou falsificação de documentos que, porventura, sejam praticados como instrumentos do mesmo auxílio.

Porém, em relação aos crimes de ofensas à integridade física simples e por negligência o concurso já pode ser aparente ou efectivo, consoante o crime de auxílio à imigração ilegal seja o do n.º 3 ou os dos n.os 1 e 2, respectivamente.

Assim, se as condições desumanas envolverem (consoante as situações, como é evidente) a factualidade desses crimes, haverá concurso aparente entre o crime de auxílio à imigração ilegal do n.º 3 e os mesmos crimes, com a consequente exclusão destes por aquele, em virtude do princípio da consunção. Se não envolverem, o concurso já será, obviamente, efectivo.

Também efectivo será o concurso entre os crimes de auxílio à imigração ilegal dos n.os 1 ou 2 (penas de prisão até 3 anos ou de 1 a 4 anos) e o de homicídio na forma tentada (pena de prisão de 2 anos, 4 meses e 24 dias a 16 anos e 8 meses ou 1 ano, 7 meses e 6 dias a 10 anos e 8 meses, consoante seja agravado ou simples) se o agente tiver querido causar a morte da vítima, mas, e apesar da colocação em

perigo da sua vida, aquela não vier a verificar-se por circunstâncias independentes da sua vontade.
O mesmo sucederá se a produção da ofensa grave à integridade física ou da morte forem abrangidas pelo seu dolo, pois, neste caso e para além, consoante as circunstâncias do crime de auxílio à imigração ilegal do n.º 1 ou do n.º 2 do artigo em análise, ele deverá ser punido pelos crimes de homicídio do art. 131.º do CP (e, eventualmente, art. 132.º) ou de ofensa à integridade física grave do art. 144.º do mesmo Código (pena de prisão de 2 a 10 anos).
Isto, se este não for tentado, pois, se for (pena de prisão de 1 mês a 6 anos e 8 meses), já o concurso será aparente, uma vez que a protecção ficará esgotada com o crime de auxílio à imigração ilegal agravado do n.º 3 (prisão de 2 a 8 anos)
Se os resultados (morte ou ofensa grave à integridade física) forem imputados a título de negligência, então, já se estará perante um concurso aparente, com exclusão dos crimes de ofensas corporais graves por negligência (art. 148.º, n.os 1 e 3, do CP) ou de homicídio por negligência (art. 137.º) pelo de auxílio à imigração ilegal do art. 183.º, n.º 3, do RJEPSAE.
Do que segue que, nos casos de ofensa à integridade física grave ou de morte, apenas haverá lugar à punição com base na agravante daquele número se esses resultados forem imputados ao agente a título de negligência. No caso de produção de perigo para a vida, ele só será punido pela mesma agravante se à respectiva conduta não estiver subjacente a intenção de matar a vítima.
De outro modo, a punição seria menos severa, o que careceria de toda e qualquer justificação político-criminal (cfr., embora a propósito da agravação do art. 177.º do CP, MARIA JOÃO ANTUNES, "Comentário…", pp. 589 e 590).
Também aparente ou efectivo, finalmente, será, consoante as circunstâncias, o concurso entre os crimes de auxílio à imigração ilegal e angariação de mão de obra ilegal (cfr. notas ao artigo que prevê este segundo crime, para além da nota 5.3.7. ao art. 181.º) **21**
No que concerne às **penas** previstas e relativamente ao regime anterior, nota-se que se mantiveram as mesmas molduras. **22**
Face ao disposto na primeira parte do n.º 5 do artigo em análise e no art. 90.º-B), n.os 1 e 2, do CP, as penas de multa aplicáveis às pessoas colectivas e entidades equiparadas são determinadas tendo como referência a pena de prisão prevista para as pessoas singulares, correspondendo a cada mês de prisão 10 dias de multa.
No caso de tentativa, devem ser reduzidas nos termos dos arts. 23.º, n.º 2 e 73.º, n.º 1, al.ª c), do mesmo Código.
Em virtude da pena de multa aplicável ao crime de auxílio à imigração ilegal dos n.os 2 e 3 do artigo em análise (240 a 960 dias e 480 a 1920 dias, respectivamente), não é possível, salvo atenuação especial, a sua substituição pela de admoestação, embora já seja no caso de tentativa (art. 90.º-C), do CP)
A medida de interdição do exercício da actividade vem prevista nos arts. 90.º-A, n.º 2, al.ª b) e 90.º-J) do CP, este apenas aplicável no que concerne aos seus n.os 2 e 3, já que, conforme resulta do n.º 5 do artigo em análise, ela tem, para os crimes de auxílio à imigração ilegal, a duração mínima de um ano e a máxima de 5 anos e não, portanto, a prevista pelo n.º 1 daquele artigo, ou seja, a de três meses a cinco anos.
Desde que consumado, pode o tribunal determinar a interdição definitiva do exercício da actividade em que tenha sido praticado, estando em causa qualquer das suas formas (simples ou agravadas). Sendo tentado, só pode fazê-lo relativamente às formas agravadas (cfr. n.º 2 do art. 90.º-A)

23 Por força do disposto n.º 2 do art. 182.º, à responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas acresce a do pagamento, como obrigação solidária com as pessoas singulares comparticipantes da infracção e nos termos da lei civil (arts. 512.º e ss. do CC), das multas, coimas, indemnizações e outras prestações em que aquelas forem condenadas.
Qualquer dessas pessoas, por outro lado, é também civilmente responsável e solidariamente com os agentes individuais pelo pagamento de todas as despesas inerentes à estada e afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos (n.º 3 do mesmo artigo; ver as respectivas anotações).

Artigo 184.º
Associação de auxílio à imigração ilegal

1. Quem fundar grupo, organização ou associação cuja actividade seja dirigida à prática dos crimes previstos no artigo anterior é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.

2. Incorre na mesma pena quem fizer parte de tais grupos, organizações ou associações.

3. Quem chefiar os grupos, organizações ou associações mencionados no n.º 1 é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

4. A tentativa é punível.

5. As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do artigo 182.º são as de multa, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, ou de interdição do exercício da actividade de um a cinco anos.

Sumário da anotação:
As fontes (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotação 3)
O tipo objectivo (anotação 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
Os sujeitos activo e passivo (anotação 6)
A comparticipação (anotações 7 a 9)
A consumação (anotação 10)
O concurso (anotação 11)
A pena (anotação 12)
A responsabilidade civil (anotação 13)

1 A **fonte** imediata deste artigo é o disposto no art. 135.º do anterior RJEPSAE, na sua última redacção. Até 3 de Março de 2003, data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 34/2003, apenas foi punida a associação de auxílio à imigração ilegal relativa à entrada irregular de cidadão estrangeiro, com ou sem intenção lucrativa. Com particular importância, como iremos ver, para a interpretação do artigo em causa, mas a nível internacional, devem ainda considerar-se:
– a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo) e o Protocolo a ela Adicional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004 e ratificados pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de Abril: D.R. n.º 79, Série I-A , 02-04-2004);
– a Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares;
– a Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de Dezembro de 1998, adoptada pelo Conselho com base no art. K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à incriminação da

participação numa organização criminosa nos Estados-Membros da União Europeia, publicada no J.O.C.E., L 351/1, de 29-12-2008 e, entretanto, revogada e substituída pela Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008 relativa à luta contra a criminalidade organizada e para cuja acepção de participação em organização criminosa, nos actos adoptados em aplicação do título VI do Tratado da União Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia [hoje, e em virtude das alterações do Tratado de Lisboa, capítulos 4 (arts. 82.º e ss.) e 5 (arts. 87.º e ss.) do Título V (O espaço de liberdade, segurança e justiça) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, versão consolidada], devem considerar-se efectuadas as referências à participação em organização criminosa na acepção daquela Acção Comum, por força do art. 9.º da mesma Decisão, publicada no J.O.C.E., L 351/1, de 29-12-2008; e

– a Convenção, fundamentada igualmente no art. K.3 do Tratado da União Europeia, Que Cria Um Serviço Europeu de Polícia (Convenção EUROPOL), assinada em Bruxelas, em 26 de Julho de 1995 (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 60/97, de 19 de Setembro e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 64/97, do mesmo dia).

Relativamente à Convenção de Palermo, a observar no combate à introdução clandestina de migrantes, por força do art. 1.º, n.os 2 e 3, do referido Protocolo e com a qual este deve ser interpretado, tendo em conta a sua finalidade (arts. 1.º, n.º 1, do mesmo Protocolo e 37.º, n.º 4, da Convenção), é de salientar, sobretudo:

– por um lado, a consideração de "**grupo criminoso organizado**" como um grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material (art. 2.º, al.ª a)) e,

– por outro, a definição de "**grupo estruturado**" (tão-só) como "um grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida" (al.ª c) do mesmo artigo).

Não obstante tanto a Convenção, como o Protocolo, terem o seu campo de aplicação limitado às infracções que comportem elementos de transnacionalidade (como sucede, sempre, com o tráfico ilícito de imigrantes: cfr. anotação 7 ao art. 183.º) e criminalidade organizada (arts. 3.º e 4.º, respectivamente), nenhum destes elementos deve, porém, ser tido em conta para efeitos de tipificação no direito interno das condutas por eles apontadas e, desta forma, obstar a que estas sejam criminalizadas, por cada um dos Estados Parte, apenas com a observância das definições enunciadas (art. 34.º, n.º 2, da Convenção, "*ex vi*" art. 1.º, n.º 2 e 3, do Protocolo).

De salientar ainda a recomendação que, na Convenção, se faz no sentido da criminalização da participação num grupo criminoso organizado (art. 5.º), nomeadamente, por parte de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a actividade criminosa geral de um grupo desse tipo, ou a sua intenção de cometer as infracções por ela previstas (e pelos seus Protocolos), participar activamente em actividades ilícitas do mesmo grupo ou em outras actividades dele, sabendo que a sua participação contribuirá para essa finalidade (art. 5.º, n.º 1, al.ª a), ii)), bem como das condutas de todos aqueles que organizem, dirijam, ajudem, incitem, facilitem ou aconselhem a prática de um dos referidos crimes (al.ª b) do mesmo número), podendo o conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo entre os participantes inferir-se de circunstâncias factuais objectivas (n.º 2 também do art. 5.º).

Através da Decisão-Quadro 2002/946/JAI – expressamente invocada pelo art. 2.º, n.º 2, al.ª a), do RJEPSAE como um dos actos comunitários que, através dele, importava consolidar na nossa ordem jurídica e, pelo preâmbulo do Decreto-Lei n.º 34/2003, como um dos mesmos actos que importava transpor – determinou-se, como se referiu em anotação ao artigo anterior (anotação 3.2), que os Estados-Membros, com o objectivo de combaterem, nomeadamente, o auxílio à imigração ilegal como prática de redes de exploração de seres humanos, previssem, nas suas legislações, penas privativas de liberdade de duração máxima não inferior a oito anos (ou de duração máxima não inferior a seis anos, desde que esta pena seja uma das penas máximas mais severas existentes para crimes de gravidade comparável e a sua previsão seja absolutamente necessária à preservação da coerência do sistema penal nacional), inclusive, para os casos de autoria mediata, quando o auxílio intencional à entrada ou trânsito no seu território por pessoa de país terceiro fosse efectuado com fins lucrativos e no âmbito da actividade de uma organização criminosa na acepção da Acção Comum 98/733/JAI (cfr. art. 1.º, n.º 3, primeiro parágrafo)

No que concerne a esta Acção Comum, importa reter, principalmente, o conceito de "**organização criminosa**" definido pelo seu art. 1.º como "a associação estruturada de duas ou mais pessoas (em vez de "duas ou mais pessoas" leia-se "mais de duas pessoas", pois há erro de tradução na versão portuguesa, como se verifica da leitura das versões, por exemplo, inglesa, francesa e espanhola) que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas".

Não dizia, porém, o que deveria entender-se por "associação estruturada", mas, no segundo parágrafo do mesmo artigo, acrescentava que, nas aludidas infracções, deviam também incluir-se as mencionadas no art. 2.º da Convenção Europol e no anexo desta Convenção que fossem passíveis de sanções com o aludido mínimo.

Ao nível da participação, era de salientar o preceituado no art. 2.º, enquanto impunha aos Estados-Membros a punição, com sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasoras dos comportamentos tanto de quem tivesse acordado com duas ou mais pessoas levar a cabo uma actividade que, se executada, constituísse a prática das mencionadas infracções, mesmo que não participasse na execução da actividade propriamente dita, como de quem, intencionalmente e com conhecimento quer dos objectivos e da actividade criminosa geral da organização, quer da intenção desta de cometer aquelas, participasse activamente, nas actividades dela, mesmo que não interviesse na prática propriamente dita das mesmas infracções ou ainda que estas não fossem efectivamente cometidas, mas, aqui, sem prejuízo dos princípios gerais de direito penal do Estado-Membro.

Determinava-se, finalmente, a criminalização das condutas de quem participasse noutras actividades da organização com pleno conhecimento de que a sua participação contribuía para a concretização das actividades criminosas dela relativas às aludidas infracções (última parte da al.ª a) do n.º 1 do citado art. 2.º).

Em consequência da remissão da Acção Comum para a Convenção Europol, não se pode deixar de ter igualmente em conta o anexo desta Convenção, concretamente, quando aponta como uma das outras formas graves de criminalidade internacional previstas no n.º 2 do seu art. 2.º as "**redes de imigração clandestina**", definindo-as como "as acções destinadas a facilitar deliberadamente, com fins lucrativos,

a entrada, a estada ou o emprego no território dos Estados membros da União Europeia, contrariamente às regulamentações e condições neles aplicáveis".

2 Muito embora não se possa considerar como uma fonte do actual artigo e não tenha ainda sido transposta para o direito interno, importa também ter em conta a Decisão-Quadro 2008/841/JAI, que, com o objectivo, nomeadamente, de "reforçar a cooperação entre os Estados-Membros da União Europeia para fazer face à perigosidade e à proliferação das organizações criminosas e dar uma resposta eficaz às expectativas dos cidadãos e às necessidades dos próprios Estados-Membros", tendo, simultaneamente, em conta "o importante trabalho realizado pelas organizações internacionais, em especial a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional (a "Convenção de Palermo")" (considerandos 1 e 6), revogou, como se disse, a Acção Comum 98/733/JAI.

Isto, ponderando que, como se viu na anotação 7.2. ao art. 183.º, o "princípio da interpretação conforme ao Direito Comunitário" não deixa de ser válido mesmo para os casos em que este ainda não tenha sido transposto.

Assim, e depois de, no n.º 1 do seu art. 1.º, se definir, em termos substancialmente idênticos aos da mesma Acção, como "**organização criminosa**" a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material", no n.º 2 do mesmo artigo já se clarifica (em termos semelhantes aos da Convenção e aos do art. 2.º n.º 1, segunda parte, da Decisão-Quadro do Conselho de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo) o que deve entender-se por "**associação estruturada**", definindo-se esta como "uma associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infracção e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura sofisticada".

Sob o art. 2.º, por sua vez, manda-se punir "a conduta de quem, intencionalmente e com conhecimento quer dos objectivos e da actividade geral da organização criminosa, quer da intenção da organização de cometer a infracção (…), participar activamente na actividade criminosa da organização, incluindo o fornecimento de informações ou de meios materiais, o recrutamento de novos participantes e qualquer forma de financiamento das actividades da organização, tendo conhecimento de que tal participação contribuirá para a realização da actividade criminosa da organização", bem como a daquele que "tiver estabelecido, com uma ou mais pessoas, um acordo destinado a levar a cabo uma actividade que, se for executada, configura a prática" da infracção-fim, ainda "que essa pessoa não participe na execução efectiva de tal actividade".

Diga-se, finalmente, que a Decisão-Quadro, agora, em causa encontra-se em vigor desde 11 de Novembro de 2008 (art. 12.º), com o dever, para os Estados-Membros, de tomarem as medidas necessárias para o cumprimento das suas disposições até 11 de Maio de 2010 (art. 10.º).

3 Como resulta, claramente, da epígrafe do artigo e do disposto no seu n.º 1 apenas se punem os grupos, organizações ou associações que tenham por fim o auxílio à imigração ilegal, em qualquer das modalidades que o crime do art. 183.º pode revestir (favorecimento ou facilitação à entrada ou trânsito ilegais, com ou sem intenção lucrativa ou permanência ilegal, com esta intenção) e com ou sem qualquer das agravantes nele previstas.

O tipo está, pois, estritamente, ligado ao desse ilícito e já não, por exemplo, ao do art. 186.º, que prevê o de casamento por conveniência.

Daí que os **bens jurídicos protegidos** pelo crime do art. 183.º se reflictam no dele e, deste modo, levem ao entendimento de que, para além do interesse social comum a todos os crimes de associação criminosa de evitar o perigo para a paz pública (e, portanto, para aquele estado de tranquilidade que nenhuma sociedade pode dispensar e procura salvaguardar enquanto exige a todos, inclusive, às pessoas colectivas, que observem as normas que regem a convivência social) que advém do crime organizado, com a consequente garantia não só da soberania do Estado, mas também da segurança interna e, desta forma, como contributo para a efectiva existência de um espaço (comum) de liberdade, segurança e justiça [espaço que, como se viu em anotação ao artigo anterior, a política migratória da Comunidade não é alheia, antes o erigindo como um dos seus principais fins (cfr., por exemplo, do Título V da versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) e em que liberdade não significa apenas livre circulação de pessoas através das fronteiras internas, mas também "liberdade de viver num ambiente em que a lei é respeitada, na certeza de que as autoridades públicas envidam todos os esforços, individualmente ou em conjunto (no plano nacional, da União e para além dela) para combater e refrear aqueles que pretendem negar ou abusar desta liberdade" (cfr. Plano de Acção do Conselho e da Comissão sobre a melhor Forma de Aplicar as Disposições do Tratado de Amesterdão relativas à Criação de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça aprovado em 3 de Dezembro de 1998, Parte I, n.º 6)], com o presente crime de associação criminosa pretende-se igualmente obviar aquele outro perigo que, também em abstracto, mas, agora, para o grupo dos cidadãos estrangeiros, resulta da actuação de grupos criminosos tendo por objecto a imigração ilegal (ainda que como actividade secundária), nomeadamente, ao nível da sua liberdade, segurança e dignidade, obstando-se, por via disso, ao aproveitamento das situações que os levam a imigrar e que, neste aproveitamento, os mesmos sejam tratados, sobretudo, como simples mercadoria, com evidente lesão da sua integridade moral e da sua dignidade como seres humanos, face, entre outros factores, às precaríssimas condições de abandono e sujeição que a irregularidade ou a clandestinidade lhes pode provocar.

A sua natureza de crime contra a paz pública e de perigo abstracto, mas especial relativamente ao do art. 299.º do CP, é, pois, patente, facto a que não será alheio o cumprimento das exigências internacionais, expressas através dos citados instrumentos, os quais, como irá ver, se reflectem ainda em outros aspectos da sua interpretação.

4 De acordo com a descrição típica, são **elementos constitutivos objectivos** do crime de associação de auxílio à imigração ilegal:

a) - a existência de um grupo, organização ou associação (elemento organizativo) e b) - o fim de favorecimento ou facilitação, por parte do mesmo grupo, organização ou associação, da entrada ou trânsito ilegais de cidadãos estrangeiros (nos termos definidos a propósito do art. 183.º), com ou sem intenção lucrativa ou, existindo esta intenção, da permanência ilegal dos mesmos cidadãos (elemento finalístico).

Estamos perante um grupo, organização ou associação destinados à realização desse fim sempre que diversas pessoas se unam para o concretizarem.

Se, para o efeito, bastam duas pessoas, como sucede, ainda hoje, relativamente ao crime de associação criminosa do art. 28.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro (Lei da Droga) ou se são necessárias, pelo menos, três, como exige o art. 299.º, n.º 5, do Cód. Penal, desde a redacção da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro, é questão que o artigo não esclarece.

Pensamos, porém, que, sendo o crime em causa o resultado do cumprimento das exigências dos instrumentos internacionais acima referidos, mal se compreenderia outra solução interpretativa que não a que os tivesse em conta e, ao invés, se baseasse, por exemplo e pura e simplesmente, em posições que pouco ou nada têm a ver com os desideratos por eles pretendidos, alargando o que os mesmos instrumentos não quiseram alargar e relativamente aos quais, como se disse, o artigo em anotação deve considerar-se um corolário lógico (repare-se, a este propósito, que a própria Decisão-Quadro, do Conselho, de 28 de Novembro de 2002 – expressamente invocada pelo art. 2.º, n.º 2, al.ª a), do RJEPSAE, como um dos actos comunitários cuja transposição importava ser consolidada – não deixa de fazer apelo à aludida Acção Comum: cfr. art. 1.º, n.º 3).

Acresce que, como vimos a propósito da interpretação da expressão "especial vulnerabilidade", do art. 183.º, sobre todos os órgãos aplicadores de direito recai, sempre que possível e ainda que para o fim devam ter que recorrer a todo o direito interno, o dever de interpretação das disposições nacionais em conformidade com os instrumentos comunitários, mesmo que não exista lei a transpô-los para aquele (salvaguardando, sempre e em qualquer caso, os princípios da certeza jurídica e da não retroactividade da lei penal, bem como as situações em que essa interpretação seja *contra-legem*, do ponto de vista do direito nacional) e que, por força do art. 8.º, n.º 2, da CRP, o princípio é, igualmente, válido quanto ao direito internacional convencional, desde que aprovados e ratificados os respectivos instrumentos por Portugal (face à sua referida natureza "supralegislativa"), não podendo, por isso, também ser desprezado na interpretação das disposições legais que surjam como uma sua emanação ou que com ele estejam relacionadas.

Ora, começando o art. 1.º da Acção Comum de 21 de Dezembro de 1998 (corrigindo o erro de tradução acima indicado) por definir "organização criminosa" como o agrupamento estruturado de mais de duas pessoas, parece-nos que, em obediência ao "princípio da interpretação conforme ao Direito Comunitário" e, pelo menos, para efeitos de interpretação do artigo, agora, em análise, por grupo, organização ou associação deve, antes de mais, entender-se a **união de vontades de três ou mais pessoas**, perfilhando-se, assim, o conceito que o citado artigo do CP consagra e não podendo, consequentemente, ser considerado como tal, conforme sucedia antes da revisão do mesmo Código, a união de apenas duas pessoas.

Trata-se de uma interpretação que a Decisão-Quadro 2008/841/JAI, com a eficácia que já lhe deve ser reconhecida no direito interno de todos os Estados-Membros (ver, mais uma vez, anotação 7.2. ao artigo 183.º), reforça, ao utilizar, no seu art. 1.º, n.º 1, a expressão "mais de duas pessoas", afastando, assim, diga-se, o que, a propósito, era entendido na Proposta que lhe veio a dar origem [Proposta COM(2005)0006, de 19 de Janeiro de 2005), quando no seu art. 1.º se estabelecia que por "organização criminosa" deveria considerar-se "a associação estruturada de duas ou mais pessoas…".

Na mesma linha de entendimento e porque já restritivo do conceito em causa, face, precisamente, ao disposto nos referidos instrumentos internacionais e, nesta medida, não estando minimamente em conformidade com eles, nomeadamente, com o citado artigo da Acção Comum, já não se deve exigir (à semelhança, aliás, do que grande parte da Jurisprudência do nosso Supremo Tribunal vem entendendo quanto ao crime de associação criminosa do art. 299.º do CP: ver, entre outros, Acs. de 26.02.1986, 23.04.1986, 31.10.1991, 13.02.1992, 26.05.1993 e 15.02.1995, BMJ 354, pp. 334 e ss., 356, pp. 136 e ss., 410, pp. 418 e ss., 414, pp. 186 e ss., 427, pp. 278 e ss. e 444, pp. 374 e ss., respectivamente, encontrando-se o último também publicado, embora parcialmente, na CJ, III, 1995, I 205 e ss.) que, da referida união,

nasça "uma realidade autónoma, diferente e superior às vontades e interesses dos singulares membros" ou, como também se diz, "um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse do conjunto", centro este que há-de também ser um centro de motivação (cfr., por exemplo, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "As associações criminosas no Código Penal Português de 1982 (arts. 287.° e 288 .°), "Separata da Revista de Legislação e de Jurisprudência", pp. 32 e ss. e "Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial", tomo II, pp. 1160 e 1161 e, na sua esteira, Acs. da RC, de 29.03.2000, CJ, XXV, 2000, 54 e ss. e do STJ, de 3.12. 2009, proferido no proc. n.º 187/09.7YREVR.S1).

Basta, conforme resulta dos mesmos instrumentos, que o agrupamento tenha apenas alguma **estrutura,** isto é e utilizando a definição do art. 2.º, al.ª c), da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, que seja formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infracção e cujos membros não tenham necessariamente funções formalmente definidas, podendo não haver continuidade na sua composição nem dispor de uma estrutura desenvolvida (em sentido contrário, Parecer da P.G.R. n.º 146/2001, de 16.05.2002, quando, para afastar a incompatibilidade, com essa Convenção, da doutrina que reputa dominante e depois de reconhecer que "designadamente, em termos de interpretação declarativa do texto convencional, não se extrai dos elementos definidores do "grupo criminoso organizado" a ideia de uma realidade transcendente à vontade e interesses individuais dos seus membros, a qual corresponde à exigência doutrinal de um sentimento comum de ligação desses membros a essa realidade transcendente", imediatamente acrescenta que "é perfeitamente sustentável que se deva fazer aquela exigência também para o conceito estabelecido na Convenção, já que – na perspectiva doutrinária – se trata de um requisito conatural à noção de estrutura organizada, não dependente duma consagração expressa, que, aliás, também não existe na letra do artigo 299.º", para, desta forma, adaptar o texto daquela à aludida doutrina…).

Aliás, não parece ter sido outro o sentido com que o Projecto da mesma Convenção foi acolhido pelos Estados da União Europeia quando, no art. 1.º, n.º 3, da Posição Comum de 29 de Março de 1999 definida pelo Conselho com base no artigo K.3 do Tratado da União Europeia, relativa à proposta de convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada (Posição 1999/235/JAI, publicada no J.O. n.º L 087 de 31/03/1999 pp. 1 e s.), se estabeleceu que os Estados-Membros apoiariam as disposições desse Projecto enquanto ele fosse "aplicável de forma tão ampla quanto possível às actividades de organizações criminosas e à cooperação internacional no combate a essas organizações" e as suas "relevantes disposições" incluíssem "as actividades de pessoas, actuando concertadamente com o objectivo de praticar crimes graves, envolvidas em qualquer organização criminosa que disponha de uma estrutura e que seja, ou tenha sido, constituída por um determinado período de tempo", para, logo de seguida, se acrescentar que elas "não deveriam limitar-se a grupos dotados de uma estrutura altamente desenvolvida ou de natureza duradoura, tais como as organizações mafiosas" e que "os participantes nas organizações não tinham de ter necessariamente papéis formalmente definidos dentro delas ou de nelas participar de forma continuada" (art. 1.º, n.º 3).

Não, pois, qualquer restrição, nomeadamente, para se ver uma realidade que, por ser transcendente à vontade e interesses individuais" das pessoas que actuam concertada e duradouramente, funciona como centro autónomo de imputação e motivação, mas uma ampliação do conceito, no sentido da própria dispensa, para o seu preenchimento, dos requisitos da divisão de tarefas, do carácter duradouro ou desenvolvido da estrutura (que pode, assim, ser rudimentar) e da permanência

contínua dos seus membros, ou seja, de requisitos que têm mais a ver com a existência dessa realidade do que com a sua inexistência.
Com o que, como é óbvio e conforme já resulta do que se acaba de referir, não se quer significar que por "grupo, organização ou associação" se deva entender qualquer concerto de vontades de três ou mais pessoas, para o auxílio à imigração ilegal, de forma reiterada ou não, pois isto seria ou poderia ser comparticipação, co-autoria.
Antes, e conforme, diga-se, também se extrai, nomeadamente, da Acção Comum 98/733/JAI, apenas a associação que, como já ensinava BELEZA DOS SANTOS (*in* "O crime de associação de malfeitores", "Revista de Legislação e de Jurisprudência", 70.º, n.os 2593 e ss.) e, na sua esteira, o nosso Supremo Tribunal (cfr. citados Acs), tenha um certo grau de estabilidade, de persistência, uma certa duração no tempo e em que as diversas pessoas, que tenham recorrido a ela, o façam com o propósito de virem a cometer o referido tipo de crime, de cooperar na realização de uma ou mais acções dele, de tal forma que a eventual concretização destas seja o corolário de um projecto comum, possa ser encarada como o resultado do interesse que, conjuntamente, os move para praticarem aquele e não como uma actuação em nome e no interesse próprio, ainda que com a colaboração, mais ou menos organizada e mais ou menos prolongada no tempo, de outras pessoas.
O que tudo nos conduz a que, não obstante os anos decorridos, ainda devam ter-se como, plenamente, válidos os ensinamentos de Beleza dos Santos, na medida em que traduzem uma interpretação conforme não apenas com a Convenção de Palermo, mas também com a referida Acção Comum e, se se quiser, com o alcance que foi dado a esta Acção quando, através da citada Posição comum assumida pela União Europeia, em 29 de Março de 1999, a propósito da proposta daquela Convenção e dos seus Protocolos (Posição 1999/235/JAI), (também) se estabeleceu, por um lado, que os Estados-membros garantiriam que as disposições da mesma proposta, relativas à obrigação de considerar determinadas actividades como criminosas, não seriam incompatíveis com os arts. 1.° e 2.° da Acção Comum em causa (n.º 2 do art. 1.º da mesma Posição) e, por outro e como se referiu, se reafirmou a desnecessidade da ideia de uma estrutura desenvolvida, a par de outros requisitos como o definição de papéis dos seus membros (cfr., mais uma vez, art. 1.º, n.º 3, da Posição).
E que deve ser este o entendimento resulta, hoje, também de forma clara do actual art. 299.º do CP que, como que antecipando a Decisão-Quadro 2008/841/JAI ou dando mesmo aplicação ao carácter genérico da Acção Comum 98/733/JAI, veio, com a Reforma de 2007, dar a forma de lei, precisamente, à posição que, por força do "princípio da interpretação conforme o Direito Comunitário", já se deveria ter como a mais adequada em face do art. 1.º dessa Acção.
Aí, com efeito, se estabelece, sob o n.º 5, que "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" e, desta forma, coloca-se, claramente, o traço individualizador da associação, relativamente à comparticipação, nessa permanência temporal, como que em "uma *affectio societatis* para o crime, que de forma alguma existe" naquela [para utilizarmos as palavras, porque (também) actuais, do Ac. do STJ, de 17.04.1997, BMJ 446, p. 243, principalmente].
Isto, conforme, aliás, se refere, expressamente, sob o n.º 11, parte final, da "Exposição de motivos da Proposta de Lei de alteração do Código Penal", onde, depois de se esclarecer que a exigência de três pessoas para a existência do grupo, organização ou associação tinha em vista delimitar o âmbito do tipo, se escreveu: "para distinguir

a associação da mera comparticipação criminosa, requer-se a actuação concertada durante um certo período de tempo".
Concluindo: para o preenchimento do conceito de associação criminosa do crime do art. 184.º (do RJEPSAE) o que é essencial, por um lado, é que haja um acordo de vontades, ainda que de forma tácita, entre três ou mais pessoas para cooperarem na realização de uma ou mais das acções previstas pelo artigo anterior, acções estas erigidas como fins comuns e, por outro, que essa união possua ou queira possuir uma certa permanência ou estabilidade.
Desde que se prove esse acordo, que não tem de ser, necessariamente, formal e a vontade de persistência nele para ou durante um período maior ou menor de tempo no sentido da prática do crime de auxílio à imigração ilegal (e não, portanto, uma união ocasional ou transitória ou uma actuação para essa prática sem aquele acordo a servir-lhe de substrato, a conduzir à mesma prática, uma actuação casual, em suma) deve ter-se por verificado o crime.
Como deve ter-se mesmo que a associação venha só a ocorrer já com o crime de auxílio à imigração ilegal a ser praticado, isoladamente, por um ou dois dos agentes que posteriormente a integrem ou a finalidade da prática deste crime venha apenas a existir depois de a associação entre os agentes se ter verificado para o exercício de uma outra actividade ilícita ou mesmo (também) de uma actividade lícita.
E isto, saliente-se, não obstante a Acção Comum 98/733/JAI ter sido, como se disse, revogada e substituída, em 11 de Novembro de 2008, pela Decisão-Quadro 2008/841/JAI.
É que a mesma Decisão (para cuja compreensão releva não só a apontada Proposta de 19 de Janeiro de 2005, mas também a nota da Presidência de 23 de Setembro de 2005 para o Grupo Multidisciplinar do Crime Organizado, onde se explicita o alcance de cada um dos artigos da mesma Proposta) em nada vem alterar a este respeito e, bem pelo contrário, ao consagrar um conceito semelhante ao do art. 2.º, al.ª c), da Convenção de Palermo (ao invés do que fazia a Acção Comum, que era omissa, como vimos, quanto ao conceito de associação ou grupo estruturado), vem até reforçar o entendimento acima exposto.
Não é outra, na verdade, a conclusão que se extrai da definição que ela dá, no seu art. 1.º, n.º 2, de "associação estruturada" e que acima se transcreveu, ou seja e repetindo, (tão-só) o de "uma associação que não foi constituída de forma fortuita para a prática imediata de uma infracção e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura sofisticada".
De resto, não custa compreender que assim deva suceder: não só pela união para a prática do crime e a estabilidade dela estimular, só por si, a actividade criminosa, fomentando os "prós" a favor dela e, porventura, removendo, pela influência recíproca, os "contras" que, na consciência de cada um, possam, a cada momento, surgir à sua concretização ou prossecução e, nesta medida, possibilitando em muito maior grau a prática do crime do que se o agente actuasse individualmente (cfr., por exemplo, Acs. do STJ, de 26.05.1993 e 15.02.1995, *in* BMJ 427, 278 e ss. 444, principalmente, p. 402) e aumentando o perigo para a sociedade, mas também por o combate ao crime organizado não se compadecer com visões restritivas que criam verdadeiros escapes à punição de grupos indivíduos que, com as suas actividades e quais vampiros, nada mais visam do que sugar o sangue dos que carecem de mais protecção (estima-se que um milhão de pessoas por ano são objecto das actividades das organizações criminosas que promovem o tráfico ilícito de imigrantes, sendo, posteriormente, muitas delas introduzidas na prostituição ou em outras actividades sexuais e vítimas de privações e ultrajes).

É que, para além da própria descrição de qualquer tipo como em análise se verificar que a "associação criminosa" é mesmo uma associação de criminosos ou malfeitores (embora não ocasional), interpretações como a referida como que limitam a existência do crime às associações de tipo mafioso ou a outras em que tenha que haver, pelo menos, um mínimo de grau de sofisticação e, portanto, alguma hierarquia e (ou) um certo grau de articulação entre os seus membros em direcção ao fim ou fins comuns [característica que, como vimos, o art. 1.º, n.º 2, da Decisão-Quadro, claramente, afasta, ao perfilhar o entendimento do art. 2.º, al.ª c), da Convenção de Palermo quando também não exige, para o preenchimento do conceito, a existência de uma estrutura desenvolvida e, muito menos, uma estrutura sofisticada) e, em consequência, não permitem fazer "face à perigosidade e à proliferação das organizações criminosas", nem dar "uma resposta eficaz às expectativas dos cidadãos e às necessidades dos próprios Estados" (n.º 1 dos considerandos da Decisão-Quadro 2008/841/JAI), objectivos estes erigidos, pelo menos, pelos que integram a União Europeia e por todos os demais subscritores da Convenção de Palermo, como primaciais no combate ao crime organizado.
Daí que, tanto o art. 34.º, n.º 3, desta Convenção, como o antigo art. 5.º, n.º 2, da Acção Comum e a actual da Decisão-Quadro aconselhem os Estados a ver nas respectivas disposições um *minus* do que por eles deve ser consagrado para o êxito do referido combate, inclusive e por parte do último diploma, em termos de poderem "classificar outros grupos de pessoas como organizações criminosas, por exemplo, grupos cujo objectivo não seja o de obter benefícios financeiros ou outro benefício material" – ideia esta, diga-se, introduzida na sequência de uma recomendação do Parlamento Europeu [cfr. Relatório de 28 de Setembro de 2005, sobre a proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada, proposta COM(2005)0006 – C6-0061/2005 – 2005/0003(CNS), em alteração à 1.ª da Proposta].
O que, em situações de tráfico ilícito de imigrantes, mais se justifica, não só pelos elevados lucros que as respectivas actividades propiciam e pela proliferação de organizações de todo o tipo para o exercício das mesmas, mas também pelo menor risco que envolve para elas a obtenção desses proveitos, face, nomeadamente e por um lado, à situação de subalternidade e dependência económica e social em que, logo *ab initio*, a vítima fica perante o agente quando se deixa ou vê-se levada a transformar em objecto de negociação para lograr os seus anseios a uma vida melhor e, por outro, à postura de silêncio que essa subalternização e a sua própria situação de clandestinidade conduzem (com tudo o que isto acarreta e envolve, como se viu, ao nível da perda de direitos e da sua sujeição ao domínio dos agentes, inclusive, nos países receptores e, por vezes, por longos períodos temporais), até, pelo menos, ao completo pagamento dos preços das viagens e, sendo caso disso, da própria colocação no mercado de trabalho (sobre os factores que jogam a favor das organizações criminosas, JOSÉ VAN DER KELLEN, "A investigação do auxílio à imigração ilegal e criminalidade conexa – a experiência do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras", SOCIUS – Centro de Investigação em Sociologia Económica e das Organizações, n.º 5/ 2005, edição do Instituto Superior de Economia e Gestão da Universidade Técnica de Lisboa, p. 10).
No conceito de "grupo, organização ou associação" (do artigo em análise) – e por força dos instrumentos internacionais acima referidos, nomeadamente, do art. 1.º, n.º 3, da Decisão-Quadro 2002/946/JAI, enquanto remete para a Acção Comum 98/733/JAI, de 21 de Dezembro de 1998, remissão que, como se viu, deve, hoje, considerar-se efectuada para a Decisão-Quadro 2008/841/JAI –, cabem, pois, não só as verdadeiras organizações criminosas, nomeadamente, aquelas que dispõem

de uma estrutura sofisticada, de cariz ou não transnacional e em que os seus fins são o produto de uma série de comportamentos humanos, dificilmente imputáveis a determinadas pessoas, surgindo os crimes praticados como meio de alcançar (apenas) o lucro económico (ou seja, aquelas que alguns Autores, como JOSÉ ANTONIO CHOCIÁN MONTALVO, designam por "organizações industriais": cfr. "La crimininalidad organizada – Concepto – La Asociación ilícita – Problemas de Autoria y Participácion" , "Cuadernos de Derecho Judicial", 2001, p. 235; importa notar que, como bem refere o mesmo Autor, se está perante um conceito não unívoco e cujo conteúdo apenas pode ser definido por aproximação, pelo que não é de estranhar a afirmação de JEAN ZIEGLER, *in* "Os Senhores do Crime – As novas máfias contra a democracia", Terramar, 1999, p. 44, quando nos dá conta que, em 1998, só o computador central da biblioteca do Palácio das Nações, em Genebra, sugeria nada menos do que vinte e sete definições diferentes de "criminalidade transnacional organizada" e que, por exemplo, o XVI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, entre 5 a 11 de Setembro de 1999, tenha apontado como características a divisão do trabalho e a dissolução da responsabilidade individual no seio da organização, a substituição de pessoas, o segredo, a mistura de actividades legítimas e ilegítimas, a capacidade de neutralizar a aplicação da lei, pela intimidação, violência ou corrupção e a capacidade especial de transferência dos ganhos: cfr. Carta Informativa, n.º 2, 1999, pág. 91), mas também as próprias associações ou grupos que, por exemplo, trabalhos legislativos como o Projecto de Resolução Legislativa do Parlamento Europeu sobre a Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa à luta contra a criminalidade organizada [a referida Proposta (COM(2005)0006)], posteriormente aprovado por Resolução de 26 de Outubro de 2005 [Resolução P6_TA(2005)0405)], designam como "associações de malfeitores" para as distinguirem das anteriores (cfr. justificação da alteração 10), já que, também estas, põem igualmente em causa o "espaço de liberdade, justiça e segurança", contribuindo, inequivocamente, para a falta ou diminuição do controlo de pessoas e vigilância eficaz da passagem das fronteiras externas e, *ipso facto*, para uma não menos eficaz gestão dos fluxos migratórios (inclusive, do ponto de vista da paz pública e da segurança), quer como política comum dos Estados-Membros, quer como política interna de cada um dos mesmo Estados (ver arts. 3.º, n.º 2 e 4.º, n.º 2,, do Tratado da União Europeia e 67.º, n.º 1, n.os 1 e 2, 72.º, 77.º, n.º 1, al.ª b) e 79.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, nas indicadas versões; acerca da aludida Resolução e do seu Projecto, saliente-se que, com estes instrumentos, também não se quis afastar do conceito de "associação estruturada" as chamadas "associações de malfeitores"; antes, e tão-só, distinguir estas das verdadeiras "organizações criminosas", colocando, nas palavras do segundo, "a tónica na ausência de uma estrutura de tipo hierárquico em vez de no grau de articulação" de cada uma delas e, em consequência, indicando-se, em substituição da definição da Proposta – substituição que acabou por não ser aceite, tendo, por isso, a Decisão-Quadro a redacção da sua Proposta –, a que eles enunciavam, ou seja, a de que deveria entender-se como tal "uma associação que não foi constituída de forma fortuita para cometer imediatamente uma ou mais infracções concertadas e que não tem necessariamente atribuições formalmente definidas para os seus membros, continuidade na sua composição ou uma estrutura de tipo hierárquico": cfr. art. 1.º da Resolução e, mais uma vez, alteração 10 do Projecto).

É claro que se existir uma organização altamente desenvolvida, com hierarquização e divisão de funções pelos seus diversos membros, mais grave será o crime e, por isso, mais severa deverá ser a pena, a escolher dentro da moldura penal abstracta, face ao perigo que ela pode representar em termos de maiores preparação e

"sofisticação" do grau de execução daquele e, consequentemente, para os interesses jurídicos protegidos.
Essa organização, por outro lado (e à semelhança do que sucede com a própria existência da denominada "associação de malfeitores"), pode manifestar-se por qualquer modo, nomeadamente, pela existência de uma sociedade, no seio da qual os agentes se tenham unido.
Efectivamente, provando-se que os agentes actuam através de uma sociedade fica até mais "bem vincada, à partida, a existência do grupo, organização ou associação, no sentido de reunião de pessoas com o mesmo propósito de delinquência por intermédio dela" (Ac. do STJ, de 26.05.1993, BMJ 427, p. 375).
Em suma, e com BELEZA DOS SANTOS, pode dizer-se que, para a existência de uma associação criminosa não é preciso que ela "possua qualquer grau de organização específica. Não é necessário que ela tenha uma sede, um lugar determinado de reunião. Não é mesmo essencial que os seus membros se reúnam e nem sequer que se conheçam. Não é preciso que tenha um comando ou uma direcção que lhe dê unidade de impulso, nem que possua qualquer convenção reguladora da sua actividade ou da distribuição dos seus encargos e lucros".
É suficiente que haja um acordo de vontades das pessoas que a constituem "para a consecução de fins criminosos e uma certa estabilidade ou permanência ou, ao menos, o propósito de ter essa estabilidade" (Revista citada, n.º 2594, pp. 114 e 115).
E a sociedade tem necessidade de se defender desses grupos, por menos desenvolvida que seja a sua estrutura, por eles serem perigosos, terem mais facilidade em cometer crimes e serem mais ineficazes contra eles os próprios meios de defesa dela ou os meios de defesa de cada cidadão (cfr. citado Ac. de 26.05.1993).
Como resulta do exposto e do próprio artigo em anotação, a associação tem de ter como **fim** a prática de **crimes de auxílio à imigração ilegal.** Não de um só, mas de uma pluralidade, pois, de outra forma, estar-se-ia perante uma situação de comparticipação.
Aliás, também a este respeito os apontados instrumentos internacionais são claros. E, tal como aquele artigo, também o são quando não exigem que o grupo tenha em vista uma modalidade de crime. Assim, e tendo em conta que apenas os referidos crimes podem ser os ilícitos fins da associação criminosa do artigo em anotação, esta não deixa de existir ainda que seja constituída apenas para favorecer ou facilitar a permanência ilegal de cidadãos estrangeiros e não, *v.g.*, a sua entrada.
Como também não é necessário que "cada um dos associados se dedique à prática de vários crimes, podendo cada um dedicar-se especialmente à realização de um só crime ou de uma só fase de um crime, contanto que a associação no seu conjunto se dirija à efectivação de uma pluralidade de crimes" (Beleza dos Santos, loc. cit., n.º 2595, p. 130).
Irrelevante é também que os crimes de auxílio à imigração ilegal sejam cometidos em nome da associação ou por quem, efectivamente, pertença a ela ou que eles sejam fins em si mesmos. Podem ser meios para obter benefícios patrimoniais ou, se se quiser, para que sejam praticados outros crimes. O que interessa é que a associação criminosa tenha por fim a sua prática, seja a título principal, seja a título secundário,
Existindo outros fins criminosos o que pode verificar-se é um concurso aparente de infracções, a resolver de acordo com os respectivos princípios.
Quanto ao **elemento subjectivo do crime**, basta o dolo genérico em qualquer das **5**
suas modalidades (art. 14.º do CP) e, portanto e consoante as circunstâncias, que o agente tenha a vontade e a consciência de criar, chefiar ou fazer parte do grupo,

organização ou associação que tenha por fim a prática de uma pluralidade de, pelo menos, uma das acções do art. 183.º.

6 **Sujeito activo** pode ser qualquer pessoa, inclusive, um cidadão estrangeiro que não esteja autorizado a entrar, transitar ou permanecer em Portugal.

Por força do art. 182.º, n.º 1, as pessoas colectivas e entidades equiparadas são também criminalmente responsáveis, traduzindo a sua punição o cumprimento das exigências dos arts. 10.º da Convenção e 3.º da Acção Comum 98/733/JAI e valendo, quanto a ela, as considerações que, a propósito, se teceram nos artigos anteriores, nomeadamente, as relativas às molduras abstractas das respectivas penas.

Sujeitos passivos são o Estado Português e a própria Comunidade Europeia enquanto interessada no desenvolvimento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça, a partir da competência partilhada com Portugal e das políticas comuns por ela criadas em termos, nomeadamente, do combate à imigração ilegal: cfr. arts. 3.º, n.º 2, da versão consolidada do Tratado da União Europeia e 4.º, n.º 2, al.ª j), 67.º e ss. e 77.º e ss. (dentre estes, art. 79.º, sobretudo) da versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

7 Para efeitos de punição, o artigo distingue diversas **formas de participação**, mais precisamente, entre:

– o fundador (n.º 1),

– o que "faz parte" (n.º 2) e

– o chefe (n.º 3).

O "fundador" é o que dá origem, cria forma, constitui o grupo, organização ou associação, exercendo, assim, a actividade adequada à sua existência.

"Faz parte" do grupo, organização ou associação o que se associa, o que neles se integra ou incorpora de forma consciente, ainda que não tenha um papel formalmente definido dentro deles, neles não participe de forma continuada ou não participe sequer na execução propriamente dita dos crimes fins ou estes não venham a ter lugar.

Faz também parte o que participa em quaisquer actividades, mesmo as que não digam respeito à execução das infracções-fins, incluindo o fornecimento de informações ou de meios materiais, o recrutamento de novos participantes e qualquer forma de financiamento das actividades da organização, tendo conhecimento de que tal participação contribuirá para a realização da actividade criminosa da organização (ver arts. 2.º, n.º 1, da Acção Comum 98/733/JAI, 2.º, al.ª a), da Decisão-Quadro 2008/841/JAI e 5.º, n.º 1, da Convenção de Palermo, bem como, e também como valor interpretativo, embora já de natureza histórica, citada Posição comum de 29 de Março de 1999 definida pelo Conselho com base no art. K.3 do Tratado da União Europeia e relativa à proposta de convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada (1999/235/JAI)).

"Chefe" é aquele que dirige, que comanda, que dá as ordens que os outros devem aceitar (sobre este conceito e os anteriores, JORGE FIGUEIREDO DIAS, Comentário…, tomo II, pp. 1165 e ss.)

8 Para além destas formas de participação, são também admitidas outras, inclusive, a **cumplicidade**, embora haja Autores que tenham dúvidas que esta seja admissível quanto às acções de "fazer parte" e "chefiar" (cfr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, est. cit., p. 66 e s.).

Parece-nos, porém, que a questão não deve ser encarada apenas do ponto de vista das acções em si de fazer parte ou chefiar, mas também enquanto através das mesmas acções se contribui para a existência do grupo, organização ou associação e se mantém, portanto, a prática do crime, independentemente da execução das

actividades criminosas a que a associação se destine e do tipo de actividade concretamente realizada.
Ora, sendo a cumplicidade, antes de mais, um auxílio material ou moral à prática de um crime doloso (art. 27.º, n.º 1, do CP), aquele que proporciona, por qualquer forma, ajuda a um indivíduo que faz parte de um grupo criminoso ou a um chefe deste (nomeadamente, pelo aconselhamento), sabendo que estes fazem partem do mesmo grupo e que, com essa ajuda, está a contribuir, embora de forma não essencial, para a permanência da associação (e, por isso. do próprio crime, por, desde logo, para a existência deste não ser necessária a prática do crime fim) e, porventura, para a própria execução das actividades criminosas dela, através das acções daqueles, está, inquestionavelmente, a auxiliar nessa execução ou naquela permanência e, desta forma, a ajudar o membro ou o chefe nas respectivas acções, devendo, por isso, ser punido como cúmplice.
De salientar, a este propósito, que tanto a Convenção, como a Acção Comum 98/733/JAI e a própria Decisão-Quadro, exigem a punição desses "auxiliares" e não apenas dos apoiantes, referindo, expressamente, a primeira, sob o art. 5.º, que devem ser criminalizados como participação num grupo criminoso organizado, não apenas os actos de entendimento (n.º 1, al.ª a), i)), participação activa, ainda que não nas actividades criminosas (n.º 1, al.ª a), ii)) e de organizar, dirigir, ajudar e incitar, mas também os próprios actos de facilitar ou aconselhar (al.ª b) do mesmo número).
O problema, para efeitos do art. 299.º do CP, assume particular importância, pois se um indivíduo for apoiante de uma associação criminosa (n.º 2 do mesmo art.), mas esta sua actividade se traduzir, especificamente, na do auxílio ao chefe dela, ele deve ser punido como cúmplice deste e não já como apoiante (pena de prisão de 1 a 5 anos), por a pena para aquela forma de comparticipação ser mais grave (pena de prisão até 5 anos e 4 meses, conjugando o disposto nos arts. 27.º, n.º 2 e 73.º, n.º 1, al.ª a), do CP com o n.º 3 do citado art. 299.º; admitindo também a cumplicidade na criminalidade organizada, por parte de pessoas fora da organização, mas perseguindo o seu objectivo, conclusões da Secção I e II do XVI Congresso Internacional de Direito Penal e citado Parecer da P.G.R., n.º 5.4.).
Importa ainda salientar que, não só por o delito não exigir, como se viu, que o agente participe nos crimes-fins, mas também por se estar perante um crime autónomo destes, a **participação** na associação criminal pode considerar-se demonstrada, independentemente da prova da participação do agente no delito concreto e, diga-se, de vir ou não ser lograda prova da identificação dos demais agentes quer neste, quer naquela (cfr. Ac. do STJ, de 23.11.2000, CJ VIII, 2000, III, p. 223). **9**
O crime **consuma-se** logo que o grupo, organização ou associação sejam criados, não sendo necessário o cometimento de qualquer crime. **10**
Para os que deles venham, posteriormente, a fazer parte, a consumação tem lugar com a sua entrada.
Como, em regra, tanto o respectivo local, como o anterior, não são conhecidos, por dificuldades de investigação, o tribunal territorialmente competente para conhecer do crime de associação criminosa vem a ser, normalmente, o da notícia do crime (art. 21.º, n.º 2, do CPP e, entre outros, Ac. da RC, de 31-05-2006, proc. n.º 1521/06).
Face à diversidade de bens jurídicos protegidos, não há que falar de **concurso** aparente entre o crime de associação de auxílio à imigração ilegal e o de auxílio à imigração ilegal. **11**
O concurso é, pois, efectivo (cfr. Ac. do STJ, de 3 de Dezembro de 2009, proc. n.º 187/09.7YREVR.S1).

Já no que concerne ao de associação criminosa do art. 299.º do CP, deve entender-se, face ao que acima se expôs, que o mesmo é excluído pelo de associação de auxílio à imigração ilegal, por força do princípio da especialidade.

12 De notar que, ao invés do que sucede quanto à punição da chefia ou direcção do grupo, organização ou associação, em que as penas são idênticas em ambos esses crimes (prisão de 2 a 8 anos), o artigo, à semelhança do que sucedia com o art. 135.º do anterior RJEPSAE, estabelece, para as outras formas de participação, uma pena mais severa (prisão de 1 a 6 anos) do que a do referido art. 299.º (prisão de 1 a 5 anos), o que acentua a natureza especial do crime.

O motivo, na nossa opinião, estará na necessidade de, sem deixar de distinguir os primeiros casos (de participação) dos segundos como faz aquele artigo do CP e, desta forma, levar a que o presente artigo (tal como sucedia com o indicado art. 135.º), esteja em coerência com ele, continuar a dar cumprimento à Decisão-Quadro 2002/946/JAI.

É que se esta permite que um Estado-Membro possa não estabelecer, para qualquer forma de participação numa organização criminosa, a pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a oito anos (prevista, como regra, pelo n.º 3 do art. 1.º dela), imediatamente acrescenta que esta só pode ser substituída pela pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a seis anos e que esta substituição apenas deve ter lugar se tal "for absolutamente necessário à preservação da coerência do sistema penal nacional" e, simultaneamente, essa pena não for inferior às previstas para crimes de igual gravidade.

13 À responsabilidade criminal das pessoas colectivas e entidades equiparadas acresce a do pagamento das multas, coimas, indemnizações e outras prestações em que forem condenados os agentes do crime, bem como o pagamento de todas as despesas inerentes à estada e afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos, por força do art. 182.º, n.os 2 e 3.

Tanto num caso, como no outro e como se disse em anotação a este artigo, também esta **responsabilidade** é solidária.

Artigo 185.º
Angariação de mão-de-obra ilegal

1. Quem, com intenção lucrativa, para si ou para terceiro, aliciar ou angariar com o objectivo de introduzir no mercado de trabalho cidadãos estrangeiros não habilitados com autorização de residência ou visto que habilite o exercício de uma actividade profissional é punido com pena de prisão de 1 a 4 anos.

2. Quem, de forma reiterada, praticar os actos previstos no número anterior é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 a 4)
O tipo objectivo (anotações 5 a 14)
O tipo subjectivo (anotação 15)
O sujeito activo (anotação 16)
O sujeito passivo (anotação 17)
A comparticipação (anotação 18)
O concurso (anotações 19 a 21)
A pena (anotação 22)
A responsabilidade civil (anotação 23)
O tribunal competente para o conhecimento do crime (anotação 24)

A incriminação tem na sua base o art. 185.º da Proposta de Lei n.º 93/X do Governo, notando-se apenas o aditamento da expressão "ou visto" relativamente a esse artigo, o qual, por sua vez, corresponde, com alterações, salvo em termos de punição, ao art. 136.º-A do anterior RJEPSAE, na sua última redacção. **1**

Apenas com o Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro (art. 5.º) o crime passou a ser previsto, embora com uma descrição ligeiramente diferente da que lhe veio a ser dada pelo Decreto-Lei n.º 34/2003 de 25 de Fevereiro (art. 1.º), na medida em que, em vez de se referir "quem, com intenção lucrativa, para si ou para terceiro, aliciar ou angariar…", dizia-se "quem, com intenção de obter, para si ou para terceiro, enriquecimento ilegítimo, aliciar ou angariar…". A punição era, então, também já a mesma que a actualmente prevista.

O Decreto-Lei n.º 4/2001 foi publicado ao abrigo da Lei n.º 27/2000, de 8 de Setembro, que, por sua vez, teve na sua base a Proposta de Lei do Governo n.º 35/VIII, publicada na I série A do Diário da Assembleia da República, n.º 52/VIII/1, Suplemento de 28.06.2000, pp. 1728-(45) e s., Proposta essa surgida na sequência dos Projectos de Leis n.º 222/VIII e 249/VIII, também publicados naquela Série, mas nos n.º 48/VIII/1, de 12.06 2000.06, pp. 1607 a 1615 e 52/VIII/1, de 28.06 2000, pp. 1707 a 1712 e que não terá sido alheia à Recomendação do Conselho Europeu de 22 de Dezembro de 1995, relativa à harmonização dos meios de luta contra a imigração e o emprego ilegais e ao aperfeiçoamento dos meios de controlo previstos para esse efeito (96/C 5/01), bem como, e sobretudo, à de 27 de Setembro de 1996 sobre a luta contra o emprego ilegal de nacionais de Estados terceiros (96/C 304/01), onde se recomendava, expressamente, a proibição da contratação dos nacionais desses Estados que não possuíssem autorizações de residência e trabalho, com a aplicação de sanções penais e (ou) administrativas aos empregadores, bem como aos que favorecessem, facilitassem ou promovessem o emprego ilegal.

De acordo com a exposição de motivos da referida Proposta e o preâmbulo do Decreto-Lei visou-se com as alterações, a introduzir no (anterior) RJEPSAE, "adaptar a legislação a novas realidades, designadamente no que respeita à harmonização dos mecanismos legais que permitam responder adequadamente às necessidades de, por um lado, acautelar o interesse público e, por outro, garantir os direitos e os interesses ligados à evolução e controlo eficaz do fenómeno migratório em Portugal".

Com a presente incriminação e enquanto exige para a punição da conduta do agente o objectivo de introdução no mercado do trabalho, não de quaisquer cidadãos estrangeiros (a que o RJEPSAE seja aplicável), mas dos nela referidos, quis o legislador erigir em **objecto de tutela** o controlo dos fluxos migratórios (pelas consequências socioeconómicas que, como se referiu a propósito do crime do art. 183.º, a respectiva falta acarreta e não por esta em si, pela mera violação das regras que regulam a entrada, trânsito e permanência dos cidadãos estrangeiros, pois, então, estar-se-ia a sancionar penalmente o que deveria ser sancionado administrativamente, ficando sem explicação porque é que a infracção do presente artigo deve ser punida a título de crime e a do art. 198.º, n.º 2, do RJEPSAE como contra-ordenação), obviando, desta forma, a que a sua política migratória possa ser posta em causa, nomeadamente, pela principal razão ou fundamento que pode estar na base da decisão dos cidadãos estrangeiros em entrarem e (ou) permanecerem, ilegalmente, em Portugal: o trabalho. **2**

Ao exigir, por outro lado, que a mesma conduta só seja punida quando a ela presida uma intenção lucrativa, não deixou de atender igualmente aos próprios direitos desses cidadãos, embora não já sob o prisma dos seus direitos fundamentais, nomeadamente, o respeitante à sua plena integração social, mas, e "tão-só", sob o

da defesa colectiva dos direitos próprios e característicos do trabalhador em geral, isto é, dos estritamente relacionados com a esfera laboral como instrumento da política de emprego e da sua própria dignidade enquanto pessoas trabalhadoras. Procurou-se, assim, evitar que, em virtude, nomeadamente, das melhores condições do nosso País relativamente a outros e da (legítima) aspiração dos trabalhadores destes em alcançarem melhores condições de vida e trabalho, os mesmos trabalhadores vejam os seus direitos postergados e transformados através da sua violação em fonte de ganho, por mínimo que seja. E foi-se ao encontro, desde logo, do que o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais prescreve, ao impor, sob o seu art. 6.º, n.º 1, que a todos os indivíduos seja assegurada "a possibilidade (legal) de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite", bem como, e entre outros, ao disposto nos seguintes artigos:
– artigo 15.º, n.º 1 (princípio da equiparação dos cidadãos estrangeiros e apátridas aos cidadãos portugueses; sobre este princípio, por exemplo, Ac. do TC n.º 423/2001, de 9 de Outubro. proferido no processo n.º 774/99 e publicado no D.R., I.ª Série-A, n.º 258, 7/11/2001, pp. 7080 e ss., bem como MÁRIO TORRES, loc. cit.) e 59.º da CRP (direitos dos trabalhadores sem distinção, *inter alia*, da cidadania ou território de origem);
– artigo 3.º, n.º 1, als. a) e b), da Convenção n.º 143 da OIT (relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes e aprovada, para ratificação, pela Lei n.º 52/78, de 25 de Julho), enquanto impõe a adopção das "medidas necessárias e apropriadas" a suprimir o emprego ilegal de migrantes (ou seja e atento o disposto no art. 11.º, n.º 1, da mesma Convenção, da "pessoa que emigra ou emigrou de um país para outro com o fim de ocupar um emprego não por conta própria") e contra aqueles que empregam trabalhadores que tenham imigrado em condições ilegais; e, ao fim e ao cabo e apesar de ainda não aprovada,
– artigo 25.º, als. a) e b), da Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, quando estabelece que "os trabalhadores migrantes devem beneficiar de um tratamento não menos favorável que aquele que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição e (…) outras condições de trabalho, como trabalho suplementar, horário de trabalho, descanso semanal, férias remuneradas, segurança, saúde, cessação da relação de trabalho e quaisquer outras condições de trabalho que, de acordo com o direito e a prática nacionais, se incluam na regulamentação das condições de trabalho" ou "outras condições de emprego, como a idade mínima para admissão ao emprego, as restrições ao trabalho doméstico e outras questões que, de acordo com o direito e a prática nacionais, sejam consideradas condições de emprego".
Na verdade, e se tivesse querido proteger apenas o referido controlo (ou melhor, evitar os efeitos negativos que da falta dele, como se viu em anotação ao art. 183.º, decorrem para a sociedade e para a economia dos Estados) ou dar-lhe primazia, a restrição da punição (também) ao *animus lucrandi* surgiria, de todo, incompreensível, já que, obviamente, sem ela, a protecção seria muito maior, abarcando todas as situações e, portanto, mesmo aquelas em que o agente não fosse movido pela intenção de tirar partido da ausência dos referidos visto e autorização. O que está, pois, em causa é, por um lado, a necessidade de garantir a protecção dos direitos laborais dos cidadãos estrangeiros enquanto seres colectivamente considerados e, portanto, enquanto encarados do ponto de vista de "una abstracción conceptual que engloba los derechos laborales básicos, patrimoniales, libertades, etc., de las personas que acceden al mercado de trabajo" (SAMUEL RODRÍGUEZ

FERNÁNDEZ e ELENA GARCÍA MORENO, La respuesta penal al problema social de la inmigración: descripción y valoración crítica, em Revista general de legislación y jurisprudencia, 2004, n.º 4, Octubre-Diciembre, p. 686), em ordem a obviar não só à sua exploração (e inerente transformação dos seus direitos em "direitos virtuais", face ao receio de expulsão do território nacional no caso da sua reclamação), mas também a que indivíduos sem escrúpulos se aproveitem, desde logo, da sua situação de pobreza e (ou) irregularidade para enriquecerem à sua custa e, desta forma, a garantir, simultaneamente, a igualdade de direitos, relativamente aos trabalhadores com nacionalidade portuguesa e aos que a lei concede, nomeadamente, ao "trabalhador estrangeiro que esteja autorizado a exercer uma actividade profissional subordinada em território português" (art. 87.º do Código do Trabalho).

Por outro, assegurar que as necessidades do mercado de trabalho sejam as do independente, sejam as do subordinado [que, para 2009 e em cumprimento do disposto no art. 59.º, n.º 2, do RJEPSAE, foram fixadas em 3800 vistos de residência (no máximo), dos quais 89 para a Região Autónoma dos Açores e 58 para a Região Autónoma da Madeira; cfr. Resolução do Conselho de Ministros, n.º 50/2009, publicada no D.R. I.ª Série, n.º 114, de 16.06.2009], sejam respeitadas e, desta forma, controlados os aludidos fluxos (através da luta contra o trabalho clandestino, enquanto um dos elementos fundamentais da política relativa a esse controlo), obviando-se aos inconvenientes que o excesso de mão-de-obra pode provocar (diminuição da produtividade, inibições no processo de desenvolvimento tecnológico, redução de salários, concorrência desleal em virtude, nomeadamente, da redução dos custos da mão-de-obra, desemprego nos trabalhadores locais, com os consequentes aumentos dos custos sociais, etc.) e mantendo-se, consequentemente, os sistemas socioeconómico e sociolaboral vigentes, tanto nos seus aspectos puramente económico e laboral, como na sua dimensão social [como se refere, sob o n.º 3.3. ("quadro para uma política da UE em matéria de imigração"), da Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma política da Comunidade em matéria de imigração, de 22.11.2000 (COM (2000) 757 final), "a igualdade em matéria de salários e condições de trabalho não é apenas no interesse dos migrantes mas da própria sociedade, permitindo a ambos beneficiarem integralmente da contribuição que os migrantes dão para a vida económica e social").

Daí, precisamente, a exigência, para a verificação do crime, de a acção ter também como motivo (um *motus*, um *movere*) a introdução do cidadão estrangeiro (não habilitado com autorização de residência ou visto que o habilite ao exercício de uma actividade profissional) no mercado de trabalho.

3 O que se acaba de expor parece ser reforçado pela eficácia interpretativa que, ponderando o teor da referida Decisão de 16.06.2005, do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (ver anotação 7.2 ao artigo 183.º), deve ser atribuída à Directiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Junho de 2009 (publicada no JOUE, L 168, de 30.6.2009, pp. 24 e ss. e relativa a um conjunto de normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular), desde 20 de Julho de 2009 (data da sua entrada em vigor: cfr. seu art. 18.º em conjugação com a data da publicação), apesar de ainda não transposta (o que pode suceder até 20 de Julho de 2011: cfr. art. 17.º, n.º 1).

Da análise dela, com efeito, não só sobressai o interesse relativo ao controlo dos fluxos migratórios, como é também por demais evidente uma estrita preocupação com os direitos dos cidadãos estrangeiros que o artigo em anotação pretende proteger,

ou seja e utilizando as palavras da Directiva, do "nacional de um país terceiro em situação irregular" e, portanto e ainda de acordo com as mesmas palavras, do "nacional de um país terceiro presente no território de um Estado-Membro que não preenche ou deixou de preencher as condições de permanência ou residência nesse Estado-Membro" (art. 2.º, al.ª b)).

Assim, está em causa a política imigratória quando, por exemplo, no seu art. 4.º, n.º 1, se estabelece para os Estados-Membros o dever de obrigarem os empregadores a exigirem aos nacionais de países terceiros que, antes de iniciarem o emprego, possuam e lhes apresentem "a respectiva autorização de residência válida ou outro documento que autorize a sua permanência".

Já são, porém, os direitos desses cidadãos que, como resulta dos arts. 6.º e 13.º, se pretendem salvaguardar quando, apesar do carácter ilegal do seu emprego, lhes é garantido, por exemplo, o pagamento das retribuições em atraso, ainda que a enviar para o país para o "qual o nacional do país terceiro tenha regressado voluntária ou coercivamente" (als. a) e c) do n.º 1 daquele primeiro artigo) ou a possibilidade de execução da decisão contra o empregador por qualquer remuneração em dívida, inclusive, nos casos em que tenha havido esse regresso (al.ª a) do n.º 2 do mesmo artigo) e se permite, assim, a diminuição da exploração de que tenha sido vítima, com a sua compensação ao nível remuneratório, a qual, no mínimo, corresponderá a três meses de salários, salvo se o empregador provar o contrário ou o trabalhador demonstrar que a duração da relação de trabalho foi superior.

Aliás, a preocupação, quanto a esses direitos, é de tal forma clara que o art. 15.º não deixa de atribuir aos Estados-Membros a faculdade de, relativamente ao disposto nos citados artigos, aprovarem ou manterem disposições mais favoráveis, desde que, obviamente, compatíveis com o que ela prescreve.

E, como se viu em anotação ao art. 183.º, a circunstância de uma Directiva aguardar a sua transposição para o direito interno não significa que careça de toda e qualquer eficácia, inclusive, para a interpretação daquele.

4 Há, porém, quem entenda que, com o crime em análise, se pretende proteger, por um lado, "os trabalhadores portugueses (ou da União Europeia) da concorrência da mão-de-obra ilegalmente introduzida no nosso país" e, por outro, a legalidade da mão-de-obra existente no mercado de trabalho, "o interesse geral do Estado de que" naquele "não sejam introduzidos trabalhadores ilegais para serem explorados na clandestinidade, sem direitos, sem protecção e com fuga ao fisco e ao cumprimento das obrigações perante a segurança social" (cfr. Ac. da RP, de 13.07.2005, proc. n.º 0540595).

Na esteira do anteriormente expendido, pensamos, porém, que a protecção do mercado de trabalho apenas releva enquanto valorada sob a vertente económica do controlo dos fluxos migratórios, enquanto fim, por outras palavras, da política migratória sob o ponto de vista da (des)necessidade para ele de migrantes económicos, especialmente no que diz respeito aos altamente qualificados, ou dos trabalhadores menos qualificados ou não qualificados ou de trabalhadores sazonais (face às regras a que o legislador subordina a sua admissão, através, inclusive, do presente artigo) e não, portanto, como um dos fins principais e, muito menos, autónomo de protecção, mas, e antes, como fazendo parte do todo que deve ser essa política.

Daí não só a inserção do respectivo tipo no RJEPSAE (e não como seria mais adequado no Código de Trabalho, por exemplo), mas também a relação que, no mesmo tipo, é estabelecida entre o aludido mercado e os títulos cuja concessão está ligada, em maior grau, aos objectivos da referida política, ou seja, a "autorização de residência ou visto que habilite o exercício de uma actividade profissional".

Por outro lado, e se estivesse em causa a ilegalidade do mesmo mercado ou a protecção de todos os trabalhadores da União Europeia, incluindo, os portugueses ou, se se quiser e face ao disposto no art. 59.º, os do próprio Espaço Económico Europeu, de Estado terceiro com o qual a Comunidade Europeia tenha celebrado um acordo de livre circulação de pessoas ou de Estados terceiros com residência legal em Portugal, seria, de todo, incompreensível, como acima se referiu, que, mesmo para a verificação do crime base de angariação de mão-de-obra ilegal, fosse exigível a intenção lucrativa do agente, tanto mais quanto é certo que, sem esta exigência, esses interesses seriam mais amplamente assegurados.

Precisamente porque, a par de interesses socioeconómicos do Estado, estão em causa bens jurídicos individuais essenciais da generalidade de um conjunto *a priori* inabarcável de pessoas e, por isso e tanto num caso, como no outro, bens jurídicos colectivos ou universais, o perigo para eles é abstractamente configurado ou antecipado para o momento em que o agente alicia ou angaria o cidadão estrangeiro, independentemente de qualquer adequação da conduta relativamente a esse perigo e, muito menos, da verificação efectiva, real do mesmo. **5**

O legislador, por outras palavras, como que pressupôs que a acção de aliciamento ou angariação do cidadão estrangeiro com os referidos propósito e motivo é, só por si, apta a produzir um perigo para o conjunto dos aludidos bens como elementos materiais integrantes do tipo de delito, dispensando a produção de qualquer resultado, concretamente, do traduzido pela introdução daquele no mercado de trabalho.

Também aqui, pois, se está perante um **crime de perigo abstracto**, o que leva a que a infracção se deva ter por consumada logo que se verifique, nos termos expostos, o aliciamento ou a angariação do cidadão estrangeiro, surgindo, assim e por outro lado, como um crime formal ou de mera actividade.

Aliciar é atrair a si, provocar, seduzir (cfr. LUÍS OSÓRIO, a propósito do crime de rebelião, Notas ao Código Penal Português, volume II, p. 119). **6**

Angariar, por sua vez, é recrutar, conseguir. Embora pressuponha, tal como a acção anterior, o contacto do agente ou de alguém a seu mando com o cidadão estrangeiro no sentido de este ser recrutado, vir a entrar ou a ser seduzido para entrar no mercado de trabalho, distingue-se dela, já que, para a sua verificação, exige-se ainda que ele aceite o convite ou a proposta que lhe é efectuada. **7**

Sobre o conceito de **cidadãos estrangeiros**, ver a anotação 4.1. ao artigo 181.º **8**

À **autorização de residência** aludem, entre outros, os arts. 74.º e ss. do RJEPSAE e 51.º e ss. do Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro. **9**

Conforme se verifica destes artigos, pode, quanto ao tempo da sua duração, ser temporária (a que é concedida pelo período de um ano a contar da data da emissão do respectivo título e renovável por períodos sucessivos de dois anos: arts. 74.º, n.º 1, al.ª a) e 75.º, n.º 1, do RJEPSAE) ou permanente (a que não tem limite de validade, embora o respectivo título tenha de ser renovado de cinco em cinco anos e sempre que houver alteração dos elementos identificativos dele constantes: arts. 74.º, n.º 1, al.ª b) e 76.º), tendo a primeira como pressuposto, entre outros, a posse de um visto de residência válido, concedido para uma das finalidades previstas no RJEPSAE para a concessão da autorização de residência (art. 77.º, n.º 1, al.ª a)), nomeadamente, para o exercício de uma actividade profissional subordinada (art. 59.º) ou para o exercício de uma actividade profissional independente ou para imigrantes empreendedores (art. 60.º).

Quanto ao fim, a autorização de residência pode, por sua vez, ser:

– para o exercício de actividade profissional (arts. 88.º e ss.),

– para estudo, estágio profissional não remunerado ou voluntariado (arts. 91.º e ss.) e

– para reagrupamento familiar (arts.. 98.º e ss.),
Há ainda autorizações de residência a vítimas de tráfico de pessoas ou de acção de auxílio à imigração ilegal (arts. 109.º e ss.), a titulares do estatuto de residente de longa duração em outro Estado-Membro da União Europeia (arts. 116.º e ss.) e em situações especiais (arts. 122.º e ss.).
Uma vez concedida, o seu titular, sem necessidade de autorização especial relativa à sua condição de estrangeiro, tem direito, nomeadamente, ao exercício de uma actividade profissional assalariada ou não assalariada, salvo o estabelecido em disposição especial (art. 83.º, n.º 1, als. b) e c)).
O artigo em anotação não distingue entre qualquer destas actividades e, na nossa óptica e como resulta do exposto, não há razões para distinguir, já que o controlo dos fluxos migratórios e os direitos dos trabalhadores estrangeiros tanto podem ser afectados com o exercício de actividades subordinadas, como com o de actividades independentes, sejam umas ou outras temporárias ou duradouras (sobre os conceitos de actividade profissional independente e actividade profissional temporária, ver art. 3.º, als. b) e c), respectivamente, do RJEPSAE). Efectivamente, e como se viu, o que o legislador quer, com a presente incriminação, é motivar os cidadãos, sejam eles estrangeiros (no sentido vulgar do termo e, portanto, de modo a abranger, aqui, os próprios cidadãos de países signatários do Espaço de Schengen, para além, obviamente, do nosso) ou não, a não introduzirem no mercado de trabalho imigrantes ilegais, não só porque pode ser perigoso para estes, mas também porque, dessa forma, poderá pôr-se em causa a política migratória do Estado e, como se referiu, estar-se a contribuir para o estímulo da principal razão ou fundamento que pode estar na base da decisão dos estrangeiros entrarem e (ou) permanecerem, ilegalmente, em Portugal: o trabalho.

10 Têm ainda em vista o exercício de uma actividade profissional subordinada ou independente o **visto para a obtenção de autorização de residência** (que, como já se disse, o RJEPSAE designa, por vezes, como visto de residência: cfr. arts. 45.º, al.ª e) e 52.º e ss.) e o **visto de estada temporária** (arts. 54.º, n.º 1, al.ª c) e ss.).Tanto um, como o outro, estão dependentes, para o primeiro desses fins, da existência de uma promessa ou contrato de trabalho relativos a empregos constantes das ofertas, de carácter temporário, não preenchidas pelos nacionais de Estados-Membros da União Europeia, do Espaço Económico Europeu ou de Estados terceiros residentes legais em território nacional (arts. 56.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1), salvo, no caso do primeiro, em que, em vez dessa promessa ou contrato, pode ser bastante a existência de habilitações, competências ou qualificações reconhecidas e adequadas para o exercício da actividade (compreendia no contingente global indicativo de oportunidades de emprego a aprovar anualmente pelo Conselho de Ministros, mediante parecer prévio da Comissão Permanente da Concertação Social) e de uma manifestação individualizada de interesse da entidade empregadora igualmente a favor daquele (al.ª b) do citado n.º 5).
No caso de exercício de uma actividade profissional independente é já exigido a existência de um contrato ou proposta escrita de contrato de prestação de serviços no âmbito de profissões liberais e que o titular do visto se encontre habilitado a exercer a actividade independente ou, tratando-se de imigrante empreendedor que pretenda investir em Portugal, que ele tenha efectuado operações de investimento ou comprove possuir meios financeiros disponíveis no território nacional, incluindo os decorrentes de financiamento obtido junto de instituição financeira no mesmo território e, para além disso, demonstre, por qualquer meio, a intenção de proceder a uma operação de investimento no País (art. 60.º)

O que os distingue, quanto ao exercício destes tipo de actividades, é que enquanto o de estada temporária se destina a permitir a entrada em território português ao seu titular para o exercício, com carácter temporário e em duração não superior, em regra, a seis meses, de uma das mesmas actividades (subordinadas ou independentes – art. 54.º, n.º 1, al.ª c)), o de residência, pressuposto indispensável da autorização de residência temporária (art. 77.º, n.º 1, al.ª a)), já se destina a permitir a entrada no mesmo território para ser pedido este tipo de autorização (a autorização de residência permanente, por sua vez, pressupõe a titularidade da autorização de residência temporária há pelo menos cinco anos: art. 80.º, n.º 1, al.ª a)), com vista a uma das referidas finalidades, destinando-se o prazo máximo de permanência, que permite (quatro meses – art. 58.º, n.º 2), a possibilitar a concessão dessa autorização, face à circunstância de o prazo para a decisão sobre o respectivo pedido (n.º 4 do art. 58.º) apenas se contar a partir da instrução do pedido (art. 54.º, n.º 3, parte final, aplicável por analogia).

11 Pelas razões acima referidas e para além de uma actividade profissional subordinada ou independente, o **mercado de trabalho** é não só o que as ofertas ou oportunidades de emprego digam respeito, mas também o não constante delas, nomeadamente, o ilícito. De outro modo, ter-se-ia que chegar à conclusão (absurda) que apenas cometia o crime em análise aquele que angariasse ou aliciasse cidadão estrangeiro (não habilitado com autorização de residência ou visto que habilite o exercício de uma actividade profissional) para o introduzir no mercado de trabalho a que se reportassem as ofertas ou oportunidades de emprego e já não o que o fizesse para o mercado não constituído pelas mesmas ofertas ou oportunidades. Desde que esteja em causa uma relação de serviço com um cidadão estrangeiro sem um dos aludidos títulos e sob pena de se fazer recair sobre o desprotegido as consequências da sua própria desprotecção, não pode o artigo deixar de ser aplicável, face ao conjunto de interesses concretos que visa salvaguardar, inclusive, do ponto de vista da indemnidade dessa própria relação (no sentido do exposto, com argumentação diferente e relativa ao exercício da profissão de "alternadeira", Ac. da RP, de 13.07.2005, proc. n.º 0540595).

12 No n.º 2 prevê-se uma **agravante** que tem como fundamento a maior criminalidade revelada pelo agente e que, por isso, pode ser consequência de um "modo de vida" ou de uma sua especial perigosidade, muito embora ela deva ter-se por preenchida, ainda que não se verifique qualquer desses elementos. Basta que os actos do n.º 1 sejam praticados de forma repetida com alguma proximidade temporal, que haja uma pluralidade deles "continuada" no tempo, independentemente de o seu autor dever ou não ser considerado perigoso ou de dever ou não considerar-se que ele faz dessa prática, de forma estável, uma das suas actividades usuais potenciadoras de benefícios pessoais ou sociais. A lei não diz com que número de actos se deve considerar verificada a agravante, deixando, por isso, ao critério do julgador a sua determinação, em cada caso particular.

13 De salientar, por outro lado, que, à semelhança do que sucede com o crime de auxílio à imigração ilegal, está-se perante um **crime de participação necessária da vítima**, pois, sendo a introdução no mercado de trabalho efectuada contra a vontade dela, deve o crime ter-se por excluído e preenchido outro, nomeadamente e consoante as circunstâncias, o de coacção, sequestro ou tráfico de pessoas, tal como, aliás, sucede com aquele.

14 Diferencia-se, porém, claramente do ilícito do artigo anterior, já que, como se disse, a acção que há-de integrá-lo deve ter como objectivo a introdução no mercado de trabalho de quem não tem o direito a entrar nele, entrada, aliás, que pode mesmo verificar-se antes do preenchimento daquele ilícito, que, assim, não tem,

necessariamente, que o preceder (em sentido contrário, Ac. do TRC, de 11.10.2003, *in* CJ, XXVIII, 4, 48). É o que sucederá, por exemplo, quando o cidadão estrangeiro entra em Portugal apenas para passar férias e, no decurso delas, vem a ser convencido a permanecer no País para trabalhar sem autorização de residência ou visto que o habilite ao exercício da actividade profissional tida em vista pelo agente. Nesta hipótese, na verdade, não só se deve entender que a entrada foi legal, como que o crime veio a servir de meio à permanência (pois, ao aliciar ou angariar o cidadão estrangeiro para o trabalho, o agente está favorecer esta), que apenas se transforma em ilegal a partir do momento em que o cidadão estrangeiro passe, efectivamente, a trabalhar e, por isso, numa altura em que, como se viu, ele já deve ter-se por consumado.

15 O **elemento subjectivo** é constituído pelo dolo genérico, traduzido pela vontade de aliciar ou angariar cidadão estrangeiro para o mercado de trabalho com o conhecimento de que este não se encontra habilitado com uma autorização de residência ou um visto que o habilite ao exercício de uma actividade profissional e, ainda, por um dolo específico, aqui consubstanciado na intenção de o agente vir a obter lucro e, portanto, em querer lograr um benefício económico ou outro de ordem material com o trabalho do estrangeiro. Este ânimo, o propósito de obter com o aliciamento ou a angariação um proveito ou uma utilidade ou, como se dizia na primeira redacção do tipo, a intenção de obter enriquecimento ilegítimo, enquanto no crime de auxílio está em relação com a entrada, trânsito ou permanência ilegais, no de angariação de mão-de-obra ilegal deve encontrar-se virado para a colocação do trabalhador estrangeiro no mercado de trabalho. E isto independentemente da forma (directa ou indirecta) por que o agente pretenda alcançar o ganho ou a utilidade e da pessoa de quem venha a obtê-lo. Pode lográ-lo, por exemplo, pela exigência ao empregador ou a um representante de um determinado benefício, como pelo pagamento, pelo próprio trabalhador, de uma só vez ou em percentagens no seu salário, de uma determinada quantia em dinheiro, situação esta que, no caso de intervenção de grupos criminosos, se cumula, frequentemente, com a anterior. Irrelevante é também o próprio montante ou o valor económico do benefício que pretenda obter ou que o cidadão estrangeiro venha ou não ter qualquer vantagem. Efectivamente, e porque apenas é exigível que aja com a intenção de obter o lucro, o crime não deixa de verificar-se mesmo que a vantagem não chegue a ser efectivamente obtida, podendo até mesmo haver prejuízo.

Do mesmo modo, também não deixa de verificar-se ainda que da acção venham a resultar benefícios para o trabalhador estrangeiro, muito embora não seja isto o que resulta da vida, face à situação de vulnerabilidade em que, geralmente, este se encontra, ainda que tão só com raiz na ilegalidade que envolve a sua introdução no mercado de trabalho. Esta situação, com efeito, senão impede, pelo menos dificulta seriamente o exercício dos seus direitos mais essenciais.

Não agindo o agente com intenção lucrativa (o que sucederá, sempre, se ele proceder apenas por compaixão ou solidariedade e, neste caso, ainda que com o oferecimento de condições de trabalho não iguais às dos trabalhadores acima referidos), a sua conduta ficará impune em termos criminais, salvo sendo-lhe imputado o crime de auxílio à imigração ilegal. Não sendo, deverá ser sancionado com a coima a que alude o art. 198.º, n.º 2.

16 **Sujeito activo** não tem de ser necessariamente um empresário, um empregador ou uma sociedade, podendo ser qualquer pessoa (imputável), inclusive, um cidadão estrangeiro de outro País subscritor da Convenção de Schengen ou qualquer (outra) pessoa colectiva ou entidade equiparada, por força do art. 182.º, n.º 1.

O conceito é, assim, mais amplo que o da Directiva 2009/52/CE, já que se pune aquele que angaria para um empregador determinado ou ainda não determinado no momento da acção, ao invés daquela que apenas tem em vista o empregador, definido como qualquer pessoa singular ou colectiva, incluindo empresas de trabalho temporário, por conta de quem ou sob cuja direcção e/ou autoridade o trabalho é realizado (cfr. art. 2.º, al.ª e)).

O que não significa, como é óbvio, que vá contra o que a mesma Directiva pretende. É que esta apenas "estabelece (…) normas mínimas comuns sobre sanções e medidas a aplicar nos Estados-Membros contra empregadores que violem" a proibição relativa ao emprego de nacionais de países terceiros em situação irregular (segunda parte do seu art. 1.º), pelo que, na nossa opinião, o art. 185.º do RJEPSAE, para respeitá-la, apenas necessita, a esse respeito, de um aperfeiçoamento no sentido de o empregador ser sempre punido, ainda que não seja o angariador.

17

Sujeito passivo é não só o Estado e a própria Comunidade Europeia (enquanto responsável pelo desenvolvimento de uma política de imigração em todos os Estados-Membros – "vide" anotações ao art. 183.º – e não obstante já competir a estes as decisões sobre o número de migrantes económicos a admitir para procurarem trabalho, por força do actual art. 79.º, n.º 5, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), mas também o conjunto (dado o carácter colectivo do bem jurídico protegido) de cidadãos estrangeiros que não possuam autorização de residência ou visto que habilite ao exercício de uma actividade profissional. E isto independentemente de estarem ou não no País e, estando, de terem entrado ilegalmente, estarem em trânsito ou permanecerem nele também ilegalmente. A entrada, o trânsito ou a permanência ilegais apenas relevarão, como se irá ver, para se saber se o crime está ou não em concurso aparente com o de auxílio à imigração ilegal.

Face ao que se expôs, não estão, aqui, naturalmente, abrangidos os estrangeiros que sejam titulares de um título que lhes permita o exercício de uma actividade profissional subordinada ou independente. Também não podem ser sujeitos passivos os cidadãos estrangeiros a que o RJEPSAE não se reporta, nomeadamente, os da União Europeia (*vide* anotação ao art. 181.º). O que, aliás, está já em conformidade com o âmbito de protecção pretendido pela Directiva 2009/52/CE, enquanto exclui dele "os beneficiários do direito comunitário à livre circulação, nos termos do n.º 5 do art. 2.º do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen)" e os "nacionais de países terceiros que se encontrem numa situação abrangida pelo direito comunitário, como os trabalhadores empregados legalmente num Estado-Membro que são enviados por um prestador de serviços para outro Estado-Membro no contexto da prestação de serviços" (cfr. art. 2.º, al.ª b) e n.º 5 da exposição de motivos).

Não custa compreender que o legislador tenha apenas protegido o cidadão estrangeiro sem um dos referidos títulos, deixando, assim, de lado os anteriores. Desde logo, em face da referida situação de vulnerabilidade, que o leva a aceitar o trabalho que lhe é oferecido em condições diferentes dos cidadãos nacionais e dos estrangeiros em situação legal, condições estas, muitas e muitas vezes, desvantajosas (em termos, v.g., de salários, duração do trabalho, higiene, segurança e salubridade), senão mesmo desumanas ("escravos dos tempos modernos", chama-lhes, expressamente, o Parecer do Parlamento Europeu sobre as propostas da República Francesa que vieram a dar origem à Directiva 2002/90/CE e à Decisão-Quadro 2002/946/JAI, "na medida em que ficam inteiramente na dependência

dos respectivos empregadores", sendo "explorados ao máximo, sem beneficiarem de qualquer protecção social": cfr. "Apreciação geral do teor das propostas", n.º 1). Por outro lado, enquanto estes podem recorrer, sem qualquer problema, à Inspecção de Trabalho ou aos tribunais, para que sejam repostos os seus direitos, os cidadãos estrangeiros (sem autorização de residência ou visto que os habilite ao exercício da actividade profissional que desempenham) dificilmente o fazem, pois sabem que, ao fazê-lo, podem estar a reconhecer a prática de infracções de natureza contra-ordenacional (ver, por exemplo, art. 192.º) e virem a ser expulsos ou notificados para abandonarem voluntariamente o País (por terem entrado ou estarem ilegalmente), com a consequente proibição de voltarem a entrar nele, pelo menos, por algum período de tempo, mesmo para o exercício legal da actividade desempenhada (ver, entre outros, arts. 52.º, n.º 1, al.ª a), 77.º, n.º 1, al.ª h) e 144.º). Acresce que a preocupação pelos direitos dos imigrantes ilegais é não só uma exigência do Estado de Direito, mas também um "imperativo categórico" de um País que, sendo, como é comummente designado, um País de emigrantes, não pode deixar de procurar obviar a que, também no seu território, existam indivíduos que, prevalecendo-se igualmente das causas da imigração ilegal, possam dar o tratamento indigno e ofensivo dos direitos laborais que, muitas vezes, é dado aos seus cidadãos nos países de destino para onde são ardilosamente atraídos.

O estrangeiro que é aliciado ou angariado para o mercado de trabalho apenas é punível com uma coima de 300 a 1200 euros, estando em causa o exercício de actividade profissional independente (art. 198.º, n.º 1).

Se a actividade profissional for subordinada, não sofrerá qualquer sanção, sem prejuízo de poder ser expulso se tiver entrado ou permanecer ilegalmente no País ou ser notificado a abandoná-lo voluntariamente (arts. 134.º, n.º 1, al.ª a) e 138.º), salvo se lhe vier a ser concedida a autorização de residência a que alude o art. 109.º, estando em causa igualmente o crime de auxílio à imigração ilegal.

Repare-se que essa autorização apenas é concedida se ele for vítima deste crime ou do de tráfico de pessoas, encontrando-se a relativa a este regulada pelo Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de Novembro.

18 São admissíveis todas as **formas de comparticipação**, sendo, por isso, possível cogitar todo um conjunto de situações que podem ir desde o promotor que, por si mesmo ou através de um familiar, amigo ou um conhecido, contacta e convence a pessoa que há-se ser introduzida no mercado de trabalho (eventualmente, enganando-a ou recorrendo a qualquer outro artifício fraudulento), até ao que auxilia o angariador, transportando, por exemplo, o cidadão estrangeiro até ele.

19 Como com ele não se visa, conforme acima se viu, a concreta protecção de bens jurídicos pessoais, mas os de qualquer pessoa que possa ser abrangida pelo referido conjunto, o agente não cometerá tantos crimes quanto os cidadãos estrangeiros angariados ou aliciados, mas apenas **tantos quantas as resoluções** (no sentido de determinações da vontade…) que tiverem sido formuladas, sem prejuízo, sendo caso disso, da sua unificação através da figura do **crime continuado** (art. 30.º, n.º 2) e ainda que cada uma delas diga respeito a uma pluralidade de imigrantes. A natureza colectiva da protecção dos referidos direitos não deixa, aliás, de ser bem evidenciada, não só pelo tipo deles (enquanto dizem respeito aos trabalhadores em conjunto e não a um em particular), mas também, e como já se referiu a propósito do art. 183.º, pela própria circunstância de o artigo em análise referir-se ao titular desses direitos utilizando o plural ("cidadãos estrangeiros"), ao invés do que sucede naquele artigo, em que, como se verifica dele, é sempre utilizado o singular, vincando-se, também sob este aspecto, a natureza individual do bem jurídico pelo mesmo protegido.

Essa utilização, porém, não significa que o tipo só se deva ter por preenchido quando sejam dois ou mais os cidadãos estrangeiros angariados ou aliciados para o mercado de trabalho. O crime não deixa de verificar-se ainda que seja só um cidadão, pois, com a sua acção, o agente sempre estará a pôr em perigo a gestão dos fluxos migratórios e, além disso, os direitos que a esse cidadão cabem enquanto integrado no grupo acima indicado.

20 Conforme resulta do exposto e se referiu em anotação ao artigo 181.º, o crime de angariação de mão-de-obra ilegal, quando subsequente à entrada do cidadão estrangeiro, pode estar numa relação de **concurso** aparente com o de auxílio à imigração ilegal, na modalidade de permanência, sendo excluído por força do princípio da consunção, se não se verificar a sua forma agravada. Verificando-se, já o agente deverá ser punido por ele, por assegurar uma maior protecção (princípio da consunção impura).

Estando em causa o crime de auxílio à imigração ilegal agravado do n.º 3 do art. 183.º já, obviamente, voltará a ser excluído, por força do aludido (primeiro) princípio.

Aliás, sempre que o aliciamento ou a angariação ocorram no estrangeiro relativamente, como é óbvio, a cidadão estrangeiro não habilitado com autorização de residência ou visto que habilite ao exercício de uma actividade profissional haverá sempre concurso aparente entre o crime da angariação de mão-de-obra ilegal e o de auxílio à imigração ilegal na modalidade de entrada ou trânsito, consoante as circunstâncias, concurso este a resolver com a exclusão do segundo, nos casos dos n.os 1 ou 2 do art. 183.º, e do primeiro, no caso do n.º 3 do mesmo artigo.

Em virtude da diversidade de bens jurídicos e não se poderem, por isso, estabelecer relações de mais ou menos entre eles, haverá sempre concurso real entre o crime em causa e, por exemplo, os de burla ou falsificação de documentos cometidos como meio para a sua prática.

21 De acordo com o art. 198.º, n.º 2, o empregador de cidadão estrangeiro não autorizado a exercer uma actividade profissional nos termos do RJEPSAE fica sujeito, por cada um deles, à aplicação de uma das **coimas** previstas pelo mesmo número, pelo que, sendo ele próprio também autor (mediato ou imediato) ou cúmplice do crime de angariação de mão-de-obra ilegal, poder-se-á levantar a questão de saber se ele deve ou não ser punido também por essa contra-ordenação.

A resposta afigura-se-nos negativa. Não porque se esteja perante o mesmo facto (que não é) e seja, portanto, aplicável o disposto no art. 20.º do Regime Geral das Contra-Ordenações (Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro), segundo o qual "se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação". Antes, por se dever ter a protecção visada com a contra-ordenação esgotada com o crime de angariação de mão-de-obra ilegal, pois, embora para o preenchimento deste não seja necessário que o cidadão estrangeiro venha a ser introduzido no mercado de trabalho, a verdade é que aquele crime não deixa de erigir esta introdução como objectivo do aliciamento ou angariação daquele e, desta forma, de a pressupor. O concurso não é, assim, ideal.

22 Também aqui se mantiveram as molduras previstas pelo anterior RJEPSAE. Sobre as **penas aplicáveis** às pessoas colectivas, ver as anotações aos arts. 182.º e 183.º

23 De salientar que, à semelhança do que sucede nos crimes anteriores, também no crime de angariação de mão-de-obra ilegal à responsabilidade criminal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas acresce a **responsabilidade civil** nos termos dos n.º 2 e 3 do art. 182.º (ver as anotações a este artigo).

24 Entendendo-se que o crime é de consumação antecipada, não será difícil de aceitar que o **tribunal territorialmente competente** para conhecer dele será, não o do local

da introdução no mercado de trabalho, mas o da área em que se tiver verificado a angariação ou o aliciamento (art. 19.º, n.º 1, do CPP).
Se este local for estrangeiro, já será o da área onde o agente for encontrado ou o do seu domicílio ou, não sendo possível determinar, por esta forma, a competência, o da área onde primeiro tiver havido notícia do crime (art. 22.º, n.º 1, do mesmo Código).
De salientar, neste caso, que a aplicação da lei penal portuguesa quando não resulte da circunstância de a comparticipação do agente ter ocorrido em Portugal, sempre se verificará em virtude do disposto nos n.os 1, als. e) (primeira parte), f) ou g) ou 2 (este, face, nomeadamente, ao disposto nos arts. 3.º e 5.º da Convenção n.º 143 da OIT, aprovada para ratificação, como acima se referiu, pela Lei n.º 52/78, de 25 de Julho) do art. 5.º do CP.

Artigo 186.º
Casamento de conveniência

1. Quem contrair casamento com o único objectivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade é punido com pena de prisão de 1 a 4 anos.

2. Quem, de forma reiterada ou organizada, fomentar ou criar condições para a prática dos actos previstos no número anterior é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2
O tipo objectivo (anotações 3 a 5)
O tipo subjectivo (anotação 6)
O sujeito activo (anotação 7)
O sujeito passivo (anotação 8)
A tentativa (anotação 9)
A pena (anotação 10)
A prova (anotação 11)
A investigação (anotação 12)

1 O tipo é novo e é o resultado da discussão e votação, na especialidade, da proposta do Partido Social Democrata relativa à substituição do artigo 186.º da Proposta de Lei n.º 93/X do Governo, que dispunha: "1 - Quem contrair casamento com o único objectivo de proporcionar a um nacional de Estado terceiro a obtenção de um visto ou de uma autorização de residência ou a fraude à lei da nacionalidade é punido com pena de prisão de um a quatro anos. 2 - A tentativa é punível." Na exposição de motivos da mesma Proposta, justificou-se a criminalização para "dissuadir a utilização deste meio como forma de defraudar a legislação em matéria de imigração e nacionalidade. Assim, quem casar com estrangeiro com este intuito passa a cometer um ilícito criminal punível com pena de prisão de um a quatro anos".

2 O casamento por conveniência (influência do francês *mariage de complaisance*) ou, como também é conhecido, "casamento por passaporte" ou, na terminologia francesa, casamento branco (*mariage blanc*) é, pacificamente, reconhecido como uma forma de promoção de imigração ilegal, na modalidade, sobretudo, de permanência,

sendo punido em diversos Países (v.g., em França, Bélgica, Alemanha, etc.) e pode mesmo ser um caso de tráfico se o casamento é forçado por um dos meios previstos pelo artigo 160.º do CP. É definido pelo artigo em análise como aquele que tem unicamente por objectivo proporcionar a obtenção ou obter um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade e nunca, portanto, constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos do artigo 1577.º do Código Civil (PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, Curso de Direito de Família, vol. I, 3.ª ed., p. 213 e s.).

A definição parece ser mais ampla que a do n.º 1 da Resolução do Conselho de 4 de Dezembro de 1997 sobre as medidas a adoptar em matéria de luta contra os casamentos brancos (J.O n.º C 382, de 16/12/1997, pp. 0001 e 0002), já que, para efeitos dela, entende-se por "casamento branco (…) o casamento de um nacional de um Estado-Membro ou de um nacional de um país terceiro com residência legal num Estado-Membro, com um nacional de um país terceiro, tendo por único objectivo contornar as regras relativas à entrada e permanência de nacionais de países terceiros e obter, para o nacional do país terceiro, uma autorização de estadia ou uma autorização de residência num Estado-Membro".

Não se alude, pois, à fraude à legislação em matéria de aquisição de nacionalidade, pelo que, *prima facie*, poderia pensar-se que, com o actual artigo, também se teria em vista a protecção, *tout court*, do casamento enquanto fonte de aquisição da nacionalidade (por efeito da vontade), nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 37/81, de 3 de Outubro (Lei da Nacionalidade), segundo o qual "o estrangeiro casado há mais de três anos com nacional português pode adquirir a nacionalidade portuguesa mediante declaração feita na constância do matrimónio".

De notar, porém, os fins do diploma que o consagra (RJEPSAE), nomeadamente, enquanto com ele se visa a regulação dos fluxos migratórios de Países terceiros (*vide* o seu artigo 4.º) para Portugal (uma gestão eficaz dos mesmos fluxos, para utilizarmos a terminologia do actual artigo 79.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), em ordem a evitar a precariedade do acolhimento e a não integração dos imigrantes e, desta forma, a garantir a defesa dos seus direitos, seja como grupo e, portanto, colectivamente, seja individualmente, tudo com vista a que aquela seja real e humanista e, ainda, a lograr a defesa dos demais interesses que a referida regulação visa, nomeadamente, do ponto de vista da segurança interna (*vide* anotações ao artigo 183.º, sobretudo, anotação 4).

Daí que a expressão "defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade" deva ser interpretada em conjugação com esses fins e, em consequência, entender-se que, com o crime em análise, se pretende **proteger**, não o casamento (enquanto fonte de aquisição daquela) ou a família (ver artigos 36.º da CRP e 247.º do CP) ou a própria nacionalidade (nomeadamente, enquanto valor encarado sob o prisma dos princípios constitucionais e comunitários da não discriminação em razão do sexo e do livre desenvolvimento da personalidade), mas evitar que o matrimónio seja utilizado como meio imediato ou mediato de defraudar as leis que regulam a entrada e permanência, no País, de estrangeiros, concretamente e na segunda situação, com a naturalização a ele subsequente, pondo, assim, em causa o controlo dos fluxos migratórios e o poder soberano a este inerente de o Estado decidir quem pode entrar e permanecer no território nacional.

A defraudação da legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade, por outras palavras, apenas releva porque o legislador presume, só pelo facto de o casamento ser contraído com o objectivo dessa defraudação, o perigo para a gestão dos fluxos migratórios, entendida nos termos expostos.

3 O que significa que estamos perante um **crime de perigo abstracto**, partindo o legislador do pressuposto de que, com a realização do casamento com um dos objectivos descritos pelo tipo, é imediatamente ofendido o interesse (público) relativo ao controlo dos fluxos migratórios, independentemente, pois, de este interesse vir ou não a ser, efectivamente, lesado. Daí que ele deva ter-se por **consumado** logo que aquele seja celebrado, não sendo, pois, necessário que o propósito do agente venha a ser concretizado.

4 São **elementos constitutivos objectivos**:

a) que seja celebrado um casamento entre um cidadão português ou um estrangeiro autorizado a residir em Portugal e, portanto, ainda que pertencente ao círculo daqueles a que não se aplica o RJEPSAE, e um estrangeiro relativamente ao qual já se verifique a aplicação; e

b) que este casamento não tenha outro objectivo senão o de proporcionar a obtenção ou obter um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade.

A lei permite a concessão de um visto ou autorização de residência, em consequência de casamento, nas situações de deferimento do **pedido de reagrupamento familiar** (artigos 67.º e 107.º).

Relativamente às demais situações, concretamente, à do estrangeiro nacional de país terceiro casado com cidadão português ou de outro Estado-Membro da União Europeia, o casamento possibilita-lhe que, sem visto ou autorização, possa, em regra, entrar em Portugal e, embora com algumas restrições quanto ao cônjuge de um cidadão desses outros Estados, residir permanentemente em Portugal (cfr. artigos 2.º, al.ª e) e i), 3.º, n.º 5, 4.º e 6.º e ss. da Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto)

Como resulta da anotação ao artigo 185.º, o **visto de residência** ou, como também é designado, visto para a obtenção de autorização de residência, é sempre temporário (habilitando o seu titular a permanecer por um período de quatro meses, tempo reputado como razoável para a decisão sobre o respectivo pedido), enquanto a autorização de residência pode ser temporária ou permanente, constituindo aquele visto pressuposto da primeira destas autorizações e a mesma (primeira) autorização da segunda.

Daí que, sendo ambos os nubentes titulares de uma autorização permanente, nenhum deles, inclusive, o que case com falta de vontade por simulação, possa cometer o crime.

Mas já comete aquele que, sendo apenas titular de uma autorização de residência temporária, ainda que há mais de cinco anos, mas não reunindo, por exemplo, o pressuposto da al.ª b) do n.º 1 do artigo 80.º do RJEPSAE, contrai matrimónio apenas com o objectivo de vir a lograr a sua residência permanente por o outro nubente ser português ou cidadão de outro Estado-Membro da União Europeia (artigos 3.º, n.º 5 e 10.º, n.º 2, da Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto).

Do mesmo modo, também o pratica o estrangeiro (autorizado a residir no nosso País) que casa apenas para que outro venha obter, ao abrigo do direito ao reagrupamento familiar, um visto de residência (artigo 64.º) ou uma autorização de residência de duração idêntica à de que é titular (artigos 98.º, 99.º, n.º 1, al.ª a), e 107.º, n.º 1 e 2).

5 Sob o n.º 2 do artigo, prevêem-se **modalidades agravadas**, concretamente, em virtude:

– da prática reiterada de actos de fomento ou de criação de condições para a realização de casamentos relativamente aos quais não presida outro objectivo senão o de ser proporcionada a obtenção ou obtido um visto ou uma autorização de residência ou a defraudação da legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade; e

– do carácter organizado do crime.

Esta agravante é o resultado da constatação da existência de redes organizadas que, dedicando-se à introdução ou (e) manutenção de terceiros no mercado, sobretudo, sexual ou ao aproveitamento da aspiração a uma melhor vida do imigrante ilegal, favorecem ou facilitam a celebração de casamentos de conveniência, recorrendo a indivíduos incautos ou sem escrúpulos dispostos a figurar no registo civil como futuros cônjuges, mediante uma contrapartida financeira,

Não diz o RJEPSAE o que deve entender-se por "forma organizada", ao invés do que sucedia com o artigo 2.º, n.º 1, alínea b), do Decreto-Lei n.º 93/2003, de 30 de Abril, para os efeitos do disposto na alínea ee) do n.º do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 275-A/2000, de 9 de Novembro, e na alínea ee) do artigo 4.º da Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto (definição da competência da Polícia Judiciária para a investigação criminal).

Aí, com efeito, se prescrevia que o crime tributário assumia "forma organizada" quando a sua consumação resultasse da actuação de grupo, organização ou associação cuja finalidade ou actividade fosse a prática de crimes tributários.

Pensamos, porém, que nada obsta a que se adopte conceito idêntico, contanto que se abandone, como resulta da anotação ao artigo 184.º, na definição de grupo, organização ou associação a ideia (que também não resultava da citada alínea) de, para o efeito, ser necessário a existência de "um centro autónomo de imputação fáctica das acções prosseguidas em nome e no interesse do conjunto" e não se esqueça, em consequência, em face, nomeadamente, das exigências internacionais, tão prementes também nesta matéria, que, ao lado de grandes organizações criminais que dispõem de meios abundantes para delinquir e que podem estender a sua actividade a todo o território de um país ou a vários Estados, existem inúmeros grupos, uns pequenos, outros medianos, que, pela sua acção, não deixam de pôr em perigo os interesses cuja protecção se pretende salvaguardar e de reunir, assim, as características próprias da delinquência organizada (cfr., neste sentido, Joaquin Delgado, Criminalidad Organizada, Barcelona, 2001, pp. 35 e ss.).

Sobre o alcance da expressão "forma reiterada", *vide* anotação 12 ao artigo 185.º

6 Conforme resulta do exposto, não basta que o agente tenha a vontade de casar, sem constituir família ou, por outras palavras, de não celebrar um verdadeiro matrimónio (dolo genérico). É preciso ainda um **dolo específico**, traduzido pelo fim de o agente ter como único objectivo proporcionar a obtenção ou obter um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade. Do que se segue que se, para além do objectivo de proporcionar essa autorização, o cidadão português ou de outro Estado-Membro da União Europeia, por exemplo, casa também com o de constituir família e, portanto, o de celebrar um casamento válido, o crime já não se pode considerar praticado, em virtude, obviamente, de o seu propósito não ser apenas aquele.

Pela mesma razão, também não o comete o cidadão estrangeiro que casa para que outro venha a obter, ao abrigo do direito ao reagrupamento familiar, uma autorização de residência de duração idêntica à de que é titular e, simultaneamente, o de celebrar um casamento verdadeiro.

Mas já se deve considerá-lo praticado, relativamente ao nubente que aja (exclusivamente) com um dos propósitos referidos no tipo, ainda que o outro não o faça, caso em que, como é óbvio, apenas aquele o praticará.

7 **Sujeito activo** do crime pode ser qualquer pessoa singular e, portanto, tanto aquele que visa proporcionar ao estrangeiro (não abrangido pelo artigo 4.º, n.º 2 e, portanto, a que seja aplicável o RJEPSAE) a obtenção de um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação em matéria de aquisição da nacionalidade portuguesa, para que ele possa residir em Portugal, como o próprio estrangeiro

que case com o propósito dessa defraudação ou tão somente obter ou poder vir a obter um visto ou autorização de residência.
Verificando-se os pressupostos das alíneas do n.º 2 do artigo 11.º do CP e atento o disposto no art. 182.º, n.º 1, do RJEPSAE, pode também ser a pessoa colectiva (ou entidade equiparada) a que esteja ligado o agente que, por exemplo, determina o cidadão português a casar com o estrangeiro que pretende residir em Portugal. Ela responderá, então, solidariamente, nos termos da lei civil, pelo pagamento das multas, coimas, indemnizações e outras prestações em que for condenado o agente do crime (n.º 2 do art. 182.º) e ficará sujeita às penas principais e acessórias enumeradas pelo artigo 90.º-A) do CP (ver anotações ao artigo 182.º).

8 **Sujeito passivo** é o Estado português e, pelas razões referidas nos artigos anteriores, a própria Comunidade Europeia.

9 Não chegando o casamento a celebrar-se, por circunstâncias independentes da vontade do agente (ver artigo 24.º do CP), estar-se-á perante uma **tentativa**, punível nos termos do n.º 3 do artigo e dos artigos 23.º, n.º 2 e 73.º do CP. É o que sucederá, por exemplo, quando iniciado o processo a que aludem os artigos 134.º e ss. do CRC, o conservador venha a proferir despacho desfavorável, nos termos dos artigos 144.º, n.º 1, do mesmo diploma e 1613.º do CC.

10 Ao invés do que sucede relativamente a outros crimes (v.g., crimes contra a liberdade sexual e contra a autodeterminação sexual, face ao disposto no art. 179.º do CP), a lei não previu qualquer efeito (não automático), derivado da prática do crime (e, portanto, uma pena acessória), ao nível da validade do casamento por conveniência. Daí que, para a sua anulação, se torne necessário o recurso à acção a que alude o artigo 1640.º, n.º 1, do CC, com base no disposto no artigo 1635.º, al.ª d), do mesmo diploma, já que, como acima se disse, se está perante um casamento simulado.

11 Trata-se de um crime de muito difícil prova, só susceptível, na generalidade dos casos, de ser provado através da prova indiciária, sob pena de, a não atender-se a esta, a absolvição e a impunidade dos agentes serem a regra e, desta forma, o julgador inutilizar a repressão Penal.
Muito dificilmente, com efeito, se logrará prova directa, ponderando que as pessoas, que a poderiam fornecer ou, pelo menos, contribuir para o esclarecimento dos factos, são, precisamente e na generalidade dos casos, os autores do crime.
De acordo com o n.º 2 da Resolução acima referida são, entre outros, indícios de que um determinado casamento é um casamento branco:
– a ausência de vida em comum,
– a ausência de contribuição adequada para os encargos decorrentes do casamento,
– o facto de os cônjuges nunca se terem encontrado antes do casamento,
– o facto de os cônjuges se enganarem (de forma evidente, clara) sobre os dados respectivos (nome, morada, nacionalidade, emprego), sobre as circunstâncias em que se conheceram ou sobre outras informações importantes de carácter pessoal que lhes digam respeito,
– o facto de os cônjuges não falarem uma língua que seja compreendida por ambos,
– o facto de ser remetida uma quantia em dinheiro para que o casamento seja celebrado (com excepção das quantias entregues a título de dote nos casos de nacionais de países terceiros em que a entrega de um dote constitui uma prática normal),
– o facto de o passado de um ou de ambos os cônjuges revelar indicações sobre casamentos brancos anteriores ou irregularidades de residência.
Ainda segundo o referido preceito, estas indicações podem resultar:
– de declarações dos interessados ou de terceiros,
– de informações provenientes de documentos escritos, ou

– de informações obtidas durante um inquérito.
Entre as "outras informações importantes de carácter pessoal respeitantes aos cônjuges" contam-se as respeitantes à existência ou não de relações antes do matrimónio, à coabitação prévia, à troca ou não de correspondência, ao estabelecimento de conhecimentos comuns, à existência ou não de um filho comum, ao período ininterrupto de namoro, à existência ou não de familiares, nomeadamente, do pai ou da mãe ou dos filhos do outro, etc.
Importa, porém, notar que o conhecimento destes dados não necessita de ser exaustivo, bastando que seja suficiente, de modo a persuadir da sinceridade da relação matrimonial e que à persuasão – que não pode deixar de assentar numa valoração conjunta de todos os elementos disponíveis – não deve obstar o simples desconhecimento de um dado isolado e, muito menos, o engano sobre os chamados dados acessórios ou secundários, isto é, aqueles não dizem, directamente, respeito à pessoa do outro como, por exemplo, o conhecimento pessoal dos respectivos familiares e os factos da vida passada de cada um.
De salientar que alguns dos indícios apontados, concretamente, a coabitação prévia e a existência de um filho comum, são, expressamente, indicados pelo artigo 104.º, n.º 2, do RJEPSAE como factores a atender no exame do pedido relativo a pessoa que mantenha uma união de facto com o requerente de reagrupamento familiar.
Segundo o Serviço Federal de Migrações Suíço, são ainda indicações de um casamento por conveniência:
– a celebração do casamento na sequência da recusa de um pedido de asilo ou de permanência;
– a circunstância de o nacional ou o titular de uma autorização de residência ser conotado com determinados grupos marginais (v.g., prostituição, consumo de estupefacientes, alcoolismo, etc.);
– a grande diferença de idades entre os cônjuges;
– o pouco tempo de conhecimento entre os cônjuges;
– a inexistência de ligações ao País, etc.
Estamos perante um crime de investigação prioritária (art. 4.º, n.º 1, al.ª f), da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho), para o biénio de 2009-2011, face à necessidade de impedir a utilização do casamento por conveniência "como forma de defraudar a legislação em matéria de imigração e de nacionalidade" (cfr. n.º 1 do Anexo). **12**

Artigo 187.º
Violação da medida de interdição de entrada

1. O cidadão estrangeiro que entrar em território nacional durante o período por que essa entrada lhe foi interditada é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 100 dias.

2. Em caso de condenação, o tribunal pode decretar acessoriamente, por decisão judicial devidamente fundamentada, a expulsão do cidadão estrangeiro, com observância do disposto no artigo 135.º

3. Sem prejuízo do disposto no n.º 1, o cidadão estrangeiro pode ser afastado do território nacional para cumprimento do remanescente do período de interdição de entrada, em conformidade com o processo onde foi determinado o seu afastamento.

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)

Os sujeitos activo e passivo (anotação 7)
A exclusão da ilicitude e a suspensão do processo penal (anotação 8)
O concurso (anotações 9 e 10)
A pena (anotações 11 e 12)

1 A disposição corresponde ao art. 136.º-B) do anterior RJEPSAE (Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto), na redacção do Decreto-Lei n.º 34/2003 de 25 de Fevereiro, notando-se apenas ligeiras diferenças de redacção, sobretudo, quanto ao n.º 1, que dispunha: "Constitui crime punível com pena de prisão até 2 anos ou multa até 100 dias a entrada em território nacional de estrangeiros durante o período por que a mesma lhe foi interditada".

2 A conduta era já punida pelo art. 53.º do Decreto-Lei 264-B/81, de 3 de Setembro, tendo a primitiva redacção do anterior RJEPSAE, na esteira do art. 90.º do Decreto-Lei 59/93, de 3 de Março, limitado a sua previsão aos casos de inobservância da ordem de expulsão, face à sua epígrafe ("violação da decisão de expulsão"). Apenas com o Decreto-Lei n.º 34/2003 se alargou o âmbito do tipo a todos os casos de não cumprimento da recusa de entrada, substituindo-se a epígrafe pela que o artigo em análise ainda possui.

3 Pretende-se **garantir a efectividade das proibições de entrada** e, desta forma, uma mais eficaz gestão dos fluxos migratórios [fim de toda a política de imigração, como bem se assinala, por exemplo, na Comunicação da Comissão COM(2002) 175 final, de 10.04.2002, sobre o "Livro Verde relativo a uma política comunitária em matéria de regresso dos residentes em situação ilegal, na esteira das Conclusões do Conselho Europeu de Tampere de Outubro de 1999: *vide* pontos 22 a 25], face ao tipo de interesses que a sua violação poderá pôr em causa, aqui encarados do ponto de vista, não apenas socioeconómico, mas também, e sobretudo, da ordem pública, da segurança nacional, da saúde pública e das próprias relações internacionais de Estados membros da União Europeia e dos Estados onde vigore a Convenção de Schengen.

Não é outra, com efeito, a conclusão que se extrai da conjugação do disposto no artigo em causa com os arts. 32.º e ss., enquanto pressupõem uma decisão (eficaz) a recusar a entrada em território português ao cidadão estrangeiro que:

– não reúna cumulativamente os requisitos legais de entrada (ver arts. 9.º e ss. e anotação 5 ao art. 181.º);

– esteja indicado para efeitos de não admissão no Sistema de Informação Schengen (ver arts. 92.º e ss. da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 e anotação 2 ao art. 181.º) ou no Sistema Integrado de Informações do SEF (ver art. 33.º do RJEPSAE); ou

– constitua perigo ou grave ameaça para a ordem pública, a segurança nacional, a saúde pública ou para as relações internacionais de Estados membros da União Europeia, bem como de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação (sobre a decisão de recusa de entrada, ver art. 38.º).

Os valores em causa não deixam, aliás, de extrair-se, na sua maioria, dos próprios motivos que, para efeitos de não admissão no País do cidadão estrangeiro, levam à inserção da sua identificação no segundo dos Sistemas.

Assim, são razões de ordem pública e de segurança nacional que levam à inserção nele de todos aqueles:

a) que tenham sido expulsos do País ou conduzidos à fronteira por determinação do juiz competente, depois de terem sido detidos por entrada ou permanência ilegal;

b) que tenham sido reenviados para outro país ao abrigo de um acordo de readmissão;

c) em relação aos quais existam fortes indícios de terem praticado factos puníveis graves; e
d) em relação aos quais existam fortes indícios de que tencionam praticar factos puníveis graves ou de que constituem uma ameaça para a ordem pública e para a segurança nacional (arts. 33.º, n.º 1, 146.º, n.º 1, e 147.º).
Tem já a ver com a defesa das relações internacionais a inserção de cidadãos estrangeiros em relação aos quais existam fortes indícios de que constituem uma ameaça para esse tipo de relações de um Estado-Membro da União Europeia ou de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação (art. 33.º, n.º 1, al.ª d).
Tem, finalmente, a ver com o interesse socioeconómico, nomeadamente, do ponto de vista de novos dispêndios com novos pedidos de regresso, em face de novas entradas, a inscrição e manutenção no referido Sistema pelo período de três anos, a contar do abandono, do cidadão estrangeiro cujo regresso ao país de origem tenha sido apoiado pelo Estado Português, salvo havendo restituição dos montantes recebidos, acrescidos de juros à taxa legal (arts. 33.º, n.º 2 e 139.º, n.º 1 e 2).
Como se verifica do artigo 93.º da Convenção de Aplicação, alheio aos interesses em causa, não é, aliás, o próprio Sistema de Informação de Schengen, enquanto instrumento indispensável à existência de um espaço de liberdade, segurança e justiça e, por isso, em ordem a evitar que os criminosos se aproveitem da falta de controlo interno para melhor concretizarem os seus fins, ainda que tão-só de subtracção ao controlo das autoridades nacionais (sobre os fins desse Sistema, parte final da anotação 2 ao artigo 181.º)
Aí, com efeito, se estabelece como um dos seus objectivos a preservação, precisamente, da ordem e a segurança públicas, incluindo a segurança do Estado, para, de seguida, se acrescentar, no art. 96.º, n.os 1 e 2, que os dados a inserir no sistema com base nas decisões das autoridades administrativas ou dos órgãos jurisdicionais podem resultar do facto de estas serem fundadas na ameaça para esses valores e que esta ameaça pode, por sua vez, derivar, nomeadamente, de o estrangeiro ter sido condenado por um crime passível de uma pena privativa de liberdade de, pelo menos, um ano ou de se estar perante estrangeiro relativamente ao qual existem fortes razões para crer que praticou facto puníveis graves, incluindo, o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de qualquer natureza, ou relativamente ao qual existem indícios reais para supor que tenciona praticar tais factos no território de uma Parte Contratante (sem que caiba, acrescente-se, às autoridades dos Estados alheios às referidas decisões formularem qualquer juízo próprio sobre o bem fundado da indicação: Ac. do STA, de 25.09.2003, proc. n.º 01349/02).
O mesmo se diga relativamente a disposições como as dos artigos:
– 67.º, n.º 1, enquanto prevê a concessão, a título excepcional, nos postos de fronteira, de vistos de trânsito ou de curta duração, estabelecendo como pressuposto que o cidadão estrangeiros "não constitua uma ameaça para a ordem pública, para a segurança nacional ou para as relações internacionais de um Estado-Membro da União Europeia";
– 77.º, n.º 2, ao prescrever que "pode ser recusada a concessão de autorização de residência por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública";
– 85.º, n.º 1, al.ª d), quando prevê como motivo de cancelamento da autorização de residência "razões de ordem ou segurança públicas";
– 106.º, n.º 1, al.ª c), ao indicar como motivo do indeferimento do pedido de reagrupamento familiar a circunstância de "a presença do membro da família em território nacional constituir uma ameaça à ordem pública, à segurança pública ou à saúde pública";

– 119.º, quando prevê o indeferimento do pedido de autorização de residência por razões de ordem e segurança públicas (n.º 1) e de ameaça para a saúde pública (n.º 4);
– 120.º, n.º 1, al.ª a), quando enuncia como motivos de cancelamento e não renovação de autorização de residência as duas primeiras razões;
– 127.º, n.º 1, ao prever os mesmos motivos para a recusa do estatuto de residente de longa duração; e
– 134.º, n.º 1, al.ª b), quando estabelece que é expulso do território português o cidadão estrangeiro que atente contra a segurança nacional ou a ordem pública.

4 Não obstante, à **protecção** também não será estranho o próprio interesse do Estado em que sejam respeitadas as decisões das suas autoridades que determinem a interdição de entrada, independentemente do processo onde sejam proferidas, interesse que surge, assim, nesses casos, como paralelamente protegido.

5 São **elementos constitutivos objectivos** do crime:
a) – que o agente esteja interdito de entrar no País e
b) – que ele entre no território nacional enquanto vigorar a medida de interdição.
Sobre o que se deve entender por território nacional, ver anotações ao art. 181.º
A **medida de interdição** encontra-se prevista, no RJEPSAE, para a expulsão, caso em que não poderá ser inferior a 5 anos (art. 144.º), seja esta ordenada administrativamente (art. 149.º, n.º 3, al.ª c) ou judicialmente (art. 157.º, n.º 1, al.ª c).
Encontra-se também prevista para o caso de o cidadão estrangeiro ser conduzido à fronteira na sequência da aceitação do abandono voluntário do território nacional ou reenviado para outro Estado ao abrigo de convenção internacional, não podendo, então, ser inferior a 1 e 3 anos, respectivamente (arts. 147.º, n.º 3, e 167.º).
A ela reporta-se ainda a Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Dezembro de 2008 (relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular e publicada no JOUE, L 348, de 24.12.2008, pp. 98 e ss.), que entrou em vigor em 13 de Janeiro de 2009 (cfr. art. 22.º), e que, apesar de ainda não transposta, para o direito interno (deve sê-lo, pelo menos, até 24 de Dezembro de 2010: art. 20.º), não pode, desde essa data, de ser atendida na interpretação dos pertinentes preceitos (cfr. anotação 7.2. ao art. 183.º).
Com ela, e como se verifica do seu articulado e da própria exposição de motivos, visa-se o estabelecimento, por parte dos Estados-Membros, de normas claras, transparentes e justas para uma política de regresso eficaz, enquanto elemento necessário de uma política de migração bem gerida, sem se esquecer a protecção efectiva, inclusive, nos casos de regresso forçado, dos interesses dos nacionais de países terceiros que tem em vista (ou seja, dos que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, permanência ou residência num Estado-Membro), particularmente, no que concerne aos seus direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito comunitário e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de protecção dos refugiados e de direitos do Homem (cfr. art. 1.º e n.º 5, 11, 12 e 13 da referida exposição)
Em face do disposto nos artigos acima indicados, pode ser definida como uma decisão administrativa ou judicial que proíbe a entrada no território nacional de um cidadão estrangeiro (a que seja aplicável o RJEPSAE) durante um determinado período de tempo, nos casos acima referidos.
A referida Directiva, embora preferindo a designação "proibição de entrada", define-a em termos idênticos, estabelecendo que por esta proibição deve entender-se a "decisão ou acto administrativo ou judicial que proíbe a entrada e a permanência no território dos Estados-Membros durante um período determinado e que acompanha uma decisão de regresso" (art. 3.º, n.º 6).

Trata-se de uma medida que obsta à concessão de vistos de residência, de estada temporária e de curta duração (art. 52.º, n.º 1, al.ª a)) e à autorização de residência temporária (art. 77.º, n.º 1, al.ª h).
No caso de ter sido administrativamente decretada e com vista à sua eliminação, pode ser reapreciada a todo o tempo, por iniciativa do director-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e atendendo a razões humanitárias ou de interesse nacional (art. 33.º, n.º 5).

6 Ao invés dos crimes anteriores, basta, aqui, o dolo genérico, constituído pela vontade do agente em entrar no território português, sabendo que não o pode fazer, por estar interdito para o efeito.

7 A ilicitude deve ter-se por **excluída** (art.. 31.º, n.º 1, do CP, com referência ao n.º 2 do art. 12.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho) e o processo ser arquivado se a violação da medida de interdição de entrada for efectuada para o agente pedir asilo, este lhe vier a ser concedido e for demonstrado que a entrada foi determinada pelos factos que estão na base da concessão dele (citado n.º 2). Nesse caso deverá o processo criminal ser suspenso logo que for recebida a comunicação da apresentação do pedido de asilo, mantendo-se a suspensão até à decisão deste, decisão que deve ser comunicada ao titular daquele, no prazo de dois dias úteis (art. 12.º, n.º 1 e 3).

8 **Sujeito activo** do crime apenas pode ser o cidadão estrangeiro que estiver sujeito à medida de interdição de entrada, incorrendo o que, porventura, o ajudar a penetrar no território nacional no crime de auxílio à imigração ilegal, por a entrada se dever ter como ilegal, nos termos das disposições combinadas dos art. 32.º, n.º 1, al.ª a) (e, eventualmente, al.ª b), atento o preceituado no art. 33.º, n.º 1, al.ª a) e 181.º, n.º 1 (ver notas a este artigo).
Está-se, desse modo, perante, um crime de mão própria.
Sujeito passivo é o Estado e, pelas razões expendidas a propósito do art. 183.º a própria Comunidade Europeia.

9 Face à diversidade de bens jurídicos, não há qualquer possibilidade de **concurso** aparente entre o presente crime e os anteriores, inclusive, o de auxílio à imigração ilegal, não obstante este poder servir como meio daquele. Assim, e como resulta do exposto, não deixa de cometer este crime e o do presente artigo o cidadão estrangeiro que entra em Portugal, auxiliando um outro estrangeiro, também sujeito à medida de interdição de entrada. O mesmo se diga, por exemplo, se o agente, para entrar em Portugal, corrompe um funcionário.

10 Se a entrada tiver lugar para o exercício de uma actividade profissional independente, será ainda cometida a **contra-ordenação do art. 198.º, n.º 2**, por, face à diversidade de factos, não se estar perante um concurso ideal e não ser, consequentemente, aplicável o disposto no art. 20.º do Regime Geral de Contra-Ordenações, onde, como é sabido, se contém um afloramento do princípio *ne bis in idem*.

11 No n.º 2, prevê-se uma **medida acessória de expulsão**, salvo quanto a cidadãos estrangeiros que:
a) tenham nascido e residam no território nacional;
b) tenham efectivamente a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa a residir em Portugal;
c) tenham filhos menores, nacionais de Estado terceiro, residentes em território português, sobre os quais exerçam efectivamente o poder paternal e a quem assegurem o sustento e a educação; ou
d) se encontrem em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui residam (art. 135.º, *ex vi* citado n.º 2).
Porque se está perante uma pena (acessória – citado n.º 2 e art. 140.º, n.º 2), apenas deve ser aplicada quando a gravidade do facto, a personalidade do arguido e

razões de prevenção geral e especial o justifiquem (ver art. 151.º, n.º 2, e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, As consequências jurídicas do crime, Coimbra, Coimbra Editora, 2006-2007, pp. 177 e s.)

12 No n.º 3, prevê-se a possibilidade de, em vez da aplicação dessa pena, ser determinado o **cumprimento do remanescente do período de interdição de entrada**, em conformidade com o processo onde tenha sido decretada, com o consequente afastamento do território nacional do cidadão estrangeiro condenado. Esse afastamento e a decisão de expulsão do n.º 2 são executadas pelo SEF, ficando o cidadão estrangeiro à sua custódia, sem prejuízo de se lhe poder dar a possibilidade de abandonar o território nacional, no prazo que lhe for fixado (arts. 159.º e 160.º, n.os 1 e 2).

Artigo 188.º
Investigação

1. Além das entidades competentes, cabe ao SEF investigar os crimes previstos no presente capítulo e outros que com ele estejam conexos, nomeadamente o tráfico de pessoas.

2. As acções encobertas desenvolvidas pelo SEF, no âmbito da prevenção e investigação de crimes relacionados com a imigração ilegal em que estejam envolvidas associações criminosas, seguem os termos previstos na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
As funções e a estrutura do SEF (anotação 2)
A competência investigatória (anotações 3 a 6)
Os crimes de investigação prioritária (anotação 7)

1 A disposição corresponde ao artigo 137.º do anterior RJEPSAE, que se limitava a referir aos crimes conexos, sem especificar qualquer um, concretamente, o de tráfico de pessoas. A atribuição ao SEF da competência para a investigação destes crimes apenas surgiu com o anterior RJEPSAE, pois o Decreto-Lei n.º 15/93 atribuía-lhe apenas competência para a investigação das infracções do seu VIII capítulo, ou seja, para a respeitante aos crimes de auxílio à imigração ilegal e associação de auxílio à imigração ilegal.

2 O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras é um serviço de segurança, organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Administração Interna, que reveste a natureza de órgão de polícia criminal e que, no quadro da política de segurança interna, tem por objectivos fundamentais controlar a circulação de pessoas nas fronteiras, a permanência e actividades de estrangeiros em território nacional, bem como estudar, promover, coordenar e executar as medidas e acções relacionadas com aquelas actividades e com os movimentos migratórios [artigo 1.º do Decreto-lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro, que aprova a estrutura orgânica e define as atribuições do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF)]. Encontra-se estruturado verticalmente, compreendendo, entre outros serviços operacionais, a Direcção Central de Investigação, Pesquisa e Análise de Informação (DCIPAI) e as direcções regionais (artigo 11.º, n.os 1, 2 e 3). A DCIPAI é constituída por dois departamentos:

a) o de investigação (DI), ao qual cabe a averiguação e investigação criminal e a coordenação técnica da averiguação e investigação criminal desenvolvida pelos departamentos regionais de investigação e fiscalização; e

b) o de pesquisa e análise (DPA), que tem como competência a realização das acções que interessem à prevenção, averiguação e investigação criminal, designadamente a recolha de material e informação e o tratamento e a difusão desta, em qualquer dos casos no domínio das atribuições do SEF (artigos 23.º e 24.º).
De entre os membros deste, são apenas autoridades de polícia criminal para efeitos da lei penal:
– o director-geral;
– os directores-gerais adjuntos;
– os directores de direcção central e os directores regionais;
– os inspectores superiores e inspectores;
– os inspectores-adjuntos principais; e
–- os inspectores-adjuntos, quando exerçam funções de chefia de unidades orgânicas, sendo todos competentes para ordenar a detenção de pessoas e praticar outros actos urgentes, nos termos do Código de Processo Penal (artigo 3.º, n.os 1 e 2).
Os inspectores-adjuntos são considerados agentes de autoridade, podendo, tal como as autoridades anteriores, ordenar a identificação de qualquer pessoa, nos termos da lei (n.os 3 e 4 do mesmo artigo).

3 Como se verifica do n.º 1, o artigo limita a competência investigatória do SEF aos "crimes previstos no presente capítulo", ou seja, aos dos arts. 183.º a 187.º e aos que, com eles, estiverem em conexão. Logo, já não é da competência dele a investigação do crime de desobediência qualificada resultante do não cumprimento da decisão para abandono imediato do País em consequência do cancelamento de autorização de residência nos termos do artigo 85.º (artigo 138.º, n.º 4), o que, como é óbvio, não significa que o Ministério Público não lhe possa delegar a investigação nos termos previstos no Código de Processo Penal. Esse crime, como resulta do artigo 153.º, n.º 3, pode ser julgado por apenso ao processo de expulsão.

4 A referência ao tráfico de pessoas, como resulta do texto também do n.º 1, é meramente exemplificativa, pelo que o SEF pode investigar todos e quaisquer crimes que estejam em conexão com os crimes cuja competência investigatória lhe é atribuída pelo artigo em anotação, salvo tratando-se de crime da competência reservada de outro órgão, mas, neste caso, só se o Ministério Público não entender mantê-lo na investigação, nomeadamente, por cooperação com esse outro órgão ou por competência deferida (artigos 5.º, n.º 3, e 8.º, n.º 1, da Lei de Organização da Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto) ou, nos crimes tributários, constituindo equipas mistas integradas por membros dele e da administração tributária (artigo 41.º, n.º 3, do Regime Geral das Infracções Tributárias).
Não estando o crime de tráfico de pessoas em conexão com qualquer dos crimes dos artigos anteriores – o que sucederá se ele for praticado internamente e não assumir, por isso, carácter transnacional (ver anotação 7 ao art. 183.º) –, a competência para a sua investigação será, então, exclusiva da Polícia Judiciária (art. 7.º, n.º 4, al.ª c), da Lei de Organização da Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto)

5 Esta Polícia tem também competência para a investigação das infracções a que se refere a primeira parte do artigo em anotação, mas somente quanto aos crimes de auxílio à imigração ilegal e (ou) associação de auxílio à imigração ilegal (art. 7.º, n.º 4, al.ª b), da LOIC), pelo que, tendo em conta que, relativamente aos demais, ou seja, aos de angariação de mão-de-obra ilegal, interdição de entrada e casamento por conveniência, a lei apenas a atribui ao SEF, esta competência dele deve ter-se por reservada e, por isso, específica, atento o disposto nesse artigo e no artigo 3.º, n.º 2 e 3, da LOIC.

Naqueles casos de competência concorrente, a investigação criminal deve ser desenvolvida pelo órgão de polícia criminal que a tiver iniciado, por ter adquirido a notícia do crime ou por determinação do magistrado do Ministério Público competente (art. 7.º, n.º 5, da mesma Lei).

6 Em face do disposto no n.º 2 do artigo e à semelhança do que sucede com a Polícia Judiciária, cuja competência, para o efeito, se encontra, expressamente, prevista pela Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, pode o SEF, durante a investigação, recorrer a acções encobertas no âmbito de crimes de associação criminosa por auxílio à imigração ilegal, ou seja, a acções desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo dele, para prevenção ou repressão daqueles crimes, com ocultação da sua qualidade e identidade (artigo 1.º, n.º 2).

7 A prevenção, repressão e redução da prática do crime de associação de auxílio à imigração ilegal constituem objectivos específicos da política criminal, para o biénio de 2009-2011, por força do art. 2.º, al.ª a), da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho. De acordo com os art. 4.º, n.º 1, al.ª d) e f) e 2, al.ª c) e 6.º, al.ª b), da mesma Lei, tanto essa infracção, como os crimes de casamento por conveniência e auxílio à imigração ilegal são de investigação prioritária (o último só por si ou associado ao crime de falsificação de documento punível com pena de prisão superior a 3 anos), devendo ser promovida "em particular, a protecção de vítimas especialmente vulneráveis, incluindo crianças, mulheres grávidas, pessoas idosas, doentes ou portadoras de deficiência e imigrantes", inclusive, para efeitos de prevenção desses crimes (art. 5.º).

O crime de auxílio à imigração ilegal, por outro lado, foi também considerado como de prevenção prioritária, para o mesmo biénio (art. 3.º, n.º 1, al.ª f).

Artigo 189.º
Perda de objectos

1. Os objectos apreendidos pelo SEF que venham a ser declarados perdidos a favor do Estado são-lhe afectos quando:

a) Se trate de documentos, armas, munições, veículos, equipamentos de telecomunicações e de informática ou outro com interesse para a instituição;

b) Resultem do cumprimento de convenções internacionais e estejam correlacionados com a imigração ilegal.

2. A utilidade dos objectos a que se refere a alínea a) do número anterior deve ser proposta pelo SEF no relatório final do respectivo processo crime.

3. Os objectos referidos na alínea a) do n.º 1 podem ser utilizados provisoriamente pelo SEF desde a sua apreensão e até à declaração de perda ou de restituição, mediante despacho do director-geral do SEF, a transmitir à autoridade que superintende no processo.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
Remissões (anotação 2)

1 A disposição corresponde, com alterações de pormenor, ao artigo 137.º-A, do anterior RJEPSAE.

2 Sobre:

a) - a perda em geral de instrumentos, produtos e vantagens do crime a favor do Estado, ver os artigos 109.º e ss. do CP;

b) - a perda de bens igualmente a favor do Estado e relativa, nomeadamente, ao crime de associação criminosa, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro;

c) - o regime jurídico da avaliação, utilização, alienação e indemnização de bens apreendidos pelos órgãos de polícia criminal, no âmbito de processos crime ou de contra-ordenação, o Decreto-Lei n.º 11/2007, de 19 de Janeiro;
d) - a utilização pelo Estado de veículos automóveis apreendidos em processo crime ou de contra-ordenação, a venda em hasta pública de veículos de matrícula estrangeira declarados abandonados ou perdidos a favor do Estado e os condicionalismos de restituição de veículos, o Decreto-Lei n.º 31/85, de 25 de Janeiro (com as alterações do Decreto-Lei n.º 26/97, de 23 de Janeiro);
e) - o regime jurídico da emissão e da transmissão, pelo tribunal competente em matéria penal, de decisões de perda de bens ou outros produtos do crime no âmbito de processo penal, tendo em vista o seu reconhecimento e a sua execução em outro Estado-Membro da União Europeia, a Lei n.º 88/2009, de 31 de Agosto, que transpõe para a ordem jurídica interna a Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI, do Conselho, de 6 de Outubro, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, com a redacção que lhe foi dada pela Decisão-Quadro n.º 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de Fevereiro; e
f) - os procedimentos que os Magistrados do Ministério Público devem adoptar no âmbito dos inquéritos criminais, a circular da Procuradoria-Geral da República n.º 4/2005, de 29/6.

Artigo 190.º

Penas acessórias e medidas de coacção

Relativamente aos crimes previstos na presente lei podem ser aplicadas as penas acessórias de proibição ou de suspensão do exercício de funções públicas previstas no Código Penal, bem como as medidas de coacção previstas no Código de Processo Penal.

Sumário da anotação:
A fonte e a razão de ser (anotação 1)
Remissões (anotação 2)

A disposição corresponde ao artigo 137.º-C do anterior RJEPSAE, apenas se justificando, na nossa opinião, pela necessidade de afastar dúvidas sobre a aplicabilidade também aos crimes do Regime actual das sanções e medidas de coacção a que se reporta. Isto, face aos casos (especiais) de aplicação das mesmas medidas (com excepção da prisão preventiva) e de outras da mesma natureza, em processos de expulsão (art. 142.º) e da pena acessória de expulsão, para os estrangeiros condenados por violação da medida de interdição de entrada (art. 187.º, n.º 2). **1**

Às penas acessórias de proibição e de suspensão do exercício de funções públicas referem-se os artigos 66.º e 68.º do CP. Sobre as medidas de coacção previstas no Código de Processo Penal, ver, por sua vez, arts. 196.º e ss. do mesmo diploma. **2**

Artigo 191.º

Remessa de sentenças

Os tribunais enviam ao SEF, com a maior brevidade e em formato electrónico:

a) Certidões de decisões condenatórias proferidas em processo crime contra cidadãos estrangeiros;

b) Certidões de decisões proferidas em processos instaurados pela prática de crimes de auxílio à imigração ilegal e de angariação de mão-de-obra ilegal;

c) Certidões de decisões proferidas em processos de expulsão;

d) Certidões de decisões proferidas em processos de extradição referentes a cidadãos estrangeiros.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A razão de ser (anotações 2 e 3)

1 No anterior RJEPSAE, na sua última redacção, o envio de certidões ao SEF encontrava-se previsto no art. 137.º-D, que, em vez de "decisões", referia-se a "sentenças". O mesmo sucedia na redacção primitiva do mesmo Regime, então sob o art. 155.º O art. 54.º do diploma anterior (Decreto-Lei 264-B/81, de 3 de Setembro) limitava-se a determinar o envio apenas das sentenças referidas na alínea a).

2 A remessa dos elementos respeitantes às decisões referidas pelo artigo, para além do interesse relativo ao tratamento da respectiva informação, nomeadamente, do ponto de vista estratégico, tem (deve ter) a vantagem de o SEF poder analisar a investigação efectuada, detectando, em face das decisões proferidas, eventuais erros na sua efectivação, inclusive, sob o prisma operacional. Afigura-se-nos, por isso, que os próprios despachos de encerramento do inquérito relativos aos crimes de auxílio à imigração ilegal e auxílio à imigração ilegal, bem como as decisões instrutórias e as próprias de decisões de absolvição respeitantes aos mesmos crimes devem igualmente ser-lhe comunicados, tanto mais que, como se disse, a lei deixou de reportar-se a sentenças, para se referir às decisões proferidas em processos instaurados por esses crimes (al.ª b).

3 O envio de certidões, concretamente, das referidas nas alíneas a) e c), tem, por outro lado, como objectivo permitir ao Director do SEF dar cumprimento ao disposto no art. 33.º, n.º 7, do RJEPSAE. Isto, face ao disposto, entre outros, nos arts. 33.º, n.º 1, al.ª a) e c) e 3, do mesmo diploma e 96.º da Convenção de Schengen.

ALBANO MANUEL MORAIS PINTO

CAPÍTULO III
SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS

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

Artigo 7.º
(Crimes de responsabilidade)

A violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente lei, nomeadamente quanto à execução daquela, faz incorrer os respectivos autores em crime de responsabilidade.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 a 5)
O tipo objectivo (anotações 6 a 8)
O tipo subjectivo (anotação 9)
A tentativa (anotação 10)
A comparticipação (anotação 11)
O concurso (anotação 12)
A pena (anotação 13)

A **fonte** deste artigo é a Constituição da República Portuguesa de 1976, sendo que a figura do estado de sítio apareceu na Lei Fundamental de 1911 (art. 26.º, n.º 16), por inspiração da Constituição Brasileira de 1891 (cfr. JORGE MIRANDA. Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais. Tomo IV, 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pp. 345). Na redacção actual da Constituição da República Portuguesa, após as várias revisões, o artigo que se reporta ao estado de sítio e ao estado de emergência e respectiva declaração é o artigo 19.º da CRP. A expressa referência à responsabilidade criminal dos titulares dos cargos políticos consta do art. 117.º da CRP. Remotamente, os crimes contra a organização do Estado, p.p. pelos art. 167.º e 168.º do Código Penal de 1886 podem ter-se também por fonte, embora esses estejam mais próximos dos crimes contra a realização do Estado de direito previstos no Código Penal actual. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a reserva dos poderes de autoridade pública e a preservação do Estado de direito tal como consagrado, nas suas várias dimensões, expressas ou implícitas, na CRP. Mediatamente, a tutela reflecte-se na salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos ou do seu núcleo irredutível que nem os estados de excepção constitucional podem violar. **2**

Em princípio, é a contingência e carácter episódico do estado de sítio ou de emergência que permitem considerar que é ainda o Estado de direito que se preserva, já que os estados de excepção tocam a fronteira da ordem e segurança jurídicas irredutivelmente imprescindíveis à afirmação do Estado de direito. Condutas que tentem ultrapassar essa fronteira podem cair nos crimes contra a realização do Estado de direito, objecto de previsão e punição nos art. 325.º e ss. do C. Penal (crime comum) ou de atentado contra o Estado de direito, previsto e punido no art. 9.º da Lei 34/87 de 16 de Julho (crime específico). Critica-se o âmbito da criminalização dos actos de titulares de cargos políticos, em contexto de excepção constitucional, por se terem centrado na violação dos direitos liberdades e garantias, deixando essa tutela aquém da também exigível punição penal de **3**

outros actos de ilicitude elevada ou de gravidade clara, nomeadamente quando em estado de excepção se violam princípios relativos ao exercício do poder, quer pela concentração do mesmo no braço militar do regime, quer por via de uma ditadura pessoal temporária (nesse sentido, cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA. O Estado de Excepção no Direito Constitucional – entre a eficácia e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição. tese policopiada. II vol. Lisboa, 1998, p. 1007). Porém, nesses casos poderá estar ou vir a estar ultrapassada a fronteira a que acima se aludiu, com evidente substituição de legitimidade e de poder. Transferimo-nos então para a topologia da revolução e se esta tiver êxito será então fundadora de novo poder e legitimidade. A soberania *de factum* transforma-se então em soberania *de iure* se a revolução for vitoriosa: *Quod fieri non debet, factum valet*. A questão sobre o êxito da revolução é velha e é atribuída a Ihering (cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, La Revolución Portuguesa y la Teoría de las Fuentes del Derecho, em Revista de Estudios Políticos, Madrid, Nueva Época, 60-61, Abril-Septiembre 1998, pp. 521 a 566). Não cabendo aos tribunais declarar se uma revolução teve êxito, a ordem jurídica violada, incluindo as normas penais, perdem, em princípio, validade face ao reconhecimento da nova legitimidade. Sobre esses e outros aspectos jurídicos da revolução, MIGUEL GALVÃO TELES, O Problema da Continuidade da Ordem Jurídica e a Revolução Portuguesa, em Boletim do Ministério da Justiça, n.º 345, pp. 11 a 43, MIGUEL GALVÃO TELES, Revolution, Lex Posterior and Lex Nova, 1991 [disponível em http://www.mlgts.s6.projects.com.pt/xms/files/Publicacoes/Artigos/337.pdf, consultado em 17-2-2009).

4 Os crimes de responsabilidade consistentes na violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente Lei, no que respeita especialmente à execução da declaração do estado de sítio ou do estado de emergência podem ser crimes de dano ou de perigo abstracto-concreto (quanto ao grau de lesão do bem jurídico tutelado pela incriminação de responsabilidade) e podem ser de resultado (como é o caso do art. 15.º da Lei 34/87) ou de mera actividade (quanto ao modo de lesão dos bens jurídicos, como é o caso do art. 8.º e 9.º da Lei 34/87).

5 Sobre as regras estruturantes da declaração do estado de sítio e de emergência, da reserva de lei constitucional quanto aos limites substanciais da competência e trâmites para a sua declaração, o Tribunal Constitucional pronunciou-se sobre esse regime constitucional, enquanto acto típico de soberania reservado aos respectivos órgãos políticos (acto político de dimensão normativa), no Ac. TC n.º 402/2008, aquando da apreciação preventiva da constitucionalidade da terceira alteração ao Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores.

6 O **tipo objectivo** consiste na violação dos termos que substantivam a declaração do estado de sítio ou de emergência ou dos que respeitam aos modos de execução dessa declaração, tal como ela é delimitada pela presente Lei nos artigos 8.º e ss.

7 A referência a "crime de responsabilidade" remete para os crimes específicos próprios, objecto da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, relativa à responsabilidade penal dos titulares de cargos políticos. Essa é a interpretação mais consentânea com a expressão "crime de responsabilidade" e parece ter sido esse o sentido acolhido no Ac. TC n.º 402/2008 quando nele se refere que "[…] A preocupação constitucional em procedimentalizar, em extremo, a declaração do estado de excepção obedece ao propósito de ligar todos os órgãos de soberania com funções políticas (mas apenas estes) à declaração e aos seus efeitos, através de 'um mecanismo complexo de interdependência'", ver em igual sentido – aliás, citado no referido acórdão –, J.J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1104 e p. 1109.

São, assim, essencialmente visados cargos de natureza político-administrativa e os respectivos titulares no exercício das suas funções, sendo nesse âmbito subjectivo que se identificam os agentes do(s) crime(s) coincidindo com os possíveis actores constitucionais implicados nos procedimentos inerentes à declaração do estado de sítio ou de emergência e demais procedimentos estabelecidos na Lei respectiva. Os titulares dos cargos políticos estão elencados no art. 3.º dessa Lei n.º 34/87, que está anotada noutro local da presente obra. Dispõe o artigo 15.º da Lei n.º 34/87, de 17 de Julho, sob a epígrafe "Suspensão ou restrição ilícitas de direitos, Liberdades e garantias" que: "O titular de cargo político que, com flagrante desvio das suas funções ou com grave violação dos inerentes deveres, suspender o exercício de direitos, liberdades e garantias não susceptíveis de suspensão, ou sem recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência, ou impedir ou restringir aquele exercício, com violação grave das regras de execução do estado declarado, será condenado a prisão de dois a oito anos, se ao facto não corresponder pena mais grave por força de outra disposição legal". Parece, pois, ser para o tipo enunciado nesse art. 15.º da Lei n.º 34/87 que remete de forma mais consentânea o artigo aqui anotado (conforme também advoga CANOTILHO, 2003, p. 1109). Em todo o caso, pode considerar-se que a referência deste artigo 7.º é pertinente em especial também para os art. 8.º e 9.º da Lei n.º 34/87, que prevêem e punem respectivamente os crimes de "Atentado contra a Constituição da República" e de "Atentado contra o Estado de direito" (nesse sentido cfr. BACELAR GOUVEIA, ob. cit., 1998, pp. 1005-1006, onde se considera que apesar de o art. 15.º da Lei 34/87 ser o tipo de crime mais próximo da violação das normas do regime do estado de excepção, apenas abrange a vertente dos direitos, liberdades e garantias, quer os insusceptíveis de suspensão, quer os que – podendo ser suspensos – o foram sem ser através da decretação do estado de excepção ou com violação grave das regras de execução do estado de excepção, se declarado). No entanto, os demais tipos tutelam a infracção às normas constitucionais reguladoras do estado de sítio e todo o regime de protecção de que gozam os direitos liberdades e garantias no estado de excepção, pelo que também são pertinentes à tutela penal do estado de excepção, tudo sem prejuízo da relação que exista entre estes tipos de crimes e os previstos no Código Penal, designadamente o previsto e punido pelo art. 325.º (cfr. infra). **8**

O **tipo subjectivo** admite as formas de dolo em qualquer das suas modalidades, a que podem acrescer especiais elementos subjectivos da ilicitude consoante haja ou não o concurso com alguns outros crimes de responsabilidade cometidos – cfr. art. 26.º e 27.º da Lei 34/87 de 16 de Julho. **9**

A **tentativa** é punível, atenta a pena aplicável, v.g. ao crime previsto no art. 15.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, e tendo em conta o art. 4.º da mesma Lei. Vale a exclusão da punibilidade de que beneficia o arrependimento activo (art. 24.º do Código Penal) o que já não deve suceder com o simples abandono do projecto criminoso. **10**

Na perspectiva em que se assumiu a natureza de crime específico próprio, restrito a titulares de cargos político-administrativos, tal significa que essa qualidade é comunicável aos comparticipantes que a não possuam, conforme art. 28.º n.º 1 do Código Penal. **11**

Quanto ao **concurso**, além das coordenadas empíricas a considerar caso a caso, devemos ter em conta que a norma em análise constitui uma incriminação que reclama o recurso a outras normas para preenchimento do conteúdo do ilícito. É assim uma norma penal em branco, embora quase lhe falte a dimensão de tipicidade ao remeter, também quase por inteiro, o conteúdo típico para os crimes de responsabilidade. Atendendo a que só com a Lei n.º 34/87 de 16 de Julho se **12**

tipificaram os crimes de responsabilidade, pode afirmar-se que à data da entrada em vigor da Lei em anotação a tipicidade estava completamente ausente. Daí que só o recurso ao tipo objectivado no art. 15.º (ou eventualmente outro que se julgue pertinente, v.g. o art. 8.º, 9.º ou. 26.º da Lei n.º 34/87 de 16 de Julho) permita densificar o conteúdo típico objectivo e as condições de concurso. Aquele artigo 15.º estabelece uma regra de concurso aparente por subsidiariedade expressa entre a punição decorrente da suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias, nas formas descritas nesse artigo, e o resultado das acções típicas, se constituírem crime punível com pena mais grave, ou seja, superior a 8 anos. Aparentemente, tal poderia ser o caso, por exemplo, da prática concomitante de um sequestro, crime p. p. no art. 158.º n.º 2 do Código Penal – já que o art. 15.º se refere a "facto" [a que possa corresponder pena mais grave…] como factor relevante para o juízo de subsidiariedade. No entanto, deve advogar-se o concurso efectivo entre estes dois crimes, já que o do art. 15.º da Lei n.º 34/87 não parece abarcar também a protecção de bens jurídicos pessoais. Uma análise mais desenvolvida desta problemática pode ser conferida noutro local desta obra, na anotação à Lei n.º 34/87. O concurso é aparente, por consumpção, entre o crime previsto e punido nesse artigo 15.º e os previstos e punidos nos artigos 25.º (recusa de cooperação), 26.º (abuso de poderes) e 27.º (violação de segredo) da mesma Lei, já que todos consubstanciam desvio de funções ou violação de deveres inerentes a essas funções. A relação de consumpção também existe em relação ao crime previsto e punido pelo art. 325.º do Código Penal, que é crime comum, se o titular de cargo político tiver usado de meios violentos contra as pessoas, e em relação ao crime de sabotagem p.p. pelo art. 329.º do Código Penal, se o titular do cargo político tiver usado de meios violentos contra coisas (cfr. nesse sentido PEDRO CAEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal, III vol., p. 195). O regime legal da responsabilidade dos titulares dos cargos políticos também pode ser extensível ao cometimento por esses titulares do crime p.p. pelo art. 325.º do Código Penal por via do disposto no art. 2.º da Lei n.º 34/87 e nas condições aí estabelecidas.

13 Quanto à **pena**, dever-se-ão ter na devida conta os efeitos das penas estabelecidos nos art. 28.º e ss. da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, objecto de anotação noutro local desta obra e bem assim a atenuação especial prevista no art. 6.º da mesma Lei.

JOSÉ PAULO RIBEIRO DE ALBUQUERQUE
CARLOS ALBERTO CASIMIRO NUNES

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)

Artigo 16.º
Deveres dos jurados

1. O desempenho da função de jurado constitui serviço público obrigatório, sendo a sua recusa injustificada punida como crime de desobediência qualificada.

2. A falta de um jurado a audiência de julgamento a que deva estar presente é punida, se o jurado não apresentar, no prazo de cinco dias, justificação que o presidente considere procedente, como crime de desobediência simples.

3. Os jurados que fizerem declarações públicas relativas a processos nos quais tenham intervindo ou hajam de intervir, ou revelarem opiniões a tal respeito, são punidos com prisão até seis meses ou multa até 200 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 a 4)
O tipo objectivo (anotação 5)
O tipo subjectivo (anotação 6 e 7)
A tentativa (anotação 8 e 9)
A comparticipação (anotação 10)
O concurso (anotação 11)
A pena (anotação 12)

Os crimes dos jurados previstos no Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro não tiveram qualquer antecedente legislativo, nomeadamente no Decreto-Lei n.º 679/75, de 9 de Dezembro, que restabeleceu o julgamento com intervenção do júri nos processos criminais de maior gravidade. O regresso do tribunal de júri deveu-se a imperativo constitucional, no rescaldo da Revolução de Abril e em contraponto ao anterior regime ditatorial que o abolira. Assim, o artigo 207.º n.º 1 da Constituição da República veio consagrar a intervenção do tribunal de júri e a participação popular na realização da justiça preceituando que "O júri, nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeiram". A consagração dos três crimes constantes do art. 16.º pode ser vista como uma tentativa de resposta às diversas resistências e críticas ao funcionamento do tribunal de Júri (acusado de *deficit* de preparação teórica e prática e de maior permeabilidade a influências exteriores), rodeando a seu actividade de salvaguardas que assegurem o seu bom funcionamento. Apesar de actualmente terem surgido algumas críticas doutrinárias ao tribunal de júri (por todos, cfr. NIKI KUCKES, The Useful, Dangerous Fiction of Grand Jury Independence, em American Criminal Law Review, vol. 41, 2003) a sua defesa vigorosa tem despontado no meio académico anglo-saxónico como o comprova o recente trabalho de KEVIN K. WASHBURN (Restoring The Grand Jury, em Fordham Law Review, 2008, vol. 76, pp. 2333-2388) onde se recorda que o tribunal de júri não só assegura uma maior democraticidade, ao envolver a comunidade nas decisões contribuindo para aproximar a Justiça dos cidadãos, como pode desempenhar um papel crucial em assegurar a legitimidade popular no sistema de justiça criminal, **1**

assegurando a compreensão e aceitação do seu funcionamento, e enquanto força da comunidade local frente ao *zeitgeist* da autoridade central.

2 O **bem jurídico** é apresentado logo no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29.12, que estabelece o Regime do Júri, com a referência de que se pretendeu que a utilização do Tribunal de Júri não funcionasse como um mero expediente com efeitos dilatórios e com resultados negativos para a morosidade dos processos pelo que "(…) se quis cercear, [a circunstância] de o funcionamento do júri implicar, como seu efeito perverso, adiamentos das audiências, nomeadamente por via da falta de qualquer jurado, ou, mais grave ainda, o retorno da audiência ao seu ponto de início em ordem a cumprirem-se – como se têm de cumprir – os princípios da íntima convicção, oralidade e imediação." Por isso, a norma visa a protecção da boa administração da justiça. Trata-se de uma defesa da funcionalidade da administração da justiça criminal. No ilícito previsto pelo n.º 3 o bem jurídico protegido pela norma prende-se, mais especificamente, com a defesa contra uma possível perturbação de diligências probatórias e, mediatamente, protege-se a reserva da vida privada, a dignidade e a honra das pessoas envolvidas.

3 Convém observar que o Decreto-Lei n.º 387-A/87 não prevê só os três ilícitos criminais constantes do art. 16.º, objecto da presente anotação, existindo outras incriminações no regime do tribunal de júri. Na verdade, o legislador também procurou acautelar, a montante, que se possa condicionar ou obstar ao funcionamento normal do regime de júri em processo penal através da criação de diversas salvaguardas ligadas ao próprio funcionamento do procedimento de selecção e de sorteio do júri. Neste conjunto de ilícitos encontram-se a incriminação da não entrega dos cadernos eleitorais, punida com pena de desobediência no art. 9.º n.º 3 do Decreto-Lei n.º 387-A/87, e as falsas declarações ou a recusa a responder ao inquérito por parte das pessoas sorteadas, punidos respectivamente nos n.os 2 e 3 do art. 10.º do mesmo diploma, com a pena de prisão até dois anos ou multa até 200 dias.

4 Os crimes dos jurados são **crimes de dano** quanto ao grau de lesão do bem jurídico e de **mera actividade** no que se refere à forma de consumação do ataque ao objecto da acção (sobre estes conceitos, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pp. 67 e 68). Importa salientar que o estatuto de jurado só sobrevém após a realização da audiência de apuramento com o trânsito do despacho judicial de designação (art. 13.º do Decreto-Lei n.º 387-A/87), o que assume relevância para efeitos das incriminações constantes dos n.os 1, 2 e 3 do art. 16.º

5 Tratando-se de três incriminações diferentes o **tipo objectivo** de cada uma delas será analisado separadamente. Assim, quanto ao n.º 1 (do art. 16.º) refere-se à recusa injustificada de um jurado em desempenhar as suas funções; o n.º 2 prevê a falta de um jurado que não seja justificada no prazo de 5 dias e considerada procedente pelo juiz presidente e no n.º 3 o objecto da acção é o jurado produzir declarações públicas relativas a processo no qual tenha intervindo ou haja de intervir, ou se revelar opiniões a tal respeito. Neste último caso, o legislador distingue a meras revelações de opiniões sobre o processo das declarações públicas relativas ao processo em que foi ou irá ser jurado.

6 Quanto ao **tipo subjectivo**, tratam-se de crimes dolosos, em que basta o dolo eventual. Indispensável é, apenas, que o agente represente e queira todos os elementos da factualidade típica patenteando a vontade de: se recusar injustificadamente em desempenhar as funções de jurado (n.º 1); de faltar e de não justificar essa falta no prazo de 5 dias com um motivo atendível (n.º 2); e, de produzir declarações

públicas relativas a processo no qual tenha intervindo, ou haja de intervir, ou de revelar opiniões a tal respeito (n.º 3), e, em qualquer dos três tipos, a consciência de que assim age.

7 Registe-se que um dos fundamentos do recurso extraordinário de revisão é que numa sentença transitada em julgado tenha sido dado como provado um crime cometido por um jurado que esteja relacionado com o exercício da sua função no processo (cfr. art. 449.º n.º 1 al.ª b) do Código de Processo Penal). Isto não obstante normalmente se considerar que o legislador entendeu que a intervenção do júri dá maiores garantias de fidedignidade na fixação da matéria de facto, pelo que restringiu o direito ao recurso nessa parte (como se esclarece no Ac. do STJ n.º 06P4465, de 18.01.2007, acessível *in* www.dgsi.pt).

8 A **tentativa**, em qualquer dos três crimes previstos, não é punível, atentas as respectivas molduras penais e o disposto pelo art. 23.º n.º 1 do Código Penal.

9 Os crimes dos jurados consumam-se (a) com o acto de que decorra a recusa injustificada de um jurado em desempenhar as suas funções (art. 16.º, n.º 1); (b) após o 5.º dia da falta de um jurado sem a junção da justificação da mesma ou em caso de falta cuja justificação seja considerada improcedente (art. 16.º, n.º 2); e (c) com as declarações públicas do jurado relativas ao processo (art. 16.º, n.º 3).

10 Ao nível da **comparticipação** deve considerar-se qualquer dos três crimes como **crimes específicos** por só poderem ser praticados por quem reúne uma determinada qualidade: ser jurado. Ou seja, por quem possua o estatuto de jurado que só sobrevém após a realização da audiência de apuramento com o trânsito do despacho judicial de designação (cfr. art. 13.º). Em qualquer das três situações típicas, são **crimes específicos próprios** (ou puros) por o elemento típico do autor, isto é, a qualidade do agente, fundamentar a ilicitude (cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 287).

11 Pode ocorrer uma relação de **concurso de crimes** entre o ilícito previsto e punido pelo art. 16.º, n.º 3, deste diploma e o crime de devassa da vida privada previsto e punido pelo art. 192.º, n.º 1, al.ª d), do Código Penal em que atenta a pena deste último (com punição mais grave) pode ter lugar uma situação de consunção impura.

12 Quanto à **pena** estes três crimes são punidos do seguinte modo: o crime de recusa injustificada (16.º, n.º 1) é punido com pena de prisão de um mês a dois anos ou pena de multa de 10 a 240 dias – cfr. artigos 41.º, n.º 1, 47.º, n.º 1, e 348.º, n.º 2 do Código Penal. O crime de falta de um jurado a audiência de julgamento (16.º, n.º 2) é punido com pena de prisão de um mês a um ano ou com pena de multa de 10 a 120 dias – cfr. artigos 41.º, n.º 1, 47.º, n.º 1, e 348.º, n.º 1, do Código Penal. Por fim, o crime de declarações públicas de um jurado relativas a processo (art. 16.º, n.º 3) é punido com prisão de um mês a seis meses ou multa de 10 a 200 dias – cfr. artigos 16.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 387-A/87 e 41.º, n.º 1, 47.º n.º 1, do Código Penal. Estes três crimes são casos paradigmáticos em que se devem considerar soluções de diversão, celeridade processual e penas de substituição (cfr. artigos 280.º, 281.º, 393.º do CPP e artigos 43.º e ss., 50.º, 58.º, 60.º e 70.º do Código Penal), contribuindo-se para alcançar uma ressocialização, sem traumas ou estigmas, e para evitar a formalidade e o alongamento do processo.

JOSÉ PAULO RIBEIRO DE ALBUQUERQUE
CARLOS ALBERTO CASIMIRO NUNES

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)

Artigo 19.º
Efeitos do caso julgado

1. As sentenças transitadas em julgado proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação.

2. As decisões transitadas em julgado são publicadas a expensas da parte vencida e sob pena de desobediência, com menção do trânsito em julgado, em dois dos jornais presumivelmente lidos pelo universo dos interessados no seu conhecimento, à escolha do juiz da causa, que poderá determinar que a publicação se faça por extracto dos seus aspectos essenciais, quando a sua extensão desaconselhar a publicação por inteiro.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotação 3)
O tipo objectivo (anotação 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 O **direito de acção popular**, consagrado constitucionalmente no n.º 3 do art. 52.º da CRP, no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias de participação política, é um instrumento de participação e intervenção democrática dos cidadãos na vida pública, de fiscalização da legalidade, de defesa dos interesses das colectividades e de educação e formação cívica de todos. É, assim, consagrada uma forma peculiar de participação dos cidadãos, individual ou colectivamente organizados, na defesa e preservação de valores essenciais, por pertencerem a uma mesma colectividade. Para além do papel que poderá desempenhar no aperfeiçoamento da mentalidade política dos cidadãos, "incutindo-lhes um sentimento de participação activa na vida pública, não apenas dentro de certa periodicidade eleitoral, responsabiliza os governantes pela amplitude do reexame jurisdicional que integra" (cfr. FAGUNDES SEABRA, "Acções populares", *in* Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. III, p. 216).

2 O objecto ou a natureza da acção popular consagrada neste diploma compreende três espécies: a **acção popular administrativa** a instaurar junto dos tribunais administrativos (enquanto expressão de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas que, por força do art. 212.°, n.° 3, da CRP, se integram no âmbito da reserva de competência dos tribunais administrativos); a **acção popular cível** a instaurar junto dos tribunais cíveis, podendo revestir qualquer uma das formas previstas no Código de Processo Civil; e a **acção popular penal**, permitindo que os titulares do direito de acção popular possam, por um lado exercer um direito de denúncia, queixa ou participação ao Ministério Público por violação com incidência criminal dos interesses gerais da colectividade mencionados no art. 52.°, n.° 3, da CRP, e, por outro lado, constituírem-se como assistentes no respectivo processo. Para maiores desenvolvimentos sobre a matéria, entre outros, cfr. PAULO OTERO,

A Acção Popular, configuração e valor no actual Direito Português, Conferência na Ordem dos Advogados, 23.11.1999, no âmbito do seminário sobre "Teoria e Prática do Direito".

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 a 462, e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal (Dir. Jorge de Figueiredo Dias), Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 349 a 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. **3**

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da ordem judicial, regularmente comunicado ao destinatário, consumando-se com a omissão do acto cuja prática foi ordenada: publicação de sentença proferidas em acções ou recursos administrativos ou em acções cíveis, com menção do trânsito em julgado, em dois dos jornais presumivelmente lidos pelo universo dos interessados no seu conhecimento, sendo que o juiz da causa poderá determinar que a publicação se faça por extracto dos seus aspectos essenciais, quando a sua extensão desaconselhar a publicação por inteiro. **4**

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". **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. **6**

O crime é punível com **pena** 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). **7**

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 68.º
Desobediência qualificada

1. Nos casos de falta de apresentação de contas ou de documentos, a decisão fixa um prazo razoável para que o responsável proceda à sua entrega ao Tribunal.

2. O incumprimento da ordem referida no número anterior constitui crime de desobediência qualificada, cabendo ao Ministério Público a instauração do respectivo procedimento no tribunal competente.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotação 5)
O tipo objectivo (anotação 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
A pena (anotação 9)

1 A Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, foi alterada pelas Leis n.º 87-B/98, de 31 de Dezembro, 1/2001, de 4 de Janeiro, n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, e 48/2006 de 29 de Agosto.

2 Nos termos do art. 214.º da CRP, o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente: dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; efectivar a responsabilidade por infracções financeiras, nos termos da lei; e exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei. Por sua vez, o art. 1.º do diploma em anotação, estabelece que o TC fiscaliza a legalidade e regularidade das receitas e das despesas públicas, aprecia a boa gestão financeira e efectiva responsabilidades por infracções financeiras (cfr. n.º 1), fixando-se no n.º 2 o âmbito da jurisdição: o TC tem jurisdição e poderes de controlo financeiro no âmbito da ordem jurídica portuguesa, tanto no território nacional como no estrangeiro.

3 Nos termos do art. 3.º deste diploma, estão sujeitas à jurisdição e aos poderes de controlo financeiro do TC as seguintes entidades: o Estado e seus serviços; as Regiões Autónomas e seus serviços; as autarquias locais, suas associações ou federações e seus serviços, bem como as áreas metropolitanas; os institutos públicos; as instituições de segurança social; as associações públicas, associações de entidades públicas ou associações de entidades públicas e privadas que sejam financiadas maioritariamente por entidades públicas ou sujeitas ao seu controlo de gestão; as empresas públicas, incluindo as entidades públicas empresariais; as empresas municipais, intermunicipais e regionais; as empresas concessionárias da gestão de empresas públicas, de sociedades de capitais públicos ou de sociedades de economia mista controladas, as empresas concessionárias ou gestoras de serviços públicos e as empresas concessionárias de obras públicas; as fundações de direito privado que recebam anualmente, com carácter de regularidade, fundos provenientes do Orçamento do Estado ou das autarquias locais, relativamente à utilização desses fundos; e as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores

públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correcção económica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos.

O controlo financeiro por parte do TC comporta as modalidades seguintes: **4**

A programação (arts. 36.º a 43.º) – em matéria de fiscalização orçamental, o TC fiscaliza a execução do Orçamento do Estado, incluindo o da segurança social, podendo para tal solicitar a quaisquer entidades, públicas ou privadas, as informações necessárias (cfr. n.º 1 do art. 36.º).

A fiscalização prévia (arts. 44.º e 45.º) – tem por fim verificar se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conforme às leis em vigor e se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental própria. Nos instrumentos geradores de dívida pública, a fiscalização prévia tem por fim verificar, designadamente, a observância dos limites e sublimites de endividamento e as respectivas finalidades, estabelecidas pela Assembleia da República.

– A fiscalização prévia exerce-se através do visto ou da declaração de conformidade, sendo devidos emolumentos em ambos os casos e, para o efeito, são remetidos ao TC os documentos que representem, titulem ou dêem execução aos actos e contratos ali enumerados (cfr. art. 46.º a 48.º).

– Incidência da fiscalização prévia (cfr. art. 46.º);

– Isenções (cfr. art. 47.º);

– Dispensa da fiscalização prévia (cfr. art. 48.º).

A fiscalização concomitante (art. 49.º) – O TC pode realizar fiscalização concomitante: (a) através de auditorias da 1.ª Secção aos procedimentos e actos administrativos que impliquem despesas de pessoal e aos contratos que não devam ser remetidos para fiscalização prévia por força da lei, bem como à execução de contratos visados; (b) Através de auditorias da 2.ª Secção à actividade financeira exercida antes do encerramento da respectiva gerência. Se, nos casos anteriormente referidos, se apurar a ilegalidade de procedimento pendente ou de acto ou contrato ainda não executado, deverá a entidade competente para autorizar a despesa ser notificada para remeter o referido acto ou contrato à fiscalização prévia e não lhe dar execução antes do visto, sob pena de responsabilidade financeira.

A fiscalização sucessiva (arts. 50.º a 57.º) – O TC verifica as contas das entidades previstas no artigo 2.º, avalia os respectivos sistemas de controlo interno, aprecia a legalidade, economia, eficiência e eficácia da sua gestão financeira e assegura a fiscalização da comparticipação nacional nos recursos próprios comunitários e da aplicação dos recursos financeiros oriundos da União Europeia.

– Entidades sujeitas à elaboração e prestação de contas (cfr. art. 51.º);

– Prestação de contas (art. 52.º) – as contas serão remetidas ao TC até 30 de Abril do ano seguinte àquele a que respeitam e nos casos previstos nos n.os 2 e 3 do art. 52.º, o prazo para apresentação das contas será de 45 dias a contar da data da substituição dos responsáveis.

No tocante ao **bem jurídico,** visa proteger-se a autonomia intencional do Estado e, **5**
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.

6 **O tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão do TC, regularmente comunicado ao destinatário, consumando-se com a omissão do acto cuja prática foi ordenada e decorrido o prazo fixado para a mesma: a não apresentação de apresentação de contas ou de documentos.

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 incumpre – consciente e voluntariamente – a "ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente".

8 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

9 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).

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 9.º
Compromisso

Sempre que se pretenda evitar o reconhecimento da testemunha através da imagem e da voz ou não deva ser revelada a sua identidade, o pessoal técnico que intervenha na teleconferência prestará compromisso de não divulgação do local ou de elementos de identificação da testemunha, sob a cominação da punição pelo crime de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 a 6)
O bem jurídico (anotação 7)
O tipo objectivo (anotações 8 e 9)
O tipo subjectivo (anotação 10)
A comparticipação (anotação 11)
As causas de justificação (anotação 12)
A pena (anotação 13)

Este diploma foi alterado pela Lei n.º 29/2008, de 4 de Julho (arts. 1.º, 16.º, 20.º, 21.º, 22.º e 26.º; aditado o art. 31.º-A; e procedeu à alteração da organização sistemática do diploma). **1**

Este diploma regula a aplicação de medidas para protecção de testemunha em processo penal quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado sejam postos em perigo por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objecto do processo. Estas medidas podem abranger os familiares das testemunhas, as pessoas que com elas vivam em condições análogas às dos cônjuges e outras pessoas que lhes sejam próximas. Prevê, igualmente, medidas que se destinam a obter, nas melhores condições possíveis, depoimentos ou declarações de pessoas especialmente vulneráveis, nomeadamente em razão da idade, mesmo que se não verifique o perigo anteriormente referido. Note-se que as medidas têm natureza excepcional e só podem ser aplicadas se, em concreto, se mostrarem necessárias e adequadas à protecção das pessoas e à realização das finalidades do processo. **2**

Para efeitos deste diploma, é considerada **testemunha** qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem, nos termos dos n.os 1 e 2 do art. 1. (cfr. al.ª a) do art. 2.º). **3**

Sempre que ponderosas razões de protecção o justifiquem, tratando-se da produção de prova de crime que deva ser julgado pelo tribunal colectivo ou pelo júri, é admissível o recurso à teleconferência, nos seguintes actos processuais: prestação de declarações ou de depoimento que deva ter lugar em acto processual público ou sujeito a contraditório – precedida de decisão judicial (cfr. n.º 1 do art. 4.º e 1 do art. 5.º). **4**

Entende-se por **teleconferência** os depoimentos ou declarações tomados sem a presença física da testemunha e com a intervenção de meios técnicos de transmissão à distância, em tempo real, tanto do som como de imagens animadas (cfr. al.ª b) do art. 2.º). A teleconferência pode ser efectuada com a distorção da imagem ou **5**

da voz, ou de ambas, de modo a evitar-se o reconhecimento da testemunha (cfr. n.º 2 do art. 5.º). A prestação de depoimento ou de declarações a transmitir à distância deverá ocorrer em edifício público, sempre que possível em instalações judiciárias, policiais ou prisionais, que permitam a colocação dos meios técnicos necessários (cfr. art. 7.º) e o tribunal poderá limitar o acesso ao local da prestação do depoimento ou das declarações ao pessoal técnico, funcionários ou elementos de segurança que considere estritamente indispensáveis (cfr. art. 8.º).

6 E, nessa medida, sempre que se pretenda evitar o reconhecimento da testemunha através da imagem e da voz ou não deva ser revelada a sua identidade, o pessoal técnico que intervenha na teleconferência prestará compromisso de não divulgação do local ou de elementos de identificação da testemunha, sob a cominação da punição pelo crime de desobediência qualificada. Esse compromisso é prestado (e a consequente cominação efectuada) por um magistrado judicial (cfr. al.ª *b)* do art. 10.º).

7 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.

8 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento do compromisso assumido perante autoridade judiciária, cuja cominação deve constar do próprio auto, regularmente comunicado ao destinatário, consumando-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada: divulgação do local ou de elementos de identificação da testemunha.

9 **Agente da infracção** pode ser qualquer pessoa que componha a equipa de pessoal técnico que intervenha na teleconferência que tenha prestado compromisso e lhe tenha sido efectuada a cominação.

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

13 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).

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 115.º
Contra-interessados

1. Se o interessado não conhecer a identidade e residência dos contra-interessados, pode requerer previamente certidão de que constem aqueles elementos de identificação.

2. A certidão a que se refere o número anterior deve ser passada no prazo de vinte e quatro horas pela autoridade requerida.

3. Se a certidão não for passada, o interessado junta prova de que a requereu e indica a identidade e residência dos contra-interessados que conheça.

4. No caso previsto no número anterior, quando não haja fundamento para rejeição, o juiz ou relator, no prazo de dois dias, intima a autoridade requerida a remeter, também no prazo de dois dias, a certidão pedida, fixando sanção pecuniária compulsória, segundo o disposto no artigo 169.º

5. A falta de remessa da certidão sem justificação adequada é constitutiva de responsabilidade, nos termos previstos no artigo 159.º

Sumário da anotação:
O tipo objectivo (anotação 1)
Remissão (anotação 2)

O **tipo objectivo** constante do n.º 5, consiste no não acatamento – traduzida na falta de remessa de certidão sem justificação adequada, no prazo de dois dias – por parte da autoridade requerida, desde que regularmente notificada nos termos gerais. **1**

Cfr. art. 159.º e respectivas anotações. **2**

Artigo 127.º
Garantia da providência

1. A pronúncia judicial que decrete uma providência cautelar pode ser objecto de execução forçada pelas formas previstas neste Código para o processo executivo.

2. Quando a providência decretada exija da Administração a adopção de providências infungíveis, de conteúdo positivo ou negativo, o tribunal pode condenar de imediato o titular do órgão competente ao pagamento da sanção pecuniária compulsória que se mostre adequada a assegurar a efectividade da providência decretada, sendo, para o efeito, aplicável o disposto no artigo 169.º

3. Sem prejuízo do disposto no número anterior, os órgãos ou agentes que infrinjam a providência cautelar decretada ficam sujeitos à responsabilidade prevista no artigo 159.º

Artigo 159.º
Inexecução ilícita das decisões judiciais

1. Para além dos casos em que, por acordo do interessado ou declaração judicial, nos termos previstos no presente título, seja considerada justificada por causa legítima, a inexecução, por parte da Administração, de sentença proferida por um tribunal administrativo envolve:

***a)* Responsabilidade civil, nos termos gerais, quer da Administração quer das pessoas que nela desempenhem funções;**

***b)* Responsabilidade disciplinar, também nos termos gerais, dessas mesmas pessoas.**

2. A inexecução também importa a pena de desobediência, sem prejuízo de outro procedimento especialmente fixado na lei, quando, tendo a Administração sido notificada para o efeito, o órgão administrativo competente:

a) **Manifeste a inequívoca intenção de não dar execução à sentença, sem invocar a existência de causa legítima de inexecução;**

b) **Não proceda à execução nos termos que a sentença tinha estabelecido ou que o tribunal venha a definir no âmbito do processo de execução.**

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
O tipo objectivo (anotações 2 e 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
As causas de justificação (anotação 5)
A pena (anotação 6)

1 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" (ob. cit., p. 426).

2 **O tipo objectivo** consiste no não acatamento – traduzido na inexecução – por parte do órgão administrativo competente de sentença proferida por tribunal administrativo, regularmente notificada nos termos gerais, desde que o destinatário manifeste a inequívoca intenção de não dar execução à sentença, sem invocar a existência de causa legítima de inexecução; ou não proceda à execução nos termos que a sentença tinha estabelecido ou que o tribunal venha a definir no âmbito do processo de execução.

3 A **ordem** deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – no caso, oralmente 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 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.

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". **4**

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. **5**

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). **6**

Artigo 167.º
Providências de execução

1. Quando, dentro do prazo concedido para a oposição, a Administração não dê execução à sentença nem deduza oposição, ou a oposição deduzida venha a ser julgada improcedente, o tribunal deve adoptar as providências necessárias para efectivar a execução da sentença, declarando nulos os actos desconformes com a sentença e anulando aqueles que mantenham, sem fundamento válido, a situação ilegal.

2. Quando o órgão competente para executar esteja sujeito a poderes hierárquicos ou de superintendência, o tribunal manda notificar o titular dos referidos poderes para dar execução à sentença em substituição desse órgão.

3. Em ordem à execução das suas sentenças, os tribunais administrativos podem requerer a colaboração das autoridades e agentes da entidade administrativa obrigada bem como, quando necessário, de outras entidades administrativas.

4. Todas as entidades públicas estão obrigadas a prestar a colaboração que, para o efeito do disposto no número anterior, lhes for requerida, sob pena de os responsáveis pela falta de colaboração poderem incorrer no crime de desobediência.

5. Dependendo do caso concreto, o tribunal pode proceder à entrega judicial da coisa devida ou determinar a prestação do facto devido por outrem, se o facto for fungível, sendo aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições correspondentes do Código de Processo Civil.

6. Estando em causa a prática de acto administrativo legalmente devido de conteúdo vinculado, o próprio tribunal emite sentença que produza os efeitos do acto ilegalmente omitido.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotação 1)
O tipo objectivo (anotação 2)
O tipo subjectivo (anotação 3)
As causas de justificação (anotação 4)
A pena (anotação 5)

A preocupação com a integral satisfação do interesse do cidadão executado – na esteira do princípio da tutela jurisdicional efectiva – é de tal ordem que, na prossecução do objectivo da execução da sentença, é imposto por este preceito, sob pena de responsabilidade criminal, a colaboração das entidades externas, que o tribunal entenda como necessária à cabal efectivação das medidas destinadas a dar cumprimento à sentença. **1**

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento por parte das entidades públicas da ordem emanada de tribunal administrativo visando a prestação de colaboração como meio adequado à execução das suas sentenças. **2**

3 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".

4 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

5 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 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)

Artigo 7.º
Procuradoria Ilícita

1. Quem em violação do disposto no artigo 1.º
***a*) Praticar actos próprios dos advogados e dos solicitadores;**
***b*) Auxiliar ou colaborar na prática de actos próprios dos advogados e dos solicitadores;**
é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.
2. O procedimento criminal depende de queixa.
3. Além do lesado, são titulares do direito de queixa a Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores.
4. A Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores têm legitimidade para se constituírem assistentes no procedimento criminal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 a 4)
O tipo objectivo (anotações 5 a 10)
O tipo subjectivo (anotações 11 e 12)
A tentativa (anotação 13)
A comparticipação (anotação 14)
O concurso (anotações 15 e 16)
A pena (anotação 17)

As **fontes** desta disposição são o art. 236.º do Código Penal de 1886 (Exercício ilegal de funções públicas ou profissão titulada), o art. 400.º, n.º 2, do Código Penal de 1982 (Usurpação de funções) e o art. 358.º, al.ª b), do Código Penal de 1995 (Usurpação de funções). Neste último caso, a usurpação de funções na modalidade de exercício ilegal de profissão prevista no Código Penal de 1995, veio a consagrar-se como uma verdadeira norma penal em branco, pressupondo-se a existência de uma outra lei que exigisse o título ou o preenchimento de determinadas condições para a prática da profissão, o que veio a conduzir – nomeadamente por pressão da Ordem dos Advogados – à incriminação autónoma da procuradoria ilícita efectuada pela Lei n.º 49/2004, de 24.08. Contudo, já em 1989, o Tribunal Constitucional considerava que: "(…) não pode recusar-se que, pela sua mesma natureza, e pela sua directa inserção no 'processo' social e institucional da realização e da administração da justiça, a advocacia é uma profissão cujo exercício não dispensa uma apurada regulamentação, no tocante, quer às condições e requisitos exigidos para esse mesmo exercício, quer ao controlo da sua verificação, quer à necessidade da obediência, por parte dos respectivos profissionais, a um estrito código deontológico, quer ainda, finalmente, à tutela disciplinar da observância de tal código" (cfr. Ac. do TC n.º 497/89, *in* Acórdãos do Tribunal Constitucional, 14.º vol., p. 241). Subjacente à Lei n.º 49/2004 encontra-se o propósito de não permitir que sejam colocados em causa os valores ético-deontológicos que devem assistir à advocacia. Por isso, um dos vectores a proteger é o exercício das funções por quem não se encontra devidamente habilitado; o outro é o de limitar o exercício simultâneo da advocacia com outras actividades ou funções. Neste sentido, *vide* o Parecer n.º E-17.01 do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, datado de 12.07.2002 (relator Jaime Medeiros, acessível *in* www.ao.pt)). A OA considera, nesse parecer, que uma Sociedade de Advogados **1**

não pode constituir com outras entidades uma pessoa colectiva para a prestação de diversos serviços, nomeadamente jurídicos e de índole financeira. Também o exercício simultâneo da Advocacia e da actividade de Revisor Oficial de Contas são para a OA incompatíveis, entendimento que o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional (cfr. Ac. do TC n.º 588/01, de 21.12.2001, acessível *in* www.tribunalconstitucional.pt).

2 O crime de procuradoria ilícita protege um **bem jurídico** complexo. Se a incriminação da usurpação de funções surge no Código Penal como um ilícito que tutela "a intangibilidade do sistema oficial de provimento no exercício de funções públicas ou dependentes de título público ou de autorização ou homologação da autoridade pública" (cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 841), já com a previsão do crime de procuradoria ilícita protege-se algo de mais particular cuja singularidade implica dois níveis valorativos distintos. Em primeira linha, continua a tratar-se da protecção do interesse do próprio Estado em que o exercício profissional da advocacia e da solicitadoria exija um título profissional e que a prática dos actos jurídicos seja desempenhada por pessoa legalmente habilitada. Daqui decorre que seja o Estado o primordial lesado por tal crime, pois estamos ainda no âmbito da tutela da integridade ou intangibilidade de duas profissões de particular interesse público (cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 441). Por outro lado, tutela-se, também, o cidadão através duma protecção dos consumidores, daqueles que recorrem aos serviços dos profissionais do foro enquanto profissão regulamentada, defendendo-se a boa-fé dos que supõem estar perante pessoa idónea e legalmente competente para a resolução dos problemas que se pretendem ver solucionados. Neste sentido, o Ac. do TCA de 23.10.2003 (proc. n.º 12784/03, acessível *in* www.dgsi.pt) onde se refere que o exercício de procuradoria ilícita lesa gravemente o interesse público, não só pela concorrência desleal que implica, mas também, e sobretudo, pelos danos de ordem patrimonial e moral que é susceptível de causar à generalidade dos cidadãos que recorrem a tal tipo de serviços).Tem-se, por vezes, argumentado que as normas da legislação ordinária que impõem determinados requisitos para o exercício destas profissões violam o disposto nos arts. 47.º e 58.º da Constituição da República que consagram, respectivamente, a liberdade de escolha de profissão e o direito ao trabalho. É correcta a qualificação desse direito como um direito social e considerar a presença de um direito fundamental de escolha, exercício e abandono da profissão (cfr. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 588). Todavia, importa ponderar que é o próprio art. 47.º, n.º 1, da Constituição que ressalva a possibilidade de restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à capacidade da pessoa. No caso da Lei n.º 49/2004, impõe-se considerar que não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade, pois a restrição foi efectuada na sequência de uma autorização constitucional expressa (artigos 18.º e 47.º da Constituição da República), e representa uma ponderação entre valores com idêntica tutela constitucional, posição sufragada pelo Ac. do S.T.J. de 26.04.1990, processo n.º 040817, *in* www.dgsi.pt). Em suma, o interesse público da advocacia e da solicitadoria deriva de se tratar de um exercício privado de funções públicas. Neste sentido, o Ac. do TC n.º 320/95, de 20.06.1995, (proc. N.º 180/94, *in* www.tribunalconstitucional.pt) considera a este propósito que "(…) o interesse colectivo, nalguns casos, pode exigir uma certa preparação, v.g., universitária, liceal, estágios, concursos, experiência em certas actividades, etc. (…) Há, assim, profissões que,

pela sua relevância social, só devem ser exercidas por quem possua especiais qualificações. E, mais do que isso, o interesse colectivo impõe que, no exercício das mesmas, os respectivos profissionais obedeçam a um estrito código deontológico. (…) Para assegurar a defesa dos interesses públicos que a regulamentação de tais profissões postula, o Estado cria, por vezes, associações profissionais, a quem comete o encargo de organizar as respectivas profissões, controlando o ingresso nas mesmas, e o de garantir que os profissionais em causa exerçam o seu ofício, cumprindo um conjunto muito apertado de regras deontológicas, conferindo-lhes, para o efeito, diversos poderes de autoridade (…)."

3 O crime de procuradoria ilícita é um **crime de dano** quanto ao grau de lesão do bem jurídico e não um mero crime de perigo abstracto relativo à autonomia intencional, à intangibilidade do sistema oficial de provimento de dependentes de título público e à administração da justiça. Neste particular coincidem as posições de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (op. cit., p. 841) e CRISTINA LÍBANO MONTEIRO (op. cit., p. 441) a propósito do crime de usurpação de funções (onde se inclui o exercício ilegal de profissão) ao classificar esse crime como de dano. Acentue-se que no tipo legal da procuradoria ilícita não se exige qualquer 'engano': o agente não tem que se arrogar possuir as características necessárias para a prática dos actos próprios de advogado ou solicitador.

Quanto ao critério da forma de consumação do ataque ao objecto da acção as posições dos dois autores parecem ser diferentes. Comentando o crime de usurpação de funções, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (op. cit., p. 841) considera-o de mera actividade, mas CRISTINA LÍBANO MONTEIRO (op. cit., p. 446) classifica-o como material ou de resultado afirmando "quem se arroga algo que não é, fá-lo perante outro, necessariamente. De modo que se não lograr fazer-se passar por tal aos olhos de alguém, o resultado engano não se verifica e o crime não se consumará". Porém, como já se enunciou, é distinta a situação no crime de procuradoria ilícita onde não se exige que o agente se arrogue possuir ou preencher determinadas características, mas apenas que pratique actos próprios dos advogados ou solicitadores. Daqui parece decorrer que o crime de procuradoria ilícita é de **mera actividade**.

4 Ao contrário da usurpação de funções (que tem natureza pública), trata-se de um crime que assume uma qualidade **semi-pública**, sendo titulares do direito de queixa, além do lesado, a Ordem dos Advogados e a Câmara dos Solicitadores. Esta norma (art. 7.º, n.º 2) veio inverter a prática jurisprudencial que era maioritariamente no sentido de não admitir a constituição como assistentes dessas duas entidades.

5 O **tipo objectivo** implica uma conjugação de diversas normas que não facilita a sua interpretação. O n.º 1 do art. 7.º da Lei n.º 49/2004, de 24.08, remete para o artigo 1.º da mesma Lei (preceito que compreende 11 números e 5 alíneas) que, por seu turno, necessita ser conjugado com as diversas leis de processo em vigor, o Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 15/2005, de 26.01, alterada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20.11) e o Estatuto da Câmara dos Solicitadores (Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26.04, cuja última alteração ocorreu com o Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20.11). A principal distinção entre este tipo legal e a usurpação de funções na modalidade de exercício ilegal de profissão (previsto e punido pela al.ª b) do art. 358.º do Código Penal) é a de não se exigir que o agente se arrogue, expressa ou tacitamente, possuir ou preencher as características necessárias para a prática dos actos próprios dos advogados e/ou dos solicitadores, como se impõe para a prática do crime previsto no Código Penal.

6 São elementos desse tipo objectivo: (a) praticar actos próprios dos advogados e dos solicitadores [art. 7.º, n.º 1, al.ª a)], ou, (a') auxiliar ou colaborar na prática de actos próprios dos advogados e dos solicitadores [art. 7.º, n.º 1, al.ª b)],

(b) a alteridade – tais actos devem ser exercidos no interesse de terceiros [art. 1.º, n.º 7] –, e, (c) no âmbito de actividade profissional [art. 1.º, n.º 7]. Em síntese, o crime de procuradoria ilícita será o **praticar, auxiliar ou colaborar em actos próprios dos advogados e dos solicitadores, exercidos no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional.**

7 O exercício da advocacia em território nacional rege-se pelo art. 61.º n.º 1 da Lei n.º 15/2005, de 26.01 (EOA) "Sem prejuízo do disposto no artigo 198.º [que regula as condições do exercício da profissão por advogados de outros Estados Membros da UE], só os licenciados em Direito com inscrição em vigor na Ordem dos Advogados podem, em todo o território nacional, praticar actos próprios da advocacia, nos termos definidos na Lei n.º 49/2004, de 24.08". Por seu turno, o exercício da solicitadoria está regulado no Estatuto da Câmara dos Solicitadores que prevê a obrigatoriedade da inscrição e a necessidade de cédula profissional aos Solicitadores, no artigo 75.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 88/2003, de 26.04 (ECS) que refere "É obrigatória a inscrição na Câmara para o exercício da profissão de solicitador."

8 Os dois grandes arquétipos de actos de natureza jurídica próprios das profissões de advogado e de solicitador, realizados por conta ou no interesse de terceiros no âmbito de actividade profissional, encontram-se previstos no art. 1.º n.º 5 da Lei n.º 49/2004, e consistem em: (a) O exercício do mandato forense (cfr. art. 62.º do EOA e art. 99.º, n.º 1, do ECS); e, (b) A consulta jurídica (cfr. art. 63.º do EOA, que remete para a Lei n.º 49/2004, de 24.08). Impõe-se ensaiar uma enumeração dos **actos próprios dos advogados e solicitadores** que se encontram enunciados nos n.os 5, 6 e 9 do art. 1.º da Lei n.º 49/2004 (e excepcionados e/ou explicitados nos restantes números desse preceito). Apesar de serem consagradas algumas excepções esses actos são, essencialmente, (a) o exercício do mandato forense; (b) a consulta jurídica; (c) a elaboração de contratos e a prática dos actos preparatórios tendentes à constituição, alteração ou extinção de negócios jurídicos, designadamente os praticados junto de conservatórias e cartórios notariais; (d) a negociação tendente à cobrança de créditos; (e) o exercício do mandato no âmbito de reclamação ou impugnação de actos administrativos ou tributários; e, (f) todos aqueles que resultem do exercício do direito dos cidadãos a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. Contudo, esta enumeração é meramente exemplificativa como se depreende das expressões utilizadas pelo art. 1.º (onde se explicita no seu n.º 5 "sem prejuízo das leis de processo", no n.º 6, al.ª a), mencionando "designadamente", e no n.º 9 com a referência a "todos aqueles que resultem do (…)"). Assim, permanecem em aberto todos os problemas doutrinariamente apontados às normas penais em branco. Sobre as excepções consagradas em razão de estatutos particulares (como as dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público, dos docentes das faculdades de Direito, dos mestres e doutores em direito) e os seus contornos específicos, *vide* a anotação ao art. 61.º do EOA por FERNANDO SOUSA MAGALHÃES (Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado e Comentado, Coimbra, Almedina, 2.ª Edição, 2006, pp. 72-78). O Ac. do STJ de 30.01.2003 (proc. N.º 02B4367, disponível *in* www.dgsi.pt), tirado quando o EOA ainda não continha nenhuma norma que definisse os "actos próprios da profissão de advogado", veio a vaticinar a gradual redução do seu âmbito, e o fim do seu monopólio profissional. Recordando a crescente globalização social, a necessidade de pluridisciplinaridade e a complementaridade, que exigem cada vez mais conhecimentos técnico-científicos, concluiu que o objecto específico de cada profissão passou a abranger necessariamente um conjunto mais amplo de actividades e exemplificou com a prestação de serviços de consultadoria em questões de fiscalidade, a assistência em projectos de viabilidade e de análise

económica ou contabilística, de encaminhamento de investimentos e de aplicações financeiras, que deixaram de ser privativos dos advogados, e começaram a ser objecto da actividade profissional de economistas, contabilistas, gestores fiscais e revisores oficiais de contas. Como se deduz das anotações antecedentes, a Lei n.º 49/2004 não conseguiu resolveu cabalmente estes problemas. Por esse motivo, existe alguma imprecisão na definição das fronteiras deste conceito que vão despontando na jurisprudência. Neste sentido, pode apontar-se, por exemplo, que tem vindo a ser defendido que a actividade de uma empresa de cobrança de dívidas pode ser considerada como contrária à lei. Esta foi a conclusão do Ac. do TRP de 16.03.2006 (proc. N.º 0533689, disponível *in* www.dgsi.pt). Também o mandato e a mediação, mormente a mediação imobiliária, constituem procuradoria ilícita, como decidiu o Acórdão do STA de 19.04.2007 (proc. N.º 0970/06, *in* www.dgsi.pt) e o Ac. do TCA do Sul de 23.10.2003 (proc. N.º 12784/03, *in* www.dgsi.pt).

9 A expressão "no interesse de terceiros e no âmbito de actividade profissional" [art. 1.º, n.º 7 da Lei n.º 49/2004] também levanta algumas questões interpretativas pois o segmento "no interesse de terceiros" pode ser interpretado como significando que o crime de procuradoria ilícita pode não implicar necessariamente uma contrapartida de natureza monetária pela prestação do acto com natureza jurídica. Aliás, pelo menos a partir da entrada em vigor das alterações introduzidas no art. 358.º do Código Penal pela Lei n.º 65/98, de 02.09, que a existência de uma contrapartida remuneratória é irrelevante para a prática dos actos próprios das profissões de advogado e de solicitador, então prevista e punida como crime de usurpação de funções pela al.ª b) do art. 358.º do Código Penal. Contudo, o segmento da norma que acrescenta "no âmbito de actividade profissional" impõe a conclusão contrária, pois a actividade profissional é, em princípio, remunerada (restando, apenas, a possibilidade de realização de acto(s) próprio de advogado ou solicitador *pro bono*). Daqui resulta claro, para nós, que tais actos têm de ser remunerados. De qualquer modo, importa salientar que quem, não possuindo título profissional de advogado ou de solicitador, exercer advocacia ou solicitadoria, e "praticar" actos próprios destes ofícios, ou "auxiliar ou colaborar na [sua] prática*", não necessita de exercer esse* actos com regularidade, entendendo-se doutrinariamente que este crime não exige o hábito profissional, no sentido de uma prática reiterada. Daqui retiramos, também, a conclusão que a habitualidade não é elemento constitutivo deste tipo de ilícito.

10 Importa distinguir a procuradoria ilícita das situações afins de exercício de advocacia por não inscritos na Ordem dos Advogados (art. 183.º do EOA), do exercício irregular da actividade de advogado ou advogado estagiário (art. 110.º e 116.º do EOA) e do exercício ilegal de profissão incriminado na usurpação de funções (art. 358.º al.ª b) do Código Penal).

Quanto às relações entre a procuradoria ilícita (art. 7.º da Lei n.º 49/2004) e o exercício ilegal de profissão por usurpação de funções (art. 358.º al.ª b) do Código Penal), a questão deve ser abordada aquando da análise das situações de concurso de crimes, para onde remetemos.

No que se refere à distinção entre a procuradoria ilícita e o exercício irregular da actividade de advogado ou advogado estagiário importa considerar que essas violações são, apenas, meras infracções disciplinares como decorre do preceituado pelos art.º 110.º e 116.º do EOA.

Por fim, o exercício de advocacia por não inscritos na Ordem dos Advogados constante do art. 183.º do EOA corresponde, segundo FERNANDO SOUSA MAGALHÃES (op. cit. p. 200), ao crime de procuradoria ilícita consagrado no art.

7.º da Lei n.º 49/2004, prevendo-se na norma do Estatuto da Ordem dos Advogados, apenas, os procedimentos a adoptar pelo juiz da causa em que tal ocorrer.

11 Quanto ao **tipo subjectivo**, consubstancia-se na vontade de exercer actos próprios daquelas profissões, tendo o agente consciência de que para tal não se encontra habilitado, não possuindo o título profissional ou as condições objectivamente exigidas por lei para o seu exercício. Não é necessário para o preenchimento do tipo, como já se afirmou, que o agente se arrogue detentor do título profissional de advogado ou de solicitador, como na usurpação de funções tal como se encontra prevista no Código Penal. Contudo, essa circunstância poderá ocorrer de um modo tácito, bastando, nesse caso, que tal fique implícito da própria conduta, o que se deduz pelas circunstâncias concretas que permitiram efectuar o convencimento das pessoas para quem os actos são praticados de que se tem as condições legais exigidas para tal.

O crime de procuradoria ilícita é um crime doloso, bastando-se, porém, com o dolo eventual (art. 14.º, n.º 3, do Código Penal). Relevante é tão-só, mas necessário, que o agente represente e queira todos os elementos da factualidade típica: a prática de acto próprio da profissão de advogado ou solicitador e a expressão pública de uma conduta que seja de molde a convencer de que possui o título ou condições legais para a sua prática. Neste aspecto, a situação não será diferente das restantes espécies de exercício ilegal de profissão onde, como se refere no Ac. do TRE de 14.06.2005 (proc. N.º 981/05-1, disponível *in* www.dgsi.pt), "O crime de usurpação de funções, na modalidade de exercício ilegal de profissão, é um crime doloso, bastando-se porém com o dolo genérico, em qualquer das suas modalidades. (…) O ilícito consiste em forjar uma identidade profissional que não se possui, praticando, com base nela, actos próprios desse ofício" defendendo-se, contudo, nesse ilícito que sem um engano não há crime de usurpação de funções e "o engano relevante para esse efeito traduz-se num engano funcional, que tem por objecto uma capacidade de acção que não se possui". Recorde-se, novamente, que na procuradoria ilícita não se exige este engano, não sendo necessário que o agente se arrogue, expressa ou tacitamente, estar legalmente habilitado. Um advogado com a inscrição suspensa (logo inválida por não estar em vigor) não pode exercer actos próprios da advocacia ainda que agindo como advogado em causa própria. Neste sentido, cfr. o Ac. do TRL de 14.04.2005 (proc. N.º 1509/2005-9, disponível *in* www.dgsi.pt) e o Ac. do TRP de 25.10.2006 (proc. N.º 0615314, *in* www.dgsi.pt).

12 Importa salientar que o agente na procuradoria ilícita tem de ter consciência de que não possui o título ou condições legais para a prática dos actos próprios dessas profissões. O erro sobre esses elementos, nos termos gerais de direito penal (art. 16.º do Código Penal), exclui o dolo. Assim, em teoria, se o agente está convencido de que possui a qualidade que se arroga age em erro sobre um elemento normativo do tipo legal sendo excluído o dolo (art. 16.º, n.º 1, do Código Penal). Na prática, contudo, esta situação parece extremamente difícil de se configurar.

13 Estando nós perante um crime de dano, a sua **consumação** dá-se com a prática do acto próprio de advogado ou solicitador, ou então com o "auxiliar" ou o "colaborar" na prática desse acto. Neste último caso, embora a mera **tentativa** não seja punível, atenta a moldura penal do crime de procuradoria ilícita (e o art. 23.º, n.º 1, do Código Penal), o "auxiliar" ou o "colaborar" na prática de tal acto revela a existência de uma situação de comparticipação necessária e "significar-se-á um conceito 'farblos', usando a expressão de Schröder, onde tentativa e consumação estão equiparadas", como alude JORGE ALMEIDA FONSECA (Crimes de Empreendimento e Tentativa, Coimbra, Almedina, 1986, p. 57).

A **comparticipação** não apresenta especialidades regendo-se pelas regras gerais por **14**
a procuradoria ilícita não ser um crime específico (nem de mão própria), mas um **crime comum**. Contudo, resta a aludida questão da **comparticipação necessária**, no caso da al.ª b) do n.º 1 do art. 7.º ("**auxiliar ou colaborar** na prática de actos próprios dos advogados e dos solicitadores"). Sobre o alcance do conceito de comparticipação necessária, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 68-69.

O **concurso** neste tipo legal gera o mesmo tipo de problemas que no crime de **15**
usurpação de funções. Como refere CRISTINA LÍBANO MONTEIRO (op. cit., p. 448-449) "Como é próprio de uma norma que se destina a proteger um bem jurídico meio, o art. 358.º entra muitas vezes em concurso aparente com outros preceitos criminais que acautelam os interesses fim que o justificam". Quanto às relações entre a procuradoria ilícita (art. 7.º da Lei n.º 49/2004) e o exercício ilegal de profissão por usurpação de funções (art. 358.º al.ª b) do Código Penal), existe uma situação de concurso aparente de normas, por relação de especialidade. Recorde-se que para ocorrer a prática de usurpação de funções, na modalidade de exercício ilegal de profissão, exige-se um *engano* – o arrogar-se de modo expresso ou implícito – deter determinadas características e que a consumação "só se verifica quando a conduta do agente tiver lesado o referido sistema [oficial de provimento em profissões de especial interesse público] (…); feri-lo-á, apenas, se for acompanhada do engano quanto à sua 'posse' " (cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 441). Parece-nos ser de criticar a situação de o legislador não ter referido expressamente no art. 7.º a sua subsidiariedade expressa em relação à norma do Código Penal. A relação entre o crime de procuradoria ilícita e o de burla é de concurso aparente (assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 449, quanto à usurpação de funções). Contudo, para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (op. cit., p. 841, anotando o mesmo artigo do Código Penal) trata-se de um concurso efectivo. Podem, também, surgir relações de consunção entre a procuradoria ilícita e outros crimes como a falsificação de documento (como sucede na usurpação de funções nos casos em que o agente necessite forjar certificados de habilitações, diplomas, cédulas profissionais, etc.), mas será um caso de consunção impura por a pena da falsificação ser superior. Por outro lado, importa considerar que a falta de autorização do agente para a prática, auxílio ou colaboração na prática de actos próprios de advogados ou solicitadores pode resultar de uma proibição ou interdição decretada por sentença criminal, a título de pena aplicada em processo sumaríssimo, de pena acessória ou de medida de segurança não privativa da liberdade, consubstanciando, assim, um crime autónomo de violação de imposições, proibições ou interdições previsto e punido pelo art. 353.º do Código Penal.

A jurisprudência e a doutrina têm entendido (quanto ao crime de usurpação de **16**
funções) que estamos perante um **crime de execução continuada ou permanente**. Também assim é na procuradoria ilícita. Comete um só crime (art. 30.º n.º 1 do Código Penal) o agente que pratique vários actos dos previstos no artigo 1.º da Lei n.º 49/2004, pois nos crimes permanentes verifica-se uma unificação jurídica de todas as condutas como se todas elas se tivessem verificado no momento da última conduta. Assim, no caso de existir apenas uma única resolução criminosa o crime consuma-se enquanto houver reiteração do exercício da profissão ou a prática de actos próprios de uma profissão para a qual a lei exige título ou o preenchimento de certas condições (Ac. do TRP de 05.03.2003, no proc. N.º 0212140, *in* www.dgsi.pt). Em sentido contrário, defendendo a existência de crime continuado, o Ac. do STJ de 26.04.1990 (proc. N.º 040817, *in* www.dgsi.pt).

17 Quanto à **pena**, considerando que nos encontramos no âmbito da pequena criminalidade (sobre este conceito e as respostas possíveis a este tipo de delinquência através de soluções de diversão, mediação, etc., PHILIPPE ROBERT, O Cidadão o Crime e o Estado, Lisboa, Editorial Notícias, 2002, p. 122 e p. 307 e ss., respectivamente) devem ponderar-se soluções de diversão, celeridade processual e penas de substituição da pena concreta (artigos 280.º, 281.º, 393.º do Código de Processo Penal e artigos 43.º e ss., 50.º, 58.º, 60.º e 70.º do Código Penal). Com este tipo de actuação é possível contribuir para a ressocialização, evitando quer a formalidade, quer o prolongamento do processo.

JOSÉ PAULO RIBEIRO DE ALBUQUERQUE e CARLOS ALBERTO CASIMIRO NUNES

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)

Artigo 146.º
Fundamentação dos actos e publicidade do processo

1. Os actos decisórios do juiz de execução das penas são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão.

2. O processo no tribunal de execução das penas é, desde o seu início, acessível aos sujeitos que nele intervêm, ficando estes, porém, vinculados ao segredo de justiça.

3. Relativamente a outras entidades, não judiciais, o processo torna-se público a partir da audição do arguido ou condenado, se a ela houver lugar.

4. Se não houver lugar à referida audição, o processo é público depois de proferida a decisão em primeira instância.

5. A publicidade do processo respeita sempre os dados relativos à reserva da vida privada do arguido ou condenado, mesmo que constituam meio de prova, preserva o seu processo de reinserção social e a dignidade, o bom nome e a reputação da vítima.

6. A consulta do auto, a obtenção de cópias, extractos e certidões de partes dele e a reprodução, pelos órgãos de comunicação social, de peças processuais ou de documentos incorporados no processo dependem de requerimento dirigido ao juiz com indicação dos fins a que se destinam e limitam-se ao estritamente indispensável e adequado à realização da finalidade em causa.

7. Constitui crime de desobediência simples a utilização da consulta do processo ou das cópias, extractos ou certidões para fins diversos dos expressamente indicados nos termos do número anterior.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 a 5)
Os agentes do crime (anotação 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
A pena (anotação 9)

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, **1**

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.).

2 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.

3 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento do conteúdo da decisão proferida pelo juiz quanto aos fins fixados para a consulta do auto, a obtenção de cópias, extractos e certidões de partes dele e a reprodução de peças processuais ou de documentos incorporados no processo. A decisão do juiz é proferida na sequência de requerimento apresentado por um jornalista com indicação dos fins a que se destinam as acções referidas no parágrafo anterior. O crime consuma-se com a prática de acto que extravasa os limites fixados na decisão judicial (quer utilizando para fim diverso quer utilizando fora do limite estritamente indispensável e adequado à realização da finalidade em causa) fixados pelo juiz do acto cuja prática foi ordenada.

4 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).

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 ao juiz. A ordem deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei.

6 Os **agentes do crime** são os órgãos de comunicação social (jornalistas).

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 incumpre – consciente e voluntariamente – a «ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente».

8 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

9 A **pena** aplicável é a prevista para o crime de desobediência (simples), isto é, a pena 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).

ANTÓNIO AUGUSTO 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.º 3 e 252.º, n.º 2, 296.º e 297.º)

Artigo 45.º
Testemunhas

1. Nos assentos de nascimento podem intervir duas testemunhas e nos de casamento entre duas a quatro testemunhas.

2. Nos assentos de qualquer espécie pode ser exigida a intervenção de duas testemunhas se ao conservador se suscitarem dúvidas fundadas acerca da veracidade das declarações ou da identidade das partes.

3. As testemunhas consideram-se sempre abonatórias da identidade das partes, bem como da veracidade das respectivas declarações, e respondem, no caso de falsidade, tanto civil como criminalmente.

4. À identificação das testemunhas é aplicável o disposto no artigo 40.º.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O âmbito (anotação 2)
O tipo (anotação 3)

Este artigo encontra-se inserido no Código de Registo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95 de 6.6, não tendo sido alterado por nenhum dos diplomas posteriores de revisão desse código (já existindo no diploma anterior, cfr. art. 57.º, n.º 3, do código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/78, de 30.3). A tipificação de um eventual crime de falsas declarações aplicável em termos gerais para as declarações de testemunhas nos procedimentos do registo civil não fora autorizada pela Lei n.º 3/95, de 20.02 **1**

Este preceito corresponde a pura informação jurídica sem conteúdo normativo inovador. Informação veiculada por órgão de soberania sem competência para legislar em matéria de "definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos" para a qual o Governo não tinha autorização legislativa (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição). **2**

A referência à responsabilidade criminal por falsas declarações, além de não apresentar qualquer relevo normativo, constitui, no actual ordenamento jurídico, informação indutora de uma ideia errónea, no sentido de que haveria um tipo penal "falsas declarações" a entidades estatais no quadro de procedimentos administrativos, dada inexistência do alvo do reenvio. Pelo que, o preceito em anotação apresenta-se **irrelevante no plano jurídico-penal**, centrando-se hoje a punição das falsas declarações de testemunha no art. 360.º, do CP, falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução que apenas cobre a intervenção de testemunha como meio de prova de acordo com o direito processual em sentido estrito (ver ainda anotação ao art. 252.º, n.º 2, do Código de Registo Civil nesta obra). Como se referiu na anotação 1, neste caso, além da ausência de tipificação **3**

conforme a exigência constitucional de *nullum crimen sine lege scripta, proevia et certa,* decorrente do art. 29.º, n.º 1, da Constituição, ao Governo falecia competência para estabelecer qualquer previsão neste domínio (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição).

Artigo 173.°

Transcrição na ausência de processo preliminar de casamento

1. Se o casamento não tiver sido precedido do processo respectivo, a transcrição só se efectua depois de organizado o processo, nos termos dos artigos 134.º e seguintes, substituindo-se a declaração dos nubentes pelo duplicado ou pela certidão do assento canónico, sendo dispensada a apresentação dos documentos de identificação.

2. ***(Revogado)***

3. O conservador pode notificar os cônjuges, pessoalmente ou por carta registada, para comparecerem na conservatória, sob pena de desobediência, a fim de prestarem os esclarecimentos necessários à organização do processo.

4. Os nubentes podem ser ouvidos na conservatória do registo civil da área da residência ou noutra conservatória por eles escolhida.

5. Havendo processo preliminar de casamento pendente à data do recebimento do duplicado, são aplicáveis, com as necessárias adaptações, os n.os 2 e 3 do artigo 159.º

6. Se não houver lugar à isenção dos emolumentos correspondentes ao processo, os cônjuges devem ser avisados para, no prazo de 10 dias, pagarem as importâncias em dívida, sob pena de se proceder à sua cobrança coerciva.

7. ***(Revogado)***

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 e 3)
O tipo objectivo (anotação 4)
O tipo e as formas do crime (anotação 5)

1 A tipificação como desobediência da não comparência na conservatória do registo civil dos cônjuges que devam prestar os esclarecimentos necessários à organização do processo de publicações, em caso de casamento católico urgente, depois de, para tanto e sob aquela cominação, terem sido notificadas pelo conservador foi objecto de autorização legislativa emanada pelo art. 2.º, al.ª h), da Lei n.º 3/95, de 20.02. Corresponde ao art. 209.º, n.º 3, do código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/78, de 30.3. O art. 173.º foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28.9 que, além de revogar o n.º 2, modificou a epígrafe (a anterior era "transcrição não havendo processo de publicações") e o teor do n.º 1, adaptando-o aos novos procedimentos sobre o casamento (a anterior redacção era: "Se o casamento não tiver sido precedido do processo de publicações, a transcrição só se efectua depois de organizado o processo, nos termos dos artigos 134.° e seguintes, substituindo-se a declaração dos nubentes pelo duplicado ou pela certidão do assento canónico, sendo dispensada a apresentação dos bilhetes de identidade"). Essa revisão não interferiu com o disposto na norma penal em anotação, constante do n.º 3, até porque ao Governo falecia competência constitucional para o efeito (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição).

2 A previsão do n.º 3 do preceito em anotação articula-se com o disposto no art. 348.º, n.º 1, al.ª a), do Código Penal: "Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena

de multa até 120 dias se: a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples […]".
Trata-se de um tipo que, tal como os restantes crimes de desobediência, protege a autonomia intencional do Estado, no caso específico reprimindo a colocação de obstáculo à actividade administrativa de registo civil relativo à transcrição do casamento católico. Neste domínio prefere-se a referência a autonomia intencional do Estado – adoptada, por exemplo, por CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* Jorge de Figueiredo Dias (ed.), Comentário Conimbricense do Código Penal, Coimbra, Coimbra Editora, vol. 3, 2001, p. 350 – à de autonomia intencional do funcionário – perfilhada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, p. 825 – na medida em que esta pode gerar alguma confusão com modelos de personificação das funções do Estado e a admissibilidade de crimes de desobediências relativos a actividades que não integrem funções estatais se afigurar ilegítima, até no plano jurídico-constitucional. De qualquer modo, no plano substancial, as duas teses permitem leituras conceptuais do tipo similares.
Na redacção originária do código existia uma outra previsão de desobediência, por falta de comparência, relativa as testemunhas que devessem intervir no assento provisório de casamento civil urgente, para aí o assinarem, depois de, para tanto e sob aquela cominação, terem sido notificadas pelo conservador (prevista no art. 158.º, n.º 3, a qual tinha sido objecto de autorização legislativa emanada pelo art. 2.º, al.ª g), da Lei n.º 3/95, de 20.02). Esse preceito foi revogado pelo art. 22.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28.9 (como decorrência da eliminação do assento provisório de casamento civil, esta última matéria da competência própria do Governo). **3**
A convocação tem de ser realizada através de notificação pessoal e, embora por regra nos casos da al.ª) do n.º 1 do art. 348.º, do CP o tipo dispense a cominação (cfr. MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 353 e 355; ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 827), neste caso é a própria norma que consagra a desobediência que o exige ("sob a cominação da pena aplicável ao crime de desobediência"), aliás, de acordo com os termos expressos e vinculativos da autorização legislativa do parlamento ("depois de, para tanto e sob aquela cominação"). Trata-se de um crime doloso de mera actividade (art. 13.º do Código Penal). **4**
Vale para esta modalidade de desobediência a doutrina sobre esse tipo em matéria de consumação, causas de justificação, causas de exculpação, tentativa, comparticipação, concurso e pena. **5**

Artigo 252.°
Responsabilidade

1. O declarante que decair é condenado no pagamento da respectiva taxa de justiça.
2. Quem dolosamente declarar impedimento sem fundamento responde pelos danos causados e fica sujeito à pena do crime de falsas declarações.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)

O art. 2.º, al.ª h), da Lei n.º 3/95, de 20.02 determinou que o Governo devia "tipificar como crime de falsas declarações, a declaração de impedimento do casamento **1**

sem fundamento, prestada dolosamente". No art. 323.º do código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/78, de 30.3 prescrevia-se: "as declarações de impedimento que sejam destituídas de fundamento sujeitam os declarantes a indemnização pelos danos causados e às penalidades do crime de falsidade se eles houverem procedido com dolo".

2 O Governo detinha legitimidade para consagrar um crime de falsas declarações neste domínio por força da autorização legislativa referida na anotação 1 (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição). Parece que o bem jurídico que se pretende proteger é a integridade da função administrativa, posta em causa por declarações centrais para os juízos de facto do acto administrativo aqui previsto relativo ao processo de impedimento do casamento (regulado nos arts. 241.º a 251.º, do Código de Registo Civil).

Contudo, a técnica legislativa adoptada suscita dúvidas sobre o sentido operativo do reenvio, sobretudo em face da legislação vigente – para além das questões dogmáticas e jurídico-constitucionais suscitadas pelos tipos remissivos cujo tratamento nem sequer se vai ensaiar aqui por respeito da economia desta anotação. Remissão para um tipo com uma epígrafe que não existe no Código Penal apesar de ter chegado a ser aplaudida como "melhor formulação" do que a anterior (assim ÁLVARO SAMPAIO, Código do Registo Civil, Coimbra, Almedina, 2003, p. 267).

3 No Código Penal apenas se encontram previstos, no âmbito dos crimes contra a realização da justiça, o crime de falsidade de depoimento ou declaração (art. 359.º) e o crime de falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução (art. 360.º). O crime de falsidade de depoimento ou declaração apresenta-se susceptível de ser praticado por quem ao "prestar depoimento de parte" fizer "falsas declarações relativamente a factos sobre os quais deve depor, depois de ter prestado juramento e de ter sido advertido das consequências penais […]". Esse crime pode ainda ser cometido pelo assistente e as partes civis em processo penal e o "arguido relativamente a declarações sobre a sua identidade e antecedentes criminais" (n.º 2). Já o crime de falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução pode ser preenchido por "testemunhas, peritos, técnicos, tradutores ou intérpretes" que "perante tribunal ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento, apresentar relatório, der informações ou fizer traduções falsos" (n.º 1) e por "quem, sem justa causa, se recusar a depor ou a apresentar relatório, informação ou tradução" (n.º 2). Como salienta MEDINA DE SEIÇA *in* Jorge de Figueiredo Dias (ed.), Comentário Conimbricense do Código Penal, Coimbra, Coimbra Editora, vol. 3, 2001, p. 453, tanto no caso do art. 359.º, como do art. 360.º, do CP, apresenta-se central a circunstância de as declarações aí previstas constituírem "importantes meios de prova, sobre os quais na grande maioria dos casos em litígio, repousa o cerne da informação probatória e, consequentemente, o próprio acto judicativo", sendo reprimida a falsidade por ameaçar "uma cabal realização da justiça". Na mesma linha PINTO DE ALBUQUERQUE refere-se à "realização da justiça" (Comentário do Código Penal, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, p. 844). Pelo que, a disposição do actual art. 360.º, n.º 1, do CP (correspondente ao art. 402.º, n.º 1, da versão originária) apenas cobre as falsas declarações de testemunha em processo ouvida no quadro do direito processual (cfr. MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, pp. 470-472, PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 847). Aliás, o próprio MAIA GONÇALVES passou a considerar depois da revisão de 1995 do Código Penal que o art. 360.º, n.º 1 "não abrange agora falsas declarações, que passaram para o âmbito do artigo anterior" (Código Penal Português, Coimbra, Almedina, 1996,

p. 914), sendo certo que, como se referiu acima, o referido preceito apenas abrange categorias determinadas de intervenientes em processo judiciário.
Durante a discussão do projecto da comissão revisora do Código Penal que culminou na reforma de 1995, o professor COSTA ANDRADE suscitou o problema de saber "se seria de alargar a previsão do n.º 2 [do futuro art. 359.º] a outros processos sancionatórios para além do processo penal", e, de acordo com as actas, "Obtemperou o senhor Procurador-Geral da República que são processos que não possuem o mesmo grau de gravidade" (*in* Ministério da Justiça, Actas da Comissão de Revisão, Lisboa, Rei dos Livros, 1993, p. 535). Então, o Professor FIGUEIREDO DIAS apenas retorquiu que o futuro art. 360.º se aplicava "no caso do processo de contra-ordenação quando o mesmo decorre perante a autoridade administrativa" (*idem, ibidem*). Sem prejuízo de não se afigurar inequívoca a amplitude desse limite, parece claro que essa constitui uma linha de fronteira, em termos de testemunho como meio de prova relevante para o art. 360.º, do CP, para além da qual não se pode ir.
Na nossa lei penal, já esteve previsto um crime genérico de falsas declarações **4**
perante autoridade pública, previsto e punível pelo art. 22.º do Decreto-Lei n.º 33725, de 21.06.1944: "Aquele que declarar ou atestar falsamente à autoridade pública ou a funcionário no exercício das suas funções, identidade, estado ou outra qualidade a que a lei atribua efeitos jurídicos, próprios ou alheios, será punido com prisão até seis meses. § 1.º – A pena será de prisão até um ano quando as declarações se destinem a ser exaradas em documento oficial. § 2.º – Se a falsidade a que se referem o corpo deste artigo e o § 1.º tiver sido cometida por negligência, aplicar-se-á a pena de multa até 100$00". Por seu turno, o art. 22.º desse diploma prescrevia: "será punido com prisão simples até seis meses, ou multa até 5000$00 se o facto não constituir crime mais grave, aquele que induzir alguém em erro, atribuindo falsamente a si ou a terceiro nome, estado ou qualidade que por lei produza efeitos jurídicos, para obter vantagem em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem". Os arts. 22.º, 23.º e 24.º desse diploma de 1944 foram integrados em disposição revogatória, o art. 45.º, n.º 2, al.ª a), da Lei n.º 12/91, de 21.5, cuja produção de efeitos foi condicionada à "entrada em vigor do" decreto-lei que devia regulamentar a Lei n.º 12/91, o qual nunca chegou a ser publicado. Posteriormente, os arts. 22.º, 23.º e 24.º do Decreto-Lei n.º 33725 foram directa e expressamente revogados pela al.ª a) do art. 53.º da Lei n.º 33/99, de 18.05 (regime jurídico sobre a identificação civil, ver a anotação aos arts. 47.º e 48.º, da Lei n.º 33/99 nesta obra).
Antes da revogação expressa já havia quem defendesse, desde a entrada em vigor do actual Código Penal de 1982 (pelo que antes da aprovação do art. 252.º, n.º 2, do Código de Registo Predial), que o crime genérico de falsas declarações fora tacitamente revogado, por força da previsão, igualmente genérica, do artigo 402.º da versão original do código (assim MAIA GONÇALVES, Código Penal Português, Coimbra, Almedina, 1990, p. 737 e, de forma menos enfática, LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, Código Penal de 1982, vol. 4, Lisboa, Rei dos Livros, 1987, p. 495). A essas posições estava subjacente a tese, muito discutível, de que o art. 402.º, n.º 1, da versão originária do Código Penal abrangeria as falsas declarações prestadas fora de um processo judiciário – considerando MAIA GONÇALVES que se incluem declarações falsas "das testemunhas abonatórias da identidade de outrem nos actos notariais ou perante qualquer outro funcionário competente" (*op. cit.*, 1990, p. 737) e LEAL-HENRIQUES / SIMAS SANTOS, em prol da tese da revogação do art. 22.º do Decreto-Lei n.º 33725, por sobreposição normativa, apontam para alegada circunstância de no art. 402.º, n.º 1 "o nosso legislador usar uma expressão despida de quaisquer limitações" (*op. cit.*, p. 737).

Contra esta última perspectiva parece-nos que se impõe uma concepção restritiva, à luz da interpretação teleológico-sistemática do escopo da norma originária do art. 402.º, do CP cuja força não se perdeu, pelo contrário, em face da inserção sistemática e da própria tipicidade do actual art. 360.º, do CP que se apresenta uma norma relativa à administração da justiça em sentido estrito e ao testemunho em processo judiciário (ver a anotação 3).
Acrescente-se que a jurisprudência maioritária, e que se nos afigurava correcta, preconizava que, na parte em que as previsões não se sobrepunham, o artigo 22.º do citado Decreto-Lei n.º 33725 continuava em vigor por não ter sido revogado pelo Código Penal (assim acs. do TRC de 27.6.1984 *in* CJ, IX, 3, 109, de 23.1.1985 *in* BMJ, 343, 384, de 26.5.1993, *in* C.J., XVIII, 3, 67 e os acs. do STJ de 10.1.1985, *in* B.M.J. 343, 253, de e 3.12.1986 *in* BMJ 362, 339, de 20.6.1996, proc. N.º 96P354). Existindo também abundante jurisprudência no sentido da não cobertura pelo preceito do Código Penal de declarações no quadro de procedimentos administrativos (*v.g.* além do aresto de referência constituído pelo ac. do STJ de 3.12.1986 *in* BMJ 362, 339, o ac. do TRL de 31.10.1984 *in* BMJ 347, 450).
Entende-se assim que a remissão, nos termos em que se apresenta formulada, não permite a correcção pelo intérprete da referência a um tipo com a designação de crime de falsas declarações como se referindo a um tipo do Código Penal que empregue essa expressão no corpo da norma. A falsidade do testemunho, funcionalmente dirigido à utilização como meio de prova de acordo com regras do direito processual, não corresponde a prestação de falsas declarações noutros âmbitos, mesmo perante autoridades oficiais (anteriormente abrangidas pelo art. 22.º, do Decreto-Lei n.º 33725). Acresce que no âmbito do Código Penal, não seria possível estabelecer, com um mínimo de segurança, qual dos *dois* tipos relativos a *falsas declarações* aí previstos seria aplicável neste caso (e a questão seria relevante, quer por se poderem apresentar argumentos a favor da escolha de qualquer um deles, quer por as respectivas penas serem substancialmente diversas).
Em face do exposto, conclui-se que o **crime de perigo abstracto** de falsas declarações para onde remete o n.º 2 do art. 252.º, do Código de Registo Civil foi **revogado** pelo art. 53.º, al.ª a) da Lei n.º 33/99, de 18.05. Consequentemente (ou dito de outra forma), na ordem jurídica portuguesa o bem jurídico posto em causa por falsas declarações perante órgão do Estado que não se encontra no exercício de funções a receber essas declarações como meio de prova para processo judiciário ou equivalente não é integrado em nenhuma previsão penal geral, sendo despidas de conteúdo normativo remissões para um tipo genérico de falsas declarações. Sendo certo que a eventual gravidade dessa omissão legislativa não pode ser suprida pelo aplicador.

Artigo 296.º
Infracções cometidas pelos párocos

1. Incorre na pena aplicável ao crime de desobediência qualificada o ministro da igreja que praticar algum dos seguintes factos:

***a*) Oficiar no casamento sem lhe ser presente o certificado previsto no artigo 151.º ou depois de haver recebido a comunicação a que se refere o artigo 148.º, excepto tratando-se de casamento *in articulo mortis*, na iminência de parto ou cuja celebração imediata haja sido expressamente autorizada pelo ordinário próprio;**

***b*) Celebrar o casamento *in articulo mortis* sem motivo justificado e com o intuito de afastar algum impedimento previsto na lei civil;**

***c*) Deixar de enviar, sem motivo grave e atendível, o duplicado do assento ou enviá-lo fora do prazo estabelecido.**

2. Exceptuam -se do disposto na alínea *c*) do número anterior os casamentos secretos, regulados no direito canónico como casamentos de consciência, enquanto não forem denunciados pela autoridade eclesiástica, oficiosamente ou a requerimento dos interessados.

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)

A norma encontra-se inserida no Código de Registo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6.06, não tendo sido alterado por nenhum dos diplomas posteriores de revisão desse código. A tipificação deste crime foi autorizada pelo art. 2.º, al.ª j), da Lei n.º 3/95, de 20.02. Corresponde ao art. 368.º, do código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/78, de 30.3. **1**

Trata-se de um tipo penal relativo à celebração e registo de casamentos católicos integrável na categoria genérica e abrangente dos crimes contra o Estado. Embora o crime de desobediência (para cuja pena este tipo remete) seja também um crime contra o Estado, constitui um crime contra a autoridade pública (consequentemente integrado no capítulo II do título V da parte especial do Código Penal), enquanto o ilícito em anotação constitui um crime cometido no exercício de funções públicas, no caso por ministro da igreja com poderes próprios relativos ao casamento católico, estando em causa a autoridade e credibilidade do Estado, sendo o tipo susceptível de ser preenchido, por via do abuso de poderes ou da violação de deveres do ministro da igreja relativos ao casamento católico. **2**

Qualquer um dos crimes previsto nas várias alíneas é um crime próprio, dependendo da qualidade de ministro da igreja do agente (sobre a comparticipação cfr. *infra* anotação 5). **3**

No caso do crime da al.ª a) constitui um **crime de mera actividade**, preenchendo-se com o oficiar do casamento em determinadas circunstâncias descritas no tipo. Relativamente ao tipo da al.ª b) constitui um **crime de resultado cortado**, pois no plano objectivo basta o preenchimento de uma das condutas previstas no tipo ("celebrar o casamento ou passar o certificado para a celebração do casamento católico sem motivo justificado") e a condição de ministro da igreja do autor, mas no plano subjectivo exige-se uma intenção com incidência na violação dos deveres do cargo, daí a referência no tipo ao "intuito de afastar algum impedimento previsto na lei civil". Na al.ª c) prevê-se um **tipo omissivo próprio** "deixar de enviar, sem motivo gravo e atendível, o duplicado do assento", ou não enviar dentro "do prazo estabelecido". Encontrando-se prevista no n.º 2 uma cláusula de exclusão da tipicidade para os "casamentos secretos, regulados no direito canónico como casamentos de consciência, enquanto não forem denunciados pela autoridade eclesiástica, oficiosamente ou a requerimento dos interessados".

Todos os tipos previstos no n.º 1 são dolosos (art. 13.º, do Código Penal) e no caso do crime previsto na al.ª c), tratando-se de um **crime de resultado cortado** existe ainda um elemento subjectivo específico que está para além do tipo objectivo: "intuito de afastar algum impedimento previsto na lei civil". **4**

5 A **tentativa** não é punível, por força das disposições conjugadas dos arts. 23.º, n.º 1 e 348.º, n.º 2, do Código Penal.

6 Como se referiu *supra* na anotação 3 deste preceito, o crime aqui previsto é um **crime próprio** pelo que em matéria de **comparticipação** suscita a questão da aplicação do art. 28.º, n.º 1, do Código Penal: "Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora".

7 Como se referiu *supra*, este preceito não consagra um crime de desobediência, mas, simplesmente, limita-se a proceder a um reenvio para a punição do crime de desobediência qualificada, cuja medida abstracta se encontra prevista no art. 348.º, n.º 2, do Código Penal: prisão até dois anos ou multa até duzentos e quarenta dias.

Artigo 297.º
Sanções aplicáveis aos funcionários

Na sanção prevista no artigo anterior incorre o funcionário do registo civil que praticar algum dos factos seguintes:

***a*) Der causa a que o casamento não se celebre ou a que o casamento católico não seja transcrito dentro do prazo legal, quando para isso não exista motivo justificado;**

***b*) Celebrar o casamento ou passar o certificado para a celebração do casamento católico sem prévia organização do processo de casamento;**

***c*) Celebrar o casamento ou passar o certificado para a celebração do casamento católico depois de haver sido denunciado algum impedimento, enquanto a declaração não for considerada sem efeito, ou o impedimento não for julgado improcedente;**

***d*) Realizar o casamento quando algum dos nubentes reconhecidamente se encontre em estado de não poder manifestar livre e esclarecidamente a sua vontade.**

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 norma encontra-se inserida no Código de Registo Civil aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6.06. Foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28.09, que apenas modificou o disposto na al.ª b), procedendo a uma adaptação do texto às alterações do procedimento administrativo do casamento civil aprovadas em 2007, em termos irrelevantes no plano do tipo. A redacção originária da al.ª b) prescrevia: "Celebrar o casamento ou passar o certificado para a celebração do casamento católico sem prévia organização do processo de publicações, salvo se a lei o permitir". Corresponde ao art. 369.º, do código aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/78, de 30.3. A tipificação deste crime foi autorizada pelo art. 2.º, al.ª l), da Lei n.º 3/95, de 20.02.

2 Trata-se de um tipo penal relativo à celebração e registo de casamentos integrável na categoria genérica e abrangente dos crimes contra o Estado. Embora o crime de desobediência (para cuja pena este tipo remete) seja também um crime contra o Estado, constitui um crime contra a autoridade pública (consequentemente integrado

no capítulo II do título V da parte especial do Código Penal), enquanto o ilícito em anotação constitui um crime cometido no exercício de funções públicas, no caso por funcionário do registo civil, estando em causa a autoridade e credibilidade do Estado, sendo o tipo susceptível de ser preenchido, por via do abuso de poderes ou da violação de deveres do funcionário do registo civil.

3 Qualquer um dos crimes previsto nas várias alíneas é um **crime próprio**, dependendo da qualidade de funcionário do registo civil do agente. Sobre a comparticipação ver a anotação 8 deste preceito.

O crime previsto na al.ª a) é um **crime de resultado** consumando-se com a não celebração do casamento civil ou a não transcrição do casamento católico no prazo legal.

O crime previsto nas duas modalidades da al.ª b) é um **crime de mera actividade** que é consumado por força de uma das duas acções aí previstas combinada com a omissão de um procedimento burocrático, a "prévia omissão do processo de casamento". Como se referiu *supra* na presente anotação na redacção originária do presente crime apenas se apresentava distinto o disposto na parte final da al.ª b) e mesmo quanto a este normativo a sua última parte: "sem prévia organização do processo de publicações, salvo se a lei o permitir". Esta alteração não corresponde a nenhuma alteração substancial do tipo objectivo, derivando, apenas, de adaptações ao procedimento burocrático, para a emissão do certificado para o casamento católico. A lei deixou de contemplar os casos em que a lei permite a dispensa de organização do processo para emissão de certificado para o efeito de celebração do casamento católico. Tal não corresponde a nenhuma alteração substancial, já que as excepções actualmente não se reportam à dispensa do processo de casamento, mas de certificado. Por um lado alterou-se profundamente o procedimento burocrático que na redacção anterior tinha como momento central as publicações, nos casos em que estas não eram previstas. Com efeito, continua a admitir-se a ausência de emissão de certificado da capacidade matrimonial, em particular no caso de "casamento *in articulo mortis,* na iminência de parto ou cuja celebração imediata seja expressamente autorizada pelo ordinário próprio, por grave motivo de ordem moral, pode celebrar -se independentemente do processo preliminar de casamento e de passagem do certificado previsto no artigo anterior", nos termos do art. 1599.º do Código Civil (na redacção aprovada pelo art. 4.º do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28.9).

A emissão de certificado para a celebração do casamento católico deve ser precedida do processo próprio para a emissão do certificado de capacidade para a celebração do casamento, pelo que a omissão da anterior ressalva ("salvo se a lei o permitir") não implica alteração relevante ao nível do tipo.

O crime previsto na al.ª c) é um **crime de resultado** que não pode ser cometido por omissão imprópria. O crime previsto na al.ª d) é um **crime de resultado** que não pode ser cometido por omissão imprópria.

4 Todos os tipos previstos art. 297.º são dolosos (art. 13.º, do Código Penal). O elemento subjectivo do tipo previsto na al.ª b) compreende os dois vectores do tipo. Ou seja tem de haver dolo quanto à conduta activa (celebrar o casamento ou emitir o certificado para o casamento católico) e quanto ao pressuposto factual da ausência do prévio processo. Elemento intelectual que também tem de abranger os factos que, respectivamente, de acordo com as alíneas c) e d) deviam obstar à realização do casamento que dolosamente o funcionário do registo civil celebrou ou realizou.

5 A **tentativa** não é punível, por força das disposições conjugadas dos arts. 23.º, n.º 1 e 348.º, n.º 2, do Código Penal.

6 Como se referiu *supra* na anotação 3 deste preceito, o crime aqui previsto é um **crime próprio** pelo que em matéria de **comparticipação** suscita a questão da aplicação do art. 28.º, n.º 1, do Código Penal: "Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora".

7 Como se referiu *supra* este preceito não consagra um crime de desobediência, mas, simplesmente limita-se a proceder a um reenvio para a punição do crime de desobediência qualificada, cuja medida abstracta se encontra prevista no art. 348.º, n.º 2, do Código Penal: prisão até dois anos ou multa até duzentos e quarenta dias.

PAULO JOAQUIM DA MOTA OSÓRIO 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)

Artigo 21.º
Violação de normas relativas a ficheiros

1. A violação das normas relativas a ficheiros informatizados de identificação criminal ou de contumazes é punida nos termos do disposto na secção iii do capítulo vi da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

2. Quem, de forma indevida, obtiver, fornecer a outrem ou fizer uso de dados ou informações constantes dos ficheiros não automatizados de identificação criminal ou de contumazes, desviando-os da finalidade legal, é punido com pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotação 3)
O tipo objectivo e subjectivo (anotação 4)
A tentativa (anotação 5)
Remissão (anotação 6)

O n.º 1 do art. 21.º foi alterado pela Lei n.º 114/2009 de 22.9 que procedeu à terceira alteração à Lei n.º 57/98, de 18.8, para, de acordo com a epígrafe desse diploma adaptar o regime de identificação criminal à responsabilidade penal das pessoas colectivas. **1**

A redacção originária prescrevia: "A violação das normas relativas a ficheiros informatizados de identificação criminal ou de contumazes é punida nos termos dos artigos 34.º a 36.º, 38.º, 39.º e 41.º da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril". Pelo que, a alteração operada pela Lei n.º 114/2009 de 22.9 ao n.º 1 do preceito em anotação correspondeu a uma actualização, com um atraso de mais de mais de 10 anos, de uma norma que se apresenta estritamente informativa. Com efeito, o art. 21.º, n.º 1 nada acrescentava nem aos tipos da Lei n.º 10/91, nem aos da Lei n.º 67/98. Refira-se que, na utilização da lei como fonte de pura informação jurídica sem conteúdo normativo inovador, na revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 20/2007 de 23-1 ao Decreto-Lei n.º 391/98, de 27.11 (que "regulamenta e desenvolve o regime jurídico da identificação criminal e de contumazes, aprovado pela Lei n.º 57/98") introduziu-se um novo n.º 4 ao respectivo art. 29.º: "O uso indevido da informação disponível nas bases de dados do registo criminal é punido nos termos previstos na lei de protecção de dados pessoais". Informação veiculada, nesse caso, provavelmente com o intuito de actualizar parcialmente o art. 21,º, n.º 1, da Lei n.º 57/98, por órgão de soberania sem competência para legislar em matéria de "definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos" (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição).

O n.º 2 do preceito em anotação visa a punição das condutas equivalentes às previstas no art. 38.º, n.º 1, da Lei n.º 10/91 (agora do art. 44.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98), através do acesso a ficheiros não informatizados, "Quem, sem a devida autorização, por qualquer modo, aceder a dados pessoais cujo acesso lhe está vedado é punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias", com a significativa diferença de não compreender qualquer agravação, nomeadamente por referência ao benefício ou vantagem patrimonial do agente ou de terceiros. **2**

O regime anterior encontrava-se previsto nos arts. 34.º e 35.º, da Lei n.º 12/91, de 21.5 (compreendendo a obtenção, fornecimento e uso de dados obtidos ficheiros

informatizados e não informatizados, no caso destes últimos com atenuação especial da pena). O primeiro desses preceitos, com a epígrafe "Desvio de dados ou informações", dispunha: "1 – Quem dos ficheiros de identificação civil, criminal, de menores ou de contumazes, indevidamente, obtiver ou fornecer a outrem dados ou informações, desviando-os da finalidade legal, será punido: a) Com a pena de prisão de 3 meses a 1 ano ou multa até 100 dias, tratando-se de dados ou informações sobre a identificação criminal, nomeadamente a relativa a menores, obtidos de ficheiro informatizado; b) Com a pena de prisão até 1 ano ou multa até 60 dias, tratando-se de dados ou informações sobre a identificação civil ou a contumácia, obtidos de ficheiro informatizado; c) Com as mesmas penas especialmente atenuadas, tratando-se de dados ou informações obtidos de ficheiros manuais. 2 – Com as mesmas penas será punido quem fizer uso dos dados ou informações obtidos ou fornecidos pela forma indevida prevista no número anterior. 3 – As penas dos crimes previstos nos números anteriores serão elevadas ao dobro, nos seus limites mínimo e máximo, quando os mesmos sejam praticados com a intenção de obter benefício ilegítimo para si ou para terceiro ou para causar um prejuízo patrimonial ou moral a interesse público ou de terceiros. 4 – A tentativa é punível." Por seu turno o artigo 35.º, tinha a epígrafe "crimes cometidos por funcionário" e prescrevia: "1 – Os crimes previstos no artigo anterior, se cometidos por funcionário no exercício das suas funções, serão punidos: a) Nos casos das alíneas a) e b) do n.º 1, com as mesmas penas, agravadas em um terço nos seus limites mínimo e máximo; b) Nos casos da alínea c) do n.º 1 não haverá lugar à atenuação especial da pena; c) Nos casos previstos no n.º 3, com a pena do n.º 1 do artigo 433.º do Código Penal. 2 – A tentativa é punível." Percebe-se a harmonização entre as punições dos tipos de base do art. 38.º, n.º 1, da Lei n.º 10/91 (agora do art. 44.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98) e do art. 21.º, n.º 2, da Lei n.º 57/98. Apresenta-se mais difícil de alcançar o motivo político criminal ou jurídico normativo para a eliminação dos tipos agravados no caso dos ficheiros não informatizados, em especial no que concerne ao benefício patrimonial (ainda que por um tipo de resultado cortado como o do n.º 3 do art. 34.º, da Lei n.º 12/91), e da não punição da tentativa (por confronto com o disposto no art. 34.º, n.º 4, da Lei n.º 12/91 e 48.º, da Lei n.º 67/98).

3 Os **bens jurídicos** protegidos afiguram-se ser a legalidade da administração e o sigilo das bases de dados de identificação criminal (relativamente às bases de dados relativas à identificação civil ver o art. 47.º, n.º 1, da Lei n.º 33/99, de 18.5). No caso não se cobre apenas a violação do dever dos funcionários, como no actual artigo 383.º, do Código Penal, em que FIGUEIREDO DIAS considera estar coenvolvida uma "solidariedade formal, em que todo o funcionário tem um especial dever de segredo" (*in* Ministério da Justiça, Actas da Comissão de Revisão, Lisboa, Rei dos Livros, 1993, p. 535), mas o próprio segredo das informações cujo acesso, divulgação ou utilização indevidos colide com as "finalidades legais". Pelo que, a tutela penal não se limita a funcionários (não é um crime específico próprio, como o art. 383.º, do CP) nem à conduta de quem divulga mas também de quem ilegitimamente acede à informação ou a utiliza para outros fins (num espectro analiticamente mais amplo do que, por exemplo, o crime de violação de segredo de justiça, previsto e punido pelo art. 371.º, do CP, cingido à divulgação).

4 O tipo do n.º 2 é um **crime de mera actividade** doloso (insusceptível de ser cometido de forma negligente, cfr. art. 13.º, do Código Penal), sendo as formas de realização típica elencadas alternativas (obtiver, fornecer a outrem ou fizer uso de dados ou informações constantes dos ficheiros).

A **tentativa** do crime previsto e punível nos termos do n.º 2 do art. 21.º não é punível, por força do disposto no art. 23.º, n.º 1, do Código Penal (e da eliminação do n.º 4 do art. 34.º, da Lei n.º 12/91, de 21.5). **5**

Ver a anotação aos artigos 43.º a 49.º da Lei n.º 67/98, de 26.10 nesta obra. **6**

Artigo 22.º

Falsificação de impressos de modelos oficiais

A falsificação de impressos de modelo oficial de certificados do registo criminal e de contumácia, o uso destes documentos falsificados e a falsificação de outros impressos de modelo oficial da identificação criminal constituem crime punido nos termos do artigo 256.º do Código Penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O tipo (anotação 2)

Este preceito substituiu o disposto no artigo 36.º (falsificação de impressos oficiais) da Lei n.º 12/91, de 21.5: "1 - A falsificação de impressos do bilhete de identidade, de certificados de registo criminal e de certificado de contumácia, de modelo oficial, praticada pelas formas previstas no n.º 1 do artigo 228.º do Código Penal, e o uso dos mesmos impressos falsificados serão punidos com a pena prevista no n.º 2 do mesmo artigo. 2 - A falsificação de outros impressos oficiais da identificação civil ou criminal será punida com a pena prevista no n.º 1 do mesmo artigo." **1**

Esta norma não consagra um tipo penal, limitando-se a pura informação jurídica sem conteúdo normativo inovador relativamente ao crime de falsificação previsto e punido pelo art. 256.º do Código Penal integrado no título relativo aos crimes contra a vida em sociedade. **2**

PAULO JOAQUIM DA MOTA OSÓRIO 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)

Artigo 47.º
Violação de normas relativas a ficheiros

1. A violação das normas relativas a ficheiros informatizados de identificação civil é punida nos termos dos artigos 35.º e seguintes da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

2. Quem, por forma indevida, obtiver, fornecer a outrem ou fizer uso de dados ou informações constantes dos ficheiros não automatizados de identificação civil, desviando-os da finalidade legal, é punido com pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1, 2 e 3)
O bem jurídico (anotação 4)
O tipo objectivo e subjectivo (anotação 5)
A tentativa (anotação 6)
Remissão (anotação 7)

1 O n.º 1 do preceito em anotação constitui uma norma que se apresenta estritamente informativa, já que nada acrescenta aos tipos da Lei n.º 67/98.

2 O n.º 2 do preceito em anotação visa a punição das condutas equivalentes às previstas no art. 38.º, n.º 1, da Lei n.º 10/91 (agora do art. 44.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98), através do acesso a ficheiros não informatizados, "Quem, sem a devida autorização, por qualquer modo, aceder a dados pessoais cujo acesso lhe está vedado é punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias", com a significativa diferença de não compreender qualquer agravação, nomeadamente por referência ao benefício ou vantagem patrimonial do agente ou de terceiros.
O regime anterior encontrava-se previsto nos arts. 34.º e 35.º, da Lei n.º 12/91, de 21.5 (compreendendo a obtenção, fornecimento e uso de dados obtidos de ficheiros informatizados e não informatizados, no caso destes últimos com atenuação especial da pena). O primeiro desses preceitos, com a epígrafe "Desvio de dados ou informações", dispunha:1 - Quem dos ficheiros de identificação civil, criminal, de menores ou de contumazes, indevidamente, obtiver ou fornecer a outrem dados ou informações, desviando-os da finalidade legal, será punido: a) Com a pena de prisão de 3 meses a 1 ano ou multa até 100 dias, tratando-se de dados ou informações sobre a identificação criminal, nomeadamente a relativa a menores, obtidos de ficheiro informatizado; b) Com a pena de prisão até 1 ano ou multa até 60 dias, tratando-se de dados ou informações sobre a identificação civil ou a contumácia, obtidos de ficheiro informatizado; c) Com as mesmas penas especialmente atenuadas, tratando-se de dados ou informações obtidos de ficheiros manuais. 2 - Com as mesmas penas será punido quem fizer uso dos dados ou informações obtidos ou fornecidos pela forma indevida prevista no número anterior. 3 - As penas dos crimes previstos nos números anteriores serão elevadas ao dobro, nos seus limites mínimo e máximo, quando os mesmos sejam praticados com a intenção de obter benefício ilegítimo para si ou para terceiro ou para causar um prejuízo patrimonial ou moral a interesse público ou de terceiros. 4 - A tentativa é punível." Por seu turno o artigo 35.º, tinha a epígrafe "crimes cometidos por funcionário" e prescrevia: "1 - Os crimes previstos no artigo anterior, se cometidos por funcionário no exercício das suas funções, serão punidos: a) Nos casos das alíneas a) e b) do n.º 1, com as mesmas penas, agravadas em um terço

nos seus limites mínimo e máximo; b) Nos casos da alínea c) do n.º 1 não haverá lugar à atenuação especial da pena; c) Nos casos previstos no n.º 3, com a pena do n.º 1 do artigo 433.º do Código Penal. 2 - A tentativa é punível." Percebe-se a harmonização entre as punições dos tipos de base do art. 44.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98 e do art. 47.º, n.º 2, da Lei n.º 33/99. Apresenta-se mais difícil de alcançar o motivo político criminal ou jurídico normativo para a eliminação dos tipos agravados no caso dos ficheiros não informatizados, em especial no que concerne ao benefício patrimonial (ainda que por um tipo de resultado cortado como o do n.º 3 do art. 34.º, da Lei n.º 12/91), e da não punição da tentativa (por confronto com o disposto no art. 34.º, n.º 4, da Lei n.º 12/91 e 48.º, da Lei n.º 67/98).

3 Por força da Lei n.º 7/2007, de 5.02: (a) O processo de atribuição generalizada do cartão de cidadão será concretizado ao longo de um ciclo plurianual, através da expansão progressiva dos serviços de recepção a todo o território nacional e às comunidades de cidadãos portugueses residentes no estrangeiro; (b) Os bilhetes de identidade, cartões de contribuinte, cartões de utente dos serviços de saúde e cartões de identificação da segurança social válidos continuam a produzir os seus efeitos, nos termos previstos nos diplomas legais que regulam a sua emissão e utilização, enquanto não tiver sido entregue cartão de cidadão aos respectivos titulares; (c) O prazo máximo de validade de bilhete de identidade emitido, renovado ou actualizado após a entrada em vigor da Lei n.º 7/2007, de 5.02 é de 10 anos a contar da entrada em vigor dessa lei (art. 55.º, n.º 4, da Lei n.º 7/2007).

4 Os **bens jurídicos** protegidos afiguram-se ser a legalidade da administração e o sigilo das bases de dados de identificação civil (tal como no art. 21.º, n.º 2, da Lei n.º 57/98, de 11.8 se protege o segredo das bases de dados de identificação criminal). No caso não se cobre apenas a violação do dever dos funcionários, como no actual artigo 383.º, do Código Penal, em que FIGUEIREDO DIAS considera estar coenvolvida uma "solidariedade formal, em que todo o funcionário tem um especial dever de segredo" (*in* Ministério da Justiça, Actas da Comissão de Revisão, Lisboa, Rei dos Livros, 1993, p. 535), mas o próprio segredo das informações cujo acesso, divulgação ou utilização indevidos colide com as "finalidades legais". Pelo que, a tutela penal não se limita a funcionários (não é um crime específico próprio, como o art. 383.º, do CP) nem à conduta de quem divulga mas também de quem ilegitimamente acede à informação ou a utiliza para outros fins (num espectro analiticamente mais amplo do que, por exemplo, o crime de violação de segredo de justiça, previsto e punido pelo art. 371.º, do CP, cingido à divulgação).

5 O tipo do n.º 2 é um **crime de mera actividade** doloso (insusceptível de ser cometido de forma negligente, cfr. art. 13.º, do Código Penal). Sendo a enumeração das formas de realização típica alternativas (obtiver, fornecer a outrem ou fizer uso de dados ou informações constantes dos ficheiros).

6 A **tentativa** do crime previsto e punível nos termos do n.º 2 do art. 21.º não é punível, por força e do disposto no art. 23.º, n.º 1, do Código Penal (e da eliminação do n.º 4 do art. 34.º, da Lei n.º 12/91, de 21.5).

7 Ver a anotação aos artigos 43.º a 49.º da Lei n.º 67/98, de 26.10 nesta obra.

Artigo 48.º

Falsificação de impressos de modelos oficiais

A falsificação de impressos de modelo oficial do bilhete de identidade, o uso destes modelos falsificados e a falsificação de outros impressos de modelo oficial da identificação civil constituem crime punido nos termos do artigo 256.º do Código Penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O âmbito (anotação 2)
A natureza (anotação 3)

1 Este preceito substituiu o disposto no artigo 36.º (falsificação de impressos oficiais*)* da Lei n.º 12/91, de 21.5: "1 - A falsificação de impressos do bilhete de identidade, de certificados de registo criminal e de certificado de contumácia, de modelo oficial, praticada pelas formas previstas no n.º 1 do artigo 228.º do Código Penal, e o uso dos mesmos impressos falsificados serão punidos com a pena prevista no n.º 2 do mesmo artigo. 2 - A falsificação de outros impressos oficiais da identificação civil ou criminal será punida com a pena prevista no n.º 1 do mesmo artigo."

2 Sobre a substituição do bilhete de identidade pelo cartão de cidadão, por força da Lei n.º 7/2007, de 5.02, veja-se a anotação ao art. 51.º, da Lei n.º 7/2007 e a anotação 3 ao art. 47.º, da Lei n.º 33/99 nesta obra.

3 Esta norma não consagra um tipo penal, limitando-se a pura informação jurídica sem conteúdo normativo inovador relativamente ao crime de falsificação previsto e punido pelo art. 256.º do Código Penal integrado no título relativo aos crimes contra a vida em sociedade.

PAULO JOAQUIM DA MOTA OSÓRIO DÁ MESQUITA

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)

Artigo 44.º
Violação de normas relativas a ficheiros

1. A violação das normas relativas a ficheiros informatizados de emissão do passaporte é punida nos termos dos artigos 44.º a 49.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

2. Quem não cumprir as obrigações relativas à protecção de dados previstas no artigo 43.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, é punido nos termos aí previstos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A natureza (anotação 2)
Remissão (anotação 3)

Este artigo encontra-se inserido no diploma que regula o regime geral da concessão de passaportes aprovado pelo Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11-5, o qual revogou o disposto no Decreto-Lei n.º 438/88, de 29-11. **1**

As disposições do n.º 1 e n.º 2 correspondem a fontes de pura informação jurídica sem conteúdo normativo inovador. Informação veiculada por órgão de soberania sem competência para legislar em matéria de "definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos" para a qual o Governo não tinha autorização legislativa (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição). **2**

Ver a anotação aos artigos 43.º a 49.º da Lei n.º 67/98, de 26.10, nesta obra. **3**

Artigo 47.º
Obtenção e utilização fraudulenta de documento

A prestação de falsas declarações para obtenção de passaporte, a falsificação de passaporte ou dos respectivos impressos próprios, o uso de passaporte falsificado, bem como o uso de passaporte alheio, são punidos nos termos do Código Penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A falsificação de passaporte e impressos oficiais e uso de passaporte falsificado ou alheio (anotação 2)
As falsas declarações (anotação 3)

Este artigo encontra-se inserido no diploma que regula o regime geral da concessão de passaportes aprovado pelo Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11-5, o qual revogou o disposto no Decreto-Lei n.º 438/88, de 29-11. Este preceito compreende três segmentos autonomizáveis: (a) falsas declarações para obtenção de passaporte; (b) Falsificação de passaporte e impressos oficiais e (c) uso de passaporte falsificado ou alheio. **1**

O diploma revogado não tinha disposição paralela, mas, o respectivo art. 11.º compreendia uma norma que "recordava" o aplicador de que "a prestação de falsas declarações ou a utilização dolosa de documentos de prova em processo de obtenção de passaporte é passível de procedimento criminal nos termos da lei". Sendo certo que está por saber a ilicitude da "utilização dolosa de documentos", ou seja com um determinado fito, "imprecisão" que agora foi abandonada subsiste o problema das "falsas declarações" (ver *infra* anotação 3).

Este preceito corresponde a pura informação jurídica sem conteúdo normativo inovador. Informação veiculada por órgão de soberania sem competência para legislar em matéria de "definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos" para a qual o Governo não tinha autorização legislativa (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição). Acresce que no caso das falsas declarações transmite-se uma mensagem errónea (anotação 3).

2 Em matéria de falsificação de impressos oficiais ou passaportes não existe qualquer norma penal extravagante aplicando-se apenas as regras do Código Penal (nomeadamente, os arts. 256.º e 257.º, do CP), tal como à utilização de passaporte falso (art. 256.º, n.º 1, al.ª e), do CP) e de passaporte alheio (art. 261.º, do CP). Neste caso o preceito em anotação é, no plano normativo, irrelevante e inócuo.

3 A referência a falsas declarações, no primeiro segmento da norma e na linha do art. 11.º, do Decreto-Lei n.º 438/88, de 29-11, 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). Como se referiu na anotação 1, neste caso, além da ausência de tipificação conforme a exigência constitucional de *nullum crimen sine lege scripta, proevia et certa*, decorrente do art. 29.º, n.º 1, da Constituição, ao Governo falecia competência para estabelecer qualquer previsão neste domínio (art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da Constituição).

PAULO JOAQUIM DA MOTA OSÓRIO DÁ MESQUITA

Lei 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)

Artigo 50.º
Violação de normas relativas à protecção de dados pessoais

Quem não cumprir as obrigações relativas à protecção de dados previstas nos artigos 43.º e seguintes da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, é punido nos termos aí previstos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O âmbito (anotação 2)
Remissão (anotação 3)

O preceito em anotação constitui uma norma estritamente informativa, já que nada acrescenta aos tipos da Lei n.º 67/98. **1**

Subsiste em vigor o regime relativo à identificação civil (ver a anotação ao art. 47.º, da Lei n.º 33/99, de 18.5 nesta obra). **2**

Ver a anotação aos artigos 43.º a 49.º da Lei n.º 67/98, de 26.10 nesta obra. **3**

Artigo 51.º
Obtenção e utilização fraudulenta de documento

A indicação falsa de facto juridicamente relevante para constar do cartão de cidadão, a falsificação do cartão de cidadão e o uso de cartão de cidadão falsificado, bem como a danificação, a subtracção e o uso de cartão de cidadão alheio, são condutas punidas nos termos dos artigos 256.º e seguintes do Código Penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A natureza (anotações 2 e 3)

Este preceito é novo dada a introdução do cartão do cidadão mas não apresenta quaisquer diferenças relativamente ao que se encontra previsto quanto ao bilhete de identidade, veja-se a anotação ao art. 48.º, da Lei n.º 33/99, de 18.05 nesta obra. **1**

Esta norma não consagra um tipo penal, limitando-se a pura informação jurídica sem conteúdo normativo inovador relativamente ao crime de falsificação previsto e punido pelo art. 256.º, do Código Penal integrado no título relativo aos crimes contra a vida em sociedade. **2**

Artigo 52.º
Criminalidade informática

O acesso ilegítimo, a intercepção ilegítima, a sabotagem, a interferência danosa nos dados, nos programas ou nos sistemas do circuito integrado incorporado no cartão de cidadão, bem como a utilização do referido circuito integrado com falsidade informática, são condutas punidas nos termos da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
Remissão (anotação 2)

1 O preceito em anotação constitui uma norma estritamente informativa sem qualquer relevo normativo e que entretanto se apresenta desactualizada por força da revogação do regime penal da Lei n.º 109/91, de 17.08 pela Lei n.º 109/2009, de 15.09 que aprovou a lei do cibercrime.

2 Ver a anotação aos artigos 3.º a 7.º da Lei n.º 109/2009, de 15.09 nesta obra.

PAULO JOAQUIM DA MOTA OSÓRIO 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)

Artigo 1.º
Objecto

A presente lei tem como objecto a previsão e a punição dos actos e organizações terroristas, em cumprimento da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho, relativa à luta contra o terrorismo.

Sumário da anotação:
O terrorismo em Portugal e na Europa – da prevenção à repressão (anotação 1)
A estratégia internacional antiterrorista (anotação 2)
A estratégia e a política criminal europeia antiterrorista (anotação 3)
A Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho (anotação 4)
A transposição – deslocação para legislação penal extravagante (anotação 5)
A Lei de Combate ao Terrorismo – "direito penal do inimigo" ? (anotação 6)
O "direito penal do inimigo" – posição adoptada (anotação 7)

O terrorismo em Portugal e na Europa – da prevenção à repressão: Os casos de terrorismo interno, em Portugal, surgem do período pós-revolucionário, numa primeira fase com movimentos de extrema-direita (CODECO, ELP/MDLP) a que se seguiu um movimento terrorista de extrema-esquerda (FP 25 de Abril), desmantelado apenas em meados da década de 80; também a registar o homicídio do dirigente da OLP – Issam Sartawi pela organização Abu Nidal, no Algarve (10 de Abril de 1983), ou o atentado à Embaixada da Turquia em Lisboa, pelo grupo ASALA (27 de Julho de 1983); a partir daí e até 2001, o terrorismo constitui uma preocupação latente, decorrente da possibilidade mais ou menos remota da ETA, do IRA, ou alguma organização extremista islâmica, utilizar o território nacional como base de apoio (mais desenvolvido, RUI PEREIRA, "Terrorismo e Insegurança. A Resposta Portuguesa", RMP, n.º 98, Abril-Junho 2004, pp. 77 ss). **1**

É neste contexto histórico que, surge a primeira legislação portuguesa antiterrorista – a Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto, punindo autonomamente os crimes de "organizações terroristas" e de "terrorismo", em termos muito aproximados, formal, estrutural e materialmente, àqueles que hoje vigoram. Os quais seriam incorporados no ano seguinte no Código Penal. Já após os atentados de 11 de Setembro de 2001, regista-se a revisão constitucional, pela Lei n.º 1/2001 de 12 de Dezembro, que introduziu no artigo 34.º n.º 3 da Constituição, a admissibilidade de busca domiciliária nocturna sem o consentimento, "em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei".

Partindo da expressão europeia e mundial do terrorismo, é proposta uma classificação do terrorismo, assente nas suas particulares diferenças: o terrorismo islâmico, que é praticado por indivíduos, grupos ou organizações que evocam o Islão para justificar as suas acções, como a "Al-Qaeda" ou "Al-Qaida" ("a base"

ou "a célula"); o terrorismo separatista, promovido por grupos etno-nacionalistas e separatistas como a "*Euskadi ta Askatasuna*" – ETA ("Pátria Basca e Liberdade"), que procuram o reconhecimento internacional e a autodeterminação, motivadas pelo nacionalismo, etnicidade e / ou religião; terrorismo de ala esquerda (*left wing*), como "*Devrimci Halk Kurtulus¸ Partisi / Cephesi*" – DHKP-C), ou Partido/ Frente Revolucionária de Libertação do Povo, procura mudar o sistema de Estado, político, social e económico, para um modelo de extrema-esquerda, com uma ideologia frequentemente marxista-leninista; terrorismo anarquista, geralmente revolucionário, anticapitalista e anti-autoridade; terrorismo de ala direita (*right wing*) procura mudar o sistema de Estado, político, social e económico, para um modelo de extrema-direita, geralmente com uma ideologia que assenta no nacional socialismo; finalmente, o denominado "*single issue terrorism*" em que a violência é exercida com a vontade de mudar uma política ou prática específicas numa sociedade alvo, como as questões ecológicas, direitos dos animais e aborto (Relatório da EUROPOL, TE-SAT 2009).

Actualmente, os números mais recentes da situação do terrorismo na União Europeia, são bem reveladores da sua dimensão e propagação internacional. Tal como resultam do Relatório da EUROPOL, TE-SAT 2009, indicam 515 atentados ocorridos durante o ano de 2008, em 7 Estados-Membros, a larga maioria bem sucedidos e com uso de explosivos ou por fogo posto (destes, 395 ocorreram em Espanha e França com classificação "separatista"), 1009 indivíduos foram presos por infracções terroristas ou relacionadas, em 13 Estados-Membros, a maioria enquanto membros de organização terrorista (destes, 402 em França, 256 no Reino Unido, e 197 em Espanha). Durante esse ano, 360 indivíduos foram julgados por acusações de infracções relativas ao terrorismo (destes, 141 em Espanha), com 29% de absolvições. As modernas tecnologias de informação têm um papel essencial, várias organizações terroristas e grupos extremistas mantêm *websites* em diversas línguas. O recurso às novas tecnologias da informação ou a utilização de células terroristas semi-independentes, para dificultar a identificação dos seus membros, são só algumas das dificuldades com que se defrontam os Estados vítimas de atentados, na resposta ao terrorismo.

Outras "dificuldades" incluem, desde logo, as próprias regras constitucionais dos Estados democráticos, como as garantias de defesa, proibição de discriminações políticas ou religiosas, ou a restrição da ingerência nas telecomunicações, a fazer apelo a formas legítimas de superação mais "criativas"; por outro lado, as organizações terroristas gozam da iniciativa, quanto à escolha das circunstâncias de modo, tempo e lugar, de cada atentado que pode ser em qualquer local do mundo a todo o momento; depois, a circunstância dos membros de algumas facções terroristas estarem dispostos a morrer pela sua "causa, ideal ou religião", o que, não só pode frustrar a acção de imobilização como retira qualquer eficácia preventiva às normas incriminadoras existentes (também assim, RUI PEREIRA, *op. cit.*, 2004, pp. 83-86). É que "os terroristas ao mesmo tempo que dispõem de armas que são as do sistema, dispõem, além disso, de uma arma fatal: a sua própria morte" (JEAN BAUDRILLARD, "O Espírito do Terrorismo", Campo das Letras, Porto, 2002, p. 26). A resposta deve ser encontrada na partilha de informação e na cooperação internacional, aproximando os serviços de informações aos serviços de justiça, mediante recurso a agentes infiltrados e a arrependidos, sempre que possível. Essencial é a adopção de uma estratégia eficaz, transversal e internacional, na sua prevenção e repressão. A dinâmica internacional e europeia, redobrada após os atentados de 11 de Setembro de 2001, mediante a adopção de estratégias

definidas e abrangentes, incluindo a Decisão-Quadro ora transposta, será objecto de aprofundamento em seguida (*infra* n.os 2, 3 e 4).

2 **Estratégia internacional antiterrorista:** O combate ao terrorismo encontra-se na agenda de várias organizações internacionais e regionais, destacando-se a ONU, o Conselho da Europa e os vários órgãos da União Europeia. Os atentados da "Al-Qaeda", de 11 de Setembro de 2001, evidenciaram as insuficiências existentes e a premência de uma resposta internacional coordenada, que desde então tem sido intensificada e aprofundada (para uma resenha extensiva dos instrumentos internacionais mais relevantes em matéria de antiterrorismo, ver OMER ELAGAB / JEEHAAN ELAGAB, "*International Law Documents Relating to Terrorism*", *Routledge-Cavendish, London and New York*, 2007 – 3.ª ed., pp. 1-968).

A ONU partiu de uma dificuldade inicial quanto à definição horizontal de terrorismo, um conceito unívoco e universalmente aceite de terrorismo (sentida ainda nos entraves mais recentes à adopção de uma "Convenção Global sobre o Terrorismo"), mas, paradoxalmente, tal não constituiu impedimento para adoptar convenções internacionais em vários áreas de incidência do terrorismo: Desde a "Convenção referente às infracções e a certos outros actos cometidos a bordo de Aeronaves", aprovada em 1963; passando pela "Convenção para a repressão dos atentados terroristas à bomba", de 15 de Dezembro de 1997; a "Convenção para a repressão do financiamento do terrorismo", de 9 de Dezembro de 1999; até à mais recente "Convenção para a repressão dos actos de terrorismo nuclear", de 13 de Abril de 2005; ou as convenções relativas à aviação civil, reféns, ou financiamento do terrorismo, entre outras.

A Assembleia-Geral da ONU tem adoptado, em especial após meados da década de 80, várias resoluções em que condena o terrorismo, aprovou a "Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo", em 1994, e a "Declaração para complementar a Declaração de 1994", em 1996, em que se condenam todos os actos e práticas terroristas como actos criminosos e injustificáveis, onde quer e por quem quer que seja que tenham sido cometidos, assumindo que a legitimidade de uma causa não justifica os actos de terrorismo, e exortam todos os Estados a tomarem medidas a nível nacional e internacional, tendo em vista eliminar o terrorismo internacional. De igual modo, o Conselho de Segurança tem sido cada vez mais activo em matéria de condenação de actos terroristas, tendo qualificado por diversas ocasiões tais actos como ameaças à paz e à segurança internacionais, adoptando diversas medidas e sanções económicas, congelamento de bens, entre outras.

Exemplos de convenções regionais, fora do espaço europeu, em matéria de terrorismo, são: "A Convenção da Organização dos Estados Americanos para Prevenir e Punir Actos de Terrorismo", concluída em Washington, em 2 de Fevereiro de 1971; "Convenção Regional da Associação do Sueste Asiático para a Cooperação Regional sobre a Supressão do Terrorismo", assinada em Kathmandu, em 4 de Novembro de 1987; "Convenção Árabe sobre a Supressão do Terrorismo", assinada no Cairo, em 22 de Abril de 1998; "Tratado sobre a Cooperação entre Estados-Membros da Comunidade de Estados Independentes para o Combate ao Terrorismo", feito em Minsk, em 4 de Junho de 1999; "Convenção da Organização da Conferência Islâmica sobre o Combate ao Terrorismo Internacional", adoptada em 1 de Julho de 1999; "Convenção da Organização para a Unidade Africana sobre a Prevenção e o Combate ao Terrorismo", adoptada em Argel, em 14 de Julho de 1999, entre outras.

3 **Estratégia e política criminal europeia antiterrorista:** Do próprio preâmbulo da Decisão-Quadro ora transposta, resulta evidente o empenho da comunidade internacional para erradicação da ameaça terrorista, em especial no espaço europeu

em que nos inserimos, ressaltando um estratégia necessariamente transnacional e concertada.
Desde logo, ao nível do Conselho de Europa, como marco inicial destaca-se a "Convenção do Conselho da Europa para a repressão do terrorismo", de 27 de Janeiro de 1977, que Portugal ratificou em 1981; ou, por último, "Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo", de 16 de Maio de 2005.
Ao nível da União Europeia, a "Declaração de La Gomera", aprovada na reunião informal do Conselho, de 14 de Outubro de 1995, condena o terrorismo como uma ameaça para a democracia, o livre exercício dos direitos humanos e o desenvolvimento económico e social.
O Conselho da UE aprovou, em 3 de Dezembro de 1998, o "Plano de Acção do Conselho e da Comissão sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amesterdão relativas à criação de um «espaço de liberdade, de segurança e de justiça»".
Relevam ainda as conclusões do Conselho, de 20 de Setembro de 2001, e o Plano de Acção em matéria de terrorismo do Conselho Europeu Extraordinário, de 21 de Setembro de 2001.
O terrorismo foi evocado nas conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, e do Conselho Europeu de Santa Maria da Feira, de 19 e 20 de Junho de 2000. Foi igualmente mencionado na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa à actualização semestral do painel de avaliação dos progressos realizados na criação de um "espaço de liberdade, segurança e justiça" na União Europeia (segundo semestre de 2000). O Parlamento Europeu aprovou, em 5 de Setembro de 2001, uma Recomendação sobre a luta contra o terrorismo.
A União Europeia tomou diversas medidas para prevenir e reprimir o terrorismo e o crime organizado, tais como a Decisão do Conselho, de 3 de Dezembro de 1998, que confere poderes à Europol para tratar das infracções cometidas, ou susceptíveis de serem cometidas, no âmbito de actividades de terrorismo que atentem contra a vida, a integridade física, a liberdade das pessoas e os bens; a Acção Comum 96/610/JAI do Conselho, de 15 de Outubro de 1996, relativa à criação e actualização de um repertório de competências, técnicas e conhecimentos específicos em matéria de luta contra o terrorismo para facilitar a cooperação entre os Estados-Membros da União Europeia neste domínio; a Acção Comum 98/428/JAI do Conselho, de 29 de Junho de 1998, que cria uma rede judiciária europeia, com competências em matéria de infracções terroristas (ver nomeadamente o seu artigo 2.º); a Acção Comum 98/733/JAI do Conselho, de 21 de Dezembro de 1998, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa nos Estados-Membros da União Europeia; e a Recomendação do Conselho, de 9 de Dezembro de 1999, relativa à cooperação na luta contra o financiamento de grupos terroristas.
Já após a adopção da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, ora transposta, face à constante ameaça terrorista da actualidade, a União Europeia, em concertação com a ONU, consolidou uma estratégia global com vista a contribuir para a segurança mundial, promover a democracia, o diálogo e uma boa gestão das questões públicas, a fim de combater os factores que motivam a radicalização, tendo como objectivos directos: aumentar a cooperação com países terceiros (nomeadamente do Norte de África, do Médio Oriente e do Sudeste Asiático) e dar assistência a estes países; respeitar os direitos humanos; prevenir novos recrutamentos para o terrorismo; proteger melhor os alvos potenciais; perseguir e investigar os membros das redes existentes; melhorar a capacidade para dar resposta a atentados terroristas e gerir as suas consequências.

A estratégia seria definida, mais concretamente, pelo **Conselho da União Europeia de 30 de Novembro de 2005,** firmada em quatro pilares – "Prevenir", "Proteger", "Perseguir" e "Responder" (análise por LUIS TOMÉ, em "Segurança e Defesa", n.º 1, Novembro de 2006, pp. 24 ss.):

a) Prevenir: Este pilar visa fazer face à radicalização e ao recrutamento para o terrorismo, identificando os métodos, a propaganda e os instrumentos utilizados. Apesar de se tratar de desafios que se colocam aos Estados-Membros, a acção da UE pode contribuir para coordenar as políticas nacionais, para identificar boas práticas e para o intercâmbio de informações; definindo acções comuns para detectar e combater os comportamentos de risco; combatendo a instigação e o recrutamento em meios propícios (prisões, locais de culto, etc.); desenvolver o diálogo intercultural; adoptando uma linguagem sóbria para explicar as políticas europeias; promovendo (através de programas de assistência) a boa governação, a democracia, a educação e a prosperidade económica; continuando a investigar e a partilhar análises e experiências.

b) Proteger: Este pilar visa reduzir a vulnerabilidade dos alvos a atentados, reduzindo o impacto destes, propondo a realização de uma acção colectiva a nível da segurança fronteiriça, dos transportes e de todas as infra-estruturas transfronteiriças. Para melhor protecção das fronteiras, a União Europeia já dispõe do Sistema de Informação Schengen (SIS II) e do Sistema de Informação sobre Vistos (VIS), bem como da Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas (FRONTEX). Em simultâneo, os Estados-Membros devem avaliar a ameaça e o seu grau de vulnerabilidade, estudando em conjunto os pontos vulneráveis das operações de transporte interno, bem como reforçar a segurança rodoviária, ferroviária, aérea e marítima; proceder ao intercâmbio de dados referentes a passageiros e utilizar informações biométricas nos documentos de identidade; elaborar um programa de trabalho, com metodologias de protecção contra atentados e um programa europeu para as infra-estruturas críticas.

c) Perseguir: Este pilar visa perseguir os terroristas para além das fronteiras, assegurando simultaneamente o respeito dos direitos humanos e do direito internacional, impedindo o acesso a equipamentos utilizáveis em atentados terroristas (armas, explosivos, etc.), desarticulando as redes terroristas e os seus agentes de recrutamento, bem como combater a utilização abusiva de associações sem fins lucrativos. Pôr termo às fontes de financiamento do terrorismo, realizando investigações, congelando os activos e impedindo as transferências de fundos. Pôr termo à planificação de acções terroristas, impedindo a comunicação e a disseminação de conhecimentos relacionados com o terrorismo, nomeadamente através da Internet. Obtenção e análise dos dados e informações, análises comuns, intercâmbio e partilha de informações, através da Europol e da Eurojust. Os instrumentos utilizados para cumprir os objectivos do pilar "perseguir" são os seguintes: análises efectuadas pelo Centro de Situação Conjunto (SitCen) e pela Europol; mandado de detenção europeu e mandado europeu de obtenção de provas; equipas comuns de investigação; princípio da disponibilização da informação em matéria de repressão; VIS e SIS II (para um melhor acesso à informação); Grupo de Acção Financeira Internacional (GAFI) que formula recomendações a seguir.

d) Responder: Não sendo possível anular completamente o risco de atentados terroristas, em caso de atentado é essencial proceder a uma rápida troca de informações operacionais e de ordem política e à coordenação dos meios de comunicação social; assegurar a nível nacional e europeu: a solidariedade, a assistência e a indemnização das vítimas do terrorismo e respectivas famílias; fornecer assistência aos cidadãos da UE que se encontrem em países terceiros;

proteger e dar assistência aos nossos efectivos militares e civis que participem em operações da UE no domínio da gestão de crises.
Posteriormente, no mesmo sentido, veja-se ainda a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 6 Novembro 2007, intitulada "Intensificação da luta contra o terrorismo" (COM (2007) 649 final – não publicada no Jornal Oficial).

4 **Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de Junho:** Trata-se da Decisão-Quadro ora transposta, que já foi entretanto alterada, pela Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de Novembro, fundamentalmente tendo em vista o alargamento dos crimes previstos no seu artigo 3.º – infracções relacionadas com as actividades terroristas (ver *infra* anotação n.º 4 ao artigo 4.º). Mantém-se completamente de acordo com a estratégia da União Europeia acima identificada. A harmonização do sistema penal é uma incumbência da União Europeia, nos termos dos artigos 29.º e 31.º n.º 1 al.ª e), do Tratado, para "facultar aos cidadãos um elevado nível de protecção num espaço de liberdade, segurança e justiça", o "objectivo será atingido prevenindo e combatendo a criminalidade, organizada ou não, em especial o terrorismo", mediante "uma aproximação, quando necessário, das disposições de direito penal dos Estados-Membros" e tendo por objectivo "adoptar gradualmente medidas que prevejam regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis nos domínios da criminalidade organizada, do terrorismo e do tráfico ilícito de droga". Acresce, que a resposta punitiva concertada enquanto desígnio de política criminal comum, se insere na estratégia europeia de prevenção e repressão do terrorismo (*supra* n.º 3).
O **quadro jurídico das infracções e organizações terroristas** encontra-se previsto nos artigos 1.º, 2.º, 3.º e 5.º da Decisão-Quadro (para os demais ver especificamente as anotações quanto a cada norma incriminadora).
O artigo 1.º (infracções terroristas e direitos e princípios fundamentais):
"1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que sejam considerados infracções terroristas os actos intencionais previstos nas alíneas a) a i), tal como se encontram definidos enquanto infracções pelo direito nacional, que, pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, sejam susceptíveis de afectar gravemente um país ou uma organização internacional, quando o seu autor os pratique com o objectivo de:
– intimidar gravemente uma população, ou
– constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer acto, ou
– desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país, ou de uma organização internacional:
a) As ofensas contra a vida de uma pessoa que possam causar a morte; b) As ofensas graves à integridade física de uma pessoa; c) O rapto ou a tomada de reféns; d) O facto de provocar destruições maciças em instalações governamentais ou públicas, nos sistemas de transporte, nas infra-estruturas, incluindo os sistemas informáticos, em plataformas fixas situadas na plataforma continental, nos locais públicos ou em propriedades privadas, susceptíveis de pôr em perigo vidas humanas, ou de provocar prejuízos económicos consideráveis; e) A captura de aeronaves e de navios ou de outros meios de transporte colectivos de passageiros ou de mercadorias; f) O fabrico, a posse, a aquisição, o transporte, o fornecimento ou a utilização de armas de fogo, de explosivos, de armas nucleares, biológicas e químicas, assim como a investigação e o desenvolvimento de armas biológicas e químicas; g) A libertação de substâncias perigosas, ou a provocação de incêndios, inundações ou explosões, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas; h) A perturbação ou a interrupção do abastecimento de água, electricidade ou de qualquer outro

recurso natural fundamental, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas; i) A ameaça de praticar um dos comportamentos enumerados nas alíneas a) a h).
2. A presente decisão-quadro não poderá ter por efeito alterar a obrigação de respeitar os direitos fundamentais e os princípios jurídicos fundamentais tal como se encontram consagrados no artigo 6.º do Tratado da União Europeia."
O artigo 2.º (infracções relativas a um grupo terrorista):
"1. Para efeitos da presente decisão-quadro, entende-se por «grupo terrorista» a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, com o objectivo de cometer infracções terroristas. A expressão «associação estruturada» designa uma associação que não foi constituída de forma fortuita para cometer imediatamente uma infracção e que não tem necessariamente funções formalmente definidas para os seus membros, nem continuidade na sua composição ou uma estrutura elaborada.
2. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para tornar puníveis os seguintes actos intencionais: a) Direcção de um grupo terrorista; b) Participação nas actividades de um grupo terrorista, incluindo pelo fornecimento de informações ou meios materiais, ou através de qualquer forma de financiamento das suas actividades, tendo conhecimento de que essa participação contribuirá para as actividades criminosas do grupo terrorista."
O artigo 3.º (infracções relacionadas com as actividades terroristas):
Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que os comportamentos a seguir indicados sejam igualmente considerados infracções relativas às actividades terroristas: a) O roubo agravado, cometido com o objectivo de praticar um dos comportamentos enumerados no n.º 1 do artigo 1.º; b) A chantagem com vista a praticar um dos comportamentos enumerados no n.º 1 do artigo 1.º; c) A produção de falsos documentos administrativos, tendo em vista praticar um dos comportamentos enumerados nas alíneas a) a h) do n.º 1 artigo 1.º, bem como no n.º 2, alínea b), do artigo 2.º".
Também **o artigo 6.º (circunstâncias especiais):**
"Cada Estado-Membro pode tomar as medidas necessárias para que as penas previstas no artigo 5.º possam ser reduzidas, quando o autor da infracção: a) Renuncie à actividade terrorista; e b) Forneça às autoridades administrativas ou judiciárias informações que essas autoridades não teriam podido obter de outra forma, e que as ajudem a: i) prevenir ou limitar os efeitos da infracção, ii) identificar ou julgar os outros autores da infracção, iii) encontrar provas, ou iv) prevenir a prática de outras infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º"
O artigo 5.º (sanções):
"1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que as infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º sejam passíveis de sanções penais eficazes, proporcionadas e dissuasivas, susceptíveis de implicar extradição.
2. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que as infracções terroristas previstas no n.º 1 do artigo 1.º e as infracções previstas no artigo 4.º, na medida em que se relacionem com as infracções terroristas, sejam passíveis de penas privativas de liberdade mais severas que as previstas no direito nacional para essas mesmas infracções quando cometidas na ausência da intenção especial prevista no n.º 1 do artigo 1.º, excepto se as penas previstas forem já as penas máximas aplicáveis ao abrigo do direito nacional.
3. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para assegurar que as infracções referidas no artigo 2.º sejam passíveis de penas privativas de liberdade que não podem ser inferiores a quinze anos para a infracção prevista no n.º 2, alínea a), do artigo 2.º e a oito anos para as infracções previstas no n.º 2, alínea b), do

artigo 2.º Na medida em que a infracção prevista no n.º 2, alínea a), do artigo 2.º apenas se refira ao acto previsto na alínea i) do n.º 1 do artigo 1.º, a pena máxima não pode ser inferior a oito anos."

Os atentados terroristas de Setembro de 2001 levaram a União Europeia a reforçar a sua acção neste domínio. O terrorismo é uma das mais graves violações dos valores universais em que se funda a União Europeia: a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a solidariedade, o respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais; e representa, ainda, um dos ataques mais graves à democracia e ao Estado de Direito, princípios comuns aos Estados-Membros e nos quais a União Europeia assenta. A Decisão-Quadro constitui a base da política criminal antiterrorista da União Europeia, visando consolidar um quadro normativo comum a todos os Estados-Membros e, em especial, uma definição harmonizada de infracção terrorista, que permita a eficácia e expansão da política antiterrorista da União, no respeito dos direitos fundamentais e do Estado de Direito. Nesse sentido, propõe-se a harmonizar a definição de infracções terroristas, o regime punitivo aplicável e a competência internacional.

O conceito de terrorismo, para fins de harmonização penal na União Europeia, tal como preconizado no artigo 1.º (ou no artigo 4.º desta Lei) resulta da combinação de três componentes cumulativos:

a) Um **crime de base, ou acto terrorista *stricto sensu***, a fixar de entre um elenco de comportamentos criminais graves (homicídio, ofensas corporais, tomada de reféns, extorsão, fabrico de armas, atentados, ameaça de cometer esses actos, etc.);

b) Um **elemento funcional-teleológico objectivo** ou **nexo de risco relevante** que, tendo por referência a natureza dos actos visados (organização terrorista) ou cometidos (terrorismo) e o contexto em que pretendam ser cometidos ou em que já o foram, permita concluir pela sua susceptibilidade de afectar gravemente um Estado ou uma população;

c) Um **elemento funcional-teleológico subjectivo**, segundo o qual esses actos apenas serão consideradas infracções terroristas quando visem intimidar gravemente uma população, constranger indevidamente os poderes públicos ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer acto ou desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país ou de uma organização internacional.

Em síntese, **a presente Decisão-Quadro considera como grupo terrorista uma organização estruturada composta por duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e que actua de maneira concertada** e refere-se à direcção de um grupo terrorista e à participação nas suas actividades como sendo infracções relativas a grupos terroristas. Para punir os actos terroristas, os Estados-Membros devem prever na sua legislação nacional sanções penais efectivas, proporcionais e dissuasivas, que possam levar à extradição. Devem ainda garantir que serão aplicadas sanções contra as pessoas colectivas quando se verificar que a pessoa singular tem autoridade para tomar decisões em nome da pessoa colectiva ou autoridade para exercer um controlo dentro da pessoa colectiva que cometeu uma infracção terrorista. Os Estados-Membros devem adoptar todas as medidas necessárias para estabelecer a sua competência em relação aos actos terroristas e nos casos em que se recusem a entregar ou extraditar para outro Estado-Membro ou para um país terceiro uma pessoa suspeita ou condenada por tal infracção. Devem ainda garantir que determinados actos intencionais são puníveis como infracções relacionadas com actividades terroristas, mesmo que não seja cometida qualquer infracção terrorista.

Finalmente, importa fazer uma breve apreciação sobre o sistema encontrado, na **definição horizontal de terrorismo**, há tantos anos perseguida pela ONU sem sucesso até ao momento. Com efeito, a Decisão-Quadro não se limita a consolidar os textos de convenções internacionais, pois vai mais longe ao visar uma definição integral, tendencialmente esgotante, de terrorismo. Porém, subordina esse conceito a certas finalidades e consequências. Tal qual uma "rede de pesca", pode afirmar-se que, por um lado, tem um maior alcance do que as convenções internacionais sectoriais (*v.g.* relativas ao terrorismo na aviação civil, atentados à bomba, energia nuclear, etc.), porque cobre um conjunto de actos terroristas alargado, tendencialmente completo; mas, por outro, tem uma malha mais larga, deixando passar aqueles casos que não cumpram os diversos critérios normativos específicos, objectivos e subjectivos. Pode-se, assim, concluir que **o maior mérito desta Decisão-Quadro reside na cobertura extensiva do terrorismo, mediante critérios sérios e exigentes, adequados a reduzir o risco de um uso politicamente orientado, logo potencialmente abusivo, do regime sancionatório antiterrorista** (assim, EUGENIA DUMITRIU, "*The E.U.´s Definition of Terrorism: The Council Framework Decision on Combating Terrorism*", em "*German Law Journal*", SAGE, vol 5, n.º 5, p. 595, recorrendo à evocação alegórica e concluindo de igual modo).

Transposição – deslocação para legislação penal extravagante: Não é certamente por carência de dignidade penal, ou sentido de elevada ressonância ética, que as incriminações do terrorismo foram "expatriadas" do Código Penal, como sucede geralmente por (falta de) razões simbólicas. É inquestionável que estão em causa "verdadeiras condições antropológicas do livre desenvolvimento da personalidade", ou seja, "direitos cuja denegação afecta, irremediavelmente, a essencial dignidade da pessoa humana" (RUI PEREIRA, "Os crimes contra a integridade física na revisão do Código Penal", em "Jornadas sobre a Revisão do Código Penal", AAFDL, Lisboa: 1998, p. 183). Foram duas as razões avançadas na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 43/IX, que deu iniciativa legislativa à presente Lei. Por um lado: "A opção por uma lei autónoma e consequente revogação das normas correspondentes do Código Penal resulta da percepção que o Estado português tem da absoluta transnacionalidade das infracções em apreço. Nesse sentido, justifica-se, do ponto de vista simbólico, no contexto da função preventiva do Direito Penal, criar um diploma que dê um sinal claro à comunidade portuguesa e internacional enfatizando o facto de se considerar, com crescente convicção, que os crimes de terrorismo e organização terrorista violam bens jurídicos supranacionais, à semelhança dos crimes contra a Humanidade, merecedores de uma tutela clara, severa e tranquilizadora.". Por outro lado," um diploma autónomo permite uma mais eficaz adequação à decisão-quadro, em especial no que diz respeito à responsabilização penal das pessoas colectivas, sem introduzir elementos perturbadores da harmonia do actual Código Penal". Note-se que seria apenas com a revisão penal de 2007, operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (23.ª alteração ao Código Penal), que se introduziu a responsabilidade penal das pessoas colectivas, no artigo 12.º n.º 2, do Código Penal, ainda que não para todos os crimes.

A argumentação expendida é mais facilmente atendível quanto à existência de um conjunto de normas aplicáveis especificamente às novas incriminações, *maxime*, a aludida responsabilidade penal dos entes colectivos ou as regras de competência, de modo a evitar maior fragmentação sistemática da codificação penal, que resultaria da acumulação de normativos especiais, ou da remissão para diplomas avulsos; pois contra as razões simbólicas invocadas milita, inelutável, a própria força simbólica inerente a toda a codificação penal, enquanto "direito penal de justiça" por excelência.

5

Ambas as soluções seriam aceitáveis, registando-se assim a conformidade da opção legal. A Lei assume o propósito neste preceito de transpor aquela Decisão-Quadro, sendo posição dominante que o fez de modo integral (concordantes, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, "A Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto)", em RLJ, ano 135.º, n.º 3935, Coimbra Editora, Novembro-Dezembro de 2005, p. 80). O próprio Relatório da Comissão, de 6 de Novembro de 2007, COM(2007)681 final, apresentado nos termos do artigo 11.º da Decisão-Quadro, é categórico em afirmar a transposição integral por Portugal.

6 **Lei de Combate ao Terrorismo – "direito penal do inimigo" ?** A intensa resposta preventiva e repressiva ao terrorismo, omnipresente e global, tem dado texto ao pretexto de revisitar alguns fantasmas de totalitarismo pretérito, quanto ao perigo de um cerceamento desmesurado das liberdades individuais. Na "onda securitária" do pós 11 de Setembro, pós 11 de Março, pós 7 de Julho (Nova Iorque, 2001; Madrid, 2004; Londres, 2005), do número trágico de vítimas mortais ao carácter fortemente simbólico dos novos atentados terroristas da era global, reacende-se o postulado de GÜNTHER JAKOBS quanto aos alegados méritos de um "direito penal do inimigo" no contraponto ao usual "direito penal do cidadão".

Segundo JAKOBS, nas mais recentes formulações da sua proposição (de feição justificativa ou legitimadora), o direito penal do cidadão que pertence a dada comunidade global, não deve valer para aqueles que se recusam a participar nela visando a sua aniquilação – os terroristas – ou que violam persistentemente as suas normas – os delinquentes por tendência (síntese de FIGUEIREDO DIAS, "Direito Penal – Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime", Tomo 1, Coimbra Editora, 2004, p. 34). O conceito foi introduzido na dogmática jurídico-penal em 1985, a propósito da antecipação da punibilidade nos casos de especial perigosidade. Enquanto "o direito penal dos inimigos optimiza a protecção dos bens jurídicos, o direito penal do cidadão optimiza as esferas de liberdade" (JAKOBS, *apud* NUNO DIAS COSTA, "Direito Penal do Inimigo – Inimigo do Direito Penal?", RPCC, 18, 2008, p. 419, nessa altura ainda assumindo uma feição neutra meramente descritiva). O "direito penal do inimigo" revela-se na antecipação da punibilidade para actos meramente preparatórios dos actos efectivamente lesivos de bens jurídicos; na desproporcionalidade das penas relativamente aos crimes que se visam cometer, sendo a pertença a organização um factor de agravação considerável da pena ou punição autónoma dessa promoção ou adesão; na designação das leis como sendo "de luta" ou "de combate", assimilando aqueles fins repressivos; e, finalmente, na restrição das garantias de defesa e de direitos fundamentais materiais dos suspeitos, reduzindo exigências quanto à admissibilidade de prova, como a presunção de inocência, intromissão nas comunicações, acções encobertas, maiores prazos de detenção e prisão preventiva, limites à comunicação com defensor, etc. (*ibidem*, pp. 422-423).

Em síntese, as principais características do "direito penal do inimigo", serão: Ao inimigo não deve ser aplicada pena limitada, antes medida de segurança ilimitada (i); não deve ser punido de acordo com a sua culpabilidade, mas consoante a sua perigosidade (ii); as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (do que fez), antes o futuro (sobre o que representa de perigo futuro) (iii); não é um direito penal retrospectivo, antes prospectivo (iv); o inimigo não é um sujeito de direito, antes objecto de coacção (v); o cidadão mesmo depois de delinquir mantém o estatuto de pessoa, enquanto o inimigo perde esse estatuto (passa a não-pessoa) (vi); o direito penal do cidadão pretende garantir a vigência da norma violada, enquanto o "direito penal do inimigo" combate fundamentalmente perigos (vii); o "direito penal do inimigo" deve antecipar a tutela penal para abranger os actos

preparatórios (viii); mesmo que a pena seja intensa e desproporcional, ainda assim, justifica-se a antecipação da protecção penal (ix); quanto ao cidadão, *v.g.* autor de um crime ocasional, espera-se que ele exteriorize um facto para que incida a reacção, que confirmará a vigência da norma, enquanto em relação ao inimigo, *v.g.* terrorista, deve ser interceptado logo que possível, no início do *iter criminis*, pela sua perigosidade (x).

A emergência de um "direito penal do inimigo", fora das regras do direito, por recurso, no limite, à coacção física e à guerra, tem suscitado uma oposição generalizada na doutrina penal. Para FIGUEIREDO DIAS (*op. cit*, 2004, pp. 34-35 e p. 94), esta é uma concepção "de todo em todo inadmissível", que substitui o direito penal do facto pelo direito penal do agente, por ser "contrária ao fundamento primário do Estado de direito e à concepção de pessoa que lhe dá fundamento". ANDRÉ LAMAS LEITE ("As «Posições de Garantia na Omissão Impura». Em Especial, a Questão da Determinabilidade Penal", Coimbra Editora, 2007, pp. 14-16) salienta bem que se trataria de um retrocesso "ao tempo do «positivismo jurídico exasperado» e à distinção entre criminosos «corrigíveis» e «incorrigíveis»", contrário à herança iluminista, constituindo a admissão de um direito penal do inimigo uma *contradictio in terminis* de rejeitar, "sob pena de implosão da própria legitimação do *ius puniendi*". Também assim, sustentando idêntica posição crítica, NUNO DIAS COSTA, *op. cit.*, pp. 415 ss.; RUI PEREIRA, "Terrorismo e Democracia", em "As Teias do Terror, Novas Ameaças Globais", Ésquilo, 2006, pp. 74 ss.; ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "Globalização, Democracia e Crime", em "II Congresso de Processo Penal", Almedina, Coimbra, 2006, pp. 27 e ss., também em "Política Criminal. Novos Desafios, Velhos Rumos", em "*Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias", Coimbra Editora, 2003, pp. 210 ss; MANUEL GUEDES VALENTE, "Terrorismo e Processo Penal: Uma Relação Amarga (?)!", em "II Congresso de Processo Penal", Almedina, Coimbra, 2006, pp. 157 e s.); e FERNANDA PALMA, "Crimes de Terrorismo e Culpa Penal, em "*Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias", Coimbra Editora, 2003, pp. 235 ss.

Aliás, RUI PEREIRA (*op. cit.*, 2004, p. 83) lembra bem que o terrorismo não pode ser combatido a qualquer preço, advertindo a este propósito que o terrorismo consegue, perversamente, uma vitória quando obriga o Estado de direito democrático a suprimir ou limitar liberdades. Já assim, JEAN BAUDRILLARD ("*Power Inferno. Requiem pour les Twin Towers. Hypothèses sur le terrorisme. La violence du mondial*", *Galilée*, 2003, p. 59): "é a verdadeira vitória do terrorismo ter afundado todo o ocidente na obsessão securitária, é numa forma velada o terror perpétuo".

Razão de ordem: Não obstante a pertinência destas críticas que sufragamos sem prescindir de tomar posição a final, procuraremos apurar no imediato se, ainda assim, terá a concepção de JAKOBS alguma correspondência com o ordenamento jurídico português ou a decisão-quadro europeia, designadamente quanto ao sistema punitivo do terrorismo; analisando depois a conformidade do modelo sancionatório vigente à luz da Constituição.

Cumpre reconhecer que a lei sob anotação apresenta traços usualmente referenciados com o denominado "direito penal do inimigo", desde logo a designação de "lei de combate", transpondo uma Decisão-Quadro "relativa à luta contra", o que se confirma materialmente na antecipação da punibilidade para actos meramente preparatórios, na punição autónoma da organização criminosa até com penas que poderão ser mais elevadas do que as aplicáveis aos crimes que aquela visa cometer, um agravamento da punição em outros crimes devido à mera adesão à organização (concordante, NUNO DIAS COSTA, p. 440). Porém, tudo visto e considerado, não se vislumbra, nem na Lei nem na Decisão-Quadro, qualquer resquício de

restrição oportunista de direitos, uma antecipação ou extensão das incriminações verdadeiramente injustificadas ou sanções efectivamente insuportáveis, desproporcionais ou materialmente descabidas. Bem se compreende que para uma realidade especialmente violenta e organizada, que atenta directa e indirectamente contra bens jurídicos essenciais, incluindo o bem jurídico maior que é a vida, colocada em risco quanto a um número indeterminado de pessoas, se configure um regime punitivo especialmente gravoso, ainda que adaptável ao caso concreto, por via da pena variável. Aliás, quanto ao máximo da pena individual, contida nos limites gerais do direito penal (assim o artigo 4.º n.º 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). 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 há-de comungar de um controlo de proporcionalidade, necessidade e adequação, face aos fins prosseguidos pelo programa jurídico-constitucional, que é patente no caso concreto.

As incriminações do terrorismo, das organizações que o sustentam e do seu financiamento, mesmo que por antecipação da tutela penal, respeitam os parâmetros constitucionais de legalidade, intervenção mínima, presunção de inocência, ofensividade e culpa (sobre a ofensividade e a culpa nos crimes de perigo abstracto, ver a nossa anotação à Lei do Jogo – artigo n.º 108 / anotação n.º 15.6 e 15.7). Também a moldura legal das penas respeitam os ditames constitucionais, em especial o princípio da proporcionalidade, face à natureza do bem jurídico protegido e dos resultados não compreendidos no tipo mas por ele pressupostos (com excepção para um lapso na versão portuguesa da Decisão-Quadro – ver *infra* anotação n.º 16 ao artigo 2.º). Aliás, por correcta transposição, a Lei vem a introduzir expressamente um *freio* à incriminação de actos que objectiva e subjectivamente reunissem as condições legais, mas que sejam insusceptíveis ou inidóneos para ofender o bem jurídico protegido - a paz pública (cfr. *infra* anotação n.º 12 ao artigo 2.º).

7 **Direito Penal do Inimigo (posição adoptada):** É principalmente do processo penal, pelo eventual cerceamento de garantias de defesa ou amputação de direitos fundamentais materiais, que mais são temidas as ameaças deste novo direito dito "do inimigo". Mas também, quanto ao direito penal substantivo, o tipo de postulados que identificámos como características do "direito penal do inimigo" (ver *supra* n.º 6.2), é obviamente insustentável por quem seja "amigo do direito penal". Sucede que, neste desiderato, da "máxima garantia" (incomportável com um "mínimo de responsabilização" das organizações complexas, poderosas e transnacionais) ao "estado de coacção" ou "de guerra" desenhado no limite por JAKOBS, outras matizes se vão hoje efectivamente perfilando, porventura aproximando-se do equilíbrio e da proporcionalidade, umas mais do que outras.

Porque as derivas, "securitárias" ou "garantistas", nunca foram boas conselheiras e sempre nos deixaram má memória, JOSÉ MIGUEL SARDINHA ("O Terrorismo

e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal", Coimbra Editora, 1989, p. 150), faz um são apelo ao equilíbrio e à concordância prática entre direitos, escrevendo assim: "o Estado tem, pois, o dever constitucional de intervir por forma a prevenir (e eventualmente a reprimir) todas as acções criminosas que ponham em causa a liberdade e a segurança dos cidadãos. Somente um espírito doentio e sectário é que poderá ver na Constituição, apenas os direitos de uma certa camada de cidadãos, ignorando pura e simplesmente os direitos dos restantes cidadãos, ou seja, a comunidade globalmente considerada".

Cumpridas mais de duas décadas e muitas mais ameaças terroristas, desde esse ideário, as recentes posições do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – Primeira Instância, a propósito das listas de organizações classificadas como apoiantes do terrorismo (para fins de congelamento de bens), são reconfortantes, no apelo que fazem a essa mesma ideia de ponderação e concordância prática, por um lado, do direito à vida e do respeito pela integridade das populações e, por outro, com o respeito pela integridade dos presumíveis terroristas (SVETLANA ZASOVA, "*La Lutte Contre Le Terrorisme à L´Épreuve de La Jurisprudence du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes*", em "*Revue Trimestrielle des Droits de L´Homme*", 19.º Ano, n.º 74, Abril de 2008, pp. 483, 502-505).

Faltaria agora lembrar que, nestes tempos da imagem virtualmente voraz, em que o recato do lar e do viver vai sendo paulatinamente colonizado pelo escancarado, mas consentido, *big brother* social, o cidadão comum, confrontado com os novos riscos globais, intangíveis mas reais, parece estar disposto a prescindir, em prol de mais segurança, de uma "certa dose" da sua privacidade (se não mesmo da sua intimidade), que ao que parece já pouco uso lhe dá ou quer dar. **Assim falava WINFRIED HASSEMER, para advertir que o paradigma mudou e o Estado já não é o *Leviathan* por todos temido, tornou-se civilizado e já não é a causa de todos os riscos, sendo os próprios cidadãos a reclamarem o seu amparo face às ameaças externas difusas** ("*Interview with Federal Constitutional Court Vice President, Justice, Professor Winfried Hassemer*", em "*German Law Journal*", Vol 5, n.º 5, SAGE, pp. 605). Pelo contrário, pode ser um aliado para ultrapassar as ameaças que agora são externas, já não se pedindo liberdade *contra* o Estado, antes segurança *pelo* Estado; ou seja, está a mudar, sem fim à vista, o "fiel da balança" que vai apontando o equilíbrio entre segurança e liberdade; sem fim à vista, porque são os próprios cidadãos que estão dispostos a abdicar de parte dos seus direitos, confiantes no ideário de "quem não deve não teme", em benefício, por exemplo, de maior acesso e controlo a dados pessoais, medidas de revista nos aeroportos ou de videovigilância em locais públicos ou meios de transporte, como forma de contenção real de riscos (*ibidem*, pp. 605-606).

É que os regimes sancionatórios especiais ou os regimes processuais excepcionais, não se convertem, *a priori* ou *per se*, de "normas excepcionais" do direito penal em "direito de excepção". O sistema penal com todas as suas imperfeições representa, apesar de tudo, o melhor instrumento disponível para minimizar os riscos de abusos, mas a defesa do seu papel perante a cidadania interessada há-de passar pela flexibilização de alguns direitos e algumas garantias, no seu equilíbrio com o valor antinómico da segurança (assim, FRANCESCO VIGANÒ, "Terrorismo, Guerra e Sistema Penale", em "*Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*", Fasc 2, 2006, pp. 648-703). A nossa Constituição estabelece no artigo 27.º n.º 1, os direitos à liberdade e à segurança, indiciando que há-de haver e buscar-se uma relação de interdependência funcional entre ambos, não obstante ter de se reconhecer

que entre ambos se verificam relações antinómicas, em que a supremacia de um pode levar à atrofia do outro (também assim, RUI PEREIRA, *op. cit*, 2004, p. 83).
A cada realidade da vida deve corresponder uma regulação adequada à realização dos seus fins, sob pena de vivermos uma hipócrita panaceia colectiva. Neste sentido restritivo e funcional-teleológico, os fins não só justificam os meios como devem sempre justificar os meios. Mas aqui chegados é preciso saber colher, na lição da História, que nem "*os melhores*" fins justificam "*todos*" os meios; o que significa saber identificar na pegada do nosso ADN democrático, o primado, irremovível e indivisível, da igual dignidade da pessoa humana.
Com boa razão se diz que "«cada sociedade tem a criminalidade e o direito penal que merece», que impiedosamente «a segue como a sua sombra»" (FERNANDO MANTOVANI, Il Diritto Penale del Nemico, Il Diritto Penale Dell´Amico, Il Nemico del Diritto Penale e L´Amico del Diritto Penale", em "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", Fasc 2/3, 2007, p. 492). Afinal, renunciando à *vindicta*, o direito penal traz na sua essência a marca da experiência humanista (ANSELMO BORGES, "O Humanismo no Horizonte da Pós Modernidade", em "Revista do CEJ", ano 2005, n.º 3, pp. 7-20). **Cabe, assim, a cada um assumir, com desassombro ético, as suas próprias responsabilidades individuais e colectivas, iluminando a confiança num direito penal sem amizades nem inimizades, antes re-actualizado na herança viva do humanismo,** resgatado intacto ao *b*aú do património civilizacional europeu, pois **o Direito só existe *pela* defesa e *para* defesa das liberdades de todos.**

Artigo 2.º
Organizações terroristas

1. Considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante:

a) Crime contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;

c) Crime de produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalancha, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;

d) Actos que destruam ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente, meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;

e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas;

f) Crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas; sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar.

2. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

3. Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 15 a 20 anos.

4. Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

5. A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Sumário da anotação:
A redacção anterior (anotação 1)
As fontes internas (anotação 2)
As fontes europeias (anotação 3)
O bem jurídico (anotação 4)
O tipo de ilícito (anotação 5)
O tipo objectivo – modalidades de acção típica (anotação 6)
O tipo objectivo – conceito de organização terrorista (anotação 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
O dolo do tipo (anotação 9)
O elemento subjectivo específico alternativo (anotação 10)
A tipologia dos "crimes-base" – actos terroristas *stricto sensu* (anotação 11)
A adequação objectiva dos meios visados (anotação 12)
A classificação do crime (anotação 13)
A tentativa (anotação 14)
O concurso (anotação 15)
A pena (anotação 16)
A dispensa ou atenuação especial de pena (anotação 17)

Redacção anterior: O n.º 2 deste preceito legal foi alterado pelo artigo 61.º da Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho – Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo. A redacção originária era a seguinte: "Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, **ou através de qualquer forma de financiamento das suas actividades**, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos". Ver anotação ao artigo 5.º-A. **1**

Fontes internas: O artigo 263.º do Código Penal de 1886, na redacção dada pela Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto, que pela primeira vez tipificou autonomamente as organizações terroristas. O artigo 300.º, do Código Penal de 1982/1995, justamente com a epígrafe *organizações terroristas*, revogado pelo artigo 11.º da Lei sob anotação, tinha o seguinte teor: **2**

"1 - Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

2 - Considera-se grupo, organização ou associação terrorista, todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupo de pessoas ou a população em geral, mediante a prática de crimes:

a) Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas;

b) Contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;

c) De produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;
d) De sabotagem;
e) Que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas.
3 - Quem chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 10 a 15 anos.
4 - Quando um grupo, organização ou associação terrorista, ou as pessoas referidas nos n.º s 1 ou 3, possuírem qualquer dos meios indicados na alínea e) do n.º 2, a pena é agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.
5 - Quem praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.
6 - É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 4 do artigo 299.º."

3 **Fontes europeias:** Ver as anotações n.º 3 a 5, ao artigo 1.º desta Lei. Em especial, **o artigo 6.º da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI** (circunstâncias especiais):
"Cada Estado-Membro pode tomar as medidas necessárias para que as penas previstas no artigo 5.º possam ser reduzidas, quando o autor da infracção: a) Renuncie à actividade terrorista; e b) Forneça às autoridades administrativas ou judiciárias informações que essas autoridades não teriam podido obter de outra forma, e que as ajudem a: i) prevenir ou limitar os efeitos da infracção, ii) identificar ou julgar os outros autores da infracção, iii) encontrar provas, ou iv) prevenir a prática de outras infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º".

4 **Bem jurídico:** O bem jurídico protegido pela incriminação é a "paz pública interna", relativa às instituições e população do Estado português, correspondendo às "expectativas sociais de uma vida comunitária livre da especial perigosidade de grupos que tenham por escopo o cometimento de crimes" (FIGUEIREDO DIAS, em "Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial", Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 1157, anotação ao crime de associação criminosa – artigo 299.º, por remissão, p. 1176; FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 79); os quais sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população (esta parte numa inovação imposta pela Decisão-Quadro).
A incriminação assenta, político-criminalmente, na "muito elevada" ou "muito especial" perigosidade das organizações terroristas, por contraponto à "elevada" ou "especial" perigosidade das associações criminosas e, *a pari*, em especificidades próprias das organizações terroristas, que justificam a autonomização. A elevadíssima perigosidade prende-se com a diluição da personalidade individual e do poder de autocrítica racional, no seio de grupos fortemente ideológicos e dirigistas, que promovem o isolamento social, cultural e ideológico, dos seus membros, por "interiorização de lealdades subculturais ou contraculturais" de índole criminal, conduzindo a "uma especial frustração do princípio de prevenção geral positiva" (assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, pp. 1157-1158).
Trata-se de um crime de perigo, em que a materialização ou concretização do perigo não constitui elemento do tipo objectivo mas que integra o tipo subjectivo, podendo considerar-se um exemplo particular de crime de perigo abstracto-concreto ou de aptidão limitada ao escopo da conduta criminosa; embora numa perspectiva estritamente objectiva da conduta típica, se reconheça que o perigo apenas constitui a motivação da incriminação, meramente pressuposto na descrição legal de crime, não tendo de ser objecto de realização (acção) típica.

Também no direito pretérito a jurisprudência sustentava tratar-se de um crime de perigo abstracto, que se consuma com a promoção ou fundação da organização criminosa, visando a prática dos crimes terroristas, "ainda que nenhum deles venha a ser praticado" (assim, o acórdão do STJ, de 5-05-94, processo n.º 46365).

5 **Tipo de ilícito:** A Lei de Combate ao Terrorismo mantém no conceito de grupo, organização ou associação terrorista (doravante "organização terrorista"), os elementos típicos existentes do direito pretérito, acrescentando uma cláusula de objectivação e densificação do perigo (FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, pp. 82-83), quanto ao conceito da organização terrorista, *rectius*, quanto ao seu escopo, resultando no tipo de ilícito seguinte.

Tipo de ilícito objectivo (síntese):

a) Modo de execução alternativa da acção típica: Quem,

a.1) Promover (i), fundar (ii), aderir (iii) ou apoiar (iv) grupo, organização ou associação terrorista (n.º 2);

a.2) Chefiar (v) ou dirigir (vi) grupo, organização ou associação terrorista (n.º 3);

a.3) Praticar actos preparatórios da constituição (vii) de grupo, organização ou associação terrorista (n.º 4);

b) num agrupamento de duas ou mais pessoas;

c) que actuem concertadamente, de modo a criar um "centro autónomo de imputação".

Tipo de ilícito subjectivo (síntese):

a) dolo do tipo quanto à acção e ao modo de agir;

b) com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais (i), impedir (ii), alterar (iii) ou subverter (iv) o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto (v), a abster-se de o praticar (vi) ou a tolerar que se pratique (vii), ou ainda intimidar certas pessoas (viii), grupos de pessoas (ix) ou a população em geral (x);

c) mediante a prática de um "crime-base" – o acto terrorista *stricto sensu*;

d) que seja susceptível de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos (cláusula de objectivação e densificação do perigo).

6 **Tipo objectivo – as modalidades de acção típica:** Face ao pretérito crime, no revogado artigo 300.º do Código Penal, mantêm-se as modalidades de acção típica que já dele constavam, também com punições autónomas, quem: promover, fundar, aderir ou apoiar grupo, organização ou associação terrorista (n.º 2); chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista (n.º 3); ou praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista (n.º 4).

Na primeira, prevista no n.º 2 – promover, fundar, aderir ou apoiar a organização terrorista:

– Fundar, significa ter a ideia criadora da organização terrorista e assumir esse encargo, incluindo, incluindo a criação do desvio de fins quanto a uma organização legítima, mesmo que posteriormente ao processo de fundação não venha a participar na mesma;

– Promover, significa a prática de actos idóneos à criação da organização terrorista, mesmo que após a execução do plano de promoção não venha a participar da mesma;

– Aderir, significa tornar-se membro participando sistematicamente nas actividades da organização terrorista, embora não necessariamente todas, podendo assumir uma especialização pela distribuição interna de tarefas (em co-autoria), sem necessitar sequer de conhecer todas elas; significa ainda subordinar-se à vontade colectiva da organização, mostrando-se disponível a todo o tempo para cumprir as suas ordens e orientações, o que reflecte a sua especial perigosidade;

– Apoiar, significa prestar auxílio material ou moral aos membros da organização nessa qualidade ou à execução dos fins gerais da organização terrorista, mediante um contributo externo, sem que participe sistematicamente na actividade terrorista, nem esteja subordinado à sua vontade colectiva; não se exige que o contributo tenha sido, em concreto, aproveitado.
A equiparação do apoiante ao membro da organização, permite resolver as situações de autoria por "domínio-de-organização" como forma especial de autoria mediata (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1172).
Há questões de compatibilização que se podem colocar face a outras disposições desta Lei. Atentemos nos exemplos mais comuns de apoio às organizações criminosas, como o fornecimento de meios financeiros, o fabrico ou fornecimento de documentos de identificação, o fornecimento de armas e outros meios logísticos. No primeiro caso, será especificamente aplicável o disposto no artigo 5.º-A (financiamento do terrorismo), pelo que se o contributo se referir apenas ao financiamento das actividades terroristas, o agente será apenas punido por esse crime especial (concurso aparente - especialidade). Nos demais casos, pode haver sobreposição com o disposto no artigo 4.º n.º 2, quanto às "infracções relacionadas com as actividades terroristas", sendo o concurso efectivo por regra uma dupla incriminação do mesmo bem jurídico, incompatível com o princípio *ne bis in idem* (aliás o agente não é membro da organização mas um apoiante equiparado a membro), no caso em que o seu contributo se limita à prática daquelas infracções (EUGENIA DUMITRIU, *op. cit.,* p. 598 e p. 602, assinalando criticamente a dificuldade de distinção entre as duas incriminações no caso de falsificação de documentos).
O advogado, defensor do arguido, apoia a organização terrorista se praticar actos ilícitos de colaboração activa com a organização terrorista, que não constituam actos de defesa, por exemplo transmitindo mensagens do chefe ou dirigente que se encontre recluso aos membros em liberdade, para que estes prossigam a actividade terrorista (também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1167; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 752, em anotação ao crime geral de associação criminosa).
Na segunda, prevista no n.º 3 – chefiar ou dirigir a organização terrorista:
– **Chefiar ou dirigir**, significam praticar actos de direcção e comando quanto à estrutura e aos demais membros da organização terrorista, designadamente a alteração ou cessação do seu estatuto interno, por um membro especialmente qualificado, em função do seu poder de controlar o processo de formação da vontade colectiva da organização; chefiar parece ser uma actividade unipessoal, enquanto a direcção pode ser partilhada por diversos dirigentes, certo é que, independentemente da designação adoptada, os actos de direcção e comando podem ser partilhados por vários dirigentes (ou chefes), de acordo com a distribuição interna de tarefas de direcção (em co-autoria), podendo ser configurável mesmo que em organizações terroristas de maior dimensão ou organizadas por "células" dispersas, os dirigentes não conheçam todas as actividades da organização.
Na terceira, prevista no n.º 4 - praticar actos preparatórios da constituição da organização terrorista:
– Praticar actos preparatórios, significa praticar quaisquer actos cujo escopo seja a constituição da organização terrorista, necessariamente materializados em actos que denotem aptidão para tal desiderato, mas independentemente de terem sido alcançados esses objectivos (no caso a pena concreta reflectirá o menor desvalor).
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 – a "muito elevada perigosidade" das organizações terroristas, na

antecipação da tutela ao estádio mínimo da execução do *iter criminis*, ainda que se deva excluir da incriminação a mera cogitação não materializada ou materializada em actos que não se dirijam objectivamente à realização subsequente de actos típicos (já assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1976, p. 10). No caso, tratando-se o crime de organizações terroristas de uma antecipação, face à tutela do bem jurídico protegido, para um estádio de perigo, a punição dos seus actos preparatórios constitui uma "protecção duplamente antecipada", devendo imprimir-se redobradas cautelas na verificação da materialidade funcional-teleológica da conduta (também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1182; criticamente, RUI PEREIRA, *op. cit.*, 2006, pp. 48-50, aponta uma "lógica de regressão que só não se estende até ao infinito por ter como limite inderrogável a decisão criminosa não compartilhada").

Tipo objectivo – elementos do conceito de organização terrorista: Ao contrário do **7**
que sucede no crime de associações criminosas, no artigo 299.º do Código Penal, desde a revisão de 2007, operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, em que agora se exige um conjunto de pelo menos 3 pessoas; aqui, para se verificar uma organização terrorista bastará o agrupamento de pelo menos 2 pessoas. Aliás, nem deve ser de outro modo porque é esse o número que resulta das indicações da Decisão-Quadro (artigo 2.º n.º 19. A muito elevada perigosidade das organizações terroristas, por contraponto à elevada perigosidade das associações criminosas, justificam a diferença. Trata-se, assim, de um crime de comparticipação necessária, na modalidade de crime de convergência, pois os contributos dos vários participantes convergem para a prossecução do facto (assim também, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 68 e p. 753, quanto ao crime de associação criminosa). A "actuação concertada" traduz o *munus* de toda a organização criminosa, devendo ser interpretado funcional-teleologicamente enquanto "centro autónomo de imputação e motivação", distinto da mera co-autoria que seria uma "associação de criminosos" (assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1160-1161), a qual se deve desenvolver num estrutura organizada, com direcção ou estrutura de comando e um processo de formação de vontade colectiva, dotada de membros com a estabilidade necessária à prossecução das suas finalidades, ou seja, *mutatis mutandis* seguindo a dogmática jurídico-penal das associações criminosas em geral, para a qual se remete (em especial, FIGUEIREDO DIAS, "As «Associações Criminosas» no Código Penal Português de 1982 (artigos 287.º e 288.º)", separata da RLJ, 1988, pp. 13 ss). Impõe-se uma redução teleológica de conformidade ao artigo 2.º n.º 1 da Decisão-Quadro, que apenas indica a criminalização das organizações terroristas, enquanto "associação estruturada", assim querendo designar "uma associação que não foi constituída de forma fortuita para cometer imediatamente uma infracção e que não tem necessariamente funções formalmente definidas para os seus membros, nem continuidade na sua composição ou uma estrutura elaborada.".

Tipo subjectivo: Estamos perante um crime intencional, de resultado cortado ou **8**
de tendência, porquanto a norma incriminadora exige, para além do dolo de tipo um elemento subjectivo adicional. Como vimos, exige-se então:

a) dolo de tipo quanto à acção e ao modo de agir;

b) com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais (i), impedir (ii), alterar (iii) ou subverter (iv) o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto (v), a abster-se de o praticar (vi) ou a tolerar que se pratique (vii), ou ainda intimidar certas pessoas (viii), grupos de pessoas (ix) ou a população em geral (x);

c) mediante a prática de um "crime-base" – o acto terrorista *stricto sensu*;

d) que seja susceptível de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos (cláusula de objectivação e densificação do perigo).

9 **Dolo do tipo:** O crime é necessariamente doloso (também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, pp. 1169 e 1180-1181, admitindo qualquer das modalidades de dolo, incluindo o eventual). O tipo subjectivo apenas admite o dolo directo quanto à realização do tipo objectivo, ou seja, quanto à criação, pertença ou auxílio a uma organização terrorista, enquanto centro autónomo de imputação e motivação. Aliás, à semelhança do que sucede com o crime de terrorismo, com idêntica descrição legal do crime no que se refere à intenção exigida ao agente (concordante aqui, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, 1184, sustentando a restrição ao dolo directo). Há duas razões para que assim seja, ao nível do elemento cognitivo e volitivo do dolo:
a) O agente deve ter conhecimento de que a sua participação contribuirá para as actividades criminosas do grupo terrorista, numa interpretação conforme ao disposto no artigo 2.º n.º 2 alínea b), da Decisão-Quadro, cuja injunção não foi transposta expressamente por esta lei;
b) O agente deve ter, para além do dolo quanto à realização do tipo objectivo, a intenção específica de atentar contra o bem jurídico protegido, nos termos que a seguir se descrevem.

10 **Elemento subjectivo específico alternativo:** A intenção, alternativa, de prejudicar a integridade e a independência nacionais (i), impedir (ii), alterar (iii) ou subverter (iv) o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto (v), a abster-se de o praticar (vi) ou a tolerar que se pratique (vii), ou ainda intimidar certas pessoas (viii), grupos de pessoas ou a população em geral (ix), mediante a prática de um "crime-base" ou acto terrorista *stricto sensu* (neste aspecto ver *infra* n.º 11).
Destes, o único aspecto que tem sido algo controverso a definir é o da intimidação de "certas pessoas" ou "grupos de pessoas", no recorte da interpretação teleológica que seja conforme à analogia substancial congruente com o bem jurídico protegido. "Grupo de pessoas" significa um conjunto de pessoas ligadas por um elemento comum estrutural ou estabilizado (*v.g.* raça, nacionalidade, religião, filiação político-partidária ou clubista, a profissão, etc.); enquanto "certas pessoas", significa um conjunto de pessoas que tem em comum um elemento, sem coesão, meramente circunstancial ou fortuito (*v.g.*, terem sido jurados num julgamento, frequentarem um centro de saúde ou uma escola, habitarem em determinado local, etc.). Em qualquer caso a determinação do elo relacional, mais ou menos coeso, mais ou menos circunstancial, é essencial aos propósitos de política criminal que presidiram à incriminação, por referência ao bem jurídico supra-individual que é a paz pública (também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1179).
A intenção do agente do crime, legalmente descrita em dez possibilidades alternativas, trata-se, efectivamente, de um elemento específico do tipo, que visa conferir maior determinabilidade, pelo menos ao nível subjectivo, à ofensividade face ao bem jurídico. Pois o comportamento deve ser teleológico-funcionalmente dirigido pelo seu agente, para alguma das dez finalidades ofensivas da paz pública.
Destarte, estamos perante um "crime de resultado cortado": Enquanto o preenchimento integral do tipo objectivo se basta com a actuação concertada do agente com outra ou outras pessoas, mediante a fundação, promoção, adesão, direcção ou prática de actos preparatórios, dispensando assim qualquer resultado de perigo concreto ou de dano, o elemento subjectivo do tipo exige uma intenção concretamente lesiva do bem jurídico protegido, vertida numa daquelas dez alternativas. Ou seja, o tipo subjectivo contém uma intenção de realizar o resultado não compreendido no tipo

mas a que se destina a acção típica. Esta acepção assenta, desde logo, no sentido literal do preceito quando se refere a "pessoas que […] visem prejudicar", ao invés de prever *v.g.* "organização cuja actividade ou cuja finalidade vise prejudicar", sendo confirmada, sistematicamente, pela referência no artigo 4.º n.º 1 aos crimes previstos neste preceito "com a intenção nele referida" (também assim, quanto ao elemento subjectivo específico, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 754, referindo-se directamente a este crime, embora já diversamente quando faz incluir no tipo objectivo a prática dos "crimes-base" das diversas alíneas do n.º 1, que em coerência exige para a consumação do crime; diversamente, propugnando pelo mero dolo do tipo, por entender que o inciso "visem" se refere à actuação objectiva da organização e não à vontade subjectiva dos seus agentes, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1180-1181, em anotação ao artigo 300.º do Código Penal mas sem alteração de relevo nesta parte).

Tipologia dos "crimes-base" – actos terroristas *stricto sensu*:. A importância desta tipologia vai além da inserção neste preceito, ao nível do elemento subjectivo do crime, e radica também na circunstância deste crimes serem aqueles que, quando praticados e por aplicação dos artigos 4.º e 5.º, são considerados "crimes de terrorismo", daí os designarmos por actos terroristas *stricto sensu*. **11**

A lei portuguesa inverteu sistematicamente a ordem dos factores, de modo a manter a estrutura vigente no regime penal pretérito, pois na Decisão-Quadro esta tipologia é indicada no artigo 1.º enquanto crimes terroristas, sendo o artigo 2.º relativo às organizações terroristas que remete para eles, enquanto pressuposto funcional-teleológico da organização. Essa técnica é mais correcta numa perspectiva lógica, pois estabelece a tipologia em termos completos objectivos e subjectivos no crime de terrorismo (artigo 1.º da Decisão-Quadro), colocando a norma remissiva na incidência meramente subjectiva do crime de organização (artigo 2.º da Decisão-Quadro); a sistemática adoptada na lei portuguesa segue uma perspectiva meramente cronológica, embora potencialmente ontológica, partindo da finalidade (artigo 2.º) para a execução (artigo 4.º) dos crimes; mas é desajustada para cobrir as situações de diversa genealogia, quando o acto terrorista tenha sido praticado individualmente por pessoa fora do contexto organizacional.

Contudo, o principal mérito da transposição portuguesa, que faz jus ao direito pretérito, é de política criminal, ao colocar o acento tónico na organização terrorista, quando essa realidade é praticamente dominante na prática terrorista e têm sido esses os casos efectivamente prosseguidos pela justiça penal (assim os resultados do TE-SAT 2009, ver *supra* anotação n.º 1 ao artigo 1.º).

A enumeração dos crimes, nas diversas alíneas do n.º 1, é descrita no singular, reforçando o entendimento que bastará o escopo da prática de um destes crimes para cumprir as exigências típicas da incriminação. A tipologia é taxativa, mas pouco precisa quanto aos crimes concretamente admissíveis, embora a dificuldade seja ultrapassada pelo crivo da adequação objectiva (ver *infra* n.º 12). Temos assim:

a) Crime contra as pessoas: Como não poderia deixar de ser, a primeira previsão vai para aqueles crimes que protejam a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, enquanto bens jurídicos individuais determinados e fundamentais, cuja prevenção é, aliás, o primeiro fundamento do reforço do sistema punitivo em matéria de terrorismo;

b) Crime contra a segurança dos transportes e das comunicações: Na segurança dos transportes e comunicações incluem-se as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;

c) Crime de produção dolosa de perigo comum: Restrito aos casos de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes,

de inundação ou avalancha, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;
d) Actos que atentem contra meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população: Prevê-se quer a destruição ou que impossibilitem o funcionamento ou desviem dos seus fins normais, definitiva ou temporariamente, total ou parcialmente;
e) Investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas: Independentemente dos resultados concretamente obtidos;
f) Crimes que impliquem o emprego do armamento mais destrutivo: Aqui se incluindo o uso de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas.

12 **Adequação objectiva dos meios visados:** A objectivação do perigo refere-se aos meios visados e não aos meios empregues, porquanto a efectiva prática dos "crimes-base" ou actos terroristas *stricto sensu* não constitui elemento do tipo. É, por conseguinte, ao nível do escopo criminoso que se introduz agora o limite expresso à incriminação de actos que, objectiva e subjectivamente, cumpram os demais pressupostos típicos, mas que sejam inidóneos para ofender o bem jurídico protegido – a paz pública (ver *infra* anotação ao artigo 2.º). A qualificação como crimes ou actos terroristas *stricto sensu*, pressuposto típico da existência de organizações terroristas ou do crime de terrorismo (remissão do artigo 4.º n.º 1 *in totum* para o n.º 1 deste artigo 2.º), é agora circunscrita aos casos em que "sempre que, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos, estes crimes sejam susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar" (n.º 1 *in fine*).
Trata-se de uma inovação, que permite aproximar, embora não completamente, o crime de "organizações terroristas" à categoria dos "crimes de perigo abstracto-concreto", ou "crimes de aptidão". Pese embora, a "conduta concretamente perigosa" se refira aos actos visados pelos agentes do crime (elementos subjectivos do tipo) e não propriamente à conduta que integra o tipo objectivo de ilícito – promover, fundar, aderir, apoiar, chefiar ou dirigir, um grupo, organização ou associação terrorista, certo é que, mediatamente, o preceito impõe um juízo *ex ante facto*, de prognose póstuma, quanto à perigosidade para o bem jurídico protegido decorrente das finalidades concretamente prosseguidas.
Assim, *v.g.*, não integra o crime de organizações terroristas o agrupamento de dois indivíduos que se propõem a esbofetear agentes da polícia com vista a forçá-los à prática de determinado acto, porquanto as bofetadas são inidóneas a afectar a paz pública já que, pela sua natureza e contexto, não são "susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar" (o exemplo é de RUI PEREIRA, *op. cit.*, 2004, p. 96, concluindo em sentido inverso que constituiriam este crime). Os factos descritos seriam, neste exemplo, actos preparatórios não puníveis, quanto à prática, em co-autoria, de um crime de coacção sobre funcionário (artigos 21.º, 26.º e 347.º, do Código Penal).
A inovação, por injunção da Decisão-Quadro, densifica o perigo (abstracto), conferindo maior conformidade aos princípios da ofensividade e da culpa. É, assim, de aplaudir vivamente a criação de uma "cláusula de densificação do perigo" para fixação de um "limiar mínimo de ofensividade das condutas" (também assim, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, pp. 82-83). Todavia, mesmo no regime anterior já deveria fazer-se um "esforço interpretativo" nesse sentido, fosse por redução teleológica congruente com a analogia substancial entre o sentido do

tipo de ilícito e o bem jurídico protegido que o fundamenta, legitima e limita, à luz de um limiar mínimo de ofensividade (assim, a nossa anotação n.º 15, do artigo 108.º, da Lei do Jogo); fosse mediante a objectivação possível extraída a partir do elemento subjectivo que consiste na intenção terrorista (FERNANDA PALMA, *op. cit.* p. 251: "A intencionalidade enquanto elemento subjectivo da ilicitude não pode, por conseguinte, ser um elemento puramente subjectivo mas exprime uma objectividade não consubstanciável no mero preenchimento formal por uma conduta do tipo legal de terrorismo ou de organizações terroristas").

13 **Classificação do crime:** O crime de "organizações criminosas" é (1) um **crime simples ou uniofensivo**, pois tutela apenas um bem jurídico – a paz pública; (2) um **crime de perigo abstracto** (grau de lesão dos bens jurídicos protegidos) em que o perigo não constitui elemento do tipo objectivo, um **crime de aptidão** quanto ao elemento subjectivo do ilícito; (3) um **crime simples**, por ser constituído por uma única acção típica, embora com alternativas de execução; (4) um **crime de execução livre** (quanto ao modo de execução da acção típica); (5) um **crime permanente** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se mantém enquanto a organização terrorista estiver a preparar ou realizar a suas finalidades e mesmo nos intervalos desses actos; (6) um **crime de comparticipação necessária na modalidade de convergência** (quanto à quantidade de autores e ao tipo do seu contributo); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), 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 bastando-se com a mera adesão, apoio, auxílio, etc., com excepção da modalidade de execução por "fundação ou promoção" que exige a criação, *ipso facto*, da organização terrorista imputável à acção do agente, tratando-se então de **um crime material ou de resultado**; (10) um **crime intencional ou de resultado cortado** (quanto à relação entre o tipo de ilícito objectivo e o subjectivo).

14 A **tentativa** não é punível, na medida em que o crime já consubstancia uma antecipação da tutela penal (também, assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1170; concordante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 752, ambos quanto ao crime de associação criminosa), o que satisfaz o disposto no artigo 4.º n.º 2 da Decisão-Quadro no que respeita à punibilidade da tentativa, inaplicável a este crime.

15 **Concurso:** Comete um só crime de organização criminosa o agente que realiza várias condutas típicas no seio da mesma organização criminosa, obviamente punido pela norma que tutelar modo mais abrangente a situação, *maxime*, a que seja mais severamente punida; também a pluralidade de actos de apoio integra apenas a prática de um só crime (assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 753, quanto ao crime de associação criminosa).

Em princípio haverá concurso efectivo entre o crime de organizações terroristas e os crimes de terrorismo executados pela organização terrorista, previstos no artigo 4.º desta Lei (assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit,* 1999, p. 1173 e pp. 1186-1187, para o regime anterior; bem como a jurisprudência dominante, acórdão do STJ de 10-11-89, em BMJ n.º 391, p. 413; acórdão do STJ de 16-01-92, CJXVII, 1, p. 13, BMJ n.º 413, p. 206; acórdão do STJ, de 5-05-94, processo n.º 46365).

Todavia, há concurso aparente com os crimes previstos no artigo 4.º n.º 2, "infracções relacionadas com actividades terroristas", quando se trate de uma situação de apoio à organização terrorista, em que o único contributo se tenha traduzido na prática de um ou mais desses crimes (ver *supra* n.º 6.3).

Há igualmente concurso aparente com o crime previsto no artigo 299.º do Código Penal – associação criminosa, prevalecendo o crime de organizações terroristas que se encontra quanto àquele numa relação de especialidade (assim também, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit*, 1999, p. 1176, denominando-o de "crime qualificado" de associação criminosa, no regime pretérito).

16 **Pena:** Os comportamentos descritos no n.º 2 deste preceito (fundar, promover, aderir ou apoiar grupo, organização ou associação terrorista) são punidos com pena de prisão de 8 a 15 anos; Os comportamentos descritos no n.º 3 deste preceito (chefiar ou dirigir grupo, organização ou associação terrorista) são punidos com pena de prisão de 15 a 20 anos; Os comportamentos descritos no n.º 4 deste preceito (praticar actos preparatórios da constituição de grupo, organização ou associação terrorista) são punidos com pena de prisão de 1 a 8 anos.

A dosimetria penal é manifestamente excessiva nos dois primeiros casos, 8 a 15 anos de prisão e 15 a 20 anos de prisão. A desproporção é evidente face ao direito anterior (artigo 300.º do Código Penal), em que as penas eram de 5 a 15 anos de prisão e de 10 a 15 anos de prisão, respectivamente (refira-se que no direito alemão, por exemplo, as penas são de 1 a 10 anos e 3 a 15 anos de prisão, respectivamente – §129a StGB, ainda mais baixas que no pretérito direito luso). A causa do novel *spread* reside num lapso material da versão portuguesa do artigo 5.º n.º 3, da Decisão-Quadro (deveria ter sido já rectificado), instando a *penas* (*ergo*, limite mínimo incluído) *não inferiores* a 8 anos ou a 15 anos, respectivamente, quando das restantes versões da Decisão-Quadro o que resulta é que o *limite máximo* da pena que não deve ser inferior a 8 anos ou a 15 anos de prisão, respectivamente (alertam bem, mais uma vez FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit*, pp. 88-89).

17 A pena pode ser **dispensada ou especialmente atenuada**, nos termos previstos no n.º 5 deste preceito, que transpõe o artigo 6.º da Decisão-Quadro – "circunstâncias especiais". Os privilégios concedidos ao desistente ou arrependido, acrescem às regras gerais da desistência voluntária (artigos 24.º e 25.º), que se aplicam quando sejam mais favoráveis (também assim, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit*, pp. 88). Unifica-se agora o "regime premial" aplicável à punição do terrorismo, o que não sucedia no direito pretérito, com excepção para o relevo dado a "impedir o resultado que a lei quer evitar se verifique", incluído no crime de terrorismo (4.º n.º 3) e terrorismo internacional por remissão (artigo 5.º n.º 2), mas excluído do n.º 5 deste preceito e dos artigos 3.º n.º 2 e 5-A n.º 3, pela simples razão que apenas nos crimes de terrorismo se verifica tipicamente o resultado "que a lei quer evitar". O propósito de política criminal subjacente é, obviamente, alargar o âmbito dos recursos do sistema de justiça disponíveis, de modo a abrir brechas numa criminalidade estrutural e tendencialmente imunizada, mas não auto-imune à própria condição humana dos seus agentes.

A pena pode ser dispensada, caso o perigo que a organização terrorista representava tenha sido removido, na sua parte essencial, relativa à estrutura de comando (também assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 753, para a associação criminosa); a diminuição do perigo pode merecer, consoante os casos, atenuação especial ou isenção da pena; o esforço sério para impedir a continuação da organização mas sem sucesso, mantendo-se assim o perigo que ela representa, apenas poderá merecer uma atenuação especial da pena (também assim, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit*, pp. 88; e, quanto à associação criminosa, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 753; quanto ao arrependimento activo e ao contributo activo para a desarticulação da organização terrorista como causa de isenção de pena, ver o acórdão do STJ, de 28-09-05, processo n.º 47915).

Artigo 3.º
Outras organizações terroristas

1. Aos grupos, organizações e associações previstas no n.º 1 do artigo anterior são equiparados os agrupamentos de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem, mediante a prática dos factos aí descritos, prejudicar a integridade ou a independência de um Estado, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições desse Estado ou de uma organização pública internacional, forçar as respectivas autoridades a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certos grupos de pessoas ou populações.

2. É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 a 5 do artigo anterior.

Sumário da anotação:
As fontes (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo de ilícito (anotação 3)
A pena (anotação 4)
A dispensa ou atenuação especial de pena (anotação 5)

Fontes: Ver as anotações n.º 3 a 5, ao artigo 1.º desta Lei, quanto à Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a paz pública internacional ou universal (FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 71), "em virtude da intenção, do fim ou da tendência interna que guiam a actividade criminosa" (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1183-1184), ou seja, a prática de certos crimes, susceptíveis de afectar gravemente um Estado terceiro ou a sua população ou uma organização internacional, com a intenção de impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições estrangeiras ou internacionais públicas, forçar as respectivas autoridades à acção ou omissão, ou intimidar a população desse Estado. O novo crime dá cumprimento às injunções decorrentes da Decisão-Quadro, pois até aqui o crime de organizações terroristas, então previsto no artigo 300.º do Código Penal, apenas protegia o Estado português, as suas instituições e população, ou os residentes no seu território. A fundamentação da intervenção com este alcance decorre dos fins de protecção do "espaço de liberdade, segurança e justiça" que, nos termos do artigo 29.º do Tratado da União Europeia, constituem atribuições da União Europeia. O que implica, por um lado, incumbir ao sistema penal de cada Estado-Membro a protecção dos demais Estados-Membros, suas instituições e populações, de modo a assegurar e proteger a "paz pública da União"; como também a protecção das instituições internacionais, estados e populações estrangeiras, na medida em que essa protecção replicará, reflexamente, na protecção interna da própria União, por força da dimensão internacional e global do terrorismo (concordantes, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, pp. 73-74, distinguindo ainda no "espaço de liberdade, segurança e justiça", um "objecto mediato" de protecção enquanto espaço de paz vedado às actividades terroristas, pressuposto no "objecto imediato" de protecção relativo à defesa das entidades pertencentes à União). **2**

O **tipo de ilícito objectivo e subjectivo** é exactamente o mesmo dos crimes de organizações terroristas, previstos nos artigos 2.º n.º 1 a 4 desta Lei, com a ressalva no diverso objecto da actividade criminosa, que agora se dirige contra outros Estados, as suas instituições e populações, ou a organizações públicas internacionais e da correspondente intenção terrorista (concordantes FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 83, "pode concluir-se que os crimes de outras organizações **3**

terroristas e o terrorismo internacional são em tudo idênticos aos de organizações terroristas e de terrorismo, ressalvados os objectos tutelados por cada um deles e, consequentemente, a intenção que integra os respectivos tipos subjectivos").

4 Os comportamentos são puníveis com a **pena** de prisão de 15 a 20 anos (artigo 2.º n.º 3 – quem chefiar ou dirigir), prisão de 8 a 15 anos (artigo 2.º n.º 2 – quem promover, fundar, aderir ou apoiar), e prisão de 1 a 8 anos (artigo 2.º n.º 4 – actos preparatórios de constituição)**.**

5 A pena pode ser **dispensada ou especialmente atenuada**, nos termos previstos no artigo 2.º n.º 5, para que se remete (ver *supra* a anotação ao artigo 2.º).

Artigo 4.º
Terrorismo

1. Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela, não podendo a pena aplicada exceder o limite referido no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal.

2. Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão, burla informática e nas comunicações, falsidade informática, ou falsificação de documento administrativo com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3. A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Sumário da anotação:
A redacção anterior (anotação 1)
As fontes internas (anotação 2)
A Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI (anotação 3)
A Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI (anotação 4)
O bem jurídico (anotação 5)
Crimes terroristas *stricto sensu* – Tipo objectivo (anotação 6)
Crimes terroristas *stricto sensu* – Tipo subjectivo (anotação 7)
Infracções relacionadas com as actividades terroristas – descrição (anotação 8)
Infracções relacionadas com as actividades terroristas – tipo objectivo (anotação 9)
Infracções relacionadas com as actividades terroristas – tipo subjectivo (anotação 10)
A classificação do crime (anotação 11)
A tentativa (anotação 12)
O concurso (anotação 13)
A pena (anotação 14)
A dispensa ou atenuação especial da pena (anotação 15)

1 **Redacção anterior:** O n.º 2 deste preceito foi alterado pelo artigo 61.º da Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho – Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo. A redacção originária era a seguinte: "Quem praticar crime de furto qualificado, roubo, extorsão ou falsificação de documento administrativo com vista ao cometimento dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º é punido com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo".

Fontes internas: O artigo 263.º-A, do Código Penal de 1886, aditado pela Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto, que pela primeira vez tipificou o terrorismo. O artigo 301.º, do Código Penal de 1982/1995, exactamente com a epígrafe "terrorismo", revogado pelo artigo 11.º da Lei sob anotação, tinha o seguinte teor: **2**

"1 - Quem praticar qualquer dos crimes previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo anterior, ou qualquer crime com o emprego de meios referidos na alínea e) do mesmo preceito, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela.

2 - A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique, ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis."

Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI: Ver as anotações n.º 3 a 5, ao artigo 1.º desta Lei. **3**

Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI do Conselho, de 28 de Novembro (ainda não transposta), que altera a Decisão-Quadro 2002/475/JAI: **4**

Esta Decisão-Quadro foi aprovada tendo em atenção o crescimento e evolução da ameaça terrorista, a mudança na actuação dos activistas e apoiantes do terrorismo, incluindo a substituição de grupos estruturados e hierarquizados por células semi-autónomas com ligações ténues entre si. Estas células ligam redes internacionais e recorrem cada vez mais às novas tecnologias, em especial a Internet, que é utilizada como um "campo de treino virtual". As actividades de incitamento público à prática de infracções terroristas, de recrutamento para o terrorismo e treino para o terrorismo multiplicaram-se, com custos e riscos muito baixos (situação descrita no TE-SAT 2009, ver *supra* anotação n.º 1 ao artigo 1.º).

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção do Terrorismo estabelece a obrigação de os Estados signatários criminalizarem o incitamento público à prática de infracções terroristas e o recrutamento e treino para o terrorismo, sempre que cometidos de forma ilegal e dolosa; mantendo-se as razões que presidiram à anterior iniciativa de harmonização.

Em conformidade, esta Decisão-Quadro vem, fundamentalmente, conferir **nova redacção ao artigo 3.º (infracções relacionadas com as actividades terroristas)**, nos seguintes termos:

"1. Para efeitos da presente decisão-quadro, entende-se por:

a) "Incitamento público à prática de infracções terroristas", a distribuição, ou a difusão por qualquer outro modo, de uma mensagem ao público destinada a incitar à prática de qualquer das infracções enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º, sempre que tal conduta, ainda que não promova directamente a prática de infracções terroristas, provoque o perigo de uma ou mais dessas infracções poderem ser cometidas;

b) "Recrutamento para o terrorismo", a solicitação a outra pessoa para a prática de qualquer das infracções enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º ou no n.º 2 do artigo 2.º;

c) "Treino para o terrorismo", a instrução dada sobre o fabrico ou a utilização de explosivos, armas de fogo ou outras armas e substâncias nocivas ou perigosas, ou sobre outros métodos e técnicas específicos, para efeitos da prática de qualquer das infracções enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º, sabendo que os conhecimentos ministrados se destinam a ser utilizados para essa finalidade.

2. Cada Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para garantir que as infracções relacionadas com actividades terroristas incluam os seguintes actos

dolosos: a) Incitamento público à prática de infracções terroristas; b) Recrutamento para o terrorismo; c) Treino para o terrorismo; d) Roubo agravado, cometido com o objectivo de praticar qualquer das infracções enumeradas no n.º 1 do artigo 1.º; e) Extorsão com o objectivo de praticar qualquer das infracções enumeradas no n.º 1 do artigo 1.º; f) Emissão de documentos administrativos falsos com o objectivo de praticar qualquer das infracções enumeradas nas alíneas a) a h) do n.º 1 do artigo 1.º e na alínea b) do n.º 2 do artigo 2.º

3. Para que os actos referidos no n.º 2 sejam puníveis, não é necessário que tenha sido efectivamente cometida uma infracção terrorista.".

5 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a "paz pública interna", relativa às instituições e população do Estado português, face à intenção ou à tendência interna que guiam a actividade criminosa (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1183-1184; FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 79), ou seja, a prática de certos crimes, susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população, com a intenção de alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado, forçar a autoridade pública à acção ou omissão, ou a intimidar a população.

Não obstante reflexa ou mediatamente tutelar os bens jurídicos protegidos pelos "crimes-base", o modelo punitivo de protecção directa da paz pública, tal como legalmente descrito, indica uma configuração de perigo, quanto ao bem jurídico protegido. Isto, apesar de continuar a pressupor a realização do resultado típico e / ou do dano quanto aos bens jurídicos mediatamente protegidos. Por exemplo, o homicídio terrorista, é um crime de perigo por não exigir a verificação nem a demonstração probatória da concreta ofensa à paz pública, mas não deixa, por isso, de exigir a concreta morte de outra pessoa, *ergo* dano quanto ao bem jurídico vida (que implicam para o "crime base", quando não terrorista, a classificação de crime de dano e de resultado, relevando ainda as considerações quanto à imputação objectiva do resultado à acção do agente terrorista).

Finalmente, uma vez que o segundo requisito típico objectivo, quanto à adequação da conduta, vem densificar o perigo, exigindo que se verifique a concreta perigosidade da conduta para ofender o bem jurídico *paz pública* (*infra* n.º 6), podemos concluir, de modo mais rigoroso, que o perigo não é apenas a motivação da incriminação, como caracterizadamente sucede com os crimes de perigo abstracto (e como o crime de terrorismo no direito pretérito), para afirmar que crime de terrorismo é, agora, um crime de aptidão ou de perigo abstracto-concreto, quanto ao grau de lesão dos bens jurídicos protegidos.

6 **Crimes terroristas *stricto sensu* – tipo objectivo:**

Uma nota formal: A lei portuguesa inverteu sistematicamente a ordem dos factores, de modo a manter a estrutura vigente no regime penal pretérito, pois na Decisão-Quadro esta tipologia é indicada no artigo 1.º enquanto crimes terroristas, sendo o artigo 2.º relativo às organizações terroristas que remete para eles, enquanto pressuposto funcional-teleológico da organização. Como referimos, essa técnica é mais correcta numa perspectiva lógica, adoptando a lei portuguesa um modelo ontológico, tendo o mérito político-criminal de ser a mais congruente com a realidade do terrorismo, em que é dominante a associação em organizações terroristas, mas que porventura poderá induzir em erro quanto à possibilidade, que a lei admite, da prática de actos terroristas, por indivíduos que se situem isoladamente fora do contexto organizacional (ver *supra* anotação n.º 11.1 ao artigo 2.º).

Duas observações prévias: Quanto ao primeiro pressuposto típico, a prática dos crimes indicados pode colocar a questão de imputação objectiva do resultado à acção do agente, quando se tratem de crimes materiais ou de resultado; sendo que, nesse caso, a não imputação concreta do resultado não dispensa a verificação

da punibilidade da tentativa; Quanto ao segundo requisito típico, da adequação da conduta, o mesmo densifica o perigo, exigindo que, num juízo *ex ante*, de prognose póstuma, se confira da concreta perigosidade da conduta para ofender o bem jurídico paz pública.
Em síntese, por remissão para o artigo 2.º n.º 1, a conduta legalmente descrita pela norma incriminadora, é a seguinte:
a) Praticar, alternativamente, um dos seguintes factos:
a.1) crime contra as pessoas: a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas, enquanto bens jurídicos individuais determinados e fundamentais;
a.2) crime contra a segurança dos transportes e das comunicações: Na segurança dos transportes e comunicações incluem-se as informáticas, telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão;
a.3) crime de produção dolosa de perigo comum: Restrito aos casos de incêndio, explosão, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalancha, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos;
a.4) actos que atentem contra meios ou vias de comunicação, instalações de serviços públicos ou destinadas ao abastecimento e satisfação de necessidades vitais da população;
a.5) investigação e desenvolvimento de armas biológicas ou químicas: Independentemente dos resultados concretamente obtidos;
a.6) crimes que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, biológicas ou químicas, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhadas;
b) Sendo esses factos susceptíveis de afectar gravemente o Estado ou a população que se visa intimidar, pela sua natureza ou pelo contexto em que são cometidos.
Crimes terroristas *stricto sensu* – tipo subjectivo: O crime é necessariamente doloso **7**
admitindo apenas o dolo directo quanto à realização do tipo objectivo, ou seja, quanto à prática dos actos terroristas *stricto sensu* (assim também, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1184, em anotação ao revogado crime 301.º do Código Penal).
Em síntese, ao nível dos elementos subjectivos do tipo, a norma incriminadora exige:
a) Dolo quanto à acção típica objectiva, incluindo quanto aos "crimes-base";
b) Elemento subjectivo específico, alternativo: agir com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais (i), impedir (ii), alterar (iii) ou subverter (iv) o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto (v), a abster-se de o praticar (vi) ou a tolerar que se pratique (vii), ou ainda intimidar certas pessoas (viii), grupos de pessoas (ix) ou a população em geral (x).
Infracções relacionadas com as actividades terroristas - descrição: Encontram-se **8**
previstas no n.º 2 deste preceito e visam a obtenção dos meios de financiamento necessários ou meios logísticos de apoio, à prossecução da actividade terrorista prevista no artigo 2.º n.º 1 (actos terroristas *stricto sensu*, ou crimes de base). No primeiro caso, a contrafacção de cartões de crédito, utilizando *skimmers* e método de clonagem; burlas com recurso a cartões de crédito furtados, contrafeitos ou falsificados, para recolha de fundos ou aquisição de equipamento convertível em dinheiro; desvio de fundos de caridade através de organizações não governamentais; utilização de dividendos resultantes da manipulação do mercado bolsista; operações financeiras, recorrendo a sistemas bancários paralelos e sistemas alternativos de circulação de divisas, como o sistema *hawala*; ou extorsões, por vezes enquadradas num suposto "imposto revolucionário" (JOÃO PAULO VENTURA, "Terrorismo:

Da Caracterização do Fenómeno à Reactividade Proactiva", em "Polícia e Justiça", III Série, n.º 3, Coimbra Editora, 2004, pp. 210-211). Quanto à obtenção de meios logísticos de apoio: Furto e roubo de documentos de identificação pessoal, passaportes e vistos, bilhetes de identidade, licenças de condução e documentos de autorização de residência (v.g. o furto de passaportes belgas, em branco, das representações diplomáticas em Haia e Estrasburgo, falsificados e utilizados por redes extremistas islâmicas, dois foram utilizados para atingir o Afeganistão, por homicidas-suicidas da Aliança do Norte Afegã); ou a sua contrafacção e falsificação; furto, roubo e tráfico de armamento e material explosivo, instrumentais essenciais à prática dos actos terroristas *stricto sensu* (*ibidem*, pp. 211-213).

Por estas razões a transposição vai além do exigido pela Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, cumprindo por excesso as exigências de relacionar com a actividade terrorista, não só os comportamentos tipificados como crime de roubo qualificado, extorsão e falsificação de documento administrativo, como também de furto qualificado, roubo simples, burla informática e nas comunicações e falsidade informática. Finalmente, extrai as consequências desse nexo de risco acrescido, em termos de agravação da pena em um terço, em medida adequada a satisfazer a previsão do artigo 5.º n.º 2, da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI.

9 **Novas infracções relacionadas com as actividades terroristas:** Falta transpor a Decisão-Quadro n.º 2008/919/JAI. O estado actual é o seguinte: Relativamente ao "incitamento público à prática de infracções terroristas", o comportamento integra a prática do crime previsto no artigo 295.º n.º 1 do Código Penal, pelo que no caso do incitamento público de crime respeitar a infracções terroristas, deverá ser incluído na tipologia do n.º 2 deste preceito com pena agravada (equivalência às restantes "infracções equiparadas"); quanto ao "recrutamento para o terrorismo", já no pretérito direito era reconhecida entre nós a punibilidade do apoiante (angariador) pelo que já é punida e relacionada com as actividades terroristas pelo artigo 2.º n.º 2 (também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit*., 1999, p. 1172); quanto ao "treino para o terrorismo", poderá ser subsumido, actualmente, a um dos crimes de associação, previstos nos n.º s 3 a 5 do artigo 2.º. Em qualquer dos casos, a Decisão-Quadro não faz depender as *infracções relacionadas* da estrutura da organização, admitindo a sua prática por indivíduo isolado, pelo que será mais adequada a tipificação autónoma, assegurando ainda as inerentes regras da autoria e participação aí previstas.

10 **Infracções relacionadas com as actividades terroristas – tipo objectivo:**

a) Praticar, alternativamente, factos integradores da comissão de:

a.1) crime de furto qualificado;

a.2) roubo;

a.3) extorsão;

a.4) burla informática e nas comunicações;

a.5) falsidade informática; ou

a.6) falsificação de documento administrativo;

b) Com vista ao cometimento dos actos terroristas *stricto sensu* (do artigo 2.º n.º 1).

11 **Infracções relacionadas com as actividades terroristas – tipo subjectivo:**

a) Dolo directo: quanto à acção típica objectiva, incluindo quanto ao *crime relacionado* e quanto à finalidade de apoiar a prática dos "crimes-base";

b) Elemento subjectivo específico, alternativo: agir com a intenção de prejudicar a integridade e a independência nacionais (i), impedir (ii), alterar (iii) ou subverter (iv) o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto (v), a abster-se de o praticar (vi) ou a tolerar

que se pratique (vii), ou ainda intimidar certas pessoas (viii), grupos de pessoas (ix) ou a população em geral (x).

12 **Classificação do crime:** O crime de "terrorismo" é (1) um **crime uniofensivo**, pois tutela directamente apenas um bem jurídico – a paz pública; (2) um **crime de aptidão ou de perigo abstracto-concreto** (grau de lesão dos bens jurídicos protegidos) em que ao nível do tipo objectivo exige uma conduta concretamente perigosa; (3) um **crime simples**, por ser constituído por uma única acção típica, embora com alternativas de execução; (4) um **crime de execução livre** (quanto ao modo de execução da acção típica), embora possa ter **aspectos vinculados** quando o crime inicial os tenha; (5) um **crime instantâneo ou permanente** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), consonante a natureza do crime de base, v.g., o roubo terrorista será instantâneo mas rapto terrorista já será permanente; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores), pois não depende da existência de organização terrorista, embora a sistemática da lei portuguesa falaciosamente o dê a entender; (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime formal ou de mera conduta** ou **um crime material ou de resultado** (quanto à relação entre acção e o objecto da acção), consoante a natureza do crime de base, v.g., um crime de roubo terrorista será um crime de resultado mas detenção terrorista de armas já será formal; (9) um **crime intencional ou de resultado cortado** (quanto à relação entre o tipo de ilícito objectivo e o subjectivo).

13 Em função da medida máxima da pena aplicável (com mínimo abstracto de 10 anos de prisão salvo crime com pena superior), a **tentativa** é sempre punível (artigos 22.º e 23.º do Código Penal).

14 Em princípio haverá **concurso** efectivo entre o crime de organizações terroristas e os crimes de terrorismo executados pela organização terrorista, previstos no artigo 4.º desta Lei (assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit*, 1999, p. 1173 e pp. 1186-1187, para o regime anterior). Todavia, há concurso aparente com os crimes previstos no artigo 4.º n.º 2, "infracções relacionadas com actividades terroristas", quando se trate de uma situação de apoio à organização terrorista, em que o único contributo se tenha traduzido na prática de um mais desses crimes (ver *supra* n.º 6.3).

Há concurso aparente com os ilícitos penais que componham o crime de terrorismo (n.º 1 deste artigo), que prevalece por especialidade (tutela a paz pública e mediatamente os bens jurídicos originais). Por exemplo, um crime de homicídio, cometido com a intenção de subverter o funcionamento das instituições democráticas do Estado, é punido apenas enquanto crime de terrorismo e não como crime de homicídio, com a pena aplicável ao crime de homicídio, agravada de um terço, por ser superior à pena prevista no n.º 1 deste artigo.

15 Os comportamentos descritos no n.º 1 deste preceito são punidos com **pena** de prisão de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela. É assim valorada a tutela compreensiva dos bens jurídicos mediatamente protegidos, sendo a agravação de um terço a parte *que cabe* para a paz pública, dando expressão ao especial desvalor dos crimes de terrorismo, em cumprimento do disposto no artigo 5.º n.º 2 da Decisão-Quadro (também assim, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 89).

A menção ao limite geral, previsto no n.º 2 do artigo 41.º do Código Penal, embora seja redundante, tem uma função simbólica importante para afastar dúvidas quanto à legitimidade do reforço punitivo, no respeito pelas liberdades individuais, os direitos fundamentais e a proporcionalidade na sua restrição, que poderiam surgir num direito tantas vezes designado de "direito penal do inimigo".

Os comportamentos descritos no n.º 2 deste preceito são punidos com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

16 A pena pode ser **dispensada ou especialmente atenuada**, nos termos previstos no n.º 3 deste preceito (ver *supra* a anotação ao artigo 2.º).

Artigo 5.º
Terrorismo internacional

1. Quem praticar os factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º é punido com a pena de 2 a 10 anos, ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela.

2. É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2 e 3 do artigo anterior.

Sumário da anotação:
As fontes (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo de ilícito (anotação 3)
A pena (anotação 4)
A dispensa ou atenuação especial de pena (anotação 5)

1 **Fontes:** Ver as anotações n.º 3 a 5, ao artigo 1.º desta Lei, quanto à Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a "paz pública internacional ou universal" (FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 71), "em virtude da intenção, do fim ou da tendência interna que guiam a actividade criminosa" (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1999, p. 1183-1184), ou seja, a prática de certos crimes, susceptíveis de afectar gravemente um Estado terceiro ou a sua população ou uma organização internacional, com a intenção de impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições estrangeiras ou internacionais públicas, forçar as respectivas autoridades à acção ou omissão, ou intimidar a população desse Estado.
O novo crime dá cumprimento às injunções decorrentes da Decisão-Quadro, pois até aqui o crime de terrorismo, então previsto no artigo 301.º do Código Penal, apenas protegia o Estado português, as suas instituições e população, ou os residentes no território. A fundamentação da intervenção com este alcance decorre dos fins de protecção do "espaço de liberdade, segurança e justiça" que, nos termos do artigo 29.º do Tratado da União Europeia, constituem atribuições da União Europeia. O que implica, por um lado, incumbir ao sistema penal de cada Estado-Membro a protecção dos demais Estados-Membros, suas instituições e populações, de modo a assegurar a proteger a "paz pública da União"; como também a protecção das instituições internacionais, estados e populações estrangeiras, na medida em que essa protecção redundará, reflexamente, na protecção interna da própria União, por força da dimensão internacional e global do terrorismo (concordantes, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, pp. 73-74, distinguindo ainda no "espaço de liberdade, segurança e justiça", um "objecto mediato" de protecção enquanto espaço de paz vedado às actividades terroristas, de um "objecto imediato" de protecção relativo à defesa das entidades pertencentes à União).
Os factos praticados contra as instituições e a população de Estados-Membros terceiros, incluindo as organizações internacionais neles radicadas, devem ser assimilados ao terrorismo internacional e não ao terrorismo interno (o que seria concebível pela contiguidade do "espaço de liberdade, segurança e justiça"); de

modo a que, ficando garantida a não impunidade quando o agente se encontre no território português, não se onere em demasia o sistema processual português (vinculado o Ministério Público ao princípio da legalidade na promoção), quando o Estado-Membro da prática dos factos está, por regra, em melhor posição para exercer a acção penal, assegurando-se o compromisso entre territorialidade, universalidade e custódia (FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 81; ver *infra* anotação ao artigo).

O **tipo de ilícito, objectivo e subjectivo**, é exactamente o mesmo do crime de terrorismo, previsto no artigo 4.º n.º 1 desta Lei, com a ressalva no diverso objecto da actividade criminosa, que agora se dirige contra outros Estados, as suas instituições e populações, ou a organizações públicas internacionais e da correspondente intenção terrorista (concordantes FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 83, "pode concluir-se que os crimes de outras organizações terroristas e o terrorismo internacional são em tudo idênticos aos de organizações terroristas e de terrorismo, ressalvados os objectos tutelados por cada um deles e, consequentemente, a intenção que integra os respectivos tipos subjectivos"). **3**

Assenta, assim, na prática das infracções terroristas *stricto sensu*, previstas no artigo 2.º n.º 1, incluindo igualmente, ainda, as infracções relacionadas com as actividades terroristas, previstas no artigo 4.º n.º 2, que visam a obtenção dos meios de financiamento necessários ou meios logísticos de apoio, à prossecução da actividade terrorista principal.

Os comportamentos são puníveis com a **pena** de 2 a 10 anos (de prisão), ou com a pena correspondente ao crime praticado, agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, se for igual ou superior àquela (subsidiariedade agravada). **4**

A pena pode ser **dispensada ou especialmente atenuada**, nos termos previstos no artigo 4.º n.º 3, para que se remete (ver *supra* a anotação ao artigo 2.º). **5**

Artigo 5.º-A

Financiamento do terrorismo

1. Quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos, com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, ou praticar estes factos com a intenção referida no n.º 1 do artigo 3.º ou no n.º 1 do artigo 4.º, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos.

2. Para que um acto constitua a infracção prevista no número anterior, não é necessário que os fundos provenham de terceiros, nem que tenham sido entregues a quem se destinam, ou que tenham sido efectivamente utilizados para cometer os factos nele previstos.

3. A pena é especialmente atenuada ou não tem lugar a punição, se o agente voluntariamente abandonar a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ele provocado ou auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Sumário da anotação:

A redacção anterior (anotação 1)
As fontes internas (anotação 2)
As fontes europeias (anotação 3)
O bem jurídico (anotação 4)
O tipo de ilícito (anotação 5)

A pena (anotação 6)
A dispensa ou atenuação especial de pena (anotação 7)

1 **Redacção anterior:** Preceito inovador, aditado pelo artigo 62.º, da Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho – Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo. Na Lei sob anotação, a redacção originária do artigo 2.º n.º 2 prescrevia, especificamente, que "quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, nomeadamente através do fornecimento de informações ou meios materiais, **ou através de qualquer forma de financiamento das suas actividades**, é punido com pena de prisão de 8 a 15 anos". Para evitar a duplicação, essa referência foi suprimida pela Lei n.º 25/2008.

2 **Fontes internas:** Não obstante a autonomização recente, o financiamento do terrorismo já foi punido pela primeira vez no §3.º do artigo 263.º, do Código Penal de 1886, na redacção dada pela Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto, segundo o qual "Nas mesmas penas incorrerá aquele que aderir ao grupo, organização ou associação, com eles colaborar de modo directo, seguir as suas instruções ou **conscientemente facilitar as suas actividades, subsidiando-as** […]". No ano seguinte, a indicação expressa sairia do texto da previsão codificada, mas a referência no n.º 1 do artigo 300.º, do Código Penal de 1982/1995, a "quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir **ou os apoiar** […]" era o bastante para incluir o financiamento do terrorismo.

3 **Fontes europeias:** As **Directivas n.os 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro, e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto**, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das actividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Destaca-se, quanto à **Directiva n.os 2005/60/CE**, o disposto no seu artigo 1.º n.º 4, "Para os efeitos da presente directiva, entende-se por financiamento do terrorismo o fornecimento ou a recolha de fundos, por qualquer meio, directa ou indirectamente, com a intenção de os utilizar, ou com conhecimento de que serão utilizados, no todo ou em parte, para praticar uma das infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º da Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo."; e o n.º 5, "O conhecimento, a intenção ou a motivação, que devem ser um elemento das actividades referidas nos n.os 2 e 4, podem ser inferidos a partir de circunstâncias factuais objectivas.". Bem como o disposto no artigo 5.º: "Os Estados-Membros podem aprovar ou manter em vigor, no domínio abrangido pela presente directiva, disposições mais rigorosas para impedir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo."
Os Estados-Membros não podem é aprovar ou manter em vigor disposições menos rigorosas, como sucede com a presente incriminação, no que se refere ao financiamento das infracções relacionadas com as actividades terroristas, previstas no artigo 3.º da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, também incluídos no conceito de financiamento do terrorismo da Directiva n.º 2005/60/CE, mas excluídas da remissão operada no n.º 1 deste preceito, tal como introduzido pela Lei n.º 25/2008 (que não remete para o artigo 4.º n.º 1). É certo que esses crimes ainda são considerados, não quanto ao financiamento da sua prática, mas quanto à detenção dos "produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos" que deles resultem (incluídos no n.º 1 deste preceito), podendo considerar-se, assim, parcialmente cumprida a Directiva nesta parte. Já a remissão para a intenção do artigo 4.º n.º 1, a que se refere o n.º 1 do preceito sob anotação, é redundante, por ser a mesma que consta do artigo 2.º n.º 1.

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a paz pública interna ou a internacional, consoante a natureza do terrorismo que o financiamento visa apoiar (ver anotação aos artigos 2.º e 3.º, respectivamente), protegido por dupla antecipação, considerada a natureza instrumental do financiamento à actividade terrorista. **4**

A **conduta típica** consiste, alternativamente, em: **5**

– Fornecer, recolher ou deter fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos;

– Por quaisquer meios, directa ou indirectamente, provenham ou não de terceiros, tenham ou não sido entregues a quem se destinam (execução livre);

– Independentemente de terem sido efectivamente utilizados para cometer os factos que se destinam a financiar.

Exige-se ainda um elementos subjectivo específico, suplementar ao *dolo do tipo*, relativo à intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação ou para a prática dos factos terroristas *stricto sensu* (os crimes previstos no n.º 1 do artigo 2.º).

Embora a norma incriminadora se circunscreva na descrição do elo do financiamento aos crimes base, à intenção do agente "com a intenção de serem utilizados" (a questão não se coloca quanto à segunda alternativa "ou sabendo que podem ser utilizados"), exige-se uma densificação mínima do perigo (abstracto) à luz do princípio da ofensividade e da culpa, pelo que essa intenção não poderá ser de todo desrazoável ou irracional, devendo corresponder a uma probabilidade objectiva dos fundos virem a financiar tais actos (ver *supra* anotações n.º 6.5. ao artigo 1.º; e n.º 12.3 ao artigo 2.º).

Os comportamentos são puníveis com a **pena** de prisão de 8 a 15 anos, ou seja, não sofre alteração face à pena fixada no artigo 2.º n.º 2 onde anteriormente o crime se encontrava previsto. **6**

A pena é **dispensada ou especialmente atenuada** nos termos do n.º 3 deste preceito (ver *supra* a anotação ao artigo 2.º). **7**

Artigo 6.º

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 redacção anterior (anotação 1)
As fontes internas (anotação 2)
As fontes europeias (anotação 3)
As questões de ordem geral (anotação 4)
A previsão na Lei do Terrorismo (anotação 5)

Redacção anterior: Alterado pelo artigo 5.º da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro – vigésima terceira alteração ao Código Penal. A redacção originária era a seguinte: **1**
"1 - As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 2.º a 5.º, quando cometidos em seu nome e no interesse colectivo pelos seus órgãos ou representantes, ou por uma pessoa sob a autoridade destes quando o cometimento do crime se tenha tornado possível em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.
2 - A responsabilidade das entidades referidas no número anterior não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes.

3 - Pelos crimes previstos no n.º 1 são aplicáveis às pessoas colectivas as seguintes penas principais: a) Multa; b) Dissolução.
4 - A pena de multa é fixada em dias, no mínimo de 100 e no máximo de 1000.
5 - Cada dia de multa corresponde a uma quantia entre (euro) 5 e (euro) 5000.
6 - Se a multa 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.
7 - A pena de dissolução só será decretada quando os fundadores da pessoa colectiva tenham tido a intenção, exclusiva ou predominante, de, por meio dela, praticar os crimes indicados no n.º 1 ou quando a prática reiterada de tais crimes mostre que a pessoa colectiva ou sociedade está a ser utilizada, exclusiva ou predominantemente, para esse efeito, quer pelos seus membros quer por quem exerça a respectiva administração.
8 - Pelos crimes previstos no n.º 1 podem ser aplicadas às pessoas colectivas as seguintes penas acessórias: a) Injunção judiciária; b) Interdição temporária do exercício de uma actividade; c) Privação do direito a subsídios ou subvenções outorgados por entidades ou serviços públicos; d) Publicidade da decisão condenatória.
9 - É correspondentemente aplicável o disposto nos artigos 11.º, 12.º, 14.º e 19.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro."

2 **Fontes internas:** A responsabilidade penal das pessoas colectivas, tem sido consagrada em diversos regimes penais extravagantes há mais de duas décadas. A revisão penal de 2007, operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro (23ª alteração ao Código Penal), reformula inteiramente o artigo 12.º do Código Penal, prevendo um regime próprio da responsabilidade penal das pessoas colectivas, com um regime sancionatório *stricto sensu* específico nos artigos 90.º-A a 90.º-M. Com a assunção pelo "direito penal de justiça", de uma matéria até aqui arredada para o "direito penal secundário" (a distinção, outrora com significado material, vai perdendo sentido com a migração de criminalidade fundamental como o terrorismo para a legislação extravagante), deixa de ser necessária ou fazer sentido a previsão autónoma ou a remissão para o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

3 **Fontes europeias:** Ver as anotações n.º 3 a 5, ao artigo 1.º desta Lei. Em especial, **o artigo 7.º da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI (responsabilidade das pessoas colectivas):**
"1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que as pessoas colectivas possam ser consideradas responsáveis por qualquer das infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º, quando forem cometidas por conta delas por qualquer pessoa, agindo individualmente ou como membro de um órgão da pessoa colectiva em causa, que nela exerça uma função de direcção, com base: a) No poder de representação da pessoa colectiva; b) No poder de tomar decisões em nome da pessoa colectiva; c) No poder de exercer um controlo dentro da pessoa colectiva.
2. Para além dos casos previstos no n.º 1, cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que as pessoas colectivas possam ser consideradas responsáveis sempre que a falta de vigilância ou de controlo por parte de uma pessoa referida no n.º 1 tenha tornado possível a prática das infracções referidas nos artigos 1.º a 4.º, em benefício dessa pessoa colectiva, por uma pessoa sob sua autoridade.
3. A responsabilidade das pessoas colectivas por força dos n.os 1 e 2 não exclui a instauração de procedimento criminal contra as pessoas singulares que sejam autoras, instigadoras ou cúmplices das infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º."
Também, **o artigo 8.º da Decisão-Quadro (sanções aplicáveis às pessoas colectivas):**
"Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que uma pessoa colectiva considerada responsável nos termos do artigo 7.º seja passível de sanções

eficazes, proporcionadas e dissuasivas, que incluirão multas ou coimas e poderão incluir outras sanções, nomeadamente: a) Medidas de exclusão do benefício de vantagens ou auxílios públicos; b) Medidas de interdição temporária ou definitiva do exercício de uma actividade comercial; c) Colocação sob vigilância judicial; d) Medidas judiciárias de dissolução; e) Encerramento temporário ou definitivo dos estabelecimentos utilizados para a prática da infracção."

4 **Questões de ordem geral:** A consagração generalizada da responsabilidade penal das pessoas colectivos traduz uma resposta político-criminal fundada em motivações civilizacionais emergentes da sociedade do risco, da complexificação e globalização das estruturas socioeconómicas e na própria evolução da criminalidade, visando alcançar um equilíbrio entre o risco e a segurança, de modo a evitar ou minorar situações de virtual impunidade, que surgiriam pela diluição de responsabilidades individuais em complexas estruturas de poder e de organização.

Todavia, continua a vigorar um sistema de responsabilidade penal derivada e cumulativa, não se adoptando um critério de autonomia de imputação jurídico-penal ao ente colectivo.

Derivada, porque dependente da responsabilidade concreta de um agente individual, que ocupe uma posição de liderança e actue em nome e no interesse do ente colectivo (1) ou que aja sob a autoridade destas pessoas em virtude da violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbam (2). No caso, *v.g.*, do crime de financiamento ao terrorismo, não bastará, então a demonstração do fluxo financeiro proveniente de determinada empresa para a organização terrorista, pois é necessária a imputabilidade individual interna da conduta, sem prejuízo do disposto no artigo 11.º n.º 7 *in fine*, do Código Penal (outra era a proposta de PAULO DE SOUSA MENDES, "Actas da Unidade de Missão para a Reforma Penal", Acta n.º 9, pp. 10-11, em que defendeu a responsabilidade directa da pessoa colectiva, como forma de superar a "opacidade típica das organizações complexas", mas não foi seguida pela UMRP).

Cumulativa, por não excluir a punibilidade dos agentes cuja conduta determine a imputação da responsabilidade ao ente colectivo, aliás, como impõe o art. 7.º n.º 3, da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI (sobre o fundamento, sentido e limites da responsabilidade dos entes colectivos, ver JORGE DOS REIS BRAVO, "Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas", Coimbra Editora, 2008 de pp. 122-184; sobre o regime sancionatório, pp. 185-246).

5 **A previsão na Lei de Combate ao Terrorismo:** A previsão da responsabilidade penal das pessoas colectivas e equiparadas é incluída na redacção originária deste preceito, transpondo assim o artigo 7.º da Decisão-Quadro. Embora o legislador goze de razoável margem de conformação, na transposição dos instrumentos normativos internacionais, permitindo, aqui e em tese, a consagração de uma responsabilidade contra-ordenacional, certo é que perante o valor do bens jurídicos protegidos e mediante a natural responsabilização penal dos agentes singulares com penas até extremamente elevadas, fica o legislador obrigado por imperativo de igualdade a qualificar do mesmo modo a prática das mesmas condutas, quando estas sejam praticadas por entes colectivos (em concordância, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 84-85).

A remissão para o regime geral, não é imune à adesão a um regime menos brando. Designadamente, quanto ao critério de imputação resultante de facto praticado por quem age sob autoridade das pessoas com posição de liderança e com violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbia (assente sobre a teoria da culpa por défice de organização, preconizada por KLAUS TIEDEMANN), é imposto

um alargamento, onde outrora se restringia à verificação de um comportamento doloso na violação desses deveres (FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *ibidem*, p. 86). Com efeito, na redacção anterior deste preceito prescrevia-se "em virtude de uma violação dolosa dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem", enquanto no artigo 11.º n.º 2 b), do Código Penal, define-se agora "em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem". Ou seja, no actual regime, a violação dos deveres de controlo ou vigilância basta-se com a mera negligência por acção ou inércia (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. 83, anotação n.º 16). Todavia, importa fazer aqui uma redução teleológica e compatível com o disposto nos artigos 2.º a 5.º, que sempre exigem uma intencionalidade terrorista, incompatível com a mera negligência na migração para a responsabilidade dos entes colectivos (também assim, FIGUEIREDO DIAS / PEDRO CAEIRO, *ibidem*, p. 86, sustentando a admissibilidade de qualquer uma das modalidades do dolo).

Em conclusão, cumpre salientar que a imputação da responsabilidade penal aos entes colectivos transpõe integralmente, quer na previsão quer no sistema sancionatório *stricto sensu*, o disposto nos artigos 7.º e 8.º da Decisão-Quadro.

Artigo 7.º
Direito subsidiário

São aplicáveis subsidiariamente à matéria constante da presente lei as disposições do Código Penal e respectiva legislação complementar.

Sumário da anotação:
As fontes europeias (anotação 1)
O conteúdo da remissão (anotação 2)

1 **Fontes europeias:** Ver as anotações n.º 3 a 5, ao artigo 1.º desta Lei. Em especial o **artigo 4.º da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI** (instigação, cumplicidade, tentativa): "1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que sejam tornadas puníveis a instigação ou a cumplicidade na prática das infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º e nos artigos 2.º ou 3.º.

2. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que seja tornada punível a tentativa de cometer uma das infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º e no artigo 3.º, com excepção da posse prevista na alínea f) do n.º 1 do artigo 1.º e da infracção referida na alínea i) do n.º 1 do artigo 1.º"

2 **Conteúdo da remissão:** A remissão para as disposições do Código Penal, decorre da necessidade de recorrer, em especial, aos institutos e figuras da parte geral do Código Penal, relativos à acção e omissão, dolo, erro, tentativa e desistência, autoria, comparticipação, unidade e pluralidade de infracções, crime continuado e concurso de crimes, causas de exclusão da ilicitude e da culpa, e sistema sancionatório *stricto sensu*, entre outros; sob pena de fastidiosa e inútil duplicação. A aplicação do regime geral é, assim, realizada *ex vi* artigo 7.º, para solucionar, *a priori*, as lacunas que, de outro modo, qualquer regime penal extravagante apresentaria.

Artigo 8.º
Aplicação no espaço

1. Para efeitos da presente lei, e salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável aos factos cometidos fora do território nacional:

a) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 2.º e 4.º;

b) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 3.º, 5.º e 5.º-A, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu.

2. Aos crimes previstos na alínea a) do número anterior não é aplicável o n.º 2 do artigo 6.º do Código Penal.

Sumário da anotação:
A redacção anterior (anotação 1)
As fontes internas (anotação 2)
As fontes europeias (anotação 3)
A competência em razão do espaço – novo regime (anotação 4)

Redacção anterior: A alínea b) do n.º 1 deste preceito legal foi alterada pelo artigo 61.º da Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho – Lei do combate ao branqueamento de capitais e do financiamento ao terrorismo. A redacção originária era a seguinte: "Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 3.º e 5.º, desde que o agente seja encontrado em Portugal e não possa ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu". **1**

Fontes internas: Os artigos 4.º a 6.º do Código Penal. **2**

Fontes europeias: Ver as anotações n.º 3 a 5, ao artigo 1.º desta Lei. Em especial o **artigo 9.º da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI** (competência e procedimento penal): "1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para invocar a sua competência relativamente às infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º, sempre que: a) As infracções tenham sido cometidas, no todo ou em parte, no seu território. Cada Estado-Membro pode alargar a sua competência se as infracções tiverem sido cometidas no território de um Estado-Membro; b) As infracções tenham sido cometidas a bordo de um navio que arvore o seu pavilhão, ou de uma aeronave nele registada; c) O autor da infracção seja um seu nacional ou residente; d) As infracções tenham sido cometidas por conta de uma pessoa colectiva estabelecida no seu território; e) As infracções tenham sido cometidas contra as suas instituições ou a sua população, ou contra uma Instituição da União Europeia ou de um organismo criado ao abrigo do Tratado que institui a Comunidade Europeia ou do Tratado da União Europeia e cuja sede se situe no Estado-Membro em causa. 2. Sempre que uma infracção releve da competência de mais de um Estado-Membro e qualquer um deles possa validamente instaurar procedimentos penais com base nos mesmos factos, os Estados-Membros em causa devem cooperar para decidir qual deles desencadeará o procedimento contra os autores da infracção, tendo em vista centralizá-lo, se possível, num único Estado-Membro. Para o efeito, os Estados-Membros podem recorrer a qualquer órgão ou mecanismo instituído no seio da União Europeia para facilitar a cooperação entre as suas autoridades judiciais e a coordenação das respectivas acções. Serão tidos em conta, sucessivamente, os seguintes elementos: **3**
– o Estado-Membro deve ser aquele em cujo território foram cometidos os factos,
– o Estado-Membro deve ser o de nacionalidade ou residência do autor,
– o Estado-Membro deve ser o de origem das vítimas,

– o Estado-Membro deve ser aquele em cujo território o autor foi encontrado.
3. Qualquer Estado-Membro tomará as medidas necessárias para invocar igualmente a sua competência relativamente às infracções previstas nos artigos 1.º a 4.º nos casos em que se recuse a entregar ou extraditar para outro Estado-Membro ou para um país terceiro uma pessoa suspeita ou condenada por tal infracção.
4. Cada Estado-Membro deverá assegurar que a sua competência abranja os casos em que uma infracção prevista nos artigos 2.º e 4.º foi cometida, total ou parcialmente, no seu território, independentemente do local onde o grupo terrorista tenha a sua base ou exerça as suas actividades criminosas.
5. O presente artigo não exclui o exercício de uma competência em matéria penal invocada."

4 **A competência em razão do espaço – novo regime:** A alteração nas regras da competência concorre com a necessária adaptação à recepção de um novo bem jurídico – a paz pública internacional.
De acordo com o princípio geral, de cariz realista, a lei penal portuguesa é aplicável a todos os factos praticados no território português, a bordo de navios e aeronaves portuguesas (artigo 4.º do Código Penal), o que inclui quer o terrorismo nacional quer o terrorismo internacional em que os atentados tenham sido organizados, dirigidos ou executados internamente, dentro ou a partir de Portugal, o mesmo sucedendo com organizações terroristas equiparadas que se localizem em Portugal.
A questão coloca-se, obviamente, quanto ao âmbito de aplicação da lei penal portuguesa, quando os factos tenham sido praticados fora de Portugal.
Para o terrorismo e organizações terroristas, que visem atentar contra a paz pública interna, a partir do exterior, continua a valer a regra realista que constava anteriormente do 5.º n.º 1 al.ª a) do Código Penal, ora derrogado nessa parte, sendo aplicável, em termos absolutos, a lei penal portuguesa por força do n.º 1 alínea a) e n.º 2, deste preceito.
Nos casos de organizações terroristas internacionais, terrorismo internacional e financiamento do terrorismo, a lei penal portuguesa é aplicável aos factos cometidos fora de Portugal, apenas se o agente for encontrado em Portugal e não puder ser extraditado ou entregue em execução de mandado de detenção europeu, por força do disposto no n.º 1 alínea b), deste preceito.
O estabelecimento de uma jurisdição universal sobre crimes de terrorismo internacional e de organizações terroristas internacionais, potencia a existência de conflitos positivos entre os Estados-Membros, no "espaço de liberdade, segurança e justiça", que devem ser resolvidos com base na cooperação, tendo em vista centralizar o procedimento, com os seguintes critérios: o Estado-Membro em cujo território foram cometidos os factos; o Estado-Membro de nacionalidade ou residência do autor; o Estado-Membro de origem das vítimas; o Estado-Membro em cujo território o autor foi encontrado (artigo 9.º n.º 2 da Decisão-Quadro).

PLÁCIDO 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.ºA e 32.ºB)

Artigo 32.º-A

1. Quem prestar serviços de segurança sem o necessário alvará ou licença ou exercer funções de vigilância não sendo titular do cartão profissional é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2. Na mesma pena incorre quem utilizar os serviços da pessoa referida no número anterior, sabendo que a prestação de serviços de segurança se realiza sem o necessário alvará ou licença ou que as funções de vigilância não são exercidas por titular de cartão profissional.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 10)
O bem jurídico (anotação 11)
O tipo objectivo (anotações 12 a 17)
O tipo subjectivo (anotação 18)
A comparticipação (anotação 19)
A tentativa (anotação 20)
O concurso (anotações 21 a 26)
A pena (anotações 27 e 28)

Em Portugal a actividade de segurança privada começou por ser regulada através dos Decretos-Leis n.os 298/79, de 17.8 (que regulava a actividade de segurança das instituições de crédito) e 231/98, de 22.7, este último, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 94/2002, de 12.4. **1**

Em termos de actividade legislada quanto à regulação do sector atente-se ainda no Decreto-Lei n.º 101/2008, de 16.6, que estabelece o regime jurídico dos sistemas de segurança privada dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas e revoga o Decreto-Lei n.º 263/2001, de 28.9, nas regras a aplicar ao regime jurídico dos sistemas de segurança privada dos estabelecimentos de restauração ou de bebidas, Despacho n.º 20497/2008, de 5.8, e na Portaria n.º 135/99, de 26.2, que regula as condições de exploração e gestão de centrais de recepção e monitorização de alarmes de roubo e intrusão, bem como da instalação, gestão, manutenção e exploração de sistemas de segurança. A Portaria n.º 734/2004, de 28.6, aprova os modelos dos cartões profissionais de vigilante de segurança privada, para a especialidade de protecção pessoal e para a especialidade de assistente de recinto desportivo. A Portaria 652/2007, de 4.7, adapta o modelo previsto na Portaria n.º 734/2004, de 28.6, quanto à transferência de competências para a PSP das atribuições da SGMAI em matéria de segurança privada. O Decreto-Lei n.º 198/2005, de 10.11, interpreta o Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21.2, relativo ao exercício da segurança privada, e clarifica o regime aplicável a nacionais de outros Estados membros da União Europeia. A Portaria n.º 1522-B/2002, de 20.12, introduz a figura de assistente de recinto desportivo, no âmbito da actividade de segurança privada. Define as suas funções específicas e fixa a duração, conteúdo do curso de formação e sistema de avaliação. A Portaria n.º 1522-C/2002, de 20.12, fixa as situações em que é obrigatório o recurso à segurança privada nos recintos desportivos, bem como as condições do exercício de funções pelos assistentes de recinto desportivo. A Portaria n.º 786/2004, de 9.7, estabelece os requisitos essenciais para a obtenção **2**

de alvará e de licença pelas entidades que requerem autorização para exercer a actividade de segurança privada, bem como os elementos que devem constar do registo de actividades. A Portaria n.º 247/2008, de 27.3, regula as condições aplicáveis ao transporte, guarda, tratamento e distribuição de valores, por parte de entidades de segurança privada detentoras de alvará ou licença, previstas no Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro. O Despacho n.º 8017/2004, de 20.3, determina, nos termos e para os efeitos previstos na al.ª b) do n.º 2 do art. 26.º e na al.ª b) do art. 27.º do Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21.2, que regula a actividade de segurança privada, os valores da caução a prestar a favor do Estado. A Portaria n.º 64/2001, de 31.1, estabelece as normas relativas ao conteúdo e duração dos cursos de formação inicial e de actualização profissional do pessoal de vigilância e de acompanhamento, defesa e protecção de pessoas. O Despacho n.º 6159/2002, de 20.3, define o sistema de avaliação da formação referida no n.º 14.º da Portaria n.º 64/2001, de 31.1, e regula a realização das provas de avaliação dos candidatos ao exercício da actividade de acompanhamento, defesa e protecção de pessoas, a que se refere o n.º 7.º da Portaria n.º 1325/2001, de 4.12, reforçando o rigor dos procedimentos de acesso à profissão e de autenticação dos respectivos cartões profissionais. O Despacho Conjunto n.º 370/2002, de 23.4, redefine alguns princípios relativos à formação profissional inicial do pessoal de vigilância e de acompanhamento, defesa e protecção de pessoas, bem como a forma de avaliação dos respectivos conhecimentos. A Portaria n.º 1325/2001, de 4.12, redefine alguns princípios referentes à formação profissional inicial do pessoal de vigilância, bem como à forma de avaliação dos correspondentes conhecimentos. Revoga a Portaria n.º 970/98, de 16.11. O Decreto-Lei n.º 309/98, de 14.10, regulamenta a manutenção de uma base de dados pessoais pela Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna, no âmbito da actividade de segurança privada.

3 Não obstante o moderno Estado de Direito democrático ter reservado para si o monopólio do uso da força, a actividade de segurança privada tem vindo a assumir no nosso País um papel cada vez mais importante na prevenção e dissuasão da prática de actos ilícitos. A actividade de segurança privada tem, nos termos da lei, uma função subsidiária e complementar da actividade das forças e dos serviços de segurança pública do Estado.

4 Sendo certo que o aparelho estatal é insuficiente para garantir a defesa dos cidadãos em todas as ocasiões, e que o direito à segurança é um direito fundamental dos cidadãos, previsto no art. 27.º da Constituição da República Portuguesa, veio o legislador através do Decreto-lei n.º 35/2004, de 21.2, definir os princípios orientadores dessa actividade, concretizando as funções a desempenhar por seguranças e vigilantes, e definindo os requisitos gerais e específicos dos intervenientes na actividade de segurança privada, fazendo depender de concessão de alvará ou licença, no caso de funções de segurança, e de titularidade de cartão profissional, no caso de funções de vigilância, o exercício desta actividade.

5 Na versão originária do presente diploma o legislador optou por punir como ilícito de mera ordenação social a prestação de serviços de segurança e vigilância, (art. 33.º do Decreto-lei n.º 34/2005, de 21.02, na sua versão originária) sem os necessários alvarás ou licenças. Porém, com a alteração introduzida com a Lei n.º 38/2008, de 8.8, o legislador optou por punir o exercício desta actividade sem a necessária habilitação legal como crime.

6 Pela nossa parte, consideramos que tal opção é correcta, até porque em Portugal o exercício da actividade de segurança privada tem criado, em certos casos, alguns deles mediáticos, um sentimento de insegurança nas populações, motivado pelo

exercício sem habilitação para o exercício desta actividade, e sem qualquer controlo, sendo de punir como crime o exercício da mesma sem habilitação para o efeito.

7 Atente-se que, de acordo com os dados fornecidos pelo Ministério da Administração Interna (disponível em http://segurancaprivada.mai-gov.info/), em termos de vigilantes existem 38 928 activos, ou seja, vinculados por contrato de trabalho a entidades que exercem actividades de segurança privada. Sendo que o volume global de negócios das actividades de segurança privada legal e regulada pelo regime jurídico da segurança privada ascende a cerca de 650 milhões de euros.

8 O sector da segurança privada, numa dimensão global, é um sector em evolução e em crescimento, assumindo no caso de Portugal uma dimensão importante, quer pelos meios humanos envolvidos, quer pelo crescimento sustentado que se tem verificado nos últimos anos. Regista-se também o importante esforço desenvolvido por muitas das empresas de segurança quanto à qualidade dos serviços prestados, por via da certificação de processos de acordo com as normas de qualidade e pela adopção de valores corporativos e códigos de conduta profissional.

9 A par desta realidade, existem vários factores de risco destacando-se a existência de prestação de serviços de segurança fora das condições de regulação, o que constitui exercício ilegal de segurança privada; a emergência de prestação de serviços de segurança por pressão do respectivo mercado, em áreas ainda não reguladas, importando criar as condições legais para o efectivo controlo e regulação; a emergência de situações de formação profissional fora das condições legais que têm sido detectadas em acções de fiscalização, o que constitui importante factor de risco, quer para os respectivos profissionais do sector, quer para os clientes de serviços de segurança privada; o aumento de situações de violência física denunciadas em que o suspeito é identificado ou descrito como presumível "segurança"; a "concorrência desleal" efectuada por empresas de segurança em incumprimento das respectivas obrigações fiscais, relativas à segurança social ou aos direitos laborais.

10 A reforma legislativa levada a cabo em 2008 procurou combater os factores assinalados, designadamente, e para aquilo que nos interessa com a criminalização do exercício ilegal da actividade.

11 A presente incriminação penal tutela, à semelhança do que acontece com o crime de usurpação de funções previsto e punível pelo art. 358.º do Código Penal, a intangibilidade do sistema oficial de provimento no exercício de profissão de especial interesse público, protegendo também, e de forma mediata outros bens jurídicos como sejam: a autonomia intencional do estado, a vida, integridade física ou segurança (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 431 e seguintes).

12 O diploma legal define conceitos a que importa fazer menção. Desde logo, serviços de segurança, alvará ou licença e cartão profissional. Tais conceitos encontram-se plasmados no diploma em análise: serviços de segurança privada (definido no art. 2.º); alvará ou licença e seus requisitos (art. 22.º); pessoal e funções de vigilância (art. 6.º); e cartão de vigilante (art.º 10.º).

13 Resulta assim, e sem qualquer dificuldade interpretativa que quem prestar os serviços de segurança ou vigilância nos termos definidos no presente diploma, sem as necessárias autorizações preenche o tipo objectivo da norma em análise.

14 No que se refere à natureza do crime em análise, pune-se a falsidade funcional, consubstanciada na conduta de quem exerça uma função alheia, própria de quem possui determinadas qualidades, títulos ou condições, aparentando ou não os possuindo.

15 Estamos por isso na presença de um verdadeiro **crime de dano**, consumando-se com a lesão efectiva do sistema oficial do reconhecimento de competências para o exercício das funções de segurança ou vigilância, sendo, também por esse motivo, um crime de natureza pública.

16 O n.º 2 do artigo em análise também, e quanto ao tipo objectivo, não levanta qualquer dificuldade interpretativa porquanto se limita a punir com a mesma pena do número que o antecede quem utilizar serviços de segurança privada ou vigilância exercidos por pessoa que não têm as habilitações e ou autorizações previstas na lei.

17 Uma nota apenas para o conceito "utilizar" contido neste segmento normativo, o qual, e quanto a nós, deve ser entendido como a utilização, a qualquer título, de pessoa para exercer actos próprios da função de segurança ou vigilância, actos esses definidos nos termos dos art. 2.º, 6.º, 10.º e 22.º do diploma em análise.

18 Quer no n.º 1, quer no n.º 2, da norma em análise, estamos perante tipos de ilícitos exclusivamente dolosos, até porque o legislador não previu a possibilidade de cometimento dos mesmos por negligência. Por outras palavras, o agente há-de representar e querer todos e cada um dos elementos da factualidade típica.

19 No que respeita ao n.º 2, do presente artigo, devemos deixar uma nota quanto à possibilidade, perfeitamente possível, de o agente se encontrar numa situação de erro a que alude o art. 16.º n.º 2 do Código Penal. Assim, se o agente utilizar alguém para exercer funções de segurança, acreditando que este possuí as necessárias autorizações legais, sem que esse erro lhe seja censurável, em termos da diligência do homem médio colocado na mesma situação em que actuou, o erro excluirá o dolo, e em virtude deste tipo de crime só ser punido a título doloso, não existirá qualquer espécie de punição para o agente.

20 O crime pode ser cometido em **comparticipação**, em qualquer das suas modalidades.

21 Atenta a pena aplicável ao tipo em análise a **tentativa** é impune (art. 23.º do Código Penal).

22 Atenta a natureza do crime em análise e bem assim o bem jurídico que protege, quer em termos directos, quer em termos mediatos, e à semelhança do que acontece com o crime de usurpação de funções previsto no art. 358.º do Código Penal, este tipo de ilícito encontrar-se-á, muitas vezes, numa relação de **concurso aparente** com vários tipos criminais. Assim acontecerá com o homicídio, as ofensas à integridade física e até mesmo crimes contra o património, como por exemplo a burla, situação que será resolvida sem necessidade de recurso às regras do concurso, por via da última parte do n.º 1.

23 Como já referimos, poderemos encontrar uma relação de concurso entre este tipo de ilícito e o crime de usurpação de funções, previsto no art. 358.º do Código Penal, este resolvido a favor da presente norma incriminadora por apelo à regra da especialidade.

24 Já no que se refere ao concurso entre este tipo legal de crime e crimes como o abuso de designação, sinal ou uniforme, previsto e punível pelo art. 307.º do Código Penal, existirá uma relação se consunção, resolvida a favor do tipo legal em análise.

25 No entanto, quando o agente falsificar (entendendo-se aqui a falsificação por recurso a qualquer das modalidades de acção previstas no art. 256.º do Código Penal) a licença ou alvará ou o cartão de vigilante a que alude o n.º 1., existirá uma relação de concurso entre este tipo legal de crime e o crime de falsificação de documentos, a qual por via da regra da consunção impura, será resolvida a favor daquele tipo legal, em virtude da pena desse crime ser mais elevada.

26 Por fim verificar-se-á uma situação de concurso efectivo entre a prática deste ilícito e qualquer que esteja relacionado com a detenção de arma proibida (veja-se a

previsão normativa contida no art. 14.º, do diploma, no que respeita à consagração ao regime geral de uso e porte de arma por parte do pessoal de vigilância, com o alargamento levado a cabo pela Lei n.º 38/2008).

Quanto à **pena** apenas uma nota relativa a punição do crime continuado. No nosso entendimento, e à semelhança do que acontece com o crime de usurpação de funções, e acompanhando de perto a posição de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* ob. cit., p. 449, consideramos que constitui um só crime, e não crime continuado, a prática pelo agente de repetidos actos próprios das funções de segurança ou vigilância, atento o bem jurídico protegido pela norma, a intangibilidade do sistema oficial de profissões tituladas, que é lesado de uma vez por todas quando o agente pratica a actividade sem para tal se encontrar autorizado. **27**

Para além disso, uma chamada de atenção para a norma contida no art. 34.º, n.os 1 e 2, designadamente para a consagração de sanções acessórias e para a afirmação do princípio geral de que se o facto constituir simultaneamente contra-ordenação e crime, o agente é punido por este, sem prejuízo das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação. **28**

Artigo 32.º-B

As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelo crime previsto no n.º 1 do artigo anterior.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O âmbito de aplicação (anotações 3 e 4)

Este tipo legal surge na redacção da Lei n.º 38/2008, de 8.8. E, dado eco à reforma penal de 2007, também o legislador entendeu, e bem, estender a responsabilização penal em causa às pessoas colectivas e equiparadas. **1**

Assim, tais entes serão punidos pela prática do crime previsto no n.º 1 do art. 32.º-A do presente diploma, nos termos gerais, isto é, nos termos do art. 11.º do Código Penal. **2**

Pela mera interpretação literal do preceito em análise poderíamos ser tentados a afirmar que as **pessoas colectivas** apenas poderiam ser punidas pela prática do crime definido no n.º 1, do art. 32.º-A, ficando, desse modo, excluída a possibilidade de serem punidos pela modalidade objectiva prevista no tipo do n.º 2 do mesmo normativo. **3**

Não concordamos com essa interpretação porque, a nosso ver, não foi essa a intenção do legislador e porque não existe nenhuma razão normativa de considerar que a modalidade de actuação possui uma valoração constitucional diferente (ou menos gravosa) das que se mostram tipificadas no n.º 1. Assim, sustentamos que a técnica remissiva consagrada no n.º 2 do art.º 32.º-A, cinge-se ao exercício ilícito da actividade de segurança privada que deverá ser, dessa forma, considerado também para as pessoas colectivas que utilizem justamente aqueles serviços sabendo que não reúnem os requisitos legais para o efeito. **4**

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO 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)

CAPÍTULO X
Responsabilidade criminal e contra-ordenacional

SECÇÃO I
Responsabilidade criminal e crimes de perigo comum

Artigo 86.º
Detenção de arma proibida e crime cometido com arma

1. Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, detiver, transportar, importar, transferir, guardar, comprar, adquirir a qualquer título ou por qualquer meio ou obtiver por fabrico, transformação, importação, transferência ou exportação, usar ou trouxer consigo:

a) Equipamentos, meios militares e material de guerra, arma biológica, arma química, arma radioactiva ou susceptível de explosão nuclear, arma de fogo automática, explosivo civil, engenho explosivo ou incendiário improvisado é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos;

b) Produtos ou substâncias que se destinem ou possam destinar, total ou parcialmente, a serem utilizados para o desenvolvimento, produção, manuseamento, accionamento, manutenção, armazenamento ou proliferação de armas biológicas, armas químicas ou armas radioactivas ou susceptíveis de explosão nuclear, ou para o desenvolvimento, produção, manutenção ou armazenamento de engenhos susceptíveis de transportar essas armas, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos;

c) Arma das classes B, B1, C e D, espingarda ou carabina facilmente desmontável em componentes de reduzida dimensão com vista à sua dissimulação, espingarda não modificada de cano de alma lisa inferior a 46 cm, arma de fogo dissimulada sob a forma de outro objecto, ou arma de fogo transformada ou modificada, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos ou com pena de multa até 600 dias;

d) Arma da classe E, arma branca dissimulada sob a forma de outro objecto, faca de abertura automática, estilete, faca de borboleta, faca de arremesso, estrela de lançar, boxers, outras armas brancas ou engenhos ou instrumentos sem aplicação definida que possam ser usados como arma de agressão e o seu portador não justifique a sua posse, aerossóis de defesa não constantes da alínea a) do n.º 7 artigo 3.º, armas lançadoras de gases, bastão, bastão extensível, bastão eléctrico, armas eléctricas não constantes da alínea b) do n.º 7 do artigo 3.º, quaisquer engenhos ou instrumentos construídos exclusivamente com o fim de serem utilizados como arma de agressão, silenciador, partes essenciais da arma de fogo, munições, bem como munições com os respectivos projécteis expansivos, perfurantes, explosivos ou incendiários, é punido com pena de prisão até 4 anos ou com pena de multa até 480 dias.

2. A detenção de arma não registada ou manifestada, quando obrigatório, constitui, para efeitos do número anterior, detenção de arma fora das condições legais.

3. As penas aplicáveis a crimes cometidos com arma são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo, excepto se o porte ou uso de arma for elemento do respectivo tipo de crime ou a lei já previr agravação mais elevada para o crime, em função do uso ou porte de arma.

4. Para os efeitos previstos no número anterior, considera-se que o crime é cometido com arma quando qualquer comparticipante traga, no momento do crime,

arma aparente ou oculta prevista nas alíneas a) a d) do n.º 1, mesmo que se encontre autorizado ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente.

5. Em caso algum pode ser excedido o limite máximo de 25 anos da pena de prisão.

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 (anotação 5)
As causas de desculpa (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A pena (anotação 10)
A aplicação da lei no tempo (anotação 11)

Esta é a versão actual da norma, após a alteração introduzida pela Lei n.º 17/2009, de 6 de Maio. Através da Proposta de Lei n.º 121/IX/2, apresentada em 29 de Março de 2004 (DAR II Série A, n.º 50/IX/2, de 3 de Abril de 2004) pelo XV Governo foi pedida autorização legislativa para reforma da legislação relativa ao regime jurídico das armas e suas munições, que foi conferida pela Lei n.º 24/2004, de 25 de Junho e veio a caducar em virtude de o Executivo ter cessado funções. Em 17 de Novembro de 2004, pela Proposta de Lei n.º 152/IX/3 (DAR II Série A, n.º 17/IX/3, de 20 de Novembro de 2004), o XVI Governo retomou o processo legislativo sobre o regime, proposta que não logrou apreciação e caducou com a dissolução da Assembleia da República. Com o XVII Governo reencetou-se o processo legislativo. Na redacção originária, corresponde, com algumas alterações, ao artigo 86.º, da Proposta de Lei n.º 28/X (DAR II Série A, n.º 34/X/1, Suplemento de 20 de Julho de 2005). A Lei n.º 17/2009, de 6 de Maio, resulta das alterações apresentadas pelo Governo à Assembleia da República através da Proposta de Lei n.º 222/X (DAR II Série A, n.º 1/X/4, de 18 de Setembro de 2008). Foram tomadas em consideração as Directivas n.º 91/477/CEE, de 18 de Junho e n.º 2008/51/CE. Ver Artigos 169.º (na redacção da Lei n.º 24/81, de 20 de Agosto) e 253.º, do Código Penal de 1886; artigos 1.º e 10.º, do Decreto-Lei n.º 37 313, de 21 de Fevereiro de 1949; artigos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º (redacção do Decreto-Lei n.º 462-A/76, de 9 de Junho) e 5.º (redacção do Decreto-Lei n.º 328/76, de 6 de Maio), do Decreto-Lei n.º 207-A/75, de 17 de Abril; artigo 260.º, do Código Penal de 1982, versão originária e artigo 275.º, do Código Penal, versão 1995, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro e Lei n.º 98/01, de 25 de Agosto. **1**

Este é um **crime de perigo comum**, como resulta, desde logo, da sua inserção na secção I (Responsabilidade criminal e crimes de perigo comum), do Capítulo X (Responsabilidade criminal e contra-ordenacional), da presente lei e de perigo abstracto. Crime de perigo comum, porque se reporta à susceptibilidade de ocorrência de um dano não controlável, difuso, com potência expansiva, apto a causar alarme social, podendo atingir vários bens jurídicos e várias vítimas (neste sentido, MARQUES BORGES, Dos Crimes de Perigo Comum e dos Crimes Contra a Segurança das Comunicações, Rei dos Livros, pp. 22 e 23) e de perigo abstracto, porquanto a realização do tipo não pressupõe a lesão dos bens jurídicos tutelados pela norma, bastando-se com a sua mera colocação em perigo. A produção ou verificação do perigo não é elemento do tipo, mas tão-só fundamento da proibição, sendo a conduta do agente punida independentemente de ter criado ou não um **2**

perigo efectivo para os bens jurídicos tutelados (cfr. FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, p. 309).
Trata-se também de um **crime de execução ou realização vinculada**, pois o tipo descreve o modo de execução, o universo das condutas susceptíveis de originarem o perigo.
Os **bens jurídicos** protegidos pela norma são primacialmente a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, mas também a vida, a integridade física e bens patrimoniais dos membros da comunidade, face aos riscos sérios que derivam da livre (ou seja, sem controlo) circulação e detenção, porte e uso de armas, munições, engenhos, instrumentos, mecanismos, produtos ou substâncias objectivamente perigosos e, por isso, proibidos.

3 O n.º 1 abarca as diversas modalidades de conduta ilícita (sendo que no artigo 2.º se consagrou um vasto leque de definições, com o escopo essencialmente de uniformizar conceitos e a que se tem de recorrer para cabal interpretação do presente diploma – e só ele, pois apenas para este valem – pelo que para elas se remeterá infra) que se reportam a:
Alínea a)
Equipamentos, meios militares e material de guerra – vd. art. 2.º, n.º 5, al.ª i);
Arma biológica – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª l).
Arma química – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª ab).
Arma radioactiva ou susceptível de explosão nuclear – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª ac).
Arma de fogo automática – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª j).
Explosivo civil, engenho explosivo ou incendiário improvisado – vd. art. 2.º, n.º 5, al.as l) e n).
Alínea b)
Produtos ou substâncias que se destinem ou possam destinar, total ou parcialmente, a serem utilizados para o desenvolvimento, produção, manuseamento, accionamento, manutenção, armazenamento ou proliferação de armas biológicas, armas químicas ou armas radioactivas ou susceptíveis de explosão nuclear, ou para o desenvolvimento, produção, manutenção ou armazenamento de engenhos susceptíveis de transportar essas armas.
Alínea c)
Arma das classes B, B1, C e D – vd. arts. 3.º, n.os 3, 4, 5 e 6.
Espingarda ou carabina facilmente desmontável em componentes de reduzida dimensão com vista à sua dissimulação – vd. art. 2.º, n.º 1, al.as ar) e aq) sobre os conceitos de espingarda e carabina.
Espingarda não modificada de cano de alma lisa inferior a 46 cm.
Arma de fogo dissimulada sob a forma de outro objecto.
Arma de fogo transformada ou modificada – vd. art. 2.º, n.º 1, al.as x) e v).
Alínea d)
Arma da classe E – vd. art. 3.º, n.º 7.
Arma branca dissimulada sob a forma de outro objecto – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª m) quanto ao conceito de arma branca.
Faca de abertura automática – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª ax).
Estilete – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª as).
Faca de borboleta – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª av).
Faca de arremesso – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª au).
Estrela de lançar – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª at).
Boxers – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª ap).

Outras armas brancas ou engenhos ou instrumentos sem aplicação definida que possam ser usados como arma de agressão e o seu portador não justifique a sua posse.
Aerossóis de defesa não constantes da alínea a) do n.º 7 do artigo 3.º – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª a) sobre o conceito de aerossol de defesa.
Armas lançadoras de gases – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª z).
Bastão.
Bastão extensível – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª an).
Bastão eléctrico – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª am).
Armas eléctricas não constantes da alínea b) do n.º 7 do artigo 3.º – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª o) sobre o conceito de arma eléctrica.
Quaisquer engenhos ou instrumentos construídos exclusivamente com o fim de serem utilizados como arma de agressão.
Silenciador – vd. art. 2.º, n.º 2, al.ª z).
Partes essenciais da arma de fogo – vd. art. 2.º, n.º 2, al.ª u).
Munições – vd. art. 2.º, n.º 3, al.ª p).
Munições com os respectivos projécteis expansivos, perfurantes, explosivos ou incendiários – vd. art. 2.º, n.º 3, al.ªs r), v), s) e t).
As modalidades de actuação puníveis são a detenção, transporte, importação, transferência, guarda, compra, aquisição a qualquer título ou por qualquer meio ou obtenção por fabrico, transformação, importação, transferência ou exportação, uso ou o trazer consigo das armas, munições, engenhos, instrumentos, mecanismos, produtos ou substâncias referidas, tornando-se indispensável que inexista autorização, esteja fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente.
Nos termos do n.º 2 desta norma, a detenção de arma não registada ou manifestada, quando obrigatório o registo ou manifesto, integra a ausência dessas condições.
Também a detenção de arma, encontrando-se caducada a respectiva licença de uso e porte sem que tenha sido promovida a renovação, requerida nova licença aplicável no prazo previsto no n.º 1 do artigo 29.º ou solicitada a sua titularidade ao abrigo de outra licença aplicável conforme o disposto no n.º 3 do mesmo artigo, é considerada detenção de arma fora das condições legais, para efeitos de subsunção à previsão do artigo 86.º, como expressamente se consagra no artigo 99.º-A, n.º 2.
Entende-se por detenção o facto de o agente ter em seu poder ou na sua esfera de disponibilidade algum ou alguns dos artigos mencionados, pelo que tem de ser considerado detentor aquele a quem, ainda que de forma transitória e temporária, foi entregue uma arma para efectuar limpeza ou realizar reparação.
O transporte traduz-se na transferência de algum desses artigos de um local para outro.
A importação é a sua entrada ou introdução nos limites fiscais do território nacional, bem como a sua permanência em estância alfandegária ou zona internacional, a aguardar os procedimentos legais aduaneiros, quando provenientes de países terceiros à União Europeia – cfr. art. 2.º, n.º 5, al.ª v).
A transferência consiste na entrada em território nacional de qualquer desses artigos, quando provenientes de Estados membros da União Europeia tendo Portugal como destino final, ou a saída de quaisquer bens de Portugal tendo como destino final Estados membros da União Europeia – cfr. art. 2.º, n.º 5, al.ª ab).
A guarda supõe o controlo à vista, fiscalização, vigia – CARVALHO MARTINS, Criminogénese e Criminodinâmica dos Delitos com Armas de Fogo, Coimbra Editora, 1988, p. 68 e LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, Código Penal Anotado, 2.º Volume, 1996, Editora Rei dos Livros, p. 825.

A compra traduz-se na aquisição de um direito de propriedade sobre o bem vendido, implicando a existência de um preço, prevendo-se ainda a aquisição a qualquer título ou por qualquer meio, ou seja, abrange qualquer forma de cessão a título gratuito ou oneroso, como o penhor, a permuta ou a doação (neste sentido, ainda que em relação ao revogado artigo 275.º, do Código Penal, cfr. PAULA RIBEIRO DE FARIA, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, p. 896) bem como o achamento da arma (munições, engenhos etc.).
O fabrico é a confecção, produção ou construção.
A transformação implica uma intervenção modificadora das características do artigo seu objecto.
A exportação traduz-se na saída dos limites fiscais do território nacional de quaisquer bens com destino a país terceiro à União Europeia, bem como a sua permanência em estância alfandegária ou zona internacional a aguardar os procedimentos legais aduaneiros – cfr. art. 2.º, n.º 5, al.ª x).
O uso refere-se à utilização pelo seu titular, sendo que, no que tange ao uso de arma, a al.ª s), do n.º 5, do art. 2.º o define como o acto de a empunhar, apontar ou disparar.
O trazer consigo consiste em ser portador.
É de considerar como arma de fogo dissimulada aquela que encobre a sua verdadeira natureza ou disfarça o seu real poder vulnerante, de tal forma que até poderá confundir-se com qualquer outro objecto ou instrumento de todo inócuo em termos de perigosidade, como por exemplo, aquele que aparenta as características de um isqueiro, uma caneta, uma bengala, uma luva, uma fivela de cinto ou um guarda-chuva, mas tem inserido um 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 projécteis – vd. art. 2.º, n.º 1, al.ª p) quanto ao conceito de arma de fogo.
A dissimulação da arma branca, tal como se referiu para a da arma de fogo, encobre a sua verdadeira natureza ou disfarça o seu real poder vulnerante. Ao ocultar a perigosidade, também a aumenta e torna mais agressiva quando utilizada, quer pela surpresa causada, quer pela diminuição ou mesmo impossibilidade de defesa por parte da vítima.
Apresenta-se como dissimulada sob a forma de outro objecto a arma branca ocultada num guarda-chuva ou numa bengala, numa caneta ou escondida na biqueira de uma bota.
Para que a detenção ou porte de "outras armas brancas" a que alude a al.ª d), do n.º 1, do art. 86.º constitua crime, impõe-se que, cumulativamente, se verifiquem os seguintes requisitos:
Ausência de aplicação definida;
Capacidade para o uso como arma de agressão;
Não justificação do agente para a sua posse.
A expressão "sem aplicação definida" não se restringe aos "instrumentos", abrange as outras armas brancas (que não as dissimuladas sob a forma de outro objecto, faca de abertura automática, estilete, faca de borboleta, faca de arremesso, estrela de lançar e boxers, que estão enunciadas especificamente) e os engenhos – cfr. Ac. do TRE de 4.3.2008, proc. N.º 169/08.1 e Ac. do TRG de 9.2.2009, proc. N.º 2447/08-1, in www.dgsi.pt.
Têm aplicação definida as armas brancas com afectação ao exercício de quaisquer práticas venatórias, comerciais, agrícolas, industriais, florestais, domésticas ou

desportivas, ou que, pelo seu valor histórico ou artístico sejam objecto de colecção – cfr. artigo 3.º, n.º 2, al.ª f).

A capacidade para o uso como arma de agressão é a sua aptidão, atentas as respectivas características para, se utilizada, provocar lesões (espancar, ferir ou até matar).

A justificação do agente para a posse deve aferir-se tendo em consideração diversos factores, designadamente, o local e circunstâncias concretas em que o agente detém o objecto e a actividade profissional, desportiva, lúdica ou outra que desenvolva ou pratique.

Engenhos ou instrumentos construídos exclusivamente com o fim de serem utilizados como arma de agressão, são aqueles cujo único objectivo do fabrico, produção, construção ou confecção é o seu uso para espancar, ferir ou mesmo provocar a morte, como por exemplo a vulgarmente denominada "moca de Rio Maior" (desde que as suas dimensões o permitam), uma esfera de ferro eriçada de pontas do mesmo material soldada a um cabo, um tubo de borracha em que foram introduzidas chumbadas para a pesca e se selaram os topos, um cabo de aço a que se adaptou um punho de madeira ou até uma meia de senhora em que se introduziu uma bola de bilhar que se fixou por um nó na extremidade.

Trata-se de crime comum, pois pode o autor ser qualquer pessoa, não se exigindo particulares qualidades ou características do agente para o seu preenchimento.

4 Exige-se o dolo (genérico), em qualquer das suas modalidades, traduzido na consciência e vontade de actuar em alguma das formas retro mencionadas, bastando o dolo eventual. A negligência não é punida.

Verifica-se erro sobre as circunstâncias do facto (artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal), que exclui o dolo, quando ocorre o erro do agente acerca da factualidade típica (p. ex. acerca da qualidade da arma) – cfr. PAULA RIBEIRO DE FARIA, ob. cit., p. 900 e, bem assim, v. gr. quando o detentor da arma proibida a adquiriu em estabelecimento aberto ao público e autorizado para a venda de várias classes de armas, em que é criada a aparência de legalidade, incluindo-se também neste erro o que incide sobre as condições legais ou as prescrições da autoridade competente.

Posto que não é punível a conduta negligente, estas situações conduzirão a que o agente não seja punido – art. 13.º, do Código Penal.

5 Valem no que concerne a este ponto as regras gerais de exclusão da ilicitude constantes da parte geral do Código Penal, sendo pensáveis situações de direito de necessidade mormente no que concerne ao uso de arma proibida – art. 34.º do Código Penal.

6 Neste domínio valem as regras gerais sobre causas de desculpa inscritas na Parte Geral do Código Penal, com relevância para a falta de consciência da ilicitude não censurável – art. 17.º, n.º 1, do Código Penal – e situações de estado de necessidade desculpante – art. 35.º do mesmo diploma legal.

7 As molduras penais previstas para este tipo de crime, em qualquer das suas alíneas, admitem a punição da tentativa, pois o limite máximo das penas em abstracto aplicáveis é superior a 3 anos de prisão – art. 23.º, do Código Penal, não se vislumbrando que a tal se oponha estarmos perante crime de perigo abstracto.

Não obstante, nem todas as modalidades da acção integrantes do tipo conduzem à punibilidade da tentativa, não se configurando como possível, atenta a sua natureza, admitir a tentativa de detenção, guarda, uso ou de trazer consigo arma.

8 Trata-se de um crime de comparticipação eventual, sendo configuráveis situações de co-autoria, autoria mediata, instigação e cumplicidade, conforme as regras gerais dos artigos 26.º e 27.º, do Código Penal.

9 É admissível o concurso efectivo deste crime com outros crimes, designadamente de homicídio (vd. Ac. do STJ de 17.9.2009, proc. N.º 434/09.5YFLSB, *in* www.dgsi.

pt); ofensa à integridade física; violência doméstica; maus tratos; coacção; rapto; tomada de reféns; furto; roubo (vd. Ac. do STJ de 16.11.2006, proc. N.º 06P2546, no mesmo sítio, onde se salienta que os bens jurídicos protegidos são diferentes num caso e noutro. No caso do roubo, que é um crime complexo, os bens jurídicos protegidos são a propriedade e a detenção de objectos móveis, e ainda a liberdade das pessoas, a integridade física e até a própria vida; no caso da detenção e uso de armas proibidas, que é um crime de perigo, a segurança, a tranquilidade e a ordem pública e ainda Ac. do STJ de 14.12.2006, proc. N.º 06P4344, www.dgsi.pt); dano; usurpação de coisa imóvel; extorsão; receptação; discriminação racial, religiosa ou sexual; incêndios; explosões e outras condutas especialmente perigosas; associação criminosa; captura ou desvio de aeronave, navio, comboio ou veículo de transporte colectivo de passageiros; participação em motim armado; atentado contra o Presidente da República e sabotagem e coacção contra órgãos constitucionais.

A detenção de várias armas, na mesma ocasião, que se enquadrem na mesma alínea, integrará um único crime. Em diferentes ocasiões integrarão tantos crimes quanto aquelas.

Se na mesma ocasião alguém for detentor de uma arma elencada na alínea a), de duas armas constantes da enunciação da alínea c) e três outras da alínea d), praticará, em concurso real, um crime previsto e punido pelo artigo 86.º, n.º 1, alínea a), um crime previsto e punido pelo artigo 86.º, n.º 1, alínea c) e um crime previsto e punido pelo artigo 86.º, n.º 1, alínea d) desta lei.

10 A Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, trilhando os princípios orientadores da Directiva n.º 91/477/CEE, de 18 de Junho, consagrou uma classificação das armas por classes em função do seu grau de perigosidade, do fim a que se destinam e do tipo de utilização que lhes é permitido, sendo que esse grau de perigosidade é também valorado nas molduras legais deste tipo de crime, que estabelecidas são em sua função, mas com atenção também aos fins da punição e às necessidades de prevenção que a esta matéria concerne.

A alteração introduzida pela Lei n.º 17/09, de 06/05, elevou as penas das alíneas c) e d). As actuações relativas aos bens da alínea a) deste tipo legal são puníveis com pena de prisão de 2 a 8 anos. As referentes aos elencados na alínea b) com pena de prisão de 2 a 5 anos. Os comportamentos relativos aos artigos da alínea c), são puníveis com pena de prisão de 1 a 5 anos ou com pena de multa até 600 dias (na versão originária a moldura penal era de prisão até 5 anos ou multa até 600 dias). Às modalidades de acção tangentes aos artigos da alínea d) corresponde pena de prisão até 4 anos ou pena de multa até 480 dias (anteriormente punidas com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias).

Podem ainda ser aplicadas ao agente as penas acessórias previstas nos artigos 90.º e 92.º ou a medida de segurança consagrada no artigo 93.º, verificados que estejam os respectivos pressupostos.

O n.º 3 com o escopo de especialmente reprimir a utilização de armas na prática de crimes e dar a resposta tida como adequada e proporcional à criminalidade violenta e mais grave, consagrou a agravação especial de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, para os crimes cometidos com recurso a arma (não podendo em caso algum o limite máximo da pena exceder os 25 anos de prisão – n.º 5), mas estabelece uma cláusula de subsidiariedade ao referir que "esta agravação só funciona se outra mais grave não estiver consagrada para o crime em causa, em função do porte ou uso da arma ou se estes não forem já elementos desse tipo de ilícito", afastando-se, por isso, desde logo, desta agravação, os crimes de furto qualificado e roubo agravado em que a qualificação e agravação ocorrem por via da circunstância "trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta" – cfr.

artigos 204.º, n.º 2, al.ª f) e 210.º, n.º 2, al.ª b), do Código Penal. Para os efeitos previstos no n.º 3, considera-se que o crime é cometido com arma quando qualquer comparticipante traga, no momento do crime, arma aparente ou oculta prevista nas alíneas a) a d) do n.º 1, ainda que se encontre autorizado ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente – n.º 4. Arma aparente é aquela que se apresenta, visível, ostensiva, que é exibida. A arma oculta é a que está escondida, que não é visível. Exige-se que a arma (ou armas) trazida por qualquer dos comparticipantes integre o elenco das alíneas a) a d), do n.º 1, pelo que fica afastada a agravação do n.º 3 se o instrumento apenas se subsumir ao conceito de arma constante do artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Ao referir-se a "qualquer comparticipante" abrange-se também o cúmplice.

Que as circunstâncias relativas à ilicitude (e a utilização de arma nelas se enquadra) se comunicam aos comparticipantes resulta já do n.º 1, do artigo 28.º, do Código Penal, sendo que essa comunicação ocorre ainda que a circunstância deles (dos que não trazem a arma) seja desconhecida, conforme se constata da leitura das Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I volume, Edição da AAL, Actas da 12.ª e 13.ª sessões – embora pareça militar em sentido divergente TAIPA DE CARVALHO, Comentário Conimbricense do Código Penal, ob. cit., p. 1200, em que, ao reportar-se ao crime de motim armado, refere "Como é natural e justo, nunca poderão ser punidos por crime de motim armado aqueles participantes que não sabem que alguns dos intervenientes no motim estão armados. O agente, para ser punido pelo crime qualificado, tem que saber ou, pelo menos, representar a eventualidade de a circunstância qualificativa se verificar e de aceitar correr o risco de tal verificação (dolo eventual)". De qualquer das formas e designadamente para situações de mera cumplicidade ou em que ocorre o aludido desconhecimento, poderá haver lugar à aplicação do estabelecido no n.º 2, do artigo 28.º mencionado.

11 A Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro, aprovou o novo Código de Justiça Militar que, no artigo 7.º, define o que se considera como material de guerra para efeitos do mesmo e no artigo 82.º prevê as diversas modalidades de acção criminalmente puníveis relativas a material dessa natureza ("Aquele que importar, fabricar, guardar, comprar, vender ou puser à venda, ceder ou adquirir a qualquer título, transportar, distribuir, detiver, usar ou trouxer consigo material de guerra, conhecendo essa qualidade e sem que para tal esteja autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, é punido com as penas previstas no artigo seguinte, conforme os casos"), sendo que, dado o teor destas disposições legais, ficou tacitamente revogado o artigo 275.º, do Código Penal, na parte que se reporta aquele material. O Código de Justiça Militar entrou em vigor em 14 de Setembro de 2004 e a Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, (que no artigo 118.º revogou expressamente o artigo 275.º, do Código Penal) passou a vigorar a partir de 24 de Agosto de 2006, sendo que esta no artigo 1.º, n.º 2, exclui expressamente do seu âmbito de aplicação as actividades relativas a armas e munições destinadas às Forças Armadas, às forças e serviços de segurança, bem como as que se destinem exclusivamente a fins militares. Assim, no período compreendido entre a entrada em vigor do CJM e a da Lei n.º 5/2006 as actuações relativas a armas de guerra e substâncias explosivas consideradas material de guerra não são puníveis pelo artigo 275.º, do Código Penal, mas pelo Código de Justiça Militar.

Artigo 87.º
Tráfico e mediação de armas

1. Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente, vender, ceder a qualquer título ou por qualquer meio distribuir, mediar uma transacção ou, com intenção de transmitir a sua detenção, posse ou propriedade, adoptar algum dos comportamentos previstos no artigo anterior, envolvendo quaisquer equipamentos, meios militares e material de guerra, armas, engenhos, instrumentos, mecanismos, munições, substâncias ou produtos aí referidos, é punido com uma pena de 2 a 10 anos de prisão.

2. A pena referida no n.º 1 é de 4 a 12 anos de prisão se:

a) O agente for funcionário incumbido da prevenção ou repressão de alguma das actividades ilícitas previstas nesta lei; ou

b) Aquela coisa ou coisas se destinarem, com o conhecimento do agente, a grupos, organizações ou associações criminosas; ou

c) O agente fizer daquelas condutas modo de vida.

3. A pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a sua punição se o agente abandonar voluntariamente a sua actividade, afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado, impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique ou auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

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 (anotação 5)
A causa de Desculpa (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A pena (anotação 10)

1 A disposição corresponde, com algumas alterações, ao artigo 87.º, da Proposta de Lei n.º 28/X.

O tráfico de armas (e demais artigos proibidos dos elencados) não integrava anteriormente tipo de crime autónomo, embora lhe fosse feita referência no Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro.

2 Estamos perante um crime de perigo comum e abstracto ou presumido. Os bens jurídicos protegidos são a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, através do controlo pelo Estado de "uma actividade de elevada perigosidade social e geradora de uma preocupante instabilidade no controlo e na repressão do armamento ilegal" – Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 28/X.

3 O crime desta norma é um crime comum, porquanto o autor pode ser qualquer pessoa, não se exigindo particulares qualidades ou características do agente para o seu preenchimento.

As diversas modalidades da acção integrantes do tipo objectivo de ilícito consistem em:

– Vender.
– Ceder a qualquer título.
– Por qualquer meio distribuir.
– Mediar uma transacção ou,

– Com intenção de transmitir a sua detenção, posse ou propriedade, adoptar algum dos comportamentos previstos no artigo 86.º,
Tais modalidades da acção têm de se reportar a equipamentos, meios militares e material de guerra, armas, engenhos, instrumentos, mecanismos, munições, substâncias ou produtos no artigo 86.º mencionados. Esta remissão para o artigo 86.º desde logo exclui a subsunção no artigo 87.º das condutas que se traduzam em tráfico de armas de alarme, de reproduções de armas de fogo e de armas das classes F ou G – cfr. Ac. do TRP de 25.2.2009, proc. N.º 0847989, www.dgsi.pt.
Exige-se para a integração típica que o sujeito activo (o agente) não possua autorização, a actuação esteja fora das condições legais ou contrarie prescrições da autoridade competente.
A intenção de transmitir a detenção, posse ou propriedade, que a consumação do crime não impõe (quanto ao respectivo segmento) que se concretize, é um elemento subjectivo do tipo de ilícito, correntemente designado de dolo específico.
O tráfico e a mediação não têm de ser, necessariamente, onerosos.
O n.º 2 consagra uma variante agravada, que reparte em três modalidades, pela definição das respectivas circunstâncias, de verificação alternativa:
- Ser o agente funcionário incumbido da prevenção ou repressão de alguma das actividades ilícitas previstas nesta lei;
- Aquela coisa ou coisas se destinarem, com o conhecimento do agente, a grupos, organizações ou associações criminosas; ou
- O agente fizer daquelas condutas modo de vida.
É suficiente a prática de um único acto de venda, de cedência ou de mediação (ou de qualquer das outras modalidades de actuação previstas) e também relativo a uma só arma, para estar preenchido este tipo legal de crime, quer o seu n.º 1, quer o n.º 2, alíneas a) e b), não se exigindo uma conduta reiterada e temporalmente prolongada.
São funcionários incumbidos da prevenção ou repressão das actividades ilícitas previstas, desde logo, os que prestam serviço na PJ, na PSP ou na GNR.
A menção a grupos, organizações ou associações criminosas abrange qualquer situação em que exista uma conjunção de vontades entre dois ou mais participantes, que tenha dado origem a uma realidade autónoma, diferente e superior à vontade e interesse de cada um dos seus membros, com estrutura e permanência e com o escopo da prática de crimes, (o que afasta as situações de mera agregação momentânea ou casual de uma pluralidade de pessoas) incluindo organizações terroristas, – cfr. artigo 299.º do Código Penal e artigo 2.º da Lei n.º 52/2003, de 22.08; vd. Ac. do STJ de 17.4.2008, proc. N.º 571/08-3.ª, www.pgdlisboa.pt.
Deve entender-se que o agente faz das condutas previstas no n.º 1 modo de vida quando o número de actuações e de artigos seu objecto conduzem à conclusão que esta é uma forma de obter proventos com o escopo de se sustentar, ainda que exerça uma profissão ou actividade profissional lícita. Como refere PAULO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal, Lisboa, UCE, 2008, p. 560, "o modo de vida é a actividade com que o agente se sustenta. Não é necessário que se trate de uma ocupação exclusiva, nem contínua, podendo até ser intermitente ou esporádica, desde que ela contribua significativamente para o sustento do agente. Não se identifica, pois, com a mera habitualidade".
Trata-se de um crime doloso, admitindo-se mesmo a modalidade de dolo eventual, excepto no que tange aos comportamentos em que se exige a "intenção de transmitir (…)", pois esta especial intenção não é compatível com o dolo eventual. Requer-se um elemento intencional (dolo específico) no segmento em que se exige a " intenção de transmitir a sua detenção, posse ou propriedade". **4**

5 Valem as regras gerais de exclusão da ilicitude constantes da parte geral do Código Penal.

6 Valem as regras gerais inscritas na parte geral do Código Penal, podendo configurar-se situações de inimputabilidade do agente por força de anomalia psíquica duradoura, estado de necessidade desculpante (art. 35.º, do CP) e falta de consciência da ilicitude não censurável – art. 17.º, n.º 1, do Código Penal.

7 Qualquer das modalidades de acção contidas no tipo, em função das molduras penais previstas (no n.º 1 e no n.º 2) conduzem à punibilidade da tentativa, a tal não obstando a sua classificação como crime de perigo abstracto, embora se possa questionar se todas elas, pela sua natureza, admitem esta figura.

8 Trata-se de um crime de comparticipação eventual, sendo configuráveis situações de co-autoria, autoria mediata, instigação e cumplicidade, conforme as regras gerais dos artigos 26.º e 27.º, do Código Penal.

9 Verifica-se relação de concurso aparente entre o crime de tráfico e mediação de armas, agravado pela circunstância da al.ª b), do n.º 2 e os crimes de associação criminosa (art. 299.º, n.º 2, do CP) e organizações terroristas (art. 2.º, n.º 2, da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, tendo em consideração o segmento "apoiar, nomeadamente através do fornecimento de (…) meios materiais"), sendo o autor, na primeira situação, punido dentro da moldura do crime de tráfico – prisão de 4 a 12 anos – (pois o crime previsto no artigo 299.º tem moldura penal mais leve – prisão de 1 a 5 anos) e na segunda pelo crime de organizações terroristas.

10 Às condutas previstas no n.º 1 corresponde a **pena** de 2 a 10 anos de prisão. Se se verificar a qualificação do n.º 2, a pena aplicável é de prisão de 4 a 12 anos. Podem ainda ser aplicadas ao agente as penas acessórias previstas nos artigos 90.º a 92.º ou a medida de segurança consagrada no artigo 93.º, verificados que estejam os respectivos pressupostos.

O n.º 3 coloca em alternativa (podendo o julgador decidir-se por uma ou por outra) **a atenuação especial da pena ou mesmo a sua exclusão** ("a pena pode ser especialmente atenuada ou não ter lugar a sua punição"), verificada uma (pelo menos) das seguintes circunstâncias ou causas:

a) O agente abandonar voluntariamente a sua actividade.

b) O agente afastar ou fizer diminuir consideravelmente o perigo por ela provocado.

c) O agente impedir que o resultado que a lei quer evitar se verifique.

d) Auxiliar ele concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

Tendo o abandono da actividade de ser voluntário não pode beneficiar do privilegiamento aquele que cessa a sua actividade devido à intervenção da autoridade policial ou por outro fundamento alheio à sua vontade.

Quanto à alínea b), não basta que se esforce o agente por afastar o perigo ou se verifique, por via da sua actuação, uma mera diminuição deste, exigindo-se o efectivo afastamento ou sua diminuição significativa.

No que tange à alínea c) e pese embora o crime esteja já consumado com a realização das acções descritas no n.º 1, importa que o impedimento efectivamente se verifique, não sendo suficiente que o agente diligencie ou se esforce para que ele ocorra. O auxílio na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis exige mais do que uma mera intenção do agente de prestar esse auxílio ou cooperação, impondo-se, para que beneficie do privilegiamento, que aquele se traduza objectivamente, que sejam recolhidas as provas e ocorra a identificação ou captura de outros responsáveis, o que implica a existência de uma pluralidade de agentes, pelo menos mais um.

Artigo 88.º

Uso e porte de arma sob efeito de álcool e substâncias estupefacientes ou psicotrópicas

1. Quem, pelo menos por negligência, detiver, transportar fora das condições de segurança previstas no artigo 41.º, usar ou portar arma com 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 360 dias.

2. Na mesma pena incorre quem, pelo menos por negligência, detiver, transportar fora das condições de segurança previstas no artigo 41.º, usar ou portar arma não estando em condições de o fazer com segurança, por se encontrar sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica.

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 (anotação 5)
A causa de Desculpa (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A pena (anotação 10)

Este é o texto actual da norma. A versão originária da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro, foi alterada pela Lei n.º 17/2009, de 6 de Maio, tendo sido introduzido o segmento "fora das condições de segurança previstas no artigo 41.º", tanto no n.º 1, como no n.º 2. Teve por fonte o artigo 29.º, da Lei n.º 173/99, de 21 de Setembro, que pune o exercício da caça sob a influência do álcool e, na sua estruturação, o artigo 292.º, do Código Penal. **1**

Na sua versão originária corresponde ao artigo 88.º, da Proposta de Lei n.º 28/IX.

Trata-se de crimes (n.º 1 e n.º 2) de perigo comum e **abstracto ou presumido**, pois o perigo não é elemento do tipo, a sua integração não exige a verificação do perigo concreto para os bens jurídicos pela norma tutelados, basta-se com a perigosidade geral para esses bens da acção típica e de mera actividade porquanto o tipo se preenche através da simples execução de um certo comportamento. **2**

Os **bens jurídicos** protegidos pelas normas são ainda, em primeiro plano, a ordem, a segurança e a tranquilidade comunitárias e, num segundo plano, também a vida e a integridade física das pessoas, face aos riscos acrescidos que advêm da detenção, transporte (com inobservância das condições legalmente impostas que anulariam esse aumento do risco) porte e uso de arma por quem se encontra em estado de embriaguez, quer por aquele que se apresenta sob influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica, não estando, por isso, também em condições de o fazer com segurança.

No n.º 1 e no n.º 2 prevêem-se as diversas modalidades de actuação ilícita-típica. São elas: **3**

– Detenção de arma – considerando-se para este efeito como detenção de arma o facto de esta se encontrar na esfera de disponibilidade imediata do detentor, montada, municiada e apta a disparar – art. 45.º, n.º 4.

– Transporte de arma fora das condições de segurança previstas no artigo 41.º – vd. art. 2.º, n.º 5, al.ª r).

– Uso de arma – vd. art. 2.º, n.º 5, al.ª s).
– Porte de arma – vd. art. 2.º, n.º 5, al.ª p).
Abrange, em qualquer das modalidades, tanto os casos em que o agente detém (ou outra prevista) a arma devidamente autorizado, dentro das condições legais e de acordo com as prescrições da autoridade competente, como as situações em que tal se não verifica. Para o preenchimento do n.º 1 tem o agente de apresentar uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l. Se a taxa for inferior a 1, 2 g/l, mas igual ou superior a 0,50 g/l, incorrerá o agente (por se encontrar já sob o efeito do álcool) em responsabilidade contra-ordenacional, sendo aplicável coima de 700 euros a 7000 euros – cfr. artigos 45.º, n.os 1 e 2 e 99.º, n.º 1, al.ª d).
O portador de arma está obrigado, sob cominação de incorrer em crime de desobediência qualificada, a submeter-se a provas para a detecção de álcool no sangue, que compreendem exames de pesquisa de álcool no ar expirado, análises de sangue e outros exames médicos adequados (art. 45.º) sendo a respectiva fiscalização regulada nos termos do artigo 46.º, podendo para efeitos desta as autoridades policiais utilizar os aparelhos e outros meios homologados ao abrigo do Código da Estrada e legislação complementar, pelo que, por força do n.º 1, do artigo 158.º, do Código da Estrada, regem quanto aos meios e procedimentos relativos a detecção e comprovação do estado de influenciado pelo álcool, o Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas, aprovado pela Lei n.º 18/2007, de 17/05, o Regulamento do Controlo Metrológico dos Alcoolímetros, aprovado pela Portaria n.º 1556/2007, de 10/12 e a Portaria n.º 902-B/2007, de 13/08.
A utilização destes aparelhos e designadamente o alcoolímetro Drager, modelo Alcotest MKIII-P, vem transplantar para o campo das armas a questão controvertida do desconto dos EMA (erros máximos admissíveis), que tem sido objecto de decisões judiciais divergentes e onde se perfilam duas correntes.
Uma que sustenta não ser de efectuar o desconto do valor do "erro máximo admissível" na TAS registada no alcoolímetro que procedeu à medição e tem acolhimento, entre outros, nos Acs. TRC de 12.12.2007, proc. N.º 110/07.3GTCTB.C1, de 30.01.2008, proc. N.º 91/07.3PANZN.C1, de 11.11.2008, proc. N.º 62/08.2GBPNH.C1 e de 10.12.2008, proc. N.º 17/07.4PANZR; Acs. TRL de 03.10.2007, proc. N.º 4223/07-3, de 20.02.2008, proc. N.º 183/2008-3; Ac. TRP de 08.04.2008, proc. N.º 1491/08-5 e Ac. TRP de 14.01.2009, proc. N.º 0815205, todos em www.dgsi.pt.
A outra que tem enveredado pelo entendimento que essa dedução se impõe e foi perfilhada, designadamente, nos Acs. TRP de 19.12.2007, proc. N.º 000040884; de 02.04.2008, proc. N.º 479/08; de 07.05.2008, proc. N.º 0810922, de 28.05.2008, proc. N.º 0811347, de 26.11.2008, proc. N.º 0812537, de 09.12.2009, proc. N.º 531/09.7GAVNF.P1, 16.12.2009, proc. N.º 82/09.0GCAMT.P1, 06.01.2010, proc. N.º 291/09.1PAVNF.P1, 20.01.2010, proc. N.º 24/09.2GAMAI.P1 e 03.02.2010, proc. N.º 658/09.5GBAMT.P1; Acs. TRC de 09.01.2008, proc. N.º 15/07.1PAPBL-C1 e proc. N.º 426/04.6TSTR.C1; Ac. TRG de 26.02.2007, proc. N.º 2602/06.2; Ac. TRL de 07.05.2008, proc. N.º 2199/08-3 e bem assim o voto de vencido do Desembargador João Latas no Ac. TRE de 01.07.2008, proc. N.º 2699/07-1, todos em www.dgsi.pt.
Ao agente faltam condições para adoptar algumas das modalidades de actuação atrás descritas quando se apresenta influenciado por substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica – n.º 2.
Reporta-se este normativo ao uso de substâncias ou produtos que desencadeiam estados de dependência, estimulação ou depressão do sistema nervoso central geradora de alucinações ou transtornos da função motora, do juízo, do comportamento,

da percepção ou do estado de ânimo, ou efeitos nocivos parecidos, como o haxixe, a heroína, a cocaína, a morfina, o ópio, o MDMA, mas também medicamentos como o Valium, Lexotan, Serenal, Xanax ou Dormicum (vd. Decreto-Lei n.º 15/93, de 22/01) – cfr. SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, Código Penal, Anotado e Comentado, Quid Juris Sociedade Editora, 2008, p. 746.
Problemático se torna, porém, saber quando é que o agente que detém, transporta (fora das condições estabelecidas no art. 41.º), é portador ou usa a arma, não se encontra em condições de o fazer com segurança, pois inexistem quaisquer valores de referência ou orientação para a influência das substâncias estupefacientes, psicotrópicas ou com efeitos análogos, como existem no que tange a se encontrar ele sob o efeito do álcool e não parece que baste um mero resultado positivo numa análise ao sangue, desprezando-se o seu efectivo quantitativo.
O portador de arma está obrigado, sob cominação de incorrer em crime de desobediência qualificada, a submeter-se a provas para a detecção de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou produtos com efeito análogo no sangue, que compreendem análises de sangue ou outros exames médicos adequados, devendo ser conduzido pelo agente da autoridade ao estabelecimento de saúde mais próximo dotado de meios que permitam a sua realização – arts. 45.º, n.os 1 e 3 e 46.º, n.º 3.
A recolha do sangue rege-se pelos procedimentos estabelecidos no n.º 4 do artigo 46.º
Sujeito activo deste crime pode ser qualquer pessoa que detenha, transporte, seja portador ou use arma nas condições *supra* referidas (crime comum ou geral), configurando-se como crime de mão própria, pois apenas admite como agente aquele que executa corpórea e directamente (ou pessoalmente) o comportamento proibido – cfr. JOHANNES WESSELS, Direito Penal, Parte Geral, Sérgio António Fabris Editor, Porto Alegre 1976, p. 10.
Trata-se também de **crime duradouro**, porquanto a sua consumação temporalmente se prolonga por vontade do agente. Verifica-se a consumação assim que é criado o estado antijurídico, mas persiste ela até que termine esse estado.
Ou seja, ocorre a consumação quando:
– O agente detém a arma e ingere bebidas alcoólicas que lhe provocam uma TAS igual ou superior a 1,2 g/l, ou
– Ingere as bebidas alcoólicas e depois passa a deter a arma (sendo já portador da referida taxa).
– Ingere bebidas alcoólicas em quantidade tal que lhe provocam uma TAS igual ou superior a 1,2 g/l e depois transporta a arma (fora das condições previstas no artigo 41.º) ou
– No decurso do transporte da arma ingere as bebidas alcoólicas, passando a ser portador da aludida TAS.
– Empunha, aponta ou dispara a arma depois de ingerir as bebidas alcoólicas que lhe provocaram TAS igual ou superior a 1,2 g/l.
– Ingere as bebidas alcoólicas e depois passa a ser portador da arma (quando já se encontra influenciado pela aludida TAS ou, sendo já portador, as ingere (acabando por atingir TAS igual ou superior a 1,2 g/l).
O mesmo valendo para o consumo de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas (ou com efeito análogo) que provocam no agente a ausência de condições para adoptar as citadas modalidades de conduta com segurança.
Cessa a consumação com o fim da detenção, do transporte (ou se durante este a arma passar a ser transportada de acordo com as exigências do artigo 41.º), do uso ou do porte da arma, ou com a eliminação pelo organismo dos efeitos do álcool ou das substâncias perturbadoras.

4 O crime em causa tanto pode ser cometido dolosamente, admitindo-se mesmo o dolo eventual (em que o agente admite como possível a realização do crime e com ela se conforma), como por via de negligência. O agente actuará com dolo eventual quando realiza como possível, por ter ingerido uma determinada quantidade de bebidas alcoólicas, apresentar valor de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l e ainda assim não se inibe de deter, transportar (com inobservância do estabelecido no artigo 41.º), portar ou usar, a arma – cfr. PAULA RIBEIRO DE FARIA, ob. cit., p. 1096. Actuará ele a título de negligência, quando coloca a possibilidade de ter alcançado os valores de álcool no sangue referidos, mas não crê (e obviamente não se conforma) que tal tenha acontecido (negligência consciente) ou nem sequer representa essa possibilidade, ou seja, pese embora tenha ingerido as bebidas alcoólicas, nem sequer configura a probabilidade de alcançar esses quantitativos (negligência inconsciente).

5 Valem as regras gerais de **exclusão** da ilicitude constantes da parte geral do Código Penal, sendo susceptível de se equacionar, nomeadamente, situações de direito de necessidade (art. 34.º, do CP).

6 Valem as regras gerais de **exclusão da culpa** inscritas na parte geral do Código Penal, podendo configurar-se situações de inimputabilidade do agente por força de anomalia psíquica duradoura, estado de necessidade desculpante (art. 35.º, do CP) e falta de consciência da ilicitude não censurável – art. 17.º, n.º 1, do Código Penal.

7 A moldura penal aplicável desde logo não admite a punibilidade da tentativa, atento o estabelecido no artigo 23.º, do Código Penal (pois a pena aplicável ao crime consumado não é superior a 3 anos de prisão) e certo é que inexiste disposição legal que expressamente a preveja.

8 Tratando-se de **crime de mão própria** não são configuráveis situações de co-autoria ou autoria mediata, embora se admita a instigação nos casos em que a actuação do detentor (e demais modalidades de actuação para além da detenção) da arma é dolosa.

Admissível é também a cumplicidade, quando alguém, dolosamente, auxilia, intelectual ou materialmente, o autor à prática da infracção a título doloso (ainda que de dolo eventual) – cfr. HANS JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, S. A., p. 361/362.

9 Poderá existir, designadamente, **concurso efectivo** entre este crime e os previstos nos artigos 291.º (condução perigosa de veículo rodoviário) e 292.º (Condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas), do Código Penal, bem como com o do artigo 86.º

10 É configurável também o concurso efectivo deste crime com o crime de homicídio ou o crime de ofensa à integridade física.

11 As actuações descritas, quer no n.º 1, quer no n.º 2, são puníveis com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 360 dias, sendo, pois, punido com a mesma moldura o crime cometido quer na forma dolosa, quer por negligência. Para além da pena poderão também ser aplicadas ao agente, verificados que estejam os respectivos pressupostos, pois não se trata de uma aplicação automática, a pena acessória de interdição de detenção, uso e porte de arma (prevista no artigo 90.º) ou a medida de segurança consagrada no artigo 93.º

Artigo 89.º

Detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos

Detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos.

Quem, sem estar especificamente autorizado por legítimo motivo de serviço ou pela autoridade legalmente competente, transportar, detiver, usar, distribuir ou for portador, em recintos desportivos ou religiosos, em zona de exclusão, em estabelecimentos ou locais onde decorra manifestação cívica ou política, bem como em estabelecimentos ou locais de diversão, feiras e mercados, qualquer das armas previstas no n.º 1 do artigo 2.º, bem como quaisquer munições, engenhos, instrumentos, mecanismos, produtos ou substâncias referidos no artigo 86.º, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

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 (anotação 5)
A causa de desculpa (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A pena (anotação 10)

1 É o texto actual da norma. A versão originária da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro foi alterada pela Lei n.º 17/2009, de 6 de Maio, que eliminou a palavra "nocturna" após o segmento "locais de diversão" e adicionou a menção a feiras e mercados.

Na sua versão originária corresponde ao artigo 89.º, da Proposta de Lei n.º 28/IX.

2 Trata-se de **crime de perigo comum, abstracto ou presumido**, de **mera actividade** e de **execução vinculada**. Os **bens jurídicos** protegidos pela norma são também a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas e, bem assim, a vida e a integridade física das pessoas, atento o aumento do risco que resulta da detenção de armas e outros dispositivos, produtos e substâncias objectivamente perigosos em locais de elevada concentração humana. Ressaltam também preocupações de prevenção e repressão de fenómenos de violência no desporto, área em que as paixões se exacerbam e a detenção dos referidos artigos potencia o início e desenvolvimento de manifestações de violência que colocam problemas de segurança de especial sensibilidade.

3 O crime desta norma é um **crime comum**, pois pode o autor ser qualquer pessoa, não se exigindo particulares qualidades ou características do agente para o seu preenchimento. Ele abrange diversas modalidades de actuação ilícita relativas a qualquer das armas previstas no n.º 1, do artigo 2.º e ainda quaisquer munições, engenhos, instrumentos, mecanismos, produtos ou substâncias enunciadas no artigo 86.º Essas modalidades são o transporte, detenção, uso, distribuição ou porte.

São locais proibidos:

– Recintos desportivos.

– Recintos religiosos.

– Zona de exclusão, entendendo-se por esta, a zona de controlo da circulação pedestre ou viária, definida pela autoridade pública, com vigência temporal determinada, nela se podendo incluir os trajectos, estradas, estações ferroviárias, fluviais ou de camionagem com ligação ou a servirem o acesso a recintos desportivos, áreas e outros espaços públicos, dele envolventes ou não, onde se concentrem assistentes ou apoiantes desse evento – cfr. art. 2.º, n.º 5, alínea t).
– Estabelecimentos ou locais onde decorra manifestação cívica ou política.
– Estabelecimentos ou locais de diversão.
– Feiras e mercados.
Supõe-se, em qualquer das situações, que o agente não se encontra especificamente (ou seja, em concreto) autorizado por legítimo motivo de serviço ou pela autoridade legalmente competente, pelo que, ainda que alguém seja detentor de uma licença de uso e porte de arma, ou mesmo dela esteja isento ou dispensado, incorrerá na previsão da norma se a detiver em algum dos mencionados locais sem a pertinente autorização.

4 Exige-se o dolo, em qualquer das suas modalidades, bastando o dolo eventual, traduzido na consciência e vontade de actuar em alguma das modalidades retro mencionadas.

5 Valem as regras gerais de **exclusão da ilicitude** constantes da parte geral do Código Penal.

6 Valem as regras gerais de **exclusão da culpa** inscritas na parte geral do Código Penal.

7 A moldura penal prevista para este tipo de crime admite a **tentativa**, porquanto o limite máximo da pena em abstracto aplicável é superior a 3 anos de prisão – art. 23.º do Código Penal, a tal se não opondo a sua classificação como crime de perigo abstracto, embora em modalidades de actuação como a detenção, o uso ou o porte, pela sua natureza, dificilmente se consegue configurar situações em que tal possa ocorrer.

8 Trata-se um crime de **comparticipação eventual**, sendo configuráveis situações de co-autoria, autoria mediata, instigação e cumplicidade, conforme as regras gerais dos artigos 26.º e 27.º, do Código Penal.

9 Pode existir **concurso aparente** de normas entre esta e o artigo 86.º (na previsão das suas alíneas), sendo o agente punido com as penas deste no caso de armas, munições, engenhos, instrumentos, mecanismos, produtos ou substâncias constantes do elenco das alíneas a), b) ou c), por força da cláusula de subsidiariedade.

10 As actuações descritas são puníveis com **pena** de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, consagrando-se aqui uma cláusula de subsidiariedade por verificação de concurso aparente ou de normas. Para além da pena poderão também ser aplicadas ao agente, verificados que estejam os respectivos pressupostos, pois não se trata de uma aplicação automática, as penas acessórias de interdição de detenção, uso e porte de arma (prevista no artigo 90.º), e de interdição de frequência, participação ou entrada em determinados locais (artigo 91.º) ou a medida de segurança consagrada no artigo 93.º

ARTUR DANIEL TARÚ VARGUES DA CONCEIÇÃO

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

Artigo 6.º
Deveres gerais e especiais

1. Os cidadãos e demais entidades privadas têm o dever de colaborar na prossecução dos fins da protecção civil, observando as disposições preventivas das leis e regulamentos, acatando ordens, instruções e conselhos dos órgãos e agentes responsáveis pela segurança interna e pela protecção civil e satisfazendo prontamente as solicitações que justificadamente lhes sejam feitas pelas entidades competentes.

2. Os funcionários e agentes do Estado e das pessoas colectivas de direito público, bem como os membros dos órgãos de gestão das empresas públicas, têm o dever especial de colaboração com os organismos de protecção civil.

3. Os responsáveis pela administração, direcção ou chefia de empresas privadas cuja laboração, pela natureza da sua actividade, esteja sujeita a qualquer forma específica de licenciamento têm, igualmente, o dever especial de colaboração com os órgãos e agentes de protecção civil.

4. A desobediência e a resistência às ordens legítimas das entidades competentes, quando praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade, são sancionadas nos termos da lei penal e as respectivas penas são sempre agravadas em um terço, nos seus limites mínimo e máximo.

5. A violação do dever especial previsto nos n.º 2 e 3 implica, consoante os casos, responsabilidade criminal e disciplinar, nos termos da lei.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 a 7)
Crime de desobediência (anotação 8)
O bem jurídico (anotação 9)
O tipo objectivo (anotações 10 a 13)
O tipo subjectivo (anotação 14)
A comparticipação (anotação 15)
A pena (anotação 16)
Crime de resistência e coacção sobre funcionário (anotação 17)
O bem jurídico (anotação 18)
O tipo objectivo (anotação 19)
O tipo subjectivo (anotação 20)
A tentativa (anotação 21 e 22)
A comparticipação (anotação 23)
A pena (anotação 24)

A protecção civil é a actividade desenvolvida pelo Estado, Regiões Autónomas e autarquias locais, pelos cidadãos e por todas as entidades públicas e privadas com a finalidade de prevenir riscos colectivos inerentes a situações de **acidente grave** ou **catástrofe**, de atenuar os seus efeitos e proteger e socorrer as pessoas e bens em perigo quando aquelas situações ocorram, tendo carácter permanente, multidisciplinar e plurissectorial, cabendo a todos os órgãos e departamentos da Administração Pública promover as condições indispensáveis à sua execução, de forma descentralizada, sem prejuízo do apoio mútuo entre organismos e entidades do mesmo nível ou proveniente de níveis superiores (cfr. art. 1.º do diploma em anotação). **1**

Nos termos do art. 46.º do diploma em anotação, são **agentes de protecção civil**, de acordo com as suas atribuições próprias: os corpos de bombeiros; as forças de **2**

segurança; as Forças Armadas; as autoridades marítima e aeronáutica; o INEM e demais serviços de saúde; e os sapadores florestais. Por sua vez, a Cruz Vermelha Portuguesa exerce, em cooperação com os demais agentes e de harmonia com o seu estatuto próprio, funções de protecção civil nos domínios da intervenção, apoio, socorro e assistência sanitária e social

3 A **Autoridade Nacional de Protecção Civil** (ANPC) é um serviço central de natureza operacional, da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio, na dependência do membro do Governo responsável pela área da Administração Interna (cfr. art. 1.º do DL 75/2007, de 29 de Março).

Os cidadãos e demais entidades privadas, nas pessoas dos respectivos representantes, devem prestar à ANPC a cooperação que justificadamente lhes for solicitada, incumbindo um dever especial de colaboração sobre as entidades referidas no n.º 2 do art. 5.º do DL 75/2007, de 29 de Março – a violação do dever especial implica responsabilidade civil, criminal e disciplinar, nos termos da lei.

A desobediência e a resistência às ordens legítimas da ANPC, quando praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade, são sancionadas de acordo com o regime previsto no art. 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho (cfr. n.º 5 do art. 5.º do DL 75/2007, de 29 de Março). Por sua vez, nos termos do art. 7.º do DL 75/2007, de 29 de Março, o pessoal da ANPC que desempenhe funções de fiscalização é detentor dos decorrentes poderes de autoridade e, no exercício dessas funções, goza das seguintes prerrogativas ali estabelecidas, usando um documento de identificação próprio que o devem exibir quando no exercício das suas funções.

4 A **situação de alerta** pode ser declarada quando, face à ocorrência ou iminência de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos no art. 3.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, é reconhecida a necessidade de adoptar medidas preventivas e ou medidas especiais de reacção. Essas situações são: acidente grave – acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço, susceptível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente; ou catástrofe – acidente grave ou a série de acidentes graves susceptíveis de provocarem elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afectando intensamente as condições de vida e o tecido socioeconómico em áreas ou na totalidade do território nacional.

Nos termos do art. 13.º, cabe ao presidente da câmara municipal declarar a situação de alerta de âmbito municipal. Por sua vez, cabe ao governador civil declarar a situação de alerta, no todo ou em parte do seu âmbito territorial de competência, precedida da audição, sempre que possível, dos presidentes das câmaras municipais dos municípios abrangidos.

O acto que declara a situação de alerta menciona expressamente (cfr. art. 14.º) a natureza do acontecimento que originou a situação declarada; o âmbito temporal e territorial; e a estrutura de coordenação e controlo dos meios e recursos a disponibilizar.

Nos termos do art. 5.º da Lei n.º 65/2007, de 12 de Novembro, o presidente da câmara municipal é a autoridade municipal de protecção civil, sendo competente para declarar a situação de alerta de âmbito municipal e é ouvido pelo governador civil para efeito da declaração da situação de alerta de âmbito distrital, quando estiver em causa a área do respectivo município. È ainda competente para solicitar ao presidente da autoridade nacional de protecção civil a participação das Forças Armadas em funções de protecção civil na área operacional do seu município,

podendo ainda solicitar a colaboração das Forças Armadas directamente ao comandante da unidade implantada no seu município, nos casos de urgência manifesta previstos no n.º 4 do art. 53.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho (cfr. art. 12.º)

A **situação de contingência** pode ser declarada quando, face à ocorrência ou iminência de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos na nota anterior, é reconhecida a necessidade de adoptar medidas preventivas e ou medidas especiais de reacção não mobilizáveis no âmbito municipal. **5**

A declaração da situação de contingência cabe ao governador civil no seu âmbito territorial de competência, precedida da audição, sempre que possível, dos presidentes das câmaras municipais dos municípios abrangidos (cfr. art. 16.º). Menções obrigatórias – cfr. art. 17.º (as mesmas referidas na nota anterior).

A **situação de calamidade** pode ser declarada quando, face à ocorrência ou perigo de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos na nota 2, e à sua previsível intensidade, é reconhecida a necessidade de adoptar medidas de carácter excepcional destinadas a prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas pelos seus efeitos. **6**

A declaração da situação de calamidade é da competência do Governo e reveste a forma de resolução do Conselho de Ministros (cfr. art. 19.º).

Nos termos do preceito em anotação, os destinatários das ordens emanadas das autoridades competentes, designadamente da ANPC, são: **7**

– Os cidadãos e demais entidades privadas – impendem sobre os mesmos o dever de colaborar na prossecução dos fins da protecção civil, observando as disposições preventivas das leis e regulamentos, acatando ordens, instruções e conselhos dos órgãos e agentes responsáveis pela segurança interna e pela protecção civil e satisfazendo prontamente as solicitações que justificadamente lhes sejam feitas pelas entidades competentes (cfr. n.º 1).

– Os funcionários e agentes do Estado e das pessoas colectivas de direito público, bem como os membros dos órgãos de gestão das empresas públicas – impendem sobre os mesmos o dever especial de colaboração com os organismos de protecção civil (cfr. n.º 2).

– Os responsáveis pela administração, direcção ou chefia de empresas privadas cuja laboração, pela natureza da sua actividade, esteja sujeita a qualquer forma específica de licenciamento têm, igualmente, o dever especial de colaboração com os órgãos e agentes de protecção civil (cfr. n.º 3).

Crime de desobediência **8**

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 **9**

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.).

10 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.

11 O **tipo objectivo** consiste na recusa de colaboração em consequência de ordem/pedido emanado das autoridades competentes inserida na prossecução dos fins da protecção civil – prevenção der riscos colectivos inerentes a situações de acidente grave ou catástrofe, atenuação dos seus efeitos e protecção e socorro de pessoas e bens em perigo quando aquelas situações ocorram; no não acatamento de ordens, instruções e conselhos dos órgãos e agentes responsáveis pela segurança interna e pela protecção civil; ou na não satisfação rápida das solicitações que justificadamente lhes sejam feitas pelas entidades competentes. O crime consuma-se com a omissão do acto cuja prática foi ordenada.

12 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.

13 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 às autoridades de protecção civil, 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). 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).

14 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 **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. **15**
A **pena** aplicável é a prevista para o crime de desobediência (simples) – cfr. al.ª a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal – sendo a respectiva pena agravada em um terço, nos seus limites mínimo e máximo – pena de prisão de 40 dias até 1 ano e 4 meses ou com pena de multa de 13 dias até 160 dias. **16**
Crime de resistência e coacção sobre funcionário **17**
No tocante ao **bem jurídico** cfr. nota 10. **18**
O **tipo objectivo** consiste na prática de actos de violência, incluindo ameaça grave ou ofensa corporal contra as entidades competentes, na pessoa de um seu agente, desenvolvendo-se em vista de uma finalidade específica dirigida à sua liberdade funcional de acção – oposição a que ele pratique acto relativo ao exercício das suas funções ou constrangimento a que pratique acto relativo ao exercício das suas funções mas contrário aos seus deveres. Enquanto na desobediência se está perante o não cumprimento de uma ordem, na resistência incrimina-se uma actividade dirigida à entidade competente, traduzida numa atitude que oposição à execução de uni acto ou numa atitude de constrangimento para a prática de um acto do poder público, mediante actos de coacção física (uso da força física) ou psíquica (ameaça e acto material e violento com o fim de impedir o agente de autoridade de exercer as suas funções) perturbadores da segurança e tranquilidade ou mediante a exteriorização de uma vontade de fazer nascer um mal sério, geralmente imediato, de natureza a influenciar a acção legal do agente da autoridade (cfr. LOPES DA MOTA, ob. cit. p. 421). Acresce que tais acções só serão puníveis pela incriminação em causa se praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade. **19**
A utilização do critério objectivo individual há-de assentar na idoneidade dessa violência ou ameaça para perturbar a liberdade de acção do funcionário. O que importa é o resultado, a exclusão da liberdade de actuação que sofre o funcionário ou membro daquelas forças, não sendo necessário que hajam sido afectados directamente na sua integridade corporal (neste sentido, ac. do TRE de 7.10.1986, *in* BMJ n.º 362, p. 611 e SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, Código Penal Anotado, Vol. II, 1996, p. 1083).
Deste modo, a violência que é exigida pelo art. 347.º, não tem de se traduzir, necessariamente, na prática de uma ofensa corporal de qualquer natureza, podendo manifestar-se por qualquer forma e através de um qualquer meio, desde que esse meio seja idóneo a produzir o resultado legal tipificado. Por outro lado, uma vez que ao particular assiste o direito de resistência a actos ilegítimos, o acto do funcionário relativo ao exercício das suas funções tem de ser um acto legítimo ou seja quando respeitar o princípio da legalidade, o que pressupõe que ele seja emanado da autoridade competente para a sua prática e que ele tenha o conteúdo previsto na lei.
Como se refere no Ac. do STJ, de 7.10.2004 (CJ, ano XII, t III, p. 183), «Trata-se de um crime material e unitário, uma vez que se exige, para a sua consumação, um resultado intermédio, ou seja, que a acção violenta ou ameaçadora tenha atingido de facto o seu destinatário ou destinatários, isto é, que os impeçam de concretizar a actividade por estes prosseguida».
Constitui crime de resistência e coação sobre funcionário a fuga em veículo, após ordem de paragem dada por agente de autoridade, guinando o agente do crime a viatura contra o agente policial, procurando deliberadamente atingi-lo para evitar a detenção (ac. do TRL, de 27.11.2002, proc. n.º 0068573).

Não integra o crime de resistência o simples esquivar, quando perante a tentativa de segurar o braço feita pelo agente de autoridade com o fim de conseguir a condução à Delegação Marítima (ac. do TRL, de 21.4.2004, proc. n.º 640/2004-3).
A violência que é exigida pelo art. 347.º do CP95 não tem de traduzir-se na prática de uma ofensa corporal (ac. do TRP de 21.9.2005, proc. n.º 0540048).
No crime do art.º 347.º do CP a ameaça tem de ser preordenada como forma de oposição ao exercício das funções por parte do agente da autoridade e tem de ser idónea, em termos de causalidade adequada, a obter o resultado pretendido pelo agente. Tanto a resistência eficaz com a resistência ineficaz estão compreendidas na ofensa típica. A violência não tem de consistir numa agressão física, bastando a simples hostilidade idónea a coagir, impedir ou dificultar a actuação legítima do funcionário (ac. do TRC, de 14.6.2006, proc. n.º 1742/06).
Não comete o crime de resistência e coacção sobre funcionário uma mulher que, após ser agarrada por 2 agentes da Polícia Municipal, para a levarem ao posto da G.N.R., esbracejou, tentou agredi-los com pontapés e se agarrou a uma corda que sustentava um toldo de feira, para evitar ser conduzida àquele posto (ac. do TRP, de 5.7.2006, proc. n.º 0640029).
I – Com a incriminação do tipo de resistência e coacção sobre funcionário, p. e p. pelo art. 347.º do CP, protege-se o próprio funcionário no exercício das suas funções, e por causa destas, e, paralelamente, por via indirecta, o interesse público na prossecução das suas funções, com a autonomia funcional do Estado. II – Tratando-se de crime de execução vinculada, necessário se torna a prática de violência – física ou psíquica – ou ameaça grave dirigida ao funcionário, obstando à realização do acto pretendido ou impondo actuação contrária ao dever do funcionário (ac. do STJ, de 7.3.2007, proc. n.º 06P4596).
II – Trata-se de um crime de perigo, na medida em que se basta com a prática efectiva da acção coactora adequada a anular ou comprimir a capacidade de actuação do funcionário. III – Verifica-se um só crime de resistência e coacção sobre funcionário, ainda que a respectiva acção criminosa se tenha dirigido a dois agentes de autoridade (Ac. do TRL, de 14.3.2007, proc. n.º 1275/2007-3).
Um empurrão deliberado e agressivo contra membro de força militar (GNR) integra o conceito penal de violência, com idoneidade para concretizar a oposição do autor à prática do acto devido (detenção), sendo por isso bastante para se ter como verificada a prática pelo arguido do crime de resistência, previsto e punido pelo artigo 347.º do C. P., independentemente de essa oposição ter ou não êxito (Ac. do TRC, de 27.6.2007, proc. n.º 1177/05.4PBFIG.C1).
II – Para a perfectibilidade do crime em causa exige-se a legitimidade do acto funcional ou, pelo menos, que ele não seja notória ou manifestamente ilegítimo. III – A ilegitimidade do acto a praticar pelo funcionário não pode deixar de permitir o exercício do direito de resistência (art. 21.º, da CRP), que pode comportar uma acção defensiva traduzida na resposta à violência física decorrente da actuação policial (AC. do TRL, de 14.7.2007, proc. n.º 7161/2006-3).
IV – Excede os respectivos poderes, constituindo ordem ilegítima, a conduta de agente de polícia municipal que ordena a cidadão a entrega dos documentos de identificação e documentos de veículo, sem ligação funcional à elaboração de auto ou acção de fiscalização e, subsequentemente, profere voz de detenção quando tal não acontece.
V – Mostra-se justificada, porque no exercício de direito de resistência constitucionalmente consagrado contra ordem ilegítima atentatória da liberdade, a conduta de cidadão que recusa acatar tal ordem de detenção.

VI – Essa resistência pode ser passiva ou activa mas, em ambos os casos, deve respeitar o princípio da proibição do excesso, nas suas três dimensões: adequação, necessidade e proporcionalidade (ac. do TRC, de 28.5.2008, proc. n.º 1792/04.3 PBAVR.C1).
Integra o conceito de violência para o efeito previsto no art. 347.º do Código Penal a acto de empurrar e desferir palmadas no peito dos agentes policiais com a finalidade de os impedir, ainda que sem êxito, de concretizarem a acção policial (ac. do TRP, de 26.11.2008, proc. n.º 0815669).
I – A resistência e coacção sobre funcionário não configura um crime de resultado, ou seja, não exige que o agente impeça, de facto, o exercício da função pública; basta que o agente se oponha com violência a este exercício (não sendo necessário que tal oposição tenha sucesso); trata-se, pois, de um crime de mera actividade.
II – Neste tipo legal de crime "incrimina-se uma actividade dirigida ao agente de autoridade, traduzida numa atitude de oposição à execução de um acto ou numa atitude de constrangimento para a prática de um acto do poder público, mediante actos de coacção física (uso da força física) ou psíquica (ameaça e acto material e violento como fim de impedir o agente de autoridade de exercer as suas funções), perturbadores da segurança e tranquilidade ou mediante a exteriorização de uma vontade de fazer nascer um mal sério, geralmente imediato, de natureza a influenciar a acção legal do agente da autoridade" (ac. do TRG de 2.11.2009, proc. n.º 28/07.0PEBRG).
O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **20**
O crime consuma-se com a acção de resistência ou constrangimento, não sendo necessária a prática do acto coagido pela entidade competente (**crime de resultado cortado** – cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit, nota 12, 824). **21**
A **tentativa** é punível. **22**
A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez tratar-se de crime comum. **23**
A **pena** é agravada em um terço, nos seus limites mínimo e máximo – pena de prisão de 40 dias até 6 anos e 8 meses (cfr. n.º 1 do art. 347.º e n.º 4 do art. 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho). **24**

Artigo 11.º
Obrigação de colaboração

1. Declarada uma das situações previstas no n.º 1 do artigo 8.º, todos os cidadãos e demais entidades privadas estão obrigados, na área abrangida, a prestar às autoridades de protecção civil a colaboração pessoal que lhes for requerida, respeitando as ordens e orientações que lhes forem dirigidas e correspondendo às respectivas solicitações.

2. A recusa do cumprimento da obrigação estabelecida no n.º 1 corresponde ao crime de desobediência, sancionável nos termos do n.º 4 do artigo 6.º

Sumário da anotação:
Os agentes (anotação 1)

Os agentes da infracção são todos os cidadãos e demais entidades privadas que são destinatários do pedido de colaboração ou das ordens e orientações das autoridades de protecção civil. Cfr. anotações ao preceito anterior. **1**

ANTÓNIO AUGUSTO 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 coleccionismo histórico-cultural (Artigo 34.º)

Artigo 34.º

Pena acessória de interdição do exercício de actividade dirigente

1. Podem incorrer na interdição temporária de desempenho de quaisquer cargos nas federações e associações previstas no presente diploma os dirigentes, responsáveis ou representantes daquelas que sejam condenados, a título doloso e sob qualquer forma de participação, pela prática de crime ou contra-ordenação cometido com grave desvio do âmbito, objecto e fins sociais próprios da actividade prosseguida pela respectiva entidade colectiva ou com grave violação dos deveres e regras que disciplinam o exercício da actividade.

2. A interdição tem a duração mínima de seis meses e máxima de 10 anos, não contando para este efeito o tempo em que o condenado tenha estado sujeito a medida de coacção ou em cumprimento de pena ou execução de medida de segurança privativas da liberdade.

3. O exercício da actividade interditada nos termos do presente artigo bem como a prática de qualquer acto em que a mesma se traduza são punidos como crime de desobediência qualificada.

4. À interdição a que se refere o presente artigo é aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 90.º da Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 e 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 Neste diploma encontram-se previstas: as federações de tiro desportivo (art. 10.º) e as associações de coleccionadores de armas (art. 24.º). As **federações de tiro desportivo** são entidades que superintendem na prática do tiro desportivo, desde que reconhecidas nessa qualidade pela entidade pública que tutela o desporto nacional e pelo Comité Olímpico de Portugal, no caso das modalidades ou disciplinas de tiro olímpico. As federações de tiro são reconhecidas como as entidades que regulam o tiro desportivo e que têm competência para se pronunciar sobre a capacidade dos atiradores para a utilização de armas para esse efeito, cabendo-lhes decidir sobre a atribuição das licenças federativas para a prática das modalidades ou disciplinas desenvolvidas sob a sua égide e emitir pareceres sobre a concessão das licenças de tiro desportivo. Quantos às suas competências, cfr. art. 11.º deste diploma. As **associações de coleccionadores de armas** são entidades habilitadas à organização do estudo histórico, conservação, preservação e exposição museológica de armas e seus acessórios e são credenciadas por despacho do Ministro da Administração Interna. Competências – cfr. art. 25.º deste diploma.

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.).

3 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da decisão proferida pelo tribunal ou pela entidade competente em sede contra-ordenacional (PSP), decorrente da aplicação da pena ou sanção acessória de interdição temporária, com os pressupostos e âmbito fixados no n.º 1 deste preceito, e que se traduz – no decurso do período de interdição temporária – no exercício da actividade interditada bem como a prática de qualquer acto em que a mesma se traduza. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada e decorrente da aplicação da pena ou sanção acessória de interdição. 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.

4 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.

5 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».

6 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

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

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 5.º
Dever de cooperação

1. Os cidadãos e demais entidades privadas, nas pessoas dos respectivos representantes, devem prestar à ANPC a cooperação que justificadamente lhes for solicitada.

2. Têm o dever especial de colaborar com a ANPC:

***a)* Os funcionários e demais agentes do Estado e das pessoas de direito público, bem como os membros dos órgãos de gestão das empresas públicas;**

***b)* Os responsáveis pela administração, direcção ou chefia de empresas privadas cuja laboração, pela natureza da sua actividade, esteja sujeita a qualquer forma específica de licenciamento da ANPC;**

***c)* Os agentes de protecção civil;**

***d)* Os serviços regionais e municipais de protecção civil;**

***e)* A Cruz Vermelha Portuguesa;**

***f)* As associações humanitárias de bombeiros;**

***g)* Os serviços de segurança;**

***h)* As instituições de segurança social;**

***i)* As instituições com fins de socorro e de solidariedade;**

***j)* Os organismos responsáveis pelas florestas, conservação da natureza, indústria e energia, transportes, comunicações, recursos hídricos, meteorologia e ambiente;**

***l)* Os serviços de segurança e socorro privativos das empresas públicas e privadas, dos portos e aeroportos.**

3. A violação do dever especial previsto no número anterior implica responsabilidade civil, criminal e disciplinar, nos termos da lei.

4. A desobediência e a resistência às ordens legítimas da ANPC, quando praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade, são sancionadas de acordo com o regime previsto no artigo 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 a 5)
O bem jurídico do crime de desobediência (anotação 6)
O tipo objectivo do crime de desobediência (anotação 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 resistência e coacção sobre funcionário (anotação 11)
O tipo objectivo do crime de resistência e coacção sobre funcionário (anotações 12 e 13)
O tipo subjectivo do crime de resistência e coacção sobre funcionário (anotação 14)
A tentativa do crime de resistência e coacção sobre funcionário (anotação 15)
A comparticipação do crime de resistência e coacção sobre funcionário (anotação 16)
A pena do crime de resistência e coacção sobre funcionário (anotação 17)

1 Com a entrada em vigor da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, que aprovou a Lei de Bases de Protecção Civil, foi redefinido o sistema de protecção civil, assumindo a Autoridade Nacional de Protecção Civil (ANPC) um papel fundamental no âmbito do planeamento, coordenação e execução da política de protecção civil. A Autoridade Nacional de Protecção Civil (ANPC), é um serviço central de natureza operacional, da administração directa do Estado, dotado de autonomia administrativa e financeira e património próprio, na dependência do membro do Governo responsável pela área da Administração Interna.

2 A **situação de alerta** pode ser declarada quando, face à ocorrência ou iminência de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos no art. 3.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, é reconhecida a necessidade de adoptar medidas preventivas e ou medidas especiais de reacção. Essas situações são: acidente grave – acontecimento inusitado com efeitos relativamente limitados no tempo e no espaço, susceptível de atingir as pessoas e outros seres vivos, os bens ou o ambiente; ou catástrofe – acidente grave ou a série de acidentes graves susceptíveis de provocarem elevados prejuízos materiais e, eventualmente, vítimas, afectando intensamente as condições de vida e o tecido socioeconómico em áreas ou na totalidade do território nacional.

Nos termos do art. 13.º, cabe ao presidente da câmara municipal declarar a situação de alerta de âmbito municipal. Por sua vez, cabe ao governador civil declarar a situação de alerta, no todo ou em parte do seu âmbito territorial de competência, precedida da audição, sempre que possível, dos presidentes das câmaras municipais dos municípios abrangidos.

O acto que declara a situação de alerta menciona expressamente (cfr. art. 14.º) a natureza do acontecimento que originou a situação declarada; o âmbito temporal e territorial; e a estrutura de coordenação e controlo dos meios e recursos a disponibilizar.

3 A **situação de contingência** pode ser declarada quando, face à ocorrência ou iminência de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos na nota anterior, é reconhecida a necessidade de adoptar medidas preventivas e ou medidas especiais de reacção não mobilizáveis no âmbito municipal.

A declaração da situação de contingência cabe ao governador civil no seu âmbito territorial de competência, precedida da audição, sempre que possível, dos presidentes das câmaras municipais dos municípios abrangidos (cfr. art. 16.º). Menções obrigatórias – cfr. art. 17.º (as mesmas referidas na nota anterior).

4 A **situação de calamidade** pode ser declarada quando, face à ocorrência ou perigo de ocorrência de algum ou alguns dos acontecimentos referidos na nota 2, e à sua previsível intensidade, é reconhecida a necessidade de adoptar medidas de carácter excepcional destinadas a prevenir, reagir ou repor a normalidade das condições de vida nas áreas atingidas pelos seus efeitos.

A declaração da situação de calamidade é da competência do Governo e reveste a forma de resolução do Conselho de Ministros (cfr. art. 19.º).

5 Nos termos do art. 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho, os destinatários das ordens emanadas das autoridades competentes, designadamente da ANPC, são:

– Os cidadãos e demais entidades privadas – impendem sobre os mesmos o dever de colaborar na prossecução dos fins da protecção civil, observando as disposições preventivas das leis e regulamentos, acatando ordens, instruções e conselhos dos órgãos e agentes responsáveis pela segurança interna e pela protecção civil e satisfazendo prontamente as solicitações que justificadamente lhes sejam feitas pelas entidades competentes (cfr. n.º 1).

– Os funcionários e agentes do Estado e das pessoas colectivas de direito público, bem como os membros dos órgãos de gestão das empresas públicas – impendem sobre os mesmos o dever especial de colaboração com os organismos de protecção civil (cfr. n.º 2).

– Os responsáveis pela administração, direcção ou chefia de empresas privadas cuja laboração, pela natureza da sua actividade, esteja sujeita a qualquer forma específica de licenciamento têm, igualmente, o dever especial de colaboração com os órgãos e agentes de protecção civil (cfr. n.º 3).

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 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.

7 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento das ordens emanadas da ANPC. Contudo, a violação do dever de colaboração imposto às pessoas e entidades referidas nos n.º 1 e 2, acarreta a prática de um crime de desobediência simples. Já se esse pedido é formulado em situação de alerta, contingência ou calamidade, a sua violação já é punível nos termos do art. 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho. Nos termos do art. 6.º do diploma em anotação, compete à ANPC promover a aplicação e fiscalizar o cumprimento das leis, regulamentos, normas e requisitos técnicos aplicáveis no âmbito das suas atribuições. Nos termos do art. 7.º, o pessoal da ANPC que desempenhe funções de fiscalização é detentor dos decorrentes poderes de autoridade e, no exercício dessas funções, goza das seguintes prerrogativas: aceder e inspeccionar, a qualquer hora e sem necessidade de aviso prévio, as instalações, equipamentos e serviços das entidades sujeitas a inspecção e controlo

da ANPC; requisitar para análise equipamentos e documentos; determinar, a título preventivo, e com efeitos imediatos, mediante ordem escrita e fundamentada, a suspensão ou cessação de actividades e encerramento de instalações, quando da não aplicação dessas medidas possa resultar risco iminente para a segurança das pessoas e bens; identificar as pessoas que se encontrem em violação flagrante das normas cuja observância lhe compete fiscalizar, no caso de não ser possível o recurso a autoridade policial em tempo útil; e solicitar a colaboração das autoridades administrativas e policiais para impor o cumprimento de normas e determinações que por razões de segurança devem ter execução imediata no âmbito de actos de gestão pública. Em termos de medidas de execução e sanções, dispõe o art. 8.º que, em caso de incumprimento das determinações da ANPC ou de infracção das normas e requisitos técnicos aplicáveis às actividades sujeitas a licenciamento, autorização, certificação ou fiscalização da ANPC, pode o presidente da ANPC suspender ou cancelar as licenças, autorizações e certificações concedidas, nos termos estabelecidos na respectiva regulamentação; ordenar a cessação de actividades, a imobilização de equipamentos ou o encerramento de instalações até que deixe de se verificar a situação de incumprimento ou infracção; solicitar a colaboração das autoridades policiais para impor o cumprimento das normas e determinações que por razões de segurança devam ter execução imediata, no âmbito de actos de gestão pública; e aplicar as demais sanções previstas na lei.

Impõe-se, igualmente, a regularidade na transmissão das ordens emanadas da ANPC, porque os destinatários da norma ou mandado têm que tomar conhecimento pleno do conteúdo e alcance das mesmas e das consequências legais decorrentes da sua violação ou incumprimento.

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 **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. **9**

As **penas** aplicáveis são as seguintes: **10**

– Situações do n.º 1 e 2 – pena 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).

– Situações do n.º 3 – a prevista para o crime de desobediência, sendo a respectiva pena agravada em um terço, nos seus limites mínimo e máximo – pena de prisão de 40 dias até 1 ano e 4 meses ou com pena de multa de 13 dias até 160 dias (cfr. n.º 4 do art. 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho).

Crime de resistência e coacção sobre funcionário. Sobre o **bem jurídico** cfr. a nota 6. **11**

O **tipo objectivo** consiste na prática de actos de violência, incluindo ameaça grave ou ofensa corporal contra as entidades competentes, na pessoa de um seu agente, desenvolvendo-se em vista de uma finalidade específica dirigida à sua liberdade funcional de acção – oposição a que ele pratique acto relativo ao exercício das suas funções ou constrangimento a que pratique acto relativo ao exercício das suas funções mas contrário aos seus deveres. Enquanto na desobediência se está perante o não cumprimento de uma ordem, na resistência incrimina-se uma actividade dirigida à entidade competente, traduzida numa atitude de oposição à execução de um acto ou numa atitude de constrangimento para a prática de um acto do poder público, mediante actos de coacção física (uso da força física) ou psíquica (ameaça e acto material e violento com o fim de impedir o agente de autoridade de exercer as suas funções) perturbadores da segurança e tranquilidade ou mediante a exteriorização de uma vontade de fazer nascer um mal sério, geralmente imediato, de natureza **12**

a influenciar a acção legal do agente da autoridade (cfr. LOPES DA MOTA, ob. cit. p. 421). Acresce que tais acções só serão puníveis pela incriminação em causa se praticadas em situação de alerta, contingência ou calamidade. A utilização do critério objectivo individual há-de assentar na idoneidade dessa violência ou ameaça para perturbar a liberdade de acção do funcionário. O que importa é o resultado, a exclusão da liberdade de actuação que sofre o funcionário ou membro daquelas forças, não sendo necessário que hajam sido afectados directamente na sua integridade corporal (neste sentido, ac. do TRE de 7-10-1986, BMJ n.º 362, p. 611 e SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, Código Penal Anotado, Vol. II, 1996, p. 1083). Deste modo, a violência que é exigida pelo art. 347.º, não tem de se traduzir, necessariamente, na prática de uma ofensa corporal de qualquer natureza, podendo manifestar-se por qualquer forma e através de um qualquer meio, desde que esse meio seja idóneo a produzir o resultado legal tipificado. Por outro lado, uma vez que ao particular assiste o direito de resistência a actos ilegítimos, o acto do funcionário relativo ao exercício das suas funções tem que ser um acto legítimo ou seja quando respeitar o princípio da legalidade, o que pressupõe que ele seja emanado da autoridade competente para a sua prática e que ele tenha o conteúdo previsto na lei. Como se refere no Ac. do STJ de 7-10-2004 (CJ, ano XII, t III, p. 183), "trata-se de um crime material e unitário, uma vez que se exige, para a sua consumação, um resultado intermédio, ou seja, que a acção violenta ou ameaçadora tenha atingido de facto o seu destinatário ou destinatários, isto é, que os impeçam de concretizar a actividade por estes prosseguida".

13 O crime consuma-se com a acção de resistência ou constrangimento, não sendo necessária a prática do acto coagido pela entidade competente (**crime de resultado cortado** – cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit, nota 12, 824).

14 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

15 **A tentativa** é punível.

16 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez tratar-se de crime comum.

17 A **pena** é agravada em um terço, nos seus limites mínimo e máximo – pena de prisão de 40 dias até 6 anos e 8 meses (cfr. n.º 1 do art. 347.º e n.º 4 do art. 6.º da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho).

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

CAPÍTULO VII

Artigo 17.º
Informações falsas

1. Quem obtiver ou tentar obter uma indemnização nos termos da presente lei com base em informações que sabe serem falsas ou inexactas é punível com pena de prisão até 3 anos ou multa.

2. Sem prejuízo do disposto no número anterior, em caso de falsidade da informação a que se refere a alínea d) do n.º 3 do artigo 10.º, a Comissão deve exigir o reembolso da quantia eventualmente paga aos requerentes, nos termos do disposto no artigo 16.º

Sumário da anotação
A fonte (anotações 1 a 9)
O bem jurídico (anotação 10)
O tipo objectivo (anotações 11 a 33)
O tipo subjectivo (anotações 34 a 38)
A comparticipação (anotação 39)
O concurso (anotação 40)

A redacção da presente norma reconduz-se à unificação legislativa operada com a Lei n.º 104/2009, de 14.9, que, ao cabo e ao resto, uniformizou no ordenamento jurídico português duas questões até então alvo de tratamento diferenciado. Por um lado, o regime jurídico de indemnização às vítimas de crimes violentos (Decreto-Lei n.º 423/91, de 30.10) e o regime jurídico de indemnização às vítimas de violência conjugal (Decreto-Lei n.º 129/99, de 20.08). O ilícito penal em questão era previsto, curiosamente, no art. 11.º de ambos dos diplomas. Nada mudou, quanto à tipificação criminal, em termos literais, no que concerne às anteriores redacções. **1**

A recente alteração legislativa determinou a revogação expressa daqueles outros dois diplomas (art. 25.º), sendo que a vigência do actual teve início em 1.1.2010 (art. 27.º). **2**

Em termos de aplicação da lei penal no tempo, há que consignar que, de acordo com o diploma em causa, apenas é aplicável aos processos iniciados após a sua entrada em vigor (art. 27.º). **3**

Abordemos cada um dos segmentos normativos, por um lado, as vítimas de crimes violentos e por outro, as de crimes de violência doméstica (anteriormente denominado de violência conjugal). **4**

A reforma penal operada no ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei n.º 400/82, de 29.09, deu eco, pela primeira vez, às questões relacionadas com a problemática da vítima. Esta, fundamentalmente, depois da 2.ª Guerra Mundial, começou a ser objecto de estudos de natureza criminológica que alertaram para a forma, por vezes pouco ou nada cuidada, como era encarada, quer pela comunidade, quer ainda pela doutrina do direito Penal. A vítima passou então a ser alguém a quem deveria ser atribuída dignidade no âmbito do direito penal. **5**

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82 refere que "a vítima passa a ser um elemento, com igual dignidade, da tríade punitiva: Estado – delinquente – vítima". No denominado Código Penal de 1982, para além da previsão da responsabilidade civil emergente do crime (art. 128.º), o artigo 129.º fala então na indemnização dos **6**

lesados, sendo que no n.º 1 desse preceito expressamente se refere que legislação especial assegurará a criação de um seguro social a indemnização que não possa ser satisfeita pelo delinquente. Esta previsão legal foi depois alvo de alterações com a reforma operada em 1995. Aí abandonou-se a expressão "seguro social" e no seu n.º 3 deixou ser feita menção a "pode atribuir" por "atribui". Estamos, pois, em inteira consonância com actos internacionais (Resolução (77) 27 do Conselho da Europa e a Convenção Europeia Relativa ao Ressarcimento das Vítimas de Infracções Violentas (1983)) tendo em vista indemnizar as vítimas de criminalidade violenta.

7 A indemnização pelo Estado às vítimas destes crimes, em articulação com o espírito consagrado na lei penal, baseia-se numa ideia de solidariedade social, não se aceitando a ideia de uma responsabilidade directa do Estado nessa matéria. A este propósito veja-se ainda o conteúdo do Decreto Regulamentar n.º 4/93, de 22.02, alterado pela Lei n.º 10/96, de 23.03, sobre a constituição e funcionamento da comissão especializada que procede à instrução e preparação do processo de atribuição que, a final, é decidido pelo Ministro da Justiça.

8 O mesmo se passa com as vítimas dos crimes praticados no quadro normativo agora denominado de violência doméstica. A ideia que preside é exactamente a mesma, i.e., a de solidariedade social por parte do Estado. Veja-se o conteúdo da Lei n.º 129/99, de 20.08.

9 Merece destaque a reforma legislativa operada através da Lei n.º 112/2009, de 16.9, o qual, no seguimento do regime jurídico em que se insere a norma em anotação, veio consagrar o regime aplicável à prevenção da violência doméstica e à protecção e assistência das suas vítimas. Pela primeira vez, de forma bem expressa, o ordenamento jurídico português consagrou um verdadeiro regime jurídico elevando a vítima a sujeito processual com direitos e deveres expressos na lei.

10 A presente incriminação penal tutela, à semelhança de todos os crimes contidos no Capítulo III do Código Penal, a cabal administração e realização da justiça como função do Estado de direito, na exacta medida do interesse público na obtenção de declarações conformes à verdade no âmbito de processos judiciais ou análogos, na medida em que constituem suporte decisivo para a decisão a ser proferida (veja-se MEDINA DE SEIÇA, *in* "Comentário Conimbricense ao Código Penal, III, p. 460).

11 Antes de entrar na análise propriamente dita do tipo legal que nos ocupa, cremos que será útil, ainda que traços muito genéricos, caracterizar o campo de actuação em que o regime legal se concretiza. Tal como é definido pela própria lei, o regime prevê o adiantamento pelo Estado das indemnizações devidas às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica (art. 1.º).

12 A decisão para tanto compete à Comissão de Protecção às Vítimas de Crimes (art. 7.º), anteriormente denominada Comissão para a Instrução dos Pedidos de Indemnização às Vítimas de Crimes Violentos.

13 Os arts. 2.º e 5.º do diploma elencam as situações em que o adiantamento da indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica, respectivamente, poderá ser prestado, quer com a previsão expressa dos requisitos objectivos em que tal poderá suceder, quer ainda quanto à legitimidade das pessoas que a podem requerer e receber.

14 É hoje ponto assente que a concessão do adiantamento da indemnização poderá ocorrer mesmo para pessoas que auxiliem voluntariamente a vítima ou colaborem com as Autoridades na prevenção da infracção, através da perseguição ou detenção do delinquente.

15 Feito este sintético parêntesis, cumpre então entrar na análise do **tipo objectivo** que nos ocupa.

No que respeita ao tipo de crime parece ser opinião dominante que estamos perante um crime de perigo e, nessa classificação, de natureza abstracta (nesse sentido, MEDINA DE SEIÇA, *in* ob. cit. p. 462). Contra esta posição veja-se a opinião de HELENA MONIZ, *in* "O crime de falsificação de documentos", Coimbra Editora, p. 208 e seguintes, configurando o crime como de dano, aliás, em consonância com o bem jurídico que identifica. **16**

No caso concreto, pela própria construção do tipo, entendemos que se trata efectivamente de um **crime de perigo**, pois que o fundamento que justifica a tutela penal se prefigura, desde logo, com a própria falsidade ou inexactidão das informações que são fornecidas ao órgão decisor. Atente-se que a mera tentativa já consubstancia a consumação do crime, sendo que as modalidades típicas se resumem à obtenção ou à mera tentativa de obter. **17**

Estamos ainda em presença, quanto à modalidade de actuação, de um **crime de mera actividade** porquanto o comportamento esgota-se na concretização da conduta ilícita. Não se exige qualquer resultado para além da conduta empreendida. **18**

Apesar da redacção da norma iniciar a sua previsão por "quem", dúvidas não nos restam de que se trata de um **crime especifico próprio**, porquanto os autores das informações falsas ou inexactas apenas poderão ser aqueles que a lei atribui legitimidade para requerer o adiantamento da indemnização. E, face ao novo figurino legal, o leque de pessoas com essa legitimidade são algumas: as vítimas que tenham sofrido "danos graves na sua saúde física ou mental"; as pessoas indicadas no art. 2009.º, n.º 1, do Código Civil e aos que viviam em união de facto, no caso de morte da vítima; e todas as pessoas que auxiliem voluntariamente a vítima ou colaborem com as autoridades na prevenção da infracção, perseguição ou detenção do delinquente, verificados os requisitos constantes das al.ª a) a c), do n.º 1, do art. 1.º; e ainda as vítimas do crime de violência doméstica, quer por si própria, quer ainda em sua representação (art. 5.º, n.ºs 1 e 2, e 10.º, n.º 4). Nesta parte é curioso que a lei prevê a própria possibilidade de "entidades públicas, incluindo o Ministério Público, as associações ou outras entidades privadas que prestem apoio às vítimas de crimes, podem apresentar o requerimento por solicitação ou em representação da vítima". **19**

A modalidade de actuação reconduz-se à obtenção ou à sua tentativa de adiantamento de indemnização através da prestação de informações que terão que ser falsas ou inexactas. Por falsidade das informações dever-se-á entender todas as declarações relevantes para a concessão a atribuir por parte da Comissão de Protecção às Vítimas de Crimes. **20**

E quais serão as declarações relevantes? Desde logo, a veracidade da identificação das pessoas no que concerne à respectiva legitimidade para fazer intervir a Comissão. A informação sobre o local dos factos que provocaram o dano. Sobre a natureza da lesão provocada (tenha determinado uma incapacidade permanente ou temporária e absoluta para o trabalho de pelo menos 30 dias, ou o resultado morte). Sobre a perturbação considerável causada pelo facto danoso para o nível e qualidade de vida da vítima ou, no caso de morte, na pessoa do requerente. O mesmo se diga quanto às declarações respeitantes a todas as alterações da situação socioeconómica ou familiar, anteriores ou posteriores à decisão de concessão de adiantamento da indemnização (art. 5.º, n.º 2). **21**

A falsidade ou inexactidão da informação quanto à circunstância do facto lesivo poder ser também classificado como acidente de trabalho ou em serviço, com a existência da eventual contratualização de seguro de responsabilidade (art. 3.º, n.º 2). Sobre o valor dos bens (art. 4.º, n.º 3). Os factos respeitantes à integração do conceito de "grave carência económica" a que se refere a al.ª b) do n.º 1, do art. 5.º **22**

23 Veja-se ainda o art. 10.º, n.º 3, nas suas diversas alíneas, no que respeita às informações solicitadas no momento da elaboração do pedido de adiantamento da indemnização. Atente-se que a expressão contida no n.º 2 da norma em anotação "sem prejuízo do disposto no n.º anterior" determina que seja tida como típica a falsa informação a que se refere a al.ª d), do n.º 3, do art. 10.º, isto é, a omissão da indicação de ter sido concedida qualquer indemnização e qual o seu montante, caso tenha sido deduzido pedido de indemnização no processo penal ou fora dele, ou a mera indicação do processo, caso este se encontre pendente.

24 A declaração poderá ser efectuada por qualquer forma e consistirá na comunicação feita por pessoa com base no seu conhecimento sobre os factos relevantes para a concessão. A forma de prestar a informação poderá assumir a linguagem escrita ou oral. Nesta parte, e havendo possibilidade de no âmbito do processo de instrução do pedido, a Comissão poder lançar mão das diligências probatórias onde se inclui a de ouvir os requerentes e os responsáveis pela indemnização (art. 13.º, n.º 1, al.ª a)), a prestação da falsa informação poderá consistir também na forma de linguagem mímica ou gestual.

25 Importa agora definir em concreto o que se deverá entender por informação falsa ou inexacta. Nesta parte remetemos para a análise da questão da falsidade na lição de A. MEDINA DE SEIÇA, *in* ob. cit. p. 473 a 477.

26 Para o que nos interessa a declaração que contém a informação será tida como falsa quando se assumir como relevante para o objecto do processo. Nas palavras de MEDINA DE SEIÇA "a declaração falsa só é tipicamente relevante quando for processualmente favorável" (*in* ob. cit. p. 472).

27 A falsidade da informação assenta no seu conteúdo. Assim terá que existir divergência entre aquilo que se declara e o objecto sobre o qual incide. Contradição, pois, entre o declarado e a realidade.

28 Maiores dificuldades acrescem no campo da distinção entre aquilo que serão informações falsas ou inexactas. Algo que não é exacto é algo que não se assume como rigoroso. Porque está errado, incorrecto. Ora, a delimitação daquilo que se há-de entender por uma informação inexacta assume, para nós, dificuldade quanto a saber se haverá margem de concretização que permita concluir pelo preenchimento do tipo objectivo. É que se alguém presta uma informação menos rigorosa que é exigível que o seja, estará a actuar, do ponto de vista da imputação subjectiva, com dolo?

29 Tentando diferenciar o âmbito da actuação entre as informações falsas e inexactas, ousamos adiantar que a sua destrinça se deverá assumir no campo manifesto da desconformidade com a realidade (falsidade) e na incorrecção do carácter rigoroso da informação que se pretende (inexactidão). Procurando concretizar com um exemplo: será falsa a informação de que o facto danoso ocorreu em Portugal (quando isso não sucedeu), mas já será inexacta a informação de que os factos ocorreram em Estado da União Europeia (quando isso sucedeu) mas declarando, de forma incorrecta, que nesse local não será assegurada a indemnização a que o regime jurídico alude quando isso não sucede e actua dessa forma por comodidade em instaurar o pedido em território nacional. Essa inexactidão assume-se, quanto a nós, como relevante para efeitos de integração do crime em análise.

30 A falsidade ou a inexactidão poderão ainda consistir em informações não prestadas. Com isto entendemos que o crime pode ainda ser cometido por omissão. Quando se omita a plenitude da informação relevante ou quando não se declare toda a verdade. Seguindo de perto MEDINA DE SEIÇA, "a omissão de factos só preenche o tipo quando conduza a uma errónea interpretação da narração positiva efectuada. Na certeza de que a omissão apenas duma circunstância relativa ao concreto tema

de prova só dispõe relevo quando o sentido da concreta declaração prestada para a concreta questão probatória é outro (= falso) em face do que teria caso tal circunstância não tivesse sido omitida" (ob. cit. p. 469 e 470).

31 Merece destaque a cláusula constante do art. 2.º, n.º 1, da Lei n.º 104/2009, mediante a qual são consideradas vítimas para efeitos de aplicação do regime todas aquelas que tenham sofrido danos graves para a respectiva saúde física ou mental directamente resultantes de actos de violência, quando praticados em território nacional ou a bordo de navios ou aeronaves portuguesas. Trata-se de uma extensão da aplicação da lei no espaço, que, nos parece, não ser de fundamental importância face à redacção do art. 4.º, do Código Penal que estabelece o regime geral quanto à concreta matéria.

32 Já assim não é quanto à norma verdadeiramente inovadora, a constante do art. 18.º Determina o princípio geral de aplicação no espaço, extensível a factos ilícitos praticados fora do território nacional, contra cidadãos de nacionalidade portuguesa ou cidadãos de Estados membros da União Europeia com residência habitual em Portugal, desde que não tenham direito a indemnização pelo Estado em cujo território o dano foi produzido. O n.º 2 determina que compete à Comissão verificar a da existência ou não do direito à indemnização do requerente no Estado em cujo território o dano foi produzido.

33 O n.º 2 da norma não assume, na sua plenitude, natureza criminal (*vide* anotação 23), mas também se reporta à possibilidade de existir fundamento para se accionar civilmente os requerentes do pedido nos casos em que se verifica a falsidade de informação a que alude o art. 10.º, n.º 3, al.ª d) deste diploma (*vide* ainda o art. 16.º quanto ao reembolso das quantias prestadas)

34 O crime que nos ocupa é de natureza dolosa, em qualquer das modalidades contempladas no art. 14.º, do Código Penal. Terá que se afirmar a consciência da falsidade ou da inexactidão declarada ou aquela que é omitida, na totalidade ou parcial.

35 Quanto à verificação do dolo eventual veja-se A. MEDINA DE SEIÇA, *in* ob. cit. p. 483. "se o declarante tiver dúvidas sobre a veracidade da sua declaração mas as silenciar existe dolo eventual".

36 Antes, porém, o mesmo autor adverte, "caso o agente tenha dúvidas sobre a correcção e manifeste essas dúvidas, a sua declaração não é falsa".

37 É configurável a verificação do **erro sobre a factualidade típica** (art.º 16.º, n.º 1, do Código Penal), nos casos em que o agente declara falsamente sobre informações que pensa não estarem abrangidas por aquilo que são as exigências da atribuição da indemnização. O mesmo se diga quanto à omissão de prestar a informação quanto às informações relevantes, julgando, no entanto, que elas não assumem esse carácter fundamental.

38 Não preenche o tipo objectivo a informação que apenas é falsa do ponto de vista subjectivo. Isto é, o agente informa correctamente julgando, no entanto, que está a mentir.

39 A questão da **comparticipação** assume aqui relevo dogmático porquanto estamos em presença de um crime específico, onde, como se sabe, a doutrina afasta a possibilidade de se prefigurar a autoria mediata. A esse propósito e para sustentar a sua posição, com a qual concordamos, A. MEDINA DE SEIÇA, *in* ob. cit, p. 485 a 489, discorre que "trata-se de punir estas situações em que uma pessoa consegue determinar outra, que está em erro, a declarar falsamente nos quadros previstos para a instigação. Isto é: se o autor mediato assume em face da realização típica uma proeminência acrescida em face do simples instigador, há-de ser punido pelo menos como instigador.

40 Será facilmente compreensível estarmos perante o **concurso efectivo** com o crime de falsificação de documento, do art. 256.º, do Código Penal. Será ainda de aceitar a verificação de concurso com o crime de falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução do art. 360.º, do Código Penal, isto, claro está, tendo presente que a própria instrução do processo a que alude o art. 13.º, do diploma prevê a possibilidade de diligências probatórias a que podem ser chamadas pessoas diversas daquelas que são as que têm legitimidade para fazer intervir a Comissão.

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO 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)

Artigo 31.º
Lutas entre animais

1. Quem promover ou participar com animais em lutas entre estes é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.

3. Excepcionam-se do disposto no n.º 1 os eventos de carácter cultural que garantam a protecção da saúde pública e animal, devidamente autorizados pela DGV.

Sumário da anotação:
A fonte legal (anotação 1)
As fontes internacionais (anotação 2)
As fontes nacionais: Regime contravencional – protecção dos animais (anotação 3)
As fontes nacionais: Regime contra-ordenacional – protecção dos animais (anotação 4)
As fontes nacionais: Regime contra-ordenacional – detenção de animais perigosos (anotação 5)
O bem jurídico: Protecção da vida humana e da integridade pessoal (anotações 6 a 9)
O bem jurídico: Protecção dos animais, ambiente e dignidade da pessoa humana (anotações 10 a 19)
O bem jurídico: Lacuna de punibilidade (anotação 20)
O tipo objectivo (anotação 21)
As modalidades alternativas de acção típica (anotação 22)
A responsabilidade do dono do animal (anotação 23)
As espécies de animais incluídas no tipo (anotação 24)
A cláusula de exclusão da tipicidade: Pressupostos materiais e formais (anotação 25)
A cláusula de exclusão da tipicidade: Saúde do animal como *standard* mínimo (anotação 26)
A cláusula de exclusão da tipicidade: Em especial o pressuposto formal (anotação 27)
A cláusula de exclusão da tipicidade: Constitucionalidade (anotação 28)
A classificação do crime (anotação 29)
O tipo subjectivo (anotação 30)
A tentativa (anotação 31)
A comparticipação (anotação 32)
O concurso (anotação 33)
A pena (anotação 34)
As sanções acessórias (anotação 35)

Fonte legal é a Lei n.º 82/2009, de 21 de Agosto, que autoriza o Governo a criminalizar os comportamentos correspondentes à promoção ou participação com animais em lutas entre estes, bem como a ofensa à integridade física causada por animal perigoso ou potencialmente perigoso, por dolo ou negligência do seu detentor. Resultou da aprovação da Proposta de Lei do Governo n.º 224/X-4.ª. A autorização legislativa foi concedida ao Governo para: definir ilícitos criminais correspondentes à promoção ou participação com animais em lutas entre estes (artigo 1.º); com o sentido de criminalizar as lutas entre animais, sendo punível a tentativa (artigo 2.º); com limite da pena nos 10 anos de prisão (artigo 3.º). **1**

Fontes internacionais são a Declaração Universal dos Direitos do Animal, da UNESCO, em 15 de Outubro de 1978, que, considerando o animal como sujeito de direitos, proclama, sem força jurídica, o dever de cuidado e protecção dos animais que incumbe ao homem, ou o direito dos animais a não serem submetidos a maus tratos ou actos cruéis, entre outros; a Convenção Europeia para a Protecção dos Animais de Companhia, da qual foram signatários os Estados-Membros do Conselho **2**

da Europa, aprovada em Portugal pelo Decreto n.º 13/93, de 13 de Abril, a qual prescreve no artigo 3.º, enquanto princípios fundamentais para o bem-estar dos animais, que ninguém deve abandonar ou causar inutilmente dor, sofrimento ou angústia a um animal de companhia; a Convenção Europeia para a Protecção dos Animais nos Locais de Criação, aprovada pelo Decreto n.º 5/82, com o Protocolo de Alteração, aprovado pelo Decreto n.º 1/93, segundo o qual "não devem ser praticados (…) processos de criação que causem ou sejam susceptíveis de causar sofrimentos ou danos a qualquer animal"; e, *inter alia*, a Directiva 86/609/CEE, do Conselho de 24 de Novembro de 1986, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares, e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos animais utilizados para fins experimentais e outros fins científicos, ou a Directiva 98/58/CE do Conselho, de 20 de Julho de 1998, relativa à protecção dos animais nas explorações pecuárias.

3 Desde finais do século XIX, Portugal encabeça o movimento precursor em matéria de protecção dos animais, ao prescrever no artigo 182.º, do Regulamento Geral de Saúde Pecuária, Polícia Higiénica e Sanitária dos Animais, de 7 de Fevereiro de 1889, que aqueles "que nos lugares públicos espancarem, flagelarem, ou por qualquer forma maltratarem animais domésticos" serão punidos com pena de multa ou prisão de 1 a 5 dias. O ilícito tinha natureza contravencional, como resulta do artigo 195.º deste Decreto, conjugado com os artigos 1.º, 3.º e 486.º, do Código Penal de 1886, então vigente. Tal como, aliás, a norma que lhe sucedeu, constante do artigo 2.º, do Decreto n.º 5650, de 10 de Maio de 1919, que considerou "punível toda a violência exercida sobre os animais", prevendo a punição daqueles "que nos lugares públicos espancarem ou flagelarem os animais domésticos", com multa ou prisão de cinco a quarenta dias em caso de reincidência, tendo revogado expressamente o regime anterior – artigo 6.º (diversamente mas sem razão, sustentando tratar-se de um crime, ALFREDO GASPAR, "Sobre o crime de maus tratos a animais", em "*Scientia Juridica*", tomo XXXV, n.os 199-204, Janeiro-Dezembro, 1986, pp. 161 e segs).
A norma seria regulada pelo Decreto n.º 5864, de 12 de Junho de 1919, que enumera de modo não taxativo as práticas proibidas de violência. Entre elas conta-se no artigo 7.º, justamente, "apedrejar animais e açulá-los uns contra os outros ou contra os transeuntes", constituindo uma fonte remota da criminalização das condutas tipificadas na norma sob anotação. Este regime legal foi directamente inspirado no modelo francês, concretizado pela "*Loi Grammont*", de 1850, relativa aos maus tratos em animais domésticos, que punia, igualmente de modo contravencional, com multa ou prisão de 1 a 5 dias, os maus tratos *abusivos* e cometidos em público.
Não obstante as largas décadas de vigência do regime contravencional, não é assinalado grande empenho das autoridades em promover a punição das contravenções; praticamente desconhecido do comum dos cidadãos e muito desactualizado nas sanções aplicáveis, rapidamente cairia em desuso (concordante, ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, "Dos Animais – O Direito e Os Direitos", Coimbra Editora, 1998, p. 80).
A inovadora vertente punitiva dirigida, *prima facie*, à protecção dos animais, visou complementar a tutela penal da propriedade, vertida, nos crimes de dano contra animais, previstos já no Código Penal de 1886, que previa a responsabilidade penal de quem matar ou ferir sem necessidade animal doméstico alheio (artigo 479.º), em terreno de que seja proprietário ou rendeiro ou colono o dono do animal doméstico alheio (artigo 480.º); e constituiu o primeiro afloramento da censura ético-social que, densificada em valor ambiental, se sedimentaria na generalidade das sociedades ocidentais ao longo do século XX.

Os **antecedentes legislativos mais próximos** encontram-se bipartidos, desde 2003, em dois segmentos normativos: um conjunto de normas visando, fundamentalmente, a protecção dos animais e um segmento de normas relativas à detenção de animais perigosos ou potencialmente perigosos, dirigido, em especial, à tutela da ordem pública, da vida e integridade física humanas. **4**

Em linha com o primeiro grupo, encontra-se, desde logo, a Lei n.º 92/95, de 12 de Setembro, que estabelece um quadro de protecção para os animais, conforme à Convenção Europeia mas não restrita aos animais de companhia, proibindo, sem regime sancionatório, todas as formas de violência injustificada a animais, assim se considerando "como tais os actos consistentes, sem necessidade, em infligir a morte, o sofrimento cruel e prolongado ou graves lesões a um animal", incluindo o abandono, ou a utilização "em divertimentos consistentes em confrontar mortalmente animais uns contra os outros, salvo na prática da caça", onde claramente se incluíam as lutas entre animais (artigo 1.º n.º 3, al.ª f), desse diploma).

Apenas com o Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Outubro, que estabeleceu as medidas complementares e regime sancionatório da Convenção Europeia para a Protecção dos Animais de Companhia, alterado pelos Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17 de Dezembro, Lei n.º 49/2007, de 31 de Agosto, e Decreto-Lei n.º 255/2009, de 24 de Setembro, a "vertente de protecção" dos animais mereceu um quadro sancionatório, renovado e completo, regulado pelo direito de mera ordenação social. Designadamente, prescreve como contra-ordenação grave, no artigo 68.º n.º 3, alínea b), "o maneio e treino dos animais com brutalidade", ou na alínea d), "os espectáculos ou outras manifestações similares que envolvam lutas entre animais de companhia". O Decreto-Lei n.º 315/2003, que visou "reforçar as normas de bem-estar dos animais de companhia", cria um novo artigo 6.º-A, prevendo o abandono de animais de companhia, e adiciona ao artigo 7.º daquele diploma, os n.º 3 e n.º 4, nos seguintes termos: São proibidas todas as violências contra animais, considerando-se como tais os actos consistentes em, sem necessidade, se infligir a morte, o sofrimento ou lesões a um animal; É proibido utilizar animais para fins didácticos e lúdicos, de treino, filmagens, exibições, publicidade ou actividades semelhantes, na medida em que daí resultem para eles dor ou sofrimentos consideráveis, salvo experiência científica de comprovada necessidade e justificada nos termos da lei. À infracção corresponde a prática de contra-ordenação (artigo 68.º n.º 2, alíneas b) e c)).

Em cumprimento do programa iniciado com o Decreto-Lei n.º 232/79, de 24 de Julho, prosseguido com a reforma penal de 1982, visando pôr fim às contravenções ainda existentes (passando a crime ou a contra-ordenação) e concluído com a conversão em contra-ordenação das contravenções ainda existentes, pelo Decreto-Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho, deve considerar-se que, com o novo regime contra-ordenacional de protecção fixado em 2001-2003, é revogado, global e tacitamente, o regime contravencional que, por força do Decreto n.º 5650, vigorava desde 10 de Maio de 1919 (concordantes, quanto à vigência deste Decreto mesmo após a entrada em vigor do Código Penal de 1982, ALFREDO GASPAR, *op. cit.*, que aí sustenta inicialmente essa posição; o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República de 30-03-1992, relatado pelo Conselheiro HENRIQUES GASPAR; e, por último, ANTÓNIO PEREIRA DA COSTA, *op. cit.*, p. 80).

No Capítulo VIII do Decreto-Lei n.º 276/2001, foi previsto pela primeira vez um conjunto de normas aplicáveis à **detenção de animais potencialmente perigosos** (o Decreto-Lei n.º 317/85, de 2 de Agosto, que previu inicialmente um regime similar mas dirigido ao combate à raiva de cães e gatos, seria revogado pelo Decreto-Lei n.º 91/2001, de 23 de Março, por sua vez revogado pelo Decreto-lei n.º 314/2003, **5**

de 17 de Dezembro, actualmente em vigor). Todavia, por força do disposto no Decreto-Lei n.º 315/2003, esse regime seria excluído do seu âmbito material de aplicação, mediante revogação parcial expressa.

Em 2003, com esta partição autonomiza-se claramente um segundo segmento normativo, relativo à detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, doravante regulado pelo Decreto-Lei n.º 312/2003, de 17 de Dezembro, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 49/2007 de 31 de Agosto, que viria, finalmente, a ser revogado pelo Decreto-Lei sob comentário, em 2009. Aí se introduziram conceitos clarificadores quanto à qualificação do animal como perigoso, atendendo à sua agressividade concreta ou potencial, prevendo-se a definição por Portaria de uma lista de raças de cães potencialmente perigosos (a Portaria n.º 422/2004 de 24 de Abril).

Em qualquer um dos dois segmentos normativos, em vigor actualmente, protecção de animais e detenção de animais perigosos, o incumprimento é sancionado pelo direito de mera ordenação social.

6 **Bem jurídico: Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a vida humana e a integridade pessoal; e também bens jurídicos relativos à protecção dos animais, componente do direito do ambiente e afloramento da dignidade da pessoa humana.**

A vida e a integridade pessoal, incluindo a saúde física e psíquica, são protegidas por antecipação da tutela penal, aquém da lesão efectiva ou do perigo concreto de lesão desses bens jurídicos; outrossim, basta-se com a mera presunção do perigo de lesão. A antecipação é justificada por se tratarem de "verdadeiras condições antropológicas do livre desenvolvimento da personalidade", ou seja, "direitos cuja denegação afecta, irremediavelmente, a essencial dignidade da pessoa humana" (RUI PEREIRA, "Os crimes contra a integridade física na revisão do Código Penal", em Jornadas sobre a Revisão do Código Penal", AAFDL, Lisboa: 1998, p. 183).

7 A opção pela incriminação da promoção ou participação em lutas entre animais visa salvaguardar "bens tão importantes como a vida e integridade física dos cidadãos", sendo justificada "pelo aumento de visibilidade de agressões provocadas por animais num passado recente, que têm causado significativo alarme social", visando "a antecipação da tutela penal a comportamentos que potenciam a perigosidade dos animais" (FERNANDA PALMA, em Parecer do Conselho Superior do Ministério Público relativo à Proposta de Lei n.º 224/X, apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, DAR, II Série A, n.º 149, de 4 de Julho de 2009, pp. 7-9).

8 Quanto a estes bens jurídicos, a motivação da norma incriminadora assenta no perigo resultante de fazer revelar, ou aumentar, o potencial de agressividade dos animais: seja directamente pela participação em lutas, com *regras*, comportamentos e espectadores que aceitam e demandam uma agressividade máxima; seja pelo adestramento e acondicionamento prévio com exploração da agressividade latente; seja pelo apuramento genético da raça por selecção controlada dos animais mais aptos ou promissores, a nível físico e temperamental, para participar nessas lutas; ou, no caso de animais perigosos ou potencialmente perigosos, pelo correspectivo acréscimo de potencial de agressividade e perigosidade já latentes.

9 A motivação da incriminação não pressupõe a perigosidade prévia do animal, concreta ou presumida. Designadamente, não pressupõe que o animal se inclua numa das raças de cães classificadas como potencialmente perigosas, pois a norma presume que, no decurso do combate entre os animais, a perigosidade é necessariamente revelada ou potenciada. O que tem apoio no texto legal, no preâmbulo do diploma e na discussão parlamentar; sendo que estes bens jurídicos carecem

de idêntica tutela, em ambas as situações, pelo que a distinção seria materialmente desconforme ao princípio constitucional da igualdade (artigo 13.º da CRP).
Isto é particularmente evidente nos crimes previstos nos dois preceitos legais seguintes, que, conjuntamente com este, integram uma resposta penal unitária ao mesmo fenómeno; sendo inconcebíveis quaisquer razões axiológico-constitucionais para distinguir o dano na integridade física provocado por animal perigoso ou potencialmente perigoso, daquele que seja causado por qualquer outro animal, com dolo ou negligência do seu detentor.
É verdade que a orientação político-criminal, subjacente à iniciativa de neo-criminalização, visou corresponder à forte censura social incidente, *prima facie*, sobre o fenómeno das lutas de cães. Donde, pretendeu-se erradicar práticas violentas, em que os cães, geralmente de raças classificadas como potencialmente perigosas, podem ser forçados a lutar até à morte de um deles; num contexto em que têm aumentado, pelo menos em termos de visibilidade e alarme social, as situações de agressão grave provocadas por cães destas raças. Porém, a reacção penal justifica-se, não sobre determinada espécie animal ou raça de cães, mas "sobre a utilização que certas pessoas fazem deles" (Discussão Parlamentar na Generalidade da Proposta de Lei n.º 224/X, em DAR, I Série, número 23, de 6 de Dezembro de 2008).
Este elemento histórico de interpretação, faz-nos supor que a inserção sistemática de uma norma incriminatória aplicável às lutas entre animais, num diploma específico para os animais perigosos, terá resultado do apego excessivo a esta motivação criminológica de base, subvertendo sistematicamente a natureza mais genérica da norma. Uma outra razão terá assente na consideração que as lutas entre animais implicam, ainda que *a posteriori* pela agressividade envolvida e potenciada, uma estreita conexão material com as normas reguladoras da detenção e contenção de animais perigosos.
Pelo contrário, uma interpretação conforme à Constituição, *maxime* ao princípio da igualdade, que seja teleologicamente fundada e consentânea com o texto da lei (artigo 9.º n.º 2, do Código Civil), não consente qualquer distinção (ver *infra* a análise do tipo objectivo): quer nesta vertente da perigosidade, quando o animal que, durante um combate, pelo menos quando provoque a morte ou ferimento grave de outro, passa a ser considerado perigoso, na definição do artigo 3.º, al.ª b) ii), deste Decreto-Lei; quer na "vertente de protecção", a seguir analisada, na medida em que qualquer animal envolvido num combate sofre lesões físicas e comportamentais evitáveis.

10 **Outro feixe de bens jurídicos tutelados é composto pela protecção dos animais, que constitui afloramento da tutela da dignidade da pessoa humana, por um lado, e está inscrita na protecção do ambiente e da biodiversidade como bem jurídico universal e plural, por outro.**

A motivação da norma incriminadora é o perigo desnecessário para a vida, a incolumidade e o bem-estar dos animais, enquanto seres vivos dotados de sensibilidade, que a participação em lutas entre si acarreta e que, nessa medida, é presumido pela incriminação.
A *ratio legis* da norma incriminadora, que sufraga o entendimento dualista quanto aos bens jurídicos protegidos, projecta-se nos dois limites negativos fixados para a cláusula de exclusão da tipicidade: A autorização das lutas entre animais, por fundadas razões culturais, só poderá ocorrer quando os eventos "garantam a protecção da **saúde pública** e **animal**". Os dois feixes de protecção da norma incriminadora, a saber, a integridade pessoal (saúde pública) e a protecção dos animais (saúde do animal), são injectados na modelação literal do texto, em coerência com a interpretação normativa teleologicamente fundada.

Não obstante, a dignidade humana e o ambiente, nesta perspectiva integradora da protecção de animais determinados, são bens jurídicos que ficam aquém do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, pelo que a estrutura de perigo abstracto em que assenta a incriminação é pouco congruente com a hierarquia menor dos mesmos. Apenas se compreende e justifica este "campo de protecção" alargado, pela máxima antecipação suposta na presunção do perigo, se atentarmos na justaposição à tutela da vida humana e da integridade pessoal, que constituem o outro grupo de bens jurídicos protegidos. Com este limite e amparo, a incriminação é conforme à Constituição, por respeitar a "relação de congruência" ou de "analogia substancial" entre a ordem dos bens jurídicos penais e o quadro axiológico-constitucional subjacente; está, ainda, em consonância com a nossa tradição normativa que sempre sancionou a luta entre animais na "vertente de protecção" (cfr. *infra* a análise do tipo objectivo); e opera, mobilizada por esse paradigma, o reforço sancionatório do ilícito de mera ordenação social para o ilícito penal.

A melhor articulação das "identidades ônticas e axiológicas" em relevo, teria sido, ainda assim, obtida mediante a distinção, em função do resultado, da diversa graduação dos bens jurídicos em presença: Com enfoque na defesa da integridade pessoal e da vida humana, manter como tipo base o "crime de perigo abstracto" (porque a hierarquia do bem jurídico-penal justifica a antecipação); com enfoque na protecção dos animais, tipificando o concreto desvalor do resultado de perigo ou de dano, ao nível de um "tipo material agravado", *v.g.*, a morte sem necessidade, o sofrimento ou o ferimento do animal (porque a lesão efectiva do bem jurídico-penal o justificaria). Está em causa a protecção de objectos determinados – os animais – que integram um bem jurídico universal e plural, que é o ambiente, pelo que não se verificariam os óbices colocados à utilização da estrutura de "crime de dano", designadamente por, *in casu*, não ser difícil a descrição típica do resultado nem tardia a intervenção penal.

11 Diversamente, FERNANDA PALMA (*ibidem*) questiona a **constitucionalidade de uma intervenção penal dirigida à protecção dos animais**, "apesar da sua justificação moral", concluindo que "no presente estádio, o direito de mera ordenação social deve constituir a resposta preferencial para ilícitos assim fundamentados"; reitera uma posição defendida anteriormente em que, questionando se a crueldade contra os animais reclamaria uma protecção penal, à luz do critério legitimador que constitui a necessidade de protecção do bem jurídico, responde negativamente, nos seguintes termos: "Creio que os valores éticos atingidos (a imoralidade no sentido de SCHOPENHAUER) não correspondem ainda, nesta fase, a bens substanciais, a condições primárias do contrato social" ("Novas Formas de Criminalidade: O Problema do Direito Penal do Ambiente", em "Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora", Ministério da Justiça, Lisboa, 1995, p. 203). Aliás, esta posição é absolutamente coerente com uma certa perspectiva crítica, conquanto minoritária, quanto à necessidade e à eficácia do direito penal, na protecção dos bens jurídicos ambientais em geral (FERNANDA PALMA, "Direito Penal do Ambiente – Uma Primeira Abordagem", em "Direito do Ambiente", INA, Lisboa: 1994, p. 431 ss; posteriormente, concentrando a crítica mais ao nível da implementação política num plano aquém do "simbólico" ou um "direito penal virtual", em "Acerca do Estado Actual do Direito Penal do Ambiente", na revista "O Direito", ano 136.º (2004), I, pp. 77-87).

12 Uma concepção do tipo minimalista ou abolicionista, quanto aos direitos dos animais ou, pelo menos, quanto à sua eventual tutela penal, assente no pretenso carácter axiologicamente neutro das condutas maltratantes em causa, que considera os combates entre animais como mero "divertimento" ou "jogo", integrado por "condutas

imediatamente inócuas para as pessoas em geral" (FERNANDA PALMA, *ibidem*), ou mesmo que reconduz a afirmação ética da biodiversidade, enquanto bioética ou ética da vida, à mera "compaixão" ou "bondade de carácter" (SCHOPENHAUER), sucumbe no teste do confronto com o direito penal comparado, em Estados com referentes de constitucionalidade substancialmente idênticos. Países da nossa órbita cultural e jurídica, onde a tutela penal é alargada a qualquer tipo de maus tratos, abandono ou a morte, sem necessidade, de animais. Assim sucede, *brevitatis causa*, no Reino Unido, onde os maus tratos a animais são punidos com pena de multa ou prisão, já desde o "*Protection of Animals Act*" de 1911; na Alemanha, em que são punidos com pena de multa ou de prisão até 3 anos; ou, *inter alios*, também em França, na Suiça, Holanda, Suécia, Polónia, Croácia, Canadá e diversos Estados do EUA, onde os maus tratos a animais constituem crime, punido com pena de prisão; ou ainda Estados, como a Itália, em que os maus tratos constituem crime, embora punido apenas com pena de multa.

13 A perspectiva, redutora e tão virtual quanto anacrónica, de "coisificação" patrimonial do animal, assente no dogma de raiz civilística que reconduz o animal a uma "coisa móvel", sujeita a aluguer, ocupação ou benfeitoria, impeditiva da protecção jurídica autónoma, arredada do "sentir comum do real" e à míngua de analogia substancial com o "mundo vivido", é que é incompatível com o "estádio presente" da evolução civilizacional, tornando insustentável a ficção jurídica (em sentido convergente, preconizando a ruptura com o modelo civil vigente de modo a confirmar o "animal" como "sujeito de direitos", JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, "O Animal ou Tertium Genus?", em Revista "O Direito", N.º 141, no prelo).

Não se desconhece que a supremacia do cânone privatístico tem sido, até ao presente, a marca dominante da nossa jurisprudência, mesmo nos casos em que o direito positivo infraconstitucional já consentia alguma da interpretação "evolucionista" preconizada. A apreciação crítica dirigida à hegemonia das concepções maioritariamente sufragadas entre nós, ditas antropocêntricas mas essencialmente de cariz utilitarista, não visa apropriar um discurso extremista de pendor "ecofundamentalista", nem sequer assumir a defesa do "ambientalmente correcto"; mas uma sociedade em que, debalde, a tortura ou a morte desnecessária de um animal, ficcionado como "coisa", carece da apresentação de queixa do dono (quando o tem), para merecer a censura penal do direito, enquanto mero dano na propriedade alheia; mais, em que a tortura ou a morte desnecessária, quando infligidas a animal próprio ou abandonado, sejam "axiologicamente neutralizadas" e possam ficar entregues, tão-só, à (in)consciência moral de cada um (naquele sentido dado por SCHOPENHAUER, há cerca de 2 séculos), só pode ser, radicalmente, uma sociedade menos humanamente digna, ergo, menos humana. No inadimplemento dos imperativos da bioética não há, pois, arrimo constitucional possível.

14 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 neo-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° n.° 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). Vejamos então se, *in casu*, estão verificados os referentes materiais de constitucionalidade.

15 A **questão ambiental** tem merecido largo debate doutrinal, em especial a propósito da incriminação, em 1995, dos danos contra a natureza e de poluição, nos artigos 278.º, 279.º e 280.º do Código Penal, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março (fazendo a recensão e síntese deste debate, por último, PAULA RIBEIRO DE FARIA, "Do Direito Penal do Ambiente e da Sua Reforma", em Revista do CEJ, N.º 8 (especial), Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, Almedina, 2008, pp. 341 ss.).

A perspectiva antropocêntrica do ambiente, aparentemente consagrada no artigo 66.º, da Constituição da República, não afasta, *a priori*, uma concepção ecocêntrica que assume o ambiente como "valor em si mesmo", ou bem jurídico colectivo não limitado funcionalmente ao ambiente "humano", "sadio" ou relativo à "qualidade de vida" do homem (para uma recensão de ambas as posições, ver AUGUSTO SILVA DIAS, "Direitos ao Ambiente e à Qualidade dos Bens de Consumo", em "Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira", Lisboa, 1995, p. 193, nota 23); outrossim, permite justificar "a consagração do direito ao ambiente como direito constitucional fundamental" (GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., Coimbra Editora, 1993, p. 348).

O direito ao ambiente "é o direito dos cidadãos a disporem de todo um conjunto de sistemas de natureza física, química e biológica que lhes permitam realizar salutarmente a sua personalidade humana num contexto social, económico e cultural liberto de condicionalismos tecnológicos, a fim de criar uma verdadeira qualidade de vida para toda a colectividade", ou seja, uma verdadeira "situação de bem-estar físico, mental e social nas relações humanas" (JOSÉ MIGUEL SARDINHA, "Introdução ao Direito Penal Ecológico", em Revista da Ordem dos Advogados, ano 48, n.º 2, Lisboa, 1988, p. 457).

16 A **dignidade penal da protecção do ambiente** emerge, paradoxal, do crescimento, descontrolado ou insustentável, da civilização industrial, dirigida à produção e ao consumo de massas, em que "um meio de vida são constitui sem dúvida um bem jurídico em sentido próprio e autónomo, que reclama a intervenção protectora do direito penal" (FIGUEIREDO DIAS, há mais de três décadas, "Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente", em Revista de Direito e Economia, Ano 4.º, n.º 1, 1978, p. 9).

O direito do ambiente acarreta, na dimensão positiva, o dever de agir em sua defesa e, na dimensão negativa, o dever de ser respeitado por todos, mediante abstenção da prática de actos ambientalmente nocivos. Nesta dimensão, o direito ao ambiente é "seguramente um dos «direitos fundamentais de natureza análoga» a que se refere o artigo 17.º da Constituição da República, sendo-lhe portanto aplicável o regime constitucional específico dos «direitos, liberdades e garantias»" (GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *idem*). Na sua dimensão de direito positivo implica para o Estado a defesa do ambiente, "podendo traduzir-se legalmente em deveres de abstenção ou de acção, eventualmente tutelados por via penal". A importância desta incumbência estadual é, aliás, "realçada pela inclusão da defesa do ambiente entre as «tarefas fundamentais do Estado» (artigo 9.º als. d) e e))" (*idem*, p. 349), o que sucede desde 1822, denotando "que se trata de um valor de importância bem sedimentado na consciência jurídica geral" (PAULA

RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, 2008, p. 345). A preocupação constitucional de tutela do ambiente é materialmente justificada, pois é cada vez mais irrecusável a primazia da defesa do ambiente, da natureza e de um ecossistema equilibrado, na própria sobrevivência do homem.

Estamos, pois, perante "matéria cuja dignidade penal já não se contesta" (FIGUEIREDO DIAS, Actas de Revisão do Código Penal, 1993, p. 359, citado por PAULA RIBEIRO DE FARIA, concordante, em "Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial", Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 932).

17 Portugal não marcha isolado no caminho da constitucionalização do ambiente, nem na construção deste como novo bem de dimensão jurídico-penal. Pelo contrário, desde a Conferência Internacional de Estocolmo de 1972, a "questão ambiental" emerge da consciência planetária global, enquanto pilar essencial à reedificação de uma nova ordem mundial; patente na conclusão que "homem é ao mesmo tempo o criador e a criatura do meio ambiente que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente". Expressa, ainda, na proclamação do ambiente, por outras constituições e instrumentos normativos internacionais, como bem jurídico essencial e global, supranacional e supra-individual, comprometido no futuro da própria humanidade.

Pois se o futuro da sociedade democrática e o integral desenvolvimento da personalidade humana estão cativos do modo como (mal)tratam o ambiente, análogo merecimento assiste à (des)humanidade com que (mal)tratam e (des)respeitam os animais que o compõem; seres dotados de "sensibilidade" (já no dizer do artigo 9.º, da lei francesa de protecção da natureza, de 10 de Julho de 1976) e condição de fruição plena do "ecossistema de vida". Por isso, proclama a recente legislação canadiana de 2008, que **"a forma como nós tratamos os animais" não só "contribui para definir a nossa moral e compaixão enquanto sociedade", mas também para traçar a nossa própria "humanidade".**

Aliás, 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 dogmaticamente ultrapassada e é valorativamente insustentável (*apud*, PAULA RIBEIRO DE FARIA, concordante com esta apreciação crítica, "A Adequação Social da Conduta no Direito Penal. Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal", PUC, Porto, 2005, p. 31).

18 **Sem escolho ou embaraço ontológico, há que saber "contaminar" de humanidade o direito, quando tantas vezes é a própria humanidade pelo direito "contaminada", pois é ao direito que cabe servir o homem e não a inversa**. Esse caminho que se faz já de caminho feito, passa por **reconhecer o valor intrínseco do animal, como "protagonista de uma vida", enquanto "valor único e irredutível ao qual devemos respeito fazendo dele um fim em-si-mesmo" ou, pelo menos, enquanto objecto de protecção autónoma ainda que submetido à prevalência dos fins traçados pelo homem** (na margem do encontro possível entre as teses funcionalistas de TOM REGAN e utilitaristas de PETER SINGER, *apud* FERNANDO ARAÚJO, "A Hora dos Direitos dos Animais", Almedina, 2003, *inter alia*, pp. 339-340).

Como um "último motivo de edificação para a condição humana" na ética da vida, o respeito pelos direitos dos animais é a marca do respeito pela sua "radical particularidade", que constitui a dádiva da biodiversidade, e pelas várias manifestações de vida, que a natureza deposita em cada espécie e em cada "experiência individual de sensibilidade"; porque a humanidade nada significaria fora do plano da ecologia planetária em que se insere, amputada da sua inevitável animalidade e

mortalidade, que são também a marca da própria condição humana (FERNANDO ARAÚJO, *idem*, p. 345).

Importa salientar que nos situamos, ainda, no plano conformador do *bem jurídico* protegido, aquela unidade de aspectos ônticos e axiológicos que expressam o interesse da comunidade na preservação do ambiente e da biodiversidade enquanto bem socialmente relevante; pois a concretização da protecção num determinado animal já é matéria que releva antes do *objecto da acção típica* (clarificando a distinção entre bem jurídico ambiental e o concreto objecto da acção típica, AUGUSTO SILVA DIAS, "Direitos ao Ambiente e à Qualidade dos Bens de Consumo", *op. cit.*, p. 193). No meio termo, entre o bem jurídico e o objecto de acção, para evidenciar a ressonância ético-social desta questão, recorremos ao amparo do revogado Decreto n.º 5864, de 12 de Junho de 1919, que já no início do século XX descrevia certas práticas proibidas de violência, infelizmente, bem actuais algumas delas: **Espancar os animais; oprimir com trabalho excessivo ou castigar os animais visivelmente carregados e sem forças; obrigar ao trabalho animais doentes ou feridos e colocar-lhes arreios sobre as feridas ou chagas vivas; obrigar animais caídos a levantarem-se à força de pancadas sem os aliviar da carga; aplicar nos arreios instrumento que possa magoar ou ferir; amarrar aos cães, gatos ou outros animais, objectos que os mortifiquem e façam correr, atar cordéis a pássaros ou outras aves para as arrastar; lançar fogo a animais, verter sobre eles substâncias corrosivas, água quente, etc.; apedrejar animais e açulá-los uns contra os outros ou contra os transeuntes; abandonar animais velhos ou doentes, ou lançar nos canos e sarjetas animais recém-nascidos; esfolar animais ou depenar aves antes de estarem mortos, bem como cegar aves para cantarem. Afinal, percorridos quase cem anos, quem avançaria hoje para questionar a reprovabilidade ético-social de tais condutas?**

Na hodierna *aldeia global* e reticular, assente num paradoxo de sociabilidade fragmentada e contingente, a "cultura de massa" naturaliza e propaga pelos *media* uma nova ética planetária da vida (sobre a acção dos *media* no espaço público, PLÁCIDO CONDE FERNANDES, "Justiça e Media. Legitimação pela Comunicação", Revista do CEJ, n.º 10, 2008, pp. 331-333); e num *continuum* de proximidade virtual, "são tempos de evolução e de consciência" em que os actos de crueldade sobre animais já não são indiferentes a ninguém e "reclamam que se dê viva voz a quem não a tem" (SÍLVIA COSTA RAMOS, "A Protecção dos Direitos dos Animais", em "Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa", Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 2003, p. 790).

Neste quadro, pese embora o aparente impasse ou retrocesso (da punição contravencional para um regime contra-ordenacional administrativo), **as condutas violentas e maltratantes dirigidas contra animais não podem converter-se, *ex abrupto*, por via de uma certa "anemia normativa", em condutas axiologicamente neutras, despojadas da elevada ressonância ético-social que inelutavelmente as integra;** outrossim, a nossa tradição centenária de protecção carece de actualização adequada, no confronto com os novos imperativos éticos da biodiversidade, da "eco-cultura" e da "eco-educação", enfim, no respaldo de uma política mais vasta de neo-incriminação das lesões ambientais.

19 Fique bem claro, contudo, que não nos suscitam quaisquer dúvidas quanto à ausência de desvalor ético-social, pela prática de actos decorrentes da inserção dos animais na cadeia alimentar humana e biológica (incluindo a caça e a pesca), desde que preservado todo o sofrimento evitável; ou quando a morte do animal, sem sofrimento, seja objectivamente necessária; ou até quando a utilização dos

animais constitua um meio necessário à investigação científica de relevo, preservado o sofrimento evitável.

No actual estádio, o *standard* mínimo de censura ético-social assenta, *grosso modo*, no seguinte: a morte dos animais apenas "será" censurável quando não for necessária, por objectivas razões alimentares, científicas, de saúde pública, ambientais, económicas, ou outras (concordante, FERNANDO ARAÚJO, *op. cit*, p. 316, propugna que, no caso dos "animais de criação", apenas se verifica a protecção jurídica do sofrimento, pela funcionalização, *ab initio*, da vida do animal à cadeia alimentar do "habitat" humano); já as condutas que configurem um sofrimento evitável para o animal, apenas "não serão" censuráveis quando objectivamente necessárias, adequadas e proporcionais, à finalidade que a utilização do animal visou prosseguir, *v.g.* a investigação médica (cfr. Directiva 86/609/CEE, protecção dos animais utilizados para fins experimentais e outros fins científicos). Também no quadro axiológico-constitucional aplicável, uma eventual colisão de direitos seria rapidamente resolvida, por supremacia absoluta, em favor do reduto essencial da dignidade da pessoa humana, que constitui a sua vida, integridade e saúde.

São igualmente desprovidas de censura ético-social as condutas praticadas em contextos, tópicos mas inexoráveis, de comprovado enraizamento cultural persistente, que o tempo certamente continuará a descontinuar pela mão das gerações presentes e vindouras (aqui a supremacia relativa da tutela do património cultural já implica uma concordância prática no decidir casuístico dos "pedaços de vida"); assim sucede, por exemplo, com as touradas em Portugal e Espanha, ou com a luta de galos em França.

Com estas reservas ontológicas, mal se compreenderia, afinal, uma Constituição democrática, assente no primado da dignidade da pessoa humana, que não proclamasse ou garantisse a protecção jurídico-penal dos animais como fim "em-si-mesmo" ou, pelo menos, como objecto autónomo dessa protecção; naqueles casos mais graves, de indubitável feição jurídica, em que o desvalor ético-jurídico desagua em torrente no "princípio de humanismo" ou "princípio da humanidade" que está ínsito em todo o direito penal moderno.

20 **O novo paradigma sancionatório não cumpre com a ruptura anunciada,** visto que a protecção dos animais, com amplo lastro ético-social e normativo em Portugal desde o século XIX, evolui timidamente ao encontro das principais democracias ocidentais, permanecendo ancorada no limiar mínimo do direito de mera ordenação social, com excepção das lutas entre animais. Apontando também nesta direcção, o Deputado JOÃO REBELO, quando afirma que "a iniciativa do Governo podia ir mais longe, porque não alcança o objectivo pleno, que era o de criminalizar, de facto, quem maltrata os animais" (Discussão Parlamentar, *idem*).

No *upgrade* penal é descurada a protecção de condutas graves, concretamente lesivas, como sucede com o "tratamento" violento e maltratante, o abandono ou a morte desnecessária de animais, naquele sentido já enunciado pelo Decreto n.º 5864, de 12 de Junho de 1919 (cfr. *supra* a anotação n.º 18), **que não são criminalizadas por este diploma legal nem por qualquer outro.** Mesmo no caso da incriminação sob comentário, o resultado concreto quanto à lesão ou ao perigo de lesão deste bem jurídico (*v.g.* a morte ou o ferimento grave do animal), não é considerado no ilícito-típico, quando esse resultado poderia e deveria operar, pelo menos, como circunstância agravante. Não obstante, atenta a tutela específica da protecção dos animais, enquanto bem jurídico protegido autonomamente pela norma incriminadora, esse resultado deve ser ponderado na fixação concreta da medida da pena (cfr. *infra* a análise da pena).

Neste desiderato, os atentados mais graves aos animais devem, como vimos, por justificada *ultima ratio*, ser juridicamente sancionados de modo mais forte, com a sanção penal. As demais condutas ofensivas, de menor ressonância ético-jurídica, devem subsistir sob regulação do direito de mera ordenação social, na medida em que o "naco de leão" do direito do ambiente deve continuar a pertencer a esse direito (PAULO SOUSA MENDES, "Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?", AAFDL, Lisboa: 2000, p. 139).

Acrescem razões recentes de política criminal, face à comprovada falência do modelo contra-ordenacional e da sua concreta fiscalização, também no que respeita ao abandono e maus-tratos a animais. Segundo informa a Direcção-Geral de Veterinária, entre 2006 e 2009 o número de cães e gatos abandonados, que foram recolhidos pelos municípios, aumentou em dez mil. Nesses três anos estima-se em 37.365 o número de animais resgatados à rua. Fora deste número estão todas as recolhas feitas pelas várias associações de protecção animal e particulares. À dimensão impressionante desta realidade, que resulta mais da crise estrutural de valores do que da geralmente invocada crise económica conjuntural, são indicados números irrisórios de processos de contra-ordenação instaurados (*v.g.* 78 processos em 2009), em virtude de não ser conhecido o proprietário do animal abandonado, o que espelha bem a inoperância do modelo vigente, nesta matéria.

Com a nova incriminação ressalta agora evidente a lacuna de punibilidade, *a pari*, quanto ao tratamento violento e maltratante, abandono ou morte, sem necessidade, de animais; sendo plenamente legítima, como vimos, a sua entrada 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). Não se trata, é certo, de uma imposição jurídico-constitucional expressa ou implícita, nem existe violação do princípio constitucional da igualdade, dada a natureza pluriofensiva da norma incriminadora, protegendo, igualmente, do perigo para a vida e para a integridade do homem, o que não sucede no caso daquelas condutas. Todavia, **descontada a margem de discricionariedade político-legislativa inerente, a protecção dos animais, em conformidade com as exigências da dignidade da pessoa humana e enquanto defesa da biodiversidade presente num ecossistema mais vasto, constitui um direito constitucionalmente protegido que deve ser salvaguardado, nos atentados mais graves, pela via da incriminação.**

21 O **tipo objectivo** consiste, alternativamente, na mera promoção ou na mera participação com animais, em lutas entre estes. No caso de ser suscitada a intervenção da DGV, a acção típica consiste, do mesmo passo, na desobediência à prescrição proibitiva da entidade administrativa competente.

22 A "promoção", na **primeira modalidade de acção penalmente típica**, refere-se às lutas e não à participação concreta nestas. O promotor de lutas entre animais é aquela pessoa (ou pessoas) que tenha uma função essencial na preparação, organização ou na execução do evento, mesmo que não participe neste com animais. Diversamente, aquele que "promova" a participação concreta de um dado animal, junto do seu detentor, será punido por este crime, mas à luz da segunda modalidade de acção típica – "participar com" animais, como instigador ou cúmplice, caso tenha determinado o autor à prática do facto ou lhe tenha prestado auxílio, respectivamente. Na **segunda modalidade de acção penalmente típica**, exige-se a "participação" de pelo menos dois animais em luta entre si. Aquele que participa com animais em lutas entre si é a pessoa que, tendo um animal na sua disponibilidade a qualquer título, participa (ou permite que outrem participe – ver anotação seguinte) numa luta com outro animal. É também penalmente típica a conduta do agente que participa com dois animais numa luta entre eles. A lei não distingue, entre proprietário ou o

mero detentor, que sobre o animal exerce a disponibilidade fáctica; nem há razão para que o intérprete o faça *ubi lex non distinguit*, pois em ambos os casos indicia-se a situação de perigo abstracto que é a motivação da incriminação.
Em **qualquer das duas modalidades de acção típica**, não se exige nenhum outro requisito objectivo, designadamente quanto ao tipo, à dimensão ou à duração do evento, à intensidade ou à consequência das lutas travadas. Em qualquer dos casos a norma incriminadora, associada à conduta típica, presume inelidivelmente o perigo para os bens jurídicos protegidos (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, aí citados). Assim, as lutas entre animais, penalmente típicas, não têm, *v.g.*, de ser anunciadas ou exibidas publicamente, nem sujeitas a apostas ou assistidas por um mínimo de espectadores, embora usualmente assim aconteça. A única exigência para a presunção de perigo, que é afinal a condição substancial da incriminação, consiste em visar-se (na promoção) ou tratar-se (na participação), efectivamente, de uma luta entre animais. O treino de animais perigosos ou potencialmente perigosos, tendo em vista a sua participação em lutas, é sancionado com coima, pelo artigo 38.º n.º 1 al.ª m), do Decreto-Lei sob anotação. Em coerência com a posição antes assumida, no treino de animais, regulado pelo direito de mera ordenação social, são excluídas as condutas que coloquem em luta dois ou mais animais; pois aquele que promova ou participe com animais num *treino* deste tipo já integra o tipo (*Tatbestände*) jurídico-penal, por idêntica ofensividade presumida aos bens jurídicos protegidos.
O **proprietário do animal ou o seu detentor inicial**, que o entregue a outrem para participar numa luta entre animais, ou que, não o tendo facultado com esse fim, após ter conhecimento da intenção do outro indivíduo, pudesse ainda evitar a participação do animal e não o faça, comete o crime em co-autoria, sendo neste último caso por adesão tácita ao plano inicial daquele. Comete o crime por acção, pois, em ambas as situações, com a sua conduta, aumentou ou potenciou o perigo para o bem jurídico ameaçado. **23**
Na **distinção conceptual entre as "duas formas específicas de realização típica" – *acção* e *omissão*** – adere-se ao critério de ilicitude típica e de imputação objectiva, que recorre ao modo como é manifestada a ofensividade face ao bem jurídico (entre nós, FIGUEIREDO DIAS, "Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilicitude e a Culpa", em "Jornadas de Direito Criminal", CEJ, Lisboa, 1983, p. 54, e *op. cit.*, 2004, p. 676, seguindo STRATENWERTH e SAMSON; também assim, ANDRÉ LAMAS LEITE, "As «Posições de Garantia na Omissão Impura». Em Especial, a Questão da Determinabilidade Penal", Coimbra Editora, 2007, pp. 38-39). Este critério normativo-teleológico de ilicitude material é o único que respeita a centralidade do bem jurídico na dogmática penal, porque sendo a omissão normativamente valorada mediante atenuação especial da pena não automática (artigo 10.º n.º 3, do Código Penal), o menor desvalor da omissão face à acção impõe uma distinção objectiva, aferida, funcionalmente, em relação à afectação do bem jurídico, ao invés de uma indicação naturalística relativa à energia física circunstancialmente posta pelo agente na comissão do facto.
Por este prisma normativo-funcional, quer a entrega do animal (um *facere* naturalístico) quer a sua voluntária não recuperação (um *omittere* naturalístico) possibilitam, de igual modo, ao outro indivíduo co-autor, prosseguir activamente a ofensa aos

bens jurídicos protegidos. Dito ainda de outro modo, em ambos os casos, o dono do animal incrementa o risco para os bens jurídicos, com a sua conduta, que consiste em activamente permitir e facilitar (pela entrega ou pelo não impedimento) que o animal participe na luta; ao invés, não se pode afirmar, como se faria caso se tratasse de um modo de agir por omissão, que não tenha diminuído ou eliminado o perigo para o bem jurídico, como lhe competia.

Caso apenas o detentor subsequente tenha tido o domínio do facto, o dono do animal não se exime da responsabilidade penal, sendo punido como cúmplice (por acção), pois é evidente a essencialidade do seu contributo ao facultar o animal.

24 Para a verificação do ilícito-típico objectivo **é irrelevante a espécie animal em causa, ou a sua perigosidade prévia, concreta ou potencial, real ou presumida** (única exclusão vai para os animais selvagens - artigo 2.º n.º 2). Designadamente, quer se tratem, ou não, de animais perigosos ou potencialmente perigosos, como se presume legalmente no caso dos cães pertencentes às raças a que se refere a alínea c) do artigo 3.º (*ex vi* Portaria n.º 422/2004, de 24 de Abril, são o Cão de Fila Brasileiro, Dogue Argentino, *Pit Bull Terrier*, *Rottweiller*, *Staffordshire Terrier* Americano, *Staffordshire Bull Terrier* e *Tosa Inu*).

A perplexidade, evidenciada pelo excurso histórico percorrido nas fontes nacionais, traduz-se no seguinte: A luta entre animais foi prevista inicialmente na Lei n.º 92/95, na "vertente de protecção", surgindo no Decreto-Lei n.º 276/2001 a previsão da luta entre animais de companhia como contra-ordenação, sancionada no artigo 68.º n.º 3 al.ª d), e foi aí mantida mesmo após alteração pelo Decreto-Lei n.º 315/2003, que excluiu do seu âmbito as normas relativas à detenção de animais perigosos ou potencialmente perigosos, no n.º 2 al.ª f) do mesmo preceito legal, nos seguintes termos: "constituem contra-ordenações (…) os espectáculos ou outras manifestações similares que envolvam lutas entre animais de companhia". Todavia, no Decreto-Lei sob comentário, o sancionamento da luta entre animais foi *deslocalizado* para o regime da detenção dos animais perigosos ou potencialmente perigosos. Neste aparente desenquadramento regulativo, pode questionar-se se a inclusão num diploma legal que tem por objecto regular a "criação, reprodução e detenção de animais perigosos ou potencialmente perigosos" (artigo 1.º), pretende, afinal, restringir o objecto da acção penalmente típica à luta entre esses animais. Se assim fosse, seria penalmente atípica a promoção ou participação numa luta entre cães de raça não classificada como potencialmente perigosa, como entre qualquer outro animal não classificado previamente de perigoso, mesmo que no decorrer o revelasse ser (artigo 3.º al.ª b)). Seguindo este entendimento, que não perfilhamos, o modelo legal comportaria dois regimes: um para as lutas entre animais perigosos ou potencialmente perigosos, cuja promoção ou participação seria penalmente punida; outro para as lutas entre os restantes animais, que seriam sancionadas contra-ordenacionalmente. Caso duvidoso seria a luta, mista, entre animal perigoso e outro que o não fosse. Sucede que esta partição, em oposição com a experiência legal anterior, não é sustentada em parte alguma dos trabalhos preparatórios, da discussão parlamentar, da exposição de motivos da proposta de lei ou do preâmbulo do Decreto-Lei aprovado.

Pelo contrário, o que se evidencia na cristalina literalidade da norma é que ela não traz nem faz qualquer distinção quanto ao tipo de animais em causa, pois comete o crime "quem promover ou participar com animais em lutas entre estes". Neste sentido pugnam, decisivas, a *ratio legis* da norma penal e a análise do bem jurídico complexo, numa interpretação conforme à Constituição (cfr. *supra* na análise do bem jurídico). Outro elemento sistemático de interpretação, é colhido no confronto com o artigo 2.º n.º 2 que, versando sobre as espécies animais excluídas ao âmbito de

aplicação deste diploma, refere-se expressamente aos *animais selvagens* (a exclusão dos cães pertencentes às Forças Armadas, às forças e serviços de segurança e de emergência do Estado, não segue um critério "especista"). Ora, aplicando o regime legal restritivo traçado no artigo 1.º, que aparenta excluir todos os animais que não sejam "perigosos ou potencialmente perigosos enquanto animais de companhia", tornaria absolutamente redundante, por inútil, uma subsequente exclusão dos animais selvagens, que não são obviamente animais de companhia.

Pelo que, numa interpretação teleologicamente fundada, é forçoso concluir que a promoção ou participação com animal, anteriormente não perigoso, em luta com outro animal, perigoso ou que o não seja, coloca em risco, *ipso facto,* qualquer um dos bens jurídicos protegidos. Destarte, sem que a inusitada inserção sistemática o faça supor, o objecto da acção típica neste crime não sofre alteração face à anterior previsão contra-ordenacional das condutas; ou seja, as condutas penalmente típicas têm por objecto as lutas entre animais, independentemente da sua perigosidade ter sido previamente revelada, declarada ou presumida.

25 A *fattispecie* inclui uma **cláusula de exclusão da tipicidade**, ou **condição objectiva da exclusão da tipicidade**, que no n.º 3 desta disposição **afasta a tipicidade das condutas, relativamente aos eventos que cumulativamente: revistam carácter cultural (1); garantam a protecção da saúde pública e animal (2); e estejam devidamente autorizados pela Direcção-Geral Veterinária (3).** O cerne da questão está em saber encontrar o ponto de equilíbrio "entre o direito de propriedade dos donos dos animais, a promoção de iniciativas "lúdicas" e a segurança de bens jurídicos essenciais", pelo que "as melhores soluções legislativas deverão procurar uma concordância prática entre os interesses conflituantes" (FERNANDA PALMA, *ibidem*). A ponderação, no quadro da margem de discricionariedade legislativa constitucionalmente consentida, foi favorável aos eventos justificados pela sua natureza cultural, desde que garantida a saúde pública e do animal.

26 Importa fazer, aqui, uma ressalva não despicienda, quanto ao *standard* mínimo de protecção do bem jurídico relativo à protecção dos animais. **Ao prever a garantia da saúde do animal como condição essencial, "desde que garantida a saúde pública e do animal", a norma excludente não permite a autorização, mesmo que fundadas razões culturais o justifiquem, de um evento de lutas entre animais que tenha por finalidade, ou previsível resultado, o sofrimento ou a lesão física de um deles.**

27 Não bastam a adequação social da conduta e as garantias de saúde pública e animal, pois cabe ainda à DGV aferir se, em concreto, estão verificadas essas condições prévias, mediante autorização específica e excepcional, de modo a conferir suficiente grau de certeza e previsibilidade quanto à atipicidade de uma conduta que, *ab initio,* seria penalmente típica.

Em suma, apenas é excluída a tipicidade relativamente ao evento previamente autorizado por decisão da DGV ou por decisão judicial administrativa impugnante, que recaia sobre aquela. A formulação normativa da *Tatbestände* excludente impede uma ponderação ou ratificação, *ex post facto*, mesmo que, num juízo de prognose póstuma, se pudesse concluir pela ocorrência da factualidade cultural, em segurança e preservação da saúde (pressupostos materiais), que teriam permitido a autorização. Assim é, pois a autorização (pressuposto formal), exigida *ex ante facto,* integra o conjunto dos pressupostos cumulativos de exclusão da tipicidade, para garantia efectiva de determinabilidade prévia, quanto ao âmbito material da conduta penalmente típica.

28 A incriminação das lutas entre animais, com esteio axiológico-constitucional, na elevação da perigosidade dos animais participantes nas lutas e da própria raça,

bem como no perigo para a incolumidade e bem-estar dos animais, respeita os parâmetros constitucionais do princípio da necessidade da pena (cfr. *supra* a anotação ao bem jurídico) e do princípio da determinabilidade penal, não resultando da proibição geral qualquer elemento (positivo) de imprevisibilidade (diversamente, FERNANDA PALMA, *ibidem*, "na perspectiva do princípio da necessidade da pena e de um conceito de crime baseado na protecção efectiva de bens jurídicos, a norma incriminadora não parece exprimir densificação suficiente", caracterizando-se como "um tipo excessivamente aberto, susceptível de uma interpretação que delega na autoridade administrativa a decisão sobre a verificação da conduta criminosa").
O único elemento (negativo) de incerteza surge materialmente limitado, não à delimitação positiva do tipo de ilicitude, mas sim à questão da exclusão da tipicidade. Acresce que a incerteza é suscitada pelo requerente e temporalmente limitada à superveniência da decisão provocada da DGV. A qual, enquanto acto administrativo em sentido estrito, encontra-se vinculada aos critérios materiais de legalidade expressa, devendo ser fundamentada nos aspectos vinculados como no intervalo de discricionariedade permitido (artigos 124.º e 125.º, do Código do Procedimento Administrativo); jamais poderá ser considerada uma decisão "em branco", sendo jurisdicionalmente impugnável.
Pois, se a autorização da DGV não merece contestação, por reafirmar, *pro libertatis*, a *ultima ratio* do direito penal; já um eventual reforço específico da proibição geral, mediante prescrição proibitiva, limita-se, quanto muito, a assumir o crime como delito de desobediência, à semelhança do pacificamente aceite quanto a certos crimes ambientais, como a poluição. Neste caso, a desobediência à prescrição da autoridade competente, passa a integrar, *ipsis verbis*, a ilicitude típica, sem mácula na determinabilidade prévia da proibição, geral ou específica.
Em suma, louvando-nos no critério hermenêutico firmado, *ex professo*, na jurisprudência constante do Tribunal Constitucional, com ou sem activação da decisão da DGV, com ou sem reforço específico da proibição penal, a *fattispecie* 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", que constituem, *in casu*, a promoção ou participação em lutas de animais não autorizadas administrativamente, enquanto "núcleo essencial da conduta punível, o seu conteúdo de desvalor a respeito da lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos", é plenamente "revelado na lei penal" (*inter alios*, o ac. n.º 427/95, de 6 de Julho, apreciando normas de diploma legal diverso).

29 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.

30 O crime de "lutas entre animais" 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 duas modalidades de acção típica, mas que são alternativas; (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 "promoção" ou a "participação", mas cujo exaurimento decorre enquanto não terminar a luta entre animais; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores),

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 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. Na modalidade de promoção de luta entre animais, a conduta não tem um objecto de acção; e, na modalidade de participação com o animal em luta, a conduta, tendo um objecto de acção – o animal, este não é um efeito diferenciado da acção e separável desta espácio-temporalmente (H.-H. JESCHECK, "Tratado de Derecho Penal. Parte General", Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1981, p. 355 e p. 375, referindo-se ao resultado em "sentido estrito").

Pode, ainda assim, nesta modalidade de "participação com animal", considerar-se que se trata de (9b) um **crime de resultado quanto à conduta**, mas um crime de perigo quanto ao bem jurídico (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 um "resultado quanto à conduta", no crime de falsificação); sem que isto implique assumir qualquer exigência típica própria dos crimes materiais de resultado, em que este constitui elemento do tipo. Este entendimento é relevante, por consentir a omissão imprópria, ou comissão por omissão (artigo 10.º n.º 2 do Código Penal), se o "resultado", pressuposto pela "cláusula de equivalência" ou "cláusula extensiva da tipicidade", for entendido em termos menos exigentes nos crimes de mera actividade, enquanto mera "intervenção activa sobre um objecto" sem que do mesmo resulte qualquer efeito destacado da acção, como faz GÜNTHER JAKOBS ("*Derecho penal, Parte General, Fundamentos y Teoria de la Imputación*", Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 951, exemplificando o "conduzir de um automóvel" como um "resultado", nesse sentido). Diversamente, ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p. 68, de modo mais sustentado, recorre a um conceito clarificador de "afectação da situação de tranquilidade do bem jurídico protegido" (concordante, FIGUEIREDO DIAS, "Direito Penal – Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime", Tomo 1, Coimbra Editora, 2004, p. 682), para aceitar, a par dos "crimes materiais de dano" e de "perigo concreto", a sujeição à cláusula de equiparação dos "crimes formais de dano", mas não de "perigo abstracto" como aqui sucede (*idem*, *op. cit.*, pp. 313-314).

31 A **tentativa** é punível por indicação expressa do n.º 2 deste preceito legal. Não obstante tratar-se de um crime formal de mera actividade e de perigo abstracto, a tentativa pode ser facilmente configurada naquela constelação concreta de casos em que, mal-grado os esforços envidados pelos agentes, os animais recusaram-se a lutar ou o evento foi interrompido, por razões alheias à vontade daqueles, antes da luta começar. Na primeira modalidade de acção típica, quanto à promoção das lutas, já será mais difícil a representação da tentativa, mas é esse, pelo menos, o caso da tentativa inidónea punível, sempre apreciada à luz de um juízo, *ex ante facto*, de prognose póstuma (artigo 23.º n.º 3, do Código Penal).

32 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. É um tipo legal de comparticipação eventual, sendo possíveis casos de autoria mediata, co-autoria, instigação e cumplicidade.

33 Comete **um só crime** o agente que seja promotor do evento de lutas e participe nele com algum animal. Comete **um só crime** o agente que participe com um animal num evento de luta com outro animal, não obstante a co-autoria aparente quanto ao crime cometido pelo dono deste outro contendor. Comete **um só crime** o agente que participe num evento de lutas entre animais, com mais do que um animal.

– Há uma relação de **concurso efectivo** entre o crime de lutas de animais e os crimes previstos neste diploma legal, de ofensas à integridade física dolosas e ofensas à integridade física negligentes, ou com outros crimes contra a vida ou a integridade física previstos no Código Penal. É certo que "toda a conduta de lesão do bem jurídico supõe uma transição pelo perigo dela", que implica a exclusão desta por consumpção, porém tratando-se de um crime de perigo comum, dirigido a um número indiferenciado e indiferenciável (sendo o perigo abstracto ou presumido) de objectos de acção, a punição do crime de resultado de violação-dano do bem jurídico individual, não afasta a necessidade de tutela antecipada pelo crime de mera actividade de perigo-violação, quanto aos demais bens jurídico-penais (HONIG, *apud* Eduardo Correia, concordante, "A teoria do Concurso em Direito Criminal", Almedina, Coimbra, 1996, 138); acresce, *a pari*, a protecção do bem jurídico relativo à protecção dos animais, não contemplado naqueles crimes.

– Há **concurso aparente** quando a mesma infracção constitua crime e contra-ordenação, sendo o seu autor punido apenas pelo crime (artigo 36.º n.º 3).

– Há **concurso aparente** entre o crime e as contra-ordenações previstas neste e noutros diplomas legais, cuja violação constitua elemento do crime, que são necessariamente consumidas pela incriminação porque não é permitida a dupla valoração; mas já não, sendo o **concurso efectivo**, face àquelas normas de cuidado, detenção e circulação do animal, autónomas, embora com conexão objectiva ou subjectiva, que não se integram na mesma unidade de acção.

– Em especial, o **concurso é aparente** com a contra-ordenação prevista no artigo 38.º n.º 1 al.ª m), pois o treino do animal tendo em vista a participação em lutas com outro animal, trata-se de um acto instrumental, com tutela contra-ordenacional antecipada e subsidiária da incriminação.

34 Os comportamentos descritos no n.º 1 deste tipo legal são puníveis com pena de **prisão até 1 ano** ou com pena de **multa**.

Na fixação da **medida concreta da pena** releva, também, o resultado concreto quanto à lesão ou ao perigo de lesão dos bens jurídicos tutelados (*v.g.* a morte ou a ofensa à integridade pessoal; a morte ou o ferimento do animal), com o limite de não poderem ser duplamente valorados os mesmos factos na punição por outra incriminação (*v.g.* homicídio ou ofensa no primeiro caso; ou dano no segundo), o que constituiria uma violação ao princípio constitucional *ne bis in idem* (artigo 29.º n.º 5, da Constituição da República).

35 No caso de concurso aparente entre crime e contra-ordenação, sendo o seu autor punido apenas pelo crime, poderão ser-lhe aplicadas as **sanções acessórias** previstas para a infracção criminal ou para a infracção contra-ordenacional (artigo 36.º n.º 3, deste Decreto-Lei).

Não obstante a referência expressa às "sanções acessórias previstas para a infracção criminal", incompreensivelmente as mesmas não se vislumbram no texto deste diploma legal.

Caso ocorra a aludida sobreposição entre crime e contra-ordenação, nenhuma dificuldade existe, pois aplica-se a pena prevista para o crime e sanção acessória prevista para a contra-ordenação. As dificuldades práticas surgem quando não se verifique nenhuma contra-ordenação (ou não se prove ter verificado), em que teríamos que concluir pela insusceptibilidade, por exemplo, da perda a favor do Estado dos objectos e animais participantes na luta, pertencentes ao agente (artigo 40.º al.ª a) deste Decreto-Lei); quando o mero treino de animais (perigosos ou potencialmente perigosos), já o permitiria, por integrar a prática de contra-ordenação (artigo 38.º n.º 1 al.ª m)). O inadimplemento sancionatório parece total

no caso de nenhum treino ter ocorrido (ou provado ter ocorrido) anteriormente à luta, impedindo, na prática, a aplicação da respectiva sanção acessória.
Perante aquela que seria uma notável contradição valorativa interna e consequente lacuna sancionatória (a perda a favor do Estado do animal que treina para lutar mas já não do animal que luta) e presumindo que o legislador "consagrou as soluções mais acertadas" como é mister do intérprete (artigo 9.º n.º 3, do Código Civil), *quid inde*?
Parece-nos que, encontrando-se expressamente ressalvada a aplicação das disposições legais específicas reguladoras da protecção dos animais de companhia (artigo 2.º n.º 1, do Decreto-Lei sob anotação), a solução reside na aplicação, em concurso aparente, da contra-ordenação prevista no artigo 68.º n.º 2 al.ª f), do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17 de Dezembro, que pune "os espectáculos ou outras manifestações similares que envolvam lutas entre animais de companhia", pelo menos a título de negligência; o que permitirá, então, aplicar ao caso, consoante a gravidade e a culpa concretas, todas as sanções acessórias previstas no artigo 69.º do referido diploma legal, designadamente "a perda a favor do Estado de objectos e animais pertencentes ao agente utilizados na prática do acto ilícito".

Artigo 32.º
Ofensas à integridade física dolosas

1. Quem, servindo-se de animal por via do seu incitamento, ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
2. Se as ofensas provocadas forem graves a pena é de 2 a 10 anos.
3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 a 5)
O tipo objectivo: Acção típica (anotação 6)
O incitamento do animal (anotação 7)
A espécie de animal (anotação 8)
A qualificação pelo uso de animal perigoso (anotação 9)
O resultado danoso (anotação 10)
O nexo de imputação objectiva do resultado à acção (anotação 11)
A acção e a omissão (anotação 12)
A comissão por omissão (anotação 13)
O dever de garante (anotação 14)
A acção esperada (anotação 15)
A capacidade de acção (anotação 16)
O nexo de imputação objectiva do resultado à omissão (anotação 17)
A classificação do crime (anotação 18)
O tipo subjectivo (anotação 19)
As causas de justificação (20)
A tentativa (anotação 21)
A comparticipação (anotação 22)
O concurso (anotações 23 a 25)
A pena (anotação 26)
As sanções acessórias (anotação 27)
A natureza procedimental pública (anotação 28)

A **fonte** legal é a Lei n.º 82/2009, de 21 de Agosto, que autoriza o Governo a criminalizar os comportamentos correspondentes à promoção ou participação **1**

com animais em lutas entre estes, bem como a ofensa à integridade física causada por animal perigoso ou potencialmente perigoso, por dolo ou negligência do seu detentor. Resultou da aprovação da Proposta de Lei do Governo n.º 224/X-4.ª. A autorização legislativa foi concedida ao Governo para definir ilícitos criminais a ofensa à integridade física de pessoa causada por animal, por dolo do seu detentor (artigo 1.º); com o sentido de criminalizar as ofensas à integridade física causadas por animal, por dolo do seu detentor, sendo a pena agravada se do facto resultarem ofensas graves à integridade física e sendo punível a tentativa (artigo 2.º); com limite da pena nos 10 anos de prisão (artigo 3.º).

2 O crime tem como fonte, quanto ao tipo simples, o artigo 143.º n.º 1, do Código Penal, que prevê como crime a ofensa à integridade física simples; quanto ao tipo agravado, o artigo 144.º do Código Penal, que prevê como crime a ofensa à integridade física grave.

Remete-se para o excurso histórico-normativo referido a propósito das fontes do artigo 31.º. Em especial, para o Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Outubro, que sancionou como contra-ordenação a violação do dever de cuidado que crie perigo para a vida ou integridade física de outrem (artigo 68.º n.º 3 a) da redacção original, ou n.º 2 al.ª a) da redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17 de Dezembro), na medida em que a insuficiência do regime sancionatório contra-ordenacional anterior é invocado nos trabalhos preparatórios como motivação para a neoincriminação.

3 **Bem jurídico:** Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a integridade pessoal, incluindo a saúde física e psíquica, na vertente de crime de dano exigindo a lesão efectiva desse bem jurídico, sendo a protecção agravada pela gravidade do resultado danoso e pelo resultado de perigo para a vida. Neste último caso, a tutela penal por antecipação do perigo concreto, dirige-se à protecção da vida (artigo 144.º al.ª d) do Código Penal).

Da sobredita Proposta de Lei n.º 224/X, resulta evidente, como motivação da incriminação, a preocupação com a insuficiência dos recursos legais vigentes: "decorridos quatro anos sobre a publicação deste último diploma legal, verifica-se que a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não é eficaz para a sua prevenção"; pelo que, para "garantir que as sanções aplicáveis aos detentores de animais que causem lesões físicas a pessoas são um meio eficazmente dissuasor à sua prática, pretendem-se criminalizar expressa e claramente as ofensas à integridade física humana causadas por animal, quer a título doloso, quer a título negligente por parte do seu detentor".

Na discussão parlamentar na generalidade desta Proposta de Lei, afirmou o Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, que "apesar de toda a legislação que este Governo já adoptou, continuam a verificar-se neste país casos preocupantes de ataques violentos de animais a pessoas" (DAR, I Série, número 23, de 6 de Dezembro de 2008). O que seria reafirmado pelo preâmbulo do presente Decreto-Lei, onde se conclui que "a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não é factor de dissuasão suficiente para a sua prevenção, pelo que se entendeu como adequado tipificar tais comportamentos expressa e claramente como crime". Segundo o Deputado MANUEL RODRIGUES, "com esta clarificação da lei, vem o Governo aplicar «mão pesada» a quem tem um comportamento hostil para com a sociedade, porque não podemos continuar a assistir às situações lamentáveis de famílias destroçadas, de vidas arruinadas e mesmo perdidas em alguns casos, devido a esses actos e comportamentos de alguns cidadãos", sendo "o apelo do legislador para uma nova

cultura de responsabilidade na detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos" (ainda a citada discussão parlamentar).
Para FERNANDA PALMA (*ibidem*), "o quadro justificado desta legislação" consiste na "explicitação dos deveres de controlo e domínio, delimitando crimes dolosos e negligentes contra as pessoas e contribuindo para a uniformização de eventuais respostas jurisprudenciais díspares", correspondendo "a uma opção de política social que visa salvaguardar bens tão importantes como a vida e integridade física dos cidadãos", que "é justificada pelo aumento de visibilidade de agressões provocadas por animais num passado recente, que têm causado significativo alarme social".
Não se pode afirmar, *ex rigore iuis*, que se tenha verificado a **neocriminalização das condutas** previstas nesta norma; nem sequer uma **clarificação legal da tipicidade** das mesmas, que já se encontravam previstas nos artigos 143.º n.º 1 e 144.º, do Código Penal. Consoante julgamos saber, sempre foi incontroversa, doutrinal e jurisprudencialmente, a punibilidade em autoria material, da ofensa cometida com recurso à instrumentalização de animais; mais que não seja, enquanto *coisa* ou meio perigoso, à luz da perspectiva utilitarista dominante (cfr. anotação n.º 13 ao artigo 31.º). É questionável, *prima facie*, à luz dos princípios da necessidade da pena e da legalidade, a autonomização das ofensas corporais cometidas com animais, quando muitos outros instrumentos perigosos podem ser utilizados para atentar contra a integridade física; *brevitatis causa*, a destrinça material, que pode justificar a intervenção legislativa, reside no "factor de risco acrescido" decorrente da "fácil perda de controlo de uma fonte de perigo que tem alguma autonomia em relação ao agente humano" (assim, FERNANDA PALMA, *op. cit.*). Não obstante, as parcas diferenças recenseadas, que em seguida analisaremos, somos forçados a concluir pelo carácter eminentemente simbólico da autonomização; mediante uma duplicação, *ad-hoc*, incompleta ou imperfeita, em favor de pretensas exigências de tutela, quanto à factualidade criminológica enunciada. **4**
Por consequência, se a autonomização é ainda apoiada na função essencial de protecção de bens jurídicos, *maxime* no que se refere à finalidade de prevenção geral positiva, visando o reforço da confiança dos cidadãos e da paz jurídica comunitária abalada pelo crime (como o será, a final, após a reposição contrafáctica da norma jurídica violada); o "refrescamento" não deixa de incorrer na falácia da multiplicação dos "nichos de prevenção", autonomizando artificialmente da própria *Tatbestand* matriz, um pequeno "nicho", com as evitáveis dúvidas hermenêuticas suscitadas pela imperfeita "clonagem normativa". Algumas perplexidades teriam sido evitadas, operando a mera remissão para o crime original do Código Penal (concordante, quanto à preferência pela mera remissão, FERNANDA PALMA, *op. cit.*), eventualmente, alterando as condições de procedibilidade e clarificando as circunstâncias agravantes, em função da ilicitude e da culpa, quando a especificidade da conduta, do resultado ou do seu desvalor, efectivamente o justificassem.
A **motivação da incriminação** não pressupõe, já o dissemos, a perigosidade prévia do animal, concreta ou presumida. Designadamente, não pressupõe que o animal se inclua numa das raças de cães classificadas como potencialmente perigosas, pois a norma presume que, no decurso da agressão, a perigosidade é necessariamente revelada ou potenciada. O que tem apoio no texto legal, no preâmbulo do diploma e na discussão parlamentar; sendo que o bem jurídico protegido carece de idêntica tutela, em ambas as situações, pelo que a distinção seria materialmente desconforme ao princípio constitucional da igualdade (artigo 13.º da Constituição). Com efeito, são inconcebíveis quaisquer razões axiológico-constitucionais para distinguir o dano na integridade física provocado por animal perigoso ou potencialmente perigoso, daquele que o seja por qualquer outro animal, cuja perigosidade concreta ou potencial **5**

não se tenha anteriormente revelado; pelo que se impõe uma interpretação conforme à Constituição, sem distinções, que tem no texto da norma inteira correspondência. Efectivamente, na exposição preambular refere-se, *ex professo*, a aplicabilidade, pelo menos, a todos os animais de companhia, na afirmação "que a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não é factor de dissuasão suficiente para a sua prevenção, pelo que se entendeu como adequado tipificar tais comportamentos expressa e claramente como crime". A propósito desta questão, relativa à inserção sistemática de um crime de ofensas cometidas com recurso a animal, sem distinguir, num diploma que aparentemente limita o seu objecto à disciplina dos animais perigosos ou potencialmente perigosos, remete-se para o já se disse nas anotações n.º 9 e 24, ao artigo 31.º.

6 O **tipo objectivo simples** consiste em produzir uma ofensa no corpo ou na saúde de outra pessoa, nas dimensões física e psicológica, servindo-se para o efeito de um animal, pela via do seu incitamento. O modo de execução da acção típica de base é, assim, duplamente vinculado: por um lado, o agente serve-se de um animal e, por outro, incita-o contra outra pessoa.

O **tipo objectivo agravado**, congruente com o agravamento da ilicitude que decorre do maior desvalor do resultado, consiste em provocar uma "ofensa grave", tal como prevista pelo artigo 144.º, do Código Penal (subsidiariamente aplicável *ex vi* artigo 34.º): a privação de importante órgão ou membro, ou desfiguração grave e permanente (al.ª a)); a perda ou afectação, de maneira grave, da capacidade de trabalho, das capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou da possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem (al.ª b)); doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável (al.ª c)); perigo para a vida (al.ª d)).

7 **Servindo-se de animal por via do seu incitamento** é o acto de instigar, excitar, provocar ou estimular, que, tendo por objecto a utilização de um animal, pre-ordenada a ofender a integridade física de outrem, inclui no seu âmbito todas as ordens, palavras, vocábulos, ruídos, sons, gestos, imagens, contacto físico ou qualquer outra forma de expressão, que de acordo com a concreta natureza do animal, o seu temperamento, adestramento, ou qualquer outro modo de condicionamento comportamental, sejam adequados a desencadear a agressão, mesmo se em concreto não o tenham sido (seguindo as regras da imputação objectiva; cfr. *infra*).

Ao invés do que usualmente sucede, mais do que restringir o comportamento punível, a descrição da acção típica visa, tão-só, dirimir as dúvidas que eventualmente subsistissem quanto ao modo (e mesmo à possibilidade) de cometimento da ofensa pelo uso de animal (cfr. *supra*, a análise do bem jurídico, na teleologia da autonomização). *Primo*, autonomizando esse "nicho de punibilidade" que é o uso do animal como meio perigoso de cometimento dos factos, *secundo*, quanto ao incitamento, clarificando que é a "capacidade ofensiva específica" do animal que justifica a autonomização da incriminação, não bastando, *v.g.*, o seu arremesso contra o corpo de outra pessoa. Aliás, parece-nos evidente que a concretização da acção típica – "incitamento", que não constava do texto inicial da Proposta de Lei n.º 224/X, responde directamente à crítica do Parecer do Conselho Superior da Magistratura (apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, DAR, II Série A, n.º 149, de 4 de Julho de 2009, p. 6), assim colocada: "Este conceito de «servir-se de animal» parece ser demasiado aberto para o direito penal, em particular para o direito penal especial que está em causa. Seguramente não se pretende incriminar a conduta de quem usa um animal como objecto de arremesso. Tal crime estaria punido no direito penal geral. Assim, nesta lei, pretender-se-á incriminar a conduta de quem

usa o risco de perigosidade e a capacidade ofensiva específica de um animal. Mas isso não é traduzido na expressão genérica «servir-se de»". Confirma-se, assim, que a descrição típica, mais do que restringir o comportamento punível, pretende exemplificar qual ele seja; até porque se mostra residual (e até insondável para nós) outro modo de instrumentalizar o animal, na teleologia normativa de "capacidade ofensiva específica", que não seja mediante o seu efectivo incitamento.

8 Para além da exclusão dos animais selvagens, previstos no artigo 2.º n.º 2, a norma incriminadora não restringe o seu âmbito de aplicação quanto à **espécie do animal que é utilizado e incitado**. Designadamente, não exige que o animal incitado se tenha revelado, declarado ou presumido, previamente, "perigoso ou potencialmente perigoso"; designadamente por pertencer a uma raça de cães classificada legalmente como tal. Não obstante a inserção sistemática o poder fazer supor (cfr. anotações n.º 9 e 24 ao artigo 31.º e a anotação n.º 5 a este artigo).

São excluídos deste regime legal, incluindo da incriminação específica, os factos cometidos com uso de cães das Forças Armadas e das forças e serviços de segurança e de emergência do Estado (artigo 2.º n.º 2). Pelo que lhe continuam sujeitos todos aqueles que pertençam a qualquer outro serviço ou força pública, como sucede, *inter alia*, com a guarda florestal, a guarda prisional ou a polícia municipal, que não constituem serviço de emergência nem força de segurança (artigo 25.º, *a contrario sensu*, da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto). De igual modo, apenas os animais pertencentes àquelas forças são excluídos, não os seus agentes, cujos animais que detenham particularmente serão abrangidos. Finalmente, se os animais desses serviços e forças forem usados por terceiros com quebra do vínculo oficial e da detenção específica, julgamos que lhes deve ser aplicado este regime.

9 Pelo contrário, o **servir-se de animal perigoso ou potencialmente perigoso**, nem sequer será, em regra, subsumível a este crime, outrossim integrará a prática do tipo qualificado, pelo uso de um meio particularmente perigoso (artigo 145.º, n.º 1 e n.º 2, com referência ao artigo 132.º n.º 2 al.ª h), ambos do Código Penal).

A este propósito ressalta, na incriminação, a contradição interna, na teleologia de reforço de bens jurídicos e de fortalecimento da confiança comunitária na sua protecção, entre a autonomização da ofensa grave (artigo 32.º n.º 2), mera duplicação por remissão do crime de ofensa grave (artigo 144.º, do Código Penal), e a omissa autonomização ou valorização da qualificação pela culpa, essa sim, com ligação directa à perigosidade do meio empregue – o animal perigoso, para o qual se pretende dirigir um regime legal *in totum* (artigo 1.º). Designadamente, olvida-se mencionar, mesmo que por remissão, a utilização de animal perigoso para cometer o facto, como factor susceptível de revelar a especial censurabilidade (artigo 132.º n.º 2 al.ª h), *ex vi* artigo 145.º, do Código Penal). Teria tido ao menos o mérito de clarificar, pela concretização da qualificação, o que nem sequer sucede nas situações, já antes tabeladas, de ofensa grave. É que se qualquer animal, por se tratar de um instrumento não completamente dominado ou dominável pela vontade humana, pode ser considerado um "meio perigoso"; já os "animais perigosos" no sentido regulado neste diploma legal, em função de comportamentos agressivos, precedentes ou congénitos, constituem um "meio particularmente perigoso", pelo acréscimo do risco e gravidade das consequências para os bens jurídicos. Destarte, a desatenção do legislador não deve constituir motivo bastante, para que o julgador se distraia na subsunção, *motu proprio*, ao tipo qualificado de culpa; quando a especial censurabilidade indiciada pelo "exemplo padrão", se comprove pelo uso de animal perigoso (cfr. *infra* n.º 23).

10 O **resultado danoso** é a ofensa na saúde ou no corpo de outra pessoa. Por ofensa no corpo deve entender-se toda a lesão "através da qual o agente é prejudicado no

seu bem estar físico de uma forma não insignificante" (ESER e MAIWALD, *apud* PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, Tomo 1, 1999, p. 205 e p. 207"). Sem olvidar que a "cláusula restritiva de inadequação social" (FIGUEIREDO DIAS, "Direito Penal (Sumários)", Coimbra, 1975, p. 153), deve ser apreciada segundo critérios objectivos, como a duração e a intensidade do ataque ao bem jurídico ou a carência de tutela penal (PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*).

Por ofensa à saúde deve considerar-se "toda a intervenção que ponha em causa o normal funcionamento das funções corporais da vítima, prejudicando-a" (MAIWALD, *apud* PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*), seja numa dimensão física como psicológica, seja por criação ou agravamento dum estado patológico antecedente.

11 **Nexo de imputação objectiva do resultado à acção:** Como em qualquer crime de resultado, a acção típica deve ser a causa concreta do "resultado desvalioso" (concepção do ilícito objectivo), por aplicação da "teoria das condições equivalentes" (critério das leis científico-naturais); deve ser uma causa adequada, à luz da "teoria da adequação social" (designação mais apropriada que "teoria da causalidade adequada"; também assim, TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 108), ou seja, idónea de acordo com as regras da experiência social. A adequação da acção é apreciada, segundo um juízo *ex ante*, de prognose póstuma, colocando-se o aplicador no momento histórico da conduta do agente, de acordo com o conhecimento resultante, objectivamente, da experiência comum e, subjectivamente, dos conhecimentos especiais do agente (por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit*, p. 69).

Questão diversa, complementar mas subsequente, é aquela que, ao nível do elemento subjectivo do tipo, exige o conhecimento do processo causal e da adequação da conduta, tipicamente descritos, e a vontade dos realizar; implicando que o erro de representação do agente quanto a esses factos exclua o dolo (cfr. *infra*); pois o processo causal deve ser dominado, ou dominável (na omissão), pela vontade humana.

Exigindo-se que o resultado tenha sido, em concreto, causado pela acção do agente, faz com que a intervenção da vítima ou de terceiro, não previsível por aquele, interrompa o nexo causal.

As "teorias de conexão do risco" (entre nós, FIGUEIREDO DIAS, "Textos de Direito Penal", Coimbra, 2001, pp. 64 ss.; *op. cit.*, 2004, p. 695), visam superar as eventuais limitações da "teoria da adequação", preconizando a imputação do resultado à acção, quando, cumulativamente, "o agente tenha criado um risco não permitido ou tenha potenciado ou aumentado um risco já existente; e, depois, que esse risco tenha conduzido à produção do resultado concreto".

O nexo de imputação objectiva no tipo de ilícito sob análise, traduz-se unicamente em imputar a ofensa à integridade, simples ou grave, ou o perigo para a vida (artigo 144.º al.ª d), do Código Penal) à utilização do animal pelo seu incitamento; a qual, descrita no tipo, deve ter constituído causa adequada da ofensa, criando ou aumentando um risco preexistente e que conduziu à produção da ofensa.

12 Na distinção conceptual entre as "duas formas específicas de realização típica" – ***acção* e *omissão***, é irrelevante o *facere* ou o *omittere* naturalísticos, pois comete o crime por acção aquele que incrementa o risco para os bens jurídicos e por omissão quem não tenha diminuído ou eliminado o perigo para o bem jurídico, como lhe competia (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1983, p. 54, *op. cit.* 2004, p. 676, seguindo STRATENWERTH e SAMSON; também assim, ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, pp. 38-39). Este critério normativo-teleológico de ilicitude material é o único que respeita a centralidade do bem jurídico na dogmática penal, porque sendo a omissão normativamente valorada mediante atenuação especial da pena não automática (artigo 10.º n.º 3, do Código Penal), o menor desvalor da omissão face à acção

impõe uma distinção objectiva, aferida, funcionalmente, em relação à afectação do bem jurídico, ao invés de uma indicação naturalística relativa à energia física circunstancialmente posta pelo agente na comissão do facto.
Age, assim, por **omissão** o proprietário do cão que assiste, impávido, à perseguição que este enceta a uma pessoa, incitado por terceiro ou movido por instinto próprio, nada fazendo para impedir que o animal morda essa pessoa, o que vem a suceder, quando podia simplesmente chamá-lo e agarrá-lo; pois não diminuiu ou eliminou o perigo para o a integridade física de terceiro, como lhe competia.
A punibilidade da **comissão por omissão** decorre da "cláusula extensiva da tipicidade" ou "cláusula de equivalência", prevista no artigo 10.º n.º 1 do Código Penal, que pressupõe, cumulativamente: (1) a titularidade de um dever de garante por banda do omitente; (2) a situação típica e o inadimplemento da acção esperada; (3) a possibilidade fáctica de omitente intervir; e (4) o nexo de imputação objectiva do resultado à acção. **13**
Tratando-se de um crime de execução vinculada, ou de processo causal típico, importa aferir se isso constitui impedimento à equivalência entre a acção e a omissão, como refere parte da doutrina. Entendemos que, neste crime, a conduta pode ser realizada por acção ou por omissão (*rectius*, comissão por omissão), pois, não obstante tratar-se de um crime de execução vinculada, isso não constitui impedimento absoluto à equiparação (concordantes, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1983, p. 55, ANDRÉ LAMAS LEITE, *op cit*, p. 317, TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, 438-439; ou PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit.*, 2005, p. 1038). Com efeito, nos crimes de execução vinculada a equivalência "far-se-á sempre que, através de uma «autónoma valoração ético-social», se chegue à conclusão que, no caso, o desvalor da omissão é semelhante ao da acção" (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1975, p. 136; *op. cit.* 1983, p. 55). Assim sucede, justamente, com esta *fattispecie*, objectivamente mais clarificadora e indicativa, do que propriamente restritiva, quanto ao modo (possibilidade) de cometimento da ofensa pelo uso de animal (cfr. anotação n.º 7 *supra*); pelo que, a "vinculação" da acção típica, assim caracterizada, não é argumento bastante para afastar o desvalor da omissão, que é em tudo semelhante ao desvalor da acção. Mesmo reflectindo as exigências de determinabilidade que decorrem do princípio da tipicidade, na imposição de um resultado que tenha sido produzido "sob a forma tipicamente exigida pelo delito de acção" (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.* 2004, p. 688), certo é que, o essencial da descrição típica que integra este *delito de acção*, ou seja, a produção de uma ofensa mediante o uso de animal enquanto meio perigoso, verifica-se plenamente na modalidade comissiva por omissão.
Para quem, *ex adverso*, advogue um absoluto e irremovível impedimento à equiparação para os crimes de execução vinculada, por entender, *ex vi* artigo 10.º n.º 1, *in fine*, do Código Penal, que é sempre "outra a intenção da lei" nesses casos (também assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 72, seguindo CAVALEIRO FERREIRA e GERMANO MARQUES DA SILVA), não restará outro caminho que não seja a punibilidade pelas normas incriminatórias gerais (artigos 143.º n.º 1 e 144.º, com referência ao 10.º n.º 1, todos do Código Penal), visto que são ambas de execução livre (concordante, FERNANDA PALMA, *ibidem*, após afastar a omissão imprópria com aquele fundamento, pois "a alternativa paradoxal seria o diploma acabar por descriminalizar, enquanto norma especial, as ofensas corporais praticadas através de animais, mas em que a expressão servindo-se não correspondesse à conduta concretamente realizada", porém "esse resultado seria absurdo, visto que o legislador pretende aumentar a protecção jurídica contra as agressões de animais").

14 O **"dever de garante"** (1), face ao perigo de lesão de um bem jurídico, é estruturante da equiparação e deriva da "posição de garante", em que o agente está investido devido a determinadas circunstâncias que pessoalmente o afectam. O relevo da distinção é que o erro sobre a "posição de garante", é um erro de representação sobre a factualidade, resolvendo-se nos quadros do artigo 16.º, n.º 1 e n.º 3, do Código Penal; enquanto o erro sobre o "dever de garante", é um erro sobre a valoração, resolvendo-se ao nível da culpa nos termos do artigo 17.º, do Código Penal (assim também, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit*, 1983, p. 55). A posição de garante em que o proprietário ou o detentor do animal estão investidos, corresponde à obrigação jurídica de controlar a fonte de perigo sobre que tem a disponibilidade fáctica e evitar a lesão de bens alheios, constituindo uma concretização do princípio da confiança, que "encontra o seu fundamento material no princípio da auto-responsabilidade de terceiros" (FIGUEIREDO DIAS, *apud* ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p. 269). Ou seja, a confiança no controlo e neutralização dos perigos originados pelas fontes na disponibilidade dos titulares de posições de garantia, podendo a sociedade "«legitimamente» esperar que (tenha ou não havido uma actuação precedente perigosa do garante) tudo façam para que a fonte de perigo no seu específico «campo de risco», não venha a lesar bens jurídicos alheios" (ANDRÉ LAMAS LEITE, *ibidem*).

As situações de domínio sobre as "causas de perigo", entram na constelação de casos em que a omissão é equiparada à acção. O animal perigoso ou potencialmente perigoso é, *ipso facto*, uma "fonte de perigo", tendo o artigo 11.º deste Decreto-Lei assinalado a posição de garante do seu detentor, que "fica obrigado ao dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais"; mas qualquer animal pode ser considerado uma "causa de perigo" pela sua irracionalidade e não ser completamente dominado pela vontade humana, pelo que esse dever já existia quanto a qualquer animal de companhia, incumbindo, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 276/2001, "ao detentor do animal o dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas"; prescreve ainda o artigo 502.º do Código Civil, que aquele que "no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização" (acrescem diversas normas relativas à circulação, contenção e guarda dos animais, ou do seu treino adequado que confirmam esta posição de garantia).

A exigência de um dever de garante pela "cláusula de equivalência", não quer dizer que o crime comissivo por omissão passe a ser um "crime específico", por referência ao respectivo crime comissivo por acção que o não era, pois qualquer pessoa investida na posição de garantia o pode cometer, independentemente de determinadas relações pessoais, profissionais ou de relação com a vítima (*idem, op. cit.*, pp.127-128).

15 A **"acção esperada"** (2) consiste em evitar a lesão ou diminuir o risco de que suceda, empreendendo todos os esforços necessários, mediante a escolha do meio mais adequado. Assim, o inadimplemento tanto pode consistir num mero *omittere* como num *facere* que não satisfaça as exigências esperadas de diminuição de risco. No exemplo dado, se o agente abandona o local ou se limita a chamar o cão em voz baixa e tom não assertivo, o seu *facere* naturalístico, por desadequação ou insuficiência, não corresponde às exigências do mandato, continuando a verificar-se o comportamento comissivo por omissão.

16 A **"capacidade de acção"** (3) deve ser aferida *ex ante facto*, de acordo com as reais possibilidades do agente em intervir para "desencadear voluntariamente" o processo

de salvaguarda do bem jurídico ameaçado (JAKOBS, *apud* ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p. 89). Por exemplo, o afastamento fáctico retira, ou reduz, a capacidade de agir. Assim sucederá, *v.g.*, se o proprietário do animal estiver no estrangeiro e o animal fugir do *hotel canino* onde ficara fora alojado. A capacidade do agente é aferida por um critério de base objectiva, que atenda à posição de um homem médio, colocado naquela situação, quanto à acção a empreender e à selecção dos meios, no que se inclui o apelo à colaboração de terceiros mais qualificados ou mais próximos. No caso dado, *v.g.*, contactando o hotel canino ou as autoridades locais pelo telefone.

Finalmente, o **"nexo de imputação objectiva"** (4), traduz-se na "adequação hipotética" da conduta omitida para evitar o resultado, a que alude o artigo 10.º n.º 1, do Código Penal. É duvidoso que o resultado esteja, nos crimes materiais, entendido no seu sentido técnico, como "alteração externa espácio-temporalmente distinta da conduta", mas antes como "afectação da situação de tranquilidade do bem jurídico protegido" (assim, ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p. 68; concordante, FIGUEIREDO DIAS, op. cit. 2004, p. 682). De acordo com a "teoria da conexão do risco", optimizada para a imputação objectiva nos crimes omissivos e nos crimes negligentes, há que determinar se a acção esperada, devida e de que o agente era capaz, "teria diminuído o risco de verificação do resultado típico" (ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p. 101 e 104, seguindo FIGUEIREDO DIAS), sem que se exija uma forte probabilidade ou certeza de que lograria evitar esse resultado. O limite mínimo é fixado pelo "comportamento lícito alternativo" que exclui a imputação; ou seja, no caso de se apurar que, não obstante a realização da acção devida, a lesão no bem jurídico se teria igualmente produzido, o resultado não é imputável à omissão. **17**

No primeiro exemplo dado, o proprietário do cão realiza o tipo objectivo do crime de ofensas dolosas à integridade física de modo comissivo por omissão; porquanto, omitiu a acção esperada, devida e de que era capaz – ter chamado o cão e tê-lo agarrado, sendo esta uma conduta adequada a evitar o resultado, porque teria contribuído para diminuir o perigo de lesão do bem jurídico, sem que se possa dizer que mesmo que chamasse e agarrasse o animal (comportamento lícito alternativo) ele teria igualmente agredido essa pessoa (resultado).

A medida do risco suportada pelo garante, que é exigida na implementação da acção defensiva varia, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tendo em consideração, *inter alia*, o relevo do bem jurídico protegido, o nível de lesão expectável, as aptidões especiais do garante para controlar o risco, o eventual contributo deste (negligente) na criação do perigo, o seu eventual dever profissional ou institucional de protecção de bens jurídicos (concordante, em parte, TAIPA DE CARVALHO, *op. cit*, p. 414). Assim delimitado, basta que o garante cumpra o "*standard* mínimo de dever", mesmo que outros meios mais eficazes possam existir (*idem, op. cit.*, pp. 91-93), pois não se exige mais nem menos do que o *facere* socialmente adequado. Este é o reverso, na omissão, da "teoria da adequação", impregnada da vertente inter-relacional do Estado de Direito solidarista que, aqui, cumpre uma autêntica "função social de promoção ou de propulsão" de bens jurídicos e de valores sociais (ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, p. 115).

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 (diversamente, FERNANDA PALMA, *ibidem*, com dúvidas quanto ao dolo necessário ou eventual, pela exigência típica do acto voluntário de *incitamento*). **18**

A execução vinculada "servindo-se de animal pela via do seu incitamento", não se confunde com o elemento subjectivo do tipo de ilicitude, pois não obstante realizar, objectivamente, a acção vinculada descrita no tipo, pode o agente agir com dolo necessário ou eventual, no caso de, subjectivamente, não ser sua intenção directa provocar a agressão. É verdade que, na generalidade dos casos, o dolo dificilmente será necessário, mas em virtude do imponderável grau de autonomia do animal, face ao incitamento humano precedente (salvo treino ou acondicionamento muito rigoroso). O incitamento inculca a ideia de dolo directo que será, naturalmente, a regra, mas é igualmente configurável uma situação de dolo eventual, naquele caso em que o agente, sem ter a intenção de agredir alguém, *v.g.* para se divertir numa "brincadeira de mau gosto", incita o animal num local público, admitindo como possível a agressão de outra pessoa e conforma-se com esse resultado.

Trata-se de "dolo de dano" quanto às ofensas simples e às graves e, compositamente, com "dolo de perigo" quanto à vida, no artigo 144.º al.ª d); se quanto à lesão da integridade se verificam os elementos objectivo e subjectivo do dolo, já quanto à lesão do bem jurídico vida se exclui o elemento volitivo, pois, quanto a este, o agente apenas aprova ou se conforma com a entrada na situação de perigo (cfr. RUI PEREIRA, "O Dolo de Perigo", Lex, Lisboa, 1995, pp. 64-65). Neste caso, o autor age com dolo de dano quanto à ofensa e com dolo de perigo quanto à vida, numa "associação típica entre dano e perigo" (a expressão é de RUI PEREIRA, *op. cit.*, 1995, pp. 129-130, referindo-se à redacção originária do artigo 143.º al.ª c), do Código Penal de 1982).

Por se tratar de um crime de execução vinculada, quer o erro de representação ou o erro-ignorância sobre o processo causal quer o erro de representação sobre a adequação da conduta, designadamente por desconhecimento do agente sobre a aptidão desta para incitar o animal e provocar uma agressão (*v.g.* o agente que usa pela primeira vez um apito para chamar o seu cão, junto a um grupo de crianças, e que, inesperadamente, estimula o animal de tal forma que ele morde uma delas), exclui o dolo nos termos do artigo 16.º n.º 1 e n.º 3, do Código Penal, ressalvando a punibilidade da negligência, verificados os respectivos pressupostos (v.g. artigos 15.º e 148.º n.º 1, do Código Penal).

Caso o agente se encontre, pelo contrário, em erro-suposição sobre o processo causal ou sobre a adequação da conduta (o agente dá comando de "ataque" ao seu cão, mas engana-se na escolha da palavra com que este fora treinado para o efeito), será punido por tentativa inidónea se a punibilidade não for afastada pela regra geral (artigo 23.º n.º 3, do Código Penal; concordante TAIPA DE CARVALHO, "Direito Penal. Parte Geral. Teoria Geral do Crime", PUC, Porto, 2004, pp. 131-132).

19 **Classificação do crime:** O crime de "ofensas à integridade física dolosas" é (1a) um **crime uniofensivo**, pois tutela um único bem jurídico; sendo o tipo agravado (1b) um **crime pluriofensivo**, pois tutela a integridade pessoal mas também a vida (cfr. *supra*); (2a) um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido), em que a lesão do bem jurídico integra a previsão típica; sendo (2b) um **crime de perigo concreto**, no caso do tipo agravado por "perigo para a vida"; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma só acção típica; (4) um **crime de execução vinculada** (quanto ao modo de execução da acção típica), servindo-se de animal mediante o seu incitamento; (5) um **crime instantâneo** (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com a ofensa executada; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime material ou de resultado** (quanto à relação entre acção e o objecto da acção), constituindo o resultado elemento do tipo, a consumação exige a sua verificação e imputação

objectiva à acção, no caso do "perigo para a vida", a par do resultado-violação prevê-se, *a pari*, um resultado de perigo.

20 **Causas de Justificação:** O consentimento é uma causa de justificação das ofensas dolosas, porque se considera livremente disponível a integridade física, desde que as lesões respeitem os ditames dos bons costumes, afinados pelos motivos e os fins do agente ou do ofendido, os meios empregues e a amplitude previsível da ofensa (artigo 149.º do Código Penal, aplicável *ex vi* artigo 34.º deste diploma legal). Pelo que estará justificada, v.g. a conduta daquele que num treino incita o animal a investir sobre um figurante e a morder-lhe a manga com protecção; já não estará justificada, sendo irrelevante o consentimento, qualquer ofensa com perigo para a vida (144.º d) do Código Penal), por exemplo mordedura no pescoço, ou outro local sem protecção, pois a vida não se considera livremente disponível.

Em caso de utilização defensiva de um animal, por legítima defesa própria ou de terceiro, incluem-se no âmbito deste diploma os animais detidos por particulares, bem como os cães pertencentes a uma força pública diversa das previstas no artigo 2.º n.º 2 al.ª b) (*v.g.* a guarda prisional, guarda florestal ou polícia municipal, que não constituem serviço de emergência nem força de segurança – artigo 25.º, *a contrario sensu*, da Lei n.º 53/2008, de 29 de Agosto), por incitamento contra alguém, a coberto de uma causa de exclusão da ilicitude, como *v.g.* a legítima defesa, haverá que apurar das regras gerais dos artigo 32.º e 33.º do Código Penal, *ex. vi.*, artigo 34.º (aplicação subsidiária do Código Penal).

A utilização de cães pertencentes a forças de segurança e serviços de emergência, mesmo estando a conduta expressamente excluída do âmbito de aplicação do presente diploma legal, excluindo a tipicidade deste crime, pode integrar a prática dos crimes de ofensa à integridade física simples, grave e qualificada, previsto no artigo 143.º n.º 1, 144.º e 145.º, do Código Penal, valendo aqui as mesmas regras de exclusão da ilicitude e do erro.

O erro sobre a factualidade pressuposta pelo consentimento e pela legítima defesa, seguem o regime geral do artigo 16.º n.º 2 e n.º 3 do Código Penal (exclui o dolo, ressalvando a punibilidade da negligência).

21 De modo inovador, face ao regime do Código Penal (artigo 143.º n.º 1), a **tentativa** é punível por indicação expressa do n.º 3, deste preceito legal.

Como em qualquer outro crime de resultado, tem de se verificar o nexo de imputação objectiva do resultado à acção, porém, aqui o resultado é particularmente destacável, espácio-temporalmente, da acção, pelo uso de um instrumento de acção não imediatamente controlado pelo agente, pois incitar um animal não é equiparável, em termos de imediatismo na execução.

Tratando-se o animal de um instrumento não completamente dominado pela vontade humana, dada a sua autonomia relativa, pode configurar-se uma constelação de hipóteses em que, não obstante a perfeição da execução típica o crime não se consuma, em virtude da incompreensão, desobediência ou incapacidade do animal, ou seja, por razões completamente alheias à vontade do agente, ao contrário do que geralmente sucede com a ofensa à integridade física simples. Neste contexto, assume particular relevo a punibilidade da tentativa, que seria penalmente atípica à luz do crime previsto no artigo 143.º n.º 1, do Código Penal.

Acresce que a antecipação da tutela penal é justificada, na evidência do desvalor da acção, por duas ordens de razões: por um lado, a execução da "acção desvaliosa" – o incitamento do animal, que constituirá *grosso modo* o início da tentativa, encontra-se tipicamente prevista (razão de ilicitude material e legalidade) e, por outro, essa conduta põe em marcha um processo de agressão ao bem jurídico, que o agente deixa de controlar completamente em virtude da natureza relativamente autónoma

do animal (razão de perigosidade e protecção do bem jurídico). Aliás, mesmo para o tipo base bem se pode questionar, face ao princípio da congruência ou da analogia substancial entre as ordens de bens jurídicos, constitucional e penal, que à integridade física seja atribuída uma protecção menos vasta do que a dirigida à propriedade, *v.g.* nos crimes de furto, abuso de confiança ou dano, em que a tentativa é punível (também assim, RUI PEREIRA, *op. cit.*,1998, p. 188, nota 12).

22 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. É um tipo legal de comparticipação eventual, sendo possíveis casos de autoria mediata, co-autoria, instigação e cumplicidade.

23 Há uma relação de **concurso efectivo** com o crime de "lutas entre animais", previsto no artigo 31.º. É certo que "toda a conduta de lesão do bem jurídico supõe uma transição pelo perigo dela", que implica a exclusão desta por consumpção, porém tratando-se de um crime de perigo comum, dirigido a um número indiferenciado e indiferenciável (sendo o perigo abstracto ou presumido) de objectos de acção, a punição do crime de resultado de violação-dano do bem jurídico individual, não afasta a necessidade de tutela antecipada pelo crime de mera actividade de perigo-violação, quanto aos demais bens jurídico-penais (HONIG, *apud* EDUARDO CORREIA, concordante, "A Teoria do Concurso em Direito Criminal", Almedina, Coimbra, 1996, p. 138); acresce a protecção do bem jurídico relativo à "protecção dos animais", que não é contemplado neste crime.

24 A "clonagem" incompleta dos "tipos-base", residentes no Código Penal, em favor de um "nicho de punibilidade", com individualização normativa de pormenor, conduziu a uma complexa teia de complementaridades, sobreposições e justaposições, com as normas penais que protegem a integridade pessoal e o perigo para a vida, havendo quem, perante a densa neblina normativa, questione a autonomização (assim, FERNANDA PALMA, *ibidem*, "não se compreende a função da norma: é uma agravante, redundante ou uma restrição contraditória das condutas incriminadas no Código Penal ?").

As questões de concurso podem ser agregadas em dois grupos autónomos, entre a acção dolosa e a negligente (sendo excludentes as premissas típicas subjectivas entre elas, não se coloca sequer a questão do concurso; também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 2004, p. 630):

Por um lado, sendo a conduta dolosa, a questão do concurso coloca-se entre o crime de ofensas à integridade física dolosas (artigo 32.º), ofensa à integridade física simples (artigo 143.º n.º 1 do Código Penal), ofensa à integridade física grave (artigo 144.º do Código Penal), ofensa à integridade física qualificada simples (artigo 145.º n.º 1 al.ª a) do Código Penal) e ofensa à integridade física qualificada grave (artigo 145.º n.º 1 al.ª b) do Código Penal);

Por outro, sendo a conduta negligente, entre o crime de ofensas à integridade física graves negligentes (artigo artigo 33.º), o crime de ofensa à integridade física grave por negligência (artigo 148.º n.º 3 do Código Penal), e a contra-ordenação (al.ª r), do n.º 1, do artigo 38.º), a "não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves" (cfr. *infra* a anotação ao concurso no artigo seguinte).

Na primeira constelação problemática, relativa aos factos dolosos que agora nos ocupam, o concurso de normas deve ser resolvido tendo em atenção que o novo regime visa reforçar a protecção dos bens jurídicos e a confiança comunitária, sem ter revogado expressamente nenhuma norma do Código Penal (nem podia por apenas versar sobre uma ínfima parte das ofensas, as que são cometidas com meio perigoso, e dentro destas apenas aquelas em que foi usado um animal);

visa, tendencialmente, a implementação de um regime especial para as ofensas cometidas com animal; manteve-se a graduação punitiva; previu-se a punição da tentativa para a ofensa simples; inovou-se quanto à natureza procedimental pública da promoção penal. O crime do artigo 143.º n.º 1 tem uma *Tatbestände* geral, face àquela que encontramos nos artigos 144.º, 145.º e este artigo 32.º. Nestes, acrescem àquela elementos suplementares da ilicitude (resultado – 144.º), da culpa (especial censurabilidade - 145.º) e do ilícito-tipo (acção típica vinculada), respectivamente.
Assim temos as seguintes situações de **concurso aparente** ou concurso de normas:
A **ofensa simples** à integridade física, **na forma tentada**, cometida com animal, só é punível pelo crime previsto no artigo 32.º n.º 1, não se colocando sequer a questão de concurso com o artigo 143.º n.º 1, do Código Penal (neste a tentativa não é punível).
A **ofensa simples** à integridade física, **consumada**, cometida com animal, é punida pelo crime previsto no n.º 1, deste artigo 32.º (*lex specialis*), cujo procedimento não carece de queixa, prevalecendo sobre a norma geral do artigo 143.º n.º 1. Exclui o tipo geral por especialidade, pelo que não se verificando a plenitude do ilícito-típico específico, será eventualmente punível de acordo com o tipo geral, previsto no artigo 143.º n.º 1, do Código Penal.
A **ofensa grave** à integridade física,, cometida com animal, é punida pelo n.º 2 deste artigo 32.º (*lex specialis*), que exclui os artigos 143.º n.º 1 e 144.º, do Código Penal, embora em *clonagem* perfeita, acaba por recuperar, na remissão parcial, o conteúdo do resultado previsto naquele artigo 144.º.
A **ofensa** à integridade física, **qualificada pela culpa**, cometida com animal, é punida pelo crime previsto pelo artigo 145.º n.º 1 al.ª a) e al.ª b), com referência ao artigo 143.º n.º 1 e ao artigo 144.º, todos do Código Penal, quando a ofensa seja simples ou grave, respectivamente (*v.g.* foi utilizado meio particularmente perigoso: um "animal perigoso" no sentido do regime específico deste Decreto-Lei; cfr. *supra* n.º 9 e a base legal no artigo 132.º n.º 2 al.ª h), *ex vi* artigo 145.º n.º 2, ambos do Código Penal). Não contendo a descrição vinculada relativa ao uso de animal, constante deste artigo 32.º (não são *lex specialis*), deve-se entender, em homenagem ao princípio *ne bis in idem*, que excluem, por consumpção, a punição pelos crimes previstos no artigo 32.º n.º 1 e n.º 2, pois enquanto *lex consumens* tutelam de modo mais extenso os bens jurídicos protegidos pela *lex consumta* de âmbito menos vasto, o que "conduz a uma punição mais completa e perfeita" (EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, pp. 130-132 e 156).
Há **concurso aparente** quando o mesmo facto constitua crime e contra-ordenação, **25**
sendo o seu autor punido apenas pelo crime (artigo 36.º n.º 3).
Há **concurso aparente** entre o crime e as contra-ordenações previstas neste e noutros diplomas legais, cuja violação constitua elemento do crime, que são necessariamente consumidas pela incriminação porque não é permitida a dupla valoração; mas já não, sendo o **concurso efectivo**, face àquelas normas de cuidado, detenção e circulação do animal, autónomas, embora com conexão objectiva ou subjectiva, que não se integram na mesma unidade de acção.
Os comportamentos descritos no tipo base (n.º 1) são puníveis com pena de **prisão** **26**
até 3 anos ou com pena de **multa**; os comportamentos descritos no tipo agravado (n.º 2) são puníveis com pena de **prisão de 2 a 10 anos**. Ou seja, mantêm-se, *ipsis verbis*, as penas dos crimes respectivos, previstos no artigo 143.º n.º 1 e 144.º, do Código Penal.
Nas condutas comissivas por omissão, puníveis por aplicação da "cláusula de equivalência" do artigo 10.º n.º 1, do Código Penal, a pena pode ser especialmente atenuada (n.º 3 do mesmo preceito legal), por menor dignidade punitiva ou

merecimento de pena face ao equivalente *delito de acção*, que advém de apresentarem uma ilicitude e culpa menos graves.

27 No caso de concurso aparente entre crime e contra-ordenação, sendo o seu autor punido apenas pelo crime, poderão ser-lhe aplicadas as **sanções acessórias** previstas para a infracção criminal ou para a infracção contra-ordenacional (artigo 36.º n.º 3, deste Decreto-Lei). Designadamente, são aplicáveis as sanções acessórias previstas neste Decreto-Lei, como as previstas no artigo 69.º Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17 de Dezembro (cfr. *supra* anotação n.º 35 ao artigo anterior).

28 O crime tem **natureza procedimental pública**, respeitando a regra da oficialidade em direito penal, mas que, *in casu*, inverte o regime previsto no Código Penal, para o crime de ofensa à integridade física simples. Resulta, daqui, evidente a *ratio legis* de reforçar a resposta punitiva existente, visando alcançar uma maior confiança da comunidade na protecção dos bens jurídicos protegidos.

Artigo 33.º
Ofensas à integridade física negligentes

Quem, por não observar deveres de cuidado ou vigilância, der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas graves à integridade física é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3, 4 e 5)
O tipo objectivo: Acção típica (anotação 6)
A espécie de animal (anotação 7)
O dever objectivo de cuidado (anotação 8)
A previsibilidade do perigo de lesão do bem jurídico (anotação 9)
A medida do cuidado exigível *versus* perigosidade do animal (anotação 10)
Cão pertencente a raça não potencialmente perigosa (anotações 11 e 12)
O resultado danoso (anotação 13)
A cláusula restritiva de inadequação social e os riscos gerais da vida (anotação 14)
O nexo de imputação objectiva do resultado à acção descuidada (anotação 15)
Os limites à imputação: comportamento lícito alternativo, âmbito de protecção da norma, comportamento da vítima e de terceiros (anotação 16)
A acção e omissão (anotação 17)
Os crimes de violação de dever (anotação 18)
O momento omissivo dos crimes negligentes (anotação 19)
A comissão por omissão negligente (anotação 20)
A classificação do crime (anotação 21)
O tipo subjectivo (anotação 22)
A tentativa (anotação 23)
A comparticipação (anotação 24)
O concurso (anotação 25)
A pena (anotação 26)
As sanções acessórias (anotação 27)
A natureza procedimental pública (anotação 28)

1 A **fonte** legal é a Lei n.º 82/2009, de 21 de Agosto, que autoriza o Governo a criminalizar os comportamentos correspondentes à promoção ou participação com animais em lutas entre estes, bem como a ofensa à integridade física causada por animal perigoso ou potencialmente perigoso, por dolo ou negligência do seu

detentor. Resultou da aprovação da Proposta de Lei do Governo n.º 224/X-4.ª. A autorização legislativa foi concedida ao Governo para definir ilícitos criminais correspondentes a ofensa à integridade física grave de pessoa causada por animal, por violação de deveres de cuidado pelo seu detentor (artigo 1.º); com o sentido de criminalizar as ofensas à integridade física graves causadas por animal, por negligência do seu detentor (artigo 2.º); com limite da pena nos 10 anos de prisão (artigo 3.º).

2 O crime tem como fonte o artigo 148.º n.º 1 e n.º 3, do Código Penal, que prevê o crime de ofensa à integridade física grave. Remete-se para o excurso histórico-normativo referido a propósito das fontes do artigo 31.º. Em especial, para o Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Outubro, que sancionou como contra-ordenação a violação do dever objectivo de cuidado que crie perigo para a vida ou integridade física de outrem (artigo 68.º n.º 3 al.ª a) da redacção original, ou n.º 2 al.ª a) da redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17 de Dezembro), na medida em que a insuficiência do regime sancionatório contra-ordenacional anterior é invocado nos trabalhos preparatórios como motivação para a neoincriminação.

3 **Bem jurídico:** Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a integridade pessoal, incluindo a saúde física e psíquica, na vertente de crime de dano exigindo a lesão efectiva desse bem jurídico, sendo a protecção agravada pela gravidade do resultado danoso pelo resultado de perigo para a vida. Neste último caso, a tutela penal por antecipação do perigo concreto, dirige-se à protecção da vida.

Da sobredita Proposta de Lei n.º 224/X, resulta evidente, como motivação da incriminação, a preocupação com a insuficiência dos recursos legais vigentes: "decorridos quatro anos sobre a publicação deste último diploma legal, verifica-se que a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não é eficaz para a sua prevenção"; pelo que, para "garantir que as sanções aplicáveis aos detentores de animais que causem lesões físicas a pessoas são um meio eficazmente dissuasor à sua prática, pretendem-se criminalizar expressa e claramente as ofensas à integridade física humana causadas por animal, quer a título doloso, quer a título negligente por parte do seu detentor".

Na discussão parlamentar na generalidade desta Proposta de Lei, afirmou o Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, que "apesar de toda a legislação que este Governo já adoptou, continuam a verificar-se neste país casos preocupantes de ataques violentos de animais a pessoas" (DAR, I Série, número 23, de 6 de Dezembro de 2008). O que seria reafirmado pelo preâmbulo do presente Decreto-Lei, onde se conclui que "a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não é factor de dissuasão suficiente para a sua prevenção, pelo que se entendeu como adequado tipificar tais comportamentos expressa e claramente como crime". Segundo o Deputado MANUEL RODRIGUES, "com esta clarificação da lei, vem o Governo aplicar «mão pesada» a quem tem um comportamento hostil para com a sociedade, porque não podemos continuar a assistir às situações lamentáveis de famílias destroçadas, de vidas arruinadas e mesmo perdidas em alguns casos, devido a esses actos e comportamentos de alguns cidadãos", sendo "o apelo do legislador para uma nova cultura de responsabilidade na detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos" (ainda a citada discussão parlamentar).

Para FERNANDA PALMA (*ibidem*), "o quadro justificado desta legislação" consiste na "explicitação dos deveres de controlo e domínio, delimitando crimes dolosos e negligentes contra as pessoas e contribuindo para a uniformização de eventuais respostas jurisprudenciais díspares", correspondendo "a uma opção de política social que visa salvaguardar bens tão importantes como a vida e integridade física dos

cidadãos", que "é justificada pelo aumento de visibilidade de agressões provocadas por animais num passado recente, que têm causado significativo alarme social".

4 Não se pode afirmar, *ex rigore ius*, que se tenha verificado a **neocriminalização** das condutas previstas nesta norma; nem sequer uma **clarificação legal da tipicidade** das mesmas, que já se encontravam previstas no artigo 148 n.º 3 e 144.º, do Código Penal. A este propósito, foi dito que "não existe um entendimento coerente quanto à aplicação do Código Penal aos detentores de animais autores de ataques a pessoas. O incumprimento dos deveres especiais de vigilância, manutenção e circulação dos cães são passíveis de contra-ordenação, mas, na maioria dos casos, não são proferidas acusações contra os donos dos cães a título criminal, pelo que é urgente clarificar esta matéria. Sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código Penal em casos de verificação de morte da pessoa ou outros crimes, estabelecemos, na nossa proposta, três tipos de crime" (Ministro da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas, *ibidem*).

Porém, tanto quanto julgamos saber, sempre foi incontroversa, doutrinal e jurisprudencialmente, a punibilidade em autoria material, da ofensa à integridade por negligência na guarda de animal (com condenações confirmadas pelos tribunais superiores – cfr., por último, acórdãos do TRL de 11-04-2007, processo n.º 8059/2006-3; do TRP de 27-06-2007, no processo n.º 0712060; e do TRP, de 10-10-2007, processo n.º 0743233).

É questionável, *prima facie*, à luz dos princípios da necessidade da pena e da legalidade, a autonomização das ofensas corporais graves por negligência, por desrespeito dos deveres de cuidado sobre a guarda e vigilância de animais, quando muitas outras violações de deveres de cuidado, relativas a outras fontes de perigo (*v.g.*, a condução automóvel e a violação de regras de trânsito, verdadeiro flagelo nacional), podem dar azo a lesões na integridade física; *brevitatis causa*, a destrinça material, que pode justificar a intervenção legislativa, reside no "factor de risco acrescido" decorrente da "fácil perda de controlo de uma fonte de perigo que tem alguma autonomia em relação ao agente humano" (assim, FERNANDA PALMA, *ibidem*).

Não obstante as parcas diferenças recenseadas, que em seguida analisaremos, somos forçados a concluir pelo carácter eminentemente simbólico da autonomização, mediante uma duplicação, mesmo entre crime e contra-ordenação, *ad-hoc*, incompleta ou imperfeita, em favor de pretensas exigências de tutela, quanto à factualidade criminológica enunciada.

Por consequência, se a autonomização é ainda apoiada na função essencial de protecção de bens jurídicos, *maxime* no que se refere à finalidade de prevenção geral positiva, visando o reforço da confiança dos cidadãos e da paz jurídica comunitária abalada pelo crime (como o será, a final, após a reposição contrafáctica da norma jurídica violada); o "refrescamento" não deixa de incorrer na falácia da multiplicação dos "nichos de prevenção", autonomizando artificialmente da própria *Tatbestände* matriz, um pequeno "nicho", com as evitáveis dúvidas hermenêuticas suscitadas pela imperfeita "clonagem normativa" (também assim, FERNANDA PALMA, *ibidem*, "a explícita incriminação negligente prevista no artigo 33.° é mais uma norma que se sobrepõe ao Código Penal, não parecendo contribuir para o fim do incremento da protecção jurídico-penal dos bens em causa").

5 A **motivação da incriminação** não pressupõe, já o dissemos, a perigosidade prévia do animal, concreta ou presumida. Designadamente, não pressupõe que o animal se inclua numa das raças de cães classificadas como potencialmente perigosas, pois a norma presume que, no decurso da agressão, a perigosidade é necessariamente revelada ou potenciada. O que tem apoio no texto legal, no preâmbulo do

diploma e na discussão parlamentar; sendo que o bem jurídico protegido carece de idêntica tutela, em ambas as situações, pelo que a distinção seria materialmente desconforme ao princípio constitucional da igualdade (artigo 13.º da CRP). Com efeito, são inconcebíveis quaisquer razões axiológico-constitucionais para distinguir o dano na integridade física, por negligência, provocado por animal perigoso ou potencialmente perigoso, daquele que o seja por qualquer outro animal, cuja perigosidade concreta ou potencial não se tenha anteriormente revelado; pelo que se impõe uma interpretação conforme à Constituição, sem distinções, que tem no texto da norma inteira correspondência. Efectivamente, na exposição preambular refere-se, *ex professo*, a aplicabilidade, pelo menos, a todos os animais de companhia, na afirmação "que a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por **animais de companhia** não é factor de dissuasão suficiente para a sua prevenção, pelo que se entendeu como adequado tipificar tais comportamentos expressa e claramente como crime" (itálico nosso). A propósito desta questão, relativa à inserção sistemática de um crime de ofensas cometidas com recurso a animal, sem distinguir, num diploma que aparentemente limita o seu objecto à disciplina dos animais perigosos ou potencialmente perigosos, remete-se para as anotações n.º 9 e 24, ao artigo 31.º.

6 O **tipo objectivo** consiste na violação do cuidado a que o detentor do animal está obrigado, de acordo com os conhecimentos e as capacidades do homem médio, cuja inobservância, conduziu à produção de uma ofensa grave no corpo ou na saúde de outra pessoa, nas dimensões física e psicológica.

Deve ser uma "ofensa grave", tal como prevista pelo artigo 144.º, do Código Penal (subsidiariamente aplicável *ex vi* artigo 34.º): a privação de importante órgão ou membro, ou desfiguração grave e permanente (al.ª a)); a perda ou afectação, de maneira grave, da capacidade de trabalho, das capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou da possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem (al. b)); doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável (al. c)); perigo para a vida (al.ª d)).

A redacção final da expressão "der azo" resultou da crítica colocada à redacção originária, pelo Conselho Superior da Magistratura (*ibidem*): "O verbo «permitir» pode induzir a ideia da necessidade, para o preenchimento do tipo, de previsão e adesão ao resultado, que não nos parece que devesse carecer de ser satisfeita. O que se pretende incriminar é uma conduta negligente, de inobservância de regras de prevenção e salvaguarda de riscos, que está na origem da falta de controlo sobre o animal, facultando que este ofenda gravemente a integridade física de outrem. Por isso, tenderíamos a considerar mais adequada a expressão «Quem, por não observar deveres de cuidado ou vigilância, der azo a que», ou outra semelhante.".

Os conhecimentos e capacidades inferiores ao homem médio, não excluem a tipicidade, por razões de prevenção e de protecção dos bens jurídicos, permitindo a legítima defesa por terceiros ou a aplicação de medida de segurança; já os conhecimentos e capacidades superiores ao homem médio, podem fundar a tipicidade da conduta, visto que são considerados na aferição do nexo de causalidade adequada.

7 Para além da exclusão dos animais selvagens, previstos no artigo 2.º n.º 2, a norma incriminadora não restringe o seu âmbito de aplicação quanto à **espécie de animal em causa**. Designadamente, não exige que o animal seja ou se tenha revelado, declarado ou presumido, previamente, "perigoso ou potencialmente perigoso"; designadamente por pertencer a uma raça de cães classificada legalmente como tal. Não obstante a inserção sistemática o poder fazer supor (ver *supra* anotações n.º 9 e 24 ao artigo 31.º e a anotação n.º 5 a este artigo).

8 **O dever objectivo de cuidado:** Constitui o "desvalor da acção negligente", que apenas ao obrigado ao dever pode ser atribuído, decorrendo das circunstâncias particulares do caso ou de normas de cuidado que visam suprimir ou diminuir o risco resultante da posse de um animal, enquanto fonte de perigo para terceiros e para bens jurídico-penais, cumprindo o princípio da confiança, que "encontra o seu fundamento material no princípio da auto-responsabilidade de terceiros", (FIGUEIREDO DIAS, "Velhos e Novos Problemas da Negligência", em "Temas Básicos da Doutrina Penal", Coimbra, 2001, p. 365), justificando o tipo de ilícito negligente.

Só é devido o cuidado que for objectivamente exigível, ou seja, aquele cuidado que segundo um critério de base objectiva, atenda à posição de um "homem consciente e cuidadoso". O critério normativo é preferível ao critério sociológico de homem médio que pode ser um padrão insuficiente para promover a prevenção e a protecção de bens jurídicos (TAIPA DE CARVALHO, op. cit, 2004, p. 381). Mas em simultâneo, um critério concreto que atenda "às circunstâncias" a que está obrigado" (artigo 15.º do Código Penal). Em suma, o critério é objectivo-concreto.

O dever objectivo de cuidado é concretizado em várias normas legais e regulamentares, sem que confunda com o dever de garante (condição da omissão imprópria), embora a sobreposição exista por vezes. Assim, o artigo 11.º deste Decreto-Lei, ao prescrever que o detentor do animal perigoso ou potencialmente perigoso "fica obrigado ao dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais"; ou, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 276/2001, também o detentor do animal de companhia tem "o dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas". Porém, acrescem, em qualquer um destes diplomas legais e em outros, como o Decreto-lei n.º 314/2003, de 17 de Dezembro, numerosas regras de cuidado que o detentor do animal deve observar e que não atribuem, por si só, uma posição de garante.

Para além destas regras jurídicas, o dever de cuidado resulta ainda das regras prudenciais ou nos usos de convivência social, que qualquer pessoa sabe que deve observar quando assume a responsabilidade de ter um animal a seu cargo.

9 A violação do dever de cuidado pressupõe a **previsibilidade do perigo de lesão do bem jurídico**. O resultado tem de ser "«previsível e evitável» para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o «homem médio» pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 2004, p. 634).

No acórdão do TRP, de 10-10-2007, processo n.º 0743233, não se tendo provado que o animal circulava sem trela nem que tivesse tido previamente algum comportamento agressivo a reclamar cautelas acrescidas, não se pode considerar que seria previsível ao agente a situação de perigo, para o bem jurídico integridade física de terceiros, pelo que se discorda do sentido condenatório da decisão, que revogou a sentença absolutória da primeira instância.

No acórdão do TRL de 2-12-1992, processo n.º 0023725, decidiu-se que, tendo o cão sempre ladrado à passagem do menor sem nunca o ter mordido, não era previsível que isso acontecesse. Torna-se difícil tomar posição apenas a partir do sumário, mas sempre se dirá que os sinais de agressividade precedente do animal, manifestados pelo reiterado ladrar direccionado ao menor (provado nos autos), não têm de ser concretizados em lesão, para implicar um dever de cuidado adequado que, no caso, não foi respeitado pois o cão, aparentemente, estava solto e sem açaimo aquando da mordedura na criança.

Diversamente, merecendo o nosso acordo, o acórdão do TRP de 9-04-2008, processo n.º 0714106, que manteve o despacho de não pronúncia, concluindo não haver "quaisquer elementos que permitam concluir não se ter tratado de um ataque perfeitamente ocasional, devido a uma mudança súbita de humor provocada por causas que não foram referidas nem foi possível apurar" (está correcto o *onus probandi* pois se não foi possível apurar esse facto, a dúvida tem que favorecer o arguido – *in dubio pro reo*). Deste modo, sendo imprevisível o resultado para o "homem médio", decidiu-se e bem pela não indiciação suficiente do crime.

10 A **medida do cuidado exigível** e a **perigosidade do animal:** A medida do cuidado exigível coincide com o necessário para evitar a ocorrência do resultado típico (JESCHECK, *apud* PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit*, Tomo 1, 1999, p. 261), cuja intensidade varia em função da importância do bem jurídico que no caso é elevada; da proximidade ou intensidade do perigo; e de outras circunstâncias concretas do caso, em especial a perigosidade do animal (concordante, em termos gerais, TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, 2004, p. 382).

Para aplicação do regime previsto neste Decreto-Lei quanto à "detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos", que inclui um conjunto de normas de cuidado cuja inobservância poderá integrar uma acção ou omissão negligente (*v.g.* artigo 13.º n.º 2, uso de açaimo e trela com 1 metro), é decisiva a atribuição desse estatuto ao animal, nos termos do artigo 3.º al.ª b) quanto ao animal perigoso e al.ª c) quanto ao animal potencialmente perigoso. Designadamente, são potencialmente perigosos os cães pertencentes às raças previstas pela Portaria n.º 422/2004, de 24 de Abril: Cão de Fila Brasileiro, Dogue Argentino, *Pit Bull Terrier*, *Rottweiller*, *Staffordshire Terrier* Americano, *Staffordshire Bull Terrier* e *Tosa Inu*.

Para além destas raças, que se presumem perigosas em função de factores congénitos ou ambientais, os exemplares de outras raças poderão ser considerados perigosos, em função da sua agressividade revelada em episódios concretos, implicando, por consequência, para o seu detentor deveres de cuidado e vigilância acima da média, como por exemplo o uso de açaimo. Ou seja, perante o "carácter e comportamento agressivo" do animal, tal como previsto no artigo 3.º b) iii), a falta de declaração voluntária do seu detentor, não o exclui dos deveres acrescidos de cuidado impostos pelo diploma, em virtude da situação de perigo ser substancialmente a mesma.

11 O que já carece de conformidade legal é pretender atribuir, como decidiu o acórdão do TRP de 10-10-2007, processo n.º 0743233, a **uma raça não incluída naquela lista** (*in casu*, o Pastor Alemão), uma perigosidade potencial ou especial, assente nas regras da experiência ("resulta do senso comum, é evidente mesmo para o homem comum"), pela corpulência, força física e reconhecidas qualidades para a guarda ou trabalho policial, "esta última é sintomática do seu poder físico, da eficácia agressiva e do temor que os animais desta raça, infundem", para concluir, então, que ao seu detentor caberia cumprir um feixe mais intenso de deveres de cuidado. Esta afirmação genérica (a raça), não sustentada no probatório factual quanto ao exemplar concreto (o animal), constitui uma presunção judiciária que inverte o o*nus probandi* de modo legalmente inadmissível. Ao aplicar as regras da experiência comum às características de "uma raça" de cães, desvalorizam-se a identidade e o carácter específicos de cada animal (diverso seria o caso de se convocarem as regras da experiência para, *v.g.*, concluir pela agressividade latente de "um animal" que no passado mordeu ou rosnou a pessoas); já para não dizer que esta concepção obnubila, ilegitimamente, sinais de sentido contrário reconhecidos, também genericamente, aos cães pastor e cães polícia, como o seu carácter forte e estável, um elevado quociente de "inteligência" animal, treinabilidade e obediência, ou seja, indiciantes de níveis de agressividade reduzidos ou controlados. Certo é que, num

sentido ou noutro, falamos tão-só de generalidades, indicadores e pré-conceitos, os quais, desacompanhadas de comprovação objectiva na casuística do espécime concreto, devem, como qualquer outro *in dubio* de facto, ser julgadas *pro reo*.
Os deveres de cuidado resultam de normas de cuidado que são aplicáveis em função de uma situação de perigo, *in concreto*, e não de uma hipótese imprevisível ao agente, tributária de uma qualquer visão apriorística e padronizada do comportamento animal. Ora, se ao longo de meses ou anos de convivência e socialização humana, nada indica ao detentor de um animal que este seja perigoso, especialmente descontrolado ou desobediente (ou, pelo menos, respeitando as regras do *onus probandi* nada se tenha provado em contrário), não será por "um cão" pertencer a determinada raça, estar em determinado local ou passar por certa circunstância, onde outros são foram ou tendem a ser agressivos mas "aquele" nunca foi, que se poderá exigir ao seu detentor uma maior intensidade do dever de cuidado.
Diversamente, o que sucede com a detenção de um cão constante da lista, cuja perigosidade potencial é proclamada, *ex oficio,* pela Portaria n.º 422/2004, é outra situação que com esta não se confunde: Aí, a presunção legal de perigosidade, com maior ou menor apoio científico (questão destituída de relevo penal, porquanto na margem de discricionariedade político-legiferante), está tipificada legalmente, satisfazendo o princípio da determinabilidade penal; conduzindo a uma "estrutura de desobediência" na prescrição normativa positiva, estribada no inadimplemento, em que é indiferente, aí sim, a perigosidade concreta do animal.

12 Em suma, a perigosidade ou agressividade de um **cão pertencente a uma raça não considerada por lei potencialmente perigosa**, *inter alia*, *Dobermann Pinscher*, *Grand Danois*, ou Serra da Estrela, por muito corpulentos ou ameaçadores que os exemplares dessa raça constem ou pareçam ser ao *senso comum*, tem de ser probatoriamente demonstrada em Juízo, segundo um juízo *ex ante*, de prognose póstuma, que tenha em consideração os factos e circunstâncias apurados concretamente quanto ao animal em apreço (e não à sua raça), como se exige no artigo 15.º, "segundo as circunstâncias" do caso apreciadas à luz das regras da experiência comum (cfr. *supra* critério objectivo-concreto; concordante, TAIPA DE CARVALHO, p. 381), sob pena de violação do princípio da tipicidade penal. Pois se assim não se entendesse, estaria a presumir-se, indirectamente, um dos elementos objectivos do ilícito-típico negligente – o dever objectivo de cuidado, traduzindo *versare in re illicita*.

13 O **resultado danoso** é a ofensa na saúde ou no corpo de outra pessoa. Por ofensa no corpo deve entender-se toda a lesão "através da qual o agente é prejudicado no seu bem-estar físico de uma forma não insignificante" (ESER e MAIWALD, *apud* PAULA RIBEIRO DE FARIA, op. cit., Tomo 1, 1999, p. 205 e p. 207"). Por ofensa à saúde deve considerar-se "toda a intervenção que ponha em causa o normal funcionamento das funções corporais da vítima, prejudicando-a" (MAIWALD, *apud* PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*), seja numa dimensão física como psicológica, seja por criação ou agravamento dum estado patológico antecedente.

14 A denominada "**cláusula restritiva de inadequação social**" (FIGUEIREDO DIAS, "*Direito Penal (Sumários)*, Coimbra, 1975, p. 153), deve ser apreciada segundo critérios objectivos, como a duração e a intensidade do ataque ao bem jurídico ou a carência de tutela penal (PAULA RIBEIRO DE FARIA, *ibidem*). Respeita quer à apreciação do desvalor da acção descuidada quer à apreciação do desvalor do resultado. Ao nível do ilícito negligente em que a violação do dever objectivo de cuidado não resulte tão-só de regras jurídicas ou técnicas, como por regra sucede, impor-se-á uma valoração global da conduta lesiva, sendo natural que a adequação social da conduta funcione como "critério geral de integração", como "traço de união" e, ainda, de "valoração da conduta tipicamente relevante", pelo menos no "espaço

valorativo aberto", consentido pelo plano de valoração traçado especificamente pelas regras de cuidado (PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit*., 2005, pp. 204, 209 e 210). A título meramente ilustrativo, analisemos o caso decidido pelo acórdão do TRP, de 10-10-2007, processo n.º 0743233. Neste aresto, o arguido foi condenado pela prática de um crime de ofensa à integridade física por negligência, tendo-se provado que a cadela de raça Pastor Alemão, após ter saltado sobre um transeunte que com ela se cruzou, o "arranhou" na parte dorsal da mão e pulso direito, de que resultaram 3 feridas superficiais, fontiformes, com cerca de 2,3 mm de diâmetro, "que se supõe que devem ter acarretado" 12 dias de doença, para a cura médico-legal. De acordo com um juízo de adequação social na conformação do sentido do tipo de ilícito, não parece que seja exigível ao detentor de um cão, não considerado perigoso, controlar a todo o tempo a distância que o separa dos demais transeuntes que se cruzam consigo, de modo a evitar qualquer tipo de contacto "pelo animal" e "com o animal". A lesão do bem jurídico, integridade física, foi temporalmente muito reduzida e de intensidade mínima, sendo compatível com "o salto" (ou mais concretamente com "a elevação", sobre as patas traseiras, pois o salto *proprio sensu* de um Pastor Alemão teria certamente outras consequências) do animal sobre a pessoa, arranhando-a por via do contacto (com as unhas?), podendo configurar-se que tão-só quisesse manifestar o seu agrado ou curiosidade, ao se elevar sobre a pessoa de modo mais efusivo. Os 12 dias de doença para a cura, que o exame médico "supõe", referindo-se a uma lesão insignificante (os ditos "arranhões"), não são suficientes para conferir-lhe, *a posteriori*, o significado que não teve.

Neste "contexto de sociabilidade", que inclui a ausência de dolo e a observância das mais elementares regras de cuidado por parte do agente, visto que não se provou que não circulasse com o cão à trela, a sua conduta foi ainda "socialmente adequada", desprovida de censura ético-social, logo, penalmente atípica (sobre o especial relevo da "adequação social da conduta", na integração do dever de cuidado, nos crimes negligentes, ver PAULA RIBEIRO DE FARIA, op. cit., 2005). Observando pelo prisma inverso, estamos perante a materialização de um "risco imanente à própria vida em comunidade" (EDUARDO CORREIA e STRATENWERTH, *apud* FIGUEIREDO DIAS, *op. cit*., 2004, p. 316), resultante da aceitação e integração dos animais de companhia em contextos urbanos de forte interacção humana. Esse resultado de lesão bagatelar constitui um "risco geral de vida" que, sem ultrapassar a medida do risco normal, é socialmente adequado, pelo que não cabe "na criação de um risco não permitido"; aliás, "os riscos gerais da vida" correspondem a casos "frequentes em termos de negligência" (FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*; sobre o *princípio bagatelar* ver PAULA RIBEIRO DE FARIA, *op. cit*, 2005, pp. 315-332).

Nexo de imputação objectiva do resultado à conduta descuidada: Como em qualquer crime de resultado, este deve ser imputável objectivamente à acção típica; embora, em geral, esta questão coincida com a questão da violação do cuidado não deve com ela ser confundida (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit*, p. 94). As teorias de conexão do risco (entre nós, FIGUEIREDO DIAS, "Textos de Direito Penal", Coimbra, 2001, pp. 64 ss.), visam superar as limitações da *teoria da adequação*, em especial nos crimes ditos "de dever", negligentes e omissivos, preconizando a imputação do resultado à acção, quando, cumulativamente, "o agente tenha criado um risco não permitido ou tenha potenciado ou aumentado um risco já existente; e, depois, que esse risco tenha conduzido à produção do resultado concreto". De acordo com o "princípio do incremento do risco", CLAUS ROXIN propõe que seja feita a comparação entre a conduta efectiva do arguido e "a conduta que não se poderia imputar ao agente como violação de dever", verificando-se a imputação caso a conduta do arguido tenha aumentado "a probabilidade de produção do

15

resultado em comparação com o risco permitido" ("Violação do Dever de Cuidado nos Crimes Negligentes", publicação original: 1982, em "Problemas Fundamentais de Direito Penal", Vega, Lisboa, p. 257).

O nexo de imputação objectiva no tipo de ilícito sob análise, traduz-se na imputação da ofensa grave (à integridade física) à violação do dever objectivo de cuidado pelo seu autor, que deve ter constituído "causa adequada" da ofensa, naquele sentido de ter criado ou aumentando um risco pré-existente (por acção) ou não ter eliminado ou reduzido um risco preexistente (por omissão), que se materializou na produção da ofensa.

A decisão penal resultará, quanto à criação ou potenciação do risco de um juízo *ex ante facto*, mas a sua materialização no resultado só pode ser determinada posteriormente, segundo um juízo *ex post facto*, que abranja todo o conhecimento dos factos à data do julgamento; sendo que a dúvida de facto nesta matéria deve favorecer o autor – *in dubio pro reo* (também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 2004, pp. 318-320; FERNANDA PALMA, "A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal", RPCC, ano 9, 1999, p. 543; e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit, pp. 70-71, embora a propósito da prova do "comportamento lícito alternativo").

16 **Ficam excluídos da imputação objectiva e, por conseguinte, do tipo de ilícito, os casos de "comportamento lícito alternativo".** O resultado não é imputável à violação do cuidado (por acção ou omissão) no caso de se apurar que, não obstante a realização da acção devida, a lesão no bem jurídico se teria igualmente produzido, o que constitui um limite insuperável a qualquer teoria da imputação objectiva, pelo relevo assumido pela "evitabilidade" ou pelo "elo relacional" entre a acção descuidada e resultado (criticamente, pela dificuldade na formulação e opção por um "comportamento lícito" dos vários configuráveis, CURADO NEVES, "Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal", AAFDL, 1989, pp. 195 ss.). Neste caso, porque não se verificou uma criação ou potenciação do risco, visa-se evitar "a punição da violação de um dever cujo cumprimento teria sido inútil, o que violaria o «princípio da igualdade»" (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 2004, p. 319).

Do mesmo modo, **o "âmbito de protecção da norma de cuidado"** é o limite introduzido por CLAUS ROXIN, especificamente para restringir "a responsabilidade penal por negligência" ("Sobre o Fim de Protecção da Norma nos Crimes Negligentes", ed. original: 1973, em "Problemas Fundamentais de Direito Penal", pp. 273 ss.), mais concretamente, a imputação objectiva, naqueles casos em que o resultado danoso não cabe na esfera de protecção da norma, porque o perigo criado ou potenciado que se materializou no resultado não é um dos que foi visado pela proibição.

Por exemplo, as normas que proíbem a circulação de animais em praias e zonas balneares visam a protecção do ambiente, saúde pública e higiene, evitando disseminar urina, fezes e parasitas dos animais, em locais onde as pessoas andam mais desprotegidas em termos de vestuário e calçado (e também o bem-estar das pessoas que se encontram a descansar), mas não visam a protecção da integridade física (concordante, o citado acórdão do TRP de 9-04-2008, que afastou uma norma similar, com fundamento em que "o resultado típico está claramente fora do âmbito de protecção da correspondente norma").

Ficam ainda excluídos da imputação os casos de **interrupção do processo causal por terceiro** ou de **exposição voluntária da vítima ao perigo criado**, v.g. o terceiro que provoca o animal ou a vítima que se aproxima de animal solto (ou o "enxota", como sucedeu no acórdão do TRL, de 2-12-1992, processo n.º 0023725, com decisão de absolvição).

Na **distinção conceptual entre as "duas formas específicas de realização típica" – "acção" e "omissão"**, é irrelevante o *facere* ou o *omittere* naturalísticos, pois comete o crime por acção aquele que incrementa o risco para os bens jurídicos e por omissão quem não tenha diminuído ou eliminado o perigo existente, como lhe competia (FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1983, p. 54, *op. cit.* 2004, p. 676, seguindo STRATENWERTH e SAMSON; também assim, ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.*, pp. 38-39). Este critério normativo-teleológico de ilicitude material é o único que respeita a centralidade do bem jurídico na dogmática penal, porque sendo a omissão normativamente valorada mediante atenuação especial da pena não automática (artigo 10.º n.º 3, do Código Penal), o menor desvalor da omissão face à acção impõe uma distinção objectiva, aferida, funcionalmente, em relação à afectação do bem jurídico, ao invés de uma indicação naturalística relativa à energia física circunstancialmente posta pelo agente na comissão do facto. **17**

Nos crimes negligentes alguma doutrina tem defendido a irrelevância da distinção entre acção e omissão, por se tratarem de "delitos de dever" ou "crimes de violação de dever". A categoria, inaugurada por CLAUS ROXIN ("Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", Barcelona, 1972), visa superar as situações em que o comportamento naturalístico do agente é menos relevante do que a violação do dever de garante (nos crimes omissivos) ou de cuidado (nos crimes negligentes). Seguindo uma constelação casuística equivalente à que apresenta ROXIN, poderia ser o caso, *v.g.*, do detentor do cão que dê azo a que ele morda alguém, seja porque abriu o portão que o continha seja porque não o fechou, quando devia; quer porque lhe tirou o açaimo num local público quer porque nunca lho colocou, como lhe competia. Nestes casos, a distinção naturalística é basicamente irrelevante, na perspectiva do desvalor da conduta, parecendo ser apenas determinante a violação da norma de cuidado, que é o "momento omissivo" de todo o crime negligente (assim JAKOBS). **18**

Sucede que, por um lado, com o critério normativo proposto este problema não se verifica, pois o detentor do animal, em qualquer dos dois pares de situações teria agido por acção, por ter criado ou incrementado o perigo para o bem jurídico (daí a dificuldade na distinção); por outro lado, a categoria é falaciosa, por assentar na possibilidade de distinção entre normas penais proibitivas e preceptivas, quando em rigor todas as normas jurídico-penais são preceptivas, impondo um comportamento, positivo ou negativo (concordante, ANDRÉ LAMAS LEITE, *op. cit.* p. 63 e p. 135). Há que ter bem presente que o "momento omissivo" de todos os crimes negligentes, relativo à inobservância dos deveres de cuidado, nada tem que ver com a estrutura do comportamento, ou todos os crimes negligentes seriam omissivos, o que não é verdade (concordante, TERESA BELEZA, "Direito Penal", 2.º Volume, AAFDL, Lisboa, 1980). Pelo contrário, paradigma dos crimes negligentes, é a comissão por acção, sendo excepcional a comissão por omissão negligente (concordante, TAIPA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 378).

A **sobrevalorização do "momento omissivo" dos crimes negligentes**, que corresponde à violação do dever, tem sido a responsável, em larga medida, pela confusão conceptual das modalidades de execução típica, em muitos dos casos decididos pela nossa jurisprudência, que, na prática, tem vindo a excluir o regime regra da comissão por acção. Tendo por referência a condenação pelo crime de ofensa à integridade física por negligência, em que o resultado foi produzido por um cão, podemos conferir: (1) O **acórdão do TRL, de 11-04-2007**, processo n.º 8059/2006-3, que decidiu pela existência de omissão imprópria (sem atenuação especial da pena), por parte do detentor de um cão de raça *Husky* Siberiano, por correspondente violação dos deveres de cuidado a que estava obrigado, ao permitir **19**

que o animal circulasse na rua sem açaimo ou trela, o que deu azo à mordedura do condutor de um motociclo, após ter logrado a sua queda; (2) O **acórdão do TRP, de 27-06-2007**, processo n.º 0712060, que decidiu pela ocorrência de omissão impura, no comportamento do proprietário de um cão de raça *Rottweiler*, por inerente violação dos deveres de cuidado, ao permitir que ele circulasse na rua sem vigilância, açaimo ou trela, dando azo à mordedura num braço da ofendida; (3) Finalmente, **o acórdão do TRP, de 10-10-2007**, processo n.º 0743233, que decidiu igualmente que o proprietário de um cão de raça Pastor Alemão comete o crime por omissão (sem atenuação especial), quando circula com ele num passeio junto à praia e permite que salte sobre outra pessoa, arranhando-a.

Como vimos, o recurso ao "momento omissivo" da violação do dever (não vigiou nem controlou o animal como estava obrigado) é desajustado, porque nada tem que ver com a estrutura do comportamento, mas tão-só com a posição de inadimplemento perante a prescrição, que transformaria todos os crimes negligentes em crimes omissivos. O "critério naturalístico" é insuficiente, porque não responde à questão de saber se a conduta é um *facere* (soltou o cão sem trela ou açaimo) ou um *omittere* (não colocou a trela e o açaimo ao animal). É incorrecto concluir que, resultando a ofensa da mordedura do animal – suposta "acção" animal, o agente já só o poderia cometer por omissão; ora, o comportamento animal não corresponde a qualquer acção, só à conduta humana (por acção ou omissão) pode ser imputado o resultado. No caso de ofensa produzida por animal, tudo se passa como se a ofensa fosse produzida por qualquer outra fonte de perigo, *v.g.* pelo embate de um veículo, em que o resultado é imputado à acção descuidada do seu condutor. É, assim, forçoso concluir pela prevalência do **critério normativo-funcional** propugnado, para concluir que, ao contrário do decidido naqueles arestos, em qualquer dos três casos o crime foi cometido por acção, porque em todos eles a conduta descuidada do agente criou ou incrementou o perigo para o bem jurídico protegido.

20 A punibilidade da **omissão imprópria ou impura** decorre da "cláusula extensiva da tipicidade" ou "cláusula de equivalência", prevista no artigo 10.º n.º 1, do Código Penal, que pressupõe, cumulativamente: (1) a titularidade de um dever de garante por banda do omitente; (2) a situação típica e o inadimplemento da acção esperada; (3) a possibilidade fáctica do garante intervir; e (4) o nexo de imputação objectiva do resultado à acção. Ou seja, a omissão imprópria negligente não diverge da dolosa (concordante, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 97), pelo que se remete *mutatis mutandis* para as anotações n.º 13, 14, 15, 16, e 17 ao artigo 32.º). A comissão por omissão negligente, sendo excepcional (cfr. *supra* n.º 17), pode ocorrer no caso em que o perigo é gerado por um terceiro que, *v.g.*, abre o portão soltando o animal, estando o seu detentor no interior da residência que ouve o ruído do portão a bater, é previsível que o animal possa ter saído e venha a morder alguém, mas omite a acção devida para diminuir o risco existente; ou no caso em que o perigo é criado pelo próprio animal ou por caso fortuito, quando se parte a trela que o prendia ou se desprende a coleira, o detentor apercebe-se mas omite a acção devida para reduzir o risco existente.

Nestes casos, sendo o resultado imputado à omissão negligente esperada, devida e de que o garante era capaz, opera a regra da equiparação do artigo 10.º n.º 1, do Código Penal, com a possibilidade de atenuação especial da pena (n.º 3), pelo menor desvalor da omissão (não reduzir o risco) em relação à lesão do bem jurídico.

21 Desde logo, convém ter presente que "a vontade de realização do agente negligente se não dirige ao resultado típico" (STRATENWERTH, *apud* FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 2004, p. 655). O **tipo subjectivo** da negligência, que incide sobre a

acção descuidada de violação do dever objectivo de cuidado, é constituído pelos requisitos psicológicos constantes do artigo 15.º, do Código Penal, que fazem a distinção entre a negligência consciente e a inconsciente; a primeira, reside "na deficiente ponderação do risco de produção do facto" e, a segunda, "na ausência de pulsão para a representação do facto" que poderia e deveria ser representado (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 656).

22 **Classificação do crime:** O crime de "ofensas à integridade física negligentes" é (1) um **crime pluriofensivo**, pois tutela a integridade pessoal mas também a vida (cfr. *supra*); (2a) um **crime de dano** (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido), em que a lesão do bem jurídico integra a previsão típica; sendo (2b) um **crime de perigo concreto**, no caso do tipo agravado por "perigo para a vida"; (3) um **crime simples**, pois é constituído por uma só 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 ofensa; (6) um **crime singular** (quanto à quantidade de autores); (7) um **crime comum** (quanto à qualidade dos autores), pode ser praticado por qualquer pessoa; (8) um **crime material ou de resultado** (quanto à relação entre a violação do cuidado e o objecto da acção), constituindo o resultado elemento do tipo, a consumação exige a sua verificação e imputação objectiva à acção, e no caso do "perigo para a vida", a par do resultado-violação prevê-se, ainda, um resultado de perigo.

23 A **tentativa** não é admissível em crimes negligentes, por conter um elemento subjectivo relativo à vontade de realizar a infracção (artigo 22.º do Código Penal – "um crime que *decidiu* cometer").

24 **Comparticipação:** Nada a assinalar face às questões suscitadas pelo crime previsto e punível no artigo 148.º n.º 3, do Código Penal.

25 Há uma relação de **concurso efectivo** com o crime de *lutas entre animais*, previsto no artigo 31.º. É certo que "toda a conduta de lesão do bem jurídico supõe uma transição pelo perigo dela", que implica a exclusão desta por consumpção, porém, tratando-se de um crime de perigo comum, dirigido a um número indiferenciado e indiferenciável (sendo o perigo abstracto ou presumido) de objectos de acção, a punição do crime de resultado de violação-dano do bem jurídico individual, não afasta a necessidade de tutela antecipada pelo crime de mera actividade de perigo-violação, quanto aos demais bens jurídico-penais (HONIG, *apud* Eduardo Correia, concordante, "A teoria do Concurso em Direito Criminal", Almedina, Coimbra, 1996, 138); acresce a protecção do bem jurídico relativo à protecção dos animais, não contemplado neste crime.

A "clonagem" incompleta dos "tipos-base", residentes no Código Penal, em favor de um "nicho de punibilidade", com individualização normativa de pormenor, conduziu a uma complexa teia de complementaridades, sobreposições e justaposições, com as normas penais que protegem a integridade pessoal e o perigo para a vida, havendo quem, perante a densa "neblina normativa", questione a autonomização (assim, FERNANDA PALMA, *ibidem*, "não se compreende a função da norma: é uma agravante, redundante ou uma restrição contraditória das condutas incriminadas no Código Penal?").

As questões de concurso podem ser agregadas em dois grupos autónomos, entre a acção dolosa e a negligente (sendo excludentes as premissas típicas subjectivas, não se coloca sequer a questão do concurso entre elas; também assim, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 2004, p. 630):

Por um lado, sendo a conduta dolosa, a questão do concurso coloca-se entre o crime de ofensas à integridade física dolosas (artigo 32.º), ofensa à integridade física simples (artigo 143.º n.º 1 do Código Penal), ofensa à integridade física grave

(artigo 144.º do Código Penal), ofensa à integridade física qualificada simples (artigo 145.º n.º 1 al.ª a) do Código Penal) e ofensa à integridade física qualificada grave (artigo 145.º n.º 1 al.ª b) do Código Penal) - cfr. *supra* a anotação ao concurso no crime anterior;

Por outro, sendo a conduta negligente, entre o crime de ofensas à integridade física graves negligentes (artigo 33.º), o crime de ofensa à integridade física grave por negligência (artigo 148.º n.º 3 do Código Penal), e a contra-ordenação (al.ª r), do n.º 1, do artigo 38.º), a "não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves".

Na segunda constelação problemática, relativa aos factos negligentes que agora nos ocupam, o concurso de normas deve ser resolvido tendo em atenção que o novo regime visa reforçar a protecção dos bens jurídicos e a confiança comunitária, sem ter revogado expressamente nenhuma norma do Código Penal (nem podia por apenas versar sobre uma ínfima parte das ofensas, as que são cometidas com meio perigoso, e dentro destas apenas aquelas em que foi usado um animal); visa, tendencialmente, a implementação de um regime especial para as ofensas graves provocadas por animal a que deu azo uma conduta negligente; manteve-se a graduação punitiva; inovou-se quanto à natureza procedimental pública da promoção penal.

O crime do artigo 148.º n.º 3, do Código Penal (ofensa grave), é *lex specialis* face ao do n.º 1 (ofensa simples); o crime deste artigo 33.º é *lex specialis* face ao artigo 148.º n.º 3, do Código Penal e a contra-ordenação, prevista no artigo 38.º n.º 1 al.ª r) ("a não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves"), é subsidiária face ao artigo 148.º n.º 1, do Código Penal. Assim temos as seguintes situações de **concurso aparente** ou concurso de normas, **em três níveis**:

Ofensa simples à integridade física por **negligência**, **sem queixa**, é sancionada pela contra-ordenação, prevista no artigo 38.º n.º 1 al.ª r), subsidiária face ao artigo 148.º n.º 1, do Código Penal. A contra-ordenação inova, por prever o dano ao invés do mero perigo de lesão (como sucedia anteriormente), visando evitar que estas condutas fiquem descobertas de protecção apenas porque o ofendido optou por abdicar do procedimento criminal;

Ofensa simples à integridade física por **negligência**, **com queixa**, é punida pelo artigo 148.º n.º 1 do Código Penal, excluindo a contra-ordenação, prevista no artigo 38.º n.º 1 al.ª r), por subsidiariedade (*ex vi* artigo 36.º n.º 3). A única alternativa a este entendimento, absurda por colidir frontalmente com a enunciada *ratio legis* e a *mens legislatoris*, seria a descriminalização das ofensas simples negligentes, nestes casos em que um animal é a fonte do perigo, mediante degradação sancionatória para aquela contra-ordenação;

Ofensa grave à integridade física **negligentes** (e animal), é punida pelo artigo 33.º é *lex specialis* face ao artigo 148.º n.º 3, do Código Penal, cuja principal diferença que traz é a natureza procedimental pública da infracção.

Há **concurso aparente** entre o crime e as contra-ordenações previstas neste e noutros diplomas legais, cuja violação constitua elemento do crime, que são necessariamente consumidas pela incriminação porque não é permitida a dupla valoração; mas já não, sendo o **concurso efectivo**, face àquelas normas de cuidado, detenção e circulação do animal, autónomas, embora com conexão objectiva ou subjectiva, que não se integram na mesma unidade de acção.

Os comportamentos são puníveis com pena de **prisão até 2 anos** ou com pena de **multa até 240 dias**. **26**

Nas condutas comissivas por omissão, puníveis por aplicação da "cláusula de equivalência" do artigo 10.º n.º 1, do Código Penal, a pena pode ser especialmente atenuada (n.º 3 do mesmo preceito legal), por menor dignidade punitiva ou merecimento de pena face ao equivalente "delito de acção", que advém de apresentarem uma ilicitude e culpa menos graves, à semelhança do que sucede no crime doloso.

No caso de concurso aparente entre crime e contra-ordenação, sendo o seu autor punido apenas pelo crime, poderão ser-lhe aplicadas as **sanções acessórias** previstas para a infracção criminal ou para a infracção contra-ordenacional (artigo 36.º n.º 3, deste Decreto-Lei). Designadamente, são aplicáveis as sanções acessórias previstas neste Decreto-Lei, como as previstas no artigo 69.º Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17 de Dezembro, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17 de Dezembro (cfr. *supra* anotação n.º 35 do artigo 31.º). **27**

O crime tem **natureza procedimental pública**, respeitando a regra da oficialidade em direito penal, mas que, *in casu*, inverte o regime previsto no Código Penal, para o crime de ofensa à integridade física por negligência. Resulta, daqui, evidente a *ratio essendi* de reforçar a resposta punitiva existente, visando alcançar uma maior confiança da comunidade na protecção dos bens jurídicos protegidos. Esta é, aliás, quanto à punição das ofensas negligentes o principal meio de reforço. As ofensas graves passam a ser públicas e as ofensas simples passam a ter dois regimes, crime semi-público e, subsidiariamente, contra-ordenação. **28**

Artigo 34.º
Aplicação subsidiária

Em tudo o que não esteja expressamente previsto na presente secção são aplicáveis as normas constantes do Código Penal.

A aplicação subsidiária do Código Penal à legislação penal especial, já resultava da regra prevista no artigo 8.º, *in fine*, do Código Penal, que esta reafirmar sem necessidade.

Artigo 35.º
Envio do processo ao Ministério Público

A autoridade competente remete o processo ao Ministério Público sempre que considere que a infracção constitui um crime.

Esta norma aplica-se ao caso de ter sido instaurado processo de contra-ordenação. A autoridade competente é a Direcção-Geral de Veterinária (artigo 41.º n.º 1). A remessa ocorre quer a DGV considere que os factos apenas constituem crime ou crime e contra-ordenação (artigo 36.º n.º 1). Reproduz o artigo 40.º n.º 1, do Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGIMOS), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

Artigo 36.º
Autoridades competentes em processo criminal

1. Quando se verifique concurso de crime e contraordenação ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contra-

ordenação, o processamento da contra-ordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal.

2. Se estiver pendente um processo na autoridade administrativa, devem os autos ser remetidos a autoridade competente nos termos do número anterior.

3. Quando uma mesma infracção constitua crime e contra-ordenação, o agente é punido apenas pelo crime, podendo ser-lhe aplicadas as sanções acessórias previstas para a infracção criminal ou para a infracção contra-ordenacional.

As normas contidas nos n.º 1 e n.º 2 limitam-se a reproduzir, *ipsis verbis*, as normas previstas no artigo 38.º n.º 1 e n.º 2, do RGIMOS, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 244/95 de 14 de Setembro, que são igualmente aplicáveis. A norma contida no n.º3 reproduz a norma prevista no artigo 20.º, do RGIMOS.

Artigo 37.º
Competência do tribunal

Na situação referida no n.º 1 do artigo anterior, a aplicação da coima e das sanções acessórias cabe ao juiz competente para o julgamento do crime.

Reproduz o artigo 39.º, do RGIMOS, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 244/95 de 14 de Setembro.

PLÁCIDO 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)

LIVRO IV
Das infracções penais

TÍTULO I
Dos crimes marítimos e dos crimes comuns

Art. 126.º

São crimes marítimos aqueles que pela sua íntima relação com a vida do mar são classificados como tais por este Código.

§ único. Os crimes marítimos são da competência dos tribunais marítimos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A vigência (anotações 2 a 9)
A iniciativa legislativa (anotação 10)

A fonte do presente artigo é o art. 42.º da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 e que foi referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal. **1**

Este Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante (CPDMM) do Decreto-Lei 33252/43, de 20 de Novembro, é uma legislação já demasiado antiga e francamente desactualizada e ultrapassada quer pelo tempo, quer pelos valores, questionando-se mesmo a sua vigência em geral e nos particulares crimes, como a seguir se dirá. Alguns crimes foram mesmo declarados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional e com força obrigatória geral. **2**

Por outro lado, tem sido uma matéria muito pouco tratada e estudada e a doutrina tem-lhe dedicado pouco espaço. Também a nível universitário e particularmente na parte penal, pouco ou nada se encontra escrito. **3**

Apesar de o artigo 8.º do Código Penal de 1982 (aplicação subsidiária do Código Penal) estabelecer que "as disposições deste código são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar e da marinha mercante e pela legislação de carácter especial, salvo disposição em contrário" não encontrámos anotador algum que a tal se tenha dedicado. Na expressão de Luís Duarte D`Almeida, António Lamego e Sónia Reis, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 759, nota (2) "nas águas profundas do pensamento jurídico português é o CPDMM, dir-se-ia como que um navio-fantasma", com uma vida mais artificial do que real. **4**

Trata-se, pois, de uma legislação em parte incompatível com a nossa actual ordem constitucional, estando alguma revogada, outra já declarada inconstitucional com força obrigatória geral. **5**

Por outro lado, importa ter presente, neste contexto, o teor do artigo 18.º da Constituição da República (força jurídica) e na medida em que "a lei só pode **6**

restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos".

7 Este Título I do Livro IV destina-se a definir as infracções penais do CPDMM em crimes marítimos e crimes comuns. São crimes marítimos os que pela sua íntima relação com a vida do mar são assim classificados por este código; são crimes comuns os definidos no artigo 127.º do Código, isto é, são aqueles que, estão definidos no código e que não são classificados como marítimos. O critério de distinção, nas expressões constantes do preâmbulo do diploma que aprovou o código, esteve a "íntima relação com a vida do mar", "a relação com a vida do mar", "a íntima ligação com os assuntos marítimos" ou com "a vida ou ordem marítima".

8 O parecer da Procuradoria Geral da República de 25 de Novembro de 1949, BMJ 18, (1949), pág. 152, entendeu que "parece dever concluir-se que a lei só considerou como crimes marítimos esses que são taxativamente previstos, sendo, assim, a expressão "pela sua íntima relação com a vida do mar" uma regra de interpretação desses mesmos tipos legais de crimes marítimos, e não uma regra que permita a qualificação como crimes marítimos de factos porventura relacionados intimamente com a vida do mar mas não correspondentes aos tipos legais especificamente estabelecidos".

9 O julgamento destes crimes era da competência dos tribunais marítimos (art. 264.º) e que eram constituídos por oficiais da marinha (art. 266.º), apenas havendo intervenção de um magistrado judicial nos julgamentos referidos no art. 267.º – o que constituía uma excepção. Quer o Código quer os crimes estavam erigidos para o julgamento por tribunal especial; actualmente, em face dos artigos 209.º, n.º 4, da Constituição "sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes"; e o art. 211.º, n.º 1, da Constituição milita no mesmo sentido. De resto, a Lei 82/77 de 6 de Dezembro (Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais), no seu art. 83.º, n.º 3, **extinguiu a competência dos tribunais marítimos para o conhecimento de crimes**.

10 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na sua exposição de motivos, procurava efectuar "as necessárias adaptações às necessidades e requisitos actuais" e a "íntima relação com a vida do mar" deixava de sustentar a tipologia dos crimes.

Art.º 127.º

Os crimes comuns são aqueles que estão previstos no Código Penal e que não são considerados como crimes marítimos por este Código.

§ único. Os crimes a que se refere este artigo são da competência dos tribunais comuns.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O regime dos crimes comuns (anotação 2)
A vigência (anotações 3 e 4)

1 A **fonte** deste artigo é o art. 19.º da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864.

2 Os crimes comuns são definidos, no regime do código, pela negativa, isto é, são os que estão previstos no CPDMM mas que não são considerados como crimes marítimos por este mesmo código.

O Parecer da Procuradoria Geral da República de 25 de Novembro de 1949, BMJ 18, (1949), pág. 152, entendeu que "parece dever concluir-se que a lei só considerou como crimes marítimos esses que são taxativamente previstos, sendo, assim, a expressão "pela sua íntima relação com a vida do mar" uma regra de interpretação desses mesmos tipos legais de crimes marítimos, e não uma regra que permita a qualificação como crimes marítimos de factos porventura relacionados intimamente com a vida do mar mas não correspondentes aos tipos legais especificamente estabelecidos". **3**

Actualmente, em face do artigo 209.º, n.º 4, da Constituição "sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes", e o art. 211.º n.º 1, da Constituição milita no mesmo sentido. **4**

Art.º 128.º

Continuam em vigor, relativamente aos indivíduos abrangidos pelo presente Código, todas as disposições legais respeitantes às infracções que são da competência dos tribunais especiais.

Sumário da anotação**:**
A vigência (anotações 1 a 3)

Como se referiu já em anotação aos artigos anteriores, em face do artigo 209.º, n.º 4, da Constituição "sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes"; e o art. 211.º, n.º 1, da Constituição milita no mesmo sentido, deixando de haver foro especial. **1**

Já o STJ, no Assento n.º 1/53, de 7.1.1953, DR, I série de 16.1.1953, BMJ 35, 89, decidiu o seguinte: "Na vigência da Organização Prisional promulgada pelo Decreto-Lei n. 26643, de 28 de Maio de 1936, na Metrópole não pode, por crimes comuns, haver condenação discriminativa em prisão no lugar do degredo". **2**

A Lei 82/77, de 6 de Dezembro (Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais), no seu art. 83.º, n.º 3, extinguiu a competência dos tribunais marítimos para o conhecimento de crimes. **3**

TÍTULO II
Dos crimes marítimos

CAPÍTULO I
Disposições Gerais

Art.º 129.º

Serão observadas pelos tribunais marítimos as disposições gerais que constam do livro I do Código Penal e, bem assim, a legislação posterior em vigor que alterou essa parte daquele Código.

Sumário da anotação**:**
A vigência (anotações 1 a 3)

Nos termos do artigo 209.º, n.º 4, da Constituição "sem prejuízo do disposto quanto aos tribunais militares, é proibida a existência de tribunais com competência **1**

exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes"; e o art. 211.º, n.º 1, da Constituição milita no mesmo sentido.

2 A Lei 82/77, de 6 de Dezembro (Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais), no seu art. 83.º, n.º 3, extinguiu a competência dos tribunais marítimos para o conhecimento de crimes.

3 Actualmente, os crimes em apreço são julgados nos **tribunais penais comuns** (e não por tribunais penais especiais, quiçá marítimos).

Art.º 130.º

As penas impostas pelos tribunais marítimos serão cumpridas nas mesmas condições e nos mesmos estabelecimentos prisionais destinados ao cumprimento das penas aplicadas pelos tribunais comuns.

Sumário da anotação:
O fim dos tribunais marítimos (anotações 1 a 3)

1 Actualmente, não havendo tribunais marítimos de natureza criminal, não há, como consequência directa, penas aplicadas pelos mesmos.

2 Já o STJ, no Assento n.º 1/53, de 7.1.1953, DR, I série de 16.1.1953, BMJ 35, 89, decidiu o seguinte: "Na vigência da Organização Prisional promulgada pelo Decreto-Lei n.º 26643, de 28 de Maio de 1936, na Metrópole não pode, por crimes comuns, haver condenação discriminativa em prisão no lugar do degredo".

3 De qualquer modo, sempre se deveria entender que as penas aplicadas, se e ainda que o fossem, seriam cumpridas nos mesmos termos das penas aplicadas pelos tribunais comuns.

Art.º 131.º

A prisão preventiva pode ser executada a bordo, em lugar adequado.

Sumário da anotação**:**
O regime da prisão preventiva (anotação 1)
O âmbito de aplicação espacial (anotações 2 a 6)

1 À prisão preventiva deverá, actualmente, ser aplicado o regime decorrente da Constituição, mormente dos direitos e deveres fundamentais (art. 12.º e ss.) e dos direitos liberdades e garantias (art. 24.º e ss., em especial, os artigos 28.º, 29.º e 32.º) bem como do actual Código Penal e de Processo Penal, para além do art. 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

2 O art. 6.º do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que "a lei portuguesa é aplicável em todo o território português e, bem assim, em território estrangeiro nos limites definidos pelos tratados, convenções e regras do direito internacional".

3 De acordo com o artigo 4.º do Código Penal "salvo tratado ou convenção internacional em contrário, a lei penal portuguesa é aplicável a factos praticados: **a)** em território português, seja qual for a nacionalidade do agente; ou **b)** a bordo de navios ou aeronaves portuguesas.

4 A aplicação espacial do direito penal baseia-se no **princípio da territorialidade**.

5 E no conceito de território nacional para efeitos penais inclui-se o navio ou aeronave militar portuguesa.

6 Haverá que considerar ainda, neste âmbito, **o princípio do pavilhão** que consiste em o Estado punir todos os factos juridicamente relevantes cometidos a bordo

de navios ou aeronaves portuguesas, desde que não sejam praticados em espaço marítimo ou aéreo estrangeiro ou em portos ou aeroportos estrangeiros. A este respeito: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, pág. 56, em notas ao art. 4.º do Código Penal.

TÍTULO II
Dos crimes marítimos

CAPÍTULO II
Dos crimes em especial

SECÇÃO I
Da deserção

Art.º 132.º

É considerado desertor o tripulante que, não havendo motivo justificado, deixar partir o navio para o mar sem embarcar e, bem assim, aquele que sem autorização superior abandonar o serviço de bordo durante cinco ou mais dias consecutivos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotações 1 e 2)
A estrutura do código (anotação 3)
O tipo objectivo (anotação 4)
A vigência (anotações 5 a 12)
A iniciativa legislativa (anotação 13)

A **fonte** deste preceito são os artigos 19.º, n.º 14, e o art. 26.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portugueza aprovado por Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864, tendo sido referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal. **1**

O art. 3.º do Decreto Lei 33252, de 20 de Novembro de 1943, revogou a referida Carta de Lei e toda a legislação que posteriormente alterou ou completou este diploma, nomeadamente o § 3.º do art. 1.º do Decreto Lei 23.764, de 13 de Abril de 1934, e o Decreto Lei n.º 31.892, de 25 de Fevereiro de 1942. **2**

O Livro IV do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante (CPDMM) é denominado "das infracções penais"; o Título I deste Livro IV é intitulado "dos crimes marítimos e dos crimes comuns"; o Título II denomina-se "dos crimes marítimos" e o Capítulo I deste Título refere-se às "disposições gerais". **3**

De acordo com o artigo 1.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 384/99, de 23 de Setembro, "a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação". E o artigo 58, n.º 1 da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) ia no mesmo sentido: "a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação". **4**

Após a entrada em vigor do CPDMM decorreu um largo espaço de tempo; e, mais pertinente ainda do que o tempo foi o facto de, em 1974, ter entrado em vigor uma nova Constituição da República que trouxe consigo o seu próprio direito com outros e novos valores (as revoluções trazem consigo o seu próprio direito); e, neste sentido, entrou em vigor o novo Código Penal de 1982 e, posteriormente, o novo **5**

Código de Processo Penal de 1987. Tais Códigos, com outra legislação publicada v.g. a Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais – Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro), fruto de uma nova ordem constitucional, filosoficamente diversa, vieram repercutir-se profundamente no CPDMM.

6 O artigo 9.º do Decreto-Lei 678/75, de 6 de Dezembro era redigido ainda do seguinte modo "mantêm-se em vigor as disposições do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante em tudo aquilo que não seja contrariado pelo disposto neste diploma"; e o artigo 10.º ainda estabelecia que "a competência dos tribunais marítimos em matéria penal mantém-se até à revisão do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante".

7 O Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, não revogou, de modo expresso, o CPDMM e na medida em que tal revogação não consta do artigo 6.º daquele diploma e, por outro lado, o facto de o CPDMM ser lei especial. Acresce que o artigo 8.º do Código Penal prevê a aplicação subsidiária das disposições do Código Penal aos factos puníveis pelo direito penal da marinha mercante, o que não significa que se entenda que todas as disposições dos artigos 132.º e ss. do CPDMM se entendam ou devam entender como em vigor, mas antes revogadas de forma tácita.

8 Este artigo 132.º do CPDMM foi declarado **inconstitucional, com força obrigatória geral**, pelo Ac. n.º 527/95, de 4 de Outubro (NUNES DE ALMEIDA), fazendo apelo ao princípio da solidariedade do direito penal, da justiça, da proporcionalidade, da necessidade, da adequação. No acórdão se refere que "ao tornar criminosa a conduta de um trabalhador cujas funções não estão directa e normalmente relacionadas com a segurança do navio, mas apenas têm a ver com a actividade económica através dele exercida, a norma em causa torna-se excessiva". É a seguinte a decisão do acórdão: "O Tribunal Constitucional, na sequência do exposto, decide declarar, com força obrigatória geral, por violação dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, a inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do CPDMM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio". Este acórdão foi publicado no Diário da República I Série-A, de 10 de Novembro de 1995.

9 O que se pretendia proteger neste artigo em anotação era a segurança da navegação marítima, do navio bem como as pessoas e bens, ao deixar partir para o mar o navio ou abandonar o serviço de bordo, o que se vem a traduzir na protecção da normalidade do transporte marítimo. Esta situação estava intimamente conexionada com a vida do mar, na qual o código originário fazia o seu especial enfoque no tocante à tipificação dos crimes e à parte disciplinar. Contudo, com o decorrer do tempo e a nova filosofia da tipologia criminal, a partir de 1982, passou a entender-se que a maior parte dos crimes tipificados no CPDMM não se justificava com a tipologia tão intimamente relacionada com o mar e com a "função marítima". Meras relações contratuais (v.g. laborais – o contrato de trabalho a bordo, como o Decreto-Lei 74/73, de 1 de Março (aprova o regime jurídico do contrato individual de trabalho do pessoal da marinha de comércio) e a Lei n.º 15/97, de 31 de Maio, (estabelece o regime jurídico do contrato individual de trabalho a bordo das embarcações de pesca), diplomas posteriormente alterados), ou a específica vida a bordo (o ambiente) ou até a relação de hierarquia a bordo não se traduziam em situações substancialmente diversos de outras de modo a justificar tipificações e foro especial. Assim a Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/98 de 26 de

Fevereiro já apontava, embora não de forma expressa, para uma revogação do CPDMM; o comunicado do Conselho de Ministros de 30 de Abril de 2009 aprovou a "Proposta de Lei que aprova a Lei de Navegação Comercial Marítima" que veio a constituir a Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) e na qual se propunha a revogação do CPDMM (no artigo 5.º alínea b)) e se optava por manter, após uma profunda actualização terminológica, a maioria das soluções de fundo adoptadas pelo legislador do Código, efectuando, contudo, as necessárias adaptações às necessidades e requisitos actuais, mormente a tipologia de crimes segundo um critério de perigo (concreto ou não) e já não segundo a íntima relação com a vida do mar. Porém, a proposta de lei não chegou a ser votada na legislatura e a verdade é que o CPDMM se mantém em vigor na medida em que ainda não foi expressamente revogado, embora com uma vida mais artificial do que real. De qualquer modo, estamos em crer que algumas das soluções do CPDMM se encontram desajustadas aos novos tempos e, em particular, tendo em consideração os artigos 287.º e ss. da actual versão do Código Penal ao estabelecer um capítulo "dos crimes contra a segurança das comunicações".

Este artigo, como se referiu já, foi declarado inconstitucional, com força obrigatória geral, pelo Ac. n.º 527/95 de 4 de Outubro; mas já tinha sido também declarado inconstitucional pelos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 634/93 e 650/93, ambos da 2.ª secção e ainda pelo Acórdão do mesmo Tribunal n.º 211/95 e cuja decisão é do seguinte teor: "Julgar inconstitucional a norma resultante da conjugação dos artigos 132.º e 133.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que dela resulta a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio (e não desempenhando funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio) e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, por violação dos princípios da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição)"; assim, deixou de vigorar na nossa ordem jurídica nos precisos termos da decisão do Tribunal Constitucional, com força obrigatória geral. **10**

A este artigo 132.º se referem também as Circulares da PGR n.os 12/95 e 9/90 (fiscalização concreta da constitucionalidade das leis), sendo a primeira incorporada na segunda. **11**

Também LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 782 consideram este artigo revogado. **12**

O crime de deserção encontrava-se previsto na Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) numa secção denominada "crimes no exercício da função", no artigo 401.º (deserção) e 402.º (deserção por parte do comandante); como se verifica do artigo 401.º n.º 1 e no seguimento da citada jurisprudência do Tribunal Constitucional, a incriminação fica dependente do facto de o tripulante desempenhar "funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem da embarcação". Estes artigos da mencionada proposta de lei eram do seguinte teor: **13**

Art.º 401.º
Deserção

1. É considerado desertor o tripulante que, desempenhando funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem da embarcação, e não existindo

motivo justificado, deixar partir a embarcação para o mar sem embarcar e, bem assim, aquele que sem autorização superior abandonar o serviço.

2. Se da conduta do agente, resultar perigo para a vida ou integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, o agente é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3. Se a conduta referida no número um for fruto de negligência, o agente é punido com pena de prisão até três anos.

4. A aplicação do presente artigo não prejudica a responsabilidade laboral, disciplinar ou outra do agente, que deve ser cumulada com a respectiva responsabilidade penal

Artigo 402.º

Deserção por parte do comandante

1. O comandante que, sem causa justificativa, desertar da embarcação abandonando o comando que lhe foi confiado, antes de ser substituído, é punido com pena prisão até dois anos.

2. À conduta do comandante, é aplicável o disposto nos n.º 2, 3 e 4 do artigo 401.º com agravação de um terço nos limites mínimos e máximos da pena de prisão aí prevista.

Art.º 133.º

O tripulante que desertar no porto de partida será punido com prisão simples até um ano e aquele que desertar em qualquer outro lugar será punido com prisão simples até dois anos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O tipo objectivo (anotações 2 a 4)
A vigência (anotações 5 a 7)

1 A **fonte** deste artigo encontra-se nos artigos 19.º n.º 14 e 26.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portugueza aprovado por Carta de Lei do Senhor D. Luiz, de 4 de Julho de 1864, tendo sido referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal.

2 Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99, de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação.

3 De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) "a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

4 Este artigo 133.º refere-se também ao tripulante que desertar, como o artigo 132.º deste código; porém, o artigo 132.º refere-se ao tripulante que deixar partir o navio para o mar sem embarcar e aquele que sem autorização superior abandone o serviço de bordo durante alguns dias consecutivos. Este artigo 133.º afere a deserção pelo critério do lugar onde a mesma ocorre; no porto de partida ou em qualquer outro lugar; as sanções são diferentes para as duas situações, sendo mais grave a deserção em qualquer outro lugar do que a deserção no porto de partida.

5 Este artigo, pelas mesmas razões e nos mesmos termos do Acórdão n.º 527/95, de 4 de Outubro, do Tribunal Constitucional deve ser considerado **inconstitucional**, com força obrigatória geral e por "ao tornar criminosa a conduta de um

trabalhador cujas funções não estão directa e normalmente relacionadas com a segurança do navio, mas apenas têm a ver com a actividade económica através dele exercida, a norma em causa torna-se excessiva". É a seguinte a decisão do acórdão: "O Tribunal Constitucional, na sequência do exposto, decide declarar, com força obrigatória geral, por violação dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, a inconstitucionalidade da norma do artigo 132.º do CPDMM, aprovado pelo Decreto-lei n.º 38252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que estabelece a punição daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio". Este acórdão foi publicado no Diário da República I Série - A, de 10 de Novembro de 1995. O mesmo Acórdão do Tribunal Constitucional refere-se a este artigo 133.º nos seguintes termos: "em suma, é, desde logo, a exigência de dignidade punitiva das condutas, enquanto expressão de uma elevada gravidade ética e merecimento de culpa (artigo 1.º da Constituição, do qual decorre a protecção da essencial dignidade da pessoa humana), que se exprime no princípio constitucional da necessidade da pena (e não só da subsidiariedade do direito penal e da máxima restrição das penas que pressupõem apenas, em sentido estrito, a ineficácia de outro meio jurídico), que é posta em causa pela norma incriminadora contida nos artigos 132.º e 133.º do CPDMM, pelo menos, na parte em que não há adstrição directa do tripulante à manutenção, segurança e equipagem do navio"; e mais adiante: " Ora, a norma do artigo 132.º do CPDMM, no segmento em apreciação, ao estabelecer a punição criminal, como desertor, do tripulante que, não desempenhando funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio, o deixe partir para o mar sem motivo justificado, desde que tal comportamento não ponha em causa a navegabilidade da embarcação, está a sancionar pela forma mais grave uma actuação que não tem relação directa com o exercício da função marítima e que não justifica o recurso a meios social e humanamente tão gravosos, como é a prevista incriminação como desertor, susceptível de acarretar uma pena de prisão até um ou dois anos (artigo 133.º do CPDMM)"; mas já tinha sido também declarado inconstitucional pelos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.os 634/93 e 650/93, ambos da 2.ª secção e ainda pelo Acórdão do mesmo Tribunal n.º 211/95, de 20 de Abril de 1995, da 1.ª secção (Fernanda Palma) e cuja decisão é do seguinte teor: "Julgar inconstitucional a norma resultante da conjugação dos artigos 132.º e 133.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de Novembro de 1943, na parte em que dela resulta a punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio (e não desempenhando funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio) e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, por violação dos princípios da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da Constituição)"; assim, deixou de vigorar na nossa ordem jurídica nos precisos termos da decisão do Tribunal Constitucional.

O artigo 401.º n.º 1 da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) previa as situações deste artigo 133.º ao referir-se "aquele que sem autorização superior abandonar o serviço", não fazendo distinção quanto ao lugar do abandono. **6**

Também LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 782 consideram este artigo **revogado**. **7**

Art.º 134.º

O capitão que, sem necessidade absoluta e provada, quebrar o seu ajuste e deixar o seu navio antes de ser substituído será punido com prisão simples até dois anos, verificando-se o facto em porto português, e com prisão correccional por igual tempo e multa correspondente, sendo em porto estrangeiro.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O tipo objectivo (anotação 2)
A vigência (anotações 3 e 4)

1 A **fonte** deste artigo encontra-se nos artigos 19.º, n.º 14, e 26.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portugueza aprovado por Carta de Lei do Senhor D. Luiz, de 4 de Julho de 1864, tendo sido referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal.

2 O capitão faz parte da equipagem (artigos 3.º e 4.º) e é o chefe da equipagem da embarcação (art. 5.º). O artigo 3.º do Decreto-Lei 384/99 de 23 de Setembro refere-se ao "capitão" nos seguintes termos: "1 – Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por capitão da marinha mercante. 2 – O tripulante investido em funções de comando de navio toma a designação genérica: *a*) De capitão, quando pertencer ao escalão dos oficiais; *b*) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; *c*) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3 – As funções de comando de navio só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito".
De acordo com o artigo 3.º n.º 1 do Decreto-Lei 202/98, de 10 de Julho, "compete ao armador designar o capitão do navio"; "o armador pode despedir o capitão a todo o tempo, sem prejuízo dos direitos e obrigações decorrentes do contrato de trabalho" (n.º 2).
Também o art. 60.º da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) se referia ao "comandante" nos seguintes termos: 1. Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por capitão da marinha mercante. 2. O tripulante investido em funções de comando da embarcação toma a designação genérica: a) De comandante, quando pertencer ao escalão dos oficiais; b) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; c) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3. As funções de comando da embarcação só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito. E o art. 61.º n.º 1 estabelecia que "compete ao armador de comércio designar o comandante da embarcação".

3 Pelas razões decorrentes da jurisprudência do Tribunal Constitucional que se têm vindo a referir nem anotação aos artigos anteriores e por razões relacionadas com o facto de hoje se entender que determinados factos só devem ser qualificados como crime se ofenderem bens que merecem ser penalmente protegidos, deve entender-se que também este artigo não se encontra em vigor e o respectivo crime revogado implícita ou tacitamente. Na verdade, a relação estabelecida entre o capitão do navio e o armador (que nomeia o comandante do navio) se fundamenta numa relação laboral (o contrato de trabalho a bordo) e o teor do artigo 134.º em anotação mais não deve traduzir do que a violação ou o incumprimento de deveres laborais, numa relação jurídica privada, como o expressou o já referido acórdão do Tribunal Constitucional n.º 211/95, de 20 de Abril de 1995, da 1.ª secção (FERNANDA PALMA).

Também LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 782, consideram este artigo **revogado**. **4**

SECÇÃO II
Da insubordinação

Art.º 135.º

Os tripulantes que se reunirem em motim ou tumulto, ou com arruído, empregando violências, ameaças ou injúrias: para impedir a execução de alguma ordem legítima da autoridade marítima do capitão ou de outro superior hierárquico; para constranger, impedir ou perturbar qualquer destas entidades no exercício das suas funções; para exercer algum acto de ódio, vingança ou desprezo contra as mesmas entidades; ou para se eximir ao cumprimento de alguma obrigação, serão punidos com prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, a degredo temporário.

§ 1.° Se a insubordinação for armada, aplicar-se-á o máximo da pena.

§ 2.° Se não tiver havido violências, ameaças ou injúrias, não será aplicada pena superior a quatro anos de prisão maior, celular ou, em alternativa, a degredo correspondente.

§ 3.° Aqueles que excitarem, provocarem ou dirigirem a insubordinação serão condenados em prisão maior celular por quatro anos, seguida de degredo por oito, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por quinze anos.

§ 4.°A conjuração para insubordinação será punida como crime frustrado.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
Os bens protegidos (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotações 4 a 7)
A agravação (anotação 8)
A frustração (anotações 9 a 11)
A pena (anotações 12 a 14)
A iniciativa legislativa (anotações 15 e 16)
A vigência (anotações 17 e 18)

A **fonte** deste artigo encontra-se nos artigos n.º 19.º, n.os 10, 11 e 18, 20.º, 21.º e 22.º da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 e que foi referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal. **1**

Os **bens jurídicos** protegidos neste artigo eram a paz pública, a vida, a integridade física e a propriedade. **2**

O **tipo objectivo** era constituído pela reunião em motim ou tumulto, ou com arruído, empregando violências. **3**

O **tipo subjectivo** traduzia-se no conhecimento e vontade de participar no motim. **4**

O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99, de 23 de Setembro, diz que a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação". **5**

Um **motim** é um ajuntamento de pessoas decididas, de forma articulada, à prática de actos de violência e dominados pela vontade de perturbar a paz pública. **6**

O artigo 180.º do Código Penal de 1886 referia-se à "assuada". **7**

8 O uso de armas constituía uma agravante, nos termos do § 1.º

9 Em relação ao § 4.º deverá ter-se em consideração que actualmente, a frustração, sendo uma tentativa inacabada, se enquadra nos artigos 22.º e 23.º do Código Penal de 1982.

10 Também para a punição do crime frustrado se deverá atentar no teor do artigo 23.º do actual Código Penal.

11 Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99, de 23 de Setembro, "a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) "a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

12 Quanto à medida abstracta das **penas** deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei n.º 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos"; e em relação às penas de multa o artigo 3.º n.º 2 do mesmo diploma remete para o regime do artigo 46.º do Código Penal de 1982. O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime decorrente do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

13 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º, n.º 2, da Constituição ao estabelecer, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de esquecer o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico. Já o STJ, no Assento n.º 1/53, de 7/1/53, DR, I série de 16/1/53, BMJ 35, 89, decidiu que – "Na vigência da Organização Prisional promulgada pelo Decreto-Lei n.º 26643, de 28 de Maio de 1936, na Metrópole não pode, por crimes comuns, haver condenação discriminativa em prisão no lugar do degredo".

14 O § 1.º do artigo 135.º em anotação estabelecia uma agravação se a insubordinação fosse "armada". Como o artigo 303.º do Código Penal (participação em motim armado) também a Proposta de Lei ao referir-se a insubordinação armada pressupunha que o motim é "armado" quando um dos agentes traz consigo uma arma de fogo visível. A este respeito: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, pág. 759, em anotação ao artigo 303.º do Código Penal.

15 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) previa o crime de **motim,** nos seguintes termos:

"Artigo 403.º
Motim

1. Os tripulantes que se reunirem em motim ou tumulto, empregando qualquer tipo de violência, ameaças ou injúrias, com a intenção de impedir a execução de alguma ordem legítima da autoridade marítima, do comandante ou de outro superior hierárquico, para constranger, impedir ou perturbar qualquer destas entidades no exercício das suas funções, para exercer algum acto de ódio, vingança ou desrespeito contra as mesmas entidades, ou para se eximir ao cumprimento de alguma obrigação, são punidos com pena de prisão de dois a oito anos.

2. Se a insubordinação for armada, aplica-se a pena de prisão de três a 10 anos, aplicando-se na interpretação deste artigo, o disposto nos n.os 2, 3 e 4 do artigo 303.º do Código Penal.

3. Aqueles que, intencionalmente provocarem, incitarem ou dirigirem a insubordinação são punidos com a pena de prisão correspondente de acordo com os números anteriores, acrescida de um terço.

4. A tentativa é sempre punível.

5. O disposto no presente artigo não prejudica a aplicação de pena mais grave que caiba por força de outra disposição legal."

Também nesta Proposta de Lei se estabelecia o regime agravado do n.º 5 deste artigo 403.º **16**

Os factos tipificados como crime de insubordinação no CPDMM não merecem ser qualificados como crime, nos termos em que o faz o referido Código e por não traduzirem ofensa à paz pública; para esta situação vigora o crime de participação em motim do artigo 303.º do Código Penal; é verdade que tais factos podem violar, a bordo, normas de disciplina e hierarquia; porém, tais normas redundam num contrato, numa relação laboral (o contrato de trabalho a bordo, como o Decreto-Lei 74/73, de 1 de Março – contrato individual de trabalho para os trabalhadores da marinha de comércio, e a Lei n.º 15/97, de 31 de Maio – trabalho a bordo das embarcações de pesca); mas, mesmo que existam regras de disciplina e de hierarquia a bordo (na decorrência de um contrato de natureza laboral e cuja regras são contratualizadas), pode a violação das mesmas merecer a aplicação de uma sanção, mas não legitimam uma tipificação criminal, nos termos em que o faz o CPDMM. **17**

E, nesta perspectiva, a nosso ver, LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 782 e 783 consideram este artigo **tácita ou implicitamente revogado**. **18**

Art.º 136.º

Em qualquer dos casos previstos no artigo anterior, se resultar a morte de algum agente de autoridade, tripulante ou outra pessoa que tiver diligenciado opor-se à insubordinação, será aplicada a pena de prisão maior celular por oito anos, seguida de degredo por vinte anos, ou, em alternativa, a pena fixa de degredo por vinte anos, ou, em alternativa, a pena fixa de degredo por vinte e oito anos, com prisão no lugar de degredo por oito a dez anos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
A agravação (anotação 3)

A iniciativa legislativa (anotação 4)
Remissão (anotação 5)

1 **A fonte** deste preceito é o artigo 19.º da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864

2 O **bem jurídico** protegido é a vida.

3 Este crime traduz-se numa agravação do crime anterior de insubordinação e no caso de ocorrer a morte de algum agente de autoridade, tripulante ou outra pessoa que tivesse diligenciado opor-se à insubordinação – que pretendesse fazer a paz.

4 O n.º 5 do artigo 403.º da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) previa também uma agravação, nos seguintes termos: "O disposto no presente artigo não prejudica a aplicação de pena mais grave que caiba por força de outra disposição legal."

5 Renovam-se aqui as anotações ao artigo anterior sob os n.º 6, 7, 11, 12, 16, 17 e 18.

SECÇÃO III
Da desobediência

Art.º 137.º

O tripulante que deixar de cumprir qualquer ordem legítima da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico, respeitante a serviços que não sejam relativos a segurança da embarcação, de pessoas, de cousas, ou relativa à manutenção da ordem, será punido com prisão simples de um a seis meses.

§ único. A simples recusa de cumprimento da ordem, quando seguida da sua execução voluntária, será punida com prisão simples até três meses.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 a 8)
A atenuação (anotação 9)
A iniciativa legislativa (anotações 10 e 11)
A vigência (12)

1 **A fonte** deste preceito é o artigo 19.º, n.º 23, da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864.

2 O **bem jurídico** protegido com a incriminação é a autonomia funcional da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico (oficial de bordo). A este respeito, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, pág. 825, em anotação ao artigo 348.º do Código Penal.

3 Trata-se de um crime contra a autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico (oficial de bordo).

4 A **ordem** tem que ser legítima e ser proveniente da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico (oficial de bordo).

5 A ordem deve respeitar a serviços que não sejam relativos a segurança da embarcação, de pessoas ou coisas ou relativas à manutenção da ordem a bordo.

6 O que distingue este crime do do artigo seguinte é o facto de este respeitar àdesobediência a ordens que não sejam relativas à segurança da embarcação, de pessoas ou coisas ou relativas à manutenção da ordem a bordo, enquanto o crime do artigo seguinte (138.º) respeita à desobediência a ordens que digam respeito

ou que estejam conexionadas com a segurança ou a salvação da embarcação, das pessoas e das coisas ou relativa à manutenção da ordem a bordo.

A ordem deve entender-se, em face do crime de desobediência do artigo 348.º do Código Penal, como legítima e regularmente comunicada, devendo o seu conteúdo ser compreendido pelo agente. **7**

Em relação a este artigo, decidiu o ac. Rel. Lisboa de 29/1/1986, CJ, (1986), tomo I, pág. 121 e ss.: " I – Segundo o CPDMM, é responsável pelo cumprimento das ordens legítimas das entidades fiscalizadoras, o mestre da embarcação, e, na sua falta, não o tripulante que se arrogue essa qualidade, mas aquele que seja profissionalmente mais categorizado, por ser legalmente equiparado a mestre. II – O não acatamento, por mestre da embarcação de pesca (ou equiparado), de ordem legítima dada por oficial de comando de navio de fiscalização de pesca, constitui prática de crime especial de desobediência previsto no art. 137.º daquele Código" **8**

O § único traduz um regime atenuante em face da rejeição da ordem, seguida, embora, da sua execução. **9**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) previa o crime de **desobediência,** nos seguintes termos: **10**

"Artigo 404.º
Desobediência

1. O tripulante que deixar de cumprir qualquer ordem ou mandato legítimo, regularmente comunicado e emanado da Autoridade Marítima, de outra autoridade competente ou do comandante ou de outro superior hierárquico é punido com pena de prisão de um a seis meses.

2. Quando a ordem legítima referida no número anterior, diga respeito à segurança ou salvação da embarcação, salvamento marítimo e socorro a pessoas, ou relativamente à manutenção da ordem pública, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.

3. Aquele que, não fazendo parte da tripulação, deixar de cumprir qualquer ordem da autoridade marítima, do comandante ou de outro superior hierárquico, respeitante à segurança da embarcação, de pessoas ou bens, ou relativa à manutenção da ordem, é punido com prisão de um a dois anos".

Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) "a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação". **11**

No entendimento de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 783 " as condutas de desobediência marítima deverão ter-se por desmerecedoras de qualificação penal por não representarem ofensa à paz ou autoridade pública (a qual ofensa seria então, nos termos comuns, qualificada como desobediência, nos termos do art. 348.º do Código Penal); na medida em representam a violação de específicas regras de disciplina e hierarquia que possam vigorar a bordo, poderão merecer a aplicação de sanções nesse preciso plano, conforme mais adiante se analisará. Mas por se tratar de uma disciplina, de uma hierarquia que não relevam de investidura pública, julga-se não dever criminalizar-se a infracção". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 348.º do Código Penal. **12**

Art.º 138.º

O tripulante que se recusar ou deixar de cumprir qualquer ordem da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico, respeitante à segurança ou salvação da embarcação, das pessoas ou das cousas, ou relativa à manutenção da ordem, será punido com dois a oito anos de prisão maior celular, ou, em alternativa, a degredo correspondente.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 a 9)
A vigência (anotações 10 a 12)
A iniciativa legislativa (13)

1 A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 19.º n.º 24 (embora no jornal oficial seja um dos dois n.os 25) da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864.

2 O **bem jurídico** protegido com a incriminação é a autonomia funcional da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico (oficial de bordo). A este respeito, PAULO PINTO ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, pág. 825, em anotação ao artigo 348.º do Código Penal.

3 Trata-se de um crime contra a autoridade conexionada com a segurança ou salvação da embarcação.

4 Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) " a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

5 A **ordem** tem que ser legítima e ser proveniente da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico (oficial de bordo).

6 A ordem deve respeitar a serviços que sejam relativos a segurança ou salvação da embarcação, das pessoas ou das coisas ou relativas à manutenção da ordem a bordo.

7 O que distingue este crime do do artigo anterior é o facto de este respeitar à desobediência a ordens que sejam relativas à segurança ou salvação da embarcação, de pessoas ou coisas ou relativas à manutenção da ordem a bordo, enquanto o crime do artigo anterior (137.º) respeita à desobediência a ordens que não digam respeito ou que não estejam conexionadas com a segurança ou a salvação da embarcação, das pessoas e das coisas ou relativa à manutenção da ordem a bordo.

8 A respeito deste artigo, decidiu o ac. do STJ n.º 038827, de 20 Maio 1987 **(**Recurso n.º JSTJ00000635), http://jurisprudencia.vlex.pt/vid/58588169 : "I - O crime previsto e punido pelo artigo 138.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante (Decreto-Lei n. 33252, de 20 de Novembro de 1943) integra um crime de desobediência, pelo que se encontra amnistiado, por força da alínea f) do artigo 1 da Lei n. 16/86, de 11 de Junho. II - Não sendo o referido ilícito, de "dano" ou resultado, não e possível configurar-se crime de comissão por omissão".

9 A ordem deve entender-se, em face do crime de desobediência do artigo 348.º do Código Penal, como legítima e regularmente comunicada, devendo o seu conteúdo ser compreendido pelo agente.

Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração **10**
a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss).

Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem **11**
como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecer, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de esquecer o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

Já o STJ, no Assento n.º 1/53, de 7/1/53, DR, I série de 16/1/53, BMJ 35, 89, decidiu que – "Na vigência da Organização Prisional promulgada pelo Decreto-Lei n. 26643, de 28 de Maio de 1936, na Metrópole não pode, por crimes comuns, haver condenação discriminativa em prisão no lugar do degredo".

No entendimento de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA **12**
REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 780, 782-783 e 790 "as condutas de desobediência marítima deverão ter-se por desmerecedoras de qualificação penal por não representarem ofensa à paz ou autoridade pública (a qual ofensa seria então, nos termos comuns, qualificada como desobediência, nos termos do art. 348.º do Código Penal); na medida em representam a violação de específicas regras de disciplina e hierarquia que possam vigorar a bordo, poderão merecer a aplicação de sanções nesse preciso plano, conforme mais adiante se analisará. Mas por se tratar de uma disciplina, de uma hierarquia que não relevam de investidura pública, julga-se não dever criminalizar-se a infracção". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 348.º do Código Penal.

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) previa o crime de **desobediência,** nos **13**
seguintes termos:

"Artigo 404.º
Desobediência

1. O tripulante que deixar de cumprir qualquer ordem ou mandato legítimo, regularmente comunicado e emanado da Autoridade Marítima, de outra autoridade competente ou do comandante ou de outro superior hierárquico é punido com pena de prisão de um a seis meses.

2. Quando a ordem legítima referida no número anterior, diga respeito à segurança ou salvação da embarcação, salvamento marítimo e socorro a pessoas, ou relativamente à manutenção da ordem pública, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.

3. Aquele que, não fazendo parte da tripulação, deixar de cumprir qualquer ordem da autoridade marítima, do comandante ou de outro superior hierárquico, respeitante à segurança da embarcação, de pessoas ou bens, ou relativa à manutenção da ordem, é punido com prisão de um a dois anos".

Art.º 139.º

Aquele que, não fazendo parte da tripulação, deixar de cumprir qualquer ordem da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico, respeitante à segurança da embarcação, das pessoas ou das cousas, ou relativa à manutenção da ordem, será punido com prisão simples de um a dois anos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotações 1 e 2)
A iniciativa legislativa (anotações 3 e 4)
Remissão (anotação 5)

1 A **fonte** deste preceito é o artigo 19.º n.º 25 da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 e na medida em que se refere a "aquele que…".

2 O que distingue este ilícito dos anteriores crimes de desobediência (137.º e 138.º) é o facto de neste artigo 138.º, o agente ser um indivíduo "aquele que…" não faz parte da tripulação, enquanto naqueles o agente é "o tripulante"; por sua vez, este crime distingue-se ainda do previsto no artigo 137.º na medida em que neste crime do art. 139.º em anotação, a ordem não é relacionada com a segurança da embarcação das pessoas e dos bens ou relativa à manutenção da ordem no que difere do artigo 137.º

3 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) previa o crime de **desobediência,** nos seguintes termos:

"Artigo 404.º
Desobediência

1. O tripulante que deixar de cumprir qualquer ordem ou mandato legítimo, regularmente comunicado e emanado da Autoridade Marítima, de outra autoridade competente ou do comandante ou de outro superior hierárquico é punido com pena de prisão de um a seis meses.

2. Quando a ordem legítima referida no número anterior, diga respeito à segurança ou salvação da embarcação, salvamento marítimo e socorro a pessoas, ou relativamente à manutenção da ordem pública, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.

3. Aquele que, não fazendo parte da tripulação, deixar de cumprir qualquer ordem da autoridade marítima, do comandante ou de outro superior hierárquico, respeitante à segurança da embarcação, de pessoas ou bens, ou relativa à manutenção da ordem, é punido com prisão de um a dois anos".

4 Como se verifica, o n.º 3 deste artigo da Proposta de Lei adequa-se ao artigo em anotação.

5 Renovam-se as anotações ao artigo anterior.

SECÇÃO IV
Da falsificação de documentos

Art.º 140.º

O tripulante que, por algum dos modos indicados no artigo 218.º do Código Penal, falsificar cédula marítima, papel de bordo ou outro documento que, em harmonia com as disposições legais, deva ser apresentado à autoridade marítima, quando essa falsificação prejudique ou possa prejudicar terceira pessoa ou o Estado, será condenado em prisão maior celular por dois a oito anos ou, em alternativa, a degredo temporário.
§ único. Se a falsificação da cédula marítima ou dos referidos documentos for cometida por mera inconsideração, negligência ou inobservância das disposições regulamentares, será aplicada a pena de prisão simples até seis meses.

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 vigência (anotações 8 a 10)
A iniciativa legislativa (anotação 11)

A Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 não previa nem tipificava, a nosso ver, crimes de falsificação de documento. **1**

O **bem jurídico** protegido era a garantia de credibilidade dos mencionados documentos que se destinavam a ser apresentados "à autoridade marítima" e que se destinavam ao tráfico jurídico. **2**

Quanto à noção de tripulante, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) " a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação". **3**

Quanto ao modo da prática do crime de falsificação de documentos previsto e punido neste artigo, a lei apenas remete para o artigo 218.º do Código Penal de 1886. De acordo com o art. 4.º do Decreto-Lei n.º 400/82 de 23 de Setembro, "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em leis avulsas". **4**

O agente activo do crime é "**o tripulante**"; o modo de actuação deve enquadrar-se no artigo 218.º do Código Penal de 1886 e, actualmente, no artigo 256.º do Código Penal; os documentos que constituem objecto do crime são a cédula marítima, papel de bordo ou outro documento que, legalmente, deva ser apresentado à autoridade marítima; a falsificação deve ou pode prejudicar terceira pessoa ou o Estado. **5**

Na realidade e a nosso ver, o crime em apreço apenas se distingue do crime de falsificação (comum) do Código Penal de 1886 e do de 1982 na medida em que está conexionado com a vida marítima, a bordo. De facto, o autor é um tripulante, os documentos são relacionados com a vida do mar, a autoridade é a marítima e apenas o prejuízo pode ser o de qualquer terceira pessoa ou do Estado. O que, na verdade, torna este crime de natureza especial é a sua relação com o mar. E também é esta relação com o mar que agrava a pena em relação ao crime de falsificação comum, o que actualmente não se justifica, como referiremos adiante. **6**

7 O crime admite a sua prática com dolo ou negligência.

8 Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do código penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que " consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

9 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de esquecer o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico. Já o STJ, no Assento n.º 1/53, de 7/1/53, DR, I série de 16/1/53, BMJ 35, 89, decidiu que – "Na vigência da Organização Prisional promulgada pelo Decreto-Lei n. 26643, de 28 de Maio de 1936, na Metrópole não pode, por crimes comuns, haver condenação discriminativa em prisão no lugar do degredo".

10 No entendimento de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 783 e 784 "nestes casos, para lá do que em relação a alguns deles se deixou já dito, e quando se intenta uma fundamentação da opção incriminadora, os interesses invocados são ainda os da disciplina e da hierarquia" – o que era justificado, então, do seguinte modo, citando J. M. DO NASCIMENTO RODRIGUES, CPDMM anotado, Coimbra, 1964, pág. 54 "a punição havia de ser mais acentuada (do que no código penal comum) em virtude da maior necessidade de protecção do interesse que representa o vínculo de disciplina que liga uns aos outros os tripulantes de um navio, e o princípio da hierarquia que dimana desse vínculo". "Quanto a isto, basta observar de novo que um interesse que não justificava (como se verificou já não justificarem aqueles interesses) a repressão penal da sua violação primária ou imediata, menos justificará a sua ponderação como agravante de outros tipos". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 256.º do Código Penal; e de qualquer modo, dificilmente se encontraria fundamento para um agravamento em relação ao crime comum de falsificação.

11 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) não tipificava o crime de falsificação de documentos, remetendo, pois e a nosso ver, para o crime comum de falsificação de documentos do Código Penal.

Art.º 141.º

O tripulante que dolosamente fizer uso da cédula ou dos documentos falsos mencionados no artigo anterior será condenado como se fosse autor da falsidade.

Sumário da anotação**:**
O tipo objectivo (anotações 1 a 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A pena (anotação 6)
A vigência (anotação 7)
A iniciativa legislativa (anotação 8)

Este artigo tipificava o uso de documento falsificado. **1**
O **autor** do crime era "o tripulante". **2**
Quanto à noção de tripulante, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) " a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação". **3**
A lei incrimina "o tripulante que fizer uso" dos documentos falsos referidos. **4**
O crime era essencialmente doloso. **5**
A **punição** era idêntica à da autoria da falsidade. **6**
Pelo exposto na nota 10 do artigo anterior, somos da opinião de que este crime se deve considerar também **tácita ou implicitamente revogado**, em face do teor do artigo 256.º n.º 1, alínea e), do Código Penal. **7**
A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) não tipificava o crime de uso de documento falso, remetendo, pois e a nosso ver, para o crime comum de falsificação de documentos previsto no artigo 256.º n.º 1 e) do Código Penal. **8**

SECÇÃO V
Do homicídio voluntário

Art.º 142.º

O tripulante que voluntariamente matar algum agente da autoridade marítima, o capitão ou outro superior hierárquico será condenado na pena de prisão maior celular por oito anos, seguida de degredo por vinte anos, com prisão no lugar de degredo até dois anos, ou sem ela, conforme parecer ao juiz, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por vinte e oito anos, com prisão no lugar de degredo por oito a dez anos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 a 5)
A vigência (anotações 6 a 8)
A iniciativa legislativa (anotações 9 e 10)

A Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 não previa nem tipificava este tipo legal de crime. **1**
O bem jurídico protegido neste tipo legal de crime é a vida humana de "algum agente da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico". **2**

3 Este crime está conexionado com a vida marítima e na medida em que o agente activo é "o tripulante" e o agente passivo "algum agente da autoridade marítima, o capitão ou e outro superior hierárquico".

4 O fundamento da primazia em criminalizar e em agravar é ainda a disciplina e a hierarquia, como decorre do facto de os agentes passivos serem: - "algum agente da autoridade marítima, do capitão ou de outro superior hierárquico".

5 Quanto à noção de tripulante, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) "a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

6 Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

7 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de desprezar o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico. Já o STJ, no Assento n.º 1/53, de 7/1/53, DR, I série de 16/1/53, BMJ 35, 89, decidiu que – "Na vigência da Organização Prisional promulgada pelo Decreto-Lei n. 26643, de 28 de Maio de 1936, na Metrópole não pode, por crimes comuns, haver condenação discriminativa em prisão no lugar do degredo".

8 No ensinamento de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pp. 783 e 784 "nestes casos, para lá do que em relação a alguns deles se deixou já dito, e quando se intenta uma fundamentação da opção incriminadora, os interesses invocados são ainda os da disciplina e da hierarquia" – o que era justificado, então, do seguinte modo, citando J. M. DO NASCIMENTO RODRIGUES, CPDMM anotado, Coimbra, 1964, pág. 54 "a punição havia de ser mais acentuada (do que no código penal comum) em virtude da maior necessidade de protecção do interesse que representa o vínculo de disciplina que liga uns aos outros os tripulantes de um navio, e o princípio da hierarquia que dimana desse vínculo". Quanto a isto, basta observar de novo que um interesse que não justificava (como se verificou já não justificarem aqueles interesses) a repressão penal da sua violação primária ou imediata, menos justificará a sua ponderação

como agravante de outros tipos; e, em todo o caso, que sempre se estranharia a gravação automática de tipos comuns que, como o homicídio, incriminam lesões de interesses absolutamente distintos: o relevo criminal da disciplina (em sentido impróprio) determinaria, ou não, a tipificação de infracções penais contra a disciplina; mas não já a agravação de outros tipos sem que, materialmente, essa agravação possa sustentar-se (o que nunca poderia: no exemplo do homicídio, basta a observação do tipo qualificado do art. 132.º)". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 132.º do Código Penal.

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) tipificava o crime de homicídio na Secção III do Capítulo II, nos seguintes termos: **9**

"Crimes contra as pessoas

Artigo 405.º
Homicídio

No caso de a vítima do homicídio ser o comandante ou outro superior hierárquico ou qualquer agente da autoridade marítima, quando no exercício das suas funções ou por causa delas, aplica-se a qualificação do artigo 132.º do Código Penal".

Como se verifica, o art. 405.º da Proposta de Lei referida agravava o crime de homicídio em função de o ilícito ser praticado em vítimas com vestes de "autoridade" (marítima), no exercício de funções ou por causa delas, tais como "o comandante ou outro superior hierárquico ou qualquer agente da autoridade marítima", quando no exercício das suas funções ou por causa delas. **10**

Art.º 143.º

O tripulante que voluntariamente matar algum membro da tripulação não compreendido no artigo anterior será condenado em prisão maior celular por oito anos, seguida de degredo por doze anos, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por vinte e cinco anos.

Sumário da anotação**:**
Remissão (anotação 1)
O tipo objectivo (anotação 2)
A vigência (anotação 3)
A iniciativa legislativa (anotação 4)

Renovam-se aqui as anotações ao artigo anterior sob os n.os 1 a 9. **1**

O que distingue este artigo do anterior é o facto de o agente – "o tripulante" praticar o homicídio na pessoa de **"**algum membro da tripulação não compreendido no artigo anterior". **2**

Este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor dos artigos 131.º e 132.º do Código Penal. **3**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção III do Capítulo II, (crimes contra as pessoas) não tipificava um crime de idêntica natureza ao deste artigo. **4**

SECÇÃO VI
Das ofensas corporais

Art.º 144.º

O tripulante que ofender voluntária e corporalmente outro membro da tripulação, quando da ofensa não resulte doença ou impossibilidade para o trabalho, será punido com prisão simples até um ano.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
A vigência (anotação 4)
A iniciativa legislativa (anotações 5 e 6)

1 A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 19.º n.º 4 da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864

2 O **bem jurídico** protegido é a integridade física do ofendido.

3 Quanto à noção de tripulante, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) " a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

4 Pelo que se referiu na nota 8 do artigo 142.º somos da opinião de que este tipo legal de crime se deverá considerar **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 143.º do Código Penal.

5 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção III do Capítulo II, (crimes contra as pessoas) tipificava o crime de ofensas à integridade física (artigo 406.º), nos seguintes termos:

"Artigo 406.º
Ofensas à integridade física

Às ofensas à integridade física praticadas contra o comandante, um superior hierárquico ou qualquer agente da autoridade marítima, quando no exercício da sua actividade ou por causa dela, aplica-se a qualificação prevista no artigo 145.º do Código Penal."

6 Como se verifica, o art. 406.º da Proposta de Lei referida, agravava o crime de ofensas à integridade física em função de o ilícito ser praticado em vítimas com vestes de "autoridade" (marítima), no exercício de funções ou por causa delas, tais como "o comandante ou outro superior hierárquico ou qualquer agente da autoridade marítima", quando no exercício das suas funções ou por causa delas.

Art.º 145.º

O tripulante que ofender voluntária e corporalmente outro membro da tripulação, quando da ofensa resulte doença ou impossibilidade para o trabalho, será punido;

1.º Se a doença ou impossibilidade para o trabalho não durar mais de vinte dias, com prisão simples até dois anos;

2.° Se a doença ou impossibilidade se prolongar por mais de vinte dias ou produzir deformidade pouco notável, com prisão correccional nunca inferior a um ano;

3.° Se da doença resultar cortamento, privação, aleijão ou inabilitação de algum membro ou órgão do corpo ou se produzir deformidade notável, com prisão maior celular por dois a oito anos ou, em alternativa, com a pena de degredo temporário;

4.° Se, por efeito necessário da ofensa, ficar o ofendido privado da razão ou impossibilitado por toda a vida de trabalhar, com prisão maior celular por dois a oito anos ou, em alternativa, com a pena de degredo temporário.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
Remissão (anotação 4)
A vigência (anotações 5 a 7)

A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 19.º da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 **1**

O **bem jurídico** protegido é a integridade física do ofendido. **2**

O tipo legal está instituído em conformidade com o art. 360.º do Código Penal de 1886; a medida da pena era prevista em função do resultado da ofensa corporal. **3**

Quanto à noção de tripulante e de membro da tripulação reproduz-se aqui a nota 3 ao artigo anterior. **4**

Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do código penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.). **5**

Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de abandonar o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico. **6**

Pelo que se referiu na nota 8 do artigo 142.º somos da opinião de que este tipo legal de crime se deverá considerar **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 143.º e ss do Código Penal. **7**

Art.º 146.º

O tripulante que ofender voluntária e corporalmente outro membro da tripulação, sem intenção de matar e contudo ocasionar a morte, será punido com prisão maior celular por dois a oito anos ou, em alternativa, com a pena de degredo temporário.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
Os bens jurídicos (anotação 2)
A agravação (anotação 3)
A vigência (anotações 4 a 6)

1 A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 19.º da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864

2 Os **bens jurídicos** protegidos são a vida e a integridade física do ofendido.

3 Trata-se de um **crime agravado pelo resultado**.

4 Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

5 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de esquecer o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

6 Pelo que se referiu na nota 8 do artigo 142.º somos da opinião de que este tipo legal de crime se deverá considerar **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 147.º do Código Penal.

Art.º 147.º

O tripulante que disparar tiro com arma de fogo contra outro membro da tripulação, posto que o facto não seja classificado de homicídio nem dele resulte ferimento ou contusão, será punido com prisão simples de um a dois anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
Os bens jurídicos (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)
A vigência (anotação 5)

A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 19.º da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 **1**

Os **bens jurídicos** protegidos são a vida e a integridade física do ofendido. **2**

Trata-se de um crime em que no disparo com arma de fogo não se verifica a intenção de matar e dele não resulta qualquer resultado em termos de ofensa corporal (á integridade física). **3**

O tipo legal foi construído em termos algo idênticos aos do artigo 363.º do Código Penal de 1886 (uso e ameaças com arma de fogo ou de arremesso). **4**

Pelo que se referiu na nota 8 do artigo 142.º somos da opinião de que este tipo legal de crime se deverá considerar **tácita ou implicitamente revogado**. **5**

Art.º 148.º

Quando qualquer dos crimes mencionados nesta secção for praticado contra o capitão ou outro superior hierárquico serão aplicadas as mesmas penas, não podendo no entanto ser estas inferiores a dois terços da sua duração máxima.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
A agravação (anotação 2)
A vigência (anotação 3)

A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 19.º n.º 22 da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864**.** **1**

Trata-se de uma **agravação** em função da disciplina e da hierarquia atenta a qualidade funcional do ofendido (capitão ou outro superior hierárquico). **2**

Pelo que se referiu na nota 8 do artigo 142.º somos da opinião de que este tipo legal de crime se deverá considerar **tácita ou implicitamente revogado**. **3**

Art.º 149.º

O tripulante que praticar qualquer dos crimes mencionados nesta secção contra algum agente da autoridade marítima será punido com as mesmas penas nela mencionadas, não podendo no entanto ser estas inferiores a dois terços da sua maior duração.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
A agravação (anotação 2)
A vigência (anotação 3)

A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 19.º n.º 15 da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864**.** **1**

Trata-se de uma **agravação** em função da qualidade funcional do ofendido (agente da autoridade marítima). **2**

Pelo que se referiu na nota 8 do artigo 142.º somos da opinião de que este tipo legal de crime se deverá considerar **tácita ou implicitamente revogado**. **3**

SECÇÃO VII
Das ameaças

Art.º 150.º

O tripulante que verbalmente ou por escrito ameaçar algum agente da autoridade marítima ou qualquer superior hierárquico de lhes fazer algum mal que constitua crime será condenado em prisão simples até dois anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
A vigência (anotação 4)

1 O artigo 19.º n.º 21 da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 não se refere directamente a ameaças, mas tão só ao ultraje por meio de palavras **ou ameaças** ao capitão ou a qualquer oficial de bordo.

2 O **bem jurídico** protegido pelo tipo legal de crime é a liberdade de acção de outrem.

3 Quanto à noção de tripulante, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) " a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

4 Perante o teor do crime de ameaça previsto e punido no artigo 153.º e a agravação do 155.º ambos do Código Penal actual, **não deve, a nosso ver, considerar-se em vigor** este tipo legal de crime e na medida em que nada o diferencia do crime comum.

Art.º 151.º

O tripulante que ameaçar algum agente da autoridade marítima ou qualquer superior hierárquico com arma de fogo ou com instrumento cortante ou perfurante será condenado em prisão simples de um a dois anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem protegido (anotações 2 e 3)
A agravação (anotação 4)
A vigência (anotação 5)

1 A Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 também não se refere, a nosso ver, a este tipo de ameaça.

2 O **bem jurídico** protegido pelo tipo legal de crime é a liberdade de acção de outrem.

3 Este crime difere do anterior apenas quanto aos meios utilizados na prática do ilícito; neste o crime é praticado com arma de fogo ou com instrumento cortante e perfurante enquanto que no anterior, o crime é praticado verbalmente ou por escrito.

4 A agravação da pena é justificada com o facto de, neste crime, serem utilizados instrumentos mais perigosos do que as meras palavras ou o escrito do crime anterior e que, portanto, limitam mais a acção do ofendido.

Perante o teor do crime de ameaça previsto e punido no artigo 153.º e a agravação do 155.º do Código Penal, **não deve, a nosso ver, considerar-se em vigor** este tipo legal de crime e na medida em que nada o diferencia do crime comum. **5**

Art.º 152.º

Quando qualquer dos crimes mencionados nesta subsecção for praticado contra algum agente da autoridade marítima ou superior hierárquico será aplicada a respectiva pena no máximo da sua duração.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
A agravação (anotação 2)
A iniciativa legislativa (anotações 3 a 5)

Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 também não se refere, a nosso ver, a este tipo de agravação. **1**

A **agravação da pena** encontra fundamento ainda na disciplina e na hierarquia conexionada com a vida marítima. **2**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção III do Capítulo II, (crimes contra as pessoas) previa a ameaça e a coacção (artigo 407.º), nos seguintes termos: **3**

"Artigo 407.º
Ameaça e coacção

Aos crimes de ameaça e coacção, praticados contra o comandante, qualquer superior hierárquico ou agente da autoridade marítima, quando no exercício das suas funções ou por causa delas, é aplicável a agravação constante do artigo 155.º do Código Penal".

Como se constata, o art. 407.º da Proposta de Lei referida agravava o crime de ameaça e coação em função de o ilícito ser praticado em pessoa com vestes de "**autoridade**" (marítima), no exercício de funções ou por causa delas, tais como "o comandante ou outro superior hierárquico ou qualquer agente da autoridade marítima", quando no exercício das suas funções ou por causa delas. **4**

A agravação da Proposta de Lei referida limitava-se a remeter para o artigo 155.º do Código Penal. **5**

SECÇÃO VIII
Da difamação e injúria

Art.º 153.º

O tripulante que difamar publicamente algum agente da autoridade marítima ou qualquer superior hierárquico, de viva voz, por escrito ou desenho publicado ou por qualquer outro meio de publicação imputando-lhe um facto ofensivo da sua honra e consideração, ou reproduzindo essa imputação, será condenado em prisão simples até dois anos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
A iniciativa legislativa (anotações 4 e 5)
A vigência (anotação 6)

1 O artigo 19.º n.º 21 da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 punia com a pena de prisão de um mês a um ano "o que ultrajar com palavras ou ameaças o capitão ou qualquer oficial de bordo".

2 O **bem jurídico** protegido é a honra, a consideração.

3 O que distingue este crime do comum é apenas a autoridade "marítima".

4 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção III do Capítulo II, (crimes contra as pessoas) previa os crimes contra a honra (artigo 408.º), nos seguintes termos:

"Artigo 408.º
Crimes contra a honra

No caso da prática de algum dos crimes contra a honra previstos e punidos no Título VI do Capítulo I do Código Penal, sendo a vítima comandante, superior hierárquico ou agente da autoridade marítima, no exercício das suas funções ou por causa delas, aplica-se a agravação da pena prevista no artigo 184.º do Código Penal".

5 Como se verifica, o art. 408.º da Proposta de Lei referida agravava os crimes contra a honra em função de o ilícito ser praticado em pessoa investida de "autoridade" (marítima), no exercício de funções ou por causa delas, tais como "o comandante ou outro superior hierárquico ou qualquer agente da autoridade marítima", quando no exercício das suas funções ou por causa delas

6 Em face teor dos crimes do artigo 180.º a 184.º do Código Penal, **não deve, a nosso ver, considerar-se em vigor** este tipo legal de crime e na medida em que nada o diferencia do crime comum não havendo razão para distinguir a violação do bem jurídico protegido na vida marítima e a bordo, da violação comum do mesmo bem.

Art.º 154.º

O tripulante que injuriar publicamente algum agente da autoridade marítima ou qualquer superior hierárquico, não imputando qualquer facto determinado, se a injúria for cometida por gestos, de viva voz, por desenho ou escrito publicado ou por outro meio de publicação, será condenado em prisão simples até um ano.

Sumário da anotação:
Remissão (anotação 1)

1 Reproduz-se aqui a anotação ao artigo 153.º sendo certo que a distinção entre ambos reside apenas no facto de num se referir à difamação e neste à injúria.

Art.º 155.º

Em caso algum é permitida a prova sobre a verdade dos factos imputados.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A vigência (anotação 2)

1 A Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 não se referia, a nosso ver, à prova da verdade dos factos.

2 Ponderando o teor do artigo 180.º n.^{os} 2, 3 e 4 e o artigo 181.º n.º 2 ambos do Código Penal, estamos em crer que este artigo **não deve ser considerado em vigor**.

SECÇÃO IX
Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo

Art.º 156.º

Aquele que intencionalmente motivar a perda ou destruição do navio em que se achar embarcado será condenado em prisão maior celular por seis anos, seguida de degredo por dez, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por vinte anos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 a 5)
O tipo objectivo (anotações 6 e 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A vigência (anotações 9 a 11)
A iniciativa legislativa (anotação 12)

A **fonte** deste preceito é o artigo 42.º do capítulo V – "crimes marítimos" – da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 e que tinha a seguinte redacção: - "o indivíduo que, deliberadamente, motivar a perda ou destruição do navio em que se achar embarcado, incorrerá na pena de três a doze anos de degredo. Resultando do facto homicídio, a pena será a imposta a este crime pelo código penal comum. §único. É sempre circunstância agravante estar o criminoso por qualquer título encarregado da condução do navio". **1**

Os factos previstos neste tipo legal de crime são muito semelhantes aos da Carta de Lei de 1864. O Código em anotação não se refere, a nosso ver, ao homicídio, ao contrário da Carta de Lei. O facto de o agente ser, a qualquer título, encarregado da condução do navio, funcionava sempre como agravante. **2**

O **bem jurídico** protegido é a propriedade como poder de facto sobre a coisa, no caso, o navio. **3**

Trata-se, no essencial, de um **crime de dano**. **4**

Não se incluem neste crime, como autores, nem o capitão nem os tripulantes; estes integram-se no crime do artigo seguinte. **5**

O **tipo objectivo** implica a motivação para a perda ou destruição do navio. **6**

O **agente** deste crime tem que se achar embarcado no navio em relação ao qual se verifica a motivação para a perda ou destruição da embarcação, no que se diferencia do crime do artigo seguinte. **7**

Trata-se de um crime essencialmente doloso. **8**

Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do código penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.). **9**

10 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 todos da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de esquecer o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

11 Em relação aos crimes desta secção IX "Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo" do artigo 156.º e ss. do CPDMM, pronunciam-se LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, a páginas 778 e 781, nos seguintes termos: "sucede conter o código penal, inserido no Título IV da Parte Especial, um Capítulo I que trata "Dos crimes contra a segurança das comunicações". "Assim:... b) Implicitamente, visam também uma antecipada tutela da segurança a bordo os tipos da Secção IX ("Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo"). Buscando apurar a actual capacidade de rendimento destes tipos de perigo abstracto face aos comuns tipos criminais acima apontados (os autores citados referem-se aos artigos 288.º e 293.º do Código Penal) referindo-se ambos à tutela de um mesmo interesse, deve anotar-se o seguinte: a opção legislativa pela incriminação de condutas de perigo concreto associadas à segurança dos transportes marítimos revela uma opção, que é de política legislativa criminal, de antecipação da tutela criminal tendo em vista a prevenção do dano mas, simultaneamente, retira validade à incriminação de perigo abstracto. Sendo aliás possível, como é, reconduzir qualquer conduta apta a "provocar desastre" ao artigo 288.º, conforme se assinalou, por via da alínea d) do n.º 1 desse artigo, devem ter-se por implicitamente revogadas as incriminações do CPDMM acima referidas. O Código Penal é, de resto, aplicável a factos "praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas" nos termos do que dispõe o seu artigo 4.º, alínea b), o que demonstra a pretensão de disciplinar a vida a bordo em tudo aquilo que deva considerar-se comum, ou não específico. É que o CPDMM apresenta tipos nos quais se não verifica a *ratio* que, em incriminações de perigo, fundamenta a associação normativa da conduta descrita e do interesse cuja lesão se pretende evitar: é injustificada, v.g. a existência de uma particular incriminação de dano no âmbito marítimo (como as dos artigos 156.º e seguintes do CPDMM), já que a comum particularização incriminadora de perigo concreto cumpre – e mais bem – a função de tutela antecipada que a segurança do transporte marítimo reclama, e nada mais sobra (isto é: não se descortina qualquer outro *locus* argumentativo especificador) que impeça a aplicação, ao caso, do também comum tipo de dano do art. 212.º do Código Penal. Não existe, actualmente, portanto, possibilidade de justificar a previsão de crimes especificamente marítimos com fundamento na tutela da segurança do transporte marítimo". Os mesmos autores na obra citada e a pág. 790, concluem que esta secção IX deve ter-se por implicitamente revogada. Assim e nesta perspectiva, este tipo legal de crime (bem como os demais crimes de dano desta secção IX) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogados**.

12 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, (crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação (artigo 409.º e ss.), previa, neste âmbito, os seguintes tipos de crime:

"Artigo 409.º
Perda ou destruição da embarcação

1. Aquele que intencionalmente motivar a perda ou destruição da embarcação em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.
2. O comandante ou outro tripulante que intencionalmente motivar a perda ou destruição de alguma embarcação que não seja aquela em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Artigo 410.º
Agravamento pelo resultado

1. Se através das condutas referidas no artigo anterior, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de três a 10 anos.
2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

Artigo 411.º
Dano

1. Aquele que intencionalmente causar dano à embarcação em que se achar embarcado ou a uma embarcação que não seja aquela em que se achar embarcado, à respectiva carga ou a qualquer bem que se encontre a bordo é punido com pena de prisão de um a quatro anos.
2. Comete a infracção prevista no presente artigo o comandante que, sem necessidade, mandar lançar a carga ou parte da carga ao mar."

Art.º 157.º

O capitão ou outro tripulante que intencionalmente motivar a perda ou destruição de algum navio que não seja aquele em que se achar embarcado será condenado em prisão maior celular por seis anos, seguida de degredo por dez, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por vinte anos.

Sumário da anotação**:**
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 e 3)
O tipo objectivo (anotação 4)
Os autores (anotações 5 a 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A vigência (anotações 9 a 11)
A iniciativa legislativa (anotação 12)

A **fonte** deste preceito encontra-se no artigo 42.º do capítulo V – "crimes marítimos" – da Carta de Lei do Senhor D.Luiz de 4 de Julho de 1864. **1**

O **bem jurídico** protegido é a propriedade como poder de facto sobre a coisa, no caso, o navio. **2**

Trata-se, no essencial, de um **crime de dano**. **3**

O **tipo objectivo** implica a motivação para a perda ou destruição de algum navio. **4**

Autores, neste tipo de crime são sempre "o capitão ou outro tripulante". O capitão faz parte da equipagem (artigos 3.º e 4.º) e é o chefe da equipagem da embarcação (art. 5.º). **5**

6 O agente deste tipo de crime não se pode achar embarcado no navio em relação ao qual se verifica a motivação para a perda ou destruição da embarcação, mas noutro; nisto se diferencia também este tipo de crime do do artigo anterior.

7 Este crime e o do artigo anterior têm algumas semelhanças e também diferenças; na verdade eles são semelhantes no tocante à "motivação para a perda ou destruição de algum navio"; porém o navio a que se refere o artigo 156.º é aquele em que o agente se não achar embarcado, enquanto que neste artigo 157.º, o navio é o mesmo onde o autor se achar embarcado; por outro lado, são diferentes no tocante à autoria – no artigo 156.º autor é "aquele que… se achar embarcado no navio" enquanto no presente artigo, autor é "o capitão ou outro tripulante".

8 Trata-se de um crime essencialmente doloso.

9 Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do código penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

10 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 todos da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

11 Em relação aos crimes desta secção IX "Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo" do artigo 156.º e ss. do CPDMM, pronunciam-se LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, a páginas 778 e 781, nos seguintes termos: - " sucede conter o código penal, inserido no Título IV da Parte Especial, um Capítulo I que trata "Dos crimes contra a segurança das comunicações". "Assim:... b) Implicitamente, visam também uma antecipada tutela da segurança a bordo os tipos da Secção IX ("Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo"). Buscando apurar a actual capacidade de rendimento destes tipos de perigo abstracto face aos comuns tipos criminais acima apontados (os autores citados referem-se aos artigos 288.º e 293.º do Código Penal) referindo-se ambos à tutela de um mesmo interesse, deve anotar-se o seguinte: a opção legislativa pela incriminação de condutas de perigo concreto associadas à segurança dos transportes marítimos revela uma opção, que é de política legislativa criminal, de antecipação da tutela criminal tendo em vista a prevenção do dano mas, simultaneamente, retira validade à incriminação de perigo abstracto. Sendo aliás possível, como é, reconduzir qualquer conduta apta a "provocar desastre" ao artigo 288.º, conforme se assinalou, por via da alínea d) do n.º 1 desse artigo,

devem ter-se por implicitamente revogadas as incriminações do CPDMM acima referidas. O Código Penal é, de resto, aplicável a factos "praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas" nos termos do que dispõe o seu artigo 4.º, alínea b), o que demonstra a pretensão de disciplinar a vida a bordo em tudo aquilo que deva considerar-se comum, ou não específico. É que o CPDMM apresenta tipos nos quais se não verifica a *ratio* que, em incriminações de perigo, fundamenta a associação normativa da conduta descrita e do interesse cuja lesão se pretende evitar: é injustificada, v.g. a existência de uma particular incriminação de dano no âmbito marítimo (como as dos artigos 156.º e seguintes do CPDMM), já que a comum particularização incriminadora de perigo concreto cumpre – e mais bem – a função de tutela antecipada que a segurança do transporte marítimo reclama, e nada mais sobra (isto é: não se descortina qualquer outro *locus* argumentativo especificador) que impeça a aplicação, ao caso, do também comum tipo de dano do art. 212.º do Código Penal. Não existe, actualmente, portanto, possibilidade de justificar a previsão de crimes especificamente marítimos com fundamento na tutela da segurança do transporte marítimo". Assim e nesta perspectiva, este tipo legal de crime (bem como os demais crimes de dano desta secção IX) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogado**.

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, (crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação (artigo 409.º e ss.), previa, neste âmbito, os seguintes tipos de crime: **12**

"Artigo 409.º
Perda ou destruição da embarcação

1. Aquele que intencionalmente motivar a perda ou destruição da embarcação em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. O comandante ou outro tripulante que intencionalmente motivar a perda ou destruição de alguma embarcação que não seja aquela em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Artigo 410.º
Agravamento pelo resultado

1. Se através das condutas referidas no artigo anterior, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de três a 10 anos.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

Artigo 411.º
Dano

1. Aquele que intencionalmente causar dano à embarcação em que se achar embarcado ou a uma embarcação que não seja aquela em que se achar embarcado, à respectiva carga ou a qualquer bem que se encontre a bordo é punido com pena de prisão de um a quatro anos.

2. Comete a infracção prevista no presente artigo o comandante que, sem necessidade, mandar lançar a carga ou parte da carga ao mar."

Art.º 158.º

O capitão que se levantar com o navio que lhe tiver sido confiado, vendendo-o ou empregando-o em proveito próprio, será condenado em prisão maior celular por seis anos, seguida de degredo por dez, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por vinte anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 a 6)
O autor (anotação 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A vigência (anotações 9 a 11)

1 A **fonte** deste preceito é o artigo 43.º do capítulo V – "crimes marítimos" – da Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864 e que tinha a seguinte redacção: - "o capitão que se levantar com o navio, que lhe tiver sido confiado, vendendo-o ou empregando-o em proveito próprio, incorrerá na pena de degredo de três a doze anos".

2 O **bem jurídico** protegido é a propriedade como poder de facto sobre a coisa, no caso, o navio.

3 O **tipo objectivo** implica a venda ou o emprego em proveito próprio de navio que foi "confiado" ao capitão.

4 Trata-se, no essencial, de um crime contra a propriedade.

5 Os elementos típicos caracterizam um crime de abuso de confiança, no âmbito dos crimes contra a propriedade.

6 A consumação verifica-se quando se opera a inversão do título de posse em relação ao navio; o capitão a quem este foi "confiado" deixa de o deter em nome de outrem para o passar a vender ou a o empregar em proveito próprio.

7 **Autor** neste tipo de crime é sempre "o capitão". Este faz parte da equipagem (artigos 3.º e 4.º) e é o chefe da equipagem da embarcação (art. 5.º).

8 Trata-se de um crime essencialmente doloso.

9 Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que " consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

10 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 todos da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a

penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

11 Em relação aos crimes desta secção IX "Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo" do artigo 156.º e ss. do CPDMM, pronunciam-se LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, a páginas 778 e 781, nos seguintes termos: - " sucede conter o código penal, inserido no Título IV da Parte Especial, um Capítulo I que trata "Dos crimes contra a segurança das comunicações". "Assim:... b) Implicitamente, visam também uma antecipada tutela da segurança a bordo os tipos da Secção IX ("Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo"). Buscando apurar a actual capacidade de rendimento destes tipos de perigo abstracto face aos comuns tipos criminais acima apontados (os autores citados aludem, a nosso ver, aos artigos 288.º e 293.º do Código Penal) referindo-se ambos à tutela de um mesmo interesse, deve anotar-se o seguinte: a opção legislativa pela incriminação de condutas de perigo concreto associadas à segurança dos transportes marítimos revela uma opção, que é de política legislativa criminal, de antecipação da tutela criminal tendo em vista a prevenção do dano mas, simultaneamente, retira validade à incriminação de perigo abstracto. Sendo aliás possível, como é, reconduzir qualquer conduta apta a "provocar desastre" ao artigo 288.º, conforme se assinalou, por via da alínea d) do n.º 1 desse artigo, devem ter-se por implicitamente revogadas as incriminações do CPDMM acima referidas. O Código Penal é, de resto, aplicável a factos "praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas" nos termos do que dispõe o seu artigo 4.º, alínea b), o que demonstra a pretensão de disciplinar a vida a bordo em tudo aquilo que deva considerar-se comum, ou não específico. É que o CPDMM apresenta tipos nos quais se não verifica a *ratio* que, em incriminações de perigo, fundamenta a associação normativa da conduta descrita e do interesse cuja lesão se pretende evitar: é injustificada, v.g. a existência de uma particular incriminação de dano no âmbito marítimo (como as dos artigos 156.º e seguintes do CPDMM), já que a comum particularização incriminadora de perigo concreto cumpre – e mais bem – a função de tutela antecipada que a segurança do transporte marítimo reclama, e nada mais sobra (isto é: não se descortina qualquer outro *locus* argumentativo especificador) que impeça a aplicação, ao caso, do também comum tipo de dano do art. 212.º do Código Penal. Não existe, actualmente, portanto, possibilidade de justificar a previsão de crimes especificamente marítimos com fundamento na tutela da segurança do transporte marítimo". Assim e nesta perspectiva, este tipo legal de crime (bem como os demais crimes de dano desta secção IX) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogado**.

12 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, (crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação (artigo 409.º e ss.), não previa, neste âmbito e a nosso ver, qualquer tipo de crime.

Art.º 159.º

Aquele que com intenção maléfica causar dano ao navio em que se achar embarcado será condenado:

1.° A prisão simples até dois anos, se o valor do prejuízo não exceder 20000$.

2.° A prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, a degredo temporário, se o valor do prejuízo exceder esta quantia e não for superior a 100000$;

3.° A prisão maior celular por quatro anos, seguida de degredo por oito, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por quinze anos, se o valor do prejuízo exceder 100000$.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O autor (anotação 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A vigência (anotações 6 a 8)
A iniciativa legislativa (anotação 9)

1 Este crime está tipificado em termos semelhantes ao do **crime de dano** do artigo 472.º do Código Penal de 1886 e na medida em que as penas são graduadas em razão dos valores monetários do valor do prejuízo. Os valores mencionados nos n.os 1 a 3 foram actualizados para o dobro pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 307/70 de 2 de Julho.

2 O **bem jurídico** protegido é a propriedade.

3 Trata-se de um comum crime de dano, sem qualquer especificidade marítima, para além de a coisa danificada ser o navio.

4 **Autor** do crime é aquele que se achar embarcado no navio.

5 O crime é essencialmente doloso, exigindo-se que o dano causado seja voluntário e com o ânimo de causar prejuízo.

6 Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss).

7 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 todos da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

8 Em relação aos crimes desta secção IX "Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo" do artigo 156.º e ss. do CPDMM, pronunciam-se LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, a páginas 778 e 781, nos seguintes termos: "sucede conter o código penal, inserido no Título IV da Parte Especial, um Capítulo I que trata "Dos crimes contra a segurança

das comunicações". "Assim:... b) Implicitamente, visam também uma antecipada tutela da segurança a bordo os tipos da Secção IX ("Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo"). Buscando apurar a actual capacidade de rendimento destes tipos de perigo abstracto face aos comuns tipos criminais acima apontados (os autores citados referem-se aos artigos 288.º e 293.º do Código Penal) referindo-se ambos à tutela de um mesmo interesse, deve anotar-se o seguinte: a opção legislativa pela incriminação de condutas de perigo concreto associadas à segurança dos transportes marítimos revela uma opção, que é de política legislativa criminal, de antecipação da tutela criminal tendo em vista a prevenção do dano mas, simultaneamente, retira validade à incriminação de perigo abstracto. Sendo aliás possível, como é, reconduzir qualquer conduta apta a "provocar desastre" ao artigo 288.º, conforme se assinalou, por via da alínea d) do n.º 1 desse artigo, devem ter-se por implicitamente revogadas as incriminações do CPDMM acima referidas. O Código Penal é, de resto, aplicável a factos "praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas" nos termos do que dispõe o seu artigo 4.º, alínea b), o que demonstra a pretensão de disciplinar a vida a bordo em tudo aquilo que deva considerar-se comum, ou não específico. É que o CPDMM apresenta tipos nos quais se não verifica a *ratio* que, em incriminações de perigo, fundamenta a associação normativa da conduta descrita e do interesse cuja lesão se pretende evitar: é injustificada, v.g. a existência de uma particular incriminação de dano no âmbito marítimo (como as dos artigos 156.º e seguintes do CPDMM), já que a comum particularização incriminadora de perigo concreto cumpre – e mais bem – a função de tutela antecipada que a segurança do transporte marítimo reclama, e nada mais sobra (isto é: não se descortina qualquer outro *locus* argumentativo especificador) que impeça a aplicação, ao caso, do também comum tipo de dano do art. 212.º do Código Penal. Não existe, actualmente, portanto, possibilidade de justificar a previsão de crimes especificamente marítimos com fundamento na tutela da segurança do transporte marítimo". Assim e nesta perspectiva, este tipo legal de crime (bem como os demais crimes de dano desta secção IX) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogado**.

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, (crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação (artigo 409.º e ss.), previa, neste âmbito, os seguintes tipos de crime (em especial, o artigo 411.º): **9**

"Artigo 409.º
Perda ou destruição da embarcação

1. Aquele que intencionalmente motivar a perda ou destruição da embarcação em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. O comandante ou outro tripulante que intencionalmente motivar a perda ou destruição de alguma embarcação que não seja aquela em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Artigo 410.º
Agravamento pelo resultado

1. Se através das condutas referidas no artigo anterior, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de três a 10 anos.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

Artigo 411.º
Dano

1. Aquele que intencionalmente causar dano à embarcação em que se achar embarcado ou a uma embarcação que não seja aquela em que se achar embarcado, à respectiva carga ou a qualquer bem que se encontre a bordo é punido com pena de prisão de um a quatro anos.

2.Comete a infracção prevista no presente artigo o comandante que, sem necessidade, mandar lançar a carga ou parte da carga ao mar."

Art.º 160.º

O capitão ou outro tripulante que com intenção maléfica causar dano a algum navio que não seja aquele em que se achar embarcado será condenado nas penas do artigo anterior.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
O tipo legal (anotações 2 e 3)
O autor (anotação 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A vigência (anotações 6 e 7)
A iniciativa legislativa (anotação 8)

1 O **bem jurídico** protegido é a propriedade.

2 Trata-se de um comum **crime de dano**, sem qualquer especificidade marítima, para além de a coisa danificada ser o navio.

3 A coisa danificada é "algum navio que não seja aquele em que se achar embarcado" o capitão ou outro tripulante.

4 **Autor**, neste tipo de crime, é o capitão ou outro tripulante. O capitão faz parte da equipagem (artigos 3.º e 4.º) e é o chefe da equipagem da embarcação (art. 5.º). Quanto à noção de tripulante, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) " a tripulação é constituída pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

5 O crime é essencialmente doloso, exigindo-se que o dano causado seja voluntário e com o ânimo de causar prejuízo.

6 Em relação às **penas**, o tipo legal remete para o artigo anterior. Os valores mencionados nos n.os 1 a 3 do artigo anterior foram actualizados para o dobro pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 307/70 de 2 de Julho. Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82, de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do código penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82, de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu

trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.). Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 todos da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

7 Em relação aos crimes desta secção IX "Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo" do artigo 156.º e ss. do CPDMM, pronunciam-se Luís Duarte D'Almeida, António Lamego e Sónia Reis, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, a páginas 778 e 781, nos seguintes termos: - "sucede conter o Código Penal, inserido no Título IV da Parte Especial, um Capítulo I que trata "Dos crimes contra a segurança das comunicações". "Assim:... b) Implicitamente, visam também uma antecipada tutela da segurança a bordo os tipos da Secção IX ("Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo"). Buscando apurar a actual capacidade de rendimento destes tipos de perigo abstracto face aos comuns tipos criminais acima apontados (os autores citados referem-se aos artigos 288.º e 293.º do Código Penal) referindo-se ambos à tutela de um mesmo interesse, deve anotar-se o seguinte: a opção legislativa pela incriminação de condutas de perigo concreto associadas à segurança dos transportes marítimos revela uma opção, que é de política legislativa criminal, de antecipação da tutela criminal tendo em vista a prevenção do dano mas, simultaneamente, retira validade à incriminação de perigo abstracto. Sendo aliás possível, como é, reconduzir qualquer conduta apta a "provocar desastre" ao artigo 288.º, conforme se assinalou, por via da alínea d) do n.º 1 desse artigo, devem ter-se por implicitamente revogadas as incriminações do CPDMM acima referidas. O Código Penal é, de resto, aplicável a factos " praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas" nos termos do que dispõe o seu artigo 4.º, alínea b), o que demonstra a pretensão de disciplinar a vida a bordo em tudo aquilo que deva considerar-se comum, ou não específico. É que o CPDMM apresenta tipos nos quais se não verifica a *ratio* que, em incriminações de perigo, fundamenta a associação normativa da conduta descrita e do interesse cuja lesão se pretende evitar: é injustificada, v.g. a existência de uma particular incriminação de dano no âmbito marítimo (como as dos artigos 156.º e seguintes do CPDMM), já que a comum particularização incriminadora de perigo concreto cumpre – e mais bem – a função de tutela antecipada que a segurança do transporte marítimo reclama, e nada mais sobra (isto é: não se descortina qualquer outro *locus* argumentativo especificador) que impeça a aplicação, ao caso, do também comum tipo de dano do art. 212.º do Código Penal. Não existe, actualmente, portanto, possibilidade de justificar a previsão de crimes especificamente marítimos com fundamento na tutela da segurança do transporte marítimo". Assim e nesta perspectiva, este tipo legal de crime (bem como os demais crimes de dano desta secção IX) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogado**.

8 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, (crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação (artigo 409.º e ss.), previa, neste âmbito, os seguintes tipos de crime (em especial, o artigo 411.º):

"Artigo 409.º
Perda ou destruição da embarcação

1. Aquele que intencionalmente motivar a perda ou destruição da embarcação em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. O comandante ou outro tripulante que intencionalmente motivar a perda ou destruição de alguma embarcação que não seja aquela em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Artigo 410.º
Agravamento pelo resultado

1. Se através das condutas referidas no artigo anterior, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de três a 10 anos.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

Artigo 411.º
Dano

1. Aquele que intencionalmente causar dano à embarcação em que se achar embarcado ou a uma embarcação que não seja aquela em que se achar embarcado, à respectiva carga ou a qualquer bem que se encontre a bordo é punido com pena de prisão de um a quatro anos.

2. Comete a infracção prevista no presente artigo o comandante que, sem necessidade, mandar lançar a carga ou parte da carga ao mar."

Artº 161.º

Serão aplicadas as penas designadas no artigo 159.° àquele que com intenção maléfica causar dano à carga ou a outros bens móveis que se encontrem a bordo.

§ único. Comete a infracção prevista neste artigo o capitão que, sem necessidade, mandar lançar a carga ou parte da carga ao mar.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
O tipo objectivo (anotações 2 e 3)
O autor (anotação 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A vigência (anotação 6)
A iniciativa legislativa (anotação 7)

1 O **bem jurídico** protegido continua a ser a propriedade – a carga e outros bens móveis que se encontrem a bordo.

2 Trata-se de um comum **crime de dano**, sem qualquer especificidade marítima, para além de a coisa danificada ser a carga ou outros bens móveis que se encontrem a bordo do navio.

3 Este tipo legal de crime remete igualmente para as penas do artigo 159.º; os valores mencionados nos n.os 1 a 3 deste artigo 159.º foram actualizados para o dobro pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 307/70 de 2 de Julho.

4 **Autor** neste crime é "aquele que…". Pode também ser autor "o capitão" nos termos do § único. Como requisitos para o "capitão" ser punido, por força deste preceito legal, exige a lei que aquele mande lançar a carga ou parte dela ao mar e que esta

ordem e lançamento sejam feitos sem necessidade. Em caso de necessidade, esta funciona como causa justificativa dos factos e do ilícito.

O crime é essencialmente doloso, exigindo-se que o dano causado seja voluntário e com o ânimo de causar prejuízo. **5**

Em relação aos crimes desta secção IX "Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo" do artigo 156.º e ss. do CPDMM, pronunciam-se LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, a páginas 778 e 781, nos seguintes termos: - " sucede conter o código penal, inserido no Título IV da Parte Especial, um Capítulo I que trata "Dos crimes contra a segurança das comunicações". "Assim:... b) Implicitamente, visam também uma antecipada tutela da segurança a bordo os tipos da Secção IX ("Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo"). Buscando apurar a actual capacidade de rendimento destes tipos de perigo abstracto face aos comuns tipos criminais acima apontados (os autores citados referem-se aos artigos 288.º e 293.º do Código Penal) referindo-se ambos à tutela de um mesmo interesse, deve anotar-se o seguinte: a opção legislativa pela incriminação de condutas de perigo concreto associadas à segurança dos transportes marítimos revela uma opção, que é de política legislativa criminal, de antecipação da tutela criminal tendo em vista a prevenção do dano mas, simultaneamente, retira validade à incriminação de perigo abstracto. Sendo aliás possível, como é, reconduzir qualquer conduta apta a "provocar desastre" ao artigo 288.º, conforme se assinalou, por via da alínea d) do n.º 1 desse artigo, devem ter-se por implicitamente revogadas as incriminações do CPDMM acima referidas. O Código Penal é, de resto, aplicável a factos " praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas" nos termos do que dispõe o seu artigo 4.º, alínea b), o que demonstra a pretensão de disciplinar a vida a bordo em tudo aquilo que deva considerar-se comum, ou não específico. É que o CPDMM apresenta tipos nos quais se não verifica a *ratio* que, em incriminações de perigo, fundamenta a associação normativa da conduta descrita e do interesse cuja lesão se pretende evitar: é injustificada, v.g. a existência de uma particular incriminação de dano no âmbito marítimo (como as dos artigos 156.º e seguintes do CPDMM), já que a comum particularização incriminadora de perigo concreto cumpre – e mais bem – a função de tutela antecipada que a segurança do transporte marítimo reclama, e nada mais sobra (isto é: não se descortina qualquer outro *locus* argumentativo especificador) que impeça a aplicação, ao caso, do também comum tipo de dano do art. 212.º do Código Penal. Não existe, actualmente, portanto, possibilidade de justificar a previsão de crimes especificamente marítimos com fundamento na tutela da segurança do transporte marítimo". Assim e nesta perspectiva, este tipo legal de crime (bem como os demais crimes de dano desta secção IX) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogado**. **6**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, (crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação (artigo 409.º e ss.), previa, neste âmbito, os seguintes tipos de crime (em especial, o artigo 411.º n.º 2): **7**

"Artigo 409.º
Perda ou destruição da embarcação

1. Aquele que intencionalmente motivar a perda ou destruição da embarcação em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. O comandante ou outro tripulante que intencionalmente motivar a perda ou destruição de alguma embarcação que não seja aquela em que se encontrar embarcado é punido com pena de prisão de um a oito anos.

Artigo 410.º
Agravamento pelo resultado

1. Se através das condutas referidas no artigo anterior, o agente criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de três a 10 anos.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.

Artigo 411.º
Dano

1. Aquele que intencionalmente causar dano à embarcação em que se achar embarcado ou a uma embarcação que não seja aquela em que se achar embarcado, à respectiva carga ou a qualquer bem que se encontre a bordo é punido com pena de prisão de um a quatro anos.

2. Comete a infracção prevista no presente artigo o comandante que, sem necessidade, mandar lançar a carga ou parte da carga ao mar."

Art.º 162.º

Aquele que furtar a carga ou parte da carga do navio ou outro objecto que se encontre a bordo será condenado:

1.° A prisão simples até dois anos, se o valor do furto não exceder 20 000$;

2.° A prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, a degredo temporário, se exceder esta quantia e não for superior a 50000$;

3.° A prisão maior celular por quatro anos, seguida de degredo por oito, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por quinze anos, se exceder 50000$ e não for superior a 500000$;

4.° A prisão maior celular por seis anos, seguida de degredo por dez, ou, em alternativa, na pena fixa de degredo por vinte anos, se for superior a 500000$.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotação 3)
O tipo objectivo (anotação 4)
O autor (anotação 5)
O objecto (anotação 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)
A vigência (anotações 8 a 10)
A iniciativa legislativa (anotação 11)

1 Em relação à **fonte**, a Carta de Lei do Senhor D. Luiz de 4 de Julho de 1864, no seu artigo 19.º n.º 13.º previa como delito marítimo "o furto, não excedendo a 20.000 reis o valor do objecto furtado", não se encontrando previsto o crime de furto na enumeração do Capítulo V (crimes marítimos – artigos 42.º a 46.º da referida Carta de Lei).

2 Este crime está tipificado em termos semelhantes ao do crime de furto do artigo 421.º do Código Penal de 1886 e na medida em que as penas são graduadas em razão dos valores monetários do valor do furto. Os valores mencionados nos

n.os 1 a 4 foram actualizados para o dobro pelo artigo único do Decreto-Lei n.º 307/70 de 2 de Julho.

O **bem jurídico** protegido é a propriedade. **3**

Trata-se de um comum crime de furto, sem qualquer especificidade marítima, para além de a coisa subtraída ser "a carga ou parte da carga do navio ou outro objecto que se encontre a bordo" do navio. **4**

Autor do crime é qualquer pessoa ("aquele que"). **5**

O **objecto** do crime é "a carga ou parte da carga do navio ou outro objecto que se encontre a bordo". **6**

O crime é essencialmente doloso, exigindo-se que o dano causado seja voluntário e com o ânimo de causar prejuízo. **7**

Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos". O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime resultante do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.). **8**

Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 todos da Constituição ao estabelecerem, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico. **9**

Em relação aos crimes desta secção IX "Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo" do artigo 156.º e ss. do CPDMM, pronunciam-se LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, a páginas 778 e 781, nos seguintes termos: - "sucede conter o código penal, inserido no Título IV da Parte Especial, um Capítulo I que trata "Dos crimes contra a segurança das comunicações". "Assim:... b) Implicitamente, visam também uma antecipada tutela da segurança a bordo os tipos da Secção IX ("Das lesões causadas ao navio, à carga ou aos objectos de bordo"). Buscando apurar a actual capacidade de rendimento destes tipos de perigo abstracto face aos comuns tipos criminais acima apontados (os autores citados referem-se aos artigos 288.º e 293.º do Código Penal) referindo-se ambos à tutela de um mesmo interesse, deve anotar-se o seguinte: a opção legislativa pela incriminação de condutas de perigo concreto associadas à segurança dos transportes marítimos revela uma opção, que é de política legislativa criminal, de antecipação da tutela criminal tendo em vista a prevenção do dano mas, simultaneamente, retira validade à incriminação de perigo abstracto. Sendo aliás possível, como é, reconduzir qualquer conduta apta a "provocar desastre" ao artigo 288.º, conforme se assinalou, por via da alínea d) do n.º 1 desse artigo, **10**

devem ter-se por implicitamente revogadas as incriminações do CPDMM acima referidas. O Código Penal é, de resto, aplicável a factos "praticados a bordo de navios ou aeronaves portuguesas" nos termos do que dispõe o seu artigo 4.º, alínea b), o que demonstra a pretensão de disciplinar a vida a bordo em tudo aquilo que deva considerar-se comum, ou não específico. É que o CPDMM apresenta tipos nos quais se não verifica a *ratio* que, em incriminações de perigo, fundamenta a associação normativa da conduta descrita e do interesse cuja lesão se pretende evitar: é injustificada, v.g. a existência de uma particular incriminação de dano no âmbito marítimo (como as dos artigos 156.º e seguintes do CPDMM), já que a comum particularização incriminadora de perigo concreto cumpre – e mais bem – a função de tutela antecipada que a segurança do transporte marítimo reclama, e nada mais sobra (isto é: não se descortina qualquer outro *locus* argumentativo especificador) que impeça a aplicação, ao caso, do também comum tipo de dano do art. 212.º do Código Penal. Não existe, actualmente, portanto, possibilidade de justificar a previsão de crimes especificamente marítimos com fundamento na tutela da segurança do transporte marítimo". Assim e nesta perspectiva, este tipo legal de crime (bem como os demais crimes de dano desta secção IX) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogado**.

11 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação ao furto (artigo 412.º), previa o seguinte tipo de crime:

"Artigo 412.º
Furto

Ao furto da carga ou parte dela, ou de qualquer outro objecto que se encontre na embarcação ou se destine à mesma, ocorrido a bordo da embarcação, durante a carga ou descarga ou na área de armazenamento, cais, doca ou instalação similar, é aplicável a qualificação do artigo 204.º do Código Penal".

SECÇÃO X
Do embarque clandestino

Art.º 163.º

O tripulante que facilitar o embarque clandestino de qualquer passageiro será condenado em prisão simples até dois anos.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
O tipo objectivo (anotação 2)
O autor (anotação 3)
A vigência (anotações 4 e 5)

1 O **bem jurídico** protegido é a segurança do navio, das pessoas e dos bens.

2 O modo de actuação traduz-se em "facilitar", de qualquer modo, activo ou passivo, o embarque clandestino de qualquer passageiro (ajudando, auxiliando, facultando, coadjuvando).

3 **Autor** deste tipo legal de crime é "o tripulante". Nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 384/99 de 23 de Setembro, a "tripulação é constituída pelo conjunto de todos os marítimos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo, em conformidade com o respectivo rol de tripulação. De acordo com o artigo 58.º n.º 1 da Proposta de lei n.º 281/X (de 2009) " a tripulação é constituída

pelo conjunto de todos os indivíduos, recrutados nos termos da legislação aplicável, para exercer funções a bordo da embarcação".

Para LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 783: "as condutas de insubordinação e desobediência marítimas deverão ter-se por desmerecedoras de qualificação penal por não representarem ofensa à paz ou autoridade pública (a qual ofensa seria então, nos termos comuns, qualificada como desobediência, nos termos do art. 348.º do Código Penal); na medida em que representam a violação de específicas regras de disciplina e hierarquia, que possam vigorar a bordo, poderão merecer a aplicação de sanções nesse preciso plano, conforme mais adiante se analisará. Mas por se tratar de uma disciplina, de uma hierarquia que não relevam de investidura pública, julga-se não dever criminalizar-se a infracção. E a mesma ordem de razões vale, precisamente, para a incriminação de abandono de navio que, não se configurando como abandono de funções públicas (art. 385.º do Código Penal) não justifica a repressão criminal, e ainda para o embarque de clandestinos (artigos 163.º e 164.º) ou o embarque ou desembarque ilícito de mercadorias (art. 166.º)". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor dos artigos 287.º e ss. do Código Penal. **4**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação ao embarque clandestino, não previa expressamente qualquer ilícito. **5**

Art.º 164.º

O capitão que admitir a bordo como tripulante qualquer pessoa sem que a inscreva ou faça inscrever no rol de matrícula será punido com prisão simples até dois anos e multa correspondente.

§ único. Incorre na mesma pena o capitão que admitir irregularmente a bordo qualquer passageiro.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
O tipo objectivo (anotações 2 e 3)
O autor (anotação 4)
A vigência (anotações 4 e 5)

O **bem jurídico** protegido é a segurança do navio, das pessoas e dos bens. **1**

O modo de actuação consiste em "admitir (de qualquer modo, activo ou passivo) a bordo como tripulante qualquer pessoa sem que a inscreva ou faça inscrever no rol de matrícula". **2**

No corpo do artigo prevê-se a admissão regular enquanto no § único se prevê a admissão irregular. Na medida em que os efeitos em relação ao bem jurídico protegido se equivalem também as penas se equiparam. **3**

Autor deste tipo legal de crime é "o capitão". O capitão faz parte da equipagem (artigos 3.º e 4.º) e é o chefe da equipagem da embarcação (art. 5.º). O artigo 3.º do Decreto-Lei 384/99 de 23 de Setembro refere-se ao "capitão" nos seguintes termos: "1 – Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por capitão da marinha mercante. 2 – O tripulante investido em funções de comando de navio toma a designação genérica: *a*) de capitão, quando pertencer ao escalão dos oficiais; *b*) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; *c*) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3 – As **4**

funções de comando de navio só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito".
Também o art. 60.º da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) se referia ao "comandante" nos seguintes termos: 1. Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por capitão da marinha mercante. 2. O tripulante investido em funções de comando da embarcação toma a designação genérica: a) De comandante, quando pertencer ao escalão dos oficiais; b) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; c) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3. As funções de comando da embarcação só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito. E o art. 61.º n.º 1 estabelecia que "compete ao armador de comércio designar o comandante da embarcação".

5 Para LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 783 "as condutas de insubordinação e desobediência marítimas deverão ter-se por desmerecedoras de qualificação penal por não representarem ofensa à paz ou autoridade pública (a qual ofensa seria então, nos termos comuns, qualificada como desobediência, nos termos do art. 348.º do Código Penal); na medida em que representam a violação de específicas regras de disciplina e hierarquia, que possam vigorar a bordo, poderão merecer a aplicação de sanções nesse preciso plano, conforme mais adiante se analisará. Mas por se tratar de uma disciplina, de uma hierarquia que não relevam de investidura pública, julga-se não dever criminalizar-se a infracção. E a mesma ordem de razões vale, precisamente, para a incriminação de abandono de navio que, não se configurando como abandono de funções públicas (art. 385.º do Código Penal) não justifica a repressão criminal, e ainda para o embarque de clandestinos (artigos 163.º e 164.º) ou o embarque ou desembarque ilícito de mercadorias (art. 166.º)". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor dos crimes contra a segurança das comunicações dos artigos 287.º e ss. do Código Penal.

6 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação ao embarque clandestino, não previa expressamente qualquer ilícito.

SECÇÃO XI
Da introdução de bebidas alcoólicas e de substâncias perigosas ou nocivas

Art.º 165.º

Aquele que introduzir ou conservar, sem licença, a bordo ou em local de serviço material inflamável, bebida alcoólica ou qualquer substância nociva à saúde ou perigosa para a segurança das pessoas ou das cousas, se a infracção não for prevista por lei especial, será condenado:

1.° A prisão simples até seis meses, quando se trate de bebidas alcoólicas ou espirituosas;

2.° A prisão simples de três meses a dois anos, quando se trate de estupefacientes, matérias inflamáveis, explosivos, armamentos ou outras substâncias nocivas à saúde ou perigosas para a segurança das cousas ou das pessoas.

§ único. As cousas ilegalmente introduzidas serão apreendidas a favor do Estado.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)

O autor (anotação 4)
A pena (anotações 5 e 6)
A vigência (anotação 7)
A iniciativa legislativa (anotação 8)

A **fonte** deste crime encontra-se no artigo 19.º n.º 10 e 11 do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portugueza aprovado por Carta de Lei do Senhor D. Luiz, de 4 de Julho de 1864, tendo sido referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal. O referido artigo estabelece que "são delitos marítimos: a introdução clandestina de a bordo de armas de fogo, armas brancas, pólvora, materiais inflamáveis ou licores espirituosos" E o § único referia que "no caso do n.º 10, os objectos a que ele se refere serão apreendidos pelo capitão, e conforme as circunstâncias destruídos ou sequestrados, para neste último caso reverterem, finda a viagem, a favor da caixa do monte pio marítimo e comercial". O n.º 11 do referido artigo previa como delito marítimo "o porte de armas de fogo a bordo". **1**

O **bem jurídico** protegido é a segurança do navio, das pessoas e dos bens. **2**

O modo de actuação consiste em "introduzir ou conservar, sem licença, a bordo ou em local de serviço material inflamável, bebida alcoólica ou qualquer substância nociva à saúde ou perigosa para a segurança das pessoas ou das cousas". **3**

Autor deste crime é qualquer indivíduo que se encontre a bordo "aquele que…". **4**

A medida da pena é variável em função da perigosidade do bem que é introduzido ou conservado, sem licença, a bordo. **5**

De acordo com o § único, "as cousas ilegalmente introduzidas serão apreendidas a favor do Estado". **6**

Para LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 780 e ss. e 783 "as condutas de insubordinação e desobediência marítimas deverão ter-se por desmerecedoras de qualificação penal por não representarem ofensa à paz ou autoridade pública (a qual ofensa seria então, nos termos comuns, qualificada como desobediência, nos termos do art. 348.º do Código Penal); na medida em que representam a violação de específicas regras de disciplina e hierarquia, que possam vigorar a bordo, poderão merecer a aplicação de sanções nesse preciso plano, conforme mais adiante se analisará. Mas por se tratar de uma disciplina, de uma hierarquia que não relevam de investidura pública, julga-se não dever criminalizar-se a infracção. E a mesma ordem de razões vale, precisamente, para a incriminação de abandono de navio que, não se configurando como abandono de funções públicas (art. 385.º do Código Penal) não justifica a repressão criminal, e ainda para o embarque de clandestinos (artigos 163.º e 164.º) ou o embarque ou desembarque ilícito de mercadorias (art. 166.º)". Nesta perspectiva, os mesmos autores e na obra citada, a pág. 790, concluem que este artigo 165.º deve ter-se por implicitamente revogado pelo Código Penal. Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor dos crimes contra a segurança das comunicações dos artigos 287.º e ss. do Código Penal. **7**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação aos "crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação" previa, entre outros, os seguintes tipos de crimes: **8**

"Artigo 413.º
Introdução de bebidas alcoólicas e de substâncias perigosas ou nocivas

Aquele que introduzir ou conservar, sem licença, a bordo ou em local de serviço material inflamável, bebida alcoólica ou qualquer substância nociva à saúde ou perigosa para a segurança de pessoas e bens, e desse modo criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, e se pena mais grave não couber por força de lei especial, é punido com pena de prisão de três anos a oito anos.

Artigo 414.º
Violação de normas respeitantes às condições de segurança

1. Aquele que, no âmbito da sua actividade profissional, em relação a qualquer embarcação de bandeira nacional infringir, ou deixar de cumprir regras legais, regulamentares ou técnicas a que estiver sujeito, respeitantes às condições de segurança da navegação, e desse modo criar perigo para a vida ou integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.

3. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

4. Se do facto resultar a morte ou ofensas à integridade física graves, a medida da pena referida nos números anteriores é agravada em um terço, caso pena mais elevada não seja aplicável por força de outra disposição legal.

5. Incorre nas mesmas penas aquele que, com embarcação de bandeira não nacional, saia de porto nacional sem possuir as condições estabelecidas no n.º 1 e, designadamente sem a documentação da Autoridade Marítima e demais autoridades que permitem a respectiva largada.

Artigo 415.º
Violação de normas respeitantes à segurança da navegação

1. O comandante ou outro tripulante que não observar os regulamentos para evitar abalroamentos, e, bem assim, aquele que praticar qualquer outra negligência grave na utilização e operação dos instrumentos náuticos, meios e equipamentos indispensáveis à condução da embarcação, é punido com pena de prisão até dois anos.

2. Se, por falta de observância dos regulamentos para evitar abalroamentos, ou devido a outra negligência na utilização e operação dos instrumentos náuticos, meios e equipamentos indispensáveis à condução da embarcação, resultar acidente que determine a morte, ofensas graves à integridade física ou prejuízos materiais elevados, são os responsáveis condenados na pena prisão de dois a oito anos."

SECÇÃO XII
Do embarque ou desembarque ilícito de outras mercadorias

Art.º 166.º

Aquele que embarcar ou desembarcar mercadorias ou outros objectos que não constem dos manifestos e cuja apreensão possa causar perdas ou danos ao armador será punido com a pena de prisão simples até um ano, independentemente da multa em que por esse facto incorrer. § único. Quando a infracção a que se refere este artigo for praticada pelo capitão ou

com o seu consentimento, ser-lhe-á, aplicada a pena de prisão simples até dois anos, além da multa que seja imposta por legislação especial.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)
O autor (anotações 5 e 6)
A vigência (anotação 7)
A iniciativa legislativa (anotação 8)

A **fonte** deste crime encontra-se no artigo 25.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portugueza aprovado por Carta de Lei do Senhor D. Luiz, de 4 de Julho de 1864, tendo sido referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal. O referido artigo estabelecia que praticava "delito marítimo: o que sem conhecimento do capitão embarcar ou desembarcar objectos, cuja apreensão possa causar perdas ou danos ao armador, será punido com a prisão de um mês a um ano, independentemente da multa em que esse facto incorrer, e da indemnização ao armador". **1**

O **bem jurídico** protegido é a legalidade no transporte, embarque e desembarque de mercadorias, o manifesto dos bens embarcados ou desembarcados. **2**

O modo de actuação do agente, neste crime, consiste em "embarcar ou desembarcar mercadorias ou outros objectos que não constem dos manifestos e cuja apreensão possa causar perdas ou danos ao armador". **3**

Do corpo do artigo subentende-se que os factos típicos sejam levados a efeito sem consentimento do capitão. **4**

Autor deste tipo de crime é qualquer pessoa ("aquele que…"). **5**

Como decorre do § único, se a infracção for praticada pelo capitão ou com o seu consentimento, tal funciona como agravante da pena. **6**

Para LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 783 "as condutas de insubordinação e desobediência marítimas deverão ter-se por desmerecedoras de qualificação penal por não representarem ofensa à paz ou autoridade pública (a qual ofensa seria então, nos termos comuns, qualificada como desobediência, nos termos do art. 348.º do Código Penal); na medida em que representam a violação de específicas regras de disciplina e hierarquia, que possam vigorar a bordo, poderão merecer a aplicação de sanções nesse preciso plano, conforme mais adiante se analisará. Mas por se tratar de uma disciplina, de uma hierarquia que não relevam de investidura pública, julga-se não dever criminalizar-se a infracção. E a mesma ordem de razões vale, precisamente, para a incriminação de abandono de navio que, não se configurando como abandono de funções públicas (art. 385.º do Código Penal) não justifica a repressão criminal, e ainda para o embarque de clandestinos (artigos 163.º e 164.º) ou o embarque ou desembarque ilícito de mercadorias (art. 166.º)". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado**. **7**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação ao embarque ou desembarque ilícito de outras mercadorias, não previa expressamente qualquer ilícito. **8**

SECÇÃO XIII
Dos atentados contra a segurança da navegação

Art.º 167.º

O capitão, o armador ou o afretador de qualquer barco português que deixar de cumprir as disposições respeitantes às condições estabelecidas pelas leis de segurança da navegação será punido com prisão simples até dois anos, se outra pena mais grave não for estabelecida por essas leis.

§ único. Incorre nas mesmas penas o capitão, o armador, o afretador de navio estrangeiro que sair do porto português sem possuir as condições de segurança indicadas neste artigo.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
O tipo objectivo (anotações 2 e 3)
Os autores (anotação 4)
A vigência (anotações 5 e 6)
A iniciativa legislativa (anotação 7)

1 O **bem jurídico** protegido neste tipo legal de crime é a segurança da navegação.

2 O modo de actuação do agente do crime traduz-se em "deixar de cumprir as disposições respeitantes às condições estabelecidas pelas leis de segurança da navegação".

3 De acordo com o § único, a mesma punição é aplicada aos referidos agentes quando o navio for estrangeiro e saia de porto português sem possuir as referidas condições de segurança.

4 **Autores** deste crime são o capitão, o armador ou o fretador de qualquer barco português.

5 Como se refere na nota 11 ao artigo 169.º, este artigo foi considerado **revogado** em despacho proferido no inquérito n.º 1091/07.9TALGS dos serviços do Ministério Público de Portimão.

6 Também LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pp. 779, 780, 781 e ss. e 790, entendem que todos os crimes desta secção XIII do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante se encontram implicitamente revogados pelo Código Penal actual e por este conter um capítulo IV "dos crimes contra a segurança das comunicações" nos artigos 287.º e ss. onde se encontram previstos ilícitos criminais que contêm todos os factos que integram os crimes desta secção XIII. Assim, o crime previsto neste artigo (bem como os demais desta secção XIII) deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogados** pelos artigos 287 e ss. do Código Penal actual.

7 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação aos "crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação" previa, entre outros, os seguintes tipos de crimes:

"Artigo 414.º
Violação de normas respeitantes às condições de segurança

1. Aquele que, no âmbito da sua actividade profissional, em relação a qualquer embarcação de bandeira nacional infringir, ou deixar de cumprir regras legais, regu-

lamentares ou técnicas a que estiver sujeito, respeitantes às condições de segurança da navegação, e desse modo criar perigo para a vida ou integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.

3. Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

4. Se do facto resultar a morte ou ofensas à integridade física graves, a medida da pena referida nos números anteriores é agravada em um terço, caso pena mais elevada não seja aplicável por força de outra disposição legal.

5. Incorre nas mesmas penas aquele que, com embarcação de bandeira não nacional, saia de porto nacional sem possuir as condições estabelecidas no n.º 1 e, designadamente sem a documentação da Autoridade Marítima e demais autoridades que permitem a respectiva largada.

Artigo 415.º

Violação de normas respeitantes à segurança da navegação

1. O comandante ou outro tripulante que não observar os regulamentos para evitar abalroamentos, e, bem assim, aquele que praticar qualquer outra negligência grave na utilização e operação dos instrumentos náuticos, meios e equipamentos indispensáveis à condução da embarcação, é punido com pena de prisão até dois anos.

2. Se, por falta de observância dos regulamentos para evitar abalroamentos, ou devido a outra negligência na utilização e operação dos instrumentos náuticos, meios e equipamentos indispensáveis à condução da embarcação, resultar acidente que determine a morte, ofensas graves à integridade física ou prejuízos materiais elevados, são os responsáveis condenados na pena prisão de dois a oito anos."

Art.º 168.º

Nos casos referidos no artigo anterior, o capitão, o armador ou o afretador do navio será condenado em prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, a degredo temporário, se da falta das condições de segurança da navegação resultou a morte de uma ou mais pessoas.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
Os autores (anotação 2)
A agravação (anotação 3)
A vigência (anotações 4 a 6)
A iniciativa legislativa (7)

O **bem jurídico** protegido neste tipo legal de crime é a segurança da navegação. **1**

Autores deste crime são o capitão, o armador ou o fretador de qualquer navio. **2**

Se, nos casos referidos no artigo anterior e se da falta das condições de segurança, resultar a morte de uma ou mais pessoas, o resultado funciona como circunstância agravante da pena. Trata-se, assim, neste artigo, de uma agravação em função do resultado. **3**

Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que **4**

"ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos"; e em relação às penas de multa o artigo 3.º n.º 2 do mesmo diploma remete para o regime do artigo 46.º do Código Penal de 1982. O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime decorrente do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

5 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecer, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

6 LUÍS DUARTE D' ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pp. 779, 780, 781 e ss. e 790 entendem que todos os crimes desta secção XIII do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante se encontram implicitamente revogados pelo Código Penal actual e por este conter um capítulo IV "dos crimes contra a segurança das comunicações" nos artigos 287.º e ss. onde se encontram previstos ilícitos criminais que contêm todos os factos que integram os crimes desta secção XIII. Assim, o crime deste artigo (bem como os demais desta secção XIII) deve ter-se **tácita ou implicitamente revogado** pelos artigos 287 e ss. do Código Penal actual.

7 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação aos "crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação" previa, neste âmbito, o seguinte tipo de crime:

"Artigo 414.º
Violação de normas respeitantes às condições de segurança

1. Aquele que, no âmbito da sua actividade profissional, em relação a qualquer embarcação de bandeira nacional infringir, ou deixar de cumprir regras legais, regulamentares ou técnicas a que estiver sujeito, respeitantes às condições de segurança da navegação, e desse modo criar perigo para a vida ou integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

2. Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.

3.Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

4. Se do facto resultar a morte ou ofensas à integridade física graves, a medida da pena referida nos números anteriores é agravada em um terço, caso pena mais elevada não seja aplicável por força de outra disposição legal.

5. Incorre nas mesmas penas aquele que, com embarcação de bandeira não nacional, saia de porto nacional sem possuir as condições estabelecidas no n.º 1 e, designadamente sem a documentação da Autoridade Marítima e demais autoridades que permitem a respectiva largada.

Art.º 169.º

O capitão ou outro tripulante que não observar os regulamentos para evitar abalroamentos, e, bem assim, aquele que praticar qualquer outra negligência grave nos serviços da navegação, será punido com prisão simples até dois anos.

§ único. Se, por falta de observância dos regulamentos para evitar abalroamentos, ou devido a outra negligência nos serviços da navegação, resultar acidente que determine a morte de uma ou mais pessoas, serão os responsáveis condenados em prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, a degredo temporário.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotação 1)
O tipo objectivo (anotações 2 a 6)
Os autores (anotação 7)
A agravação (anotação 8)
A vigência (anotações 9 a 12)
A iniciativa legislativa (anotação 13)

O **bem jurídico** protegido neste tipo legal de crime é a segurança da navegação. **1**

O Decreto n.º 1/2006, aprovado em reunião do conselho de Ministros de 17/11/2005 aprovou as emendas ao Regulamento Internacional para evitar Abalroamentos no Mar, 1972, adoptadas em 29/11/2001 pela Resolução A – 910 (22). **2**

O ac. STJ de 10/4/1988, BMJ, 380, 406, sobre este artigo, decidiu: "I – O disparo de tiro de arma de fogo, não constante da acusação, não pode ser tido em consideração para a condenação do recorrente, uma vez que excede os poderes de cognição do tribunal em matéria de facto. II – Para que se verifique a pratica do crime previsto e punido pelo artigo 169 do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante, aprovado pelo Decreto-Lei n. 33252, de 20 de Novembro de 1943, basta que se violem as regras da navegação prudente, em termos que possam configurar uma negligência grave. III – Assim, o facto descrito em I não é constitutivo do crime previsto pelo referido artigo 169." **3**

O ac. Rel. Coimbra de 2/3/1988, CJ, ano XIII (1988), Tomo 2, pág. 82, decidiu: "comete o crime de abalroamento, p.e p. no art.º 169.º do CPDMM do Decreto-Lei n.º 33252 de 20/11/1943, o comandante de uma motora que a faz rumar de encontro a um arrastão, aproximando-se deste, já que, desse modo, viola regras do regulamento Internacional a que se refere o Decreto-Lei n.º 58/78 de 27 de Junho". **4**

O ac. Rel. Évora de 16/4/1991, CJ, ano XIV (1991) tomo II, pág. 349, decidiu: "I – Um barco que se encontre a pairar no mar, em local de pesca, mas sem estar a pescar, não pode ser considerado como um barco desgovernado ou com capacidade de manobra reduzida e, por isso, encontra-se apenas obrigado a ter as luzes de posição previstas para os barcos do seu tamanho quando se encontram fundeados. II – não comete o crime do art.º169.º do CPDMM (Decreto-Lei 33252 de 20/11/1943) o mestre de uma embarcação de menos de 50 m de comprimento que a mantenha a pairar apenas com a luz branca de mastro desde que esta seja visível em todo o horizonte." **5**

O ac. Rel. Évora de 25/2/1992, CJ, ano XVII, tomo I (1992) pág. 293, decidiu: "I – a nossa lei, quanto ao crime de homicídio por negligência, adoptou o critério da causalidade adequada. Pelo que o agente só será responsabilizado pela morte quando se conclua que tal resultado é consequência directa, necessária, típica, e previsível da conduta daquele. II – Embora um embate de barcos, no mar, possa ter sido devido a uma atitude violadora das regras para evitar abalroamento, consignadas no CPDMM (Decreto-Lei 33252 de 20/11/1943) por parte de um piloto **6**

de um dos barcos, não pode o mesmo ser considerado como responsável pela morte do outro, se esta se tiver produzido já depois de este último ter regressado a terra, quando efectuada a viagem para casa, em resultado de um enfarte do miocárdio, e se nem o causador do acidente nem a própria vítima tinham conhecimento da possibilidade de o mesmo se desencadear".

7 **Autores** deste crime são o capitão ou outro tripulante do navio.

8 Se, da não observância dos regulamentos para evitar abalroamentos ou por outro tipo de negligência, resultar acidente que cause a morte de uma ou mais pessoas, o resultado funciona como circunstância agravante da pena. Trata-se, assim, neste artigo, de uma agravação em função do resultado

9 Quanto à medida abstracta das **penas** deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do Código Penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos"; e em relação ás penas de multa o artigo 3.º n.º 2 do mesmo diploma remete para o regime do artigo 46.º do Código Penal de 1982. O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime decorrente do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

10 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecer, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

11 De acordo com este artigo 169.º do CPDMM, "o capitão ou outro tripulante que não observar os regulamentos para evitar abalroamentos, e, bem assim, aquele que praticar outra negligência grave nos serviços da navegação será punido com prisão simples até dois anos."

Esta norma penal visa garantir a segurança das embarcações e a vida e a integridade física dos seus tripulantes, mediante a imposição da observância das regras de segurança estabelecidas pelas leis de segurança da navegação e pelos regulamentos para evitar abalroamentos. Na versão originária do Código Penal, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, foi introduzido o artigo 278.º com a epígrafe "Condução perigosa de meio transporte", e cujo n.º 1 dispunha, que "Quem conduzir aeronave, barco, comboio ou outro veículo destinado aos serviços de transporte por via aérea, água ou terra, não estando em condições de o fazer com segurança, criando dessa forma um perigo para a vida ou integridade física ou para bens patrimoniais de grande valor de outra pessoa, será punido com prisão de 2 a 6 anos e multa de 100 a 150 dias." Assim, na versão originária do Código Penal, o preceito legal ora descrito abrangia no seu âmbito de aplicação apenas as situações em que o agente não estivesse em condições de assegurar com segurança a condução do veículo. E nestas circunstâncias, tal norma não interferiu na tipicidade do artigo 169.º do CPDMM, cuja orientação punitiva decorre da inobservância das regras de segurança estabelecidas pelas leis de segurança da navegação e pelos

regulamentos para evitar abalroamentos. Porém, com a revisão do Código Penal levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, foi aprovado o artigo 289.º (o qual corresponde com ligeiras alterações aos n.os 1, 2 e 3 do artigo 278.º da versão original do Código), o qual, com a epígrafe "Condução perigosa de meio de transporte por ar, água ou caminho de ferro", passou a prever que: "Quem conduzir veículo destinado a transporte por ar, água ou caminho de ferro, não estando em condições de o fazer com segurança ou violando grosseiramente as regras da condução e 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 de um a oito anos". A grande diferença que é susceptível de ser apontada entre o anterior artigo 278.º e o actual 289.º reside no alargamento a que foi sujeito este último. Na verdade, deixou de ser apenas punível em termos gerais a falta de segurança na condução, para se passar a abranger a violação grosseira de normas respeitantes a essa mesma condução. Segundo o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, o ponto crucial deste crime "reside no facto de que condutas cujo desvalor de acção é de pequena monta se repercutem amiúde num desvalor de resultado de efeitos não poucas vezes catastróficos. Clarifique-se que o que neste capítulo está primacialmente em causa não é o dano, mas sim o perigo.". Refira-se, enfim, que a disposição revogatória do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, não faz alusão expressa aos artigos 167.º e 169.º do CPDMM, muito embora o artigo 2.º, n.º 1 estabeleça que: "São revogadas as disposições legais avulsas que prevêem ou punem factos incriminados pelo Código Penal.". Pelo que se vem expondo, chegamos à questão de saber se o artigo 169.º do CPDMM se encontra revogado pelo artigo 289.º do Código Penal. Analisando os textos legais em causa, parece claro que o âmbito de aplicação do artigo 289.º do Código Penal, na parte em que prevê a punição a título de crime da violação de regras de condução de navios, coincide com a previsão do artigo 169.º (e 167.º) do CPDMM, já que estas normas, sendo diversas na sua redacção, referem-se na essência à mesma realidade: à violação das regras de segurança relativas à navegação, entendidas em sentido amplo, de modo a abranger também as normas relativas à prevenção do abalroamento. Porém, diferentemente do que sucede no CPDMM, na revisão do Código Penal, o legislador, fazendo apelo aos princípios da proporcionalidade e da necessidade da pena (conforme ressalta do excerto transcrito do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95), entendeu, no âmbito do artigo 289.º do Código Penal, punir somente a violação grosseira das regras de condução desde que da mesma decorra perigo concreto para os bens jurídicos protegidos. Ora, o artigo 289.º do Código Penal e os artigos 167.º e 169.º do CPDMM versam sobre a mesma matéria e há entre ambos uma grande sobreposição normativa. Esta sobreposição abrange os aspectos essenciais do regime jurídico relativo à condução de navios, denotando-se uma inequívoca intenção do legislador de regular exaustivamente esta matéria no âmbito do Código Penal e de afastar a aplicação das regras precedentes. A existência de intenção inequívoca do legislador nesse sentido assenta na referência que é feita no artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que estabelece que são revogadas as disposições legais avulsas que prevêem ou punem factos incriminados pelo Código Penal. Parece claro que o novo regime penal é incompatível com as disposições legais anteriormente vigentes, no que concerne à navegação de navios ou barcos, desde logo porque estas se bastam com a simples violação de regras de segurança, sem exigir a violação grosseira ou qualificada das mesmas ou sequer a existência de perigo para a lesão dos bens jurídicos aqui protegidos. Nesta perspectiva, à luz dos princípios da necessidade das penas e da igualdade de tratamento, princípios que se impõem com acuidade no direito

penal, não fará sentido defender-se a vigência simultânea de normas que tratam de forma distinta situações que o próprio legislador quis equiparar no artigo 289.º do Código Penal. É que a defender-se posição diversa, teríamos de admitir a existência de um regime de punição para as situações de violação de regras de condução de um meio de transporte por ar ou caminho-de-ferro e de um regime penal autónomo, e absolutamente desproporcional face aos bens jurídicos que se visam proteger, para a violação das regras de condução dos navios. É neste quadro de incompatibilidade normativa que ponderamos seriamente, valorizando a *ratio* subjacente à alteração do artigo 289.º do Código Penal que aponta, a nosso ver, no sentido de que os artigos 167.º e 169.º do CPDMM, não obstante inseridos em legislação especial, se encontram **revogados tácita e implicitamente** pelo artigo 289.º do Código Penal, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Foi esta, v.g. a posição assumida, e a nosso ver bem, no inquérito n.º 1091/07.9TALGS do MP de Portimão.

12 Também LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pp. 779, 780, 781 e ss. e 790 entendem que todos os crimes desta secção XIII do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante se encontram implicitamente revogados pelo Código Penal actual e por este conter um capítulo IV "dos crimes contra a segurança das comunicações" nos artigos 287.º e ss. onde se encontram previstos ilícitos criminais que contêm todos os factos que integram os crimes desta secção XIII. Assim, o crime previsto neste artigo (bem como os demais desta secção XIII) deve considerar-se tácita ou implicitamente revogado pelos artigos 287 e ss. do Código Penal actual.

13 A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação aos "crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação" previa, neste âmbito, o seguinte tipo de crime:

"Artigo 415.º
Violação de normas respeitantes à segurança da navegação

1. O comandante ou outro tripulante que não observar os regulamentos para evitar abalroamentos, e, bem assim, aquele que praticar qualquer outra negligência grave na utilização e operação dos instrumentos náuticos, meios e equipamentos indispensáveis à condução da embarcação, é punido com pena de prisão até dois anos.

2. Se, por falta de observância dos regulamentos para evitar abalroamentos, ou devido a outra negligência na utilização e operação dos instrumentos náuticos, meios e equipamentos indispensáveis à condução da embarcação, resultar acidente que determine a morte, ofensas graves à integridade física ou prejuízos materiais elevados, são os responsáveis condenados na pena prisão de dois a oito anos.".

SECÇÃO XIV
Do abandono do navio

Art.º 170.º

O capitão que na presença de qualquer perigo abandonar o seu navio, salvo força maior reconhecida pelos oficiais e principais da equipagem, ou que, tendo tomado o seu parecer, deixar de salvar, quando seja possível, o diário de bordo, o dinheiro e

quanto puder das fazendas e mercadorias, ou que não for o último a sair de bordo, será punido com a prisão maior celular de dois a oito anos ou, em alternativa, a degredo temporário.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)
O autor (anotação 5)
A vigência (anotações 6 a 8)
A iniciativa legislativa (anotação 9)

A **fonte** deste tipo legal encontra-se no artigo 35.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portugueza aprovado por Carta de Lei do Senhor D. Luiz, de 4 de Julho de 1864, tendo sido referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal. O referido artigo estabelecia: "o capitão que, contra o disposto no código de comércio, artigo 1369.º, na presença de qualquer perigo abandonar o seu navio, salvo força maior reconhecida pelos oficiais e principais da equipagem, ou que tendo tomado o seu parecer deixar de salvar, quando seja possível, o diário de bordo, o dinheiro e quanto puder das fazendas e mercadorias, ou que não for o último a sair de bordo, será punido com prisão de um mês a um ano". **1**

O **bem jurídico** protegido neste tipo legal de crime é a segurança do navio e dos bens. **2**

O **modo de actuação** traduz-se em o agente – o capitão – "na presença de qualquer perigo abandonar o seu navio, salvo força maior reconhecida pelos oficiais e principais da equipagem, ou que, tendo tomado o seu parecer, deixar de salvar, quando seja possível, o diário de bordo, o dinheiro e quanto puder das fazendas e mercadorias, ou que não for o último a sair de bordo". **3**

O que se pretendia proteger com este artigo era, também, a segurança da navegação marítima, do navio e dos bens, ao deixar partir para o mar o navio ou abandonar o navio, o que se vem a traduzir na protecção da normalidade do transporte marítimo. Esta situação estava intimamente conexionada com a vida do mar, na qual o código originário fazia o seu especial enfoque no tocante à tipificação dos crimes e à parte disciplinar. Contudo, com o decorrer do tempo e a nova filosofia da tipologia dos crimes, a partir de 1982, passou a entender-se que a maior parte dos crimes tipificados no CPDMM não se justificava com a tipologia tão intimamente relacionada com o mar e com a "função marítima". Meras relações contratuais (v.g. laborais – o contrato de trabalho a bordo, como o Decreto-Lei 74/73 de 1 de Março (contrato individual de trabalho para os trabalhadores da marinha de comércio) e a Lei n.º 15/97 de 31 de Maio, (trabalho a bordo das embarcações de pesca), diplomas posteriormente alterados), ou a específica vida a bordo (o ambiente) ou até a relação de hierarquia a bordo não se traduziam em situações substancialmente diversas de outras de modo a justificar tipificações e foro especial. Assim a Resolução do Conselho de Ministros n.º 82/98 de 26 de Fevereiro já apontava, embora não de forma expressa, para uma revogação do CPDMM; o comunicado do Conselho de Ministros de 30 de Abril de 2009 aprovou a "proposta de lei que aprova a Lei de navegação Comercial Marítima" que veio a constituir a Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) e na qual se propunha a revogação do CPDMM e se optava por manter, após uma profunda actualização terminológica, a maioria das soluções de fundo adoptadas pelo legislador do Código, efectuando, contudo, as necessárias adaptações às necessidades e requisitos actuais, mormente a tipologia de crimes **4**

segundo um critério de perigo (concreto ou não) e já não segundo a íntima relação com a vida do mar. Porém, a Proposta de Lei não chegou a ser votada na legislatura e a verdade é que o CPDMM se mantém em vigor na medida em que ainda não foi expressamente revogado, embora com uma vida mais artificial do que real. De qualquer modo, estamos em crer que algumas das soluções do CPDMM se encontram desajustadas aos novos tempos e, em particular, tendo em consideração os artigos 287.º e ss. da actual versão do Código Penal ao estabelecer um capítulo "dos crimes contra a segurança das comunicações" e que se considera mesmo ter revogado grande parte das disposições do CPDMM.

5 **Autor** deste crime é o capitão do navio. O capitão faz parte da equipagem (artigos 3.º e 4.º) e é o chefe da equipagem da embarcação (art. 5.º). O artigo 3.º do Decreto-Lei 384/99 de 23 de Setembro refere-se ao "capitão" nos seguintes termos: "1 – Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por capitão da marinha mercante. 2 – O tripulante investido em funções de comando de navio toma a designação genérica: *a*) De capitão, quando pertencer ao escalão dos oficiais; *b*) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; *c*) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3 – As funções de comando de navio só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito". Também o art. 60.º da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) se referia ao "comandante" nos seguintes termos: 1. Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por **capitão** da marinha mercante. 2. O tripulante investido em funções de comando da embarcação toma a designação genérica: a) De comandante, quando pertencer ao escalão dos oficiais; b) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; c) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3. As funções de comando da embarcação só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito. E o art. 61.º n.º 1 estabelecia que "compete ao armador de comércio designar o comandante da embarcação".

6 Quanto à medida abstracta das penas deste artigo, deverá ter-se em consideração a tabela de equivalências decorrente do art. 129.º do Código Penal de 1886. Por sua vez e numa linha de sucessão de leis penais no tempo, deverá considerar-se o novo regime de alteração dos limites mínimos e máximos das penas do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro; na verdade, o seu artigo 3.º n.º 1 estabelece que "ficam alterados para os limites mínimo e máximo fixados no artigo 40.º, n.º 1 do código penal todas as penas de prisão que tenham duração inferior ou superior aos limites aí estabelecidos"; e em relação às penas de multa o artigo 3.º n.º 2 do mesmo diploma remete para o regime do artigo 46.º do Código Penal de 1982. O artigo 4.º n.º 1 do Decreto-Lei 400/82 de 23 de Setembro dispõe que "consideram-se feitas para as correspondentes disposições do Código Penal todas as remissões para normas do Código anterior contidas em normas penais avulsas". Em sede de penas e do seu trato deverá ainda ponderar-se o regime decorrente do Código Penal decorrente da revisão da Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro (artigo 41.º e ss.).

7 Em relação à pena de degredo deverá ter-se em conta o teor do artigo 18.º, bem como os artigos 24.º e 25.º n.º 2 da Constituição ao estabelecer, que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos". E nesta linha de pensamento, não será nunca de omitir o teor dos artigos 2.º (direito à vida) e o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ao estabelecer que "ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes". Esta pena desapareceu do nosso sistema jurídico.

8 LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de

Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 782 e ss. entendem que também este crime "do abandono do navio" do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante se encontra implicitamente revogado pelo Código Penal actual e por este conter um capítulo IV "dos crimes contra a segurança das comunicações" nos artigos 287.º e ss. onde se encontram previstos ilícitos criminais que contêm todos os factos que integram este ilícito criminal. Assim, o crime previsto neste artigo deve considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** pelos artigos 287.º e ss. do Código Penal actual.

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação aos "crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação", previa, neste âmbito, o seguinte tipo de crime: **9**

"Artigo 416.º
Abandono da embarcação

1. O comandante que, em caso de perigo, e salvo comprovada causa justificativa, não seja o último a abandonar a embarcação, ou deixe de providenciar a salvação dos documentos de bordo, meios financeiros e outros valores que lhe tenham sido especialmente confiados, é punido com pena de prisão até dois anos.

2. Se do facto derivar a morte, ofensas à integridade física graves, a perda da embarcação ou de bens patrimoniais de valor elevado, ou a embarcação é destinada ao transporte de pessoas encontrando-se passageiros a bordo, a pena de prisão é de três a 12 anos.

3. Os membros da tripulação, que sem autorização do comandante ou de outro superior hierárquico, abandonarem a embarcação em caso de perigo e sem motivo justificativo, são punidos com pena de prisão até um ano.

4. Se do facto derivar a morte, ofensas à integridade física graves, a perda da embarcação ou de bens patrimoniais de valor elevado, ou a embarcação é destinada ao transporte de pessoas encontrando-se passageiros a bordo, a pena de prisão é de dois a 10 anos."

SECÇÃO XV
Da recusa de socorros a náufragos

Art.º 171.º

O capitão que, encontrando navio em perigo ou náufragos de qualquer nação, não lhes prestar os socorros compatíveis com os meios de que dispuser será punido com prisão simples até dois anos e multa por igual tempo.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 e 3)
O tipo objectivo (anotação 4)
O autor (anotação 5)
A vigência (anotação 6)
A iniciativa legislativa (anotações 7 a 9)

A **fonte** deste crime é o artigo 40.º do Código Penal e Disciplinar da Marinha Mercante Portugueza aprovado por Carta de Lei do Senhor D. Luiz, de 4 de Julho de 1864, tendo sido referendada pelo Ministro José da Silva Gomes Leal. O referido artigo estabelecia: "o capitão que, encontrando navio em perigo ou náufragos de qualquer nação lhes não prestar os socorros compatíveis com os meios de que dispuser, será punido com a prisão de um a três anos". **1**

2 O **bem jurídico** protegido é a vida, a integridade física e a liberdade.

3 O fundamento deste tipo legal de crime é o apoio e a solidariedade humana que se distingue do dever de garante, actualmente previsto no art. 10.º n.º 2 do Código Penal.

4 O **modo de actuação** do agente do crime consiste em "o capitão que, encontrando navio em perigo ou náufragos de qualquer nação, não lhes prestar os socorros compatíveis com os meios de que dispuser".

5 **Autor** deste crime é "o capitão" do navio. O capitão faz parte da equipagem (artigos 3.º e 4.º) e é o chefe da equipagem da embarcação (art. 5.º). O artigo 3.º do Decreto-Lei 384/99 de 23 de Setembro refere-se ao "capitão" nos seguintes termos: "1 – Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por capitão da marinha mercante. 2 – O tripulante investido em funções de comando de navio toma a designação genérica: *a*) De capitão, quando pertencer ao escalão dos oficiais; *b*) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; *c*) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3 – As funções de comando de navio só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito". Também o art. 60.º da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) se referia ao "comandante" nos seguintes termos: 1. Entre os marítimos, a categoria mais elevada do escalão dos oficiais designa-se por capitão da marinha mercante. 2. O tripulante investido em funções de comando da embarcação toma a designação genérica: a) De comandante, quando pertencer ao escalão dos oficiais; b) De mestre ou arrais, quando pertencer ao escalão da mestrança; c) Da respectiva categoria, quando pertencer ao escalão da marinhagem. 3. As funções de comando da embarcação só podem ser confiadas aos marítimos legalmente habilitados para o efeito. E o art. 61.º n.º 1 estabelecia que "compete ao armador de comércio designar o comandante da embarcação".

6 No entendimento de LUÍS DUARTE D'ALMEIDA, ANTÓNIO LAMEGO e SÓNIA REIS, "Para a Reforma do Direito Penal e Disciplinar da Marinha Mercante", Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII, n.º 1, 2002, Coimbra Editora, pág. 784: "nestes casos, para lá do que em relação a alguns deles se deixou já dito, e quando se intenta uma fundamentação da opção incriminadora, os interesses invocados são ainda os da disciplina e da hierarquia" – o que era justificado, então, do seguinte modo, citando J. M. do Nascimento Rodrigues, CPDMM anotado, Coimbra, 1964, pág. 54 "a punição havia de ser mais acentuada (do que no código penal comum) em virtude da maior necessidade de protecção do interesse que representa o vínculo de disciplina que liga uns aos outros os tripulantes de um navio, e o princípio da hierarquia que dimana desse vínculo". Quanto a isto, basta observar de novo que um interesse que não justificava (como se verificou já não justificarem aqueles interesses) a repressão penal da sua violação primária ou imediata, menos justificará a sua ponderação como agravante de outros tipos… E, mais em particular no que respeita à recusa de socorros a náufragos, as razões que baseiam a necessidade de um regime de disciplina na matéria não ditam a existência de um tipo criminal particular, por em nada alterarem o juízo que subjaz à incriminação da omissão de auxílio e, em geral, ao relevo criminal dos comportamentos omissivos". Assim, este tipo legal de crime deverá considerar-se **tácita ou implicitamente revogado** em face do teor do artigo 200.º do Código Penal actual.

7 O Decreto-Lei 203/98 de 10 de Julho estabelece o regime da salvação marítima, no seguimento da assinatura por Portugal da Convenção Internacional sobre Salvação Marítima. O artigo 3.º deste DL, sob a epígrafe "dever de prestar socorro", estabelece que: "1 – O capitão de qualquer embarcação, ou quem nela desempenhe

funções de comando, está obrigado a prestar socorro a pessoas em perigo no mar, desde que isso não acarrete risco grave para a sua embarcação ou para as pessoas embarcadas, devendo a sua acção ser conformada com o menor prejuízo ambiental. 2 – À omissão de prestar socorro, nos termos do número anterior, à aplicável o disposto no artigo 486.º do Código Civil, independentemente de outro tipo de responsabilidade consagrada na lei. 3 – O proprietário e o armador da embarcação só respondem pela inobservância da obrigação prevista neste artigo se existir culpa sua". Também ao "dever de prestar socorro" se referia o artigo 134.º da Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009) e que estabelecia o seguinte:

"Artigo 134.º
Dever de prestar socorro

1. O comandante de qualquer embarcação, ou quem nela desempenhe funções de comando, está obrigado a prestar socorro a pessoas em perigo no mar, desde que isso não acarrete risco grave para a sua embarcação ou para as pessoas embarcadas, devendo a sua acção ser conformada com o menor prejuízo ambiental.

2. À omissão de prestar socorro nos termos do número anterior é aplicável o disposto no artigo 486.º do Código Civil, independentemente de outro tipo de responsabilidade consagrada na lei.

3. O proprietário e o armador de comércio da embarcação só respondem pela inobservância da obrigação prevista no n.º 1 se existir culpa sua.

4. O disposto no presente artigo não prejudica as competências que estão atribuídas ao Serviço de Busca e Salvamento Marítimo no âmbito do Sistema Nacional para a Busca e Salvamento Marítimo, e aos órgãos locais da autoridade marítima."

Esta Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), no seu artigo 5.º (norma revogatória) alínea p) revogava este Decreto-Lei n.º 203/98 de 10 de Julho e dedicava um Capítulo (VI) à "salvação marítima" (artigos 131.º a 147.º). **8**

A Proposta de Lei n.º 281/X (de 2009), na Secção IV do Capítulo II, e em relação aos "crimes relacionados com a embarcação e a segurança da navegação" previa, neste âmbito, o seguinte tipo de crime: **9**

"Artigo 417.º
Recusa de socorros a náufragos

1. O comandante de qualquer embarcação, ou quem nela desempenhe funções de comando, está obrigado a prestar socorro a pessoas em perigo no mar, em conformidade com os meios de que dispuser e desde que isso não acarrete risco grave para a sua embarcação ou para as pessoas embarcadas.

2. À omissão de prestar socorro, nos termos do número anterior, é aplicável a pena de prisão de um a cinco anos.

3. Se do facto resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a 10 anos.

4. Incorre na mesma pena aquele que, desrespeitando ordem da Autoridade Marítima ou de comandante da unidade naval no âmbito de uma acção de salvamento marítimo ou de socorro a náufragos, acarrete risco grave para as pessoas em perigo."

FERNANDO MARTINS 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)

Artigo 4.º

Ordens das autoridades

1. O utente deve obedecer às ordens legítimas das autoridades competentes para regular e fiscalizar o trânsito, ou dos seus agentes, desde que devidamente identificados como tais.

2. Quem infringir o disposto no número anterior é sancionado com coima de € 120 a € 600, se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

3. Quem desobedecer ao sinal regulamentar de paragem das autoridades referidas no n.º 1, é sancionado com coima de € 500 a € 2500, se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal.

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 pena (anotação 10)

1 Este preceito sofreu alterações decorrentes dos Decretos-Leis n.os 265-A/2001, de 28 de Setembro e 44/2005, de 23 de Fevereiro.

2 O Código da Estrada foi objecto de 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.

3 Não existe a distinção entre obediência imediata à ordem recebida ou o cumprimento tardio a essa mesma ordem – ambas são sancionadas de forma idêntica. O dever de obediência recai sobre todos os utentes das vias pressupondo a existência de uma ordem legítima, emanada de entidade ou autoridade com competência para o efeito, desde que devidamente identificados. O desrespeito às ordens das autoridades ou dos agentes com poderes de fiscalização e regulação do trânsito, em princípio, não constitui crime de desobediência, sendo qualificada como uma contra-ordenação leve ou contra-ordenação grave. Com a recente revisão do Código da Estrada, passou a distinguir-se:

– A não obediência às ordens (em geral) legítimas das autoridades competentes para regular e fiscalizar o trânsito, ou dos seus agentes, desde que devidamente identificados como tais (coima de € 120 a € 600 – contra-ordenação leve, se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal);

– A não obediência ao sinal regulamentar de paragem das autoridades anteriormente referidas (coima de € 500 a € 2500 – contra-ordenação muito grave, se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal).

4 Contudo, em determinadas situações no âmbito rodoviário é configurável a prática de um crime de desobediência, decorrendo a consumação do crime da expressa recusa em obedecer a ordem legítima, regularmente comunicada por agente da autoridade com competência para a emanar e precedida da cominação legal. Como refere CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, "(...) o agente conhecerá sempre, antes de tomar qualquer decisão no sentido de acatar a ordem ou de a rejeitar, quais as consequências do seu acto; neste sentido, nunca cometerá um crime sem o saber (Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo III, p. 351).

5 O caso mais comum será a recusa a ordem de identificação por agente fiscalizador do trânsito rodoviário – mas que se situe fora do quadro de aplicação do art. 250.º do CPP, relativo à identificação de suspeitos da prática de crimes e pedido de informações, no âmbito das "Medidas Cautelares e de Polícia" (este preceito, parte de um pressuposto concreto para a sua aplicação, qual seja o de haver fundadas suspeitas da prática de crime, aplicando-se assim a casos em que está em causa apuramento de eventual responsabilidade criminal – A Lei n.º 5/95, de 21 de Fevereiro, foi tacitamente revogada pelo art. 250.º do Código de Processo Penal, na redacção da Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto (neste sentido, Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 1/2008, de 3 de Janeiro, D.R., 2.ª série, n.º 8, de 11.1.2008). A competência em sede de fiscalização de trânsito é fixada pelo art. 5.º do Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro. A Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária (ANRS) sucedeu nas atribuições e competências da extinta Direcção-Geral de Viação, no que concerne às políticas de prevenção e segurança rodoviária e de processamento de contra-ordenações – cfr. Decreto-Lei n.º 77/2007, de 29 de Março, que aprovou a estrutura da Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária (ANSR), cuja estrutura nuclear foi fixada através da Portaria n.º 340/2007, de 30 de Março, estabelecendo a Portaria n.º 335/2007, de 30 de Setembro, o número máximo de unidades orgânicas flexíveis da ANSR. Nos termos do artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 147/2007, de 27 de Abril, o Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres (IMTT, I. P.), sucedeu nas atribuições da Direcção-Geral de Viação (DGV) em matéria de condutores e de veículos. Sobre a fiscalização do cumprimento das normas referentes à cobrança de portagens em infra-estruturas rodoviárias, designadamente auto-estradas e pontes (empresas concessionárias) – poderes dos agentes de fiscalização – cfr. art. 4.º da Lei n.º 25/2006, de 30 de Junho, alterada pelo art. 2.º do Decreto-Lei n.º 113/2009, de 18 de Maio.

Quanto às normas que especificamente autorizam o controlo de identidade, em homenagem ao apuramento de contra-ordenacional, importa, desde logo, ter presente o disposto no art. 49.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, aplicável 'ex vi' do art. 132.º do Código da Estrada, de acordo com o qual "as autoridades administrativas competentes e as autoridades policiais podem exigir ao agente de uma contra-ordenação a respectiva identificação." Esta exigência de identificação está directamente ligada ao disposto no art. 48.° do mesmo Decreto-Lei, que estipula que "as autoridades policiais e fiscalizadoras deverão tomar conta de todos os eventos ou circunstâncias susceptíveis de implicar responsabilidade por contra-ordenação e tomar as medidas necessárias para impedir o desaparecimento de provas." Estas disposições legais autorizam, assim, as autoridades administrativas competentes e as autoridades policiais a exigir a identificação do agente de qualquer contra-ordenação em geral pelo que tal ordem se mostra legítima.

Uma vez dada a ordem de identificação e verificando-se uma recusa por parte do visado, sendo este advertido de que a sua recusa em se identificar o faria incorrer num crime de desobediência, permanecendo este na recusa, estaria em causa o cometimento de um crime de desobediência, desde que, obviamente, os respectivos elementos típicos se mostrem preenchidos, pois que os agentes policiais não podem conduzir os agentes de contra-ordenações ao posto policial mais próximo e compeli-lo a permanecer ali pelo tempo estritamente indispensável à sua identificação. Daí, podem cominar a recusa de identificação com a prática do crime de desobediência.

Importa sublinhar que o art. 171.º do CE tem um campo de aplicação diverso – o seu âmbito de aplicação está delineado para os casos em que o agente de autoridade não pode, porque lhe é impossível, identificar o agente da infracção.

6 O **bem jurídico** que a norma relativa ao crime de desobediência visa proteger é a autonomia intencional do Estado isto é, visa-se a abstenção de comportamentos que obstem ao regular curso actividade administrativa por parte dos destinatários dos seus actos. Protege-se com este tipo de ilícito a função de autoridade pública "sem distinguir entre autoridade administrativa, judiciária ou outra. [...] parece legítima a asserção de que o conceito de autoridade assume um sentido objectivo, ligado à ideia de poder legal (funcional) de impor um determinado comportamento, na ausência de indicação dos sujeitos a quem é atribuído tal poder (concepção subjectiva)" (LOPES DA MOTA, Jornadas de Direito Criminal, revisão do Código Penal, vol. II, p. 426).

É ilícita, para o efeito de preenchimento do crime de desobediência, a conduta daquele que, tendo estacionado o seu tractor agrícola num caminho, impedindo que outros veículos por ali circulassem, não acata a ordem de um agente da GNR para retirar dali o tractor, sob pena de cometer aquele crime, ainda que esteja convencido de que esse caminho lhe pertence (ac. do TRP, de 18.06.2008, proc. n.º 0840087).

7 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento das ordens emanadas da autoridade com competência para a fiscalização do trânsito.

8 O conceito de **ordem** envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente da contra-ordenação – o que afasta da punição as disposições ou actos de carácter meramente genérico –, de natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma acção ou omissão – a um *facere* ou *non facere*, consoante o sentido da ordem ou da proibição –, emitido no exercício dos poderes de fiscalização conferidos por lei.

9 O crime de desobediência é um crime doloso; a desobediência negligente não é punível (cfr. art. 13.° do CP). O tipo doloso deste crime preenche-se sempre que alguém incumpre consciente e voluntariamente, uma "ordem ou mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente" (Comentário Conimbricense do Código Penal, tomo III, p. 358). E, portanto um dolo genérico, por isso basta-se a norma com o conhecimento e vontade de realização do facto típico.

10 A **pena** aplicável é 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). Saliente-se que, nos termos do n.º 2 do art. 347.º do CP (redacção introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro), é punido com pena de prisão até cinco anos, quem desobedecer ao sinal de paragem e dirigir contra funcionário ou membro das Forças Armadas, militarizadas ou de segurança, veículo, com ou sem motor, que conduza em via pública ou equiparada, ou embarcação, que pilote em águas interiores fluviais ou marítimas, para se opor a que ele pratique acto relativo ao exercício das suas funções, ou para o constranger

a que pratique acto relativo ao exercício das suas funções, mas contrário aos seus deveres, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Artigo 138.º
Sanção acessória

1. As contra-ordenações graves e muito graves são sancionadas com coima e com sanção acessória.

2. Quem praticar qualquer acto estando inibido ou proibido de o fazer por sentença transitada em julgado ou decisão administrativa definitiva que aplique uma sanção acessória, é punido por desobediência qualificada.

3. A duração mínima e máxima das sanções acessórias aplicáveis a outras contra-ordenações rodoviárias é fixada nos diplomas que as prevêem.

4. As sanções acessórias são cumpridas em dias seguidos.

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 comparticipação (anotação 11)
A pena (anotação 12)

O preceito foi objecto de alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro. **1**

As contra-ordenações graves e muito graves são puníveis com coima e com sanção acessória de inibição de conduzir, sendo que esta tem: **2**
– Duração mínima de um mês e máxima de um ano – contra-ordenações graves (as previstas no art. 145.º). O limite mínimo é elevado para o dobro, em caso de reincidência (cfr. art. 143.º, n.º 3);
–Suspensão da execução da sanção acessória – cfr. art. 141.º
–Duração mínima de dois meses e máxima de dois anos – contra-ordenações muito graves (as previstas no art. 146.º). O limite mínimo é elevado para o dobro, em caso de reincidência (cfr. art. 143.º, n.º 3);
–Atenuação especial da sanção acessória – cfr. 140.º
A sanção acessória de inibição de conduzir e a proibição de conduzir são realidades diversas, em função da sua diferente natureza jurídica, enquanto a primeira se destina a sancionar, acessoriamente, a prática de contra-ordenações graves e muito graves e se trata de uma medida de segurança administrativa, a segunda trata-se de uma verdadeira pena, dado que pressupõe a prática de um crime e a aplicação de uma pena principal.

A responsabilidade da contra-ordenação que recaia sobre: (a) pessoa singular não titular de título de condução; ou (b) pessoa colectiva, a sanção de inibição de conduzir é substituída por apreensão do veículo, por período idêntico de tempo que àquela caberia. **3**

O n.º 2 consagra a punição como crime de desobediência qualificada para todo o condutor que exerça a condução estando inibido de o fazer por sentença transitada em julgado ou decisão administrativa definitiva. O tipo de crime de desobediência, que protege a função de 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 comunicados. Tem como **elementos objectivos**: **4**

– A existência de um comando da autoridade ou do funcionário, sob a forma de ordem ou mandado, impondo urre determinada conduta, um dever de acção ou omissão, nos termos concretamente definidos;
– A sua legalidade material e formal;
– A competência da entidade que emite o comando;
– 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. Ora, no caso concreto, é o n.º 2 deste preceito que consagra a punição da conduta como crime de desobediência qualificada.

5 O carácter inovador do n.º 2, resultante da alteração operada pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, traduz-se na pretensão do legislador em abranger na punição da desobediência qualificada não só o agente que conduza estando inibido de o fazer por força de decisão administrativa ou judicial, como sanção acessória de contra-ordenação (anterior n.º 4 deste preceito), mas também a conduta do indivíduo que viole, no domínio rodoviário, as proibições ou interdições que resultem da imposição de pena acessória por sentença criminal (art. 353.º do CP). Ou seja, unificou-se a punição criminal de condutas que se traduzam em desrespeito de decisões judiciais ou administrativas que imponham ao agente proibições ou inibições de conduzir ou outras condutas no domínio da circulação rodoviária, seja qual for a natureza da infracção (crime ou contra-ordenação) cuja prática pelo agente levou a essa proibição de agir ou a natureza da decisão que a impôs (decisão judicial ou administrativa).
Assim, a redacção actual do n.º 2 alargou o seu âmbito de aplicação. Foi, por isso, julgada **organicamente inconstitucional** no Ac. do TC n.º 574/2006 e nas decisões sumárias n.os 58/2008 e 137/2008 por se entender que este preceito alarga a incriminação da desobediência qualificada que resultava do art. 139.º, n.º 4, do Código da Estrada, na redacção anterior. Com efeito, enquanto esta disposição previa a punição da condução por quem estivesse inibido de o fazer por sentença ou decisão administrativa, o actual n.º 2 consagra a punição do agente que pratique qualquer acto para cuja prática esteja proibido ou inibido. A norma que prevê o comportamento a punir como desobediência qualificada consubstancia ainda a definição de crime, pelo que a sua emissão está abrangida pela reserva parlamentar a que se refere o art. 165.º, n.º 1, al.ª c), da CRP. Sucede que da Lei n.º 53/2004, de 4 de Novembro, lei que autorizou o Governo a proceder à revisão do Código da Estrada, não consta qualquer referência à matéria penal em causa. Concluiu-se, pois, que o Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, procedeu a alterações para as quais não foi concedida autorização legislativa. Nessa medida, o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante deste n.º 2, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, na parte em que submete ao regime do crime de desobediência qualificada quem conduzir veículos automóveis estando proibido de o fazer por força da aplicação da pena acessória prevista no art. 69.º do Código Penal, constante de sentença criminal transitada – cfr. ac. n.º 187/2209, de 22 de Abril, D.R., 1.ª série, n.º 115, de 17-7-2009.

6 No crime de desobediência 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 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 (sempre no âmbito contra-ordenacional) 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.

7 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).

8 O t**ipo objectivo** consiste no não acatamento da ordem de proibição ínsita na decisão judicial ou decisão administrativa que aplicou ao agente a sanção acessória de inibição de conduzir, traduzido no exercício da condução de qualquer veículo durante o período de cumprimento da mesma.

9 A **ordem** deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei. O agente tem de 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.

10 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" decorrente do âmbito de aplicação da sanção acessória de inibição de conduzir.

11 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

12 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). A punição pelo crime de desobediência qualificada previsto no n.º 2 do art. 138.º do Código da Estrada não dá lugar a condenação em pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor, por não integrar qualquer das situações do n.º 1 do art. 69.º do CP, nomeadamente a da al.ª *b)* (ac. do TRP de 18-6-2007, proc. n.º 0741703).

Artigo 152.º
Princípios gerais

1. Devem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por psicotrópicas:

a) Os condutores;

b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidente de trânsito;

c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução.

2. Quem praticar actos susceptíveis de falsear os resultados dos exames a que seja sujeito não pode prevalecer-se daqueles para efeitos de prova.

3. As pessoas referidas nas alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias legalmente consideradas como psicotrópicas são punidas por desobediência.

4. As pessoas referidas na alínea *c)* do n.º 1 que recusem submeter-se às provas estabelecidas para a detecção do estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias legalmente consideradas como psicotrópicas são impedidas de iniciar a condução.

5. O médico ou paramédico que, sem justa causa, se recusar a proceder às diligências previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas é punido por desobediência.

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 pena (anotação 9)

1 O preceito foi objecto de alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.os 265-A/2001, de 28 de Setembro e 44/2005, de 23 de Fevereiro.

2 A questão da obrigatoriedade da sujeição ao teste de alcoolemia já foi objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional. Com efeito, no Acórdão n.º 319/95, embora apreciando a conformidade à Constituição da norma do art. 6.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 124/90, de 14 de Abril, que determinava a competência do agente da autoridade para a realização do teste, considerou o seguinte: "A submissão do condutor ao teste de detecção de álcool (e, assim, a norma do artigo 6.º, n.º 1, que a permite) também não viola o dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, nem o seu direito ao bom nome e à reputação, nem o direito que ele tem à reserva da intimidade da vida privada. Desde logo, tais direitos não proíbem a actividade indagatória do Estado, seja ela judicial, seja policial. O que o princípio do Estado de Direito impõe é que o processo (*maxime*, o processo criminal) se reja "por regras que, respeitando a pessoa em si mesma (na sua dignidade ontológica), sejam adequadas ao apuramento da verdade" (cfr. acórdão n.º 128/92, publicado no Diário da República, II série, de 24 de Julho de 1992). Ora, o exame para pesquisa de álcool, com o recorte que, nos seus traços essenciais, dele se deixou feito, destinando-se, não apenas a recolher uma prova perecível, como também a impedir que um condutor, que está sob a influência do álcool, conduza pondo em perigo, entre outros bens jurídicos, a vida e a integridade física próprias e as dos outros, mostra-se necessário e adequado à salvaguarda destes bens jurídicos e ao fim da descoberta da verdade, visado pelo processo Penal. Ao que acresce que o quadro legal que rege a matéria, na parte em que permite que os agentes de autoridade policial submetam, por sua iniciativa, os condutores ao teste de

detecção de álcool, é de molde a garantir que a actividade policial, essencialmente preventiva, se desenvolva "com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos" (cfr. artigo 272.º da Constituição). Concretamente no que concerne ao dever de respeito pela dignidade da pessoa do condutor, não é a submissão deste a exame para detecção de álcool que pode violá-lo. O que atentaria contra essa dignidade seria o facto de se sujeitar o condutor a exame de pesquisa de álcool, fazendo-se no local alarde público do resultado, no caso de ele ser positivo. Relativamente ao direito ao bom nome e à reputação, é quem conduzir sob a influência do álcool, e não a sua submissão ao teste para a pesquisa de álcool, que estará a denegrir o seu bom nome e a abalar a sua boa fama, pois que – como se sublinhou no já citado acórdão n.º 128/92 – um tal direito só é violado por actos que se traduzam em imputar falsamente a alguém a prática de acções ilícitas ou ilegais, ou que consistam em tornar públicas desnecessariamente (isto é, sem motivo legítimo) faltas ou defeitos de outrem que, sendo embora verdadeiros, não são publicamente conhecidos. O direito à reserva da intimidade da vida privada – que é o direito de cada um a ver protegido o espaço interior da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias; o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular (cfr., sobre isto, o citado acórdão n.º 128/92) – acaba, naturalmente, por ser atingido pelo exame em causa. No entanto, a norma *sub iudicio* não viola o artigo 26.º, n.º 1, da Constituição, que o consagra. De facto, não se trata, com o teste de pesquisa de álcool, de devassar os hábitos da pessoa do condutor no tocante à ingestão de bebidas alcoólicas, sim e tão-só (recorda-se) de recolher prova perecível e de prevenir a eventual violação de bens jurídicos valiosos (entre outros, a vida e a integridade física), que uma condução sob a influência do álcool pode causar – o que, há-de convir-se, tem relevo bastante para justificar, constitucionalmente, esta constrição do direito à intimidade do condutor. Quanto ao direito à imagem, que, nas conclusões da alegação, o recorrente tem por violado, assinala-se que o seu objecto é o retrato físico da pessoa, em pintura, fotografia, desenho, *slide*, ou outra qualquer forma de representação gráfica, e não a imagem que os outros fazem de cada um de nós. Ele não consiste, por isso, num direito de cada pessoa a ser representada publicamente de acordo com aquilo que ela realmente é ou pensa ser. Consiste, antes, no direito de cada um a não ser fotografado, nem a ver o seu retrato exposto publicamente, sem o seu consentimento, e no direito, bem assim, a não ser "apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida" (cfr. J.J GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição, Coimbra, 1993, página 181. Cfr. também o já citado acórdão n.º 128/82 e o acórdão n.º 6/84, publicado nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, volume 2.º, páginas 198 e seguintes). Sendo este o conteúdo do direito à imagem, não pode ele ser violado pela norma aqui em apreciação". Em consequência, o Tribunal Constitucional proferiu um juízo de **não inconstitucionalidade**. O Tribunal Constitucional reiterou esta jurisprudência no Acórdão n.º 423/95. O ac. n.º 628/2006, de 16 de Novembro **(**Proc. n.º 502/2006, 2.ª Secção) pronunciou-se, igualmente, pela não inconstitucionalidade da norma do art. 158.º, n.º 3.

Sobre o procedimento relativo à submissão às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool regem estas regras: **3**

Recolha de álcool no sangue do condutor não interveniente em acidente de viação: o procedimento da situação tipo de pesquisa de álcool segue a tramitação do disposto no art. 153.º, do CE: o álcool é pesquisado no ar expirado pelo condutor utilizando aparelho aprovado – cfr. n.º 1 daquele preceito. Se o condutor se

recusar a efectuar o exame, comete o crime de desobediência – n.º 2 do preceito em anotação, lavrando-se o auto da ocorrência e ficando o processo de pesquisa por aqui. Caso o condutor realize voluntariamente o exame, seguem-se ainda dois caminhos diferentes, consoante o resultado seja positivo ou negativo: Se for negativo, o processo também termina logo. Se o resultado for positivo, segue-se então o disposto no n.º 2, do art. 153.º, do CE: a autoridade ou o agente de autoridade deve notificar o examinando do resultado, das sanções e da possibilidade de requerer a contraprova. Esta pode ser requerida e realizada – n.º 3, daquele preceito –, através de novo exame em aparelho aprovado ou por análise ao sangue (o que significa que, nesta concreta situação, existe consentimento do condutor para a colheita de sangue para a análise). Se por qualquer motivo não for possível a realização de prova de pesquisa de álcool no ar expirado, procede-se à colheita de sangue para análise e, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool do examinando – n.º 8 do art. 153.º, do CE.

Recolha de álcool no sangue do condutor interveniente em acidente de viação – neste caso regula o art. 156.º do CE: Se o estado de saúde do condutor o permitir, realiza-se o exame através do ar expirado, com o respectivo aparelho, tal como dispõe o art. 153.º - cfr. n.º 1 do art. 156.º Mas se, em consequência do acidente, não for possível realizar o exame de pesquisa de álcool no ar expirado através de aparelho – alcoolímetro –, entra-se já na previsão do n.º 2, do art. 156.º, do CE: o médico do estabelecimento oficial de saúde a que o interveniente no acidente seja conduzido, deve proceder à colheita de amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool. E se, ainda por qualquer outro motivo, esta pesquisa de álcool no sangue não puder ser feita, então procede-se a exame médico para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool – n.º 3, do art. 156.º (regulando o art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio, situações em que tal poderá ocorrer).

4 Sobre o **bem jurídico** cfr. nota 6 em anotação ao art. 138.º deste diploma. O bem jurídico que se visa proteger com a incriminação é a própria autoridade pública; é a obediência a ordens com certos e determinados requisitos que essa autoridade pública emana e que devem ser acatadas pelos cidadãos, sob pena de ser posto em causa o Estado (o que resulta da inserção sistemática do crime de desobediência).

5 O exercício da condução automóvel, como actividade perigosa que é, postula o acatamento e observância de um conjunto de regras, algumas das quais, para além de meras finalidades de ordenamento do trânsito automóvel e da circulação rodoviária, visam garantir a segurança da vida, da integridade física e do património do condutor e de terceiros, utentes das vias de circulação rodoviária. Avultam, entre estas, as normas relativas ao exercício da condução sob o efeito do álcool. A obrigatoriedade de submissão dos condutores ao teste de pesquisa de álcool no ar expirado, quando interpelados para o efeito pelas autoridades competentes, é plenamente justificada pelo fenómeno da sinistralidade estradal associado ao consumo de bebidas alcoólicas, atingindo proporções tais e com consequências sociais de tal modo graves que de há muito vem reclamando uma intervenção eficaz tanto no âmbito da fiscalização com no da repressão. Daí que o legislador tenha entendido como censurável e punível não só a condução na via pública das pessoas que apresentem taxas de álcool no sangue superiores a determinado limite mínimo, mas também a conduta daqueles que, tripulando um veículo, se recusem a submeter-se à acção fiscalizadora das entidades competentes, através da submissão a provas de detecção de álcool ou de substâncias psicotrópicas.

No tocante ao **tipo objectivo,** como elementos objectivos necessários à verificação deste tipo de ilícito temos: (a) a existência de uma ordem ou mandado – esta é a imposição da obrigação de praticar ou deixar de praticar certo facto; traduz-se assim num comando que impõe a alguém uma determinada conduta positiva ou negativa; (b) tal ordem tem de se revestir de legalidade substancial e formal, porquanto tem que ter atrás de si disposição legal que autorize a sua emissão, bem como tal ordem tem que ser emanada com as formalidades que a lei estipula para a sua emissão; (c) requer-se que a autoridade emitente da ordem ou mandado tenha competência para o fazer, ou seja que a imposição caiba na sua esfera de atribuições (de acordo com a parcela de poder, tempo para o exercício e área de jurisdição); (d) impõe-se que a ordem ou mandado seja regularmente transmitida ao seu destinatário, por forma a que ele tenha conhecimento do que lhe é imposto ou exigido; se a lei não demandar uma forma específica de transmissão, qualquer modalidade serve desde que adequada como v g. carta, o telefonema, a notificação; (d) por fim, é necessário que o comando tenha sido desrespeitado, isto é que haja violação do dever resultante do comando, dever esse resultante directamente da lei ou de cominação expressa nesse sentido pela autoridade ou funcionário competente. Daí que o crime se consuma com o não acatamento (traduzida na recusa) da ordem emanada de agente de autoridade com competência em matéria de fiscalização do trânsito em se submeter às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por psicotrópicas. **6**

A **ordem** contém, como a lei penal, uma norma de conduta – cfr. SIMAS SANTOS e LEAL-HENRIQUES, Código Penal, Rei dos Livros, 2.º Vol., 2.ª edição, p. 1089 – e uma ordem, para ser compreendida e para ser eficaz, não exigirá, normalmente, um tom imperativo, uma ríspida intimação ou uma autoritária imposição, bastando-se com uma declaração polida cuja eficácia advirá da compreensão, pelo destinatário, do seu sentido e das obrigações que sobre si impendem (No caso, a palavra *"solicitou-lhe"*, por referência a uma situação de fiscalização policial em que se visou submeter o ora arguido ao teste de pesquisa no ar expirado para medição do teor de **álcool** no sangue, já depois de ter sido submetido ao teste qualitativo, como este, aliás, reconhece na motivação do seu recurso, não significa, obviamente, que lhe tenha sido pedido o obséquio de se submeter ao teste, mas sim que lhe foi determinado que o fizesse, ainda que, certamente, com educação e urbanidade, como convém a um agente da autoridade – cfr. ac. do TRC, de 4.11.2009, proc. n.º 30/07.1GTVIS.C1).

O comportamento que configura uma recusa de submissão a exames ocorre não apenas quando o visado o declara de forma expressa, mas também quando assume comportamentos de onde em termos lógicos e em termos de homem médio se poderá extrair que o mesmo está a boicotar e nessa medida recusar o teste quantitativo – neste mesmo sentido, cfr. ac. do TRP, de 20.1.2010, proc. n.º 158/09.3GFPRT.P1). Quando o arguido, ao submeter-se ao exame de pesquisa de álcool em analisador quantitativo, faz de propósito para boicotar esse exame, soprando fraco ou de forma deficiente, consuma a prática do crime de desobediência, previsto e punido pelo art. 348.º, n.º 1, al.ª a) do CP, com referência ao art. 158.º, n.º 3, do CE, não havendo nestes casos lugar ao procedimento em análise de sangue para detecção do estado de influência pelo álcool a que se referem os artigos 159.º, n.º 7, do CE (actual 153.º, n.º 8) (cfr. ac. do TRE, de 25.5.2004, proc. n.º 2706/03.1). Para o suprimento do direito de o condutor/sinistrado poder livremente recusar a colheita de sangue para efeitos de análise ao grau de alcoolemia do condutor, na medida em que esta alteração legislativa tem um conteúdo inovatório, necessitava o legislador governamental da autorização legislativa, pois que a decisão normativa

primária cabia à Assembleia da República, por força da al.ª c) do n.º 1 do art. 165.º da CRP. Assim, a colheita de sangue para aqueles fins, ao abrigo dos actuais artigos 152.º, n.º 3, 153.º, n.º 8, e 156.º, n.º 2, todos do Código da Estrada, na redacção dada pelo Decreto-Lei 44/2005, de 23 de Fevereiro – sendo este último preceito já desde a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 265-A/2001, de 28 de Setembro – sem possibilitar ao condutor a sua recusa, está ferida de inconstitucionalidade orgânica. Nestes termos, a concreta recolha de sangue ao arguido recorrente que serviu de base para apurar o seu grau de alcoolemia, constitui prova ilegal, inválida ou nula, que não pode produzir efeitos em juízo (ac. do TRP, de 9.12.2009, proc. n.º 1421/08.6PTPRT.P1).

Comete o crime de desobediência previsto no art. 152.º, al.ª a) do Código da Estrada, o condutor que conduziu o seu veículo até junto de uma Esquadra da PSP e, no interior desta, se recusou a fazer o teste de pesquisa de álcool no sangue, porque evidenciava sinais de embriaguez, alegando que na ocasião não era condutor de qualquer veículo (ac. do TRP, de 7.10.2009, proc. n.º 531/08.4PBVRL.P1).

O condutor que recebe ordem da autoridade legítima para se submeter às provas estabelecidas para a detecção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas não pode deixar de cumprir essa ordem, com o pretexto de que pretende ser assistido nesse acto por advogado (ac. do TRP, de 11.6.2008, proc. n.º 0842388).

Constitui crime de desobediência p. p. pelas disposições conjugadas dos arts. 158.º, n.º 3 do CE (152.º, n.º 3, actual) e 348.º, n.º 1, al.ª a) do CP, a recusa, pelo condutor de veículo motorizado, de submissão a exame de pesquisa de álcool no sangue, ainda que a autoridade policial o não advirta de que tal recusa o faz incorrer na prática desse crime (ac. do TRE, de 2.12.2003, proc. n.º 1092/03-1).

O facto de haverem decorrido cerca de 34 minutos entre o exame de pesquisa de álcool no ar expirado e a contraprova não retira valor a esta (ac. do TRP, de 24.9.2008, proc. n.º 0813775).

Não existe impedimento legal para a realização do teste quantitativo decorridos que sejam mais de 30 minutos após a realização do teste qualitativo (ac. do TRC, de 4.11.2009, proc. n.º 30/07.1GTVIS.C1).

É indispensável ao preenchimento do tipo legal de crime de recusa a provas para detecção de álcool a actualidade da condução no momento da convocação do condutor para o exame de alcoolemia (ac. do TRL, de 17.12.2002, proc. n.º 0057725).

Não se verificando nenhuma das duas situações a que alude o art. 4.º, n.º 1 da Lei n.º 18/2007, de 17.05, não incumbe ao agente de autoridade policial transportar o arguido ao estabelecimento de saúde para realização de exame por colheita de sangue (ac. do TRC, de 7.10.2009, proc. n.º 26/09.9GBFVN.C1).

Se o arguido alegar dificuldades respiratórias susceptíveis de constituírem perigo para a sua integridade física deve dar a conhecer as suas eventuais dificuldades e afirmar a sua disponibilidade para a realização de exame sanguíneo. Havendo tal direito de opção, a alegada dificuldade respiratória impeditiva de sujeição a exame ao ar expirado não constitui estado de necessidade ou fundamento para atenuação especial da pena (ac. do TRE, de 11.11.2007, proc. n.º 1972/07-1).

I – Se, após 9 tentativas, resulta do teste de alcoolemia que o sopro do arguido durou 10,3 segundos e que o volume de ar expirado foi de 0,9 lt, é de se concluir que não houve recusa, mas sim que o teste não foi conseguido. II – Aliás, no caso concreto, resultou provado que o arguido, por motivos que se desconhecem, não conseguiu expelir o ar em quantidade suficiente para a realização, com êxito, do teste em analisador quantitativo, sendo certo que algo na prova produzida aponta mesmo para uma incapacidade do arguido, já que ingere remédios para

dormir aditivados por **álcool** e muito tabaco, como referiu o arguido, sua mulher e a única testemunha de acusação, o agente autuante. III – Em tal situação, e de acordo com o art. 4.º da Lei n.º 18/2007, de 17.05 e com o art. 153.º, n.os 7 e 8, do CE, deveria proceder-se a análise sanguínea ou mandar submeter o suspeito a exame médico. IV – Só, então, se o arguido se recusasse a submeter à colheita de sangue é que haveria efectiva e definitivamente uma recusa em termos de a considerar penalmente relevante, ou seja, potenciadora da prática, pelo arguido, de um crime de desobediência, previsto e punido pelo art. 348.º, n.º 1, al.ª a), do CP, com referência ao art. 152.º, n.º 3, do CE (ac. do TRG, de 24.11.2008, proc. n.º 2302/08-2).

Agentes do crime de desobediência são (a) Os condutores; (b) os peões, sempre que sejam intervenientes em acidente de trânsito (n.º 1); e o médico ou paramédico (n.º 5). **7**

No tocante ao **tipo subjectivo,** configura-se como um crime doloso, não sendo admitida a sua punição a título de negligência, podendo verificar-se em qualquer uma das modalidades de dolo – directo, necessário e eventual (cfr. arts. 348.º, 13.º e 14.º do CP). Exige-se, assim, que o agente actue voluntariamente e com conhecimento de todos os elementos constantes do tipo *supra* referido (elementos volitivo e cognitivo do dolo). O dolo no crime de desobediência consiste no conhecimento e vontade de recusar a ordem legítima de submissão à recolha de sangue, tendo em vista a fiscalização da condução sob a influência de álcool, com consciência que a sua conduta é ilícita. Estando dado como provado que o arguido agiu com conhecimento de realização do tipo objectivo do crime de desobediência e vontade de realização do tipo objectivo de ilícito, bem sabendo que a sua conduta era proibida por lei penal, está afastada a falta de existência de consciência da ilicitude do facto (ac. do TRC, de 30.9.2009, proc. n.º 215/09.6GASEI.C1). No caso do n.º 5 há uma recusa (sem justa causa) em proceder às diligências necessárias e previstas na lei para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas. **8**

A **pena** aplicável é 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**

Artigo 153.º

Fiscalização da condução sob influência de álcool

1. O exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por autoridade ou agente de autoridade mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito.

2. Se o resultado do exame previsto no número anterior for positivo, a autoridade ou agente de autoridade deve notificar o examinando, por escrito, ou, se tal não for possível, verbalmente, daquele resultado, das sanções legais dele decorrentes, de que pode, de imediato, requerer a realização de contraprova e de que deve suportar todas as despesas originadas por esta contraprova no caso de resultado positivo.

3. A contraprova referida no número anterior deve ser realizada por um dos seguintes meios, de acordo com a vontade do examinando:

a) Novo exame, a efectuar através de aparelho aprovado;

b) Análise de sangue.

4. No caso de opção pelo novo exame previsto na alínea a) do número anterior, o examinando deve ser, de imediato, a ele sujeito e, se necessário, conduzido a local onde o referido exame possa ser efectuado.

5.Se o examinando preferir a realização de uma análise de sangue, deve ser conduzido, o mais rapidamente possível, a estabelecimento oficial de saúde, a fim de ser colhida a quantidade de sangue necessária para o efeito.

6. O resultado da contraprova prevalece sobre o resultado do exame inicial.

7. Quando se suspeite da utilização de meios susceptíveis de alterar momentaneamente o resultado do exame, pode o agente de autoridade mandar submeter o suspeito a exame médico.

8. Se não for possível a realização de prova por pesquisa de álcool no ar expirado, o examinando deve ser submetido a colheita de sangue para análise ou, se esta não for possível por razões médicas, deve ser realizado exame médico, em estabelecimento oficial de saúde, para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool.

Sumário da anotação:
A questão da constitucionalidade (anotação 1)
A notificação (anotação 2)

1 O TC decidiu julgar **organicamente inconstitucional**, por violação do disposto no artigo 165.º, n.º 1, al.ª *c*), da Constituição da República Portuguesa, o art. 153.º, n.º 6, do Código da Estrada, na parte em que a contraprova respeita a crime de condução de veículo em estado de embriaguez e seja consubstanciada em exame de pesquisa de álcool no ar expirado, efectuado mediante a utilização de aparelho aprovado para o efeito (cfr. ac. n.º 488/2009, 28.9.2009, Proc. n.º 115/09, 2.ª Secção – em igual sentido, ac. n.º 24/2010, de 13.1.2010, Proc. n.º 618/09, 3.ª Secção).

2 A notificação a que alude o art. 153.º n.º 2 do Código da Estrada será a respeitante ao teste quantitativo uma vez que, devendo a notificação aí estabelecida contemplar, para além do resultado do exame, "as sanções legais dele decorrentes", dependendo a definição dessas sanções, necessariamente, da quantificação da taxa, a qual só pode ser obtida com a precisão exigível para tal efeito mediante a realização do exame quantitativo. Por outro lado, apenas perante tal resultado, já com a precisão bastante para definir uma infracção em concreto, se compreende a necessidade de informar dos direitos que podem ser exercidos no âmbito do contraditório (direito de requerer a realização de contraprova pelo meio que entenda de entre os previstos no n.º 3 do mesmo artigo e informação sobre esses meios e a sua possibilidade de escolha); não faria sentido "despoletar" o contraditório antes de poder ter-se por indiciada uma infracção concretamente identificada (ac. da TRL de 15.5.2009, proc. n.º 8605/2008-9).

Artigo 154.º
Impedimento de conduzir

1. Quem apresentar resultado positivo no exame previsto no n.º 1 do artigo anterior ou recusar ou não puder submeter-se a tal exame, fica impedido de conduzir pelo período de doze horas, a menos que comprove, antes de decorrido esse período, que não está influenciado pelo álcool, através de exame por si requerido.

2. Quem conduzir com inobservância do impedimento referido no número anterior é punido por desobediência qualificada.

3. O agente de autoridade notifica o condutor ou a pessoa que se propuser iniciar a condução nas circunstâncias previstas no n.º 1 de que ficam impedidos de conduzir durante o período estabelecido no mesmo número, sob pena de desobediência qualificada.

4. As despesas originadas pelo exame a que se refere a parte final do n.º 1 são suportadas pelo examinando, salvo se resultarem de contraprova com resultado negativo requerida ao abrigo do n.º 2 do artigo anterior.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A pena (anotação 5)

O preceito foi objecto de alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.os 265-A/2001, de 28 de Setembro, e 44/2005, de 23 de Fevereiro. **1**

Sobre o **bem jurídico** cfr. notas 6 ao art. 138.º e 3 ao art. 152.º **2**

O tipo **objectivo** consiste no não cumprimento do impedimento de exercer a condução de veículos durante as 12 horas subsequentes ao termo do procedimento do exame que apresentou resultado positivo; ao momento em que se consuma a recusa em submeter-se ao exame previsto no n.º 1 do art. 153.º; ou ao momento em que se verifique uma situação de impossibilidade (subjectiva) de submissão a tal exame. Sem, nesse período, ter comprovado que não está influenciado pelo álcool através de exame por si requerido. **3**

Resulta do n.º 3 que o condutor (ou a pessoa que se propuser iniciar a condução) deve ser notificado do impedimento, do período do impedimento e das consequências penais decorrentes da sua violação.

Detectada a condução de veículo automóvel com TAS superior a 1,20 g/l, esgota-se a possibilidade de imputação de novo crime punível pelo artigo 292.º do C.P, até completa eliminação pelo organismo dos efeitos do álcool, convencionada pelo legislador em 12 horas, restando a imputação do crime de desobediência se o arguido for encontrado a conduzir durante tal período. É ilegal, por violação do princípio da necessidade, a ordem para submissão a novo exame de pesquisa de álcool no ar expirado naquele convencionado período de 12 horas (ac. do TRP de 11.11.2009, proc. n.º 516/09.3PTPRT.P1).

No tocante ao **tipo subjectivo** configura-se como um crime doloso, não sendo admitida a sua punição a título de negligência, podendo verificar-se em qualquer uma das modalidades de dolo – directo, necessário e eventual (cfr. arts. 348.º, 13.º e 14.º do CP). Exige-se, assim, que o agente actue voluntariamente e com conhecimento de todos os elementos constantes do tipo *supra* referido (elementos volitivo e cognitivo do dolo). **4**

A **pena** aplicável é de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias (cfr. n.º 2 do art. 348.º do Código Penal). **5**

Artigo 155.º
Imobilização do veículo

1. Para garantir o cumprimento do disposto no n.º 1 do artigo anterior deve o veículo ser imobilizado ou removido para parque ou local apropriado, providenciando-se, sempre que tal se mostre indispensável, o encaminhamento dos ocupantes do veículo.

2. Todas as despesas originadas pelos procedimentos previstos no número anterior são suportadas pelo condutor.

3. Não há lugar à imobilização ou remoção do veículo se outro condutor, com consentimento do que ficar impedido, ou do proprietário do veículo, se propuser conduzi-lo e apresentar resultado negativo em teste de pesquisa de álcool.

4. No caso previsto no número anterior, o condutor substituto deve ser notificado de que fica responsável pela observância do impedimento referido no artigo anterior, sob pena de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)

A imobilização do veículo (anotação 2)
Remissão (anotação 3)
A pena (anotação 4)

1 O preceito foi objecto de alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.os 265-A/2001, de 28 de Setembro, e 44/2005, de 23 de Fevereiro.

2 Neste preceito encontra-se prevista a situação em que outro condutor, com consentimento do condutor ficar impedido, ou do proprietário do veículo, se propuser conduzi-lo. Nestes casos, é submetido a teste de pesquisa de álcool e, se apresentar resultado negativo, é permitido o exercício da condução, não havendo lugar à imobilização ou à remoção do veículo. Contudo, o condutor substituto deve ser notificado de que fica responsável pela observância do impedimento referido no art. 154.º, sob pena de desobediência qualificada.

3 Cfr. anotações aos preceitos anteriores.

4 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 156.º
Exames em caso de acidente

1. Os condutores e os peões que intervenham em acidente de trânsito devem, sempre que o seu estado de saúde o permitir, ser submetidos a exame de pesquisa de álcool no ar expirado, nos termos do artigo 153.º

2. Quando não tiver sido possível a realização do exame referido no número anterior, o médico do estabelecimento oficial de saúde a que os intervenientes no acidente sejam conduzidos deve proceder à colheita da amostra de sangue para posterior exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool.

3. Se o exame de pesquisa de álcool no sangue não puder ser feito, deve proceder-se a exame médico para diagnosticar o estado de influenciado pelo álcool.

4. Os condutores e peões mortos devem também ser submetidos ao exame previsto no n.º 2.

Artigo 157.º
Fiscalização da condução sob influência de substâncias psicotrópicas

1. Os condutores e as pessoas que se propuserem iniciar a condução devem ser submetidos aos exames legalmente estabelecidos para detecção de substâncias psicotrópicas, quando haja indícios de que se encontram sob influência destas substâncias.

2. Os condutores e os peões que intervenham em acidente de trânsito de que resultem mortos ou feridos graves devem ser submetidos aos exames referidos no número anterior.

3. O agente de autoridade notifica:

a) Os condutores e os peões de que devem, sob pena de desobediência, submeter-se aos exames de rastreio e se necessário confirmação, para avaliação do estado de influenciado por substâncias psicotrópicas;

b) Os condutores, caso o exame de rastreio seja positivo, de que ficam impedidos de conduzir pelo período de quarenta e oito horas, salvo se, antes de decorrido aquele período, apresentarem resultado negativo em novo exame de rastreio;

c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução nas circunstâncias previstas no n.º 1 de que são impedidas de conduzir pelo período de quarenta e oito horas, salvo se, antes de decorrido aquele período, se submeterem a exame laboratorial de rastreio que apresente resultado negativo.

4. Quando o exame de rastreio realizado aos condutores e peões nos termos dos n.os 1 e 2 apresentar resultado positivo, devem aqueles submeter-se aos exames complementares necessários, sob pena de desobediência.

5. Quando necessário, o agente de autoridade providencia o transporte dos examinandos a estabelecimento oficial de saúde.

6. Para os efeitos previstos nos números anteriores aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 155.º e nos n.os 2, 3 e 4 do artigo 156.º

7. Para efeitos do n.º 2 entende-se por ferido grave aquele que, em consequência de acidente de viação e após atendimento em serviço de urgência hospitalar por situação emergente, careça de cuidados clínicos que obriguem a permanência em observação no serviço de urgência ou em internamento hospitalar.

Sumário da notação:
A fonte (anotação 1)
Remissão (anotação 2)

O preceito foi objecto de alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 265-A/2001, de 28 de Setembro, e 44/2005, de 23 de Fevereiro. **1**

Cfr. anotações aos preceitos anteriores. **2**

Artigo 160.º

Outros casos de apreensão de títulos de condução

1. Os títulos de condução devem ser apreendidos para cumprimento da cassação do título, proibição ou inibição de conduzir.

2. A entidade competente deve ainda determinar a apreensão do título de condução quando:

a) Qualquer dos exames realizados nos termos dos n.os 1 e 5 do artigo 129.º, revelar incapacidade técnica ou inaptidão física, mental ou psíquica do examinando para conduzir com segurança;

b) O condutor não se apresentar a qualquer dos exames referidos na alínea anterior ou no n.º 3 do art. 129.º, salvo se justificar a falta no prazo de cinco dias;

c) Tenha caducado nos termos dos n.os 1 e 2 do artigo 130..º

3. Quando haja lugar à apreensão do título de condução, o condutor é notificado para, no prazo de 15 dias, entregar o título de condução à entidade competente, sob pena de desobediência, devendo nos casos previstos no n.º 1 ser efectuada com a notificação da decisão.

4. Sem prejuízo da punição por desobediência, se o condutor não proceder à entrega do título de condução nos termos do número anterior, pode a entidade competente determinar a sua apreensão, através da autoridade de fiscalização e seus agentes.

Sumário das anotações:
A fonte (anotação 1)
A cassação do título de condução (anotação 2)
A pena acessória de proibição de conduzir (anotação 3)
A sanção acessória de inibição de conduzir (anotação 4)
A apreensão do título de condução (anotações 5 e 6)
O bem jurídico (anotações 7 a 9)
O tipo objectivo (anotações 10)
O tipo subjectivo (anotação 11)
A pena (anotações 12 a 15)
O início do cumprimento de apreensão (anotação 16)
Outras questões (anotação 17)

1 O preceito objecto de alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.os 265-A/2001, de 28 de Setembro, e 44/2005, de 23 de Fevereiro.

2 Nos termos do art. 148.º do CE, a prática de três contra-ordenações muito graves ou de cinco contra-ordenações entre graves ou muito graves num período de cinco anos tem como efeito necessário a cassação do título de condução do infractor, sendo ordenada logo que as condenações pelas contra-ordenações sejam definitivas, organizando-se processo autónomo para verificação dos pressupostos da cassação. A decisão de cassação do título de condução é impugnável para os tribunais judiciais nos termos do regime geral das contra-ordenações. A efectivação da cassação do título de condução ocorre com a notificação da cassação. A quem tenha sido cassado o título de condução não é concedido novo título de condução de veículos a motor de qualquer categoria antes de decorridos dois anos sobre a efectivação da cassação. O presidente da ANSR tem competência exclusiva, sem poder de delegação, para decidir sobre a verificação dos respectivos pressupostos e ordenar a cassação do título de condução, nos termos previstos no presente diploma (cfr. n.º 4 do art. 169.º). Note-se que, as decisões judiciais proferidas em sede de impugnação judicial de decisões administrativas, não admitem recurso, salvo se se tratar de cassação do título de condução, caso em que é admitido recurso para a Relação (cfr. art. 186.º).

3 Sobre a pena acessória de proibição de conduzir cfr. art. 69.º do CP.

4 Sobre a sanção acessória de inibição de conduzir cfr. art. arts. 138.º e 147.º. A sanção acessória aplicável aos condutores pela prática de contra-ordenações graves ou muito graves previstas no Código da Estrada e legislação complementar consiste na inibição de conduzir (cfr. n.º 1 do art. 147.º). Nos termos do art. 169.º do CE, o processamento das contra-ordenações rodoviárias compete à Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária. A competência para a aplicação das coimas e sanções acessórias pertence ao presidente da Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária, podendo este delegar a competência nos dirigentes e pessoal da carreira técnica superior da Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária. A Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária (ANRS) sucedeu nas atribuições e competências da extinta Direcção-Geral de Viação, no que concerne às políticas de prevenção e segurança rodoviária e de processamento de contra-ordenações – cfr. Decreto-Lei n.º 77/2007, de 29 de Março, que aprovou a estrutura da Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária (ANSR), cuja estrutura nuclear foi fixada através da P n.º 340/2007, de 30 de Março, estabelecendo a Portaria n.º 335/2007, de 30 de Setembro, o número máximo de unidades orgânicas flexíveis da ANSR. Despacho n.º 10.101/2007, de 16 de Maio (Estrutura orgânica da Autoridade Nacional de Segurança Rodoviária – criação de unidades flexíveis) – cfr. Diário da República n.º 105, II Série, de 31 de Maio de 2007. Despacho n.º 25.981/2007, de 26 de Outubro (Delegação de competências em vários dirigentes) – cfr. Diário da República n.º 219, II Série, de 14 de Novembro de 2007.

5 No n.º 2 do preceito em anotação encontram-se previstas quatro situações distintas em que a entidade competente deve determinar a apreensão do título de condução:
A. Qualquer dos exames realizados nos termos dos n.os 1 e 5 do art.º 129.º, revelar incapacidade técnica ou inaptidão física, mental ou psicológica do examinando para conduzir com segurança;
A autoridade competente determina que um condutor (ou um candidato a condutor) seja submetido, singular ou cumulativamente:
– A inspecção médica;
– A exame psicológico; e
– A novo exame de condução; ou

– A qualquer das suas provas,
sempre que surjam fundadas dúvidas sobre a aptidão física, mental ou psicológica ou sobre a capacidade do mesmo. Os condutores, de qualquer categoria ou subcategoria de veículos, são submetidos a exame psicológico no Laboratório de Psicologia do IMTT .
Constitui, nomeadamente, motivo para dúvidas sobre a aptidão psicológica ou capacidade de um condutor para exercer a condução com segurança:
– A circulação em sentido oposto ao legalmente estabelecido em auto-estradas ou vias equiparadas:
– Nos termos do n.º 4 do art. 72.º, quem circular em sentido oposto ao legalmente estabelecido é sancionado com coima de € 500 a € 2000, se sanção mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal, ou seja, se a conduta em causa, abstractamente considerada, for susceptível de configurar a prática de um crime de condução perigosa de veículo rodoviário, previsto e punível pelo art. 291.º do CP (sobre este tipo de ilícito criminal, cfr. anotação ao art. 72.º); Trata-se de uma contra-ordenação qualificada como muito grave (cfr. al.ª g) do art. 146.º);
– A dependência para abusar de bebidas alcoólicas ou de substâncias psicotrópicas:
- O estado de dependência de álcool ou de substâncias psicotrópicas é determinado por exame médico, que pode ser ordenado em caso de condução sob a influência de quaisquer daquelas bebidas ou substâncias (cfr. n.º 3 deste preceito).
– A tendência para abusar de bebidas alcoólicas ou de substâncias psicotrópicas:
- Revela a tendência para abusar de bebidas alcoólicas ou de substâncias psicotrópicas, a prática num período de três anos, de duas infracções criminais ou contra-ordenacionais muito graves, de condução sob a influência do álcool ou de substâncias psicotrópicas.
Quando o tribunal conheça de infracção a que corresponda proibição ou inibição de conduzir e haja fundadas razoes para presumir que ela tenha resultado de inaptidão ou incapacidade perigosas para a segurança de pessoas e bens, deve determinar a submissão do condutor a inspecção médica e aos exames psicológico e de condução (cfr. n.º 5 do art. 129.º).
B. O condutor não se apresentar a qualquer dos exames referidos na alínea anterior salvo, se justificar a falta no prazo de cinco dias;
C. O condutor não se apresentar ao exame referido no n.º 3 do art. 129.º, se justificar a falta no prazo de cinco dias; O estado de dependência de álcool ou de substâncias psicotrópicas é determinado por exame médico, que pode ser ordenado em caso de condução sob a influência de quaisquer daquelas bebidas ou substâncias (cfr. n.º 3 do art. 129.º)
D. O título de condução tenha caducado nos termos dos n.os 1 e 2 do art. 130.º, contemplando-se as situações seguintes:
– Caducidade título de condução provisório (cfr. n.os 4 e 5 do art. 122.º);
– Cassação da carta (cfr. art. 148.º);
– Não for revalidado nos termos fixados em regulamento, apenas no que se refere categorias ou subcategorias abrangidas pela necessidade de revalidação;
– O seu titular reprovar na inspecção médica exigida para a revalidação do título ou em exame psicológico determinado por autoridade de saúde;
– O seu titular não se submeter ou reprovar em qualquer dos exames a que se referem os n.os 1 e 3 do art. 129.º
Nesta disposição do CE mostra-se regulado o regime da apreensão de títulos de condução para cumprimento da cassação do título, proibição ou inibição de conduzir: o condutor é notificado para, no prazo de quinze dias úteis, entregar à entidade competente o título de condução, sob pena de crime de desobediência. **6**

Este preceito foi introduzido pela revisão de 1998 do Código da Estrada, tendo em conta o mencionado na Lei (de Autorização Legislativa) n.º 97/97, de 23 de Agosto, de acordo com a qual se pretendeu, inequivocamente, autorizar o governo a estabelecer "A punição como crime de desobediência da não entrega da carta ou licença de condução à entidade competente pelo condutor proibido ou inibido de conduzir ou a quem tenha sido decretada a cassação daquele título" (cfr. al.ª c) do art. 3.º). Este preceito, na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23-02, não é mais do que a norma que sucedeu aquele dispositivo e ao art. 166.º, na redacção do Decreto-Lei n.º 265-A/2001, de 28 de Setembro. O Decreto-Lei 44/2005 foi aprovado ao abrigo da Lei (de Autorização Legislativa) n.º 53/2004, de 4 de Novembro.

7 O crime de desobediência encontra-se inserido no capítulo do Código Penal dos "crimes contra a autoridade pública" (capítulo II — Dos crimes contra a autoridade pública, do título V — Dos crimes contra o Estado, da parte especial do Código), tendo como bem jurídico protegido a autonomia intencional do Estado (neste sentido, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal, t. III, p. 336). 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.

8 **Crime de desobediência nos casos em que seja aplicada a sanção acessória de inibição de conduzir** (quer por via de sentença criminal quer por via da decisão da ANSR) **ou aplicada a medida da cassação do título de condução** (por via de decisão proferida pelo presidente da ANSR).

Resulta do preceito em anotação, em consonância com o conteúdo e alcance da Lei de Autorização Legislativa (cfr. nota 6.) que, nos casos em que sejam aplicadas a sanção acessória de inibição de conduzir ou a cassação do título de conduzir – e visando o seu cumprimento –, os mesmos são objecto de apreensão. Contudo, numa primeira fase, essa "apreensão" não se traduz numa acção coactiva por parte da autoridade pública, ou seja, numa acção junto do titular visado pela decisão condenatória com o propósito de "proceder à apreensão" do título. Antes, pelo contrário, essa "apreensão" será consequência de um acto voluntário por parte do visado pela decisão condenatória. É ele que, uma vez notificado da decisão condenatória e decorrido o prazo do trânsito em julgado, no prazo de 15 dias, fica obrigado a entregar o título de condução à entidade competente (tribunal ou ANRS) – sob pena de, não o fazendo em tal prazo, incorrer na prática do crime de desobediência. E a advertência das consequências penais para tal omissão deve ser efectuada juntamente com a notificação da decisão condenatória.

Só, numa segunda fase, isto é, decorrido o prazo para a entrega voluntária do título de condução, é que é ordenada a sua apreensão do mesmo por parte do tribunal ou da ANSR, através da autoridade de fiscalização e seus agentes (cfr. n.º 4 do preceito em anotação). Contudo, o crime de desobediência consuma-se com a omissão do acto cuja prática foi ordenada – não entrega do título de condução no prazo de 15 dias, decorrido o prazo do trânsito em julgado da decisão condenatória.

9 **Crime de desobediência nos casos em que seja aplicada a pena acessória de proibição de conduzir prevista no art. 69.º do CP**. Uma vez proferida decisão condenatória que aplique a pena acessória de proibição de conduzir, a mesma é notificada ao arguido. Juntamente com a notificação da decisão condenatória, o arguido é notificado para, no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, proceder à entrega do título na secretaria do tribunal ou em qualquer posto policial, que remete àquela (se o mesmo não se encontrar já apreendido

no processo) – cfr. n.º 3 do art. 69.º do CP e n.º 2 do art. 500.º do CPP. Uma vez transitada em julgado a decisão condenatória e no prazo de 20 dias, a secretaria do tribunal comunica a proibição de conduzir à ANSR (cfr. n.º 4 do art. 69.º do CP). Entendemos nós que os arts. 69.º do CP e 500.º do CPP devem ser interpretados e conjugados com o art. 160.º do CE (cujo n.º 1, expressamente, fala em "proibição (…) de conduzir", designadamente o seu n.º 4). Assim, o tribunal, ao proferir decisão condenatória que aplica a pena acessória prevista no art. 69.º deve notificar o arguido da obrigatoriedade de entrega da carta no prazo de 10 dias (cfr. n.º 3 do art. 69.º do CP e n.º 2 do art. 500.º do CPP), após o decurso do prazo de recurso, advertindo-o de que o não cumprimento tem consequências penais – o cometimento do crime de desobediência conforme contempla o n.º 3 do art. 160.º do CE. Essa advertência deve constar da notificação da decisão (oral ou escrita), conforme estabelece a parte final do n.º 3 do art. 160.º do Código da Estrada. Sublinhe-se que há sempre lugar à apreensão do título (quer ele seja entregue voluntariamente quer, numa 2.ª fase, pela via coerciva) já que aquela medida cautelar visa o cumprimento da pena acessória. A apreensão (na vertente coerciva) ordenada pelo tribunal só ocorre após o incumprimento voluntário por parte do arguido – neste sentido, cfr. 3 do art. 500.º do CPP. Mas o crime de desobediência consuma-se com a não entrega (voluntária) do título de condução por parte do arguido dentro do prazo de 15 dias. Em caso de incumprimento por parte do arguido, a secretaria do tribunal participa ao Ministério Público (cfr. parte final do n.º 4 do art. 69.º).

A este propósito, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE entende que "(…) Na sentença condenatória proferida em processo penal, o juiz deve ordenar a entrega do título de condução, com a advertência do crime do artigo 353.º do CP, se a mesma não se encontrar já apreendida. Com efeito, a incriminação prevista neste artigo foi alargada com o propósito de incluir precisamente estes casos de incumprimento de imposições resultantes de penas acessórias. (…) Se o arguido não entregar a carta no prazo fixado, comete o crime do artigo 353.º (ficando prejudicada pela nova lei penal a jurisprudência do acórdão do TRC, de 26.3.2003, *in* CJ, XXVIII, 2, 42, e acórdão do TRG, de 18.12.2002, *in* CJ, XXVII, 5, 293). (…) Se o arguido não entregar a carta no prazo fixado e conduzir um veículo motorizado, comete o crime de violação de imposições previsto no art. 353.º em concurso efectivo com o crime de desobediência qualificada previsto no art. 348.º, n.º 2, do CP, nos termos do artigo 138.º, n.º 2, do Código da Estrada… (…) se o arguido entregar a carta no prazo fixado, mas posteriormente conduzir veículo motorizado no período de proibição, comete apenas o crime de desobediência qualificada (…)" (cfr. Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2008, pp. 226 e 227. No mesmo sentido, Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2.ª ed., 2008, p. 1256).

Salvo o devido respeito, não propendemos para tal entendimento na medida em que se nos afigura que a previsão típica desse crime apenas poderá ser preenchida com a condução de veículo já no decurso do período de execução de tal pena acessória. Por outro lado, o crime de desobediência previsto no art. 138.º, n.º 2, não valeria para o caso de prática de qualquer acto em violação de "pena acessória", uma vez que pretendia apenas aplicar-se à hipótese de aplicação, em sentença, de sanções acessórias (conforme decorre da própria epigrafe do preceito). Acresce que o Tribunal Constitucional declarou, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante deste n.º 2, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, na parte em que submete ao regime do crime de

desobediência qualificada quem conduzir veículos automóveis estando proibido de o fazer por força da aplicação da pena acessória prevista no art. 69.º do Código Penal, constante de sentença criminal transitada – cfr. ac. n.º 187/2209, de 22 de Abril, D.R., 1.ª série, n.º 115, de 17-7-2009.

10 O **tipo objectivo** consiste no não cumprimento da ordem emanada do tribunal ou da autoridade administrativa, traduzida na não entrega voluntária do título de condução no prazo fixado (10 dias – no caso de aplicação da pena acessória de proibição de conduzir; 15 dias – no caso de aplicação de sanção acessória de inibição de conduzir ou de cassação do título de condução – após o trânsito em julgado da decisão condenatória). O crime consuma-se com a omissão do acto cuja prática foi ordenada (não entrega voluntária dão título de condução) e decorrente da cominação legal efectuada "sob pena de desobediência".

11 O **tipo subjectivo** configura-se como um crime doloso, não sendo admitida a sua punição a título de negligência, podendo verificar-se em qualquer uma das modalidades de dolo – directo, necessário e eventual (cfr. arts. 348.º, 13.º e 14.º do CP). Exige-se, assim, que o agente actue voluntariamente e com conhecimento de todos os elementos constantes do tipo *supra* referido (elementos volitivo e cognitivo do dolo).

12 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).

13 No sentido da inadmissibilidade de recurso ao art. 160.º para justificar a cominação do crime de desobediência, cfr., ac. do TRC de 14-10-2009 "uma norma do Código da Estrada não é nem nunca poderá ser uma norma de direito penal extravagante".

14 No domínio do Código da Estrada de 2001, na fase de cumprimento voluntário prevista no art. 157.º, não pode notificar-se o arguido condenado na sanção acessória de inibição de conduzir para, sob pena de desobediência, entregar a licença de condução. Essa cominação só é legal na fase prevista no art. 166.º (ac. do TRP de 24-1-2007, proc. n.º 0511893).

15 O não acatamento da ordem judicial de entrega da carta de condução, por parte de condenado em inibição de conduzir, integra o crime de desobediência do artigo 348.º, n.º 1, al.ª *b)* do Código Penal (ac. do TRP de 18-11-2009, proc. n.º 1952/08.8TAVNG.P1).

16 O **início do cumprimento da apreensão**:

A. **No caso da sanção acessória de inibição de conduzir**:

Dispõe o n.º 1 do art. 160.º do CE que os títulos de condução devem ser apreendidos para cumprimento da cassação do título, proibição ou inibição de conduzir. Por sua vez, resulta do n.º 2 do art. 182.º do CE, sendo aplicada sanção acessória de inibição de conduzir, o seu cumprimento deve ser iniciado no prazo de 15 dias, a contar da data em que a decisão transitar em julgado tratando-se de inibição de conduzir efectiva, pela entrega do título de condução à entidade competente; ou tratando-se da apreensão do veículo, pela sua entrega efectiva, bem como do documento que o identifica e do título de registo de propriedade, no local indicado na decisão, ou só pela entrega dos referidos documentos quando o titular do documento de identificação for nomeado seu fiel depositário – nos termos do n.º 3 do art. 147.º, recaindo a responsabilidade da contra-ordenação sobre: (a) pessoa singular não titular de título de condução; ou (b) pessoa colectiva, a sanção de inibição de conduzir é substituída por apreensão do veículo, por período idêntico de tempo que àquela caberia.

Finalmente, do n.º 6 do art. 174.º do CE resulta que, se em qualquer acto de fiscalização, o condutor ou o titular do documento de identificação do veículo não tiverem cumpridas as sanções acessórias de inibição de conduzir (ou de apreensão

do veículo), procede-se à apreensão efectiva do título de condução ou do veículo, conforme o caso, para cumprimento da respectiva sanção. Da conjugação destes preceitos – embora com alguma infelicidade de redacção – resulta que o início do cumprimento da sanção acessória de inibição de conduzir está dependente da apreensão do título ou do veículo, respectivamente. Presume o legislador que, em situações normais, o início de cumprimento tem lugar no prazo de 15 dias úteis a contar do momento em que a decisão condenatória se tornou definitiva, já que pressupõe que, neste prazo, o condenado entrega voluntariamente o título de condução.

Do conjunto dos preceitos, resulta que:

– O condenado entrega antes de expirar o prazo de 15 dias úteis – o início do cumprimento reporta-se ao momento da entrega do título de condução (com a entrega da carta esta fica numa situação de apreensão cautelar e é devolvida logo que cumprida a sanção acessória);

– Entrega depois de expirado o prazo de 15 dias úteis – sem prejuízo da punição pelo crime de desobediência, o início do cumprimento reporta-se ao momento da entrega – (com a entrega da carta esta fica numa situação de apreensão cautelar e é devolvida logo que cumprida a sanção acessória);

– Não entrega do título – nestes casos, o tribunal ou a autoridade administrativa deve determinar a apreensão do título de condução, através da autoridade de fiscalização e seus agentes (cfr. n.º 4 do art. 160.º do CE); e das duas uma:

- Há lugar à apreensão do título – o início do cumprimento reporta-se à data da apreensão;

- Não há lugar à apreensão do título (ou porque o condenado alega extravio ou perda ou por outro motivo), depois de tomadas todas as medidas admissíveis visando a apreensão do título de condução, entende-se que o tribunal ou autoridade administrativa deve notificar o condenado de que, a partir do momento da notificação, entra em cumprimento da sanção acessória sendo informado que, conduzindo nesse período, comete o crime de desobediência qualificada prevista no art. 138.º, n.º 2 do CE).

Face à redacção dos preceitos – designadamente do n.º 6 do art. 176.º – parece resultar que a entrega ou apreensão do título de condução tem a qualidade de **condição de execução da pena**. Saliente-se que se o arguido proceder à entrega do título antes do trânsito em julgado da decisão, o início do seu cumprimento só ocorre após esse trânsito, não havendo lugar a qualquer desconto, excepto se, no momento da entrega do título de condução, o arguido em requerimento escrito, de forma expressa, renunciar ao recurso. Neste caso, o início conta-se a partir do momento da entrega do título.

B. **No caso da pena acessória de proibição de conduzir**:

Nos termos do n.º 2 do art. 69.º do CP, a proibição produz efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão. Tem esta norma a virtualidade de definir que o arguido não pode ser impedido de conduzir antes de transitar em julgado a sentença condenatória (a mesma não visa determinar o momento do início da execução da pena). Nos termos do art. 469.º, do CPP, compete ao Ministério Público promover a execução das penas ou das medidas de segurança daqui decorrendo que a execução das penas não é nem automática, nem de iniciativa oficiosa do tribunal. Processa-se mediante iniciativa e promoção do Ministério Público. Como vimos em anotação anterior, nos termos do n.º 1 do art. 160.º do CE, o título de condução deve ser apreendido, além de outras duas situações, para cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir. Afigura-se-nos que a "apreensão" do título de

condução, em princípio, é **condição para o início do cumprimento** –, apreensão que pode ser efectuada por duas vias:
– A apreensão decorrente de acto voluntário do condenado – entrega do título de condução junto da secretaria do tribunal ou em qualquer posto policial (cfr. n.º 3 do art. 69.º do CP e n.º 2 do art. 500.º do CPP). Uma vez entregue o título de condução, este mantém-se apreendido no processo e só é devolvido findo o período de cumprimento da pena acessória (cfr. n.º 4 do art. 500.º do CPP).
– A apreensão coerciva ordenada pelo tribunal – findo o prazo de 10 dias para a entrega voluntária do título de condução, e caso esta não ocorra, o tribunal ordena a sua apreensão – cfr. n.º 3 do art. 500.º do CPP.
O início do cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir tem lugar:
– Com a entrega do título de condução, no prazo de 10 dias a contar da do trânsito em julgado da decisão condenatória, junto da secretaria do tribunal ou em qualquer posto policial; o início do cumprimento reporta-se ao momento da entrega (desde que efectuada no prazo legalmente fixado);
– Se a entrega do título de condução ocorre antes do trânsito em julgado da decisão condenatório – o início do cumprimento reporta-se apenas ao momento em que a decisão transita em julgado e não ao momento em que foi efectuada a entrega (deste modo, não há lugar a qualquer desconto – a este propósito, refira-se que, embora constasse do anteprojecto de 1987 de Revisão do Código Penal a regra do desconto no período de cumprimento da proibição do prazo "(...) decorrido entre a data do trânsito da condenação e a entrega da licença (...)", tal não passou para o texto final, tendo sido eliminada logo pela Comissão de Revisão que introduziu aquela outra actualmente consagrada no art. 69.º, n.º 2, do C.P., após o Manso Preto ter proposto que ficasse claro que a medida se tomava eficaz com o trânsito em julgado da decisão (cfr. Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, p. 75).
– (a) Se a entrega do título ocorre após o prazo de 10 dias a contar da do trânsito em julgado da decisão condenatória; (b) Se o título é objecto de apreensão após aquele prazo – sem prejuízo da punição pelo crime de desobediência (cfr. n.º 3 do art. 160.º do CE –, o início do cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir tem lugar no momento da entrega ou no momento da apreensão do título de condução.
– Não obstante a ordem de apreensão não se logra, por qualquer motivo, a sua concretização – sem prejuízo da punição pelo crime de desobediência (cfr. n.º 3 do art. 160.º do CE –, deve o tribunal ordenar a notificação do condenado de que, a partir do momento em que essa mesma notificação seja efectuada, tem início o cumprimento da pena acessória (bem como informado das consequências que advêm da sua violação – crime previsto no art. 353.º do CP).
Uma vez transitada em julgado a decisão condenatória, e no prazo de 20 dias, a secretaria do tribunal comunica a proibição de conduzir à ANSR e participa ao Ministério Público as situações de incumprimento – leia-se, a não entrega do título de condução no prazo de 10 dias e a prática do crime de desobediência (cfr. n.º 4 do art. 69.º do CP). Ressalve-se o caso em que o condenado não se encontra habilitado com título de condução – aqui o cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor, inicia-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória (neste sentido, cfr. ac. do TRP de 20-12-2006, proc. n.º 0644417). Nos termos do n.º 6 do art. 69.º do CP, não conta para o prazo da proibição o tempo em que o agente estiver privado da liberdade por força de medida de coacção processual, pena ou medida de segurança. A partir do momento em que tem início o cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir e até ao seu termo,

a sua violação acarreta a prática do crime previsto no art. 353.º do Código Penal. Afigura-se-nos ser indispensável o conhecimento cabal, por parte do condenado, do momento em que se inicia e o momento em que termina o cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir. E esse conhecimento deve advir no momento em que é notificado da decisão (quer na fase de leitura da sentença quer no momento em que é notificado aquando da apreensão ou impossibilidade de apreensão do título de condução). De qualquer modo, o crime de desobediência consuma-se com a não entrega do título de condução no prazo de 10 dias a contar do trânsito em julgado da decisão condenatória junto da secretaria do tribunal ou do posto policial. E esse crime deve ser objecto de cominação na própria decisão condenatória e constar expressamente da sua notificação.

O cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor só se inicia no momento em que a carta de condução, após o trânsito em julgado da sentença, seja entregue ou apreendida (acs. do TRP de 12.11.2005, proc. n.º 0513930, de 15.3.2006, proc. n.º 0441850). A expressão contida no n.º 2 do art 69.º do C "... a proibição produz efeito a partir do trânsito em julgado" mais não quer dizer que o período de proibição de conduzir tem de ser cumprida só após o trânsito em julgado da decisão e não antes, "afastando-se desse modo quaisquer dúvidas quanto a dedução no cumprimento da pena acessória do período anterior em que a licença de condução por qualquer motivo, se encontra apreendida" (ac. do TRG, de 8.7.2002, C.J., XXVII, tomo IV, 283). **17**

II – No caso de o condenado não ser titular de carta de condução e caso venha a violar a proibição que lhe foi imposta, incorre, em concurso efectivo, na prática de um crime de condução sem habilitação legal e do crime previsto no art. 353.º, do CP. III - O acto da entrega da carta de condução, ou a sua apreensão, se não for voluntariamente entregue, constitui o termo inicial da proibição de conduzir, salvo se a carta já se encontrar apreendida nos autos à data da decisão, caso em que se inicia tal proibição com o trânsito da mesma (ac. do TRL, de 24.1.2007, proc. n.º 7836/2006-3).

O cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor só se inicia com o trânsito em julgado da sentença se nessa altura o título de condução já houver sido entregue ou apreendido (ac. do TRP, de 10.1.2007, proc. n.º 0645759).

Para a execução da pena acessória de proibição de conduzir o legislador prevê que a não entrega voluntária da carta de condução – entrega que decorre dos termos da lei e não pressupõe qualquer ordem específica para esse efeito – tem como consequência a determinação da sua apreensão, pelo que entendemos que a cominação da prática de um crime de desobediência para a conduta da sua não entrega contraria o sentido da norma (ac. do TRC, de 22.4.2009, proc. n.º 329/07.7GTAVR.C1).

Não pratica o crime de violação de proibições ou interdições o agente que, condenado na pena acessória de inibição de conduzir veículos automóveis, entrega na secretaria do Tribunal o título de condução e, antes de ocorrido o trânsito em julgado daquela decisão, é encontrado a conduzir sem o título (ac. do TRP, de 24.2.2010, proc. n.º 749/06.4PAVLG.P1).

O cumprimento da pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor, quando o condenado não se encontra habilitado com título de condução, inicia-se com o trânsito em julgado da sentença condenatória (TRP, de 20.12.2006, proc. n.º 0644417).

Se, à data da prática de contra-ordenação rodoviária que deva ser sancionada, além do mais, com inibição de conduzir, o arguido não está habilitado com título de condução, em substituição da inibição de conduzir deve ser apreendido o veículo

por período idêntico, mesmo que à data da decisão o arguido já tenha obtido título de condução (ac. do TRP, de 12.7.2006, proc. n.º 0642226).
Se a licença de condução não se encontra apreendida no processo na altura do trânsito em julgado da sentença que condenou na pena acessória de proibição de conduzir, o cumprimento desta só se inicia com a entrega daquele título de condução (ac. do TRP de 14.6.2006, proc. n.º 0543630).

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

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

Artigo 3.º

1. Quem conduzir veículo a motor na via pública ou equiparada sem para tal estar habilitado nos termos do Código da Estrada é punido com prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Se o agente conduzir, nos termos do número anterior, motociclo ou automóvel a pena é de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

Sumário da anotação:
O bem jurídico (anotações 1 e 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A caducidade da carta de condução (anotação 6)
A pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados (anotação 7)

O **bem jurídico** tutelado pela norma em referência, dir-se-á ser ele a segurança das pessoas e coisas que circulam na via pública e bem assim a regularidade do trânsito e a observância das regras que o disciplinam. A todos os utentes das vias públicas – sejam ou não condutores e tenham ou não a necessária habilitação legal para conduzir – se exige a mesma postura de cuidado e disciplina tendente a acautelar aqueles interesses. **1**

Trata-se de um **crime de perigo abstracto**, exigindo-se que a conduta seja objectivamente adequada a colocar em perigo a segurança da circulação rodoviária (enquanto bem jurídico protegido). **2**

Nos termos do n.º 1 do art. 121.º do Código da Estrada, só pode conduzir um veículo a motor na via pública quem estiver legalmente habilitado para o efeito. São **elementos típicos** do crime de condução de veículos a motor sem habilitação legal: **3**
a) **acção de condução:** comete-se este tipo de ilícito conduzindo, isto é, manejando os mecanismos de direcção de um veículo de modo a movê-lo de um ponto para outro. Supõe que a acção de conduzir tem de ter uma certa duração temporal e traduzir-se em haver percorrido um determinado espaço. Ou, por outras palavras, entende-se por conduzir o conjunto de operações técnicas necessárias e adequadas a colocar e a manter um veículo a motor em circulação – desse modo temos para nós, salvo melhor opinião, que não constituirá condução de um veículo a motor quem se limita a empurrá-lo (no entanto, se o agente em causa, para além do mero impulso, muda a trajectória do veículo mediante a manipulação do(s) comando(s) de direcção estaremos perante um acto de condução).
Conduzir não é um simples acto, um mero movimento físico, mas o complexo de operações técnicas necessárias e adequadas a pôr e manter o automóvel em circulação – neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, Crimes Rodoviários, Pena Acessória e Medidas de Segurança, Universidade Católica Editora, 1996, p. 68).
A acção de conduzir há-de representar perigo para a circulação automóvel e isso significa que o agente há-de ter posto a circular o veículo automóvel, sendo indiferente o tempo e a distância, mas de exigir efectiva circulação. Não constitui acção de conduzir, v.g., o simples ligar do motor, quando todos os demais comandos do veículo estão em posição de garantir a sua imobilidade ou o accionamento dos comandos do veículo como motor desligado ou ainda o empurrar veículo automóvel avariado para o arrumar (GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit. p. 68).

O facto do motor do ciclomotor estar avariado e não funcionar, aliado ao reboque efectuado pelo motociclo, retira a direcção efectiva do ciclomotor ao arguido. Com efeito, apesar de poder travar e efectuar pequenos desvios com o guiador do motociclo, não dependia do arguido decidir sobre o sentido de marcha nem sobre o local por onde devia transitar. Termos em, não obstante não ser titular da licença de condução respectiva, não cometeu o arguido que seguia a reboque, ao volante do ciclomotor, o crime de condução sem habilitação legal, do art. 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 2/98, de 03 de Janeiro (Ac. do TRL, de 2010-01-21, 9.ª secção, www.pgdlisboa.pt). Em sentido contrário: Se um automóvel se encontra a ser rebocado na via pública por outro, tendo o motor desligado e as rodas no chão, aquele que, sem título de condução, sentado no banco do condutor, segura o volante, definindo a trajectória do veículo, e acciona, quando necessário, os órgãos de travagem comete o crime de condução sem habilitação legal (ac. do TRP de 6-12-2006, proc. n.º 0512055).

Não deixa de se verificar o crime de condução sem habilitação legal se o veículo conduzido circular com o motor desligado (ac. do TRP de 12-11-2003, 0343443; ac. do TRP de 3-10-2007, proc. n.º 0714061).

O conceito de conduzir um veículo abarca a realização dos actos e manobras necessárias para o pôr em movimento. Pôr o motor a trabalhar, destravar, desengatar e fazer as restantes manobras necessárias para arrancar também são actos de condução de um veículo. Até integra esse conceito o fazer marcha-atrás para afastar o automóvel de um outro em que ele embateu. Pratica, assim, o crime de condução de veículo em estado de embriaguez, previsto e punido nos termos dos arts. 292.º e 69.º, n.º 1, al.ª a) do CP, o agente que, encontrando-se já sentado aos comandos do automóvel e mesmo que com o motor ainda desligado, o deixa descair por forma a embater noutro veículo aí estacionado (ac. do TRL de 20-10-2004, Rec. n.º 6607/04-3.ª, www.pgdlisboa.pt).

Conduzir é assumir o controlo de um determinado veículo, enquanto o mesmo se desloca, quer tenha o respectivo motor em funcionamento quer não o tenha em tal situação, quer se encontre em posição de marcha por meios próprios ou por meios alheios. Fundamental para a verificação da condução é que o veículo circule e que o agente tenha a sua direcção efectiva, podendo determinar, ainda que não exclusivamente, a direcção da sua marcha e velocidade (ac. do TRC de 4-11-2009, proc. n.º 55/05.1TAVFX.L1).

b) **De veículo automóvel, motociclo ou de outro veículo a motor:**

Sobre a classificação de veículos, importa ter presente o art. 105.º e ss. do Código da Estrada, sendo possível formular o esquema seguinte:

Veículo automóvel – é o veículo com motor de propulsão, dotado de pelo menos quatro rodas, com tara superior a 550 kg, cuja velocidade máxima é, por construção, superior a 25 km/h, que se destina, pela sua função, a transitar normalmente na via pública, sem sujeição a carris (cfr. art. 105.º).

Por sua vez, os veículos automóveis subdividem-se nas seguintes classes e tipos:

Classes de veículos automóveis:

– Ligeiros – veículos com peso bruto igual ou inferior a 3500 kg e com lotação não superior a nove lugares, incluindo o do condutor (cfr. art. 106.º, n.º 1, al.ª a));

– Pesados – veículos com peso bruto superior a 3 500 kg ou com lotação superior a nove lugares, incluindo o do condutor (cfr. art. 106.º, n.º 1, al.ª b)).

Tipos de veículos automóveis:

– De passageiros – os veículos que se destinam ao transporte de pessoas (cfr. art. 106.º, n.º 2, al.ª a));

– De mercadorias – os veículos que se destinam ao transporte de carga (cfr. art. 106.º, n.º 2, al.ª b));
– Especiais – veículos (de passageiros ou de mercadorias) que se destinam ao desempenho de função diferente do normal transporte de passageiros ou mercadorias, tomando a designação a fixar em regulamento, de acordo com o fim a que se destinam (cfr. art. 106.º, n.º 3);
Motociclo – veículo dotado de duas rodas, com ou sem carro lateral, com motor de propulsão com cilindrada superior a 50 cm^3, no caso de motor de combustão interna, ou que, por construção, exceda em patamar a velocidade de 45 km/hora (cfr. art. 107.º, n.º 1).
Triciclo – cfr. n.º 3 do art. 107.º
Outros veículos a motor:
Ciclomotor – veículo dotado de duas ou três rodas, com uma velocidade máxima, em patamar e por construção, não superior a 45 km/hora, com um motor de cilindrada não superior a 50 km/h ou cuja potência máxima não exceda 4 KW (cfr. art. 107.º, n.º 2).
Quadriciclo – veículo dotado de quatro rodas, classificando-se em:
– Ligeiro – veículo com velocidade máxima, em patamar e por construção, não superior a 45 km/hora e com motor de cilindrada não superior a 50 cm^3 ou com potência máxima não superior a 4 KW e cuja massa sem carga não exceda 350 kg, excluída a massa das baterias no caso de veículo eléctrico (cfr. art. 107.º, n.º 4, al.ª a));
– Pesado – veículo com motor de potência não superior a 15 KW e cuja massa sem carga, excluída a massa das baterias no caso de veículos eléctricos, não exceda 400 kg ou 550 kg, consoante se destine, respectivamente, ao transporte de passageiros ou de mercadorias (cfr. art. 107.º, n.º 4, al.ª b)).
Veículos agrícolas
– Tractor agrícola ou florestal – veículo com motor de propulsão, de dois ou mais eixos, cuja função principal reside na potência de tracção, especialmente concebido para ser utilizado com reboques, alfaias ou outras máquinas destinada a utilização agrícola ou florestal (cfr. 108.º, n.º 1);
– Máquina agrícola ou florestal – veículo com motor de propulsão, de dois ou mais eixos, destinado exclusivamente à execução de trabalhos agrícolas ou florestais, que só excepcionalmente transita na via pública, sendo pesado ou ligeiro consoante a sua tara exceda ou não 3500 kg (cfr. 108.º, n.º 2);
– Motocultivador – veículo com motor de propulsão, de um só eixo, destinado à execução de trabalhos agrícolas ligeiros, que pode ser dirigido por um condutor a pé ou em reboque ou retrotrem atrelado ao referido veículo (cfr. 108.º, n.º 3) – o motocultivador ligado a reboque ou retrotem é equiparado, para efeitos de circulação, a tractor agrícola (cfr. art. 108.º, n.º 4);
– Tractocarro – veículo com motor de propulsão, de dois ou mais eixos, provido de uma caixa de carga destinada ao transporte de produtos agrícolas ou florestais e cujo peso bruto não ultrapassa 3 500 kg (cfr. 108.º, n.º 4).
Velocípedes
– Veículo com duas ou mais rodas accionado pelo esforço do próprio condutor por meio de pedais ou dispositivos análogos (cfr. art. 112.º, n.º 1);
– Com motor – veículo com duas ou mais rodas accionado pelo esforço do próprio condutor por meio de pedais ou dispositivos análogos, equipado com motor auxiliar eléctrico com potência máxima contínua de 0,25KW, cuja alimentação é reduzida progressivamente com o aumento da velocidade e interrompida se atingir a velocidade de 25 km/, se o ciclista deixar de pedalar (cfr. art. 112.º, n.º 2);

– Para efeito das disposições do Código da Estrada, os velocípedes com motor e as trotinetas com motor são equiparados a velocípedes (cfr. art. 112.º, n.º 3).

c) **Sem habilitação legal**:

A condução de veículo a motor na via pública exige habilitação legal – carta de condução ou licença de condução. Sobre esta matéria, importa ter presente o art. 122.º e ss. do Código da Estrada. O documento que titula a habilitação para conduzir automóveis, motociclos, triciclos e quadriciclos designa-se carta de condução (n.º 1 do art. 122.º do CE). Por sua vez, nos termos do n.º 2 deste preceito, designam-se licenças de condução os documentos que titulam a habilitação para conduzir motociclos de cilindrada não superior a 50 cm^3; ciclomotores; ou outros veículos a motor não referidos no número anterior, com excepção dos velocípedes com motor. Sobre a carta de condução – cfr. art. 123.º do CE. Sobre a licença de condução – cfr. art. 124.º do CE.

d) **Em via pública ou equiparada**:

Nos termos do art. 1.º do Código da Estrada (definições legais), para os efeitos do disposto no presente diploma e legislação complementar, os termos seguintes têm o significado que lhes é atribuído neste artigo: a **via pública** é a via de comunicação terrestre afectada ao trânsito público (al.ª v)); e a **via equiparada a via pública** é a via de comunicação terrestre do domínio privado aberta ao trânsito público (al.ª u)). Da conjugação do n.º 1 e do n.º 2 do art. 2.º do Código da Estrada, resulta que o conceito de via pública também abrange aquela que, pertencendo ao domínio privado, está aberta ao trânsito público. Ora, o que caracteriza a via pública é a liberdade de trânsito e, consequentemente, as vias serão caminhos públicos se por elas transitarem livremente peões, veículos automóveis ou outros veículos mas já não revestem essa característica de caminhos públicos se esse trânsito não se pode fazer livremente. A este respeito, referia o VAZ SERRA (Revista de Legislação e Jurisprudência, 104.º, p. 46) que o conceito de vias públicas deve ampliar-se de modo a abranger todos os locais que proporcionem a possibilidade de alguém ser lesado por um veículo que neles manifeste os riscos especiais. Daí que pelo facto duma via, em arranjos, ter sido fechada ao trânsito automóvel continuando afecta a peões, não deixa de ser considerada via pública, sendo exigível aos condutores de máquinas industriais estarem habilitados com carta para aí conduzirem (ac. do TRC, de 27.11.1985, CJ., 1985, tomo 5, p. 58; ac. do TRP, de 29.03.-2000, proc. n.º 9941371). Um parque de estacionamento, ainda que situado em local privado, mas acessível a qualquer pessoa, deve ser considerado como via pública, designadamente para efeitos de cometimento do crime previsto e punido no art. 292.º do CP (Ac. do TRE, de 23.03.1999, CJ., Ano XXIV, tomo 2, p. 277).

O critério a que obedece a classificação das vias públicas ou a estas equiparadas é o da sua afectação ou abertura ao trânsito público, respectivamente, que não o da dominialidade do terreno em que estão implantadas. Quando abertas, ainda que ocasionalmente, ao trânsito público, as vias do domínio privado (de entes públicos ou particulares, como, v.g., os parques de estacionamento de restaurantes e hipermercados) são equiparadas a vias públicas (ac. do TRE, de 03.12.2002, proc. n.º 1906/02-1). O facto de uma via apresentar piso em terra batida não determina, por si só, o afastamento da possibilidade de ser qualificada como via pública (ac. do TRP de 11.04.2005, proc. n.º 0550323).

4 Trata-se de um **crime de mão própria** uma vez que pressupõe a existência de uma determinada qualidade do agente. Porém, não é necessária a presença dessa qualidade em qualquer agente do crime para que possa haver lugar à sua punição. Daí que a conduta do arguido ao ceder o lugar de condutor e a direcção do veículo a outrem, seu filho, que sabia não ter carta de condução, integra a prática daquele

ilícito como cúmplice, impondo-se a sua condenação uma vez que não se verifica a excepção prevista na parte final do n.º 1 do art.º 28.º do CP (neste sentido, Ac. da TRC, de 13.12.2000, proc. n.º 1962/2000). O pai que autoriza, permite e faculta o veículo com motor de que é proprietário a seu filho, para este o conduzir, apesar de não ter título de condução, comete o crime do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2/98 (ac. do TRP, de 8.2.2006, proc. n.º 0412956). Em anotação, FIGUEIREDO DIAS e SUSANA AIRES DE SOUSA também defendem que o pai deve ser punido, mas como autor mediato do mesmo crime (RLJ, n.º 3937).

5 Tendo presente o disposto no art. 13.º do Código Penal, a condução negligente de veículos automóveis ou veículos a motor na via pública sem a respectiva habilitação legal não é punível. O **tipo subjectivo** basta-se com o dolo, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual.

6 De acordo com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, mantevese a atribuição de carácter provisório à carta de condução emitida a favor de quem não se encontrasse já legalmente habilitado para conduzir qualquer das categorias ou subcategorias de veículos nela previstas, dependendo a sua conversão em definitiva da circunstância de, "durante os três primeiros anos do seu período de validade, não [ter sido] instaurado ao respectivo titular procedimento pela prática de crime ou contraordenação a que correspondam proibição ou inibição de conduzir" (n.º 4 do artigo 122.º), pois, se similar procedimento tiver sido instaurado, "a carta de condução mantém o carácter provisório até que a respectiva decisão transite em julgado ou se torne definitiva" (n.º 5 do artigo 122.º), caducando o título de condução quando "sendo provisório nos termos dos n.os 4 e 5 do artigo 122.º, o seu titular tenha sido condenado pela prática de um crime rodoviário, de uma contraordenação muito grave ou de duas contraordenações graves" (artigo 130.º, n.º 1, al.ª a)). O TC entendeu não julgar inconstitucional a norma que resulta dos arts. 130.º, n.º 1, al.ª a), e 122.º, n.º 4, do Código da Estrada, na redacção do Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, segundo a qual a condenação pela prática de contraordenação muito grave determina a **caducidade do título de condução provisório** (ac. de 472/2007, de 25-9-2007, Diário da República, n.º 211, II Série, de 2-11-2007).

7 A Lei n.º 77/2001 deixou incólume a redacção da al.ª b) do n.º 1 do art. 69.º, pondo-se igualmente a questão de saber se ao crime de condução de veículo sem a legal habilitação (questão essa também surgida no domínio do texto introduzido pelo Decreto-Lei n.º 45/95) é ou não aplicável a **pena acessória de proibição de conduzir veículos motorizados**: "1- É condenado na proibição de conduzir veículos com motor por um período fixado entre três meses e três anos quem for punido: (...) b) Por crime cometido com utilização de veículo e cuja execução tiver sido por este facilitada de forma relevante". Temos para nós que o crime de condução sem a legal habilitação, previsto e punido pelo preceito em anotação, não se enquadra na previsão da al.ª b) do n.º 1 daquele art. 69.º, uma vez que a utilização de veículo, naquele crime, constitui elemento essencial do respectivo tipo legal e não um meio de execução do crime. Como resulta, com nitidez, do emprego da copulativa e em vez da disjuntiva **ou,** para a aplicação da pena acessória, nos termos daquela al.ª b) não basta que o crime tenha sido cometido "com utilização de veículo" (por ex., um atropelamento com o veículo, sendo este instrumento do crime) ou que a execução do crime tenha sido pelo veículo "facilitada de modo relevante" (por exemplo, transporte de coisas furtadas que por outro modo não poderiam ser deslocadas) – exemplos retirados de MAIA GONÇALVES, Código Penal Português, Anotado e Comentado, 8.ª ed., p. 351. No mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit. p. 31. O facto de o arguido não estar habilitado com título de

condução não é obstáculo à aplicação da pena acessória de proibição de conduzir veículos com motor, prevista no art. 69.º, n.º 1, al.ª a), do Código Penal (acs. do TRP de 1.4.2009, proc. n.º 963/08.8PAPVZ e de 1.7.2009, procs. n.os 1266/04.2PAESP.P1 e 421/07.8GAPVZ.P1).

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 13.º
Regime de propriedade do EMC

1. O EMC é propriedade do Estado Português, representado para todos os efeitos legais, pela IGP.

2. O proprietário da embarcação que disponha de EMC instalado nos termos do presente diploma é considerado fiel depositário do equipamento, respondendo civilmente pela sua perda ou deterioração, sem prejuízo de poder incorrer na prática de crime previsto e punido nos termos da lei penal.

(…)

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 7)
O bem jurídico (anotações 8 a 15)
O tipo objectivo (anotações 16 a 24)
O tipo subjectivo (anotação 25)
A tentativa (anotação 26)
A comparticipação (anotação 27)
O concurso (anotação 28)
A pena (anotação 29)

Esta norma surge no Decreto-Lei n.º 310/98, de 14.10, que institui e regulamenta o sistema de equipamentos de monitorização contínua (denominado na lei pela abreviatura EMC). Em termos de antecedentes legislativos cumpre assinalar o Decreto Regulamentar n.º 3/93, de 8.2, que estabeleceu a obrigatoriedade de as embarcações de pesca estarem equipadas com sistemas de monitorização contínua. E ainda a Portaria n.º 663/93, de 13.7, que definiu as características técnicas do equipamento de transmissão e recepção dos sinais emitidos. Por fim, o Decreto-Lei n.º 79/2001, de 5.3, que instituiu e regulou o sistema integrado de informação e apoio à vigilância, fiscalização e controlo da actividade da pesca – SIFICAP. **1**

No plano comunitário cumpre fazer referência ao Regulamento (CEE) n.º 2847/93, do Conselho, de 12.10, com as alterações que lhe foram introduzidas pelos Regulamentos (CE) n.os 2870/95, do Conselho, de 8.12, 686/97, de 14.4, 2205/97, do Conselho, de 30.10, do Regulamento (CE) n.º 1489/97, da Comissão, de 29.7, e pelo Regulamento da Comunidade (CE) n.º 2244/2003 da Comissão, de 18.12, e instrumentos que impõem a instituição de um sistema de monitorização das embarcações de pesca, via satélite. **2**

A natureza específica daquilo que é tutelado justifica algumas considerações prévias. O sistema de monitorização e controlo da actividade da pesca (designado pela lei de MONICAP) ou na designação internacional *Vessel Monitoring System* (VMS) é parte integrante do SIFICAP. **3**

Surgiu em Portugal em 1988, com os primeiros testes em 1989 e início da instalação do EMC nas embarcações em 1993. Este sistema de vigilância e controlo da actividade das embarcações de pesca baseia-se nos sistemas de comunicação e de posicionamento global GPS (desenvolvido pelo departamento de Defesa dos Estados Unidos da América) e num Sistema de Informação Geográfica (SIG), ambos via satélite. Utiliza um Equipamento de Monitorização Contínua (EMC) instalado a bordo das embarcações de pesca, conhecido por caixa azul, que transmite a sua posição para uma Estação Costeira e desta para o Centro de Coordenação e **4**

Controlo, situado no Direcção de Serviços de Fiscalização da Pesca da Direcção Geral de Pescas e Aquicultura, onde é exercido o controlo MONICAP como Centro de Controlo e Vigilância de Pesca (art. 16.º).

5 A análise dos dados permite planear com maior eficácia as actividades de fiscalização e controlo, nomeadamente definir zonas onde o esforço de fiscalização deve ser reforçado, bem como orientar os meios operacionais para a posição geográfica onde se encontrem embarcações em situação de presumível infracção.

6 O equipamento possui um controlador, unidade inteligente, e uma fonte de alimentação de emergência que permite a continuação da localização e das comunicações mesmo com a alimentação eléctrica externa desligada. Ligados ao EMC podem estar um computador e uma impressora que fornecem ao utilizador dados de posição rumo e velocidade, permitem o envio e recepção de mensagens privadas e ainda o acesso ao serviço de meteorologia disponibilizado pela INMARSAT. O utilizador tem ainda a hipótese de actuar o botão vermelho de emergência, que envia de imediato uma mensagem de emergência (SOS) com a identificação e posição da embarcação para os Centros de Busca e Salvamento (SAR).

7 O Decreto-Lei n.º 310/98, de 14 de Outubro, que institui e regulamenta o sistema de monitorização contínua de embarcações de pesca, via satélite (MONICAP), aplicava-se, desde Janeiro de 2000, a: Todas as embarcações de pesca licenciadas para redes de arrasto ou redes de emalhar, registadas em portos portugueses, com comprimento fora a fora superior a 15 m; Licenciadas para operar em águas internacionais e ou de países terceiros, com comprimento superior a 24 m. O Regulamento (CE) n.º 2244/2003, de 18.12, veio estender a utilização do sistema de localização por satélite a todos os navios comunitários, de forma faseada, nos moldes seguintes: a) A partir de 1 de Janeiro de 2004, a todos os navios de pesca de comprimento fora a fora superior a 18 m; b) A partir de 1 de Janeiro de 2005, a todos os navios de pesca de comprimento fora a fora superior a 15 m; e, c) O n.º 4 do art. 10.º da Portaria 1102-E/2000, de 22 de Novembro, na redacção introduzida pela Portaria n.º 769/2006, de 7 de Agosto, veio ainda impor a obrigatoriedade de as embarcações licenciadas para arrasto de fundo com portas na malhagem 55 mm-59 mm, independentemente do seu comprimento, disporem de EMC instalado a bordo.

8 Sendo o equipamento propriedade do Estado (n.º 1), a tutela penal visa, a nosso ver, proteger um duplo bem jurídico. Por um lado, a autonomia intencional do Estado, e por outro, a protecção da propriedade da coisa pública que está sob a disponibilidade de um particular.

9 Veja-se a posição de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* "Comentário Conimbricense ao Código Penal", p. 419, em anotação ao crime de descaminho, refere que o bem jurídico protegido se concretiza na "inviolabilidade das coisas sob custódia pública".

10 O legislador instituiu a obrigatoriedade de instalação do EMC (art. 5.º). Para isso assegura, através da Inspecção – Geral das Pescas e Agricultura (assim denominada actualmente) a sua instalação a bordo das embarcações (art. 10.º).

11 O armador da embarcação ou o seu representante deve assegurar a manutenção do equipamento, efectuando as reparações que necessitar para fazer face às deficiências técnicas e avarias que possua ou proceder à sua substituição logo que detectadas pelo mestre da embarcação ou comunicadas à Inspecção-Geral (art. 11.º, n.º 1).

12 Acresce a obrigatoriedade por parte dos proprietários das embarcações de contratarem e suportarem seguro em benefício do Estado que cubra os riscos de perda ou deterioração do EMC, por incêndio, furto, roubo, avaria grossa, avaria particular ou naufrágio, devendo constar a menção expressa que a indemnização é paga directamente ao Estado (art. 14.º).

O Estado é dono do EMC e ao disponibilizar a sua instalação nas embarcações de pesca constitui o proprietário da embarcação como fiel depositário do equipamento (art. 13.º, n.os 1 e 2). **13**

Estamos perante uma relação jurídica constituída entre o Estado e um particular que se assume com a celebração de um contrato de comodato (art. 1129.º, do Código Civil), isto porque a cedência a título gratuito do equipamento para o seu uso implica a obrigação de restituição nos casos previstos nos n.os 3 a 6 do art. 13.º **14**

Veja-se sobre a natureza pública do contrato de comodato em causa, analisado na perspectiva da natureza do acto de gestão pública que o Estado pratica perante o armador e/ou proprietário da embarcação, o Ac. da RL 1.6.2006, proc. n.º 3550/2006-6, sumariando que "as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado Português e o proprietário de uma embarcação de pesca resultantes da imposição legal de instalação de um equipamento de vigilância da actividade pesqueira desenvolvida pela embarcação fornecido pelo Estado decorrem da prossecução de um interesse público". **15**

A análise do **tipo objectivo**, de forma superficial, parece não revestir particulares dificuldades interpretativas porquanto concretiza que o objecto da acção sujeito ao poder público é propriedade do Estado mas está na posse e sob a disponibilidade do proprietário da embarcação. Especifica ainda as modalidades de actuação: perda ou deterioração. Porém, parece acautelar tudo isso apenas e só para a responsabilidade civil contratual e quanto à responsabilidade criminal limita-se a operar uma remissão em bloco, com uma técnica legislativa que, digamos, é (ou não), em nada, esclarecedora, isto é, "sem prejuízo de poder incorrer na prática de crime previsto e punido nos termos da lei penal". **16**

A expressão "na prática de crime" permite-nos o elencar de apenas "um" tipo penal previsto na lei ou, ao invés, mais do que um, consoante sejam as diversas modalidades de actuação. Inclinamo-nos para a opção plural porque só dessa forma se alcança a solução mais acertada por parte do legislador na tutela do bem jurídico protegido (art. 9.º, n.º 3, do Código Civil). Dito de outro modo, se a intenção do legislador fosse a de apenas consagrar um único tipo legal, não teria tido quaisquer dificuldades em identificá-lo. O que, se diga seria perfeitamente admissível face à categoria jurídica que conferiu ao possuidor do equipamento – fiel depositário. Se fosse apenas a perda ou deterioração do equipamento na perspectiva de subtracção ao seu proprietário, estaríamos sempre perante um crime de descaminho e o legislador era esse que indicaria ou, de forma expressa, ou através da expressão "na prática do crime (de descaminho) previsto na lei penal". **17**

Nesta perspectiva interpretativa, não temos dúvidas em afirmar que o EMC pode ser alvo de actuações que se reconduzem aos crimes de abuso de confiança, de dano e de descaminho, previstos quanto aos tipos base nos arts. 205.º, 212.º e 355.º, do Código Penal. Claro está que, será perfeitamente defensável a verificação dos tipos agravados do n.º 5, do art.º 205.º e 213.º, n.º 1, al.ª a). **18**

Atente-se que as modalidades de actuação sobre a coisa não foram tipificadas pelo legislador na norma em anotação. E, mesmo que assim se não entenda, a sua perda pode ser no sentido de se apropriar do equipamento, mediante a inversão do título da posse, passando a agir como proprietário, e, do mesmo modo, a sua deterioração, pode ser ainda facilmente compaginável com a sua inutilização ou destruição, no todo ou em parte. **19**

A subtracção ao Estado por parte do agente, como fiel depositário do equipamento, será sempre ainda susceptível de integrar a prática do crime de descaminho. **20**

Estaremos sempre, em qualquer uma das soluções, perante **crimes de resultado**, exigindo um dano para os bens jurídicos tutelados. **21**

22 No que respeita ao círculo de autores, há que realçar um aspecto importante e que pode suscitar perturbação. O legislador enumera, diversamente, três categorias que podem criar dificuldades de delimitação punitiva. Temos assim, o "armador", o "seu representante" e o "proprietário" da embarcação. Fala-se ainda num especial dever de cuidado do "mestre" da embarcação em vigiar o normal e regular funcionamento do equipamento. Em particular, no art. em anotação estabelece-se que o proprietário da embarcação é considerado como fiel depositário do EMC. Pois bem, como facilmente se compreenderá, até por questões de natureza fiscal (não esqueçamos que a actividade das pescas pertence ao sector primário e, como tal, goza de isenção de IVA), actualmente muitas embarcações de pesca sobre as quais recai a obrigatoriedade de possuírem este sistema de monitorização, pertencem a pessoas colectivas. E, quando assim é, o armador e o proprietário são a mesma pessoa e essa não é de natureza singular.

23 Tudo isto se reconduz à questão de se saber se pessoas colectivas também poderão ser agentes dos crimes elencados. A resposta é negativa face ao disposto no art. 11.º, do Código Penal.

24 E assim, só as pessoas singulares, isto é, os representantes legais das pessoas colectivas que forem constituídas na qualidade de fiéis depositários do equipamento podem ser agentes destes crimes. Estamos, face a este estado de coisas e nesta vertente interpretativa, perante um **crime específico puro**.

25 Trata-se de um crime doloso, admitindo qualquer uma das formas de dolo, não havendo lugar à punição no caso de negligência.

26 Em qualquer um dos ilícitos enunciados, a **tentativa** é sempre considerada e, como tal, punível (art. 23.º, n.º 1 e 205.º, n.º 2 e 212.º, n.º 2 do Código Penal).

27 Apesar da natureza do ilícito, as circunstâncias especiais da ilicitude que rodeiam a colocação e a instalação do equipamento no interior de embarcação de pesca, cremos que será possível estender a imputação, em termos de autoria, a qualquer membro da tripulação que conheça todos os elementos de facto e de direito que implicam a instalação do equipamento. E, com especial destaque, face às funções que desempenha a bordo, o mestre da embarcação que, podendo ser pessoa diferente do armador ou proprietário da mesma, é um elemento vital no funcionamento e desenvolvimento da actividade económica perseguida pelo armador.

28 Os crimes de abuso de confiança, de dano e de descaminho possuem áreas de interpretação que podem determinar o **concurso** de normas a resolver pelas regras da consunção. Atente-se que o art. 355.º, do Código Penal, na parte final, prevê justamente essa realidade. Naturalmente que os tipos qualificados dos art. 205.º e 213.º, do Código Penal serão aplicáveis face às suas molduras penais mais gravosas.

29 Remete-se para os **regimes punitivos** de cada um dos ilícitos tipificados no Código Penal não havendo qualquer particularidade a assinalar.

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO 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)

Artigo 14.º

Competências do investigador responsável

1. Ao investigador responsável compete:

a) Determinar as acções necessárias à investigação técnica;

b) Comunicar à autoridade judiciária competente a ocorrência do acidente;

c) Assegurar que a investigação técnica é conduzida de acordo com as normas e práticas recomendadas pela Organização de Aviação Civil Internacional, adiante designada por OACI;

d) Efectuar o levantamento imediato dos indícios e a recolha controlada de destroços ou componentes para fins de exame ou análise, salvo decisão de autoridade judiciária em contrário;

e) Investigar todas as circunstâncias em que ocorreu o acidente ou incidente, incluindo aquelas que podem não estar directamente a ele ligadas, mas que se entenda serem de particular importância para a segurança do voo;

f) Propor ao director do GPIAA a colaboração de organizações estrangeiras de investigação de acidentes ou outras organizações especializadas;

g) Requisitar à autoridade judiciária competente os relatórios das autópsias dos membros da tripulação que tenham falecido no acidente ou venham a falecer posteriormente como consequência deste, bem como os exames e os resultados das colheitas de amostras, efectuadas nas pessoas envolvidas na operação da aeronave e nos corpos das vítimas;

h) Mandar proceder a testes de alcoolemia ou despistagem de estupefacientes nas pessoas envolvidas no acidente, sendo a recusa qualificada como crime de desobediência qualificada nos termos da lei penal;

i) Solicitar às autoridades judiciárias ou policiais a identificação das testemunhas já ouvidas por aqueles;

j) Transmitir às autoridades judiciárias os elementos que lhe forem solicitados;

k) Determinar aos serviços de controlo de tráfego aéreo a cativação, durante o período de tempo necessário à investigação, das gravações das comunicações e dos registos radar e requerer a sua transcrição;

l) Solicitar ao Instituto de Meteorologia a preparação de relatório da situação meteorológica e da informação meteorológica disponível na altura do acidente ou incidente;

m) Solicitar à autoridade aeronáutica nacional toda a informação de que esta disponha sobre infra-estruturas, pessoal, material, operadores e procedimentos aeronáuticos com interesse para a investigação, incluindo os relativos a certificados e licenças, bem como qualquer informação aeronáutica relevante;

n) Solicitar às autoridades judiciárias ou policiais, sem prejuízo da investigação judiciária, a conservação, custódia e vigilância do local e da aeronave, conteúdo e destroços, e a autorização para efectuar o mais rapidamente possível os exames e estudos necessários relativamente às pessoas e vestígios materiais de qualquer espécie, relacionados com o acidente;

o) Ouvir depoimentos de pessoas envolvidas e de testemunhas de acidentes ou incidentes, podendo notificá-las por escrito para comparecerem, sob pena de desobediência, em caso de não comparência injustificada.

2. As entidades mencionadas no número anterior deverão fornecer ao investigador responsável as informações referidas.

3. Se o investigador responsável encontrar, no decurso da investigação técnica, indícios passíveis de infracção criminal, deve proceder à sua comunicação imediata.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotações 2 e 3)
O tipo objectivo (anotações 4 a 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A pena (anotação 9)

1 A Lei n.º 86/98, de 18 de Dezembro autoriza o Governo a legislar no sentido de estabelecer os princípios reguladores da investigação de acidentes e incidentes com aeronaves civis.

2 No tocante ao b**em 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.

3 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.

4 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da ordem emanada do investigador responsável, traduzido na recusa de submissão a testes de alcoolemia ou despistagem de estupefacientes por parte das pessoas envolvidas no acidente (cfr. al.ª h) do n.º 1); ou no não comparecimento injustificado das pessoas envolvidas e de testemunhas de acidentes ou incidentes a diligência visando a obtenção dos respectivos depoimentos, após notificação por escrito (cfr. al.ª o) do n.º 1).

5 Para efeitos deste diploma, **investigador responsável** é a pessoa, com qualificações adequadas, a quem incumbe a responsabilidade pela organização de uma investigação técnica, bem como pelo desenrolar e controlo da mesma. Nos termos do art. 12.º, para a investigação de acidentes e incidentes, o director do Gabinete de Prevenção e Investigação de Acidentes com Aeronaves (GPIAA) designa um investigador responsável pela investigação. O director do GPIAA poderá, se tal se tornar necessário, e por proposta do investigador responsável, designar investigadores técnicos, constituindo uma comissão de investigação, sob a orientação do investigador responsável. O investigador responsável, no exercício das suas funções, pode estabelecer os contactos que se tornem necessários com qualquer autoridade e seus agentes, assim como trocar informações e receber a colaboração de organismos e entidades públicas ou privadas, seja qual for a sua nacionalidade. Em caso de impedimento do investigador responsável nomeado,

ou em casos excepcionais em que a eficácia do inquérito o justifique, poderá o director do GPIAA nomear outro investigador responsável, em sua substituição.

6 A **ordem** deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – sobre notificações, cfr. art. 66.º e ss. do Código de Procedimento Administrativo. 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). No caso da obrigatoriedade de comparência, da notificação deve constar expressamente a consequência para a não comparência injustificada, isto é, o crime de desobediência. 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.

7 Refira-se que lei de autorização legislativa, no que diz respeito ao sentido e extensão da mesma, previa que o Decreto-Lei qualificaria como crime de desobediência qualificada, previsto e punido pelo art. 348.º, n.º 2, do Código Penal, a falta ilegítima de obediência a ordens escritas emanadas dos investigadores responsáveis, no uso das competências previstas nas alíneas *b)* a e*)* do 2: ordenar a realização de testes ou exames que visem a detecção de álcool ou de estupefacientes em pessoas envolvidas em acidente ou incidente com aeronaves; notificar as pessoas envolvidas em acidente ou incidente com aeronaves e testemunhas dos mesmos para a prestação de depoimentos e proceder à respectiva audição, com a exclusiva finalidade de apurar as causas e circunstâncias dos referidos acidentes e incidentes, visando a prevenção da sinistralidade aeronáutica. O legislador, relativamente à não comparência injustificada optou por incriminar a título de desobediência simples.

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 incumpre – consciente e voluntariamente – a "ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente".

9 As **penas** aplicáveis são as seguintes: violação da al.ª h) do n.º 1 – pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias (cfr. n.º 2 do art. 348.º do Código Penal); violação da al.ª o) do n.º 1 – pena 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 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)

Artigo 4.º

1. É punido com a pena aplicável ao respectivo crime quem, a bordo de uma aeronave civil em voo comercial, praticar:

a) Crimes contra a vida;

b) Crimes contra a integridade física;

c) Crimes contra a liberdade pessoal;

d) Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual;

e) Crimes contra a honra;

f) Crimes contra a propriedade.

2. Se a prática de qualquer crime compreendido no número anterior criar um perigo para a segurança da aeronave, o agente é punido com a pena que ao caso caberia agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo, não podendo ultrapassar 25 anos, tratando-se de pena de prisão, e 900 dias, tratando-se de pena de multa.

3. Quem, a bordo de uma aeronave civil em voo comercial, desobedecer a ordem ou instrução legítima destinada a garantir a segurança, a boa ordem e a disciplina a bordo, dada pelo comandante da aeronave ou por qualquer membro da tripulação em seu nome, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

4. Quem, a bordo de uma aeronave civil em voo comercial, difundir informações falsas sobre o voo, causando alarme ou inquietação entre os passageiros, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 e 4)
O tipo objectivo (anotações 5 a 17)
O tipo subjectivo (anotações 18 e 19)
O concurso (anotações 20 e 21)
A pena (anotações 22 a 24)

1 Os acontecimentos ocorridos nos E.U.A. em 11 de Setembro de 2001 mudaram toda a ordem internacional na perspectiva do alerta para as actividades de risco na sociedade dos nossos tempos. Os atentados terroristas cometidos através da utilização de aeronaves civis são talvez a principal fonte das incriminações que surgiram em todas as legislações nacionais.

2 A Organização de Aviação Civil Internacional da Conferência Europeia da Aviação Civil na 33.ª Assembleia-Geral da Organização, realizada em 2001, aprovou um projecto de pacote legislativo tipo a adoptar por todos os Estados contratantes. Desse surge, pela primeira vez, um conceito classificativo a adoptar para todos aqueles que pratiquem factos ilícitos a bordo de aeronaves civis, os "passageiros desordeiros". Na mesma linha de actuação, apelando ao incrementar de medidas de segurança na aviação civil, o Parlamento e Conselho Europeu aprovaram o Regulamento (CE) n.º 2320/2002, de 16.12, relativo ao estabelecimento de regras comuns no domínio da segurança da aviação civil. Entre nós, atente-se ainda o Decreto Presidencial n.º 22/98, de 17.06, que ratificou o Protocolo para a Repressão de Actos Ilícitos de Violência nos Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil Internacional complementar à Convenção para a Repressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, adoptado em 24.02.1988 em Montreal, aprovado, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/98, de 19.03. Não

deixaremos de aqui consignar um conjunto de "contramedidas" patrocinadas pela Organização Internacional da Aviação Civil, a saber: Convenção de Harvard de 1932, de Chicago de 1944, de Tóquio de 1963, de Haia de 1970, de Montreal de 1971 e de Bona de 1978.

3 A presente incriminação penal tutela de forma bem explicita a segurança do transporte aéreo comercial, visando-se todos os passageiros que dele façam uso, bem como das respectivas tripulações e das companhias aéreas.

4 Um dos objectivos da lei que nos ocupa foi também a do alargamento da aplicação no espaço da lei penal (e contra-ordenacional) portuguesa no que respeita a actos ilícitos cometidos a bordo de aeronaves alugadas, com ou sem tripulação, a um operador que tenha a sua sede em território português, e a bordo de aeronaves de matrícula estrangeira que se encontrem a sobrevoar espaço aéreo português, desde que o local de aterragem seguinte seja em território nacional e o comandante da aeronave entregue o presumível infractor às autoridades portuguesas competentes (art. 3.º, al.ª a) e b), do diploma). Trata-se de uma concretização bem mais abrangente do regime geral previsto no Código Penal (art. 4.º, al.ª b)).

5 O diploma legal define conceitos que importa fazer menção. Desde logo, "voo comercial": a operação da aeronave que envolva o transporte de passageiros, carga ou correio, efectuada mediante qualquer tipo de remuneração. E "aeronave em voo": desde o momento em que, terminado o embarque, tenham sido fechadas todas as portas exteriores até ao momento em que uma dessas portas seja aberta para o desembarque. Em caso de aterragem forçada, o voo é considerado como estando a decorrer até que a autoridade competente se responsabilize pela aeronave, bem como pelas pessoas e bens a bordo (art. 2.º, al.ª a) e b)).

6 O tipo legal em causa encerra em si mesmo um n.º 1 que não suscita quaisquer dificuldades interpretativas na medida em que se limita a efectuar uma remissão expressa para os crimes contra a vida, integridade física, liberdade pessoal, liberdade e autodeterminação sexual, honra e propriedade, previstos no Código Penal e na demais legislação extravagante que prevejam crimes desta natureza. O objectivo único, que alcançamos, do legislador com esta inclusão é simplesmente o de permitir a prossecução criminal desse tipo de factos ilícitos quando praticados em aeronave em voo comercial de forma a permitir o seu conhecimento pelas Autoridades Portuguesas.

7 A propósito deste n.º 1 deste artigo suscita-se um problema a que urge fazer menção tendo presente as regras interpretativas no que respeita à natureza dos crimes. Com efeito, imaginemos a prática, em aeronave em voo comercial, de um crime de ofensa à integridade física simples, previsto e punido, pelo art. 143.º, n.º 1, do Código Penal. Ou mesmo de uma injúria verbal, tipificada no artigo 181.º, do mesmo compêndio normativo. Tais ilícitos, como é consabido, revestem a natureza semi-pública e particular, respectivamente (art. 143.º, n.º 2, e 188.º, n.º 1, do Código Penal). Ora, da análise do tipo legal que nos ocupa nada é dito quanto à natureza do crime. Como nos parece óbvio tais ilícitos não podem de forma alguma, só porque praticados em aeronave em voo comercial, sem mais, ser tidos como de natureza pública. Pois que, em nosso entendimento, apesar da estrutura assumida, manterão a natureza que assumem no Código Penal.

8 No n.º 2 estamos claramente na presença de uma circunstância agravante no que respeita às molduras penais dos respectivos ilícitos indicados no n.º 1, em ambos os limites, quando a sua prática determinar um perigo para a segurança da aeronave.

9 Trata-se de um **crime de perigo concreto**. A criação do perigo para a segurança da aeronave não será tanto em resultado da prática do crime mas antes como sua consequência posterior. Pois que não vislumbramos que uma mera chapada na

face de um passageiro, ou uma singela enunciação de um mal futuro, possa, sem mais, causar perigo para a segurança do avião. Mas antes as reacções humanas próprias que costumam advir posteriormente. Com efeito, qualquer comportamento desviante, censurável do ponto de vista criminal, num ambiente fechado, de características muito particulares do ponto de vista da predisposição psicológica, limitado em termos de movimentação, em si mesmo, é altamente potenciador de um risco para o espaço onde toda a acção se desenrola. Imagine-se, sem grande esforço, o caso de ofensas à integridade física envolvendo dois passageiros que têm junto de si amigos e/ou familiares que resolvem, também eles, se envolver na refrega. Naturalmente que essa sucessão de acontecimentos pode redundar num perigo concreto para a segurança da aeronave.

O n.º 3 encerra em si mesmo um crime de **desobediência qualificada** alinhando-se com a moldura penal prevista no Código Penal no artigo 348.º, n.º 2. Significativas e dignas de registo são as opções trilhadas pelo legislador no que tange aos elementos típicos relacionados com *a* legalidade substancial e formal da ordem ou mandado e a competência da autoridade ou funcionário para a sua emissão. Exige-se assim que a ordem seja fundada e fundamentada para determinados objectivos, quais sejam, a de garantir a segurança, a boa ordem e a disciplina a bordo, não sendo, portanto, legais quaisquer outras ordens que não visem aqueles desideratos.

11 Autoridade máxima a bordo da aeronave é o seu comandante. Só ele tem as atribuições legais que decorrem das suas funções e que lhe atribuem a competência para dar a ordem e a respectiva cominação Penal. A lei permite ainda uma espécie de delegação de poderes, que pode ser expressa ou ratificada, quando essa mesma ordem seja transmitida por um dos membros da tripulação.

12 O n.º 4 encerra em si mesmo um **crime de dano**. A conduta típica lesa efectivamente o interesse que o tipo legal visa proteger. A difusão de informações falsas sobre o voo tem de causar alarme ou inquietação entre os passageiros. Dito de outro modo, se a acção levada a cabo pelo agente não causar alarme ou inquietação entre os passageiros do voo, ainda que em tese, em abstracto fosse idónea à ocorrência do resultado, estamos no campo da tentativa da realização do tipo.

13 O legislador teve o cuidado de exigir a consumação do delito numa manifesta ideia de concretizar o âmbito de protecção do bem jurídico. Numa outra classificação estamos perante um **crime de resultado**. A consumação não ocorrerá sem a verificação do evento – *in casu*, o alarme ou inquietação entre os passageiros.

14 O que se há-de considerar alarme ou inquietação encerra em si mesmo conceitos de normalidade social que, numa primeira ideia, terá que se reconduzir ao estado em que os passageiros se encontravam antes e depois da actuação levada a cabo pelo agente. E aqui entramos num outro campo relacionado com a conduta típica.

15 O alarme ou a inquietação entre os passageiros do voo comercial prefiguram-se como os resultados típicos exigidos pelo tipo objectivo do ilícito. Eles, no entanto, têm de surgir como consequência directa e necessária do comportamento do agente traduzido no acto prévio de difundir informações falsas sobre o voo. Todas as outras actuações que determinem os resultados assinalados não consubstanciam condutas típicas para efeitos de preenchimento deste ilícito. Estamos, pois, no âmbito daquilo a que se denomina de um crime de execução vinculada. Exige-se a difusão de informações falsas sobre o voo. E é irrelevante a forma como o fizer, quer através de discurso oral, escrito, gestual ou outro.

16 A conduta tem de ser adequada à produção do resultado típico. As regras da experiência comum reconduzem-nos à afirmação que, face às concretas características de uma "população" de viajantes numa aeronave, que sofrem a acção, são idóneas à ocorrência dos resultados pretendidos pelo agente. E isso, naturalmente, não é

difícil de atribuir em termos de imputação ao agente. Nas palavras de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* Comentário Conimbricense, II, Coimbra editora, pág. 1220, "a própria propagação quase irracional do medo é, em determinadas circunstâncias previsível".

17 A falsa difusão de informações sobre o voo não necessita de ser transmitida a todos os passageiros, bastando, para tanto, que seja do seu conhecimento, ainda que não saiba nem conheça a sua origem.

18 Retomando a estrutura que adoptamos nas anotações que antecedem, cremos que, no n.º 1, face à estrutura aberta e totalmente remissiva para o tipo de crimes enunciados, permitirá, à semelhança da posição que adoptamos quanto à natureza procedimental, que, também em termos de imputação subjectiva, seja de afirmar que os tipos negligentes previstos no Código Penal sejam aqui tipificados. Temos assim ilícitos praticados a título doloso e negligente (exemplos dos art. 137.º e 148.º, do Código Penal).

19 No que respeita aos ilícitos prefigurados nos n.os 2, 3 e 4, a imputação subjectiva exigida situa-se no comportamento doloso em qualquer uma das suas modalidades. O dolo terá de abranger todos os elementos típicos objectivos.

20 O crime de ameaça com prática de crime, do art. 305.º, do Código Penal está em relação de **concurso** com o ilícito tipificado no n.º 3. A moldura penal mais gravosa e a sua especialidade determina a sua aplicação.

21 Estaremos em presença de um concurso efectivo entre o tipo dos n.os 1 e 2 com os crimes de captura ou desvio de aeronave, de atentado à segurança de transporte por ar e de condução perigosa de meio de transporte por ar, previstos e punidos, nos arts. 287.º, 288.º e 289.º, do Código Penal, respectivamente.

22 O n.º 1 remete, como já se disse, para os crimes tipificados no Código Penal e essa remissão abrange necessariamente as respectivas **molduras penais** abstractas.

23 O n.º 2, exigindo a verificação do perigo concreto para a segurança da aeronave como resultado da prática dos crimes tipificados no n.º 1, determina a agravação de um terço dos limites mínimo e máximo das respectivas molduras penais abstractas. Unicamente com o limite máximo de 25 anos de prisão e o de 900 dias no que respeita à pena de multa (trata-se, nesta parte, e quanto à pena privativa da liberdade, da reprodução daquilo que consta do art. 41.º, n.º 3, do Código Penal).

24 As penas previstas nos n.os 3 e 4 não suscitam especiais problemas interpretativos, cabendo, no entanto, enunciar que a moldura penal abstracta do crime tipificado no n.º 3 faz com que a desobediência ali determinada seja qualificada (*vide* n.º 2, do art. 348.º, do Código Penal).

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO CARMO

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

Artigo 28.º
Apreensão cautelar

1. O INAC pode determinar, nos termos do regime geral das contra-ordenações, a apreensão provisória dos seguintes bens e documentos:

a) Aeronaves;

b) Licenças, certificados, autorizações, aprovações, permissões, guias de substituição e outros documentos equiparados.

2. No caso de apreensão cautelar de aeronaves, 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:
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)
A pena (anotação 10)

1 O Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC, I.P) é um instituto público dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira e património próprio, cuja orgânica se encontra estabelecida no Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril, tendo por finalidade supervisionar, regulamentar e inspeccionar o sector da aviação civil.

2 Considerando que as atribuições do INAC, I.P., consistem, nomeadamente, nos correspondentes poderes de inspecção e de fiscalização do cumprimento das leis, regulamentos, normas e requisitos técnicos aplicáveis no âmbito dessas mesmas atribuições, incumbe-lhe, no exercício de poderes sancionatórios investigar as infracções cometidas, instaurar os correspondentes procedimentos sancionatórios e aplicar as sanções previstas na lei (cfr. n.º 1 do art. 19.º do Decreto-Lei 145/2007, de 27 de Abril). E, nos termos do seu n.º 5, determina-se que, em caso de incumprimento das determinações do INAC, I. P., ou de infracção às normas e requisitos técnicos aplicáveis às actividades referidas nos artigos anteriores, pode o conselho directivo: (a) Suspender ou cancelar as licenças, autorizações e certificações concedidas, nos termos estabelecidos na respectiva regulamentação; (b) Ordenar a cessação de actividades, a imobilização de aeronaves ou o encerramento de instalações até que, após inquérito ou inspecção, deixe de se verificar a situação de incumprimento ou infracção; (c) Solicitar a colaboração das autoridades policiais para impor o cumprimento das normas e determinações que por razões de segurança devam ter execução imediata.

3 Os trabalhadores do INAC, I. P., que estejam no exercício de funções de fiscalização, inspecção ou auditoria e quando se encontrem no exercício dessas funções são equiparados a agentes de autoridade e gozam, nomeadamente, das prerrogativas estabelecidas no art. 20.º

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 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.

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). **5**

O tipo **objectivo** consiste no não acatamento – traduzido na utilização de aeronave – por parte do proprietário (ou de quem o represente) da ordem decorrente da apreensão cautelar da mesma. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão foi ordenada. Exige-se que, uma vez decretada a apreensão cautelar, seja lavrado um auto de apreensão cautelar, donde conste, designadamente, a sanção prevista para a utilização da aeronave apreendida. E que a medida cautelar seja notificada ao proprietário da aeronave ou a quem o represente. **6**

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). 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. **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 incumpre – consciente e voluntariamente – a "ordem legítima, regularmente comunicada e emanada da autoridade ou funcionário competente". **8**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. **9**

A **pena** aplicável é de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias (cfr. n.º 2 do art. 348.º do Código Penal). **10**

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 44.º
Apreensão cautelar

1. O INAC, na qualidade de entidade competente para aplicar as coimas, pode, nos termos do artigo 28.º do Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de Janeiro, que aprova o regime das contra-ordenações aeronáuticas civis, determinar a apreensão cautelar da aeronave quando esta não se encontra certificada, quando não for exibida a apólice de seguro obrigatório e ainda por razões de segurança devidamente fundamentadas, nomeadamente quando haja indícios de ter havido alterações estruturais da aeronave que ponham em risco a segurança de voo.
2. No caso da apreensão referida no número anterior, pode o seu proprietário, ou quem o represente, ser designado fiel depositário da aeronave, com a obrigação de a não utilizar ou alienar, sob pena de crime de desobediência qualificada, conforme prevê o n.º 2 do artigo 28.º do regime das contra-ordenações aeronáuticas civis.
3. A apreensão cessa logo que cessem os motivos que, nos termos do n.º 1, lhe deram origem.
4. Todos os custos decorrentes das medidas adoptadas nos termos deste artigo correm por conta do proprietário da aeronave.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 a 4)
O tipo objectivo (anotação 5)
O tipo subjectivo (anotação 6)
A comparticipação (anotação 7)
A tentativa (anotação 8)
A pena (anotação 9)

1 O Instituto Nacional de Aviação Civil (INAC, I.P.) é um instituto público dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira e património próprio, cuja orgânica se encontra estabelecida no Decreto-Lei n.º 145/2007, de 27 de Abril, tendo por finalidade supervisionar, regulamentar e inspeccionar o sector da aviação civil.

2 Considerando que as atribuições do INAC, I.P., consistem, nomeadamente, nos correspondentes poderes de inspecção e de fiscalização do cumprimento das leis, regulamentos, normas e requisitos técnicos aplicáveis no âmbito dessas mesmas atribuições, incumbe-lhe, no exercício de poderes sancionatórios investigar as infracções cometidas, instaurar os correspondentes procedimentos sancionatórios e aplicar as sanções previstas na lei (cfr. n.º 1 do art. 19.º do Decreto-Lei 145/2007, de 27 de Abril).

3 Os trabalhadores do INAC, I. P., que estejam no exercício de funções de fiscalização, inspecção ou auditoria e quando se encontrem no exercício dessas funções são equiparados a agentes de autoridade e gozam, nomeadamente, das prerrogativas estabelecidas no art. 20.º

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). "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.).

5 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento do conteúdo e âmbito da decisão da autoridade administrativa competente – traduzido na utilização ou alienação de aeronave – por parte do proprietário (ou de quem o represente) – encontrando-se a mesma apreendida cautelarmente por decisão do INAC em virtude da mesma: (a) não se encontrar certificada, (b) não ter sido exibida a apólice de seguro obrigatório e (c) ainda por razões de segurança devidamente fundamentadas, nomeadamente quando haja indícios de ter havido alterações estruturais da aeronave que ponham em risco a segurança de voo. 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. Exige-se que, uma vez decretada a apreensão cautelar, seja lavrado um auto de apreensão cautelar, donde conste, designadamente, a sanção prevista para a utilização da aeronave apreendida. E que a medida cautelar seja notificada ao proprietário da aeronave ou a quem o represente.

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).

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 **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

8 A escassa gravosidade da pena (pena de prisão até 2 anos) 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 2 anos ou de multa até 240 dias (cfr. n.º 2 do art. 348.º do Código Penal).

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 31.º
Excesso de carga

1. A realização de transportes com excesso de carga é punível com coima de € 500 a € 1500, sem prejuízo do disposto nos números seguintes. 2

2. Sempre que o excesso de carga seja igual ou superior a 25 % do peso bruto do veículo, a infracção é punível com coima de € 1250 a € 3740.

3. No caso da infracção a que se refere o número anterior, a entidade fiscalizadora pode ordenar a imobilização do veículo até que a carga em excesso seja transferida, podendo ainda ordenar a deslocação e acompanhar o veículo até local apropriado para a descarga, recaindo sobre o infractor o ónus com as operações de descarga ou transbordo da mercadoria.

4. Sempre que o excesso de carga se verifique no decurso de um transporte em regime de carga completa, a infracção é imputável ao expedidor e ao transportador, em comparticipação.

5. Nenhum condutor se pode escusar a levar o veículo à pesagem nas balanças ao serviço das entidades fiscalizadoras, que se encontrem num raio de 5 km do local onde se verifique a intervenção das mesmas, sendo punível tal conduta com a coima referida no n.º 2 deste artigo, sem prejuízo da responsabilidade criminal a que houver lugar.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 e 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
A pena (anotação 7)

Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, "[o] tipo de crime de desobediência, **1**
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.). Ainda a respeito deste tipo incriminador, tem sido referido o seu carácter subsidiário, no sentido de que "a operação de subsunção de um comportamento à previsão do actual art. 348.º do Código Penal não poderá deixar de depender da prévia verificação da não existência de norma que especialmente o qualifique de forma diversa, havendo sempre que indagar da existência desta especialidade" (JOSE LUÍS LOPES DA MOTA, *ob. cit.*, p. 437). Prossegue o Autor que vimos acompanhando: "Em síntese, uma vez que nem todas as desobediências constituem crime subsumível ao artigo 348.º, parece poder fundadamente afirmar-se que a concreta qualificação de um comportamento como crime de desobediência deve ser equacionada em três momentos: em primeiro lugar, pela verificação da subsunção a uma norma que preveja um ilícito próprio; em segundo, pela verificação da subsunção a uma norma que concretamente o qualifique como crime de desobediência (simples ou qualificado), cominando a punição da desobediência; finalmente, pela subsunção directa ao n.º 1, e respectiva al.ª *b)*, do artigo 348.º do Código Penal".

2 Da parte final do n.º 5 do preceito em anotação depreende-se que, não obstante estar prevista a punibilidade a título de contra-ordenação, em caso de escusa por parte do condutor em levar o veículo à pesagem nas balanças ao serviço das entidades fiscalizadoras num raio de 5 km do local de intervenção, o mesmo incorrerá em responsabilidade criminal – leia-se, crime de desobediência – se e na medida em que as entidades competentes para a fiscalização do cumprimento do disposto neste diploma (Instituto da Mobilidade e dos Transportes Terrestres, I. P.; Guarda Nacional Republicana; e Polícia de Segurança Pública – cfr. art. 21.º), fizerem a respectiva cominação.

3 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento da ordem proferida por uma das autoridades fiscalizadoras, devidamente identificada como tal, traduzido na recusa levar o veículo à pesagem nas balanças ao serviço das entidades fiscalizadoras (desde que as balanças se encontrem num raio de 5 km do local onde se verifique a intervenção das autoridades fiscalizadoras). O crime consuma-se com a omissão do acto cuja prática foi ordenada. Mas, como se referiu na nota 2, impõe-se à autoridade fiscalizadora a necessidade de fazerem a correspondente cominação da pena de desobediência. O que significa que, nesse caso, deverá ser incluída na ordem – seja ela escrita ou verbal (como sucede na maioria das ordens da polícia) – a indicação expressa, clara e inequívoca de que o não cumprimento da determinação será punível com a pena correspondente ao crime de desobediência.

4 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.

5 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 **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. **6**

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.º 348.º do Código Penal). **7**

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 1.º
Âmbito

1. O presente diploma transpõe para a ordem jurídica interna a directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador.

2. Aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias.

3. Para efeitos de protecção, equipara-se ao programa de computador o material de concepção daquele programa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O programa de computador (anotação 2)
A instrução (anotação 3)
O computador (anotação 4)
O código fonte (anotação 5)
A linguagem de programação (anotação 6)
O programa de computador criativo (anotação 7)
O material de concepção preliminar do programa de computador (anotação 8)
A extensão das regras do CDADC (anotação 9)
Os direitos pessoais (anotação 10)

1 As **fontes** da norma em análise reconduzem-se à Directiva ° 91/250/CEE, do Conselho, de 14 de Maio, relativa à protecção jurídica dos programas de computador, como, aliás, o n.º 1 deste artigo deixa expresso numa técnica, um tanto inusitada, que consiste em tomar letra de Lei a fonte de onde emana a norma.

2 O **programa de computador** é, de modo muito genérico, o conjunto das instruções que descrevem uma tarefa a ser realizada por um computador.

3 Por seu turno uma **instrução** é uma operação única, executada por um processador, definida por um conjunto de instruções. Num sentido amplo, uma "instrução" pode ser qualquer representação de um elemento que integre um programa executável (p. ex. um *bytecode*).

4 Denomina-se **computador** uma máquina capaz de variados tipos de tratamento automático de informações ou processamento de dados. Exemplos de computadores incluem o ábaco, a calculadora, o computador analógico o computador digital. Um computador pode prover-se de inúmeros atributos, designadamente o armazenamento de dados, o processamento de dados, o cálculo em grande escala, o desenho industrial, o tratamento de imagens gráficas, a realidade virtual, e o entretenimento e cultura.

5 **Código de fonte** é o conjunto de palavras ou símbolos escritos de forma ordenada e lógica, contendo instruções no âmbito de uma das linguagens de programação existentes. Existem linguagens que são compiladas e outras que são interpretadas. As linguagens compiladas, após ser compilado o código fonte, transformam-se em *software*, ou seja, programas executáveis. Este conjunto de palavras que formam linhas de comandos deverá estar dentro da padronização da linguagem

escolhida, obedecendo a critérios de execução. Actualmente, com a diversificação de linguagens, o código pode ser escrito de forma totalmente modular, podendo um mesmo conjunto de códigos ser compartilhado por diversos programas e, até mesmo, linguagens **c**ódigo de fonte.

6 **Linguagem de programação** é um método padronizado para construir e dar forma às instruções para um computador. É um conjunto de regras sintácticas e semânticas usadas para definir um programa de computador. Uma linguagem permite que um programador especifique precisamente sobre que dados um computador vai actuar, como estes dados serão armazenados ou transmitidos e que acções devem ser tomadas.

7 Refere o n.º 2 deste artigo que merece protecção jurídica o **"programa de computador criativo**" num sentido análogo às obras literárias. Teremos, assim, que a lei exige que o programa de computador seja original, distinto de qualquer outro, independentemente do juízo de valor estético ou técnico sobre o qual se formule. É certo que esta concepção merece a crítica acesa de autores como OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito de Autor e Direitos Conexos, Coimbra Editora, 1992, pp. 77 e 78, "… Em si, o programa escapa à noção de obra. O programa é um processo ou um esquema para a acção. Mas os processos não são tutelados pelo Direito de Autor (art. 1.º/2)". Como quer que seja e compreendendo-se, por lapidar, a contradição conceptual, a verdade é que o direito objectivo obriga a tratar o programa de computador de forma análoga à obra protegida para efeitos de direito de autor. Sendo, porém, certo que o direito objectivo português teve o cuidado de não designar o programa de computador por obra literária ou artística mas, antes, de o classificar como uma entidade análoga para efeitos de protecção.

8 O n.º 3 equipara ao programa, para efeitos de protecção, **o material de concepção preliminar** daquele programa. Neste material preliminar poderá incluir-se, a nosso ver, desde os planos, documentos de qualquer tipo contendo descrições e objectivos, bem como, em termos estritamente técnicos – e como já se enunciou em 6. – as linguagens de programação. Uma linguagem de programação é um método padronizado para expressar instruções para um computador. É um conjunto de regras sintácticas e semânticas usadas para definir um programa de computador. Uma linguagem permite que um programador especifique precisamente sobre que dados um computador vai actuar, como estes dados serão armazenados ou transmitidos e que acções. Os conjuntos de palavras (*tokens*), compostos de acordo com essas regras, constitui o código fonte de um *software*. Esse código fonte é depois traduzido para código de máquina, que é executado pelo processador.

9 O art. 3.º do Decreto-Lei 252/94 **estende a aplicação ao programa de computador das regras sobre a autoria e titularidade vigentes para o direito de autor** excluindo, porém, de forma expressa a necessidade de autorização do Autor para introduzir alterações no programa, cfr. art. 3.º, n.º 5 e art. 15.º, n.º 2 do CDADC, o que é incompatível com o conceito e regime legal de obra protegida como vem expressa no art.º 1.º do CDADC, mas ainda assim compreensível à luz da natureza técnica-científica da matéria em presença cuja evolução faz caminho através de exploração e investigação e que, para evoluir para estádios mais avançados não pode prescindir das técnicas anteriormente utilizadas e, no seu tempo, inovadoras.

10 O art. 9.º do Decreto-Lei n.º 252/94 consagra os **direitos pessoais** inerentes ao autor intelectual do programa. Face à excepção do art. 3.º, n.º 2 parece cair o direito à defesa da integridade do programa e, nestas circunstâncias, entendemos, aliás na esteira de LOPES ROCHA/PEDRO CORDEIRO, Protecção Jurídica do *Software* – Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, Anotado e Comentado, Edições Cosmos,

Lisboa, 1995, que os direitos pessoais que não estiverem consagrados no art. 9.º não merecem tutela jurídica.

Artigo 13.º
Apreensão

1. Aplicam-se à apreensão de cópias ilícitas de programas de computador as disposições relativas à apreensão de exemplares contrafeitos em matéria de direitos de autor.

2. Podem igualmente ser apreendidos dispositivos em comercialização que tenham põe finalidade exclusiva facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer salvaguarda técnica eventualmente colocada para proteger um programa de computador.

3. O destino dos objectos apreendidos será determinado na sentença final.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A apreensão e perda (anotação 2)
O destino dos objectos (anotação 3)

1 No que respeita à matéria das **fontes** da norma remete-se para a anotação 1. ao art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 252/94.

2 Quanto à **apreensão e perda de coisas a** norma em estudo não apresenta especialidades – na parte em que regula autonomamente (n.os 2 e 3) em relação aos preceitos para os quais remete no seu n.º 1, ou seja, o art.º 201.º do CDAC – visto que menciona, claramente, as regras relativas "à apreensão de exemplares contrafeitos". Todavia, em nossa opinião o seu regime estaria muito mais próximo do regime do art.º 225.º do CDADC relativo à apreensão e perda de coisas concernentes aos crimes em cujo tipo se protege os dispositivos de medidas de carácter tecnológico e de informação para a gestão electrónica de direitos. Como quer que seja, não vemos que as normas do quadro geral do Código Penal não possam ser aplicadas no domínio dos programas de computadores, no que não seja expressamente de excluído por norma objectiva.

3 Quanto ao **destino dos objectos** disciplinado na disposição do n.º 3 remete-se para a anotação 2 a 4 do art.º 225.º do CDADC.

Artigo 14.º
Tutela Penal

1. Um programa de computador é penalmente protegido contra a reprodução não autorizada.

2. É aplicável ao programa de computador o disposto no n.º 1 do art. 9.º da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
A punição (anotações 4 a 8)

1 As **fontes** hão-de ser encontradas nos termos em que já se enunciou na anotação 1. ao art.º 1.º deste Decreto-Lei 252/94.

O **bem jurídico** protegido é, mais uma vez, o complexo de direitos que integram o direito de autor, neste caso, com o desenho – em nossa opinião – mais limitado no que respeita aos direitos pessoais. Veja-se, a este propósito, o teor da anotação 10. ao art. 1.º do diploma legal em análise. **2**

É garantida a tutela penal a um programa de computador contra as reproduções não autorizadas (n.º 1) segmento que nos dá, desde logo, uma porção constituinte do **tipo objectivo**. Trata-se conduta em que o agente reproduz o programa de computador sem para tanto estar autorizado. **3**

A letra do n.º 2 remete para uma norma entretanto revogada. Na verdade a Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto foi revogada pela **Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro**, por força da norma revogatória do seu art.º 31.º **4**

Haverá que, mantendo-se a correspondência, como pensamos que mantém, sob pena de o Decreto-Lei desenhar um tipo legal de crime sem punição, encontrar na nova Lei do Cibercrime o preceito correspondente ao anterior art.º 9.º, n.º 1 para onde remetia a norma que ora nos ocupa. **5**

Ora, lendo com minúcia o novo diploma (a Lei n.º 109/2009), dúvidas não restam de **que o n.º 1 do art.º 8** corresponde na íntegra à letra e ao espírito do anterior art. 9.º, n.º 1. Devemos, pois, numa interpretação actualista, considerar a remissão feita no n.º 1 deste art. 14.º para o **n.º 1 do art.º 8.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.** **6**

Ainda assim poderemos ter em conta o exposto no Acórdão, de 23/4/2003, RP, "I – No tipo legal de crime de reprodução ilegítima de programas protegidos (crime informático), previsto no artigo 9.º da Lei n.º 109/91, de 17 de Agosto, não são cumulativos os elementos contemplados no seu n.º 1, isto é, tanto é punível o acto de reproduzir, como é punível o acto de o divulgar ou comunicar ao público. II – A tentativa é punível". www.dgsi.pt .Também com interesse para a matéria o Acórdão de 12/7/2006, RC, "1 – A instalação de um único programa informático licenciado em vários computadores de uma empresa traduz-se numa reprodução de programa não autorizada. 2 – O tipo legal de crime de reprodução de um programa informático protegido não exige intenção de lucro. 3 – para o preenchimento do tipo legal de crime é irrelevante que o programa não tenha sido reproduzido em suportes magnéticos móveis, mas apenas instalado noutros computadores" www.dgsi.pt. **7**

Quanto ao **art. 8.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro**, aqui em causa, remete-se, no contexto da presente obra, para a anotação e comentário da autoria de Pedro Verdelho. **8**

JOSÉ ANTÓNIO 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)

Artigo 43.º

Não cumprimento de obrigações relativas a protecção de dados

1. É punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias quem intencionalmente:

a) Omitir a notificação ou o pedido de autorização a que se referem os Artigos 27.º e 28.º;

b) Fornecer falsas informações na notificação ou nos pedidos de autorização para o tratamento de dados pessoais ou neste proceder a modificações não consentidas pelo instrumento de legalização;

c) Desviar ou utilizar dados pessoais, de forma incompatível com a finalidade determinante da recolha ou com o instrumento de legalização;

d) Promover ou efectuar uma interconexão ilegal de dados pessoais;

e) Depois de ultrapassado o prazo que lhes tiver sido fixado pela CNPD para cumprimento das obrigações previstas na presente lei ou em outra legislação de protecção de dados, as não cumprir;

f) Depois de notificado pela CNPD para o não fazer, mantiver o acesso a redes abertas de transmissão de dados a responsáveis pelo tratamento de dados pessoais que não cumpram as disposições da presente lei.

2. A pena é agravada para o dobro dos seus limites quando se tratar de dados pessoais a que se referem os artigos 7.º e 8.º

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotações 6 e 7)
O tipo objectivo (anotações 8 a 13)
O tipo subjectivo (anotação 14)
A tentativa (anotação 15)
A pena (anotação 16)

1 O crime de não cumprimento de obrigações relativas a protecção de dados, previsto no Artigo 43.º, integra a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro-Lei da Protecção de Dados Pessoais, a qual é o quadro normativo abrangente, que regula de forma exaustiva o tratamento permitido de dados pessoais. Esta lei, aprovada na Assembleia da República com os votos contra do Partido Comunista e de Os Verdes, e os votos favoráveis do PS, do PSD e do CDS, por um lado, não é completamente inovadora. Na verdade, veio antes de mais substituir, alterando-a, a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, que anteriormente regulava a mesma matéria. Por outro lado, esta Lei n.º 67/98, transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Portanto, por um lado, este diploma recupera um quadro normativo anterior, que altera e, por outro, satisfaz compromissos legislativos de Portugal com a União Europeia.

2 Em termos imediatos, a Lei n.º 67/98 teve origem na Proposta de Lei 173/VII (consultável em www.parlamento.pt e no Diário da Assembleia da República, II.ª Série A – Número 047, de 30 de Abril de 1998). Esta proposta de lei, não escamoteando a inspiração na Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, inspira-se no quadro constitucional a este respeito, resultante do Artigo 35.º da Constituição. Desta norma constitucional resultam vários princípios que depois se apercebem na lei: o direito de acesso e conhecimento dos dados (Artigo 35.º, n.º 1),

os direitos quanto ao tratamento de dados, à sua transmissão e utilização (Artigo 35.º, n.º 2), ou a proibição ou limitação no tratamento de dados sensíveis (dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica – Artigo 35.º, n.º 3).

3 Anote-se que, em cumprimento do Artigo 35.º, n.º 7 da Constituição da República, a Lei n.º 67/98 confere aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais uma protecção idêntica à que confere aos dados pessoais constantes de ficheiros informatizados. Portanto, as normas da protecção de dados aplicam-se tanto ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, como ao tratamento de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a eles destinados.

Por outro lado, em cumprimento de orientação da Directiva 95/46/CE, o regime de protecção de dados deverá aplicar-se tanto ao sector público como ao sector privado, sendo idêntico o regime de protecção para ambos os sectores.

4 A inspiração advinda da Directiva 95/46/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995 assume grande importância, face à livre circulação de dados pessoais no interior do espaço da União Europeia que aquela Directiva assegura. Esta livre circulação exige uma harmonização muito estreita das legislações nacionais, para assegurar eficácia na protecção dos direitos em causa.

5 Já se disse que a revisão da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, correspondeu também a desígnios internos. O Livro Verde para a Sociedade de Informação, documento oficial da época, identificou esta lei como uma das que carecia revisão – cfr. medida 8.1. Aliás, como resulta da Proposta de Lei 173/VII, que já acima se referenciou, este impulso revisor teve na origem dificuldades suscitadas pela aplicação prática na aplicação da lei: "a criminalização da omissão ou cumprimento defeituoso de disposições da protecção de dados, como se prevê na Lei n.º 10/91, revelou-se excessiva e motivadora da dificuldade de actuação em muitos desses casos. Entende-se, por isso, que seria não só mais realista mas, sobretudo, dinamizador do cumprimento da lei o considerar, em regra, como contra-ordenações as omissões ou comportamentos meramente negligentes e incriminar apenas as condutas intencionais de omissão ou não cumprimento em termos similares aos previstos na Lei n.º 10/91". Anote-se que na Lei n.º 10/91, ao contrário do que acontece com Lei n.º 67/98, não se previam contra-ordenações.

6 Na generalidade, as alíneas do tipo de crime descrito no Artigo 43.º, n.º 1, podem ser praticadas por aqueles que procedem ao tratamento de dados pessoais, ou têm acesso aos mesmos no decurso desse tratamento e, por alguma das formas previstas naquelas alíneas, violam as regras que regem esse tratamento de dados ou as suas obrigações, decorrentes desse tratamento de dados, perante a Comissão Nacional de Tratamento de Dados.

Essas regras e obrigações são muito diversas e tornam por isso o interesse protegido pelo crime muito complexo. Genericamente, poderá dizer-se que esse interesse protegido está centrado no estrito cumprimento de obrigações relativas à protecção de dados e, por essa via, na observância do princípio geral definido no Artigo 2.º da Lei n.º 67/98, de acordo com o qual "o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais". Ao contrário deste princípio geral da transparência, não resulta explicitamente desta norma, mas está imanente a ela, o princípio da finalidade, um outro dos princípios fundamentais do tratamento de dados pessoais, o qual aliás está clara e assumidamente descrito no Artigo 5.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 67/98 (CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, 2005, página

230), que refere que os dados pessoais devem ser "recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades".

Tratam-se de princípios diferentes: o da transparência supõe que o responsável pelo tratamento de dados dê a conhecer ao titular dos dados "a realização do tratamento que lhe respeite, indicando, nomeadamente, os seus fins, categorias de dados tratados, período de conservação dos dados, eventuais comunicações dos mesmos, etc." (CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, 2005, página 229). Já quanto ao princípio da finalidade, significa que esta deve ser "determinada – deve ser conhecida antes do início do tratamento –, explícita – o que exclui o tratamento de dados para fins não claramente determinados ou vagos, ou o seu desconhecimento por parte do titular dos dados –, e legítima – não podendo ser contrária à lei" (CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, 2005, página 230).

7 Questão que importa abordar, embora de forma ligeira, é a do conceito de dados pessoais, que atravessa todo o diploma que agora se anota. Tal conceito vem expresso na alínea a) do Artigo 3.º da Lei n.º 67/98, onde se diz que constituirá dados pessoais "qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respectivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável". A mesma norma esclarece que "é considerada identificável a pessoa que possa ser identificada directa ou indirectamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social".

Trata-se de um conceito muito abrangente, onde são enquadráveis a generalidades das informações que identifiquem pessoas. E assim, serão dados pessoais "toda a informação, seja ela numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica ou de qualquer tipo, relativa a uma pessoa física identificada ou identificável" (cfr. CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, 2005, página 71). Esta amplitude acaba por delimitar-se mais facilmente por exclusão, isolando, do lado de fora do conceito, os dados não pessoais. Assim, aqueles que "não permitam identificar uma pessoa, mesmo que sejam dados que se referem, em abstracto, a pessoas, não são dados pessoais" (cfr. CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, 2005, página 71).

8 Como se referiu, a propósito do interesse protegido, o crime do Artigo 43.º é complexo e inclui uma grande diversidade de actos típicos, nas diversas alíneas do seu n.º 1. Assim, desde logo na alínea a) e na alínea b) descrevem-se duas variantes do tipo que essencialmente incriminam a não prática de actos a que está obrigado quem procede ao tratamento de dados pessoais.

Assim, incrimina-se na alínea a) a falta de notificação descrita no Artigo 27.º da Lei n.º 67/98. Este Artigo 27.º obriga o "responsável pelo tratamento" de dados a notificar a Comissão Nacional de Protecção de Dados da "realização de um tratamento ou conjunto de tratamentos, total ou parcialmente autorizados, destinados à prossecução de uma ou mais finalidades interligadas". Não é objecto deste comentário explorar as situações em que o responsável pelo tratamento de dados tem que proceder a esta notificação, ficando portanto apenas a referência à incriminação desta falta de notificação.

Igualmente se incrimina a falta de pedido de autorização para tratamento de dados, à qual se refere o Artigo 28.º da Lei n.º 67/98. De igual forma, não vai agora tratar-se de forma especificada do regime da autorização prévia.

Fica apenas uma nota para referir que, quem pretenda vir a tratar dados pessoais, de acordo com o tipo de dados pessoais em causa, estará condicionado, nesse tratamento, ao prévio pedido de autorização para o fazer ou à prévia notificação à CNPN de que irá fazê-lo, conforme resulta dos Artigos 28.º e 27.º da Lei, respectivamente. Abre excepção a este regime de prévia autorização, o disposto no n.º 2 do Artigo 28.º, de acordo com o qual não haverá exigência de prévia autorização da CNPD o tratamento de dados que esteja expressamente previsto em diploma legal.

9 A par desta omissão de formalização junto da CNPD, o Artigo 43.º, n.º 1, alínea b), pune a prestação de "falsas informações na notificação ou nos pedidos de autorização para o tratamento de dados pessoais". Trata-se de um tipo diferente, pelo qual se punem, em geral e de forma autónoma, as falsas declarações prestadas com o objectivo de iludir a CNPD a propósito de tratamento de dados que se pretende vir a fazer. Nesta vertente, é propósito da lei sancionar aqueles que, de forma activa, adoptem atitude que pretenda enganar a CNDP. Este engano terá em vista obter da Comissão uma posição favorável ao tratamento de dados que o autor do engano se propõe vir a fazer, sendo certo que não fosse produzido esse engano aquela posição da CNPD poderia não ser favorável ao requerente. Nesta dimensão, esta vertente particular do crime não difere da tipologia geral de falsas declarações, prevista noutras sedes.

10 Diferente desta, é a variante descrita no trecho final da alínea b) do n.º 1, na qual se incrimina quem, no decurso do tratamento de dados, "proceder a modificações não consentidas pelo instrumento de legalização". Esta vertente do tipo incrimina uma modalidade diferente de actuação, eventualmente praticada por quem tenha procedido perante a CNPD com observação das regras, no momento da obtenção da respectiva posição a propósito do tratamento de dados mas que, depois, extravasou os seus iniciais propósitos manifestados. Ou seja, propõe-se esta parte do tipo de crime sancionar quem, tendo declarado à CNPD determinados intuitos respeitantes ao tratamento de dados e, em face do intuito manifestado, obteve concordância daquela, depois altera esse intuito e procede ao tratamento dos dados de forma diversa. Com esta incriminação da lei pretende sublinhar-se a função reguladora da CNPD, incriminando-se aquelas actuações que se furtem à sua supervisão, nos termos da lei.

11 A variante criminal descrita na alínea c) do Artigo 43.º, n.º 1, é de natureza inteiramente diferente. Pune-se, por esta disposição a utilização de dados pessoais "de forma incompatível com a finalidade determinante da recolha ou com o instrumento de legalização". Isto é, incrimina-se o uso dos dados pessoais para fins daqueles que se propôs prosseguir quem procedeu à sua obtenção e organização. Aflora aqui o estruturante princípio da finalidade, um dos fundamentais princípios do tratamento de dados pessoais, como já acima se referiu, o qual supõe que os dados sejam recolhidos apenas para prosseguir finalidades determinadas, não podendo ser tratados de forma incompatível com essas finalidades. É em consonância com esta formulação, que o Artigo 43.º, n.º 1, alínea c) incrimina aquilo que começa por denominar por "desvio" na utilização de dados pessoais.

12 A alínea d) pune aqueles que efectuarem ou promoverem "uma interconexão ilegal de dados pessoais". Ou seja, incrimina quem "promover ou efectuar" interconexão de dados fora dos casos permitidos por lei.

Adianta a alínea i) do Artigo 3.º da Lei n.º 67/98 que é interconexão de dados "a forma de tratamento que consiste na possibilidade de relacionamento dos dados de um ficheiro com os dados de um ficheiro ou ficheiros mantidos por outro ou outros responsáveis, ou mantidos pelo mesmo responsável com outra finalidade". Ou dito de outra forma, procederá à interconexão de dados quem conjugar os

dados de dois ficheiros diferentes, obtendo assim resultados, no tratamento desses dados, que não obteria dos dois ficheiros que se "cruzam".
A Lei n.º 67/98 não proíbe de forma categórica a interconexão de dados. Porém, apenas a permite em dois tipos de situações: por um lado, quando esta interconexão for autorizada por qualquer outra disposição legal; por outro, quando for autorizada pela Comissão Nacional de Protecção de Dados – é o que se dispõe no n.º 1 do Artigo 9.º da Lei. Esta autorização pela CNPD tem que ser solicitada pelos responsáveis dos tratamentos dos dados e insere-se no mecanismo do controlo prévio descrito no Artigo 28.º da Lei, que prevê os tipos de tratamento de dados que carecem de autorização da CNPD, prévia a esse tratamento – cfr. Artigo 28.º, n.º 1, alínea c).
É também o já referido Artigo 9.º que delimita a possibilidade de a CNPD autorizar a interconexão de dados, a qual deverá ser "adequada à prossecução das finalidades legais ou estatutárias e de interesses legítimos dos responsáveis dos tratamentos, não implicar discriminação ou diminuição dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados, ser rodeada de adequadas medidas de segurança e ter em conta o tipo de dados objecto de interconexão".

13 Por último, o Artigo 43.º, n.º 1, incrimina formas específicas de desobediência a ordens emitidas pela Comissão Nacional de Protecção de Dados. Assim, na alínea e), pune quem deixar de cumprir obrigações legais na área da legislação de protecção de dados, se para o efeito for intimado a fazê-lo pela CNPD. Esta modalidade do crime apenas se verifica quando tenha sido fixado pela CNPD um prazo para o cumprimento das obrigações legais em causa e consuma-se quando for ultrapassado o prazo que tiver sido fixado pela CNPD para o efeito.
Por outro lado, na alínea f) do mesmo n.º 1 do Artigo 43.º, descreve-se uma outra modalidade típica, que tem com a que acaba de descrever-se uma relação de especialidade. De facto, a alínea f) pune quem deixar de cumprir uma específica ordem da CNPD, a qual é a notificação para deixar de manter "o acesso a redes abertas de transmissão de dados a responsáveis pelo tratamento de dados pessoais que não cumpram as disposições da presente lei". Portanto, incrimina-se nos termos desta alínea uma actuação que já o estaria por via da alínea e), uma vez que qualquer ordem da CNPD neste sentido apenas poderá ser emitida com o intuito de que sejam cumpridas normas legais na área da protecção de dados. As previsões destas duas alíneas, e) e f), constituem assim duas modalidades especiais de desobediência as quais, em todo o caso, têm ainda que relacionar-se com o texto do Artigo 46.º da Lei n.º 67/98, que prevê um crime de desobediência qualificada. Genericamente, como melhor será analisado em local próprio, o Artigo 46.º pune quem, sendo notificado pela CNPD para proceder em determinado sentido, o não faz. Portanto, as similitudes com as previsões do Artigo 43.º, n.º 1, alíneas e) e f) são óbvias.

14 Já ficou dito que as diversas modalidades de prática do tipo de crime descrito no Artigo 43.º, n.º 1 podem ser praticadas por quem proceda ao tratamento de dados pessoais, ou ainda por quem tenha acesso a dados pessoais no âmbito do respectivo tratamento. Nalguns casos, supõe-se que o agente deste tipo de crime, por alguma das formas previstas naquelas alíneas, viole as regras que regem esse tratamento de dados ou as suas obrigações, decorrentes desse tratamento de dados, perante a Comissão Nacional de Tratamento de Dados. Porém, todas estas atitudes hão-de ser dolosas, para que se preencham o **tipo subjectivo** de crime. Ou seja, todos os crimes (ou todas as modalidades de prática do crime) descritos no Artigo 43.º, n.º 1 são dolosos. Este dolo é genérico, com isto se pretendendo significar que resulta do intuito do agente de praticar os actos objectivos que integram o tipo objectivo de crime. Assim, preencher-se-á o tipo subjectivo se o agente tiver dolo

quanto às acções materiais descritas: omitir actos, fornecer falsas informações, proceder a modificações, desviar dados, promover ou efectuar interconexão de dados, não cumprir obrigações ou intimações da CNPD.

15 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 43.º da Lei n.º 67/98, a pena é de prisão até um ano ou multa até 120 dias, no caso do tipo principal de crime previsto no n.º 1, sendo agravada para o dobro, se o crime recair sobre os dados pessoais a que se referem os artigos 7.º e 8.º da Lei (como se descreve no n.º 2 do Artigo 43.º). Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível.

No entanto, o Artigo 48.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa crimes dos que esta lei prevê.

Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 48.º da Lei n.º 67/98), a tentativa de prática de crime nas modalidades do Artigo 43.º da Lei n.º 67/98 é sempre punível.

16 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no n.º 1 do Artigo 43.º da Lei n.º 67/98 é a **pena** de prisão até um ano ou multa até 120 dias. Esta é a cominação descrita para o tipo principal de crime, nas diversas modalidades previstas no n.º 1 daquele Artigo. Esta pena é agravada para o dobro no caso do n.º 2 do Artigo 43.º – que ocorrerá se o crime (nas modalidades do n.º 1 do Artigo 43.º) recair sobre os dados pessoais a que se referem os artigos 7.º e 8.º da Lei.

Estas duas disposições da Lei n.º 67/98 referem dados pessoais cujo tratamento, de acordo com a lei, deverá revestir particular cuidado, pela sua natureza. Assim, no Artigo 7.º, n.º 1, referem-se "dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos". Quanto ao Artigo 8.º, n.º 1, alude-se a dados que integrem "registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias", bem como genericamente, a dados pessoais tratados "para fins de investigação policial".

Porém, além desta pena principal, a Lei n.º 67/98 prevê ainda – aliás para todos os ilícitos descritos na lei –, penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura

públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

Artigo 44.º
Acesso indevido

1. Quem, sem a devida autorização, por qualquer modo, aceder a dados pessoais cujo acesso lhe está vedado é punido com prisão até um ano ou multa até 120 dias.
2. A pena é agravada para o dobro dos seus limites quando o acesso:
a) For conseguido através de violação de regras técnicas de segurança;
b) Tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais;
c) Tiver proporcionado ao agente ou a terceiros benefício ou vantagem patrimonial.
3. No caso do n.º 1 o procedimento criminal depende de queixa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotação 5)
O tipo objectivo e subjectivo (anotações 6 a 9)
O concurso (anotação 10)
A tentativa (anotação 11)
A pena (anotação 12)

1 O crime de acesso indevido, previsto no Artigo 44.º, integra a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro – Lei da Protecção de Dados Pessoais, a qual é o quadro normativo abrangente, que regula de forma exaustiva o tratamento permitido de dados pessoais. Esta lei não é completamente inovadora, já que veio substituir, alterando-a, a Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, que anteriormente regulava a mesma matéria. Por outro lado, a Lei n.º 67/98 transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Portanto, por um lado, este diploma recupera um quadro normativo anterior que altera e, por outro, satisfaz compromissos legislativos de Portugal com a União Europeia.

2 Em termos imediatos, a Lei n.º 67/98 teve origem na Proposta de Lei 173/VII (consultável em www.parlamento.pt e no Diário da Assembleia da República, II.ª Série A - Número 047, de 30 de Abril de 1998). O texto do Artigo 44.º que veio a ser consagrada na lei é exactamente aquele que já constava da Proposta de Lei 173/VII. Aliás, por outro lado, reproduz exactamente o teor do Artigo 38.º da Lei n.º 10/91, que previa e punia o crime de acesso indevido.
Esta proposta de lei, não escamoteando a inspiração na Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, inspira-se no quadro constitucional a este respeito, resultante do Artigo 35.º da Constituição. Desta norma constitucional resultam vários princípios que depois se apercebem na lei: o direito de acesso e conhecimento dos dados (Artigo 35.º, n.º 1), os direitos quanto ao tratamento de dados, à sua transmissão e utilização (Artigo 35.º, n.º 2), ou a proibição ou limitação no tratamento de dados sensíveis (dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica – Artigo 35.º, n.º 3).

3 Anote-se que, em cumprimento do Artigo 35.º, n.º 7 da Constituição da República, a Lei n.º 67/98 confere aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais uma protecção idêntica à que confere aos dados pessoais constantes de ficheiros informatizados. Portanto, as normas da protecção de dados aplicam-se tanto ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados,

como ao tratamento de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a eles destinados. No caso particular do acesso indevido, previsto no Artigo 44.º, esta aplicabilidade exige específica atenção, uma vez que o tipo de crime foi construído tendo como referência o acesso ilegítimo previsto no Artigo 7.º da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91), o qual está actualmente previsto no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime (que revogada a outra). Este tipo de crime foi especificamente concebido para o meio informático e suscitará dificuldades de aplicação no mundo real, dito *off-line*.

4 A revisão da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, correspondeu também a desígnios internos. O Livro Verde para a Sociedade de Informação, documento oficial da época, identificou esta lei como uma das que carecia revisão – cfr. medida 8.1. Aliás, como resulta da Proposta de Lei 173/VII, que já acima se referenciou, este impulso revisor teve na origem dificuldades suscitadas pela aplicação prática na aplicação da lei: "a criminalização da omissão ou cumprimento defeituoso de disposições da protecção de dados, como se prevê na Lei n.º 10/91, revelou-se excessiva e motivadora da dificuldade de actuação em muitos desses casos. Entende-se, por isso, que seria não só mais realista mas, sobretudo, dinamizador do cumprimento da lei o considerar, em regra, como contra-ordenações as omissões ou comportamentos meramente negligentes e incriminar apenas as condutas intencionais de omissão ou não cumprimento em termos similares aos previstos na Lei n.º 10/91". Anote-se que na Lei n.º 10/91, ao contrário do que acontece com Lei n.º 67/98, não se previam contra-ordenações.

5 O crime de acesso indevido, previsto no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 inspirou-se directamente no texto do Artigo 7.º da Lei n.º 109/91 (Lei da Criminalidade Informática), actualmente revogado e substituído pelo Artigo 6.º da Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro. É grande a coincidência nas redacções dos dois tipos de crime, distinguindo-os sobretudo os dados que são objecto de um e de outro. Assim, no crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime, pune-se o acesso sem permissão legal ou autorização a um sistema informático, enquanto no crime de acesso indevido, descrito no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, se pune o acesso não autorizado a dados pessoais. Quanto ao demais, a sobreposição dos dois tipos de crime é quase total, se se tiver em conta a redacção originária do Artigo 7.º, da lei de 1991 e muito grande, tendo em conta a redacção do Artigo 6.º, da lei de 2009.

Naturalmente que, pela particularidade do seu objecto (os dados pessoais), este crime do Artigo 44.º mantém uma relação de especialidade com o crime de acesso ilegítimo, descrito na Lei do Cibercrime.

O crime de acesso indevido dirige-se à confidencialidade exigida no tratamento de dados pessoais e pretende assegurar que o tratamento de dados pessoais se faz com respeito por essa confidencialidade. Não desconhece o legislador que, tendencialmente, todo o tipo de tratamento de dados tenderá a ser feito por via de sistemas informáticos e que, portanto, importa salvaguardar a confidencialidade face às modernas ameaças à segurança dos sistemas informáticos, que podem pôr em causa essa confidencialidade. Também por isso, as formas qualificadas de prática de crime coincidem integralmente com as descritas no antigo Artigo 7.º, n.os 2 e 3 da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/2009), hoje em dia substituído pelo Artigo 6.º da Lei do Cibercrime. Quanto a este último, apesar de ter visto o seu tipo de crime ampliado, em relação à versão de 1991, mantém no texto dos seus números 1, 3 e 4 as normas que inspiraram o Artigo 44.º da Lei n.º 67/98.

Pretenderá, portanto, proteger-se com este tipo de crime a privacidade resultante do tratamento de dados pessoais, "na sua vertente de direito à autodeterminação

informacional" (BENJAMIM SILVA RODRIGUES, "Direito Penal – Parte Especial I – Direito Penal Informático-Digital", Coimbra 2009, página 450).

6 "**Aceder a dados pessoais**" é entrar num sistema informático ou num arquivo físico onde se guardem dados pessoais. A lei é aberta a este propósito, desenhando um crime livre na forma, ao considerar como crime o acesso "por qualquer modo" a dados pessoais. Porém, este acesso apenas é criminalmente punido se for efectuado "sem a devida autorização". Não será portanto crime o acesso a dados por quem estiver, ao aceder, munido de autorização, que pode ser legal ou conferida pelo responsável pelo tratamento de dados.

7 Por outro lado, o **tipo subjectivo** de crime de acesso indevido, previsto no Artigo 44.º, não exige qualquer intenção específica – por exemplo a de causar prejuízo ou a de obter qualquer benefício ilegítimo. Apenas se exige, portanto, o dolo genérico, como resulta da expressão "sem a devida autorização".

8 Este crime comporta **formas qualificadas**. Pode operar-se essa qualificação se por via da acção o agente do crime obteve benefícios ou vantagens patrimoniais – é a modalidade prevista na alínea c) do n.º 2 do Artigo 44.º Mas a qualificação pode ainda verificar-se se "acesso for conseguido através de violação de regras de segurança" (alínea a) n.º 3 do Artigo 44.º) ou se por via deste acesso indevido o infractor "tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais" (alínea b) do n.º 1 do Artigo 44.º).

A obtenção de vantagem patrimonial é uma qualificativa de fácil interpretação. É comum a muitos outros crimes e traduz, em geral, o intuito económico do agente. Verificar-se-á esta agravante do crime quando o agente pretender ganhar dinheiro – ou outro tipo de vantagem –, com a prática deste crime.

As outras duas qualificativas exigem referências mais detalhadas. Por um lado, a qualificativa da alínea b) – a efectiva tomada de conhecimento de dados pessoais –, sublinha o carácter formal do crime principal, previsto no n.º 1 do Artigo 44.º: este tipo de crime de acesso indevido basta-se com o mero acesso formal a uma base de dados, independentemente de o agente ter efectivamente, ou não, tomado conhecimento desses dados. Quanto à qualificativa da alínea a) (o acesso for conseguido através de violação de regras de segurança), assemelha-se à qualificativa do tipo de crime de acesso ilegítimo descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009. Será exemplo desta previsão a situação do agente do crime utilizar uma *password* indevidamente obtida.

9 Anota-se que aquilo que se pune nestas disposições do Artigo 44.º é apenas o acesso ilegítimo a dados pessoais, não abrangendo com este crime a eventual utilização desses dados. Essa outra actividade criminosa, de utilização desses dados, será enquadrada provavelmente na situação descrita na alínea c) do n.º 1 do Artigo 43.º da Lei n.º 67/98.

10 Aquilo que ficou já dito permite concluir, quanto a tratamentos de dados pessoais processados automatizadamente em sistemas informáticos, que o crime de acesso indevido, previsto no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 mantém com o crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime, uma **relação de especialidade**. Na verdade, quanto a tratamentos de dados processados por meio de sistemas informáticos, os factos susceptíveis de preencher os elementos típicos do crime de acesso indevido, previsto no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, seriam em teoria igualmente susceptíveis de preencher o tipo de crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime.

11 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no

caso do Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, a pena é de prisão até um ano ou multa até 120 dias, no caso do tipo principal de crime previsto no n.º 1, sendo agravada para o dobro na versão qualificada descrita nas alíneas do n.º 2. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível.

No entanto, o Artigo 48.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa crimes dos que esta lei prevê. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 48.º da Lei n.º 67/98), a tentativa de prática de crime nas modalidades do Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 é sempre punível.

Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no n.º 1 do Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 é a **pena** de prisão até um ano ou a multa até 120 dias. Esta é a cominação descrita para o tipo principal de crime, previsto no n.º 1 daquele Artigo. Esta pena é agravada para o dobro nos casos do n.º 2 do Artigo 44.º – que ocorrerá se o crime for praticado com "violação de regras técnicas de segurança", ou se possibilitar "ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais" ou "benefício ou vantagem patrimonial". **12**

Porém, além desta pena principal, a Lei n.º 67/98 prevê ainda – aliás para todos os ilícitos descritos na lei –, penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

Artigo 45.º
Viciação ou destruição de dados pessoais

1. Quem, sem a devida autorização, apagar, destruir, danificar, suprimir ou modificar dados pessoais, tornando-os inutilizáveis ou afectando a sua capacidade de uso, é punido com prisão até dois anos ou multa até 240 dias.

2. A pena é agravada para o dobro nos seus limites se o dano produzido for particularmente grave.

3. Se o agente actuar com negligência, a pena é, em ambos os casos, de prisão até um ano ou multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 5 a 7)

A tentativa (anotação 8)
A pena (anotação 9)

1 O crime de viciação ou destruição de dados pessoais, previsto no Artigo 45.º, integra a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro – Lei da Protecção de Dados Pessoais, a qual é o quadro normativo abrangente, que regula de forma exaustiva o tratamento permitido de dados pessoais. Esta lei veio substituir a Lei n.º 10/91 de 29 de Abril (que alterou) a qual anteriormente regulava a mesma matéria. Por outro lado, a Lei n.º 67/98 transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Portanto, por um lado, este diploma recupera um quadro normativo anterior que altera e, por outro, satisfaz compromissos legislativos de Portugal com a União Europeia.

2 Em termos imediatos, a Lei n.º 67/98 teve origem na Proposta de Lei 173/VII (consultável em www.parlamento.pt e no Diário da Assembleia da República, IIª Série A - Número 047, de 30 de Abril de 1998). O texto do Artigo 45.º que veio a ser consagrado na lei é exactamente do mesmo teor daquele que já constava da Proposta de Lei 173/VII. Aliás, por outro lado, reproduz quase integralmente o teor do Artigo 39.º da Lei n.º 10/91, que previa e punia o crime de viciação ou destruição de dados. Esta proposta de lei, não escamoteando a inspiração na Directiva 95/46/ CE, de 24 de Outubro de 1995, inspira-se no quadro constitucional a este respeito, resultante do Artigo 35.º da Constituição. Desta norma constitucional resultam vários princípios que depois se apercebem na lei: o direito de acesso e conhecimento dos dados (Artigo 35.º, n.º 1), os direitos quanto ao tratamento de dados, à sua transmissão e utilização (Artigo 35.º, n.º 2), ou a proibição ou limitação no tratamento de dados sensíveis (dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica – Artigo 35.º, n.º 3).

3 Anote-se que, em cumprimento do Artigo 35.º, n.º 7 da Constituição da República, a Lei n.º 67/98 confere aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais uma protecção idêntica à que confere aos dados pessoais constantes de ficheiros informatizados. Portanto, as normas da protecção de dados aplicam-se tanto ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, como ao tratamento de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a eles destinados. No caso particular do crime de viciação ou destruição de dados pessoais, previsto no Artigo 45.º, esta aplicabilidade alargada é estreita, uma vez que o tipo de crime foi construído tendo em vista os dados pessoais guardados em suporte digital e tratados por via de um sistema de computadores. Aliás, a redacção do Artigo 45.º recupera quase na íntegra o teor do Artigo 39.º da Lei n.º 10/91, que era exclusivamente aplicável a dados pessoais informatizados. Por outro lado, é também bem claro o decalque em relação ao crime de dano relativo a dados ou programas informáticos, previsto no Artigo 5.º da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91): as descrições genéricas dos dois tipos de crime sobrepõem-se claramente. Esta identidade de género não se alterou substancialmente com a revogação da Lei n.º 109/91 pela Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009) e com a substituição do texto do referido Artigo 5.º pelo novo Artigo 4.º deste último e mais recente diploma legal, onde se prevê agora o tipo de crime de dano relativo a programas ou dados informáticos.

4 Como bem resulta do já se disse, a revisão da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, correspondeu também a desígnios internos. Aliás, o Livro Verde para a Sociedade de Informação, documento oficial da época, identificou esta lei como uma das

que carecia revisão – cfr. medida 8.1. Como resulta da Proposta de Lei 173/VII, que já acima se referenciou, este impulso revisor teve na origem dificuldades suscitadas pela aplicação prática na aplicação da lei: "a criminalização da omissão ou cumprimento defeituoso de disposições da protecção de dados, como se prevê na Lei n.º 10/91, revelou-se excessiva e motivadora da dificuldade de actuação em muitos desses casos. Entende-se, por isso, que seria não só mais realista mas, sobretudo, dinamizador do cumprimento da lei o considerar, em regra, como contra-ordenações as omissões ou comportamentos meramente negligentes e incriminar apenas as condutas intencionais de omissão ou não cumprimento em termos similares aos previstos na Lei n.º 10/91". Anote-se que na Lei n.º 10/91, ao contrário do que acontece com Lei n.º 67/98, não se previam contra-ordenações.

5 Como se disse, o crime de viciação ou destruição de dados pessoais, previsto no Artigo 45.º, foi concebido por decalque, quer do seu antecedente Artigo 39.º da Lei n.º 10/91, quer do tipo de crime de dano relativo a dados ou programas informáticos, previsto no Artigo 5.º da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91), actualmente substituído pelo crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009). Naturalmente que, pela particularidade do seu objecto (os dados pessoais) este tipo de crime, do Artigo 45.º, mantém com o crime de dano a programas ou outros dados informáticos, descrito na Lei do Cibercrime, uma **relação de especialidade**.

Por outro lado, todos eles se aparentam com o crime de dano previsto no Artigo 212.º do Código Penal, separando-os, todavia, o objecto especial sobre que incidem. Genericamente, o crime de dano do Código Penal tem como objecto "uma "coisa"; os restantes tipos referidos incidem sobre dados ou programas informáticos e, no que respeita ao crime previsto no Artigo 45.º que agora se anota, a dados pessoais, estejam ou não contidos em ficheiros informáticos.

6 Tal como acontece com o crime de dano comum, os factos típicos susceptíveis de preencher o tipo de crime do Artigo 45.º são o resultado de uma actuação não autorizada. O **tipo objectivo** pode ser preenchido apagando ou destruindo, danificando, suprimindo ou modificando dados pessoais, tornando-os inutilizáveis ou afectando a sua capacidade de uso (Artigo 45.º, n.º 1). Ao contrário dos outros, este tipo de crime revela porém a especificidade de ser indiferente à intenção de causar prejuízo ou de obter benefício ilegítimo. Portanto, na forma dolosa, este crime basta-se com dolo genérico, dirigido aos actos materiais que compõem o tipo objectivo. E referiu-se especificamente a forma dolosa porque, ao contrário do que acontece com todos os restantes tipos de ilícito desta natureza (da área do dano), além da actuação dolosa, no seu n.º 3, o Artigo 45.º pune também a actuação negligente.

No que respeita ao tipo, importa ainda referir a existência de uma forma qualificada de prática do crime de viciação ou destruição de dados pessoais, descrita no n.º 2 do Artigo 45.º, que sanciona de forma mais grave a acção da qual resulte um "dano produzido particularmente grave".

7 No que se refere ao **bem jurídico** protegido, o crime de viciação ou destruição de dados pessoais pretende dar tutela penal à defesa da integridade e fiabilidade de dados pessoais sujeitos a tratamento, consagrando sanção penal, além do mais, para a violação da disposição da alínea d) do n.º do Artigo 5.º da Lei n.º 67/98, que impõe que, quando haja tratamento de dados, esses dados pessoais sejam "exactos". Desde logo, por via da previsão do Artigo 45.º, é assegurada aos dados pessoais, estejam guardados e tratados em suporte digital ou não, protecção de idêntico teor à que é conferida pelo Código Penal aos bens corpóreos, no que

respeita a danos ocasionados de forma deliberada. Mas é mais: "pretende-se tutelar a posse e uso dos dados pessoais, pelo seu legítimo titular ou proprietário" tendo em vista permitir que "cada pessoa se autodetermine, em matéria de dados de carácter pessoal, nomeadamente permitindo o seu tratamento, processamento em certo condicionalismo legal, bem como a possibilidade de reivindicação do direito à rectificação/correcção ou supressão" (BENJAMIM SILVA RODRIGUES, "Direito Penal – Parte Especial I – Direito Penal Informático-Digital", Coimbra 2009, página 453).

8 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 45.º da Lei n.º 67/98, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, no caso do tipo principal de crime previsto no n.º 1, sendo agravada para o dobro, como se refere no n.º 2 do Artigo 45.º, "se o dano produzido for particularmente grave". Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível. No entanto, o Artigo 48.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa crimes dos que esta lei prevê. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 48.º da Lei n.º 67/98), a tentativa de prática do crime de viciação ou destruição de dados pessoais, previsto no Artigo 45.º da Lei n.º 67/98, é sempre punível.

9 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no n.º 1 do Artigo 45.º da Lei n.º 67/98 é a **pena** de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Esta é a cominação descrita para o tipo principal de crime, mas a pena é agravada para o dobro no caso do n.º 2 do Artigo 45.º – que ocorrerá se o dano produzido pela prática do crime for particularmente grave. Por outro lado, se o agente do crime agir com negligência, a pena é, em qualquer dos casos, do n.º 1 ou do n.º 2, de prisão até um ano ou multa até 120 dias.

Porém, além desta pena principal, a Lei n.º 67/98 prevê ainda – aliás para todos os ilícitos descritos na lei –, penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está por outro lado prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

Artigo 46.º
Desobediência qualificada

1. Quem, depois de notificado para o efeito, não interromper, cessar ou bloquear o tratamento de dados pessoais é punido com a pena correspondente ao crime de desobediência qualificada.

2. Na mesma pena incorre quem, depois de notificado:

a) Recusar, sem justa causa, a colaboração que concretamente lhe for exigida nos termos do Artigo 24.º;

b) Não proceder ao apagamento, destruição total ou parcial de dados pessoais;

c) Não proceder à destruição de dados pessoais, findo o prazo de conservação previsto no Artigo 5.º

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotação 5)
O tipo objectivo (anotação 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)
O concurso (anotação 8)
A tentativa (anotação 9)
A pena (anotação 10)

O crime de desobediência qualificada, previsto no Artigo 46.º, integra a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro - Lei da Protecção de Dados Pessoais, a qual é o quadro normativo abrangente, que regula de forma exaustiva o tratamento permitido de dados pessoais. Esta lei veio substituir a Lei n.º 10/91 de 29 de Abril (que alterou) a qual anteriormente regulava a mesma matéria. Por outro lado, a Lei n.º 67/98 transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Portanto, por um lado, este diploma recupera um quadro normativo anterior que altera e, por outro, satisfaz compromissos legislativos de Portugal com a União Europeia. **1**

Em termos imediatos, a Lei n.º 67/98 teve origem na Proposta de Lei 173/VII (consultável em www.parlamento.pt e no Diário da Assembleia da República, II.ª Série A - Número 047, de 30 de Abril de 1998). O texto do Artigo 46.º que veio a ser consagrado na lei é exactamente aquele que já constava da Proposta de Lei 173/VII. Aliás, por outro lado, reproduz em muito boa medida o teor do Artigo 40.º da Lei n.º 10/91, que previa e punia igualmente o crime de desobediência qualificada. Esta proposta de lei, não escamoteando a inspiração na Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, inspira-se no quadro constitucional a este respeito, resultante do Artigo 35.º da Constituição. Desta norma constitucional resultam vários princípios que depois se apercebem na lei: o direito de acesso e conhecimento dos dados (Artigo 35.º, n.º 1), os direitos quanto ao tratamento de dados, à sua transmissão e utilização (Artigo 35.º, n.º 2), ou a proibição ou limitação no tratamento de dados sensíveis (dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica – Artigo 35.º, n.º 3). **2**

Anote-se que, em cumprimento do Artigo 35.º, n.º 7 da Constituição da República, a Lei n.º 67/98 confere aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais uma protecção idêntica à que confere aos dados pessoais constantes de ficheiros informatizados. Portanto, as normas da protecção de dados aplicam-se tanto ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, **3**

como ao tratamento de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a eles destinados.

4 Como bem resulta do já se disse, a revisão da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, correspondeu também a desígnios internos. Aliás, o Livro Verde para a Sociedade de Informação, documento oficial da época, identificou esta lei como uma das que carecia revisão – cfr. medida 8.1. Como resulta da Proposta de Lei 173/VII, que já acima se referenciou, este impulso revisor teve na origem dificuldades suscitadas pela aplicação prática na aplicação da lei: "a criminalização da omissão ou cumprimento defeituoso de disposições da protecção de dados, como se prevê na Lei n.º 10/91, revelou-se excessiva e motivadora da dificuldade de actuação em muitos desses casos. Entende-se, por isso, que seria não só mais realista mas, sobretudo, dinamizador do cumprimento da lei o considerar, em regra, como contra-ordenações as omissões ou comportamentos meramente negligentes e incriminar apenas as condutas intencionais de omissão ou não cumprimento em termos similares aos previstos na Lei n.º 10/91". Anote-se que na Lei n.º 10/91, ao contrário do que acontece com Lei n.º 67/98, não se previam contra-ordenações.

5 Com este tipo de crime pretende o legislador, conferindo tutela penal, fazer respeitar as deliberações da Comissão Nacional de Protecção de Dados. Ou seja, é interesse protegido deste crime o do respeito pela instituição pública que é a CNPD, pelas suas deliberações e pelo cumprimento delas, após a respectiva notificação. Trata-se, no fundo, daquilo a que a doutrina tem chamado a autonomia intencional do Estado (no caso, corporizada na CNPD). Não difere, pois, este crime, do crime matricial de desobediência 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.

6 Não cabe no âmbito deste comentário abordar as genéricas questões respeitantes à figura do crime de desobediência, tal como ela resulta da matriz consagrada no Código Penal. Pretende-se apenas deixar aqui nota da especificidade deste formato de crime de desobediência qualificada, consagrado no Artigo 46.º da Lei n.º 67/98. Esta desobediência qualificada pode consubstanciar uma de **duas modalidades diferentes**, descritas no n.º 1 e nas três alíneas do n.º 2 do Artigo 46.º: por um lado, a desobediência pode consistir no desrespeito de notificações da CNPD cujo objectivo seja uma determinada acção quanto a dados sujeitos a tratamento; por outro lado pode consubstanciar mera recusa de cooperação com a CNPD nos termos gerais.

Integram a primeira vertente as situações descritas no n.º 1 e as descritas nas alíneas b) e c) do n.º 2. Assim, será desobediência qualificada a acção de quem, tendo sido "notificado para o efeito, não interromper, cessar ou bloquear o tratamento de dados pessoais". Da mesma forma, constituirá desobediência a acção daquele que, tendo sido notificado, "não proceder ao apagamento, destruição total ou parcial de dados pessoais" (alínea b) do n.º 2) ou "não proceder à destruição de dados pessoais, findo o prazo de conservação previsto no Artigo 5.º" (alínea c) do n.º 2). Esta última disposição – o Artigo 5.º e em particular a alínea e) do seu n.º 1 –, incrimina a omissão de quem, tendo procedido ao tratamento de dados pessoais, os conservar para além do período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior. Recorde-se que apenas se preencherá o tipo objectivo de ilícito se o agente tiver sido notificado pela CNPD nesse sentido. É de tipo diferente a desobediência qualificada descrita na alínea a) do n.º 2 do Artigo 46.º Nos termos desta norma, incorre na prática de crime quem, "depois

de notificado, recusar, sem justa causa, a colaboração que concretamente lhe for exigida nos termos do Artigo 24.º". Esta colaboração, como refere o Artigo 24.º, n.º 1 da Lei n.º 67/98, é aquela que é devida à CNPD por todas as entidades públicas e privadas que deverão, em cumprimento dessa obrigação, facultar à CNPD todas as informações que esta solicitar, no exercício das suas competências. Esta obrigação do Artigo 24.º é estrita e inclui, entre outras exigências de colaboração, o acesso e exame a sistemas informáticos e ficheiros de dados pessoais, bem como a toda a documentação relativa ao tratamento e transmissão de dados pessoais (Artigo 24.º, n.º 2).

Estas formas de execução do crime, não extravasam os princípios gerais da previsão do Código Penal, limitando-se a especificar uma alargada gama de actuações que se considera ilícita e punível como desobediência. Com estas especificações previsões pretendeu o legislador garantir reforçadamente, com tutela penal, o cumprimento das notificações de ordens e deliberações da CNPD.

7 Estas formas especiais de prática do crime de desobediência, descritas no Artigo 46.º da Lei n.º 67/98 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 desrespeito de notificações da CNPD cujo objectivo seja uma determinada acção quanto a dados sujeitos a tratamento e a mera recusa de cooperação com a CNPD nos termos que acima se descreveram.

8 No antecedente comentário ao Artigo 43.º da Lei n.º 67/98 deixou-se já dito que este crime, do Artigo 43.º, nas alíneas e) e f) do n.º 1, incrimina formas específicas de desobediência a ordens emitidas pela Comissão Nacional de Protecção de Dados. Assim, na alínea e), pune-se quem deixar de cumprir obrigações legais na área da legislação de protecção de dados, se para o efeito for intimado a fazê-lo pela CNPD. Por outro lado, na alínea f) do mesmo n.º 1 do Artigo 43.º, descreve-se uma outra modalidade típica, que tem com a que acaba de descrever-se uma relação de especialidade. De facto, a alínea f) pune quem deixar de cumprir uma específica ordem da CNPD, a qual é a notificação para deixar de manter "o acesso a redes abertas de transmissão de dados a responsáveis pelo tratamento de dados pessoais que não cumpram as disposições da presente lei". Portanto, incrimina-se nos termos desta alínea uma actuação que já o estaria por via da alínea e), uma vez que qualquer ordem da CNPD neste sentido apenas poderá ser emitida com o intuito de que sejam cumpridas normas legais na área da protecção de dados. Pelo que se disse, tem que concluir-se que estas previsões das alíneas, e) e f), constituem duas modalidades especiais de desobediência.

Como ficou dito, o crime descrito no Artigo 46.º, que agora se anota, pune quem, sendo notificado pela CNPD para proceder em determinado sentido, o não faz. Portanto, as similitudes com as previsões do Artigo 43.º, n.º 1, alíneas e) e f) são óbvias. Sendo assim, a sua aplicação ao caso concreto tem que ser cotejada com o tipo de crime de desobediência, previsto no Artigo 46.º da Lei n.º 67/98. Quanto à previsão da alínea e) do n.º 1 do Artigo 43.º, a previsão é muito genérica – mais genérica até que as várias previsões do Artigo 46.º Já quanto à previsão da alínea f) do n.º 1 do Artigo 43.º, é muito mais específica – porventura mais do que as previsões do Artigo 46.º Portanto, no caso concreto será necessário apurar, antes de mais, se a situação se enquadra nalgumas das situações específicas descritas, sendo certo que caso não se enquadre sempre será aplicável a disposição mais genérica do Artigo 43.º, n.º 1, alínea e).

9 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior

a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no Artigo 46.º da Lei n.º 67/98, não se prevê qualquer pena para a prática deste crime, remetendo-se a este propósito para o crime de desobediência qualificada (previsto no Código Penal). Por sua vez, no Artigo 348.º, n.º 2 do Código Penal, comina-se a desobediência qualificada com a pena de prisão até dois anos ou de multa até 240 dias. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível. No entanto, o Artigo 48.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa crimes dos que esta lei prevê. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 48.º da Lei n.º 67/98), a tentativa de prática de crime nas modalidades do Artigo 46.º da Lei n.º 67/98 é sempre punível.

10 Já se disse que a sanção prevista para quem praticar o crime previsto no Artigo 46.º da Lei n.º 67/98, por aplicação do Artigo 348.º, n.º 2, do Código Penal, é a pena de prisão até dois anos ou de multa até 240 dias. Porém, além desta pena principal, a Lei n.º 67/98 prevê ainda – aliás para todos os ilícitos descritos na lei –, penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

Artigo 47.º
Violação do dever de sigilo

1. Quem, obrigado a sigilo profissional, nos termos da lei, sem justa causa e sem o devido consentimento, revelar ou divulgar no todo ou em parte dados pessoais é punido com prisão até dois anos ou multa até 240 dias.

2. A pena é agravada de metade dos seus limites se o agente:

a) For funcionário público ou equiparado, nos termos da lei penal;

b) For determinado pela intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo;

c) Puser em perigo a reputação, a honra e consideração ou a intimidade da vida privada de outrem.

3. A negligência é punível com prisão até seis meses ou multa até 120 dias.

4. Fora dos casos previstos no n.º 2, o procedimento criminal depende de queixa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)

O bem jurídico (anotações 5 e 6)
O tipo objectivo (anotações 7 e 8)
O tipo subjectivo (anotação 9)
A tentativa (anotação 10)
A pena (anotação 11)

1 O crime de violação do dever de sigilo, previsto no Artigo 47.º, integra a Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro - Lei da Protecção de Dados Pessoais, a qual é o quadro normativo abrangente, que regula de forma exaustiva o tratamento permitido de dados pessoais. Esta lei veio substituir a Lei n.º 10/91 de 29 de Abril (que alterou) a qual anteriormente regulava a mesma matéria. Por outro lado, a Lei n.º 67/98 transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Directiva 95/46/ CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados. Portanto, por um lado, este diploma recupera um quadro normativo anterior que altera e, por outro, satisfaz compromissos legislativos de Portugal com a União Europeia.

2 Em termos imediatos, a Lei n.º 67/98 teve origem na Proposta de Lei 173/VII (consultável em www.parlamento.pt e no Diário da Assembleia da República, II.ª Série A – Número 047, de 30 de Abril de 1998). O texto do Artigo 47.º que veio a ser consagrado na lei é exactamente aquele que já constava da Proposta de Lei 173/VII. Aliás, por outro lado, reproduz em muito boa medida o teor do Artigo 41.º da Lei n.º 10/91, que previa e punia igualmente o crime de violação do dever de sigilo. Esta proposta de lei, não escamoteando a inspiração na Directiva 95/46/CE, de 24 de Outubro de 1995, inspira-se no quadro constitucional a este respeito, resultante do Artigo 35.º da Constituição. Desta norma constitucional resultam vários princípios que depois se apercebem na lei: o direito de acesso e conhecimento dos dados (Artigo 35.º, n.º 1), os direitos quanto ao tratamento de dados, à sua transmissão e utilização (Artigo 35.º, n.º 2), ou a proibição ou limitação no tratamento de dados sensíveis (dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica – Artigo 35.º, n.º 3).

3 Anote-se que, em cumprimento do Artigo 35.º, n.º 7 da Constituição da República, a Lei n.º 67/98 confere aos dados pessoais constantes de ficheiros manuais uma protecção idêntica à que confere aos dados pessoais constantes de ficheiros informatizados. Portanto, as normas da protecção de dados aplicam-se tanto ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, como ao tratamento de dados pessoais contidos em ficheiros manuais ou a eles destinados.

4 Como bem resulta do já se disse, a revisão da Lei n.º 10/91, de 29 de Abril, correspondeu também a desígnios internos. Aliás, o Livro Verde para a Sociedade de Informação, documento oficial da época, identificou esta lei como uma das que carecia revisão – cfr. medida 8.1. Como resulta da Proposta de Lei 173/VII, que já acima se referenciou, este impulso revisor teve na origem dificuldades suscitadas pela aplicação prática na aplicação da lei: "a criminalização da omissão ou cumprimento defeituoso de disposições da protecção de dados, como se prevê na Lei n.º 10/91, revelou-se excessiva e motivadora da dificuldade de actuação em muitos desses casos. Entende-se, por isso, que seria não só mais realista mas, sobretudo, dinamizador do cumprimento da lei o considerar, em regra, como contra-ordenações as omissões ou comportamentos meramente negligentes e incriminar apenas as condutas intencionais de omissão ou não cumprimento em

termos similares aos previstos na Lei n.º 10/91". Anote-se que na Lei n.º 10/91, ao contrário do que acontece com Lei n.º 67/98, não se previam contra-ordenações.

5 Não cabe no âmbito deste comentário explorar a genérica amplitude dos crimes de violação de sigilo, do qual este tipo de crime do Artigo 47.º é uma modalidade específica. Já se disse que o texto do Artigo 47.º da Lei n.º 67/98 reproduz em muito boa medida o teor do Artigo 41.º da Lei n.º 10/91, que previa e punia igualmente o crime de violação do dever de sigilo. Como pano de fundo desta realidade, tem de considerar o intérprete o Artigo 195.º do Código Penal, que prevê o crime de violação de segredo. Segundo esta norma do Código Penal, será punido quem "revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte", sem que tenha obtido consentimento para tal atitude. Portanto, tal como acontece com o crime do Artigo 47.º, também o crime do Artigo 195.º do Código Penal é um **crime de profissionais**. Podem praticá-lo profissionais, no sentido de que serão pessoas que têm acesso a segredos "em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte", no caso do Artigo 195.º ou, mais simplesmente na redacção do Artigo 47.º, alguém "obrigado a sigilo profissional".

6 A criminalização da violação de sigilo, no Artigo 47.º, é um dos corolários da consagração, como princípio geral do tratamento de dados, da reserva da vida privada, no Artigo 2.º da Lei n.º 67/98. Por outro lado, é clara esta lei na imposição de sigilo profissional aos "responsáveis do tratamento de dados pessoais, bem como às pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais tratados (…) mesmo após o termo das suas funções" – cfr. Artigo 17.º, n.º 1. Esta imposição de sigilo profissional é igualmente aplicada aos "membros da CNPD, mesmo após o termo do mandato" – cfr. Artigo 17.º, n.º 2. Em consequência desta protecção de segredo, consagra ainda o Artigo 14.º, n.º 1, da mesma Lei n.º 67/98 que "o responsável pelo tratamento deve pôr em prática as medidas técnicas e organizativas adequadas para proteger os dados pessoais contra a (…) a perda acidental (…) a difusão ou o acesso não autorizados (…)". Materializando esta obrigação, o Artigo 15.º obriga os responsáveis pelo tratamento de dados a tomar medidas adequadas para "impedir que suportes de dados possam ser lidos, copiados, alterados ou retirados por pessoa não autorizada" (alínea b) do n.º 1) e ainda para "impedir que sistemas de tratamento automatizados de dados possam ser utilizados por pessoas não autorizadas através de instalações de transmissão de dados" (alínea d) do n.º 1).

7 Praticará o crime do Artigo 47.º quem "revelar ou divulgar no todo ou em parte dados pessoais". Porém, como já se disse, exige a lei que o agente do crime esteja "obrigado a sigilo profissional, nos termos da lei". Ou seja, este crime apenas será susceptível de vir a ser praticado por quem esteja vinculado a segredo profissional em razão da sua profissão e por imperativo legal. Como já acima se descreveu, é claro o quadro normativo da protecção de dados na vinculação de quem procede ao tratamento de dados a sigilo.

Quanto ao demais, o crime é livre na forma: a divulgação ou revelação podem ser feitas por qualquer forma. Divulgar deverá entender-se aqui como algo análogo à disponibilização ao público em geral. Revelar é uma acção de âmbito mais restrito, dirigida a um universo muito mais limitado mas, mesmo assim, exterior aos que terão direito a conhecer os dados pessoais em causa.

8 O crime descrito no Artigo 47.º comporta uma forma qualificada, descrita no número 2. Nos termos deste n.º 2, a pena correspondente a este crime será agravada em três circunstâncias. Por um lado, se a violação do sigilo "puser em perigo a reputação, a honra e consideração ou a intimidade da vida privada de outrem" (é a previsão da alínea c) do Artigo 47.º, n.º 2). Por outro lado, verificar-se-á crime qualificado se

o agente "for determinado pela intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo" (cfr. alínea b) do n.º 2 do Artigo 47.º). Por último, haverá crime agravado se o agente "for funcionário público ou equiparado, nos termos da lei penal". Ora, nos termos da lei penal, são funcionários todos aqueles abrangidos pelo Artigo 386.º do Código Penal. Não refere o Código Penal o conceito de funcionário público, assumindo como tal o de funcionário. E dá dele um conceito muito abrangente. Assim, nos termos do Artigo 386.º do Código Penal, são considerados funcionários para efeitos penais, quer os funcionários públicos civis (por oposição aos militares), quer outros eventuais agentes administrativos. Além deles, são ainda considerados funcionários todos os que, tenham desempenhado ou participado em actividades administrativas ou jurisdicionais, ou ainda todos os que desempenhem funções em organismos de utilidade pública, ou nelas participarem. Em qualquer dos casos, os agentes serão ainda considerados funcionários mesmo que as suas funções tenham sido provisórias, temporárias ou gratuitas. Além dos funcionários, o Artigo 386.º do Código Penal, nos números 2 e 3, descreve uma vasta gama de pessoas equiparadas a funcionários e que, portanto, estão entre aqueles que poderão vir a praticar a forma qualificada do crime de violação de sigilo, descrito no Artigo 47.º da Lei n.º 67/98.

9 Quanto aos **elementos subjectivo do tipo**, no que respeita ao tipo principal de crime, não há menções especiais a fazer: o dolo requerido é genérico e dirigido à intenção de praticar os actos que compõem o tipo objectivo de crime. Já quanto à forma qualificada, o dolo terá que ser dirigido às qualificativas. Assim, no caso da alínea c), terá que haver dolo quanto à colocação em perigo da "reputação, da honra e consideração ou da intimidade da vida privada de outrem". O mesmo se diga se a qualificativa for a da "intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo". É óbvia, neste caso, a exigência de dolo quanto a esta vantagem ou benefício.

10 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 47.º da Lei n.º 67/98, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, no caso do tipo principal de crime previsto no n.º 1, sendo agravada para o dobro, na forma qualificada da prática de crime, descrita no n.º 2. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível. No entanto, o Artigo 48.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa crimes dos que esta lei prevê. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 48.º da Lei n.º 67/98), a tentativa de prática de crime nas modalidades do Artigo 43.º da Lei n.º 67/98 é sempre punível.

11 Já se disse que a sanção prevista para quem praticar o crime previsto no n.º 1 do Artigo 47.º da Lei n.º 67/98, é a **pena** de prisão até dois anos ou a multa até 240 dias, no caso do tipo principal de crime previsto no n.º 1, sendo esta pena agravada para o dobro, na forma qualificada da prática de crime, descrita no n.º 2.

Porém, além desta pena principal, a Lei n.º 67/98 prevê ainda – aliás para todos os ilícitos descritos na lei –, penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão

editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".
Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA 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)

Artigo 1.º
Objecto

1. O presente diploma transpõe para a ordem jurídica interna a directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março, relativa à protecção jurídica das bases de dados.

2. Para efeito do disposto no presente diploma, entende-se por "base de dados" a colectânea de obras, dados ou outros elementos independentes, dispostos de modo sistemático ou metódico e susceptíveis de acesso individual por meios electrónicos ou outros.

3. As bases de dados são protegidas pelo direito de autor, nos termos previstos no capítulo II, ou através de concessão ao fabricante dos direitos previstos no capítulo III.

4. A protecção atribuída às bases de dados não é extensiva aos programas de computador utilizados no fabrico ou no funcionamento de bases de dados acessíveis por meios electrónicos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A base de dados (anotações 2 a 7)
A tutela jurídica (anotação 8)
A exclusão dos programas de computadores de suporte (anotação 9)
Os direitos *sui generis* (anotação 10)

Adopta-se, aqui, técnica idêntica à utilizada no domínio da legislação referente à protecção dos programas de computador integrando na norma a explicação da sua própria **fonte**. No caso a Directiva n.º 96/9/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março. **1**

O n.º 2 define o que, para efeitos da lei em causa, se deve considerar uma **"base de dados"**. A definição é linear e compreensível. Todavia sempre se dirá que uma base de dados (a sua abreviatura é BD, em inglês DB, "database") é uma entidade na qual é possível armazenar dados de maneira estruturada e com a menor redundância possível. Estes dados devem poder ser utilizados por programas e por utilizadores diferentes. Assim, a noção básica de dados é acoplada geralmente a uma rede, a fim de poder rentabilizar conjuntamente estas informações, daí o nome base. Fala-se geralmente de sistema de informação para designar toda a estrutura que agrupa os meios organizados para poder compartilhar dados. **2**

Uma base de dados permite pôr dados à disposição de utilizadores para uma consulta, uma introdução ou uma actualização, assegurando-se dos direitos atribuídos a estes últimos. Isso é ainda mais útil quando os dados informáticos são cada vez mais numerosos. **3**

Uma base de dados pode ser local, assim utilizável numa máquina por um utilizador, ou repartida, o que significa que as informações são armazenadas em máquinas distantes e acessíveis por rede. A vantagem essencial da utilização de bases de dados é a possibilidade de poder ser acedida por vários utilizadores simultaneamente. **4**

A fim de poder controlar os dados, bem como os utilizadores, a necessidade de um sistema de gestão fez-se sentir rapidamente. A gestão da base de dados faz-se graças a um sistema chamado SGBD (sistema de gestão de bases de dados) ou em inglês DBMS (Database management system). O SGBD é um conjunto de serviços (aplicações *software*) que permitem gerir as bases de dados, quer dizer: permitir **5**

o acesso aos dados de maneira simples, autorizar um acesso às informações a múltiplos utilizadores e manipular os dados presentes na base de dados (inserção, supressão, modificação).

6 O SGBD pode decompor-se em três subsistemas, a saber, o sistema de gestão de ficheiros que permite o armazenamento das informações num suporte físico, o SGBD interno que gere a emissão das informações e o SGBD externo que representa o interface com o utilizador.

7 Os principais sistemas de gestão de bases de dados são os seguintes: Borland Paradox, Filemaker , IBM DB2 , Ingres, Interbase, Microsoft SQL server, Microsoft Access, Microsoft FoxPro, Oracle, Sybase, MySQL, PostgreSQL, mSQL e SQL Server 11. As informações contidas nas anotações 2 a 7 foram extraídas e estão disponíveis em http://pt.kioskea.net/contents/bdd/bddintro.php3#.

8 As bases de dados têm a **tutela jurídica** dos direitos de autor com as adaptações referidas nos capítulos II e III do presente diploma legal.

9 Coerentemente com o regime próprio de protecção dos programas de computadores vem o n.º 4 deste artigo determinar que a protecção conferida às bases de dados **não é extensiva aos programas de computador utilizados no "fabrico ou no funcionamento de bases de dados acessíveis por meios electrónicos"**. Como é óbvio tal significa tão só que, cada uma das entidades em análise tem o seu regime próprio de tutela jurídica e que, o facto de determinada base de dados ser legalmente protegida não implica a automática protecção dos programas de computador usados no seu fabrico ou funcionamento. Esta será matéria a averiguar no contexto do regime legal da tutela jurídica dos programas de computador.

10 No art. 217.º do CDADC nomeia-se, por simplificação de processos e em homenagem à disciplina e autonomia de conceitos e entidades, os direitos de autor referentes às bases de dados criativas como **direitos *sui generis*.**

Artigo 4.º
Protecção pelo direito de autor

1. As bases de dados que, pela selecção ou disposição dos respectivos conteúdos, constituam criações intelectuais são protegidas em sede de direito de autor.

2. O disposto no número anterior constitui o único critério determinante para a protecção pelo direito de autor.

3. A tutela das bases de dados pelo direito de autor não incide sobre o seu conteúdo e não prejudica eventuais direitos que subsistam sobre o mesmo.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O direito de autor (anotação 2)
O critério determinante (anotação 3)
As bases de dados não electrónicas (anotação 4)
O regime legal aplicável (anotação 5)

1 Relativamente às **fontes** remete-se para a anotação 1. ao art. 1.º

2 A norma a que nos reportamos é central na recondução da tutela jurídica das bases de dados no quadro dos **direitos de Autor**. Desde logo, afirma como dignas de protecção, nesse âmbito, as bases de dados que, atentas as características de conteúdos ou organização, surjam com manifesta originalidade, marca distintiva e criativa. Ou seja: Que apresentem as qualidades da "obra" protegida como vem desenhada no art. 1.º do CDADC.

E a afirmação é tão categórica quanto a considerar as bases de dados protegidas – portanto com determinadas características que já vimos atrás – como uma "… criação intelectual do domínio literário, científico e artístico…", cfr art. 1.º do CDADC, que o n.º 2 não hesita em erigir, como único, exclusivo e **determinante critério** que permite colocar uma determinada base de dados no âmbito da protecção jurídica deste diploma legal o facto de se tratar de criação intelectual, original, distinta pelos conteúdos ou arquitectura. "As bases de dados susceptíveis de beneficiar da protecção jurídica conferida pela Directiva (indicada como fonte da norma) são definidas, em termos assaz amplos, como as "colecções de obras independentes, dados ou matérias organizadas de um modo sistemático e metódico, acessíveis individualmente por meios electrónicos ou outros". As bases de dados podem, assim, conter qualquer tipo de obras, literárias, artísticas, musicais ou outras, e qualquer tipo de informação (a directiva refere-se a "matérias"), como textos, sons, imagens, números, factos e dados (considerando 17.º).", cfr. MARIA EDUARDA GONÇALVES, Sub Judice, Justiça e Sociedade, 35, 2006 Abr-Jun, p. 47. **3**

" O conceito aplica-se, de resto, quer às bases electrónicas, quer às **não electrónicas**." MARIA EDUARDA GONÇALVES, ob. cit., Sub Judice, 2006, p. 47. **4**

Como vimos, apresentando a base de dados as características exigidas para merecer a tutela do direito de autor, então é este regime que lhe será aplicado. E, assim sendo, haverá que recorrer à disciplina do CDADC sem descurar as especialidades previstas nos capítulos II e III do presente diploma legal, das quais se indicarão as que seguem: **5**

– A tutela das bases de dados não inclui os conteúdos mas tão só a forma (a própria base de dados), já que o conteúdo caberá ou não na previsão do CDADC, n.º 3 do art. 4.º Neste sentido o Ac. da RC, de 4/12/2007 : "Para correcta subsunção dos factos ao direito relativamente à tutela autoral de uma aplicação informática, deve estar factualmente esclarecido se esta consiste em programa de computador ou em base de dados ou em "programa contendo uma base de dados".
– A autoria vem prevista, enquanto regra geral e respectivas especialidades no art. 5.º
– Duração – art. 6.º
– Conteúdo do direito de autor – art. 7.º
– Direitos do titular originário – art. 9.º
– Direitos do utente – art. 9.º
– Excepções em derrogação do conteúdo do direito de autor a que se refere o art. 7.º – art. 10.º
– Direito especial do fabricante – art. 12.º
– Transmissão do direito do fabricante – art. 13.º
– Direitos e obrigações do utilizador legítimo – art. 14.º
– Outros actos livres (actos que não carecem de autorização do fabricante) – art. 15.º
– Prazo de protecção – art. 16.º
– Protecção de modificações substanciais (no sentido de se poder considerar que estamos perante novo investimento substantivo e distintivo) – art. 17.º

Artigo 11.º

(Reprodução, divulgação ou comunicação ilegítima de base de dados protegida)

Quem, não estando para tanto autorizado, reproduzir, divulgar ou comunicar, ao público com fins comerciais, uma base de dados criativa nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do presente diploma, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
A comunicação ao público, reprodução ou divulgação (anotações 4 e 5)
O tipo subjectivo (anotação 6)
A comparticipação (anotação 7)
O consumidor final (anotação 8)
A tentativa (anotação 9)
O concurso (anotação 10)
A pena (anotação 11)
O procedimento criminal (anotação 12)

1 No que concerne às **fontes** da norma remete-se para a anotação 1 ao art.º 1.º

2 O **bem jurídico** aqui em foco traduz-se, como transversalmente em todo o domínio dos direitos de autor, no complexo de direitos que integram aquele e, em concreto, o direito de autor como vem previsto neste diploma (regras gerais do CDADC mas com especialidades inerentes à natureza das bases de dados).

3 O **tipo objectivo** reconduz-se a conduta em que o agente, sem para tanto estar autorizado, reproduzir, divulgar ou comunicar ao público com intuitos comerciais uma base de dados protegida. O mesmo é dizer que o agente haverá de conduzir-se com o intuito de introduzir, sem prévia autorização legal, a base de dados criativa no circuito do mercado comercial de forma a poder realizar lucros.

4 A **comunicação ao público, reprodução ou divulgação** são conceitos cuja substância já se encontra tratada no CDADC (art. 75.º e ss.) e será nesse quadro que se encontrarão os elementos integradores quanto a estes segmentos do tipo.

5 Atentemos, porém, na palavra de OLIVEIRA ASCENSÃO, ob. cit., p 155 e 156, Coimbra, 2006, no que respeita às actividades levadas a efeito via **Internet** onde o direito de autor avançou ganhando território. "Um dos mais significativos consistiu no entendimento extensivo dado à reprodução. Mesmo afastando a distinção entre gravação ou fixação e reprodução, esta última suporia um mínimo, que seria a criação de um exemplar tangível. Pretende-se porém, e esta é a posição internacionalmente fomentada, que as próprias operações invisíveis ao olhar humano, que se processam na memória do computador, seriam reproduções. Com isto, havendo obra ou prestação protegida, toda a comunicação na Internet estaria submetida ao Direito de Autor. Há um aspecto que terá que necessariamente fora deste entendimento: a representação ou *display* no visor do utente." E continua o citado Autor (vale a pena ouvir) "as faculdades compreendidas no Direito de Autor são fundamentalmente as de comunicação ao público, reprodução e distribuição. A apresentação no visor é tipicamente comunicação ao público, como o é a exibição da obra cinematográfica. Mas há, além disso, que distinguir o que representa ou não reprodução. O texto é enviado pela rede e eu imprimo, ou a música que gravo, são objecto de reprodução. Há a criação de exemplar tangível que caracteriza esta, embora na sequência de uma transmissão pela rede. Mas a reprodução não abrange já as reproduções meramente tecnológicas. Há diferença entre transmissão e reprodução. A transmissão em si é livre. Os tratados da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) resolveram expressamente esta matéria, ao considerar que o exercício do direito de autor em rede se dá com a disponibilização da obra ao público. A transmissão é mera execução, e não exercício do direito... Consideramos por isso abusiva a pretensão de encontrar um novo exercício de direito de autor em cada transmissão de rede, quando se está no âmbito de meras relações contratuais que supõem o direito de autor já exercido. Os procedimentos

meramente técnicos continuam fora da reserva outorgada pelo Direito de Autor"… "Assim, na radiodifusão, o que é relevante é a recepção, como aspecto comunicação ao público, e não a emissão de ondas hertzianas."

A acção do agente terá de ser voluntária, como decorre da norma, e, quer pelas características da conduta ao exigir a intenção de colocar os objectos no circuito comercial, quer pela técnica adoptada no Código Penal e no próprio CDADC resulta claro que o tipo negligente não é punido. O **tipo subjectivo** integra, pois, conduta dolosa em qualquer das suas modalidades afastando-se a negligência. **6**

Quanto à **comparticipação** funcionam as regras gerais não se detectando especialidades **7**

Entendemos que o **consumidor final** não pratica este ilícito uma vez que não só não actua com "fins comerciais" tal qual o conceito se apresenta no tipo objectivo como, em princípio, não se conduz no quadro da reprodução, divulgação ou comunicação ao público. **8**

A **tentativa** não é punida atenta a moldura penal e a não existência de disposição que derrogue a regra geral do art. 23.º, n.º 1 do Código Penal. **9**

As hipóteses mais frequentes ou prováveis (repare-se que não estamos em presença de protecção dos conteúdos) de **concurso** real serão com as incriminações relativas à protecção dos programas de computadores e de medidas de carácter tecnológicas e de informações para a gestão electrónica de direitos. **10**

As **penas** são de prisão até 3 anos ou de multa. Haverá que aplicar, neste domínio, as regras gerais. **11**

Quanto ao **procedimento criminal** este tipo legal de crime tem natureza pública uma vez que, aplicando as regras gerais do Código Penal e mesmo os critérios seguidos no CDADC, no silêncio, a natureza é pública. **12**

Artigo 19.º
Apreensão

1. Podem ser apreendidas, nos termos dos procedimentos cautelares, as cópias ilícitas de bases de dados.

2. Podem igualmente ser objecto de apreensão os dispositivos em comercialização que tenham por finalidade exclusiva facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de qualquer salvaguarda técnica eventualmente colocada para proteger uma base de dados.

3. O destino dos objectos será determinado na sentença final.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
As apreensões (anotações 2 e 3)
O destino dos objectos (anotação 4)

No que concerne às **fontes** da norma remete-se para o já escrito na anotação 1. ao art. 1.º **1**

Embora a letra do n.º 1 se refira a **apreensões** no âmbito de procedimentos cautelares torna-se evidente que, nos casos de ilícitos criminais, o mecanismo da apreensão cautelar é também aplicável, que mais não fosse por recurso às regras gerais dos arts. 178.º e ss. do Código de Processo Penal – na parte aplicável – quanto ao regime das apreensões de objectos produto e/ou instrumentos do crime. **2**

Por outro lado a norma deste art. 19.º só faz sentido porque surge em diploma autónomo com o objecto já identificado (bases de dados) caso contrário sempre funcionariam as regras gerais do Código de Processo Penal, bem como as regras **3**

quanto a apreensões do CDADC – cfr. arts. 201.º e 225.º ambos do CDADC. Aliás o n.º 2 do preceito agora em discussão não traz nada de novo, antes é coincidente, com o disposto no n.º 1, alínea b) do mencionado art. 225.º

4 Também aqui o facto de o n.º 3 afirmar que é na sentença final que se decidirá o **destino dos objectos** tal não afasta, sem mais, o disposto nos arts. 185.º e 186.º, por exemplo, do Código de Processo Penal. Estes comandos normativos serão de aplicar sempre que, em concreto, se verifiquem os respectivos pressupostos e não esteja em causa introduzir no mercado comercial qualquer objecto produzido de forma ilícita, o que, aliás, também, é pressuposto das regras gerais do Processo Penal.

JOSÉ ANTÓNIO 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)

Artigo 104.º
Dispositivos ilícitos

1. São proibidas as seguintes actividades:

***a*) Fabrico, importação, distribuição, venda, locação ou detenção, para fins comerciais, de dispositivos ilícitos;**

***b*) Instalação, manutenção ou substituição, para fins comerciais, de dispositivos ilícitos;**

***c*) Utilização de comunicações comerciais para a promoção de dispositivos ilícitos.**

***d*) Aquisição, utilização, propriedade ou mera detenção, a qualquer título, de dispositivos ilícitos para fins privados do adquirente, do utilizador, do proprietário ou do detentor, bem como de terceiro.**

2. Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por:

***a*) "Dispositivo ilícito" um equipamento ou programa informático concebido ou adaptado com vista a permitir o acesso a um serviço protegido, sob forma inteligível, sem autorização do prestador do serviço;**

***b*) "Dispositivo de acesso condicional" um equipamento ou programa informático concebido ou adaptado com vista a permitir o acesso, sob forma inteligível, a um serviço protegido;**

***c*) "Serviço protegido" qualquer serviço de televisão, de radiodifusão sonora ou da sociedade da informação, desde que prestado mediante remuneração e com base em acesso condicional, ou o fornecimento de acesso condicional aos referidos serviços considerado como um serviço em si mesmo.**

3. Os actos previstos na alínea *a*) do n.º 1 constituem crime punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se ao caso não for aplicável pena mais grave.

4. A tentativa é punível.

5. O procedimento criminal depende de queixa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotação 5)
O tipo objectivo e subjectivo (anotações 6 a 9)
O concurso (anotações 10 a 12)
A pena, tentativa e queixa (anotação 13)

A versão actual do Artigo 104.º foi actualizada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio. Por esta actualização foi introduzido no n.º 1 uma nova alínea d), que até então não existia – o antigo n.º 1 era apenas composto pelas alíneas a) a c). Todo o restante corpo normativo do Artigo 104.º vem da versão originária, da Lei n.º 5/2004. **1**

Quanto a este pormenor, das proibições e incriminações respeitantes a dispositivos ilícitos, na origem última desta lei está a Directiva n.º 98/84/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro, relativa à protecção jurídica dos serviços que se baseiam ou consistam num acesso condicional. Esta directiva da União Europeia pretendeu fazer face às exigências normativas que então se punham pela emergência das tecnologias digitais em moldes comerciais. Neste contexto, o legislador europeu entendia já em 1998, que se tornava necessária a adopção de medidas de protecção contra a utilização de dispositivos ilícitos que permitissem o acesso gratuito aos serviços da sociedade de informação, se esses **2**

serviços fossem de acesso condicionado (porque por exemplo era exigido um pagamento para aceder a eles).

O legislador português transpôs para o ordenamento interno esta perspectiva comunitária por via do Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro, que no seu Artigo 10.º qualificava e sancionava como contra-ordenações algumas das actividades que se desenvolviam no quadro da comercialização de dispositivos ilícitos. Este diploma assumia que o fornecimento de um serviço de acesso condicional, como uma prestação considerada em si mesma, carecia de protecção jurídica adequada, designadamente quanto à remuneração devida ao operador do serviço. Por essa razão, proibia o "fabrico, importação, distribuição, venda, locação ou detenção para fins comerciais de dispositivos ilícitos, a instalação, manutenção ou substituição, para fins comerciais, de um dispositivo ilícito" e ainda a utilização de comunicações comerciais para a promoção de dispositivos ilícitos – cfr. alíneas a) a c) do Artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 287/2001. Estas actuações eram qualificadas como contra-ordenações – cfr Artigo 12.º, n.º 1, alínea h) do mesmo diploma.

3 Mais tarde, a Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro (Lei das Comunicações Electrónicas), por força do seu Artigo 127.º, n.º 1, alínea l), revogou o Decreto-Lei n.º 287/2001, de 8 de Novembro. Não obstante, o teor do Artigo 10.º deste diploma revogado veio a ser reproduzido pelo artigo 104.º da Lei n.º 5/2004. Mas foi reproduzido com um perfil diferente: a actuação descrita foi criminalizada. Com efeito, passou a constituir crime a actuação dos agentes que violassem a proibição de fabricar, importar, distribuir, vender, locar ou deter para fins comerciais dispositivos ilícitos, sendo este crime punido com pena de prisão até 3 anos.

Dizia-se, na altura, que o surgimento deste novo crime terá tido "origem na expansão de um mercado paralelo de fornecimento de dispositivos ilícitos, os quais facultavam o acesso aos serviços de acesso condicionado, à revelia dos respectivos operadores e sem a respectiva contrapartida económica" – cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio.

4 Este propósito do legislador, de contrariar o surgimento de um mercado paralelo e ilegal de fornecimento de dispositivos ilícitos, não foi integralmente satisfeito em 2004, uma vez que nessa altura a lei não contemplou os comportamentos cuja finalidade e interesse subjacente fossem estritamente privados, ditos não comerciais. Alterando a sua opção, o legislador de 2007 veio a assumir que, para ser eficaz a lei deveria ir mais longe na protecção conferida aos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional, passando a sancionar também o utilizador final pela aquisição, pela utilização ou pela propriedade ou mera detenção, a qualquer título, de dispositivos ilícitos. Esta evolução legal baseou-se na insuficiência da proibição anterior para contrariar a expansão daquele mercado ilegal mas também na consciência da ilicitude que a generalidade dos utilizador teria das consequências do seu comportamento e dos prejuízos que com ele causaria, em particular a operadores de televisão por cabo. Todavia, esta alteração legislativa optou pela punição do utilizador final apenas no foro contra-ordenacional. Foi esse o contexto em que surgiu a alteração legislativa operada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio.

5 Pretende o tipo de crime previsto no Artigo 104, n.º 1, alínea a) e n.º 3 da Lei n.º 5/2004, que se protejam as condições de concorrência sã e transparente no mercado dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional. Esta protecção passa pela defesa dos interesses patrimoniais dos exploradores desses serviços e também pretende atingir outros direitos legalmente protegidos, como os direitos de autor e conexos.

Preencherá o tipo de crime, antes de mais, quem "**fabricar**" dispositivos ilícitos. Portanto, pune este crime a produção de dispositivos ilícitos (artigo 104.º, n.º 1, alínea a)). Estes "**dispositivos ilícitos**" correspondem a um conceito legalmente descrito no n.º 2 do mesmo Artigo 104.º, que os define como "equipamento ou programa informático concebido ou adaptado com vista a permitir o acesso a um serviço protegido, sob forma inteligível, sem autorização do prestador do serviço". Serão exemplo de "dispositivos ilícitos", por exemplo, "falsos" receptores de sinal de televisão por cabo; e falsos por o seu funcionamento não ter sido autorizado pelo prestador de serviço de televisão por cabo. Será igualmente exemplo de "dispositivo ilícito" o do programa ou código informático que permita o acesso, não autorizado pelo operador, a canais de televisão codificados, aos quais se possa aceder mediante pagamento. **6**

Porém, além da produção deste tipo de dispositivos, a lei incrimina ainda "**a importação, a distribuição, a venda e a locação**" destes dispositivos. Pretende portanto criminalizar as actividades de comercialização lucrativa de dispositivos. Em todos estes casos, preencherá o tipo de crime quem se dedique à importação de dispositivos, ou à sua distribuição ou venda, ou ainda à sua locação. Portanto, exigir-se-á no caso concreto a demonstração de que o agente do crime efectivamente importou, ou distribuiu (ou vendeu ou locou) os ditos dispositivos. **7**

Mas a lei vai ainda mais longe, incriminando a mera detenção de dispositivos ilícitos, desde que essa detenção tenha em vista fins comerciais. Esta última vertente do tipo objectivo tem intuitos pragmáticos: não ignorará a lei que nem sempre será viável a demonstração judicial da concreta importação, ou da concreta distribuição, ou da venda ou locação concretamente identificadas. Por isso, considera que igualmente preencherá o tipo de crime o agente que meramente detiver, embora com intuitos comerciais, os dispositivos.

Esta formulação exclui da incriminação o utilizador final, que detém, para sua exclusiva utilização, o dispositivo. E também exclui aqueles que, embora detendo os dispositivos, não pretendam ganhar dinheiro negociando os mesmos. Estas actuações, como se viu, embora consideradas ilícitas, cairão apenas no campo contra-ordenacional. **8**

A **intenção lucrativa, ou intuito comercial**, é assim o conceito fulcral a propósito do elemento subjectivo do tipo, no que respeita à mera detenção. Já quanto às restantes actividades incriminadas, basta-se o tipo subjectivo com dolo genérico.

Os tribunais superiores portugueses foram já chamados a analisar a relevância criminal deste tipo de atitudes. Em particular assim aconteceu com a detenção, por utilizadores finais, de dispositivos desta natureza, que usavam os mesmos para aceder a serviços televisivos que não contrataram nem pagavam. Sobre este comportamento, disse já o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 17 de Dezembro de 2008 (www.dgsi.pt), que "consubstancia apenas a contra-ordenação prevista e punida nos Artigos 104.º, n.º 1, alínea d), e 113.º, n.^{os} 1, alínea sss), e 3, da Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio". Acrescenta ainda que esta atitude, sublinha-se, do utilizador final, que estabelece "uma ligação não autorizada à infra-estrutura de rede da "TV Cabo", que permite a fruição de um serviço não contratualizado e, por isso, não pago e causa um prejuízo patrimonial àquela empresa, não consubstancia a prática de um crime de furto porquanto o sinal de televisão recebido por cabo não é uma coisa, no sentido em que este conceito é utilizado no artigo 203.º do Código Penal, não sendo o sinal equiparável a qualquer forma de energia". Sublinha ainda a mesma deliberação do Tribunal da Relação de Lisboa que estes mesmos factos também "não integram o tipo descrito no n.º 2 do Artigo 221.º do Código **9**

Penal (burla nas comunicações) uma vez que a ligação efectuada não se destina a "diminuir, alterar ou impedir, total ou parcialmente, o normal funcionamento ou exploração de serviços de telecomunicações", nem tem sequer esse efeito". O mesmo entendimento tinha sido expresso anteriormente pelo Tribunal da Relação de Lisboa, a 15 de Dezembro de 2008 (www.dgsi.pt).

10 Este tipo de crime coloca uma questão principal, respeitante à respectiva delimitação, a qual é de tal modo importante que, no limite, pode levar à conclusão de que o tipo de crime aqui descrito foi revogado pela Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro.

Na verdade, neste último diploma, a propósito do crime de falsidade, prevê-se como crime a falsificação de "dados registados ou incorporados em cartão bancário de pagamento ou em qualquer outro dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado" – cfr. número 2 do Artigo 3.º Parece claro que, além dos cartões bancários de crédito e de débito e ainda dos cartões telefónicos, estarão abrangidos pelo tipo de crime deste n.º 2 outros dispositivos que permitam o acesso a serviços de acesso condicionado. É fácil concluir que cairão na previsão desta norma os cartões que, combinados com *hardware*, ou outros dispositivos de *hardware*, permitam o acesso a serviços de televisão por cabo ou à Internet, ou mesmo a serviços telefónicos.

Portanto, esta nova norma poderá ter revogado o segmento do Artigo 104.º, n.º 1, alínea a), naquilo que se refere ao "fabrico".

11 Porém, o Artigo 3.º da Lei do Cibercrime vai mais longe. Por um lado, no seu n.º 4 tipifica como crime a actuação de quem "importar, distribuir, vender ou detiver para fins comerciais qualquer dispositivo", se este dispositivo lhe permitir praticar as actuações antes descritas (e que permitam o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado). Como se viu, esta nova previsão criminal também substitui, em parte, a punição criminal pela comercialização de dispositivos ilícitos, anteriormente punida pelo Artigo 104.º, n.º 1, alínea a) e n.º 3 da Lei n.º 5/2004. Acresce que o n.º 3 do Artigo 3.º incrimina a acção daqueles que usarem "cartão ou outro dispositivo no qual se encontrem registados ou incorporados os dados objecto dos actos referidos no número anterior". Portanto, pune-se agora aqui a acção daqueles que se limitarem a utilizar cartões ou outros dispositivos "falsificados". Dirige-se portanto esta norma ao utilizador final, que detenha em sua casa um dispositivo não autorizado por um operador e por via dele tenha acesso a serviços (por exemplo televisivos) que não contratou e aos quais pode aceder-se mediante pagamento. Preencherá o tipo de crime aquele utilizador final que tiver intuito de "causar prejuízo a outrem ou de obter um benefício ilegítimo, para si ou para terceiro". Será, designadamente, o caso do utilizador que use estes dispositivos ilegais com a finalidade de ter acesso a canais de televisão pagos, mas cujo preço não pretende pagar.

12 Do que se disse resulta que, embora não tenha havido uma revogação expressa do Artigo 104.º, na parte em que pune criminalmente o "fabrico, importação, distribuição, venda, locação ou detenção, para fins comerciais, de dispositivos ilícitos", a verdade é que todas estas actividades – e algumas mais – passaram a ser incriminadas pela redacção do Artigo 3.º da Lei do Cibercrime. Não obstante, talvez não se trate de uma revogação tácita daquele Artigo 104.º Sempre terá que admitir-se que, quanto ao n.º 1, contém uma proibição genérica, que vale por ela mesma independentemente da punição criminal que corresponda à respectiva violação (e que está, aliás, prevista noutra disposição – a do n.º 3). Quanto ao n.º 3, parece não haver outra solução senão admitir que será difícil encontrar factos que não preencham a prevenção do n.º do 2 do Artigo 3.º da Lei do Cibercrime

mas caibam na alínea a) do n.º 1. Admitindo hipoteticamente essa possibilidade, então teria que aceitar-se que o n.º 3 estaria em vigor para esses casos.

13

O crime previsto na combinação da alínea a) do n.º 1, com o n.º 3, ambos do Artigo 104.º, constituiu um bom exemplo analítico. Na verdade, aqui e em separado pode o intérprete detectar uma norma jurídica perfeita, com previsão e estatuição, em articulado separado: os elementos do tipo de crime (a previsão) estão descritos no n.º 1, alínea a) do Artigo 104.º; já quanto à sanção aplicável (a estatuição), vem descrita no n.º 3. E neste diz-se que o crime é punível com "pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se ao caso não for aplicável pena mais grave".

Adianta-se que a **tentativa** é punível, o que constitui uma excepção à regra do Artigo 23.º do Código Penal que restringe a punição da tentativa a casos em que "ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão".

Por último, tem que sublinhar-se a regra do n.º 5 do Artigo 104.º, de acordo com a qual o procedimento criminal depende de **queixa**.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA 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)

Artigo 13.º
Crimes

1. Constituem crime, punido com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias:

a) O incumprimento de qualquer das regras relativas à protecção e à segurança dos dados previstas no Artigo 7.º;

b) O não bloqueio dos dados, nos termos previstos no n.º 2 do Artigo 7.º;

c) O acesso aos dados por pessoa não especialmente autorizada nos termos do n.º 1 do Artigo 8.º

2. A pena é agravada para o dobro dos seus limites quando o crime:

a) For cometido através de violação de regras técnicas de segurança;

b) Tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais; ou

c) Tiver proporcionado ao agente ou a terceiros benefício ou vantagem patrimonial.

3. A tentativa e a negligência são puníveis.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 a 5)
O tipo objectivo e subjectivo (anotações 6 a 13)
Os regimes subsidiários (anotação 14)
O concurso (anotação 15)
A tentativa e a negligência (anotação 16)

1 O crime descrito no Artigo 13.º está inserido na Lei n.º 32/2008, a qual tem como objecto a regulamentação da conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. Este diploma legal visa, além do mais, transpor para a ordem jurídica portuguesa a Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, com o mesmo objecto (Jornal Oficial da União Europeia, L 105/54, de 13 de Abril de 2006). O seu texto segue, aliás, de muito perto, quanto às disposições técnicas, o texto da Directiva.

A vertente sancionatória é também uma das imposições do Artigo 13.º desta última. Esta disposição determina, em síntese, que deverão ser aplicáveis, neste âmbito, da conservação de dados, eventuais sanções que sejam aplicáveis quanto ao tratamento de dados pessoais. Faz ainda referência à Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Jornal Oficial da União Europeia, L 281, de 23 de Novembro de 1995). No texto desta última, no respectivo Artigo 24.º, impunha-se aos Estados Membros da União que tomassem medidas adequadas a assegurar a plena aplicação das disposições da Directiva. Sugeria-se, nomeadamente, que a respectiva violação fosse expressamente cominada com sanções.

No já referido Artigo 13.º da Directiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, adianta-se um pouco mais na especificação das

sanções, das quais se diz que, podendo ser "sanções administrativas ou penais", devem ser "efectivas, proporcionadas e dissuasivas" – cfr. Artigo 13.º, n.º 2.
A Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, veio a ser transposta para o direito português por via da Lei n.º 67/98, de 28 de Outubro (Lei de Protecção de Dados Pessoais), a qual inclui um quadro sancionatório específico, nele se descrevendo específicos tipos de ilícito criminal. Talvez por isso, na Lei 32/2008, cujo Artigo 13.º agora se anota, se enquadra uma norma, constante do respectivo Artigo 15.º, segundo a qual o respectivo quadro sancionatório "não prejudica a aplicação do disposto no capítulo VI da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro". Ou seja, tal como acontece no ordenamento jurídico da União, também no ordenamento jurídico português este regime particular, dos ilícitos na área da conservação de dados, é conformado de forma subsidiária, tendo como referência as previsões a propósito da tutela penal da protecção dos dados pessoais.

2 A Lei n.º 32/2008 teve origem numa Proposta de Lei do Governo à Assembleia da República, a qual esta veio a aprovar (a Proposta de Lei n.º 161/X – consultável em www.parlamento.pt). Desta proposta de lei constavam já os ilícitos que vieram a descrever-se na lei. No entanto, nenhum deles tinha natureza criminal. Com efeito, no respectivo Artigo 12.º descreviam-se contra-ordenações, mas não crimes. Porém, na versão que veio a ser aprovada pela Assembleia da República e que veio a traduzir os Artigos 12.º e 13.º, a opção do legislador foi a de consagrar contra-ordenações, mas também crimes. Na prática, uma parte das actuações que estavam previstas na proposta de lei como contra-ordenações acabou por dar origem aos crimes que se descrevem no Artigo 13.º Assim, mantiveram-se como contra-ordenações a "não conservação das categorias dos dados previstas no Artigo 4.º", o "incumprimento do prazo de conservação previsto no Artigo 6.º", a "não transmissão dos dados às autoridades competentes, quando autorizada nos termos do disposto no Artigo 9.º" e o "não envio dos dados necessários à identificação das pessoas especialmente autorizadas, nos termos do n.º 2 do Artigo 8.º" – cfr. alíneas a) a d) do n.º 1 do Artigo 12.º
Para o Artigo 13.º, n.º 1, ficou a descrição dos comportamentos ilícitos criminais: o "incumprimento de qualquer das regras relativas à protecção e à segurança dos dados previstas no Artigo 7.º", o "não bloqueio dos dados, nos termos previstos no n.º 2 do Artigo 7.º" e "o acesso aos dados por pessoa não especialmente autorizada nos termos do n.º 1 do Artigo 8.º". No n.º 2 do mesmo Artigo 13.º é descrita a forma agravada de prática do crime, a qual foi directamente importada (e reproduzida nos precisos termos) da forma agravada do tipo de crime de acesso indevido, descrito no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro (Lei da Protecção de Dados Pessoais). Assim, a pena correspondente a estes crimes será agravada se o crime for cometido "através de violação de regras técnicas de segurança", ou "tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais", ou ainda se "tiver proporcionado ao agente ou a terceiros benefício ou vantagem patrimonial". (cfr. n.º 2 do Artigo 13.º da Lei n.º 32/2008). Por último, e tal como acontece com o crime do Artigo 44.º, da Lei n.º 67/98 de 26 de Outubro, a tentativa é punível (cfr. n.º 3 do Artigo 13.º da Lei n.º 32/2008).

3 O pano de fundo do crime do Artigo 13.º da Lei n.º 32/2008 é a detalhada regulamentação, constante deste mesmo diploma legal, dos procedimentos de conservação dos chamados dados de tráfego. Como já se disse, a obrigação de conservação de certos dados referentes a comunicações, por parte dos fornecedores de serviços de comunicações electrónicas é o principal objectivo da Lei n.º 32/2008. Porém, este objectivo não vale em si mesmo. Na verdade, como claramente resulta do n.º 1 do Artigo 3.º da lei, a conservação de dados "têm por finalidade exclusiva

a investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes". Essa transmissão dos dados, nos termos do n.º 2 do mesmo Artigo 3.º, "só pode ser ordenada ou autorizada por despacho fundamentado do juiz", sendo certo que apenas assim poderá acontecer "se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter no âmbito da investigação, detecção e repressão de crimes graves" (Artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2008).

4 Neste domínio, a protecção dos dados pessoais e a preservação da reserva da intimidade da vida privada, da correspondência e das telecomunicações assumem uma grande relevância, sendo reconhecidas como vias de salvaguarda dos direitos fundamentais. Esta relevância é maior ainda se se considerar que as novas tecnologias consubstanciam, cada vez mais, ferramentas susceptíveis de serem utilizadas para fins ilícitos. É portanto obrigação do Estado a de dotar as entidades encarregadas da aplicação da lei de instrumentos eficazes de combate à criminalidade e, em particular, de ferramentas adequadas à investigação de crimes cometidos por via das novas tecnologias.

Assim, por um lado, esta lei impõe a conservação de dados, mas por outro reconhece que esta prática toca uma área de grande sensibilidade de valores, adoptandas especiais restrições, cautelas e medidas de segurança. São essas várias medidas de segurança que subjazem aos crimes do Artigo 13.º e aos interesses que estes pretendem tutelar.

Estas medidas de segurança são muito diversas e tornam complexo o interesse protegido pelos crimes. Genericamente, poderá dizer-se que esse interesse protegido está centrado no estrito cumprimento de obrigações relativas à conservação de dados e, por essa via, na observância dos princípios gerais definidos no Artigo 3.º da Lei n.º 32/2008. Mas também – e sobretudo –, no respeito pelas específicas regras relativas à protecção e à segurança dos dados previstas no Artigo 7.º, n.º 1, no respeito pela não observância do bloqueio de dados previsto no n.º 2 do mesmo Artigo 7.º e na proibição do acesso aos dados por pessoa não autorizada.

5 No que respeita particularmente à previsão da alínea c) do n.º 1 do Artigo 13.º, descreve-se nela uma forma específica de crime de acesso indevido ilegítimo, ou indevido, em muito pouco diferente daquele que se prevê no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, a qual, por sua vez, se inspirou directamente no texto do Artigo 7.º da Lei n.º 109/91 (Lei da Criminalidade Informática), actualmente revogado e substituído pelo Artigo 6.º da Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro. A especificidade do Artigo 13.º da Lei n.º 32/2008 está na referência ao acesso não autorizado a dados de tráfego.

Em geral, os crimes de acesso indevido dirigem-se à confidencialidade exigida no tratamento de dados e pretendem assegurar que o tratamento de dados pessoais se faça com respeito por essa confidencialidade. Não desconhece o legislador que, tendencialmente, todo o tipo de tratamento de dados tenderá a ser feito por via de sistemas informáticos e que, portanto, importa salvaguardar a confidencialidade face às modernas ameaças à segurança dos sistemas informáticos, que podem pôr em causa essa confidencialidade. No caso particular do tratamento de dados de tráfego referentes a comunicações, pela respectiva natureza, a sua volatilidade é ainda maior. Com a incriminação desta forma de acesso ilegítimo, como com outras, pretende proteger-se a violação da privacidade resultante do tratamento de dados de tráfego, "na sua vertente de direito à autodeterminação informacional" (BENJAMIM SILVA RODRIGUES, "Direito Penal – Parte Especial I – Direito Penal Informático-Digital", Coimbra 2009, página 450).

No Artigo 13.º descrevem-se fundamentalmente **dois tipos de factualidades típicas**: por um lado, incrimina-se, por via das alíneas a) e b), o incumprimento de regras legais respeitantes à conservação de dados (regras relativas à protecção e segurança e regras relativas ao bloqueio de dados, descritas no Artigo 7.º da Lei 32/2008). Por outro lado, pune-se o acesso não autorizado a dados. **6**

Quanto ao primeiro conjunto factual, incluem-se nele a não observância das regras relativas à protecção e à segurança dos dados previstas no Artigo 7.º (alínea a) do n.º 1 do Artigo 13.º). Esta incriminação é vastíssima, como vastíssimas são as regras de segurança descritas nas alíneas do n.º 1 do Artigo 7.º e que passam pela qualidade na conservação dos dados (alíneas a) e b) do n.º 1), pela preservação da integridade e confidencialidade dos dados (alíneas c) e d) do n.º 1) e pela obrigação de destruição dos dados, quando tal for determinado pela lei ou por ordem de juiz (alíneas e) e f) do n.º 1). **7**

Porém, além das regras de protecção e segurança dos dados, descritas no n.º 1 do Artigo 7.º, é também coberta pela incriminação a violação de outras regras referidas, embora não descritas, no n.º 3 do mesmo Artigo 7.º Neste n.º 3 impõe-se o uso de comunicação electrónica para a transmissão de dados dos fornecedores de serviço às autoridades judiciárias. Essa comunicação deverá processar-se em moldes que a lei não define e remete para portaria ulterior. Em execução desta disposição foi emitida a Portaria n º 469/2009, de 6 de Maio, que "estabelece os termos das condições técnicas e de segurança em que se processa a comunicação electrónica para efeitos da transmissão de dados de tráfego" – Artigo 1.º Esta portaria veio a instituir um mecanismo tecnológico cuja aplicação foi tornada facultativa durante um período experimental criada pela Portaria n.º 915/2009, período esse renovado pela Portaria n.º 131/2010, de 2 de Março.

Ora, a violação das regras de segurança descritas nesta portaria – ou noutra que venha a substituí-la, como se admite que venha a acontecer, à data da escrita destas linhas –, está também incluída no tipo de crime do Artigo 13.º, n.º 1, alínea a), por referência ao Artigo 7.º, n.º 3.

Por outro lado, prevê-se e pune-se como crime, no Artigo 13.º, n.º 1, alínea b), "o não bloqueio dos dados, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 7.º". Já acima se deixou dito que o objecto da Lei n.º 32/2008 é a conservação de dados de tráfego, tendo em vista a respectiva utilização na investigação criminal. O Artigo 7.º, n.º 2, impõe que a generalidade desses dados que são conservados (excluem-se somente os dados relativos ao nome e endereço dos assinantes) sejam bloqueados, apenas deixando de o ser se e quando forem transmitidos à autoridade judiciária, na forma prevista na lei. **8**

Nos termos do Artigo 13.º, n.º 1, alínea b), será crime o não bloqueio dos dados desde o início da conservação, tal como será crime o seu desbloqueio com outras finalidades que não a da transmissão desses dados às autoridades competentes.

Apenas pode praticar o crime nestas duas modalidades, que se descreveram, quem tenha a função ou incumbência de proceder à conservação e eventual tratamento dos dados de tráfego. Apenas a quem estiver nessa posição incumbe tomar medidas de segurança e protecção dos dados e, da mesma forma, apenas de quem tiver tal função depende o bloqueio ou desbloqueio dos dados. **9**

Existe ainda uma outra modalidade de prática do crime, descrita no n.º 1 do Artigo 13.º, que consiste no "acesso aos dados por pessoa não especialmente autorizada nos termos do n.º 1 do Artigo 8.º". Já acima se disse que se trata de uma forma específica de acesso ilegítimo. Acesso aos dados será entrar no sistema ou ficheiro informático onde os mesmos se conservem ou guardem. A lei é aberta a este propósito, desenhando um crime livre na forma, uma vez que inclui o acesso aos **10**

dados por qualquer modo. Porém, este acesso apenas será criminalmente punido se for efectuado por pessoa não especialmente autorizada nos termos do n.º 1 do Artigo 8.º Não será portanto crime o acesso a dados por quem estiver, ao aceder, munido de autorização. Esta autorização, conferida pela entidade responsável pelos dados – Artigo 7.º, n.º 1, alínea d) –, deverá ser comunicada à Comissão Nacional de Protecção de Dados, por força e para os efeitos do n.º 1 do Artigo 8.º da Lei n.º 32/2008.

11 Ao contrário das outras modalidades de prática do crime, desta, descrita na alínea c) do n.º 1 do Artigo 13.º, pode ser autor qualquer pessoa.

12 Em qualquer dos casos, na **vertente subjectiva do tipo**, nunca se exige qualquer intenção específica – por exemplo a de causar prejuízo ou a de obter qualquer benefício ilegítimo. Apenas se exige, dolo genérico, dirigido aos factos materiais que compõem o tipo objectivo.

13 Este crime comporta **formas qualificadas**. Pode operar essa qualificação se, por via da acção, o agente do crime ou terceiros obtiveram benefícios ou vantagens patrimoniais – é a modalidade prevista na alínea c) do n.º 2 do Artigo 13.º Mas a qualificação pode ainda verificar-se se o "acesso for conseguido através de violação de regras técnicas de segurança" (alínea a) do n.º 2 do Artigo 13.º) ou se por via deste acesso indevido se "tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais" (alínea b) do n.º 1 do Artigo 13.º).

A obtenção de vantagem patrimonial é uma qualificativa de fácil interpretação. É comum a muitos outros crimes e traduz, em geral, o intuito económico do agente. Verificar-se-á esta agravante do crime quando o agente pretender ganhar dinheiro – ou outro tipo de vantagem –, com a prática de tais actos.

Já as outras duas qualificativas requerem referências mais detalhadas. Por um lado, a qualificativa da alínea b) – a efectiva tomada de conhecimento de dados pessoais –, sublinha o carácter formal das modalidades do crime principal, previstas no n.º 1 do Artigo 13.º e, em particular, do acesso não autorizado previsto na alínea c). De facto, este tipo de crime de acesso por pessoa não autorizada basta-se com o mero acesso formal aos dados de tráfego, independentemente de o agente ter efectivamente, ou não, tomado conhecimento do conteúdo desses dados.

Quanto à qualificativa da alínea a) (se o acesso for conseguido através de violação de regras de segurança), assemelha-se à qualificativa do tipo de crime de acesso ilegítimo descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009. Será exemplo desta previsão a situação do agente do crime utilizar uma *password* indevidamente obtida.

14 Expressamente resulta do Artigo 15.º da Lei n.º 32/2008 que a previsão do crime descrito no Artigo 13.º "não prejudica a aplicação do disposto no capítulo VI da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro". Este capítulo VI da Lei de Protecção de Dados Pessoais dedica-se à tutela administrativa e jurisdicional, incluindo uma Secção III onde se descrevem tipos de crime.

Portanto, embora a Lei n.º 32/2008 tenha optado por consagrar um ilícito criminal próprio, assume por outro lado que este crime não esgotará todas as actividades ilícitas que podem ocorrer a propósito da conservação e tratamento de dados. Portanto, assume ter como referência última, a este propósito, a Lei de Protecção de Dados Pessoais. Aliás, este mesmo princípio é assumido pela lei a propósito das regras de protecção e segurança dos dados. Com efeito, no Artigo 7.º, n.º 4 da Lei n.º 32/2008 estipula-se que, a este propósito, o que aqui se regula "não prejudica a observação dos princípios nem o cumprimento das regras relativos à qualidade e à salvaguarda da confidencialidade e da segurança dos dados, previstos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro".

Decorre do que já acima se disse que o crime do Artigo 13.º, n.º 1, alínea c) – apenas esta vertente dos crimes descritos neste Artigo – poderá manter uma relação de **concurso** e especialidade com o crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime. Na verdade, quanto a tratamentos dos dados de tráfego descritos na Lei n.º 32/2008, os factos susceptíveis de preencher os elementos típicos do crime de acesso não autorizado, previsto na alínea c) do n.º 1 do Artigo 13.º, que agora se comenta, seriam em teoria igualmente susceptíveis de preencher o tipo de crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime. **15**

De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da tentativa apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 13.º da Lei n.º 32/2008, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, no caso dos tipos principais de crime previstos no n.º 1, sendo agravada para o dobro dos seus limites, na versão qualificada descrita nas alíneas do n.º 2. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa apenas seria punível em caso de prática da forma qualificada. **16**

No entanto, é o mesmo Artigo 13.º a referir, no seu n.º 3, que a **tentativa** é punível. Portanto, por força de norma especial (este n.º 3 do Artigo 13.º da Lei n.º 32/2008), neste caso a tentativa de prática de crime é sempre punível.

Por outro lado, nos termos do Artigo 13.º do Código Penal, apenas é punível o facto praticado com dolo, a não ser que esteja especialmente prevista na lei a punição dos factos praticados com negligência. É ainda o já referido Artigo 13.º, n.º 3 que dispõe que a negligência é punível. Ou seja, neste caso, por força de norma especial, são puníveis os crimes dolosos e também os negligentes.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA 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)

Artigo 47.º
Desvio de dados

Quem intencionalmente desviar qualquer dos dados previstos na presente lei é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotação 6)
O tipo objectivo (anotação 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A tentativa (anotação 9)
A pena (anotação 10)
Os regimes subsidiários (anotação 11)

1 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, teve como propósito criar um regime especial para o tratamento dos dados pessoais que resultem da criação de bases de dados de gestão de processos nas instâncias judiciais. A imensa quantidade de processos que se instauram nas diversas jurisdições da estrutura judiciária exigiu, nas últimas décadas, que a sua gestão fosse apoiada pela criação de bases de dados de processos, das quais constam referências aos mesmos e aos seus intervenientes, nelas se incluindo, evidentemente, dados pessoais. De facto, cada vez mais o sistema judicial se tem equipado de novas ferramentas informáticas destinadas quer à preservação, organização e tratamento da informação referente aos processos, quer mesmo à tramitação electrónica dos processos judiciais. Quanto a esta tramitação electrónica, em regra não supõe o tratamento de dados pessoais, ainda que porventura os processos desmaterializados possam conter informação que o permitisse fazer. Já as bases de dados de processos judiciário, traduzem claramente tratamento de dados. Não obstante, não incorporam, em regra, dados pessoais sensíveis, na nomenclatura genérica do Artigo 7.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Na verdade, neste Artigo 7.º, n.º 1, referem-se "dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos". Em regra, nas bases de dados dos tribunais, não se incluem dados pessoais desta natureza, cujo tratamento, de acordo com a lei, deverá revestir particular cuidado.
Porém, no Artigo 8.º da mesma Lei n.º 67/98 alude-se a dados que integrem "registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias", bem como genericamente, a dados pessoais tratados "para fins de investigação policial". No número 1 deste Artigo 8.º adianta-se que a "criação e a manutenção de registos centrais" deste tipo apenas poderá ser mantida "por serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal".

2 Em suma, há portanto que concluir que esta Lei n.º 34/2009, onde se insere o Artigo 47.º, que agora se anota, veio solucionar um problema legal, com alguns anos, que era o da necessidade da conciliação do regime legal de protecção de dados pessoais com a necessidade de proceder ao tratamento de dados no seio do

aparelho judiciário. Este problema resultava da prática de havia muito de criar bases de dados informatizadas com informação processual. Por outro lado, o desígnio do legislador de 1998 apontava no sentido da necessidade de uma solução legal – designadamente assim o dava a entender o n.º 1 do Artigo 8.º da Lei n.º 67/98. De fora da Lei n.º 34/2009 ficam as questões relacionadas com o tratamento de "dados pessoais para fins de investigação policial". Quanto a estes, adianta o n.º 3 daquele Artigo 8.º que o respectivo tratamento "deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte".

3 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, foi o resultado final de um processo legislativo que teve início numa proposta de lei (a Proposta de Lei n.º 246/X) apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 6 de Janeiro de 2009 (publicada no Diário da Assembleia da República II.ª Série A, n.º 50/X4, de 8 de Janeiro de 2009 e consultável em www.parlamento.pt). Esta proposta de lei veio a ser analisada pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que a aprovou por unanimidade (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 57/X4, de 14 de Março de 2009)**.** Não obstante, na votação em plenário, a 23 de Maio de 2009 (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 84/X4), por ter havido discussão e divergências quanto ao teor do projecto legislativo, a aprovação do diploma contou apenas com os votos do PS e do PSD. Em todo o caso, quanto aos tipos de ilícito descritos na lei, todos eles reproduzem na íntegra, sem qualquer alteração, portanto, a redacção que constava da Proposta de Lei n.º 246/X.

4 Nestas circunstâncias, a Lei 34/2009, de 14 de Julho, propõe-se criar um quadro jurídico "aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, incluindo os relativos aos meios de resolução alternativa de litígios" (Artigo 1.º). Este quadro normativo é composto por um "conjunto de regras em matéria de preservação, organização e tratamento informático de dados referentes a processos judiciais" (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 246/X), que traduzam "regras claras, precisas e transparentes que permitam caminhar em direcção a soluções mais partilhadas, com mais informação e níveis acrescidos de segurança". Pretende portanto esta lei estabelecer um enquadramento legal que torne mais seguro implementar nos tribunais a utilização de dados reunidos em processos. Para este efeito, elenca de forma taxativa quem pode aceder aos dados em causa, estabelecendo diferentes níveis de acesso a esses dados, assumindo o critério de que cada entidade admitida ao acesso apenas aceda à informação necessária ao exercício das suas atribuições e competências. Complementarmente, a lei determina que devem ser criadas medidas de segurança que garantam a consulta apenas por parte dos utilizadores legalmente previstos, bem como criados registos desses acessos, estabelecendo-se igualmente um quadro sancionatório específico, destinado a actuar perante situações de violação das regras e obrigações legalmente consagradas.

5 Este diploma legal assume que pretende regular, no seu todo, a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela enunciação de alguns princípios de especialidade. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Consonante com esta opção, o Artigo 2.º da Lei n.º 34/2009 define os princípios gerais a que deve obedecer o tratamento de dados, que logo no n.º 1 estipula

deverem ser "exactos e actuais, bem como adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade determinante da sua recolha e posterior tratamento, e não devem ser tratados para finalidade diversa incompatível com aquela para que foram recolhidos". Depois, no n.º 2 do mesmo Artigo 2.º, diz-se que o tratamento de dados no sistema judiciário deverá processar-se "de acordo com os princípios da licitude, da boa-fé e da proporcionalidade".

Ainda o Artigo 2.º, mas agora no n.º 3, prevê um princípio respeitante ao tratamento de dados pessoais pelo sistema judiciário e que constitui uma excepção ao regime padrão da Lei n.º 67/98. Assim, nesse n.º 3 determina-se que "é vedado ao titular dos dados a oposição ao seu tratamento, quando este se efectue nas condições e termos previstos" na Lei n.º 34/2009.

6 O tipo de crime descrito no Artigo 47.º pode ser praticado por aqueles que procedam ao tratamento de dados pessoais no sistema judiciário, mas também por todos os que possam ter acesso aos mesmos no decurso desse tratamento. Pretende o tipo de crime assegurar que todos esses intervenientes observem, quanto aos dados aqui em causa, as regras consagradas no Artigo 2.º da Lei n.º 34/2009 que, entre outros princípios, logo no n.º 1 define que os dados "não devem ser tratados para finalidade diversa incompatível com aquela para que foram recolhidos". Como já se disse, esta solução legal vai no mesmo sentido da solução encontrada na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro – que, por força do Artigo 58.º da Lei n.º 34/2009 constitui um quadro legal subsidiário ao desta lei. De facto, na Lei n.º 67/98 consagra-se, como fundamental referência no tratamento de dados pessoais, o princípio da finalidade, clara e assumidamente descrito no Artigo 5.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 67/98 (CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, 2005, página 230), que refere que os dados pessoais devem ser "recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades". Quanto a estas finalidades, este princípio impõe que sejam "determinadas – devem ser conhecidas antes do início do tratamento –, explícitas – o que exclui o tratamento de dados para fins não claramente determinados ou vagos, ou o seu desconhecimento por parte do titular dos dados –, e legítimas – não podendo ser contrárias à lei" (CATARINA SARMENTO E CASTRO, "Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais", Almedina, 2005, página 230).

Por via do Artigo 47.º da Lei n.º 34/2009 prossegue-se o interesse legal de que os dados resultantes dos processos no sistema judiciário se destinem exclusivamente a tratamento inerente ao funcionamento desse sistema judiciário, na forma descrita naquela lei. E será incriminado outro qualquer destino dos dados.

7 O tipo de crime do Artigo 47.º (que adopta o nome de desvio de dados) acolhe na lei penal o pouco vulgar conceito de "**desvio**", que encontra nos textos legais muito poucos lugares paralelos. Assim acontece com o Artigo 37.º do Decreto-Lei n.º 28/86, de 20 de Janeiro. Neste último, o "desvio" é aplicável a subvenções ou subsídios públicos (Artigo 37.º, n.º 1) e tem uma vertente dirigida à finalidade utilitária à qual se destinam tais subvenções ou subsídios. Ora, esta vertente, da finalidade de uso, é o objecto do tipo de ilícito do Artigo 48.º da Lei n.º 34/2009, que prevê o crime de utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha. Na Lei n.º 67/98 refere-se igualmente o conceito de "desvio", mas também aqui a procura de solução poderá não ser frutífera. Na verdade, nesta lei prevê-se um tipo de ilícito de natureza semelhante aos dos Artigos 47.º e 48.º da Lei n.º 34/2009. Assim acontece no Artigo 43.º, n.º 1, alínea c), onde se pune a utilização de dados pessoais "de forma incompatível com a finalidade determinante da recolha ou com o instrumento de legalização". Isto é, nesta alínea c) incrimina-se

o uso dos dados pessoais para fins diferentes daqueles que se propôs prosseguir quem procedeu à sua obtenção e organização. Também aqui se revela o princípio da finalidade. Porém, é ainda nesta mesma alínea c) que, sem se distinguir do restante texto nem especificar, se incrimina também aquilo que se denomina por "desvio" na utilização de dados pessoais.

Nos termos do Artigo 4.º da Lei n.º 34/2009, a recolha de dados dos processos nos tribunais e de informação com eles conexa e deles resultante terá que destinar-se a uma das finalidades ali tipificadamente descritas. É uma lista extensa e pretende ser exaustiva, não admitindo a utilização de dados noutros fins. Esta lista será importante na verificação da eventual prática do crime de utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha, descrito no Artigo 48.º Desta confrontação de tipos, do Artigo 47.º e do Artigo 48.º, resulta que necessariamente tem de buscar-se uma significância de desvio diferente da mera finalidade de uso. O espaço do desvio poderá então ser a reprodução ou a cópia dos dados. Ou ainda a sua remoção ou a instalação desses dados noutros sistemas. Estará sobretudo em causa a mera cópia física desses dados já que, como se concluiu acima, necessariamente este tipo de ilícito se delimita negativamente pelo confronto com o tipo de crime de utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha, descrito no Artigo 48.º

8 Já ficou dito que o tipo de crime descrito no Artigo 47.º é susceptível de ser praticado por todos aqueles que procedem ao processamento de dados pessoais no sistema judiciário e ainda por todos aqueles que tenham acesso efectivo aos mesmos no decurso desse processamento. O ilícito é doloso – ou seja, terá o agente que agir com dolo. Este dolo é genérico, com isto se pretendendo significar que este dolo resultará desde logo do intuito do agente de praticar os actos objectivos que integram o tipo objectivo de crime. Assim, preencher-se-á o **tipo subjectivo** se o agente tiver dolo quanto às acções materiais descritas: copiar dados, ou removê-los, ou instalá-los noutros sistemas. Porém, além de dolo quanto à acção, terá ainda o agente que ter dolo quanto aos dados em causa. Terá portanto que conhecer a sua natureza e a finalidade a que se destinam.

9 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 47.º da Lei n.º 34/2009, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível. No entanto, o Artigo 53.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa os crimes que nela se prevêem. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 53.º da Lei n.º 34/2009), a tentativa de prática do crime do Artigo 47.º é sempre punível.

10 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no Artigo 47.º da Lei n.º 34/2009 é a **pena** de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Porém, além desta pena principal, podem ainda ser aplicáveis no caso concreto outras penas, acessórias. Assim, no Artigo 54.º da mesma Lei n.º 34/2009, diz-se que **c**onjuntamente com as penas específicas previstas para cada um dos ilícitos criminais descritos nesta lei, "podem ser ordenadas as sanções acessórias previstas no Artigo 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro".

Ora, a Lei n.º 67/98 prevê para todos os ilícitos nela descritos diversas penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui

a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).
Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".
Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

11 Como já se referiu, a Lei n.º 34/2009 assume que pretende regular toda a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela mera regulamentação de aspectos particulares ou especiais. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.
Além disso, no que respeita em especial ao regime penal, o Artigo 55.º da mesma Lei n.º 34/2009 determina que este regime específico, previsto nesta lei, "não prejudica a aplicação dos Artigos 35.º a 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, ou das disposições do Código Penal, se de tal aplicação resultar, em concreto, uma sanção mais grave". Ou seja, assumindo a especialidade do regime que cria, a Lei 34/2009 pretende igualmente que estas regras especiais sejam afastadas se por aplicação dos regimes gerais, resultar, em concreto, uma sanção mais grave.
No n.º 2 deste mesmo Artigo 55.º inclui-se uma norma meramente informativa, segundo a qual a previsão nesta lei de crimes específicos "não prejudica a aplicação da lei relativa à criminalidade informática". À data da entrada em vigor da Lei n.º 34/2009 (14 de Julho de 2009), vigorava a Lei da Criminalidade Informática – Lei n.º 109/91. Porém, ulteriormente, esta lei foi revogada e substituída pela Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009), à qual tem que ter-se por feita esta referência do n.º 2 do Artigo 55.º
Por último, importa referir uma outra norma meramente informativa, constante do Artigo 56.º da Lei 34/2009. Neste Artigo diz-se que a previsão, nesta lei, de tipos de ilícito criminal "não prejudica a efectivação da responsabilidade civil ou disciplinar".

Artigo 48.º
Utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha

Quem intencionalmente utilizar qualquer dos dados previstos na presente lei, de forma incompatível com as finalidades determinantes da respectiva recolha, é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotação 6)
O tipo objectivo (anotação 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A tentativa (anotação 9)
A pena (anotação 10)
Os regimes subsidiários (anotação 11)

1 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, teve como propósito criar um regime especial para o tratamento dos dados pessoais que resultem da criação de bases de dados de gestão de processos nas instâncias judiciais. A imensa quantidade de processos que se instauram nas diversas jurisdições da estrutura judiciária exigiu, nas últimas décadas, que a sua gestão fosse apoiada pela criação de bases de dados de processos, das quais constam referências aos mesmos e aos seus intervenientes, nelas se incluindo, evidentemente, dados pessoais. De facto, cada vez mais o sistema judicial se tem equipado de novas ferramentas informáticas destinadas quer à preservação, organização e tratamento da informação referente aos processos, quer mesmo à tramitação electrónica dos processos judiciais. Quanto a esta tramitação electrónica, em regra não supõe o tratamento de dados pessoais, ainda que porventura os processos desmaterializados possam conter informação que o permitisse fazer. Já as bases de dados de processos judiciários, traduzem claramente tratamento de dados. Não obstante, não incorporam, em regra, dados pessoais sensíveis, na nomenclatura genérica do Artigo 7.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Na verdade, neste Artigo 7.º, n.º 1, referem-se "dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos". Em regra, nas bases de dados dos tribunais, não se incluem dados pessoais desta natureza, cujo tratamento, de acordo com a lei, deverá revestir particular cuidado.
Porém, no Artigo 8.º da mesma Lei n.º 67/98 alude-se a dados que integrem "registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias", bem como genericamente, a dados pessoais tratados "para fins de investigação policial". No número 1 deste Artigo 8.º adianta-se que a "criação e a manutenção de registos centrais" deste tipo apenas poderá ser mantida "por serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal".

2 Em suma, há portanto que concluir que esta Lei n.º 34/2009, onde se insere o Artigo 48.º, que agora se anota, veio solucionar um problema legal, com alguns anos, que era o da necessidade da conciliação do regime legal de protecção de dados pessoais com a necessidade de proceder ao tratamento de dados no seio do aparelho judiciário. Este problema resultava da prática de havia muito de criar bases de dados informatizadas com informação processual. Por outro lado, o desígnio do legislador de 1998 apontava no sentido da necessidade de uma solução legal – designadamente assim o dava a entender o n.º 1 do Artigo 8.º da Lei n.º 67/98. De fora da Lei n.º 34/2009 ficam as questões relacionadas com o tratamento de "dados pessoais para fins de investigação policial". Quanto a estes, adianta o n.º 3 daquele Artigo 8.º que o respectivo tratamento "deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada,

para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte".

3 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, foi o resultado final de um processo legislativo que teve início numa proposta de lei (a Proposta de Lei n.º 246/X) apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 6 de Janeiro de 2009 (publicada no Diário da Assembleia da República II.ª Série A, n.º 50/X4, de 8 de Janeiro de 2009 e consultável em www.parlamento.pt). Esta proposta de lei veio a ser analisada pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que a aprovou por unanimidade (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 57/X4, de 14 de Março de 2009). Não obstante, na votação em plenário, a 23 de Maio de 2009 (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 84/X4), por ter havido discussão e divergências quanto ao teor do projecto legislativo, a aprovação do diploma contou apenas com os votos do PS e do PSD. Em todo o caso, quanto aos tipos de ilícito descritos na lei, todos eles reproduzem na íntegra, sem qualquer alteração, portanto, a redacção que constava da Proposta de Lei n.º 246/X.

4 Nestas circunstâncias, a Lei 34/2009, de 14 de Julho, propõe-se criar um quadro jurídico "aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, incluindo os relativos aos meios de resolução alternativa de litígios" (Artigo 1.º). Este quadro normativo é composto por um "conjunto de regras em matéria de preservação, organização e tratamento informático de dados referentes a processos judiciais" (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 246/X), que traduzam "regras claras, precisas e transparentes que permitam caminhar em direcção a soluções mais partilhadas, com mais informação e níveis acrescidos de segurança". Pretende portanto esta lei estabelecer um enquadramento legal que torne mais seguro implementar nos tribunais a utilização de dados reunidos em processos. Para este efeito, elenca de forma taxativa quem pode aceder aos dados em causa, estabelecendo diferentes níveis de acesso a esses dados, assumindo o critério de que cada entidade admitida ao acesso apenas aceda à informação necessária ao exercício das suas atribuições e competências. Complementarmente, a lei determina que devem ser criadas medidas de segurança que garantam a consulta apenas por parte dos utilizadores legalmente previstos, bem como criados registos desses acessos, estabelecendo-se igualmente um quadro sancionatório específico, destinado a actuar perante situações de violação das regras e obrigações legalmente consagradas.

5 Este diploma legal assume que pretende regular, no seu todo, a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela enunciação de alguns princípios de especialidade. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Consonante com esta opção, o Artigo 2.º da Lei n.º 34/2009 define os princípios gerais a que deve obedecer o tratamento de dados, que logo no n.º 1 estipula deverem ser "exactos e actuais, bem como adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade determinante da sua recolha e posterior tratamento, e não devem ser tratados para finalidade diversa incompatível com aquela para que foram recolhidos". Depois, no n.º 2 do mesmo Artigo 2.º, diz-se que o tratamento de dados no sistema judiciário deverá processar-se "de acordo com os princípios da licitude, da boa-fé e da proporcionalidade".

Ainda o Artigo 2.º, mas agora no n.º 3, prevê um princípio respeitante ao tratamento de dados pessoais pelo sistema judiciário e que constitui uma excepção ao regime

padrão da Lei n.º 67/98. Assim, nesse n.º 3 determina-se que "é vedado ao titular dos dados a oposição ao seu tratamento, quando este se efectue nas condições e termos previstos" na Lei n.º 34/2009.

6 A realidade à qual se dirige a previsão do Artigo 48.º da Lei n.º 34/2009 é a do uso abusivo dos dados recolhidos. De facto, pune-se, por esta disposição a utilização de "qualquer dos dados previstos na presente lei, de forma incompatível com as finalidades determinantes da respectiva recolha". No fundo, trata-se de uma variante do crime previsto na alínea c) do Artigo 43.º, n.º 1 da Lei n.º 67/98, na qual se incrimina o uso de dados pessoais "de forma incompatível com a finalidade determinante da recolha ou com o instrumento de legalização". Isto é, incrimina-se o uso dos dados pessoais para fins diferentes daqueles que deveriam prosseguir-se com a recolha desses dados. Fica aqui bem clara a defesa do princípio da finalidade, o qual supõe que os dados sejam recolhidos apenas para prosseguir finalidades determinadas, não podendo ser tratados de forma incompatível com as mesmas.

7 Do que se disse, resulta que a finalidade de uso é o objecto do tipo de ilícito do Artigo 48.º da Lei n.º 34/2009, que prevê o crime de utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha. Assim, genericamente pode assumir-se que haverá crime quando os dados recolhidos e tratados no sistema judiciário forem usados de forma e com um fim não previstos na lei. Nos termos do Artigo 4.º da Lei n.º 34/2009, a recolha de dados dos processos nos tribunais e de informação com eles conexa e deles resultante terá que destinar-se a uma das finalidades ali tipificadamente descritas. É uma lista extensa e pretende ser exaustiva, não admitindo a utilização de dados noutros fins. Esta lista será importante na verificação da eventual prática do crime de utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha, descrito no Artigo 48.º

Importa a este propósito referir que este crime se delimita negativamente pelo confronto com o tipo de crime do Artigo 47.º, que pune o mero desvio de dados. A previsão na lei, em simultâneo, destes dois tipos de ilícito, do Artigo 47.º e do Artigo 48.º, supõe que se distinga a utilização de dados em finalidade diferente do mero desvio de dados. Quanto ao desvio, consubstanciará designadamente actuações do género da reprodução ou da cópia de dados para fora de sistema onde devam ser tratados. Quanto ao crime do Artigo 48.º privilegiará mais a vertente do uso desses dados.

8 Pode ser agente do tipo de crime de utilização de dados de forma incompatível com a finalidade da recolha, descrito no Artigo 48.º, qualquer pessoa que proceda ao processamento ou tratamento dos dados pessoais em causa. O ilícito é doloso – ou seja, terá o agente que agir com dolo, como bem resulta da expressão intencionalmente, inserida no texto do Artigo 48.º Este dolo é genérico, com isto se pretendendo significar que pode resultar apenas do intuito que o agente terá de praticar os actos objectivos que integram o tipo objectivo de crime. Assim, preencher-se-á o **tipo subjectivo** se o agente tiver dolo quanto às acções materiais que consubstanciem um uso indevido ou fraudulento dos dados. Porém, além de dolo quanto à acção, terá ainda o agente que ter dolo quanto aos dados em causa. Terá portanto que conhecer a sua natureza e a finalidade a que se destinam.

9 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 48.º da Lei n.º 34/2009, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível. No entanto, o Artigo 53.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se

estiverem em causa os crimes que nela se prevêem. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 53.º da Lei n.º 34/2009), a tentativa de prática do crime do Artigo 48.º é sempre punível.

10 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no Artigo 48.º da Lei n.º 34/2009 é a **pena** de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Porém, além desta pena principal, podem ainda ser aplicáveis no caso concreto outras penas, acessórias. Assim, no Artigo 54.º da mesma Lei n.º 34/2009, diz-se que **c**onjuntamente com as penas específicas previstas para cada um dos ilícitos criminais descritos nesta lei, "podem ser ordenadas as sanções acessórias previstas no Artigo 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro".

Ora, a Lei n.º 67/98 prevê para todos os ilícitos nela descritos diversas penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

11 Como já se referiu, a Lei n.º 34/2009 assume que pretende regular toda a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela mera regulamentação de aspectos particulares ou especiais. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Além disso, no que respeita em especial ao regime penal, o Artigo 55.º da mesma Lei n.º 34/2009 determina que este regime específico, previsto nesta lei, "não prejudica a aplicação dos Artigos 35.º a 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, ou das disposições do Código Penal, se de tal aplicação resultar, em concreto, uma sanção mais grave". Ou seja, assumindo a especialidade do regime que cria, a Lei 34/2009 pretende igualmente que estas regras especiais sejam afastadas se por aplicação dos regimes gerais, resultar, em concreto, uma sanção mais grave.

No n.º 2 deste mesmo Artigo 55.º inclui-se uma norma meramente informativa, segundo a qual a previsão nesta lei de crimes específicos "não prejudica a aplicação da lei relativa à criminalidade informática". À data da entrada em vigor da Lei n.º 34/2009 (14 de Julho de 2009), vigorava a Lei da Criminalidade Informática – Lei n.º 109/91. Porém, ulteriormente, esta lei foi revogada e substituída pela Lei do

Cibercrime (Lei n.º 109/2009), à qual tem que ter-se por feita esta referência do n.º 2 do Artigo 55.º
Por último, importa referir uma outra norma meramente informativa, constante do Artigo 56.º da Lei 34/2009. Neste Artigo diz-se que a previsão, nesta lei, de tipos de ilícito criminal "não prejudica a efectivação da responsabilidade civil ou disciplinar".

Artigo 49.º
Interconexão ilegal de dados

Quem intencionalmente promover ou efectuar uma interconexão ilegal de qualquer dos dados previstos na presente lei é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico e o tipo objectivo (anotações 6 e 7)
O tipo subjectivo (anotação 8)
A tentativa (anotação 9)
A pena (anotação 10)
Os regimes subsidiários (anotação 11)

A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, teve como propósito criar um regime especial para o tratamento dos dados pessoais que resultem da criação de bases de dados de gestão de processos nas instâncias judiciais. A imensa quantidade de processos que se instauram nas diversas jurisdições da estrutura judiciária exigiu, nas últimas décadas, que a sua gestão fosse apoiada pela criação de bases de dados de processos, das quais constam referências aos mesmos e aos seus intervenientes, nelas se incluindo, evidentemente, dados pessoais. De facto, cada vez mais o sistema judicial se tem equipado de novas ferramentas informáticas destinadas quer à preservação, organização e tratamento da informação referente aos processos, quer mesmo à tramitação electrónica dos processos judiciais. Quanto a esta tramitação electrónica, em regra não supõe o tratamento de dados pessoais, ainda que porventura os processos desmaterializados possam conter informação que o permitisse fazer. Já as bases de dados de processos judiciários traduzem claramente tratamento de dados. Não obstante, não incorporam, em regra, dados pessoais sensíveis, na nomenclatura genérica do Artigo 7.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Na verdade, neste Artigo 7.º, n.º 1, referem-se "dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos". Em regra, nas bases de dados dos tribunais, não se incluem dados pessoais desta natureza, cujo tratamento, de acordo com a lei, deverá revestir particular cuidado. **1**
Porém, no Artigo 8.º da mesma Lei n.º 67/98 alude-se a dados que integrem "registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias", bem como genericamente, a dados pessoais tratados "para fins de investigação policial". No número 1 deste Artigo 8.º adianta-se que a "criação e a manutenção de registos centrais" deste tipo apenas poderá ser mantida "por serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal".

2 Em suma, há portanto que concluir que esta Lei n.º 34/2009, onde se insere o Artigo 49.º, que agora se anota, veio solucionar um problema legal, com alguns anos, que era o da necessidade da conciliação do regime legal de protecção de dados pessoais com a necessidade de proceder ao tratamento de dados no seio do aparelho judiciário. Este problema resultava da prática de havia muito de criar bases de dados informatizadas com informação processual. Por outro lado, o desígnio do legislador de 1998 apontava no sentido da necessidade de uma solução legal – designadamente assim o dava a entender o n.º 1 do Artigo 8.º da Lei n.º 67/98. De fora da Lei n.º 34/2009 ficam as questões relacionadas com o tratamento de "dados pessoais para fins de investigação policial". Quanto a estes, adianta o n.º 3 daquele Artigo 8.º que o respectivo tratamento "deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte".

3 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, foi o resultado final de um processo legislativo que teve início numa proposta de lei (a Proposta de Lei n.º 246/X) apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 6 de Janeiro de 2009 (publicada no Diário da Assembleia da República II.ª Série A, n.º 50/X4, de 8 de Janeiro de 2009 e consultável em www.parlamento.pt). Esta proposta de lei veio a ser analisada pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que a aprovou por unanimidade (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 57/X4, de 14 de Março de 2009). Não obstante, na votação em plenário, a 23 de Maio de 2009 (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 84/X4), por ter havido discussão e divergências quanto ao teor do projecto legislativo, a aprovação do diploma contou apenas com os votos do PS e do PSD. Em todo o caso, quanto aos tipos de ilícito descritos na lei, todos eles reproduzem na íntegra, sem qualquer alteração, portanto, a redacção que constava da Proposta de Lei n.º 246/X.

4 Nestas circunstâncias, a Lei 34/2009, de 14 de Julho, propõe-se criar um quadro jurídico "aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, incluindo os relativos aos meios de resolução alternativa de litígios" (Artigo 1.º). Este quadro normativo é composto por um "conjunto de regras em matéria de preservação, organização e tratamento informático de dados referentes a processos judiciais" (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 246/X), que traduzam "regras claras, precisas e transparentes que permitam caminhar em direcção a soluções mais partilhadas, com mais informação e níveis acrescidos de segurança". Pretende portanto esta lei estabelecer um enquadramento legal que torne mais seguro implementar nos tribunais a utilização de dados reunidos em processos. Para este efeito, elenca de forma taxativa quem pode aceder aos dados em causa, estabelecendo diferentes níveis de acesso a esses dados, assumindo o critério de que cada entidade admitida ao acesso apenas aceda à informação necessária ao exercício das suas atribuições e competências. Complementarmente, a lei determina que devem ser criadas medidas de segurança que garantam a consulta apenas por parte dos utilizadores legalmente previstos, bem como criados registos desses acessos, estabelecendo-se igualmente um quadro sancionatório específico, destinado a actuar perante situações de violação das regras e obrigações legalmente consagradas.

5 Este diploma legal assume que pretende regular, no seu todo, a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela enunciação de alguns princípios de especialidade. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Consonante com esta opção, o Artigo 2.º da Lei n.º 34/2009 define os princípios gerais a que deve obedecer o tratamento de dados, que logo no n.º 1 estipula deverem ser "exactos e actuais, bem como adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade determinante da sua recolha e posterior tratamento, e não devem ser tratados para finalidade diversa incompatível com aquela para que foram recolhidos". Depois, no n.º 2 do mesmo Artigo 2.º, diz-se que o tratamento de dados no sistema judiciário deverá processar-se "de acordo com os princípios da licitude, da boa fé e da proporcionalidade".

Ainda o Artigo 2.º, mas agora no n.º 3, prevê um princípio respeitante ao tratamento de dados pessoais pelo sistema judiciário e que constitui uma excepção ao regime padrão da Lei n.º 67/98. Assim, nesse n.º 3 determina-se que "é vedado ao titular dos dados a oposição ao seu tratamento, quando este se efectue nas condições e termos previstos" na Lei n.º 34/2009.

6 Pune-se, por via do Artigo 49.º, a interconexão ilegal de dados. Ou seja, incrimina-se quem "promover ou efectuar" interconexão de dados fora dos casos permitidos por lei. Este tipo de ilícito inspira-se directamente no crime da mesma natureza descrito no Artigo 43.º, n.º 1, alínea d) da Lei n.º 67/98, que pune aqueles que efectuarem ou promoverem "uma interconexão ilegal de dados pessoais".

Não se encontra na Lei n.º 34/2009 qualquer conceito de interconexão de dados. Por essa razão, a título subsidiário no âmbito da previsão do seu Artigo 58.º, tem de recorrer-se às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, para enquadrar conceptualmente este crime.

Estipula a alínea i) do Artigo 3.º da Lei n.º 67/98 que é interconexão de dados "a forma de tratamento que consiste na possibilidade de relacionamento dos dados de um ficheiro com os dados de um ficheiro ou ficheiros mantidos por outro ou outros responsáveis, ou mantidos pelo mesmo responsável com outra finalidade". Ou dito de outra forma, procederá à interconexão de dados quem conjugar os dados de dois ficheiros diferentes, obtendo assim resultados, no tratamento desses dados, que não obteria de cada um dos dois ficheiros que se "cruzam".

A Lei n.º 67/98 não proíbe de forma categórica a interconexão de dados. Porém, apenas a permite em dois tipos de situações: por um lado, quando esta interconexão for autorizada por qualquer outra disposição legal; por outro, quando for autorizada pela Comissão Nacional de Protecção de Dados – é o que se dispõe no n.º 1 do Artigo 9.º da Lei. Esta autorização pela CNPD tem que ser solicitada pelos responsáveis dos tratamentos dos dados e insere-se no mecanismo do controlo prévio descrito no Artigo 28.º da Lei, que prevê os tipos de tratamento de dados que carecem de autorização da CNPD, prévia a esse tratamento – cfr. Artigo 28.º, n.º 1, alínea c).

É também o já referido Artigo 9.º que delimita a possibilidade de a CNPD autorizar a interconexão de dados, a qual deverá ser "adequada à prossecução das finalidades legais ou estatutárias e de interesses legítimos dos responsáveis dos tratamentos, não implicar discriminação ou diminuição dos direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados, ser rodeada de adequadas medidas de segurança e ter em conta o tipo de dados objecto de interconexão".

7 Quanto à Lei n.º 34/2009, não prevê expressamente formas de interconexão de dados. Não obstante, admite várias formas daquilo que designa por intercâmbio de dados entre sistemas. Desde logo, define no seu articulado, que será permitida "a comunicação de dados com outros sistemas" e o "acesso aos dados de outros sistemas, nos termos da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro" – cfr. Artigo 39.º Por outro lado, nos Artigos 37.º e

38.º prevêem-se específicas formas de comunicação de dados com outros sistemas e de acesso a dados constantes de outros sistemas. A consequência mais imediata destas previsões será a de excluir do tipo de crime qualquer das modalidades de acção nela descritas.

8 Pode ser agente do tipo de crime de interconexão ilegal de dados, descrito no Artigo 49.º, qualquer pessoa que proceda ao processamento ou tratamento dos dados pessoais em causa.

O ilícito é doloso – ou seja, terá o agente de agir com dolo, como bem resulta da expressão intencionalmente, inserida no texto do Artigo 49.º Este dolo é genérico, com isto se pretendendo significar que pode resultar apenas do intuito do agente de praticar os actos objectivos que integram o tipo objectivo de crime. Assim, preencher-se-á o **tipo subjectivo** se o agente tiver dolo quanto às acções materiais que consubstanciem essa interconexão. Porém, além de dolo quanto à acção, terá ainda o agente que de dolo quanto aos dados em causa. Terá portanto que conhecer a sua natureza e a finalidade a que se destinam.

9 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 49.º da Lei n.º 34/2009, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível. No entanto, o Artigo 53.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa os crimes que nela se prevêem. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 53.º da Lei n.º 34/2009), a tentativa de prática do crime do Artigo 47.º é sempre punível.

10 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no Artigo 49.º da Lei n.º 34/2009 é a **pena** de prisão até dois anos ou multa até 240 dias. Porém, além desta pena principal, podem ainda ser aplicáveis no caso concreto outras penas, acessórias. Assim, no Artigo 54.º da mesma Lei n.º 34/2009, diz-se que **c**onjuntamente com as penas específicas previstas para cada um dos ilícitos criminais descritos nesta lei, "podem ser ordenadas as sanções acessórias previstas no Artigo 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro".

Ora, a Lei n.º 67/98 prevê para todos os ilícitos nela descritos diversas penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura

públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

Como já se referiu, a Lei n.º 34/2009 assume que pretende regular toda a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela mera regulamentação de aspectos particulares ou especiais. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais. **11**

Além disso, no que respeita em especial ao regime penal, o Artigo 55.º da mesma Lei n.º 34/2009 determina que este regime específico, previsto nesta lei, "não prejudica a aplicação dos Artigos 35.º a 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, ou das disposições do Código Penal, se de tal aplicação resultar, em concreto, uma sanção mais grave". Ou seja, assumindo a especialidade do regime que cria, a Lei 34/2009 pretende igualmente que estas regras especiais sejam afastadas se por aplicação dos regimes gerais, resultar, em concreto, uma sanção mais grave.

No n.º 2 deste mesmo Artigo 55.º inclui-se uma norma meramente informativa, segundo a qual a previsão nesta lei de crimes específicos "não prejudica a aplicação da lei relativa à criminalidade informática". À data da entrada em vigor da Lei n.º 34/2009 (14 de Julho de 2009), vigorava a Lei da Criminalidade Informática – Lei n.º 109/91. Porém, ulteriormente, esta lei foi revogada e substituída pela Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009), à qual tem que ter-se por feita esta referência do n.º 2 do Artigo 55.º

Por último, importa referir uma outra norma meramente informativa, constante do Artigo 56.º da Lei 34/2009. Neste Artigo diz-se que a previsão, nesta lei, de tipos de ilícito criminal "não prejudica a efectivação da responsabilidade civil ou disciplinar".

Artigo 50.º

Acesso indevido aos dados

1. Quem, sem a devida autorização, por qualquer modo, aceder a qualquer dos dados pessoais previstos na presente lei, é punido com pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias.

2. A pena é agravada para o dobro dos seus limites quando o acesso:

a) For conseguido através de violação de regras técnicas de segurança;

b) Tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais; ou

c) Tiver proporcionado ao agente ou a terceiros benefício de vantagem patrimonial.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotações 6 e 7)
O tipo objectivo e subjectivo (anotações 8 a 11)
O concurso (anotação 12)
A tentativa (anotação 13)
A pena (anotação 14)
Os regimes subsidiários (anotação 15)

A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, teve como propósito criar um regime especial para o tratamento dos dados pessoais que resultem da criação de bases de dados de gestão de processos nas instâncias judiciais. A imensa quantidade de processos que se instauram nas diversas jurisdições da estrutura judiciária exigiu, nas últimas **1**

décadas, que a sua gestão fosse apoiada pela criação de bases de dados de processos, das quais constam referências aos mesmos e aos seus intervenientes, nelas se incluindo, evidentemente, dados pessoais. De facto, cada vez mais o sistema judicial se tem equipado de novas ferramentas informáticas destinadas quer à preservação, organização e tratamento da informação referente aos processos, quer mesmo à tramitação electrónica dos processos judiciais. Quanto a esta tramitação electrónica, em regra não supõe o tratamento de dados pessoais, ainda que porventura os processos desmaterializados possam conter informação que o permitisse fazer. Já as bases de dados de processos judiciários traduzem claramente tratamento de dados. Não obstante, não incorporam, em regra, dados pessoais sensíveis, na nomenclatura genérica do Artigo 7.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Na verdade, neste Artigo 7.º, n.º 1, referem-se "dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos". Em regra, nas bases de dados dos tribunais, não se incluem dados pessoais desta natureza, cujo tratamento, de acordo com a lei, deverá revestir particular cuidado.

Porém, no Artigo 8.º da mesma Lei n.º 67/98 alude-se a dados que integrem "registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias", bem como genericamente, a dados pessoais tratados "para fins de investigação policial". No número 1 deste Artigo 8.º adianta-se que a "criação e a manutenção de registos centrais" deste tipo apenas poderá ser mantida "por serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal".

2 Em suma, há portanto que concluir que esta Lei n.º 34/2009, onde se insere o Artigo 50.º, que agora se anota, veio solucionar um problema legal, com alguns anos, que era o da necessidade da conciliação do regime legal de protecção de dados pessoais com a necessidade de proceder ao tratamento de dados no seio do aparelho judiciário. Este problema resultava da prática de havia muito de criar bases de dados informatizadas com informação processual. Por outro lado, o desígnio do legislador de 1998 apontava no sentido da necessidade de uma solução legal – designadamente assim o dava a entender o n.º 1 do Artigo 8.º da Lei n.º 67/98. De fora da Lei n.º 34/2009 ficam as questões relacionadas com o tratamento de "dados pessoais para fins de investigação policial". Quanto a estes, adianta o n.º 3 daquele Artigo 8.º que o respectivo tratamento "deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte".

3 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, foi o resultado final de um processo legislativo que teve início numa proposta de lei (a Proposta de Lei n.º 246/X) apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 6 de Janeiro de 2009 (publicada no Diário da Assembleia da República II.ª Série A, n.º 50/X4, de 8 de Janeiro de 2009 e consultável em www.parlamento.pt). Esta proposta de lei veio a ser analisada pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que a aprovou por unanimidade (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 57/X4, de 14 de Março de 2009). Não obstante, na votação em plenário, a 23 de Maio de 2009 (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 84/X4), por ter havido discussão e divergências quanto ao teor do projecto

legislativo, a aprovação do diploma contou apenas com os votos do PS e do PSD. Em todo o caso, quanto aos tipos de ilícito descritos na lei, todos eles reproduzem na íntegra, sem qualquer alteração, portanto, a redacção que constava da Proposta de Lei n.º 246/X.

4 Nestas circunstâncias, a Lei 34/2009, de 14 de Julho, propõe-se criar um quadro jurídico "aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, incluindo os relativos aos meios de resolução alternativa de litígios" (Artigo 1.º). Este quadro normativo é composto por um "conjunto de regras em matéria de preservação, organização e tratamento informático de dados referentes a processos judiciais" (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 246/X), que traduzam "regras claras, precisas e transparentes que permitam caminhar em direcção a soluções mais partilhadas, com mais informação e níveis acrescidos de segurança". Pretende portanto esta lei estabelecer um enquadramento legal que torne mais seguro implementar nos tribunais a utilização de dados reunidos em processos. Para este efeito, elenca de forma taxativa quem pode aceder aos dados em causa, estabelecendo diferentes níveis de acesso a esses dados, assumindo o critério de que cada entidade admitida ao acesso apenas aceda à informação necessária ao exercício das suas atribuições e competências. Complementarmente, a lei determina que devem ser criadas medidas de segurança que garantam a consulta apenas por parte dos utilizadores legalmente previstos, bem como criados registos desses acessos, estabelecendo-se igualmente um quadro sancionatório específico, destinado a actuar perante situações de violação das regras e obrigações legalmente consagradas.

5 Este diploma legal assume que pretende regular, no seu todo, a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela enunciação de alguns princípios de especialidade. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Consonante com esta opção, o Artigo 2.º da Lei n.º 34/2009 define os princípios gerais a que deve obedecer o tratamento de dados, que logo no n.º 1 estipula deverem ser "exactos e actuais, bem como adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade determinante da sua recolha e posterior tratamento, e não devem ser tratados para finalidade diversa incompatível com aquela para que foram recolhidos". Depois, no n.º 2 do mesmo Artigo 2.º, diz-se que o tratamento de dados no sistema judiciário deverá processar-se "de acordo com os princípios da licitude, da boa-fé e da proporcionalidade".

Ainda o Artigo 2.º, mas agora no n.º 3, prevê um princípio respeitante ao tratamento de dados pessoais pelo sistema judiciário e que constitui uma excepção ao regime padrão da Lei n.º 67/98. Assim, nesse n.º 3 determina-se que "é vedado ao titular dos dados a oposição ao seu tratamento, quando este se efectue nas condições e termos previstos" na Lei n.º 34/2009.

6 A redacção do tipo de crime de acesso indevido aos dados, descrito no Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009, reproduz nos seus precisos termos o texto do Artigo 44.º da Lei n.º 67/98. Este último apenas inclui a mais um número 3, não acolhido pelo Artigo 50.º, no qual se refere que o procedimento criminal depende de queixa. Ou seja, na prática, com excepção deste pormenor – o crime do Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009 é público e o do Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 tem natureza semipública –, os dois tipos de crime coincidem completamente nos seus termos.

Pode assim dizer-se que, tal como o crime de acesso indevido, previsto no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, o crime do Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009 inspirou-se directamente no texto do Artigo 7.º da Lei n.º 109/91 (Lei da Criminalidade Informática),

actualmente revogado e substituído pelo Artigo 6.º da Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro. É grande a coincidência nas redacções destes dois tipos de crime referentes a dados com a do crime geral de acesso ilegítimo, distinguindo-os sobretudo os dados que são objecto de uns e de outro. Assim, no crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime, pune-se o acesso sem permissão legal ou autorização a um sistema informático, enquanto nos crimes de acesso indevido e de acesso indevido aos dados, descritos no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 e no Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009, se pune o acesso não autorizado a dados pessoais. Quanto ao demais, a sobreposição dos três tipos de crime é quase total, se se tiver em conta a redacção originária do Artigo 7.º, da lei de 1991 e muito grande, tendo em conta a redacção do Artigo 6.º, da lei de 2009.

7 Pela particularidade do seu objecto (os dados pessoais), o crime do Artigo 44.º mantém uma **relação de especialidade** com o crime de acesso ilegítimo, descrito na Lei do Cibercrime. Por sua vez, também pela especialidade do respectivo objecto, o Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009 é especial em relação ao Artigo 44.º da Lei n.º 67/98. Ambos se dirigem à confidencialidade exigida no tratamento de dados pessoais e pretendem assegurar que o tratamento dos dados pessoais em causa em cada um dos diplomas se faz com respeito por essa confidencialidade. Não desconhece o legislador que, tendencialmente, todo o tipo de tratamento de dados tenderá a ser feito por via de sistemas informáticos e que, portanto, importa salvaguardar a confidencialidade face às modernas ameaças à segurança dos sistemas informáticos, que podem pôr em causa essa confidencialidade. Também por isso, as formas qualificadas de prática de ambos os crimes coincidem integralmente com as descritas no antigo Artigo 7.º, n.os 2 e 3 da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/2009), hoje em dia substituído pelo Artigo 6.º da Lei do Cibercrime. Quanto a este último, apesar de ter visto o seu tipo de crime ampliado, em relação à versão de 1991, mantém no texto dos seus números 1, 3 e 4 as normas que inspiraram, quer o Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, quer o Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009. Pretenderá, portanto, proteger-se com este tipo de crime a privacidade resultante do tratamento de dados pessoais, "na sua vertente de direito à autodeterminação informacional" (BENJAMIM SILVA RODRIGUES, "Direito Penal – Parte Especial I – Direito Penal Informático-Digital", Coimbra 2009, página 450).

8 "**Aceder a dados pessoais**" é entrar num sistema informático ou num arquivo físico onde se guardem dados pessoais. O Artigo 50.º é, a este propósito, aberto, desenhando um crime livre na forma, ao considerar como crime "por qualquer modo aceder a qualquer dos dados pessoais previstos na presente lei". Porém, este acesso apenas é criminalmente punido se for efectuado "sem a devida autorização". Não será portanto crime o acesso a dados por quem estiver, ao aceder, munido de autorização e, designadamente, de autorização legal.

9 Quanto ao **tipo subjectivo** de crime de acesso indevido a dados, previsto no Artigo 50.º, não exige qualquer intenção específica – por exemplo a de causar prejuízo ou a de obter qualquer benefício ilegítimo. Apenas se exige, portanto, o dolo genérico, como resulta da expressão "sem a devida autorização".

10 Este crime comporta **formas qualificadas**. Pode operar-se essa qualificação se, por via da acção, o agente do crime obteve benefícios ou vantagens patrimoniais – é a modalidade prevista na alínea c) do n.º 2 do Artigo 50.º Mas a qualificação pode ainda verificar-se se "acesso for conseguido através de violação de regras de segurança" (alínea a) n.º 3 do Artigo 50.º) ou se por via deste acesso indevido o infractor "tiver possibilitado ao agente ou a terceiros o conhecimento de dados pessoais" (alínea b) do n.º 1 do Artigo 50.º).

A obtenção de vantagem patrimonial é uma qualificativa de fácil interpretação. É comum a muitos outros crimes e traduz, em geral, o intuito económico do agente. Verificar-se-á esta agravante do crime quando o agente pretender ganhar dinheiro – ou outro tipo de vantagem –, com a prática deste crime.
As outras duas qualificativas exigem referências mais detalhadas. Por um lado, a qualificativa da alínea b) – a efectiva tomada de conhecimento de dados pessoais –, sublinha o carácter formal do crime principal, previsto no n.º 1 do Artigo 50.º: este tipo de crime de acesso indevido a dados basta-se com o mero acesso formal a uma base de dados, independentemente de o agente ter efectivamente, ou não, tomado conhecimento desses dados. Quanto à qualificativa da alínea a) (o acesso for conseguido através de violação de regras de segurança), assemelha-se à qualificativa do tipo de crime de acesso ilegítimo descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime – Lei n.º 109/2009. Será exemplo desta previsão a situação do agente do crime utilizar uma password indevidamente obtida.
No caso particular do ilícito descrito no Artigo 50.º, é ainda bom exemplo da violação de regras de segurança a não observância dos procedimentos e medidas de segurança, descritos no Artigo 42.º da Lei n.º 34/2009.

11 Anota-se que aquilo que se pune nestas disposições do Artigo 50.º é apenas o acesso ilegítimo a dados, não se abrangendo com este crime a eventual utilização desses dados. Essa outra actividade criminosa, de utilização desses dados, será enquadrada provavelmente na factualidade descrita no Artigo 48.º da Lei n.º 34/2009.

12 Ficou já dito que este crime descrito no Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009 mantém com o tipo de crime previsto no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 uma relação de especialidade, em função dos dados que constituem o seu objecto. De facto, no Artigo 50.º estão em causa dados tratados no âmbito do sistema judiciário, enquanto no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98 se consideram dados pessoais processados automatizadamente em sistemas informáticos ou não.
Por usa vez, este último ilícito é também especial em relação ao crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime. Neste último prevê-se o acesso a sistemas informáticos, enquanto nos outros dois, acima referidos, se descrevem factos susceptíveis de preencher os elementos típicos do acesso ilegítimo, mas apenas quanto a sistemas informáticos nos quais se proceda a tratamento de dados pessoais. Na verdade, quem incorra na prática do crime descrito no Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009, por um lado, e do crime descrito no Artigo 44.º da Lei n.º 67/98, por outro, estará igualmente a praticar actos materiais que seriam susceptíveis de preencher o tipo de crime de acesso ilegítimo, descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime.

13 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009, a pena é de prisão até um ano ou multa até 120 dias, no caso do tipo principal de crime, descrito no n.º 1, sendo a pena agravada para o dobro dos seus limites no caso das formas qualificadas descritas no n.º 2. Portanto, em qualquer das situações, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível. No entanto, o Artigo 53.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa os crimes que nela se prevêem. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 53.º da Lei n.º 34/2009), a tentativa de prática do crime do Artigo 47.º é sempre punível.

14 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no Artigo 50.º da Lei n.º 34/2009 é a pena de prisão até um ano ou multa até 120 dias, no caso do

tipo principal de crime, descrito no n.º 1, sendo a pena agravada para o dobro dos seus limites no caso das formas qualificadas descritas no n.º 2. Porém, além desta pena principal, podem ainda ser aplicáveis no caso concreto outras penas, acessórias. Assim, no Artigo 54.º da mesma Lei n.º 34/2009, diz-se que conjuntamente com as penas específicas previstas para cada um dos ilícitos criminais descritos nesta lei, "podem ser ordenadas as sanções acessórias previstas no Artigo 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro". Ora, a Lei n.º 67/98 prevê para todos os ilícitos nela descritos diversas penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

15 Como já se referiu, a Lei n.º 34/2009 assume que pretende regular toda a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela mera regulamentação de aspectos particulares ou especiais. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Além disso, no que respeita em especial ao regime penal, o Artigo 55.º da mesma Lei n.º 34/2009 determina que este regime específico, previsto nesta lei, "não prejudica a aplicação dos Artigos 35.º a 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, ou das disposições do Código Penal, se de tal aplicação resultar, em concreto, uma sanção mais grave". Ou seja, assumindo a especialidade do regime que cria, a Lei 34/2009 pretende igualmente que estas regras especiais sejam afastadas se por aplicação dos regimes gerais, resultar, em concreto, uma sanção mais grave.

No n.º 2 deste mesmo Artigo 55.º inclui-se uma norma meramente informativa, segundo a qual a previsão nesta lei de crimes específicos "não prejudica a aplicação da lei relativa à criminalidade informática". À data da entrada em vigor da Lei n.º 34/2009 (14 de Julho de 2009), vigorava a Lei da Criminalidade Informática – Lei n.º 109/91. Porém, ulteriormente, esta lei foi revogada e substituída pela Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009), à qual tem que ter-se por feita esta referência do n.º 2 do Artigo 55.º

Por último, importa referir uma outra norma meramente informativa, constante do Artigo 56.º da Lei 34/2009. Neste Artigo diz-se que a previsão, nesta lei, de

tipos de ilícito criminal "não prejudica a efectivação da responsabilidade civil ou disciplinar".

Artigo 51.º
Viciação ou destruição de resultados

1. Quem, sem a devida autorização, apagar, destruir, danificar, suprimir ou modificar qualquer dos dados previstos na presente lei, tornando-os inutilizáveis ou afectando a sua capacidade de uso, é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

2. A pena é agravada para o dobro dos seus limites se o dano produzido for particularmente grave.

3. Se o agente actuar com negligência, a pena é, em ambos os casos, de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico protegido, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 6 a 8)
A tentativa (anotação 9)
A pena (anotação 10)
Os regimes subsidiários (anotação 11)

A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, teve como propósito criar um regime especial para o tratamento dos dados pessoais que resultem da criação de bases de dados de gestão de processos nas instâncias judiciais. A imensa quantidade de processos que se instauram nas diversas jurisdições da estrutura judiciária exigiu, nas últimas décadas, que a sua gestão fosse apoiada pela criação de bases de dados de processos, das quais constam referências aos mesmos e aos seus intervenientes, nelas se incluindo, evidentemente, dados pessoais. De facto, cada vez mais o sistema judicial se tem equipado de novas ferramentas informáticas destinadas quer à preservação, organização e tratamento da informação referente aos processos, quer mesmo à tramitação electrónica dos processos judiciais. Quanto a esta tramitação electrónica, em regra não supõe o tratamento de dados pessoais, ainda que porventura os processos desmaterializados possam conter informação que o permitisse fazer. Já as bases de dados de processos judiciários traduzem claramente tratamento de dados. Não obstante, não incorporam, em regra, dados pessoais sensíveis, na nomenclatura genérica do Artigo 7.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Na verdade, neste Artigo 7.º, n.º 1, referem-se "dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos". Em regra, nas bases de dados dos tribunais, não se incluem dados pessoais desta natureza, cujo tratamento, de acordo com a lei, deverá revestir particular cuidado. **1**

Porém, no Artigo 8.º da mesma Lei n.º 67/98 alude-se a dados que integrem "registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias", bem como genericamente, a dados pessoais tratados "para fins de investigação policial". No número 1 deste Artigo 8.º adianta-se que a "criação e a manutenção de registos centrais" deste tipo apenas poderá ser mantida "por serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal".

2 Em suma, há portanto que concluir que esta Lei n.º 34/2009, onde se insere o Artigo 51.º, que agora se anota, veio solucionar um problema legal, com alguns anos, que era o da necessidade da conciliação do regime legal de protecção de dados pessoais com a necessidade de proceder ao tratamento de dados no seio do aparelho judiciário. Este problema resultava da prática de havia muito de criar bases de dados informatizadas com informação processual. Por outro lado, o desígnio do legislador de 1998 apontava no sentido da necessidade de uma solução legal – designadamente assim o dava a entender o n.º 1 do Artigo 8.º da Lei n.º 67/98. De fora da Lei n.º 34/2009 ficam as questões relacionadas com o tratamento de "dados pessoais para fins de investigação policial". Quanto a estes, adianta o n.º 3 daquele Artigo 8.º que o respectivo tratamento "deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte".

3 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, foi o resultado final de um processo legislativo que teve início numa proposta de lei (a Proposta de Lei n.º 246/X) apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 6 de Janeiro de 2009 (publicada no Diário da Assembleia da República II.ª Série A, n.º 50/X4, de 8 de Janeiro de 2009 e consultável em www.parlamento.pt). Esta proposta de lei veio a ser analisada pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que a aprovou por unanimidade (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 57/X4, de 14 de Março de 2009). Não obstante, na votação em plenário, a 23 de Maio de 2009 (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 84/X4), por ter havido discussão e divergências quanto ao teor do projecto legislativo, a aprovação do diploma contou apenas com os votos do PS e do PSD. Em todo o caso, quanto aos tipos de ilícito descritos na lei, todos eles reproduzem na íntegra, sem qualquer alteração, portanto, a redacção que constava da Proposta de Lei n.º 246/X.

4 Nestas circunstâncias, a Lei 34/2009, de 14 de Julho, propõe-se criar um quadro jurídico "aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, incluindo os relativos aos meios de resolução alternativa de litígios" (Artigo 1.º). Este quadro normativo é composto por um "conjunto de regras em matéria de preservação, organização e tratamento informático de dados referentes a processos judiciais" (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 246/X), que traduzam "regras claras, precisas e transparentes que permitam caminhar em direcção a soluções mais partilhadas, com mais informação e níveis acrescidos de segurança". Pretende portanto esta lei estabelecer um enquadramento legal que torne mais seguro implementar nos tribunais a utilização de dados reunidos em processos. Para este efeito, elenca de forma taxativa quem pode aceder aos dados em causa, estabelecendo diferentes níveis de acesso a esses dados, assumindo o critério de que cada entidade admitida ao acesso apenas aceda à informação necessária ao exercício das suas atribuições e competências. Complementarmente, a lei determina que devem ser criadas medidas de segurança que garantam a consulta apenas por parte dos utilizadores legalmente previstos, bem como criados registos desses acessos, estabelecendo-se igualmente um quadro sancionatório específico, destinado a actuar perante situações de violação das regras e obrigações legalmente consagradas.

5 Este diploma legal assume que pretende regular, no seu todo, a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela enunciação de alguns princípios de especialidade. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.
Consonante com esta opção, o Artigo 2.º da Lei n.º 34/2009 define os princípios gerais a que deve obedecer o tratamento de dados, que logo no n.º 1 estipula deverem ser "exactos e actuais, bem como adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade determinante da sua recolha e posterior tratamento, e não devem ser tratados para finalidade diversa incompatível com aquela para que foram recolhidos". Depois, no n.º 2 do mesmo Artigo 2.º, diz-se que o tratamento de dados no sistema judiciário deverá processar-se "de acordo com os princípios da licitude, da boa-fé e da proporcionalidade".
Ainda o Artigo 2.º, mas agora no n.º 3, prevê um princípio respeitante ao tratamento de dados pessoais pelo sistema judiciário e que constitui uma excepção ao regime padrão da Lei n.º 67/98. Assim, nesse n.º 3 determina-se que "é vedado ao titular dos dados a oposição ao seu tratamento, quando este se efectue nas condições e termos previstos" na Lei n.º 34/2009.

6 A leitura do Artigo 51.º da Lei n.º 34/2009, que descreve o tipo de crime de viciação ou destruição de resultados, revela imediatamente a total coincidência entre este tipo de crime e o crime de viciação ou destruição de dados pessoais, previsto no Artigo 45.º da Lei n.º 67/98, apenas com uma excepção: o primeiro incrimina actos referentes a "dados previstos na presente lei", enquanto o segundo pune actuações que tenham como objecto dados pessoais. Em tudo o demais, as redacções são exactamente iguais.
Por sua vez, o crime de viciação ou destruição de dados pessoais, previsto no Artigo 45.º, já tinha sido concebido por decalque, quer do seu antecedente Artigo 39.º da Lei n.º 10/91, quer do tipo de crime de dano relativo a dados ou programas informáticos, previsto no Artigo 5.º da Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91), actualmente substituído pelo crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009).
Naturalmente que, pela particularidade do seu objecto (os dados pessoais) este tipo de crime, do Artigo 45.º, mantém com o crime de dano a programas ou outros dados informáticos, descrito na Lei do Cibercrime uma **relação de especialidade**. Por outro lado, todos eles se aparentam com o crime de dano previsto no Artigo 212.º do Código Penal, separando-os, todavia, o objecto especial sobre que incidem. Genericamente, o crime de dano do Código Penal tem como objecto "coisas". Os restantes tipos referidos incidem sobre dados ou programas informáticos: no que respeita ao crime previsto no Artigo 45.º esses dados são apenas aqueles que forem dados pessoais, estejam ou não contidos em ficheiros informáticos; quanto ao crime descrito no Artigo 51.º da Lei n.º 34/2009, tem como objecto dados processados no seio do sistema judiciário.

7 Tal como acontece com o crime de dano comum, os factos típicos susceptíveis de preencher o tipo de crime do Artigo 51.º são o resultado de uma actuação não autorizada. O tipo objectivo pode ser preenchido apagando ou destruindo, danificando, suprimindo ou modificando dados, tornando-os inutilizáveis ou afectando a sua capacidade de uso (Artigo 51.º, n.º 1). Ao contrário dos outros, este tipo de crime revela porém uma especificidade: é indiferente à intenção de causar prejuízo ou de obter benefício ilegítimo. Portanto, na forma dolosa, este crime basta-se com dolo genérico, dirigido aos actos materiais que compõem o tipo objectivo. E referiu-se especificamente a forma dolosa porque, ao contrário do que acontece com outros tipos de ilícito desta natureza (da área do dano), além da actuação dolosa, no seu n.º 3, o Artigo 51.º pune também a actuação negligente. No

que respeita ao tipo, importa ainda referir a existência de uma forma qualificada de prática do crime de viciação ou destruição de resultados, descrita no n.º 2 do Artigo 51.º, que sanciona de forma mais grave a acção da qual resulte um "dano produzido particularmente grave".

8 No que se refere ao **bem jurídico** protegido, o crime de viciação ou destruição de resultados pretende dar tutela penal à defesa da integridade e fiabilidade de dados sujeitos a tratamento no sistema judiciário, consagrando sanção penal, além do mais, para a violação da disposição do Artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 34/2009, na parte em que refere que "os dados recolhidos nos termos da presente lei devem ser exactos". Tal como acontece com a previsão do Artigo 45.º da Lei n.º 67/98, por via do Artigo 51.º da Lei n.º 34/2009 é assegurado, com tutela penal, que os dados são guardados e tratados com protecção de idêntico teor à que é conferida pelo Código Penal aos bens corpóreos, no que respeita a danos ocasionados de forma deliberada.

9 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 51.º da Lei n.º 34/2009, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, no caso do tipo principal de crime, descrito no n.º 1 do Artigo 51.º, sendo a pena agravada para o dobro dos seus limites, na forma qualificada prevista no n.º 2. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível em caso de prática do tipo principal de crime, sendo punível em caso de existência de crime qualificado, na forma do n.º 2 do Artigo 51.º No entanto, o Artigo 53.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa os crimes que nela se prevêem. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 53.º da Lei n.º 34/2009), a tentativa de prática do crime do Artigo 51.º, mesmo na forma simples do n.º 1, é sempre punível.

10 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no Artigo 51.º da Lei n.º 34/2009 é **pena** de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, no caso do tipo principal de crime, descrito no n.º 1, sendo a pena agravada para o dobro dos seus limites, na forma qualificada prevista no n.º 2. Porém, além desta pena principal, podem ainda ser aplicáveis no caso concreto outras penas, acessórias. Assim, no Artigo 54.º da mesma Lei n.º 34/2009, diz-se que **c**onjuntamente com as penas específicas previstas para cada um dos ilícitos criminais descritos nesta lei, "podem ser ordenadas as sanções acessórias previstas no Artigo 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro". Ora, a Lei n.º 67/98 prevê para todos os ilícitos nela descritos diversas penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente

da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

Como já se referiu, a Lei n.º 34/2009 assume que pretende regular toda a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela mera regulamentação de aspectos particulares ou especiais. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais. **11**

Além disso, no que respeita em especial ao regime penal, o Artigo 55.º da mesma Lei n.º 34/2009 determina que este regime específico, previsto nesta lei, "não prejudica a aplicação dos Artigos 35.º a 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, ou das disposições do Código Penal, se de tal aplicação resultar, em concreto, uma sanção mais grave". Ou seja, assumindo a especialidade do regime que cria, a Lei 34/2009 pretende igualmente que estas regras especiais sejam afastadas se por aplicação dos regimes gerais, resultar, em concreto, uma sanção mais grave.

No n.º 2 deste mesmo Artigo 55.º inclui-se uma norma meramente informativa, segundo a qual a previsão nesta lei de crimes específicos "não prejudica a aplicação da lei relativa à criminalidade informática". À data da entrada em vigor da Lei n.º 34/2009 (14 de Julho de 2009), vigorava a Lei da Criminalidade Informática – Lei n.º 109/91. Porém, ulteriormente, esta lei foi revogada e substituída pela Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009), à qual tem que ter-se por feita esta referência do n.º 2 do Artigo 55.º

Por último, importa referir uma outra norma meramente informativa, constante do Artigo 56.º da Lei 34/2009. Neste Artigo diz-se que a previsão, nesta lei, de tipos de ilícito criminal "não prejudica a efectivação da responsabilidade civil ou disciplinar".

Artigo 52.º
Violação do dever de sigilo

1. Quem, obrigado a sigilo profissional, nos termos da lei, sem justa causa e sem o devido consentimento, revelar ou divulgar no todo ou em parte qualquer dos dados previstos na presente lei é punido com pena de prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

2. A pena é agravada de metade dos seus limites se o agente:

a) For funcionário público ou equiparado, nos termos da lei penal, advogado, ou solicitador;

b) For determinado pela intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo; ou

c) Puser em perigo a reputação, honra e consideração ou a intimidade da vida privada.

3. A negligência é punível com pena de prisão até 6 meses ou multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 6 a 10)
A tentativa (anotação 11)

A pena (anotação 12)
Os regimes subsidiários (anotação 13)

1 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, teve como propósito criar um regime especial para o tratamento dos dados pessoais que resultem da criação de bases de dados de gestão de processos nas instâncias judiciais. A imensa quantidade de processos que se instauram nas diversas jurisdições da estrutura judiciária exigiu, nas últimas décadas, que a sua gestão fosse apoiada pela criação de bases de dados de processos, das quais constam referências aos mesmos e aos seus intervenientes, nelas se incluindo, evidentemente, dados pessoais. De facto, cada vez mais o sistema judicial se tem equipado de novas ferramentas informáticas destinadas quer à preservação, organização e tratamento da informação referente aos processos, quer mesmo à tramitação electrónica dos processos judiciais. Quanto a esta tramitação electrónica, em regra não supõe o tratamento de dados pessoais, ainda que porventura os processos desmaterializados possam conter informação que o permitisse fazer. Já as bases de dados de processos judiciários traduzem claramente tratamento de dados. Não obstante, não incorporam, em regra, dados pessoais sensíveis, na nomenclatura genérica do Artigo 7.º, n.º 1, da Lei de Protecção de Dados Pessoais (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro). Na verdade, neste Artigo 7.º, n.º 1, referem-se "dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos". Em regra, nas bases de dados dos tribunais, não se incluem dados pessoais desta natureza, cujo tratamento, de acordo com a lei, deverá revestir particular cuidado.
Porém, no Artigo 8.º da mesma Lei n.º 67/98 alude-se a dados que integrem "registos centrais relativos a pessoas suspeitas de actividades ilícitas, infracções penais, contra-ordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias", bem como genericamente, a dados pessoais tratados "para fins de investigação policial". No número 1 deste Artigo 8.º adianta-se que a "criação e a manutenção de registos centrais" deste tipo apenas poderá ser mantida "por serviços públicos com competência específica prevista na respectiva lei de organização e funcionamento, observando normas procedimentais e de protecção de dados previstas em diploma legal".

2 Em suma, há portanto que concluir que esta Lei n.º 34/2009, onde se insere o Artigo 52.º, que agora se anota, veio solucionar um problema legal, com alguns anos, que era o da necessidade da conciliação do regime legal de protecção de dados pessoais com a necessidade de proceder ao tratamento de dados no seio do aparelho judiciário. Este problema resultava da prática de havia muito de criar bases de dados informatizadas com informação processual. Por outro lado, o desígnio do legislador de 1998 apontava no sentido da necessidade de uma solução legal – designadamente assim o dava a entender o n.º 1 do Artigo 8.º da Lei n.º 67/98. De fora da Lei n.º 34/2009 ficam as questões relacionadas com o tratamento de "dados pessoais para fins de investigação policial". Quanto a estes, adianta o n.º 3 daquele Artigo 8.º que o respectivo tratamento "deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infracção determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte".

3 A Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho, foi o resultado final de um processo legislativo que teve início numa proposta de lei (a Proposta de Lei n.º 246/X) apresentada pelo Governo à Assembleia da República a 6 de Janeiro de 2009 (publicada no

Diário da Assembleia da República II.ª Série A, n.º 50/X4, de 8 de Janeiro de 2009 e consultável em www.parlamento.pt). Esta proposta de lei veio a ser analisada pela Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, que a aprovou por unanimidade (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 57/X4, de 14 de Março de 2009). Não obstante, na votação em plenário, a 23 de Maio de 2009 (Diário da Assembleia da República I.ª Série n.º 84/X4), por ter havido discussão e divergências quanto ao teor do projecto legislativo, a aprovação do diploma contou apenas com os votos do PS e do PSD. Em todo o caso, quanto aos tipos de ilícito descritos na lei, todos eles reproduzem na íntegra, sem qualquer alteração, portanto, a redacção que constava da Proposta de Lei n.º 246/X.

4 Nestas circunstâncias, a Lei 34/2009, de 14 de Julho, propõe-se criar um quadro jurídico "aplicável ao tratamento de dados referentes ao sistema judicial, incluindo os relativos aos meios de resolução alternativa de litígios" (Artigo 1.º). Este quadro normativo é composto por um "conjunto de regras em matéria de preservação, organização e tratamento informático de dados referentes a processos judiciais" (cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 246/X), que traduzam "regras claras, precisas e transparentes que permitam caminhar em direcção a soluções mais partilhadas, com mais informação e níveis acrescidos de segurança". Pretende portanto esta lei estabelecer um enquadramento legal que torne mais seguro implementar nos tribunais a utilização de dados reunidos em processos. Para este efeito, elenca de forma taxativa quem pode aceder aos dados em causa, estabelecendo diferentes níveis de acesso a esses dados, assumindo o critério de que cada entidade admitida ao acesso apenas aceda à informação necessária ao exercício das suas atribuições e competências. Complementarmente, a lei determina que devem ser criadas medidas de segurança que garantam a consulta apenas por parte dos utilizadores legalmente previstos, bem como criados registos desses acessos, estabelecendo-se igualmente um quadro sancionatório específico, destinado a actuar perante situações de violação das regras e obrigações legalmente consagradas.

5 Este diploma legal assume que pretende regular, no seu todo, a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela enunciação de alguns princípios de especialidade. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Consonante com esta opção, o Artigo 2.º da Lei n.º 34/2009 define os princípios gerais a que deve obedecer o tratamento de dados, que logo no n.º 1 estipula deverem ser "exactos e actuais, bem como adequados, pertinentes e não excessivos relativamente à finalidade determinante da sua recolha e posterior tratamento, e não devem ser tratados para finalidade diversa incompatível com aquela para que foram recolhidos". Depois, no n.º 2 do mesmo Artigo 2.º, diz-se que o tratamento de dados no sistema judiciário deverá processar-se "de acordo com os princípios da licitude, da boa fé e da proporcionalidade".

Ainda o Artigo 2.º, mas agora no n.º 3, prevê um princípio respeitante ao tratamento de dados pessoais pelo sistema judiciário e que constitui uma excepção ao regime padrão da Lei n.º 67/98. Assim, nesse n.º 3 determina-se que "é vedado ao titular dos dados a oposição ao seu tratamento, quando este se efectue nas condições e termos previstos" na Lei n.º 34/2009.

6 A leitura do Artigo 52.º da Lei n.º 34/2009, que descreve o tipo de crime de violação do dever de sigilo, revela imediatamente a total coincidência entre este tipo de crime e o de violação do dever de sigilo previsto no Artigo 47.º da Lei

n.º 67/98, apenas com uma excepção: o primeiro incrimina actos referentes a "dados previstos na presente lei", enquanto o segundo pune actuações que tenham como objecto dados pessoais. Em tudo o demais, as redacções são exactamente iguais.
Não cabe no âmbito deste comentário explorar a genérica amplitude dos crimes de violação de sigilo, do qual estes tipos de crime do Artigo 52.º da Lei n.º 34/2009 e do Artigo 47.º da Lei n.º 67/98 são modalidades específicas. O texto do Artigo 47.º da Lei n.º 67/98 reproduz em muito boa medida o teor do Artigo 41.º da revogada Lei n.º 10/91, que previa e punia igualmente o crime de violação do dever de sigilo.
Como pano de fundo desta realidade, tem que considerar o intérprete o Artigo 195.º do Código Penal, que prevê o crime de violação de segredo. Segundo esta norma do Código Penal, será punido quem "revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte", sem que tenha obtido consentimento para tal atitude.
Portanto, tal como acontece com os crimes do Artigo 52.º da Lei n.º 34/2009 e do Artigo 47.º da Lei n.º 67/98, também o crime do Artigo 195.º do Código Penal é um crime de profissionais. Podem praticá-lo profissionais, no sentido de que serão pessoas que têm acesso a segredos "em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte", no caso do Artigo 195.º ou, mais simplesmente na redacção do Artigo 52.º, alguém "obrigado a sigilo profissional".

7 A Lei n.º 34/2009 dispõe expressamente sobre sigilo profissional, no Artigo 43.º Nesta disposição estipula que "quem, no exercício das suas funções, tome conhecimento de dados referidos no Artigo 3.º, cujo conhecimento pelo público não seja admitido pela lei, fica obrigado a sigilo profissional, nos termos dos n.os 1 e 4 do Artigo 17.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro". Ora, de acordo com a disposição do n.º 1 do Artigo 17.º da Lei n.º 67/98, os "responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais tratados, ficam obrigados a sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções". A criminalização da violação de sigilo, por via do Artigo 52.º – tal como acontece com o Artigo 47.º da Lei n.º 67/98 –, é um dos corolários da consagração, como princípio geral do tratamento de dados, da reserva da vida privada, no Artigo 2.º da Lei n.º 67/98.

8 Praticará o crime do Artigo 52.º quem "revelar ou divulgar no todo ou em parte dados". Porém, como já se disse, exige a lei que o agente do crime esteja "obrigado a sigilo profissional, nos termos da lei". Ou seja, este crime apenas será susceptível de vir a ser praticado por quem esteja vinculado a segredo profissional em razão da sua profissão e por imperativo legal. Como já acima se descreveu, é claro o quadro normativo da protecção de dados na vinculação de quem procede ao tratamento de dados a sigilo.
Quanto ao demais, o crime é livre na forma: a divulgação ou revelação podem ser feitas por qualquer modo. Divulgar deverá entender-se aqui como algo análogo à disponibilização ao público em geral. Revelar é uma acção de âmbito mais restrito, dirigida a um universo muito mais limitado mas, mesmo assim, exterior aos que terão direito a conhecer os dados pessoais em causa.

9 O crime descrito no Artigo 52.º comporta uma **forma qualificada**, descrita no n.º 2. Nos termos deste n.º 2, a pena correspondente a este crime será agravada em três circunstâncias. Por um lado, se a violação do sigilo "puser em perigo a reputação, a honra e consideração ou a intimidade da vida privada" (é a previsão da alínea c) do Artigo 52.º, n.º 2). Por outro lado, verificar-se-á crime qualificado se o agente "for determinado pela intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo" (cfr. alínea b) do n.º 2 do Artigo 52.º). Por último,

haverá crime agravado se o agente "for funcionário público ou equiparado, nos termos da lei penal, advogado ou solicitador". Ora, nos termos da lei penal, são funcionários todos aqueles abrangidos pelo Artigo 386.º do Código Penal. Não refere o Código Penal o conceito de funcionário público, assumindo como tal o de funcionário. E dá dele um conceito muito abrangente. Assim, nos termos do Artigo 386.º do Código Penal, são considerados funcionários para efeitos penais, quer os funcionários públicos civis (por oposição aos militares), quer outros eventuais agentes administrativos. Além deles, são ainda considerados funcionários todos os que, tenham desempenhado ou participado em actividades administrativas ou jurisdicionais, ou ainda todos os que desempenhem funções em organismos de utilidade pública, ou nelas participarem. Em qualquer dos casos, os agentes serão ainda considerados funcionários mesmo que as suas funções tenham sido provisórias, temporárias ou gratuitas. Além dos funcionários, o Artigo 386.º do Código Penal, nos números 2 e 3, descreve uma vasta gama de pessoas equiparadas a funcionários e que, portanto, estão entre aqueles que poderão vir a praticar a forma qualificada do crime de violação de sigilo, descrito no Artigo 52.º da Lei n.º 34/2009. Este Artigo 52.º, n.º 2, alínea a) acrescenta à previsão da correspondente previsão do Artigo 47.º da Lei n.º 67/98, como qualificativa, a circunstância de o agente do crime ser advogado ou solicitador, o que bem se compreende, em virtude da natureza dos dados em causa.

10 Quanto aos **elementos subjectivos do tipo**, no que respeita ao tipo principal de crime, não há menções especiais a fazer: o dolo requerido é genérico e dirigido à intenção de praticar os actos que compõem o tipo objectivo de crime. Já quanto à forma qualificada, o dolo terá que ser dirigido às qualificativas. Assim, no caso da alínea c), terá que haver dolo quanto à colocação em perigo da "reputação, da honra e consideração ou da intimidade da vida privada". O mesmo se diga se a qualificativa for a da "intenção de obter qualquer vantagem patrimonial ou outro benefício ilegítimo". É óbvia, neste caso, a exigência de dolo quanto a esta vantagem ou benefício.

11 De acordo com as regras gerais do n.º 1 do Artigo 23.º do Código Penal, a punição da **tentativa** apenas ocorre se ao crime consumado corresponder pena superior a três anos de prisão, a não ser que exista disposição legal em contrário. Ora, no caso do Artigo 52.º da Lei n.º 34/2009, a pena é de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, no caso do tipo principal de crime, previsto no n.º 1, sendo a pena agravada de metade dos seus limites no caso da forma qualificada descrita no n.º 2. Portanto, nos termos das regras gerais do Código Penal, a tentativa não seria punível em qualquer das situações. No entanto, o Artigo 53.º da Lei contém uma regra geral, aplicável a todos os ilícitos nela descritos, segundo a qual a tentativa é sempre punível se estiverem em causa os crimes que nela se prevêem. Portanto, por força de norma especial (a do Artigo 53.º da Lei n.º 34/2009), a tentativa de prática do crime do Artigo 52.º é sempre punível.

12 Já se disse que a sanção prevista para quem pratique o crime previsto no Artigo 52.º da Lei n.º 34/2009 é a **pena** de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, se se verificar a prática do crime previsto no n.º 1, sendo a pena agravada de metade dos seus limites no caso de se verificar a prática do crime na forma qualificada descrita no n.º 2.

Porém, além desta pena principal, podem ainda ser aplicáveis no caso concreto outras penas, acessórias. Assim, no Artigo 54.º da mesma Lei n.º 34/2009, diz-se que **c**onjuntamente com as penas específicas previstas para cada um dos ilícitos criminais descritos nesta lei, "podem ser ordenadas as sanções acessórias previstas

no Artigo 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro".

Ora, a Lei n.º 67/98 prevê para todos os ilícitos nela descritos diversas penas acessórias. Assim, no Artigo 49.º, prevê-se que com "as penas aplicadas pode, acessoriamente, ser ordenada" uma gama variada de penas acessórias, que inclui a proibição do tratamento de dados (alínea a)), ou o apagamento e destruição de dados (igualmente descritos na alínea a)).

Está igualmente prevista, na alínea b) do n.º 1 do Artigo 49.º, a pena acessória de concessão de publicidade à sentença, a qual se faz, de acordo com o n.º 2 do mesmo Artigo 49.º, a "expensas do condenado na publicação periódica de maior expansão editada na área da comarca da prática da infracção ou, na sua falta, em publicação periódica da comarca mais próxima, bem como através da afixação de edital".

Por último, na alínea c) do mesmo Artigo 49.º, prevê-se como sanção acessória "a advertência ou censura públicas do responsável pelo tratamento, nos termos do n.º 4 do Artigo 22.º". Neste Artigo 22.º prevêem-se as atribuições da Comissão Nacional de Protecção de Dados e, entre elas, no seu número 4, independentemente da existência de qualquer processo de infracção, a de poder "advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados", se se verificar "reiterado não cumprimento das disposições legais em matéria de dados pessoais". Além de ser uma possibilidade, em sede geral, da CNPD, a advertência ou censura públicas são assim também uma pena acessória à qual o tribunal pode recorrer nos termos gerais.

13 Como já se referiu, a Lei n.º 34/2009 assume que pretende regular toda a matéria da protecção de dados tratados no sistema judiciário, não se ficando pela mera regulamentação de aspectos particulares ou especiais. Não obstante, no seu Artigo 58.º admite recorrer, a título subsidiário, às regras e princípios definidos na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro. Portanto, embora crie um quadro normativo próprio, assume ter como referência última a Lei de Protecção de Dados Pessoais.

Além disso, no que respeita em especial ao regime penal, o Artigo 55.º da mesma Lei n.º 34/2009 determina que este regime específico, previsto nesta lei, "não prejudica a aplicação dos Artigos 35.º a 49.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, ou das disposições do Código Penal, se de tal aplicação resultar, em concreto, uma sanção mais grave". Ou seja, assumindo a especialidade do regime que cria, a Lei 34/2009 pretende igualmente que estas regras especiais sejam afastadas se por aplicação dos regimes gerais, resultar, em concreto, uma sanção mais grave.

No n.º 2 deste mesmo Artigo 55.º inclui-se uma norma meramente informativa, segundo a qual a previsão nesta lei de crimes específicos "não prejudica a aplicação da lei relativa à criminalidade informática". À data da entrada em vigor da Lei n.º 34/2009 (14 de Julho de 2009), vigorava a Lei da Criminalidade Informática – Lei n.º 109/91. Porém, ulteriormente, esta lei foi revogada e substituída pela Lei do Cibercrime (Lei n.º 109/2009), à qual tem que ter-se por feita esta referência do n.º 2 do Artigo 55.º

Por último, importa referir uma outra norma meramente informativa, constante do Artigo 56.º da Lei 34/2009. Neste Artigo diz-se que a previsão, nesta lei, de tipos de ilícito criminal "não prejudica a efectivação da responsabilidade civil ou disciplinar".

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA VERDELHO

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

Artigo 3.º
Falsidade informática

1. Quem, com intenção de provocar engano nas relações jurídicas, introduzir, modificar, apagar ou suprimir dados informáticos ou por qualquer outra forma interferir num tratamento informático de dados, produzindo dados ou documentos não genuínos, com a intenção de que estes sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes como se o fossem, é punido com pena de prisão até 5 anos ou multa de 120 a 600 dias.

2. Quando as acções descritas no número anterior incidirem sobre os dados registados ou incorporados em cartão bancário de pagamento ou em qualquer outro dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, a pena é de 1 a 5 anos de prisão.

3. Quem, actuando com intenção de causar prejuízo a outrem ou de obter um benefício ilegítimo, para si ou para terceiro, usar documento produzido a partir de dados informáticos que foram objecto dos actos referidos no n.º 1 ou cartão ou outro dispositivo no qual se encontrem registados ou incorporados os dados objecto dos actos referidos no número anterior, é punido com as penas previstas num e noutro número, respectivamente.

4. Quem importar, distribuir, vender ou detiver para fins comerciais qualquer dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, sobre o qual tenha sido praticada qualquer das acções prevista no n.º 2, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

5. Se os factos referidos nos números anteriores forem praticados por funcionário no exercício das suas funções, a pena é de prisão de 2 a 5 anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 2 a 8)
O concurso (anotações 9 a 13)

O tipo de crime de falsidade informática, previsto no Artigo 3.º, tal como todos os restantes crimes descritos na Lei do Cibercrime, recupera os conceitos da velha Lei da Criminalidade Informática – a Lei n.º 109/91. Além disso, assimila novos contributos, designadamente provenientes da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. Em particular, incorporam-se aqui as normas decorrentes do Artigo 7.º da Convenção, que prevê a falsidade informática. Neste Artigo 7.º, assume-se como crime a acção de "introdução, alteração, eliminação ou supressão intencional e ilegítima de dados informáticos, produzindo dados não autênticos, com a intenção de que estes sejam considerados ou utilizados para fins legais como se fossem autênticos". **1**

Este primeiro dos ilícitos criminais previstos na Lei do Cibercrime pretende adaptar as especificidades do mundo *online* à teleologia da matriz geral da falsificação do mundo real, ou *off-line*. Trata-se de um crime com múltiplas configurações. Melhor dizendo, no Artigo 3.º são descritos vários tipos diferentes de crimes. **2**

Quanto ao crime descrito no número 1 do Artigo 3.º, já existia na lei de 1991, estando previsto no respectivo Artigo 4.º Tendo como referência este crime de falsidade informática da velha Lei da Criminalidade Informática, este novo tipo de crime manteve a sua definição matricial. Todavia, deu-lhe uma redacção mais

simples, que pretende aproximar este crime da falsificação do mundo real, prevista no Artigo 255.º e seguintes do Código Penal.

3 Desta forma, a falsidade informática é encarada de modo idêntico ao de outras legislações com a qual Portugal tem afinidades, como é o caso da italiana ou da alemã. Em Itália, criminaliza-se a falsidade informática em parâmetros idênticos aos da falsificação em geral, sendo a falsidade informática apenas uma forma qualificada de prática do crime (é o que resulta do Artigo 491bis do Código Penal). Quanto à Alemanha, o Código Penal incorpora uma norma específica para punir a falsificação de documentos informáticos (Secção 269 do StGB), que tem uma relação de especialidade com a norma que descreve a falsificação comum (Secção 267 do StGB).

4 Preencherá o tipo objectivo de crime de falsidade informática quem "introduzir, modificar, apagar ou suprimir dados informáticos ou por qualquer outra forma interferir num tratamento informático de dados". Mas estes factos não bastam. Até este ponto, estes elementos do tipo objectivo são bastantes semelhantes aos do tipo de crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime (onde se prevê como conduta típica "apagar, alterar, destruir, no todo ou em parte, danificar, suprimir ou tornar não utilizáveis ou não acessíveis programas ou outros dados informáticos alheios"). E não andam longe dos elementos fácticos do tipo de crime de sabotagem informática, previsto no Artigo 5.º da Lei do Cibercrime (onde se qualificam como típicas as actuações de "introdução, transmissão, deterioração, danificação, alteração, apagamento, impedimento do acesso ou supressão de programas ou outros dados informáticos"). Na verdade, o tipo principal de crime de falsidade informática, previsto no n.º 1 do Artigo 3.º, exige ainda, para que se verifique, que dos actos típicos descritos resulte a produção de "dados ou documentos não genuínos".

5 Além disso, o tipo de crime exige que estas actuações sejam animadas por um **duplo dolo**: num primeiro momento, em termos lógicos, o agente do crime de falsidade informática deverá estar imbuído do intuito de "provocar engano nas relações jurídicas". Depois, exige-se ainda que a sua intenção seja a de que os documentos digitais falsificados "sejam considerados ou utilizados para finalidades juridicamente relevantes" como se fossem verdadeiros.

6 Mas o Artigo 3.º inclui **outros tipos criminais**. Assim, no número 2, prevê-se a falsificação de "dados registados ou incorporados em cartão bancário de pagamento ou em qualquer outro dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado". Portanto, incrimina-se por esta norma a prática de falsificação informática exercida sobre dados de cartões bancários de crédito ou de débito, mas também sobre cartões (ou outros dispositivos) telefónicos contendo informação que permita o acesso a rede de telecomunicações. Pretende a lei, a este propósito, incriminar a falsificação exercida sobre os dados informáticos inseridos em cartões SIM (SIM são as iniciais de *Subscriber Identity Module*, ou módulo de identificação do assinante). Estes cartões de plástico contêm uma estrutura semicondutora (o *chip*) onde está gravada informação digital que permite ao respectivo titular utilizar um aparelho de telemóvel para aceder a uma rede de telefonia móvel. Mas a lei refere ainda "outros dispositivos (…) que permitam o acesso a serviços de acesso condicionado". Será o caso dos cartões ou outros equipamentos que permitam, por exemplo, o acesso a sinal de televisão por cabo.

7 No caso específico dos **cartões bancários**, esta lei cria a necessidade de conciliação com o tipo de crime que resulta da combinação da previsão da alínea c) do n.º 1 do Artigo 267.º com a do n.º 1 do Artigo 262.º, ambos do Código Penal. De acordo

com estas duas normas, o Código Penal faz equiparar os cartões bancários, de garantia ou de crédito, a moeda, naquilo que respeita a contrafacção de moeda, passagem de moeda falsa e aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação. Ou seja, nos termos do Código Penal, a "contrafacção" de um cartão bancário de garantia ou de crédito é equiparada à "contrafacção" de moeda. Não define o Código Penal aquilo que entende por "contrafacção". Não obstante, no Artigo 256.º elenca diversas actuações que considera "falsificação ou contrafacção". E assim, considera "falsificação ou contrafacção" o acto de "fabricar ou elaborar documento falso", "falsificar ou alterar documento ou qualquer dos componentes que o integram", "abusar da assinatura de outra pessoa" e ainda fazer "constar falsamente de documento (…) facto juridicamente relevante".

Embora este tipo de linguagem se afigure, numa primeira abordagem, pouco conciliável com as realidades informáticas e os documentos digitais, é importante considerar, a este propósito, que o Código Penal considera o chamado "documento informático" como um verdadeiro documento, se se tratar de "declaração corporizada em escrito, ou registada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico". Aliás, a lei reconhece a existência do "documento electrónico", na alínea a) do Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto (na versão do Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril), que define como o "documento elaborado mediante processamento electrónico de dados".

Portanto, embora conceptualmente a falsificação de documento não tenha sido pensada, no âmbito do Código Penal, para realidades informáticas, a verdade é que os documentos informáticos são tratados na lei como se de documentos físicos se tratassem. E assim, aos documentos electrónicos "susceptíveis de representação escrita" é dado o valor legal de documentos escritos, sendo esse valor "apreciado nos termos gerais de direito" – cfr. Artigo 3.º, n.º 1 e n.º 5 do Decreto-Lei n.º 290-D/99.

É certo que estas previsões do Código Penal datam de uma época histórica na qual os cartões de crédito eram apenas pequenos rectângulos de plástico, que não tinham inserida ou memorizada qualquer tipo de inscrição electrónica. Eram portanto, apenas, peças de plástico com informação gráfica impressa que identificava o banco emissor e o titular do cartão. Portanto, na mente do legislador originário do Código Penal não será fácil descortinar mais do que a incriminação da falsificação do cartão enquanto peça de plástico, com inscrições gravadas na face.

Além disso, esta previsão do Código Penal não incluía os cartões bancários de débito. Por sua vez, o n.º 2 do Artigo 3.º da Lei do Cibercrime não refere os cartões de garantia (referidos no Código Penal), entretanto desaparecidos da circulação.

Quanto ao demais, verifica-se que a aplicação prática desta nova norma da Lei do Cibercrime esvazia de sentido a remissão operada pelo Artigo 267.º, n.º 1, alínea c).

Por sua vez, o n.º 4 do Artigo 3.º tipifica ainda uma outra conduta nova. Trata-se dos actos praticados por quem "importar, distribuir, vender ou detiver para fins comerciais qualquer dispositivo", se este dispositivo lhe permitir praticar as falsificações antes descritas (e que permitam o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado).

8

No que respeita a este detalhe, a inspiração da Lei vem do Artigo 6.º da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, que descreve o crime de uso abusivo de dispositivos. Tal como naquela norma da Convenção, o n.º 4 incrimina, por antecipação da tutela penal, quem genericamente exercer actividades comerciais relacionadas com a disponibilização ao público de dispositivos que permitam aceder "a sistema ou meio de pagamento, ou a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado". Este tipo de actos, quanto ao seu significado criminógeno,

são por definição preparatórios de eventuais crimes de acesso ilegítimo. São autonomamente incriminados por opção do legislador.

9 Os tribunais superiores portugueses foram já chamados a decidir sobre alguns aspectos relacionados com a falsidade informática. Assim, o Tribunal da Relação do Porto, no seu Acórdão de 30 de Abril de 2008 (consultável em www.dgsi.pt), decidiu que existe concurso efectivo entre os crimes de burla e de falsidade informática. Por outro lado, o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 9 de Janeiro de 2007 (consultável em www.dgsi.pt), decidiu que entre os crimes de abuso de confiança e de falsidade informática existe igualmente uma relação de concurso efectivo. Assim decidiu, no caso em análise neste último acórdão, porque no crime de abuso de confiança o bem jurídico protegido é patrimonial, enquanto no crime de falsidade informática o bem jurídico protegido (no caso concreto) era o da segurança nas transacções bancárias.

10 Questão mais difícil é a da confrontação do regime deste crime de falsidade informática (na vertente da falsificação de dispositivos de acesso a serviços de acesso condicionado, previsto no n.º 2 do Artigo 3.º), com o teor do Artigo 104.º da Lei n.º 5/2004 (a conhecida Lei das Comunicações Electrónicas). Por força do n.º 3 deste Artigo 104.º, constitui crime punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa a prática de actos de "fabrico, importação, distribuição, venda, locação ou detenção, para fins comerciais, de dispositivos ilícitos". Considera a alínea a) do n.º 2 do mesmo Artigo 104.º que "dispositivo ilícito" é "um equipamento ou programa informático concebido ou adaptado com vista a permitir o acesso a um serviço protegido, sob forma inteligível, sem autorização do prestador do serviço".

11 Esta versão do Artigo 104.º resulta da actualização operada pelo Decreto-Lei n.º 176/2007, de 8 de Maio, a qual introduziu no n.º 1 uma nova alínea d), que até então não existia – o n.º 1 apenas era composto pelas alíneas a) a c). Todo o restante corpo normativo do Artigo 104.º vem da versão originária, da Lei n.º 5/2004.

Foi intuito do legislador, como melhor se diz na anotação a este mesmo Artigo 104.º da Lei n.º 5/2004, contrariar, com tutela penal, o surgimento de um mercado paralelo de fornecimento de dispositivos ilícitos, os quais facultavam o acesso aos serviços de acesso condicionado, à revelia dos respectivos operadores e sem a respectiva contrapartida económica. Desta forma, o bem jurídico protegido por este crime situa-se na área das condições de concorrência sã e transparente no mercado dos serviços que se baseiem ou consistam num acesso condicional. Esta protecção passa pela defesa dos interesses patrimoniais dos exploradores desses serviços e também pretende atingir outros direitos legalmente protegidos, como os direitos de autor e conexos.

12 Preenche o tipo de crime do Artigo 104.º, n.º 1, alínea a) e do n.º 3, quem "fabricar" dispositivos ilícitos. Mas além da produção, a lei incrimina ainda "a importação, a distribuição, a venda e a locação" destes dispositivos. Pretende portanto criminalizar todas as actividades de produção e comercialização lucrativa de dispositivos. Além disso, a lei ainda incrimina a mera detenção de dispositivos ilícitos, desde que essa detenção tenha em vista fins comerciais. Fica, portanto, de fora da incriminação o mero utilizador de um dispositivo ilícito, desde que apenas detenha esse dispositivo para sua exclusiva utilização.

Ora, como se disse, parece que todas estas actuações do tipo objectivo de crime estarão também incluídas no tipo de crime do no Artigo 3.º, n.º 4 da Lei do Cibercrime que assim, sem ter revogado expressamente o Artigo 104.º, n.os 1, alínea a) e 3, passou a prever todas as possibilidades antes previstas neste último.

13 Uma última nota para sublinhar que nem sempre é óbvia a distinção entre a falsidade informática e o crime de dano relativo a programas ou outros dados

informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime. A falsidade implica, tal como o dano, a manipulação de dados informáticos (introduzir, modificar, apagar, suprimir ou interferir no tratamento da dados). Porém, há duas marcas que distinguem esta manipulação daquelas que preenchem os tipos de crime de dano e sabotagem: por um lado, na falsificação o dolo é mais complexo e supõe a intenção de provocar engano nas relações jurídicas; por outro, os dados em causa têm que ser susceptíveis de virem a dar origem a um documento falso que possa ser utilizado para finalidades juridicamente relevantes como se fosse autêntico.

Artigo 4.º

Dano relativo a programas ou outros dados informáticos

1. Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, apagar, alterar, destruir, no todo ou em parte, danificar, suprimir ou tornar não utilizáveis ou não acessíveis programas ou outros dados informáticos alheios ou por qualquer forma lhes afectar a capacidade de uso, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa.

2. A tentativa é punível.

3. Incorre na mesma pena do n.º 1 quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas nesse número.

4. Se o dano causado for de valor elevado, a pena é de prisão até 5 anos ou de multa até 600 dias.

5. Se o dano causado for de valor consideravelmente elevado, a pena é de prisão de 1 a 10 anos.

6. Nos casos previstos nos n.os 1, 2 e 4 o procedimento penal depende de queixa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 2 a 5)
O concurso (anotações 6 a 8)

O tipo de crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime, incorpora em boa parte a antiga previsão do crime de dano relativo a dados ou programas informáticos, previsto no Artigo 5.º da revogada Lei da Criminalidade Informática (Lei n.º 109/91). Além disso, integra o contributo, quer da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, quer da Decisão-Quadro 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação. No que respeita ao tipo principal de crime de dano, que estava descrito no n.º 1 do Artigo 5.º da lei antiga, as inovações foram pouco significativas, traduzindo sobretudo ajustamentos de redacção. Porém, foi introduzido na lei nova um novo n.º 3, absolutamente inovador, inspirado no Artigo 6.º da Convenção sobre Cibercrime. **1**

O crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º, é aparentado com o crime de dano previsto no Artigo 212.º do Código Penal. Todavia, o seu objecto é especial – não é uma "coisa", como no crime de dano comum. Os factos típicos, tal como os daquele crime, são o resultado de uma actuação não autorizada. Além de não autorizada, esta actuação tem em vista causar prejuízo ou obter benefício ilegítimo. O tipo objectivo pode ser preenchido apagando ou destruindo, danificando, suprimindo ou tornando de qualquer outra forma não utilizáveis dados ou programas informáticos. **2**

Tendo como referência o Artigo 5.º da Lei n.º 109/91 (Lei da Criminalidade Informática), este novo crime de dano, do n.º 1 do Artigo 4.º da Lei do Cibercrime revela-se actualizado, contendo novas modalidades de acção típica. Esta actualização foi antes de mais o resultado da aproximação à legislação internacional, mas apenas se operou ao nível do pormenor. Em concreto, foram apenas introduzidas novas expressões componentes do tipo objectivo do crime de dano ("tornar não acessíveis dados" e "alterar dados") impostas pelo Artigo 4.º da Decisão-Quadro 2005/222/JAI e pela Artigo 4.º da Convenção sobre Cibercrime, as quais, em todo o caso, não alteram a estrutura do tipo de crime principal. Na verdade, a restante redacção do antigo Artigo 5.º da Lei da Criminalidade Informática já satisfazia na globalidade as exigências, quer da Decisão-Quadro, quer da Convenção sobre Cibercrime.

3 Como acima se referiu, o n.º 3 do Artigo 4.º é inovador, tendo sido introduzido pela Lei do Cibercrime, já que não tinha correspondente previsão na velha lei de 1991. Neste n.º 3 descreve-se verdadeiramente um novo tipo de crime, cujo objecto é a difusão daquilo a que genericamente se chama "malware" (expressão que abrange os tradicionais vírus informáticos mas também todos os outros programas maliciosos). Este novo tipo de crime inspira-se claramente nas normas do Artigo 6.º da Convenção sobre Cibercrime, que declaram proibida e punível a conduta de quem "ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos" que possam ter com consequência a prática do crime de dano.

As actuações que se incluem neste tipo de crime são, em regra, actos preparatórios de outros crimes de dano. Nessa medida, a opção deste n.º 3 do Artigo 4.º traduz uma antecipação da tutela penal, para que por esta via se possa vir a punir aquilo que, na essência, são actos preparatórios de outros crimes.

Esta opção de política legislativa terá sido imposta pelas ameaças trazidas pelas novas realidades comunicacionais. Em particular pelo potencial perigo criado pela difusão dos dispositivos em causa. Por exemplo, por via deste novo n.º 3, pune-se a mera difusão de vírus por via de *spam*, mesmo que esses vírus (ou outro *malware*) não tenham chegado a produzir os seus pretendidos efeitos.

4 Este alargamento da incriminação suscitou dúvidas, aquando da discussão pública anterior à aprovação parlamentar desta lei. Designadamente, foi invocado que este alargamento poderia pôr em causa as actividades de seguranças dos sistemas das redes, por qualificar como crime os actos de teste aos mecanismos de segurança desses sistemas. Porém, este argumento não colhe: é que, embora podendo efectivamente coincidir com as actuações ilegais descritas no tipo objectivo de crime, estas actuações não preencherão o tipo uma vez que no mesmo se exige que o agente actue "sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema". Portanto, este crime apenas pretende punir as actuações ilegítimas, o que exclui, por exemplo, os testes de segurança a um determinado sistema, desde que autorizado pelo dono desse sistema.

5 No que se refere ao **bem jurídico** protegido, o dano relativo a programas ou outros dados informáticos pretende dar tutela penal à defesa da integridade e fiabilidade de dados e ao bom funcionamento dos programas informáticos. Portanto, com as previsões do Artigo 4.º visa-se assegurar para os dados e programas informáticos uma protecção do mesmo teor daquela que é conferida pelo Código Penal aos bens corpóreos, no que respeita a danos ocasionados de forma deliberada. Porém, no que respeita aos dados informáticos, além da integridade, que é característica do crime de dano comum, o tipo de crime sublinha mais o seu adequado funcionamento ou a susceptibilidade de correcta utilização dos dados ou programas

informáticos. Acrescem, portanto, ao dano clássico, os específicos interesses do "bom funcionamento dos programas informáticos" (BENJAMIM SILVA RODRIGUES, "Direito Penal – Parte Especial I – Direito Penal Informático-Digital", Coimbra 2009, página 332).

6 O tipo de crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º, é separado por ténues fronteiras do crime de burla informática e nas comunicações, descrito no Artigo 221.º do Código Penal.

Matricialmente, os crimes de dano são crimes contra o património. Assim acontece com o crime de dano descrito no Artigo 212.º Código Penal, que pune quem "destruir, no todo ou em parte, danificar, desfigurar ou tornar não utilizável coisa alheia". Este crime de dano descrito no Código Penal partilha com o crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos algumas das acções típicas. Além disso, os dois tipos de crime têm ainda em comum a circunstância de o objecto de ambos ser alheio ao agente: a coisa alheia do dano, a falta de permissão legal a não autorização do proprietário do sistema, no dano relativo a programas ou outros dados informáticos.

Porém, diferem os dois crimes nos respectivos objectos e, consequentemente, nos bens jurídicos protegidos. Já se disse que com o crime de dano se pretende proteger o património – a coisa alheia. Já no que respeita ao crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime, o interesse protegido não é apenas a integridade patrimonial. Além da integridade dos dados informáticos, enquanto propriedade do lesado, protege também este tipo de ilícito a integridade funcional desses dados, que se refere à disponibilidade e utilizabilidade eficaz dos dados informáticos.

7 No que respeita à burla informática e nas comunicações, prevista no Artigo 221.º do Código Penal, importa distinguir claramente os dois crimes parecidos, mas diferentes, previstos no n.º 1 e no n.º 2. A burla informática propriamente dita, prevista no n.º 1 do Artigo 221.º, foi introduzida na versão do Código Penal de 1995. Estruturalmente é uma burla, geneticamente marcada, enquanto crime, pela produção de um engano para obter vantagem. Porém, neste caso, o artifício fraudulento característico da burla é substituído pela manipulação informática de dados ou programas: interferência "no resultado de tratamento de dados, estruturação incorrecta de programa, utilização incorrecta, incompleta ou não autorizada de dados ou qualquer intervenção não autorizada" (cfr. Artigo 221.º, n.º 1). Porque se trata de um crime doloso, subjacente a esta actuação está a intenção de obter enriquecimento ilegítimo ou causar prejuízo patrimonial. O bem jurídico protegido é, portanto, de natureza iminentemente patrimonial. Esta vertente de predominante protecção do património é, aliás, o critério que irá permitir separar este crime de vários dos crimes previstos na Lei do Cibercrime e, entre eles, do crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime.

8 É também esta vertente estritamente patrimonial da burla informática que distingue este crime (previsto no n.º 1 do Artigo 221 do Código Penal), do crime de burla nas comunicações (previsto no n.º 2 do mesmo Artigo 221.º do Código Penal). Este último crime foi introduzido pela revisão operada ao Código Penal em 1998. O seu bem jurídico protegido é mais complexo, abrangendo o património do lesado, mas somente se o respectivo prejuízo passar pela interferência no normal funcionamento ou exploração de serviços de comunicações. Isto é, além do património do lesado é igualmente interesse jurídico protegido o normal funcionamento ou exploração de serviços de comunicações.

No entanto, os dois tipos de crime distinguem-se ainda por outros detalhes. Assim, enquanto o crime do n.º 1 prevê, no que respeita ao tipo subjectivo de crime, a intenção de obter enriquecimento ilegítimo, o crime do n.º 2 é praticado por quem tiver intenção de benefício ilegítimo. Estas duas formas não são coincidentes. Não é difícil configurar situações em que o benefício obtido não pode ser considerado enriquecimento, por traduzir, por exemplo, a utilização imediata pelo agente de sistemas de comunicações, sem para isso ter que suportar o respectivo custo. Não pode considerar-se haver necessariamente enriquecimento pelo valor do custo da comunicação. Só haverá efectivo enriquecimento se o agente do crime, não sendo bem sucedido, estiver disponível para suportar o custo da comunicação, o que em boa parte dos casos não acontecerá. Por outro lado, no texto do n.º 1 referem-se sempre, a propósito do objecto do crime, dados e utilização incorrecta ou não autorizada de dados. Porém, no n.º 2, além de utilização de dados (programas) incluem-se também dispositivos electrónicos ou outros meios. Ou seja, enquanto a burla informática passa necessariamente pela interferência no *software*, a burla de comunicações pode, além disso, ser praticada pela manipulação de *hardware* ou outras estruturas físicas de telecomunicações que não caibam neste último conceito.

Artigo 5.º
Sabotagem informática

1. Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, entravar, impedir, interromper ou perturbar gravemente o funcionamento de um sistema informático, através da introdução, transmissão, deterioração, danificação, alteração, apagamento, impedimento do acesso ou supressão de programas ou outros dados informáticos ou de qualquer outra forma de interferência em sistema informático, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. Na mesma pena incorre quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no número anterior.

3. Nos casos previstos no número anterior, a tentativa não é punível.

4. A pena é de prisão de 1 a 5 anos se o dano emergente da perturbação for de valor elevado.

5. A pena é de prisão de 1 a 10 anos se:

a) O dano emergente da perturbação for de valor consideravelmente elevado;

b) A perturbação causada atingir de forma grave ou duradoura um sistema informático que apoie uma actividade destinada a assegurar funções sociais críticas, nomeadamente as cadeias de abastecimento, a saúde, a segurança e o bem-estar económico das pessoas, ou o funcionamento regular dos serviços públicos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 2 a 5)

1 O crime de sabotagem informática estava já previsto na Lei n.º 109/91, a velha Lei da Criminalidade Informática (no respectivo Artigo 6.º). O tipo de crime descrito na actual Lei do Cibercrime, no respectivo Artigo 5.º, recupera no essencial o tipo de crime da lei antiga, mas também integra actualizações, quer resultantes de modernas necessidades de incriminação, quer impostas por compromissos internacionais que Portugal assumiu a esse propósito (em particular por via da

Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa e por via da Decisão-Quadro 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação).

Porém, não é significativa a alteração causada no tipo principal de crime de sabotagem, que fica acrescentado de algumas – pequenas –, novas acções típicas, as quais não alteram, de forma nenhuma, a estrutura do tipo de crime.

Mais significativo é o acrescento de um novo n.º 2 – esse sim inovador –, neste Artigo 5.º e que vem directamente inspirado pelo Artigo 6.º da Convenção sobre Cibercrime. Trata-se, na verdade, de um novo tipo de ilícito, muito próximo de outros novos tipos de ilícito introduzidos a propósito dos crimes de falsidade informática, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, acesso ilegítimo e intercepção ilegítima (respectivamente, os Artigos 3.º, n.º 4, 4.º, n.º 3, 6.º, n.º 2 e 7.º, n.º 3).

Além disso, também foi criada uma forma agravada de sabotagem informática na alínea b) do n.º 5 do Artigo 5.º A situação fáctica a que se dirige corresponde a uma grande ameaça dos tempos modernos, criada pelos chamados grandes ataques informáticos com séria perturbação das comunicações informáticas (os chamados DoS e DDoS).

2 Como ficou dito, o crime de sabotagem informática previsto no Artigo 5.º da Lei do Cibercrime tem a mesma estrutura do crime previsto no Artigo 6.º da velha e revogada Lei da Criminalidade Informática. Comparativamente com este último, ao novo texto apenas foram acrescentadas algumas novas acções típicas, de teor semelhante ao das que já ali se descreviam. Assim, passou a integrar também o conjunto das acções típicas "transmitir, deteriorar, danificar, tornar inacessíveis", bem como "impedir ou interromper o funcionamento de um sistema informático". São portanto novas modalidades da acção típica, anteriormente não descritas. No caso, foram impostas pelo Artigo 3.º da Decisão-Quadro 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação.

3 O crime de sabotagem informática distingue-se do crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, previsto no Artigo 4.º da Lei do Cibercrime. São crimes muito próximos, com tipos objectivos próximos, mas de objecto diferente. Na verdade, no dano punem-se actos relacionados com dados informáticos (e entre eles programas). Na sabotagem está em causa a prática de actos perturbadores do funcionamento de sistemas informáticos ou de comunicação de dados. Todavia, esta perturbação do sistema tem de ser o resultado da prática de actos que, em si mesmos, isoladamente, poderiam consubstanciar crime de dano relativo a dados ou programas informáticos. Do ponto de vista conceptual, os bens jurídicos protegidos por cada um destes dois crimes parecem portanto poder facilmente distinguir-se a partir do respectivo objecto: no dano, o objecto do crime são dados informáticos; na sabotagem o objecto são sistemas informáticos. Assim, com o dano, o agente genericamente prejudicará a utilização de dados informáticos; com a sabotagem pretende o legislador dar tutela penal à salvaguarda do correcto funcionamento de um sistema informático. Porém, na prática, uma vez que actos típicos do crime de dano podem resultar na prática de crime de sabotagem, não será raro enquadrar situações concretas quer num, quer noutro tipo. Por outro lado, o crime de sabotagem informática (descrito no Artigo 5.º da Lei do Cibercrime) também se distingue do crime de acesso ilegítimo (descrito no Artigo 6.º da Lei do Cibercrime). Na verdade, o interesse protegido por este último é "a segurança do sistema informático", ao passo que o interesse protegido pelo primeiro é o "do proprietário ou o utente de um sistema informático em que o mesmo funcione

bem" (A.G.LOURENÇO MARTINS, J.A.GARCIA MARQUES e PEDRO SIMÕES DIAS, "Cyberlaw em Portugal", Centro Atlântico, 2004, página 446).

4 Este crime de sabotagem informática comporta uma **forma agravada**, descrita nos n.os 4 e 5 do Artigo 5.º da Lei do Cibercrime. Esta forma agravada recupera, em boa parte, as previsões dos n.os 2 e 3 do Artigo 6.º da Lei n.º 109/91 e considera, portanto, ser a pena do crime agravada em função da dimensão do dano emergente da perturbação (elevado ou consideravelmente elevado). É o que resulta das previsões do n.º 4 e do n.º 5, alínea a) do Artigo 5.º

Porém, este mesmo n.º 5, na alínea b), prevê uma outra forma do crime de sabotagem, qualificada em função da natureza das suas consequências. Assim, será punida igualmente de forma agravada a sabotagem que "atingir de forma grave ou duradoura um sistema informático que apoie uma actividade destinada a assegurar funções sociais críticas, nomeadamente as cadeias de abastecimento, a saúde, a segurança e o bem-estar económico das pessoas, ou o funcionamento regular dos serviços públicos". Trata-se, portanto, de um sabotagem informática com consequências de grande dimensão, que porventura não será susceptível de vir a ser mensurada em termos de valoração meramente económica e, consequentemente, não poderá vir a dar lugar à qualificação agravada do n.º 4 ou da alínea a) do n.º 5. Esta qualificativa dirige-se pois aos ataques informáticos com efeitos de maior dimensão, causando encerramento ou bloqueamento de *sites* e actividades económicas. Desta forma, os ataques informáticos de grande escala, frequentemente devastadores, passam a ser punidos de forma mais grave, mesmo não sendo possível quantificar as suas consequências económicas ou monetárias.

Esta perspectiva, que atribui mais desvalor a manifestações ilícitas desta natureza, acolhe o espírito do Artigo 7.º da Decisão-Quadro 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação e, em particular, do Artigo 7.º, n.º 2.

5 Tal como se referiu quanto à falsidade e ao dano, também a propósito da sabotagem tem que referir-se o novo tipo de crime do n.º 2 do Artigo 5.º, que se destina a punir a difusão de vírus e de outros programas maliciosos cujo objectivo seja o de provocar sabotagem informática. Da mesma forma que aconteceu quanto aos outros tipos de ilícito, também a propósito da sabotagem o legislador pretendeu consagrar as previsões do Artigo 6.º da Convenção sobre Cibercrime. Esta norma, do n.º 2, constitui uma clara antecipação da tutela penal a realidades que anteriormente eram actos preparatórios da prática de outros crimes.

No caso concreto do tipo previsto no n.º 2 do Artigo 5.º, esta antecipação visa incriminar as novas actividades relacionadas com o controlo malévolo das redes. Será o caso da montagem de *botnets* por via do estabelecimento de uma rede de computadores zumbi, de forma a que essas estruturas possam ser utilizadas para as mais diversas actividades ilegais. No que respeita à sabotagem, será por exemplo o caso da sua utilização para provocar as falhas técnicas conhecidas como DoS e DDoS. Portanto, pelo n.º 2, pune-se a difusão de *software* destinado à criação destas redes ilegais com estes propósitos.

Anote-se porém que a utilização deste *software* malicioso é punida da mesma forma que era antes, uma vez que recairá na previsão do tipo principal de crime, previsto no Artigo 5.º, n.º 1 – ou, dependendo da dimensão das consequências, também nos números 4 ou 5.

Artigo 6.º
Acesso ilegítimo

1. Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, de qualquer modo aceder a um sistema informático, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Na mesma pena incorre quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas, um conjunto executável de instruções, um código ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no número anterior.

3. A pena é de prisão até 3 anos ou multa se o acesso for conseguido através de violação de regras de segurança.

4. A pena é de prisão de 1 a 5 anos quando:

a) Através do acesso, o agente tiver tomado conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei; ou

b) O benefício ou vantagem patrimonial obtidos forem de valor consideravelmente elevado.

5. A tentativa é punível, salvo nos casos previstos no n.º 2.

6. Nos casos previstos nos n.os 1, 3 e 5 o procedimento penal depende de queixa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 2 a 5)

A velha Lei da Criminalidade Informática – Lei n.º 109/91 –, já previa o crime de acesso ilegítimo, no seu Artigo 7.º Este tipo de crime, agora descrito no Artigo 6.º da Lei n.º 109/2009, estruturalmente acolhe o crime anterior, mas incorpora também algumas actualizações, sobretudo decorrentes dos compromissos internacionais que Portugal assumiu a esse propósito e, em particular, da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa. Além disso, foram feitos ajustamentos à redacção da norma legal, que traduziram alguma alteração na descrição do tipo de crime. Não obstante, a factualidade incriminada é exactamente a mesma que era antes. **1**

Quanto às inovações, por comparação com o texto da Lei n.º 109/91, as mesmas foram inseridas no novo e inovador n.º 2 do Artigo 6.º, clara e assumidamente inspirado no Artigo 6.º da Convenção sobre Cibercrime. Consagra um novo tipo de ilícito, idêntico a outros novos tipos de ilícito consagrados nos artigos referentes aos crimes de falsidade informática, dano relativo a programas ou outros dados informáticos, sabotagem informática e intercepção ilegítima (respectivamente, os Artigos 3.º, n.º 4, 4.º, n.º 3, 5.º, n.º 2 e 7.º, n.º 3). Na prática, este novo n.º 2, pretende punir autonomamente aquilo que antes a lei considerava actos preparatórios do crime.

No que respeita ao tronco principal do crime de acesso ilegítimo, descrito no n.º 1 do Artigo 6.º, em todo o caso, vai também ao encontro, quer do Artigo 2.º da Convenção sobre Cibercrime, que acolhe o crime de acesso ilegal, quer do Artigo 2.º da Decisão-Quadro 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação, que prevê o crime de acesso ilegal aos sistemas de informação. Este último diploma da União Europeia – e em particular o seu Artigo 7.º –, tem ainda correspondência na forma qualificada do crime de acesso descrita no Artigo 6.º, n.º 4, alínea b).

2 O crime de acesso ilegítimo dirige-se às modernas ameaças à segurança dos sistemas informáticos que ponham em causa as respectivas confidencialidade, integridade e disponibilidade. É interesse protegido a salvaguarda da possibilidade de gerir, operar e controlar os sistemas de forma livre e tranquila, sem perturbação.

"**Acesso**" é a entrada no todo ou numa parte de um sistema informático (*hardware*, componentes, dados armazenados no sistema instalado, directorias, dados de tráfego e dados relativos ao conteúdo). É portanto a penetração num sistema informático, acessível através de redes de telecomunicações públicas, ou num sistema informático na mesma rede, tal como uma LAN (rede de área local) ou *intranet* no seio de uma organização (por exemplo, na rede privada de uma empresa).

O crime de acesso ilegítimo é, tal como os restantes crimes previstos na Lei do Cibercrime, praticado por quem actue de forma não autorizada. Este elemento do tipo exclui acções típicas – que preencham o tipo objectivo de crime –, mas sejam autorizadas. Será o caso, por exemplo, de acções de "ataque" a sistemas efectuadas com a finalidade de testar a sua segurança, por pessoas autorizadas pelo dono do sistema informático. Aliás, um eventual acto com origem no proprietário do sistema, ou em alguém por ele autorizado, por exemplo, nunca será punido. Por outro lado, também não é criminalizado o acesso a um sistema informático que seja livre e aberto ao público, uma vez que tal acesso se faz "com permissão legal". A pedra de toque do tipo de crime é, portanto, o acesso intencional e não autorizado a um sistema.

A jurisprudência abordou já esta temática. Assim, no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15 de Outubro de 2008 (consultável em www.dgsi.pt), diz-se que "o bem jurídico protegido pelo crime de acesso ilegítimo (…) é a segurança do sistema informático; trata-se da protecção ao designado "domicílio informático"".

O **tipo subjectivo** de crime de acesso ilegítimo, previsto no n.º 1 do Artigo 6.º, não exige qualquer intenção específica – por exemplo a de causar prejuízo ou a de obter qualquer benefício ilegítimo. Apenas se exige, portanto, o dolo genérico, como resulta da expressão "sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele". Na verdade, este tipo principal do crime registou, em relação à redacção de 1991, como já acima se disse, alterações na redacção. Porém, estas alterações são, na verdade, de pormenor, sem que, no seu essencial, tenha sido alterada a estrutura do tipo. Por exemplo, foi eliminada da redacção a parcela que previa a exigência de específica intenção de "obter benefício ou vantagem ilegítimos". A eliminação deste trecho pretendeu resolver uma divergência que a redacção anterior suscitava, entre aqueles que defendiam que haveria crime independente de o propósito do agente ser o de obtenção de vantagem patrimonial e aqueles que, pelo contrário, defendiam que apenas haveria crime se a intenção fosse dirigida à vantagem patrimonial. Fica agora claro no tipo que apenas se exige dolo genérico, não se exigindo qualquer intenção específica.

3 Este crime comporta **formas qualificadas**. Pode operar-se essa qualificação por via do montante dos prejuízos provocados ou dos benefícios obtidos – é a modalidade prevista na alínea b) do n.º 4 do Artigo 6.º (se "o benefício ou vantagem patrimonial obtidos forem de valor consideravelmente elevado").

Mas a qualificação pode ainda verificar-se se "acesso for conseguido através de violação de regras de segurança" (n.º 3 do Artigo 6.º) ou se por via deste acesso ilegítimo o infractor tomar "conhecimento de segredo comercial ou industrial ou de dados confidenciais, protegidos por lei" (n.º 4, alínea b) do Artigo 6.º). É exemplo da primeira situação, da violação das regras de segurança, a situação do agente do crime utilizar uma *password* indevidamente obtida.

Como também já ficou dito, a grande novidade introduzida no Artigo 6.º, tendo como referência o antigo crime de acesso ilegítimo, previsto no Artigo 7.º da Lei n.º 109/91 é a do novo n.º 2. Com este novo n.º 2 a lei pretende nomeadamente punir o chamado roubo de identidade, recorrente e preocupante actividade criminógena moderna. Antecipando a punição, como se disse acima, de forma a incriminar acções que anteriormente eram apenas actos preparatórios de outros crimes, por este novo tipo de crime pune-se a actuação daqueles que, recorrendo a meios informáticos fraudulentos obtêm informação confidencial pertencente a terceiros (por exemplo os seus códigos de acesso a sítios na Internet: nomes de utilizadores, *logins*, *passwords*), que lhes permitam aceder a contas de correio electrónico, contas bancárias *on-line* ou a todos os restantes tipo de sítios de acesso restrito ou condicionado. **4**

Anota-se que aquilo que se pune nesta disposição do n.º 2 é apenas a obtenção ilegítima de dados de acesso a locais reservados do mundo virtual. Neste novo crime não se abrange a eventual utilização desses dados. Essa outra actividade criminosa, de utilização desses dados, terá outros enquadramentos: poderá ser por via da burla informática (Artigo 221.º, n.º 1, do Código Penal) ou eventualmente pelo n.º 1 deste mesmo Artigo 6.º (portanto por via do crime principal de acesso ilegítimo, previsto neste diploma), consoante a intenção do agente. **5**

Artigo 7.º
Intercepção ilegítima

1. Quem, sem permissão legal ou sem para tanto estar autorizado pelo proprietário, por outro titular do direito do sistema ou de parte dele, e através de meios técnicos, interceptar transmissões de dados informáticos que se processam no interior de um sistema informático, a ele destinadas ou dele provenientes, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. A tentativa é punível.

3. Incorre na mesma pena prevista no n.º 1 quem ilegitimamente produzir, vender, distribuir ou por qualquer outra forma disseminar ou introduzir num ou mais sistemas informáticos dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados a produzir as acções não autorizadas descritas no mesmo número.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 2 a 4)
O concurso (anotações 5 a 7)

O tipo de crime de intercepção ilegítima, previsto no Artigo 7.º, inspira-se no correspondente tipo de ilícito a seu tempo previsto no Artigo 8.º da velha Lei da Criminalidade Informática – a Lei n.º 109/91. Embora coincida com as exigências do correspondente texto da Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa (o Artigo 3.º, que prevê a intercepção ilegítima), a adopção deste instrumento internacional não exigiu que se procedesse a qualquer alteração legislativa substancial – as diferenças anotadas entre uma e outra lei são de pormenor e não alteram a estrutura do tipo de crime. Tendo como referência a Lei n.º 109/91, tal como aconteceu noutros locais da lei, desapareceu a desactualizada expressão "rede informática". Com certeza por razões da mesma natureza, a expressão "interceptar comunicações" deu lugar a "interceptar transmissões de dados informáticos". **1**

O artigo 7.º é de estrutura simples. Visa punir a intercepção de comunicações processadas no interior de um sistema informático, se esta intercepção for realizada **2**

sem autorização. O conceito de intercepção é bastante abrangente. Está definido na alínea e) do Artigo 2.º da Lei n.º 109/2009, sendo entendido como "o acto destinado a captar informações contidas num sistema informático, através de dispositivos electromagnéticos, acústicos, mecânicos ou outros". Por outro lado, é qualificado como crime a intercepção de qualquer tipo de comunicações de ou de qualquer forma de transferência electrónica de dados – correio electrónico, transferência de ficheiros, por telefone, fax ou muitas outras possibilidades técnicas. Anote-se que a consumação deste tipo de crime não exige a efectiva obtenção de informações, bastando-se com o mero acto, formal, de proceder de forma a captar essas informações.

Estão excluídas do tipo de crime as intercepções realizadas ao abrigo das normas processuais penais, naturalmente. Mas estão igualmente excluídas as eventuais intercepções realizadas de acordo com instruções ou autorização dos participantes nas transmissões de dados – por exemplo, no contexto de actividades autorizadas de teste ou de protecção aprovadas pelos participantes.

3 É assim **bem jurídico** protegido, em primeira linha, a vida privada, na manifestação do direito ao sigilo sobre as comunicações de dados informáticos, por via do sigilo de telecomunicações. Ou dito de outra forma, a privacidade na comunicação de dados. Nessa medida, esta infracção representa a mesma violação da privacidade de comunicações que as tradicionais escutas e gravações de conversas telefónicas entre pessoas. A inviolabilidade das "telecomunicações e demais meios de comunicação" é garantida pelo Artigo 34.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, estando igualmente contemplada no Artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

4 Tal como acontece nas disposições que punem o crime de dano relativo a programas ou outros dados informáticos, a sabotagem informática e o acesso ilegítimo, a propósito da intercepção ilegítima a lei criou um novo tipo de ilícito, antecipando a tutela penal, de forma a incriminar actos que anteriormente eram meramente preparatórios do crime de intercepção ilegítima. Pune-se assim nesta sede a mera produção e difusão de dispositivos ilícitos – a ilegítima produção, venda, distribuição, disseminação ou introdução em sistemas informáticos de dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados à intercepção ilegítima. É o que resulta do novo n.º 3 do Artigo 7.º da Lei do Cibercrime.

5 Este tipo de crime, especialmente previsto para as "transmissões de dados informáticos que se processam no interior de um sistema informático, a ele destinadas ou dele provenientes", colide, quanto ao interesse que visa proteger, com normas do Código Penal.

Assim acontece com o crime previsto no Artigo 192.º, n.º 1, alínea a), que descreve e pune como devassa da vida privada a acção de quem "sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual (…) interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada".

As redacções dos dois tipos de crime dispensam sublinhar a similitude de interesse protegido. Não obstante, também evidenciam diferenças. Desde logo, ao nível do dolo. Assim, na intercepção ilegítima do Artigo 7.º da Lei do Cibercrime, o dolo descrito no tipo de crime é genérico e dirigido à própria acção – basta que haja intenção de praticar os actos do tipo objectivo para que se preencha o tipo subjectivo. Por sua vez, na devassa da vida privada do Artigo 192.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal, o dolo é específico, devendo revelar-se "intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou

sexual". A dificuldade prática de demonstrar, no caso concreto, o tipo subjectivo deste ilícito resulta da sua própria natureza. Tal prova deverá ser buscada em elementos circunstanciais e exteriores ao tipo de crime.

Mas por outro lado, os crimes distinguem-se ainda quanto ao tipo objectivo: na intercepção ilegítima do Artigo 7.º da Lei do Cibercrime haverá crime sempre que alguém, de forma deliberada, proceder à intercepção de "transmissões de dados informáticos que se processam no interior de um sistema informático, a ele destinadas ou dele provenientes", quer venha ou não a tomar conhecimento do teor dessas comunicações e independentemente da finalidade com que procedeu a essa intercepção. Já na devassa da vida privada do Artigo 192.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal apenas se tipifica como crime a acção dirigida a "conversa, comunicação telefónica, mensagens de correio electrónico ou facturação detalhada". As intercepções de todas as restantes formas de transmissão de dados – mensagens de sms, em serviços de conversação *online*, *chat* ou outras -, não são incriminadas. Em sentido diferente, incriminam-se, especificadamente, além da mera intercepção, a gravação, o registo, a utilização e a divulgação das comunicações interceptadas. Estas acções típicas descritas no Artigo 192.º, n 1, alínea a) do Código Penal não se incluem no Artigo 7.º da Lei do Cibercrime.

6 Encontra-se um outro lugar paralelo, no Artigo 194.º do Código Penal, que prevê e pune a violação de telecomunicações. No seu n.º 2 incrimina a acção daquele que "sem consentimento, se intrometer no conteúdo de telecomunicação ou dele tomar conhecimento". Tal como no Artigo 7.º da Lei do Cibercrime, o dolo é genérico – basta-se com a intenção livre e deliberada de praticar as acções descritas no tipo objectivo. Já este tipo objectivo do crime do Artigo 194.º, n.º 2, diverge do consagrado no Artigo 7.º Neste último pune-se a intercepção, definida como a captação de comunicações. No Artigo 194.º, n.º 2 do Código Penal pune-se a intromissão no conteúdo.

O n.º 2 do Artigo 194.º terá, talvez, a sua origem num tempo em que as telecomunicações eram operadas manualmente, com grande intervenção dos funcionários dos operadores telefónicos no estabelecimento dessa mesma comunicação. A realidade que servia de pano de fundo a este crime era o tempo das telefonistas, que executavam manualmente as operações técnicas que permitiam a realização de chamadas.

Nos tempos modernos, em que as comunicações telefónicas e outras se estabelecem sem outra intervenção humana, para além dos próprios interlocutores/comunicantes, este tipo de crime ficou com um campo de aplicação muito mais reduzido.

7 Quanto ao crime previsto no n.º 3 do Artigo 7.º, encontra paralelo no Artigo 276.º do Código Penal, que prevê e pune o crime de instrumentos de escuta telefónica. No Artigo 7.º da Lei do Cibercrime pune-se a "produção, venda, distribuição ou disseminação em sistemas de (…) dispositivos, programas ou outros dados informáticos destinados à intercepção de comunicações". São portanto objecto deste crime dispositivos, programas ou outros dados informáticos. No Código Penal incrimina-se actos da mesma natureza, mas referentes a "instrumento ou aparelhagem especificamente destinados à montagem de escuta telefónica, ou à violação de correspondência ou de telecomunicações". Neste articulado legal, violação de correspondência ou de telecomunicações deve ser entendido como referindo-se ao tipo de crime do Artigo 194.º E por essa razão, estes instrumentos (…) especificamente destinados à montagem de escuta telefónica, ou à violação de telecomunicações serão apenas aqueles que forem aptos para praticar aquele tipo de crime. Ou seja, aptos a permitir intrometer-se no conteúdo de telecomunicação ou dele tomar conhecimento.

Artigo 8.º
Reprodução ilegítima de programa protegido

1. Quem ilegitimamente reproduzir, divulgar ou comunicar ao público um programa informático protegido por lei é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

2. Na mesma pena incorre quem ilegitimamente reproduzir topografia de um produto semicondutor ou a explorar comercialmente ou importar, para estes fins, uma topografia ou um produto semicondutor fabricado a partir dessa topografia.

3. A tentativa é punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico, o tipo objectivo e subjectivo (anotações 2 a 6)
O concurso (anotações 7 a 9)

1 Tal como todos os restantes crimes descritos na Lei n.º 109/2009, o crime de reprodução ilegítima de programa protegido, previsto neste Artigo 8.º, inspira-se directamente no correspondente dispositivo da lei de 1991 – o Artigo 9.º Os dois tipos legais são iguais entre eles, sendo o crime em vigor uma mera reposição daquele que se previa na Lei n.º 109/91. Apenas se anota uma pequena alteração de redacção entre os dois artigos: no texto antigo incriminava-se "quem, não estando para tanto autorizado (…)", enquanto no texto novo se optou pela expressão "quem ilegitimamente (…)". No entanto, em termos substanciais o conteúdo das duas expressões equivalem-se, tendo esta alteração tido por motivo a uniformizar da terminologia usada noutros locais da lei.

A inspiração mais remota desta norma tem que se procurada na Recomendação n.º 9(89) do Conselho da Europa, que foi a primordial fonte inspiradora do legislador de 1991. Com efeito, nem a Decisão-Quadro 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005, relativa a ataques contra sistemas de informação, que inspirou outras normas do presente diploma, nem a Convenção Cibercrime descrevem nenhum tipo de crime desta natureza.

2 Dentro do elenco previsto neste diploma, o crime de reprodução ilegítima de programa protegido, previsto no Artigo 8.º da Lei n.º 109/2009, é aquele que mais discussão suscita, sendo dele dito que parece revelar uma perspectiva maximalista da abordagem penal da problemática do direito de autor sobre programas de computador.

Esta norma define como crime qualquer tipo de reprodução não autorizada de um programa informático. Ou seja, o mero acto de fazer uma cópia de um programa informático, para um suporte autónomo de dados (CD Rom, *pen disks*, disco rígido ou outro suporte de dados), ou para o instalar num computador, é proibido e punido por lei. Indo, porventura, ao encontro da rigidez desta norma, uma boa parte dos fabricantes de programas informáticos permite aos compradores que façam a respectiva instalação em mais que um computador.

Portanto, ao contrário do que acontece quanto ao direito de autor clássico, a lei considera crime a realização de cópias para uso privado de programas (a menos que o detentor dos direitos sobre o programa tenha autorizado esta cópia, por via das cláusulas da respectiva licença, por exemplo).

Vai nesse claro sentido a interpretação que desta norma é feita pela jurisprudência portuguesa. Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16 de Junho de 2003 (consultável em www.dgsi.pt), onde se decidiu que "a reprodução não autorizada de um programa informático protegido por lei

constitui sempre o crime do Artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 109/91 independentemente da intenção com que a reprodução foi feita".

3 Discute alguma doutrina se esta formulação da lei pune, ou não, a mera utilização de programas ilegitimamente reproduzidos. As razões desta discussão relacionam-se com a dificuldade de apurar, em inúmeros casos práticos, quem foi o autor material da reprodução, apelando-se a variadas razões para incriminar quem meramente se limita a utilizar o programa em causa. Há autores que defendem que a mera utilização constitui crime com base na interpretação lata do conceito de reprodução, que nesta perspectiva deve também abranger o carregamento de um programa no disco rígido de um computador, a sua visualização e execução. Outros defendem que a reprodução se basta com a memorização em computador. Ambas as posições buscam legitimidade no relatório explicativo sobre criminalidade informática do Conselho da Europa, a propósito da Recomendação n.º R (89) 9, que deu origem à Lei n.º 109/91, que diz que "on peut aller jusqu'à considérer comme une reproduction (…) le chargement d'un programme à partir d'un support extérieur dans la mémoire interne d'un ordinateur" (cfr. BEQUAI, AUGUST, "La Criminalité Informatique", Conselho da Europa, 1990, página 63).

4 Porém, o tempo e o contexto em que esta afirmação foi feita não permitem concluir no sentido das opiniões acima referidas. No fim da década de 1980, quando o relatório foi elaborado, não estavam ainda generalizados os computadores com disco rígido nem as redes. Por isso, uma boa parte dos programas utilizáveis em computadores ainda era carregada em cada vez que se utilizava, a partir de disquetes. Neste contexto, poderia considerar-se, no limite, que carregar o programa, da disquete, para a memória do computador, poderia caber no conceito de reprodução, sendo assim a mera utilização ilícita. Porém, hoje em dia, é geralmente impensável utilizar um programa sem que antes seja instalado. Ou seja, é estanque a actuação de instalar – reproduzir, por um lado, e utilizar, por outro. Neste contexto, quem utiliza o programa não pratica nenhum acto que possa caber, nem remotamente, no conceito de reprodução.

5 Além da reprodução de programa, o tipo de crime inclui também os actos "divulgar ou comunicar ao público". São actuações diferentes, que não se confundem com a reprodução. Na verdade, para haver crime basta que haja mera reprodução ilegítima, como acima se viu, mesmo que a reprodução não se destine à divulgação ou comunicação ao público. Por outro lado, pode haver divulgação ou comunicação ao público, desde que ilegítima, mesmo sem que tenha havido reprodução ilegítima. Em todo o caso, o normal, na teleologia da norma, será que esta divulgação ou esta comunicação ao público tenham por objecto uma cópia do programa, ilegitimamente realizada.

Com esta abordagem, de punição do acto de reprodução, por um lado, e dos actos de divulgação ou comunicação ao público, por outro, pretendeu o legislador incriminar o autor da reprodução mas também aquele que vier a divulgar essa reprodução. Esta é uma perspectiva comum à violação clássica do direito de autor – a punição de quem reproduz e, independentemente desta, a punição de quem vende ou difunde aquilo que foi ilegalmente reproduzido. Todavia, no caso do Artigo 8.º, não se exige qualquer intenção lucrativa ou comercial.

Esta não exigência de intenção lucrativa estende a punição prevista no Artigo 8.º a muito mais casos do que aqueles que se verificarão na violação do direito de autor em geral. Subjacente a esta diferente opção legislativa estará, sobretudo, a enorme facilidade com que é possível efectuar cópias não autorizadas de programas informáticos, devido ao recurso à tecnologia digital e à escala que a reprodução e disseminação das mesmas no contexto de redes electrónicas pode assumir.

6 A jurisprudência portuguesa distingue claramente estas duas vertentes, da reprodução, por um lado e da divulgação, por outro. É o que resulta, por exemplo, do Acórdão da Relação do Porto de 16 de Junho de 2004 (consultável em www.dgsi.pt), que afirma que "o crime de reprodução ilegítima de programas protegidos, do Artigo 9.º da Lei n.º 109/91 preenche-se tanto com o acto de reproduzir um programa informático como com o de o divulgar ou comunicar ao público". Já anteriormente, na mesma linha, se tinha dito no Acórdão do mesmo Tribunal da Relação do Porto de 23 de Abril de 2003 (consultável em www.dgsi.pt), que "no tipo legal de crime de reprodução ilegítima de programas protegidos, previsto no Artigo 9.º da Lei n.º 109/91, não são cumulativos os elementos contemplados no seu n.º 1, isto é, tanto é punível o acto de reproduzir um programa informático, como é punível o acto de o divulgar ou comunicar ao público". Exactamente a mesma perspectiva adoptou o Acórdão de 5 de Julho de 2006 do Tribunal da Relação de Coimbra (consultável em www.dgsi.pt).

7 Já se disse que o tipo de crime do Artigo 8.º pretende incriminar a violação do direito de autor sobre programas de computador. Porém, este direito (de autor), enquanto tal, não é regulado pela Lei n.º 109/2009 – da mesma forma que já acontecia com a Lei n.º 109/91. Portanto, é noutra fonte legal que deverá encontrar-se o âmbito deste direito, que o legislador não quis regular nesta sede.

Esta é uma opção que se faz também na Convenção sobre Cibercrime do Conselho da Europa, que não regulamenta expressamente a matéria do direito de autor e direitos conexos, que trata como um assunto autónomo. Do articulado da Convenção resulta que os Estados contratantes devem tratar as violações de direito de autor e direitos conexos que forem cometidas por via de um sistema de computadores, de uma forma idêntica à que tratam na ordem jurídica interna todas as restantes violações de direito de autor.

A lei portuguesa vai mais longe que a Convenção sobre Cibercrime a esse propósito e regulamente expressamente o direito de autor sobre programas de computador. Além disso, confere tutela penal à violação desse direito de autor, como se disse acima: a violação do direito de autor sobre programas de computador é punida pelo Artigo 8.º (da mesma forma que antes acontecia com o Artigo 9.º da Lei da Criminalidade Informática).

8 Em geral, a tutela penal da violação do direito de autor é a que resulta, para toda e qualquer violação, dos Artigos 195.º e seguintes do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. Porém, como se disse, a Lei do Cibercrime, tal como já acontecia com a Lei da Criminalidade Informática, criou uma excepção a este regime geral, que afasta assim as citadas disposições do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos. É uma opção coerente, já que a própria regulamentação do conteúdo do direito de autor sobre programas de computador resulta de um diploma autónomo (o Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro, que transpôs para Portugal da Directiva n.º 91/250/CEE, do Conselho). Conferindo protecção jurídica aos programas de computador, este atribui aos programas de computador que tiverem carácter criativo protecção análoga à conferida por lei às obras literárias – é o que resulta do Artigo 1.º, n.º 2. Por outro lado, o respectivo Artigo 14.º manda punir pelo Artigo 9.º da Lei n.º 109/91 a violação do direito de autor sobre programas de computador. Claro que, numa leitura correctiva actualista, esta referência tem actualmente que ter-se como sendo feita ao Artigo 8.º da Lei do Cibercrime.

Anote-se ainda a regulamentação resultante do Decreto-Lei n.º 334/97, de 27 de Novembro, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Directiva comunitária n 93/98/CEE, do Conselho, de 29 de Outubro que harmoniza, entre outros, o prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos sobre programas de

computador (cfr. o respectivo Artigo 36.º, que determina que "o direito atribuído ao criador intelectual sobre a criação do programa extingue-se 70 anos após a sua morte", esclarecendo ainda que "se o direito for atribuído originariamente a pessoa diferente do criador intelectual, o direito extingue-se 70 anos após a data em que o programa foi pela primeira vez licitamente publicado ou divulgado").
Esclareça-se ainda que o Artigo 8.º visa exclusivamente programas de computador, **9**
tal como eles são definidos para os efeitos do Decreto-Lei n.º 252/94. Portanto, não estão incluídos no conceito outros dados informáticos. Aliás, sobre dados informáticos – que não sejam programas informáticos –, não incide direito de autor. Portanto, este Artigo 8.º não confere protecção penal à reprodução ilegítima de qualquer tipo de conteúdo em suporte informático, mesmo que associado a um programa de computador ou por ele mesmo suportado. Esta eventual duplicação ilegítima de outros conteúdos, sem embargo do suporte digital em que estejam gravados, para efeitos penais, em nada se distingue da duplicação de conteúdos em qualquer outro suporte e portanto será criminalmente sancionada de acordo com o geral regime de protecção do direito de autor.
Escapa também ao âmbito do Artigo 8.º da Lei do Cibercrime a tutela penal da violação da protecção jurídica das bases de dados. Sobre estas, desde que sejam criações intelectuais e assim o manifestem pela selecção ou disposição dos respectivos conteúdos, incide direito de autor, diferenciado daquele que possa existir sobre aqueles conteúdos. Esta matéria é regida pelo Decreto-lei n.º 122/2000, de 4 de Julho, que transpõe para o direito português a Directiva do Parlamento e do Conselho n.º 96/9/CE. Este diploma confere tutela penal, sancionando a reprodução não autorizada, ou a divulgação ou comunicação não autorizadas ao público de base de dados. É o específico regime que resulta do Artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 122/2000, que assim afasta a aplicação a bases de dados do Artigo 8.º da Lei do Cibercrime.

PEDRO MIGUEL FIGUEIRA 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)

Artigo 19.°
Atentado à liberdade de informação

1. Quem com o intuito de atentar contra a liberdade de informação, apreender ou danificar quaisquer materiais necessários ao exercício da actividade jornalística pelos possuidores dos títulos previstos no presente diploma ou impedir a entrada ou permanência em locais públicos para fins de cobertura informativa nos termos do artigo 9.° e dos números 1, 2 e 3 do artigo 10.º, é punido com prisão até 1 ano ou com multa até 120 dias.

2. Se o infractor for agente ou funcionário do Estado ou de pessoa colectiva pública e agir nessa qualidade, é punido com prisão até 2 anos ou com multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei Penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 A Lei de Imprensa de 1975 – Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro – estabeleceu que o exercício da actividade de jornalista profissional seria regulado por um estatuto e por um código deontológico (art. 10.°, n.º 3). O Estatuto do Jornalista foi aprovado pela Lei 62/79 de 20 de Setembro. A Lei n.º 1/99 de 13 de Janeiro aprovou o novo Estatuto do Jornalista, alterado pela Lei n.º 64/2007, de 6 de Novembro. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de Dezembro de 1948, nos artigos 10.º, 18.º, 19.º, 21.º, 26.º e 27, consagra o direito a informar e o direito a ser informado, no mesmo plano da liberdade de opinião.
Outras **fontes** de relevo:
– O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assinado em Nova Iorque a 19 de Dezembro de 1966 – artigos 17.º, 19.º e 20.º – aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.
– O Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, assinado em Nova Iorque a 19 de Dezembro de 1966 – artigos 13.º e 15.º – aprovado para ratificação pela Lei 65/78, de 13 de Outubro.
– A Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, a 2 de Novembro de 1950 – art.º 10.º, n.º 1.
– O Código de Ética Jornalística, aprovado em 21 de Novembro de 1983, pela Assembleia Geral da Unesco.
– O Código Moral do Jornalista Europeu, aprovado pelo II Congresso Internacional da Comunidade Europeia de Jornalistas.

– A Constituição da República – artigos 37.º a 40.º - consagra um regime específico para a liberdade de expressão e informação e para a liberdade de imprensa e meios de comunicação social, que contém todo um conjunto de meios de protecção, que a lei ordinária não pode restringir, nomeadamente, o direito de antena, de resposta e de réplica política.

2

O **bem jurídico** protegido por esta norma é a liberdade de informação. O facto de a liberdade de comunicação social estar consagrada na Constituição portuguesa, entre os "direitos e deveres fundamentais", envolve a aplicação de um conjunto de importantes princípios que fazem parte do regime jurídico comum dos direitos fundamentais, bem como de alguns princípios específicos dos "direitos, liberdades e garantias". Desses princípios decorre uma protecção reforçada da liberdade de comunicação social – LUÍS BRITO CORREIA, "Direito da Comunicação Social", Vol. I, Almedina, pág. 463.

A liberdade de informação integra as faculdades de procurar e difundir a informação. O direito a comunicar informação só faz sentido quando em relação com o direito dos outros a receber informação. O direito da informação, enquanto direito da comunicação social, é completado com o regime geral do direito a ser informado – também ele direito à informação – que engloba o direito do cidadão de obter informação dos poderes públicos – direito de livre e geral acesso às informações e documentos das entidades públicas – Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho, que regula o acesso à informação sobre ambiente.

COSTA ANDRADE, a propósito da comunicação social, acentua o lado social do acesso ao conhecimento em geral e integra a transparência da Administração Pública como um dos valores de irrecusável dignidade comunitária – ANDRADE, MANUEL COSTA "Sobre a Reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas em geral", Abril – Dezembro 1993, pág. 450.

Com efeito, a informação detida pelas Administrações públicas, em termos de quantidade e de qualidade, é de grande relevância para o conhecimento da evolução de questões de interesse colectivo e das situações concretas suscitadas pela aplicação das regras de direito. Daí, a importância também para os jornalistas da consagração do direito ao acesso à informação e à documentação detidas pelas entidades públicas.

A dimensão institucional da comunicação social confere aos jornalistas os seguintes direitos:

1. liberdade de expressão;
2. liberdade de criação;
3. direito de participação;
4. direito de organização interna;
5. direito de acesso às fontes de informação;
6. direito à independência;
7. direito ao sigilo profissional.

3

O crime de atentado à liberdade de informação concretiza as condutas constitutivas do ilícito. Assim, são actos atentatórios da liberdade de informação: a apreensão ou a danificação de quaisquer materiais necessários ao exercício da actividade jornalística ou o impedimento de entrada ou permanência em locais públicos para fins de cobertura informativa.

ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO e JOÃO PEDRO FIGUEIREDO (a propósito de redacção similar no crime de atentado à liberdade de imprensa, *in* Legislação anotada da Comunicação Social, 2005, Casa das Letras, p. 94), consideram que a opção legal pela tipificação das condutas

naquele artigo é de aplaudir, na medida em que, no seu entender, não ficam de fora outras condutas atentatórias da liberdade de imprensa. "De facto", afirmam, "tais condutas estão abrangidas em relação a todos os jornalistas pela previsão do art. 19.º do EJ (atentado à liberdade de informação)".

Sobre a problemática relativa a buscas e apreensões no âmbito da investigação dos crimes de abuso de liberdade de imprensa em geral, vide, Parecer n.º 1/80 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República e respectivos votos de vencidos, *in* Procuradoria Geral da República, "Pareceres, Vol. IX, Liberdade de expressão e de informação", 2000, pp. 107 a 149.

4 O atentado contra a liberdade de imprensa é um crime exclusivamente doloso, com **dolo específico** no que diz respeito ao impedimento ou à perturbação da actividade jornalística, apreensão ou danificação de quaisquer materiais necessários ao exercício dessa actividade. Com efeito, para além do dolo, o tipo subjectivo do ilícito exige uma intenção específica do agente que desenvolva uma das condutas descritas pela norma, qual seja, "o intuito de atentar contra a liberdade de informação".

5 Ao nível da **comparticipação**, o crime previsto neste artigo pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente da sua qualidade ou estatuto, pelo que se trata de um crime comum. Contudo, se for praticado por agente ou funcionário do Estado ou de pessoa colectiva pública, no exercício das suas funções, atenta a qualidade específica do autor, o crime em análise passa a ser agravado e punido com prisão até dois anos ou com multa até 240 dias. Compreende-se a agravação tendo em consideração a especial responsabilidade que recai sobre quem por dever garantir o bem jurídico tutelado pela norma – a liberdade de informação. Neste sentido quanto à liberdade de imprensa – cfr. JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, *in* "Nova Lei de Imprensa", Livraria Petrony, 1999.

6 Não se oferecem particulares questões em matéria de **concurso**. É eventualmente possível que o autor do ilícito, se for agente do Estado, incorra, para além do crime de atentado à liberdade de informação, no crime de abuso de poder, da previsão do art.º 382.º do Código Penal. Estar-se-á então perante uma situação de concurso efectivo de crimes.

7 O crime de atentado à liberdade de informação é punido com **pena** de prisão até um ano ou com multa até 120 dias. Na sua **forma agravada**, o ilícito é punido com pena de prisão até dois anos ou com multa até 240 dias.

HELENA MARIA DE CARVALHO MARTINS LEITÃO
MANUEL FREDERICO LOURENÇO 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)

Artigo 30.°

Crimes cometidos através da imprensa

1. A publicação de textos ou imagens através da imprensa que ofenda bens jurídicos penalmente protegidos é punida nos termos gerais, sem prejuízo do disposto na presente lei, sendo a sua apreciação da competência dos tribunais judiciais.

2. Sempre que a lei não cominar agravação diversa, em razão do meio de comissão, os crimes cometidos através da imprensa são punidos com as penas previstas na respectiva norma incriminatória, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

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 (anotação 5)
As causas de desculpa (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A pena (anotação 10)

A Lei de Imprensa – Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro – que antecedeu a presente lei, pretendeu cortar com o passado ao institucionalizar a liberdade de expressão de pensamento através da imprensa como meio privilegiado de difusão de informação, de ideias, de divulgação e de debate dos problemas nacionais, de modo a aprofundar o desenvolvimento do processo democrático que, então, dava os primeiros passos, garantindo um amplo direito a informar. **1**

No quadro constitucional, importa ter presente o disposto no art. 37.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa – As infracções cometidas no exercício destes direitos (liberdade de expressão e informação) ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal.

Ao nível internacional, o artigo em causa tem por base os arts. 19.º e 29.º n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 e o art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10.

A regulação jurídico-penal material e objectiva dos crimes cometidos através da comunicação social e designadamente, através da imprensa, é prosseguida, no essencial, através de uma lógica de "reenvio externo" para outras normas incriminadoras, definidas no Código Penal e em legislação avulsa (cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, Direito Penal da Comunicação, Alguns escritos, Coimbra Editora, p. 54). Assim, para além dos ilícitos especificamente previstos nos arts. 30.º, 31.º, 32.º, 33.º e 39.º, n.º 2, da presente lei, os actos ou comportamentos lesivos de interesses jurídico-penalmente protegidos levados a cabo através da imprensa estão essencialmente consagrados na Parte Especial do Código Penal. Por conseguinte, as normas penais da comunicação social não tutelam directamente quaisquer **bens jurídicos específicos**, que são antes acautelados pelos ilícitos incriminadores previstos no Código Penal, para os quais o art. 30.º n.^{os} 1 e 2 remete. **2**

"(…) Quando se fala num Direito Penal da Comunicação Social tem-se em conta, sobretudo, um conjunto indefinido de crimes, previstos no Código Penal ou em legislação avulsa, sujeitos a eventual agravação quando cometidos através da comunicação social – sobretudo crimes contra a honra e de violação de segredos (….)" – RUI PEREIRA, *in* "Direito Penal e Direito da Mera Ordenação Social da Comunicação Social", *in* "Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida", Coimbra Editora, 2007, p. 728)

Realça MULLER-DIETZ (citado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in* Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Coimbra Editora, p. 37) que estes crimes têm "em comum o facto de – apenas em nome da paz e segurança interiores – terem por objecto a palavra escrita ou falada, isto é, contenderem com a área da comunicação social".

A submissão destas infracções criminais aos princípios gerais do direito criminal e à competência dos tribunais judiciais são garantias fundamentais de aplicação às infracções à liberdade de expressão dos princípios consagrados na própria Constituição, como o princípio da legalidade e da tipicidade dos crimes e das penas, do direito a ser ouvido, a defender-se e a ser julgado perante juízes imparciais, à validação judicial da prisão preventiva, ao "habeas corpus", às garantias do processo criminal (CRP art.os 27.° a 32.°).

Os crimes do Código Penal usualmente cometidos através da comunicação social são os crimes contra a honra: difamação (art. 180.º), injúria (art. 181.º), ofensa à memória falecida (art. 185.º) e ofensa à pessoa colectiva, organismo ou serviço (art. 187.º). São igualmente relevantes a esse nível os crimes contra a reserva da vida privada: violação de domicílio ou perturbação da vida privada (art. 190.º), devassa da vida privada (art. 192.º), violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º), violação de segredo (art. 195.º) e ainda o crime contra outros bens jurídicos pessoais, de gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º).

3 Os crimes cometidos através da comunicação social constituem "limites extrínsecos" à liberdade de imprensa (neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, Conflitos Entre a Liberdade de Imprensa e a Vida Privada, Ab Vno Ad Omnes, pp. 1132 e 1133). Na verdade, tendo de coexistir com outros direitos fundamentais, a liberdade de imprensa sofre as restrições que decorrem da necessidade de respeitar esses outros valores, cessando no momento em que o seu exercício acarreta a violação de bens constitucionalmente protegidos que possam considerar-se prevalecentes.

A liberdade de imprensa encontra-se consagrada no art. 38.º da Constituição da República Portuguesa e desdobra-se num conjunto de direitos, liberdades e garantias: direitos dos órgãos de comunicação social e dos próprios jornalistas, liberdade e independência dos órgãos de comunicação social face ao poder político e económico, garantia da existência e funcionamento de um serviço público de rádio e televisão, etc.

Pode-se, igualmente, conceber a liberdade de imprensa, ou liberdade de comunicação social como "um modo de ser qualificado das liberdades de expressão e informação (art. 37.º n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), consistindo portanto, no exercício destas através de meios de comunicação de massa, independentemente da sua forma (impressos, radiofónicos, audiovisuais)" (J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1, Coimbra Editora, p. 581).

Na medida em que a liberdade de imprensa é uma forma qualificada da liberdade de expressão e informação destinada ao público em geral, partilha do regime constitucional desta, incluindo a proibição de censura, a submissão das infracções aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de rectificação.

Ainda assim, a liberdade de imprensa só protege constitucionalmente os meios de comunicação social na medida em que os mesmos "funcionam como veículos de liberdade de expressão e de opinião e não enquanto suportes de actividades publicitárias ou de entretenimento". (J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, op. cit., p. 580).

Por outro lado, o conjunto de crimes mais praticados através da comunicação social é o dos crimes contra a honra – nomeadamente a difamação e a injúria – a qual goza igualmente de dignidade constitucional, através do art. 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Sob a epígrafe "Outros direitos pessoais", a Constituição reconhece a todos o direito ao bom nome e reputação, ou seja, o direito a não ser ofendido na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por outrem.

Do confronto frequente destes dois direitos de igual valia constitucional – direito de expressão e informação por um lado e direito à honra, por outro – ressalta a necessidade de procurar, em cada momento, a composição dos interesses em litígio, "em obediência ao princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade, vinculante em matéria de restrição de direitos fundamentais e segundo o qual se deve obter a "harmonização" ou "concordância prática" dos bens em colisão, a sua "optimização", traduzida numa mútua compressão por forma a atribuir a cada um a máxima eficácia possível" (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português, Revista de Legislação e Jurisprudência, 115.º Ano – 1982-1983, p. 102). Na mesma linha de raciocínio, MANUEL DA COSTA ANDRADE (op. cit., p. 34), defende que "os conflitos de direitos fundamentais não deverão superar-se por via de sacrifício total de um deles. Em vez disso, há-de procurar assegurar-se a ambos a mais extensa e consistente protecção em concreto praticável".

Numa análise recente da "dimensão da liberdade de expressão" em Portugal, FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA (*in*, "O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão, Os casos Portugueses", Coimbra Editora, 2009, p. 19) chama a atenção para o facto de a jurisprudência portuguesa sobre liberdade de expressão, nomeadamente no seu confronto com o direito à honra e ao bom nome, ser ainda, em muitos casos, subsidiária de um "entendimento redutor e minimalista daquele direito fundamental". "Assim", afirma, "os nossos tribunais, repetidamente, condenam os portugueses pelo crime de difamação ou de injúria só por considerarem que poderiam ter sido utilizadas outras palavras ou expressões menos agressivas ou violentas e que serviriam igualmente para exprimir as ideias ou opiniões em causa, numa interpretação, muitas vezes hiperextensiva do pensamento de Figueiredo Dias. Tal entendimento", conclui o autor, "tem necessariamente de ser actualizado, nomeadamente no domínio da liberdade de opinião no debate público, em função da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (THDH)".

Portugal foi já condenado oito vezes, até 1 de Março de 2010, por violação do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Dessas oito condenações portuguesas, seis prendem-se com ofensas à honra e ao bom nome e uma outra à violação do segredo de justiça. Nos casos Lopes Gomes da Silva c. Portugal (2000), Urbino Rodrigues c. Portugal (2005), Almeida Azevedo c. Portugal (2007), Leonel Azevedo c. Portugal (2008) e Campos Dâmaso c. Portugal (2008), Portugal foi condenado por violação do art. 10.º da CEDH em processos que na instância nacional tinham sido instaurados e dado origem a condenações pela prática de crimes cometidos através da comunicação social. Para consulta destes acórdãos e demais jurisprudência pertinente do Tribunal e da Comissão Europeia dos Direitos

do Homem, aceder ao sítio do Gabinete de Documentação e Direito Comparado em: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos-tedh.html.
Na mesma linha da jurisprudência do TEDH e fazendo eco da necessidade de assegurar a concordância prática entre a liberdade de expressão e ao direito à honra e ao bom nome, destacam-se os seguintes acórdãos dos tribunais superiores portugueses: Ac. do TRG de 15.12.2009; Ac. do TRC de 24.09.2008; Ac. do STJ de 10.07.2008; Ac. do TRP de 31.10.2007; Ac. do TRG de 30.10.2006, todos *in* http://www.dgsi.pt a 12.04.2010.
Vide, ainda, os Pareceres n.os 190/76, 27/77 e 205/77 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, referidos *in* Procuradoria Geral da República, "Pareceres, Vol. IX, Liberdade de expressão e de informação", 2000, pp. 5 a 10 (todos eles com a menção de inéditos), sobre a problemática relativa às restrições constitucionalmente admissíveis ao exercício da liberdade de expressão e informação.
Tendo em vista a apreensão dos elementos comuns do(s) tipo(s) legal(is) objectivo(s) dos crimes praticados através da comunicação social e nomeadamente, das normas constantes do art. 30.º n.os 1 e 2, importa delimitar, em termos conceptuais, o que são meios da comunicação social e o que é a imprensa. Indo ao encontro do significado vulgarmente atribuído àquelas expressões no seio da comunidade jurídica, a **comunicação social** realiza-se na pluralidade de meios em que, em determinado momento histórico, a comunidade é capaz de fornecer para a difusão dos diferentes fluxos informativos e que visa atingir com essa informação um conjunto alargado ou maciço de pessoas. Assim, o livro, a revista, o jornal, são meios de comunicação social que utilizam o suporte físico papel e se exprimem pela escrita. A radiodifusão é um meio de comunicação social que se baseia em processo tecnológico que privilegia a oralidade. A televisão é outro meio de comunicação social que encontra o seu fundamento na plena interacção entre a imagem e o som. (…) A ideia de meio da comunicação social pressupõe uma estrutura organizacional, por mínima que seja. É pois, esse núcleo – mesmo que incipiente – de coesão social que vai permitir a divulgação dos fluxos informacionais" (JOSÉ DE FARIA COSTA, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, pp. 641 e 642).
Em termos normativos (*vide*, art. 9.º), integram o conceito de **imprensa** "todas as reproduções impressas de textos ou imagens disponíveis ao público, quaisquer que sejam os processos de impressão e reprodução e o modo de distribuição utilizado. Excluem-se boletins de empresa, relatórios, estatísticas, listagens, catálogos, mapas, desdobráveis publicitários, cartazes, folhas volantes, programas, anúncios, avisos, impressos oficiais e os correntemente utilizados nas relações sociais e comerciais" (n.º 2 do art. 9.º).Estão previstos no Código Penal os seguintes crimes, susceptíveis de serem cometidos através da imprensa:
– propaganda do suicídio (art. 139.º)
– ameaça (art. 153.º);
– coacção (art. 154.º);
– difamação (art. 180.º);
– injúria (art. 181.º);
– calúnia (183.º)
– ofensa à memória de pessoa falecida (art. 185.º);
– ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva (art. 187.º);
– devassa da vida privada (art. 192.º);
– violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º);
– violação de segredo (art. 195ª);
– gravação e fotografias ilícitas (art. 199.º);
– discriminação racial, religiosa ou sexual (art. 240.º);

– ultraje por motivo de crença religiosa (art. 251.º);
– impedimento, perturbação ou ultraje a acto de culto (art. 252.º)
– instigação pública a um crime (art. 297.º);
– apologia pública de um crime (art. 298.º);
– ameaça com prática de crime (art. 305.º)
– violação de segredo de Estado (art. 316.º);
– crime contra pessoa que goze de protecção internacional (art. 322.º);
– ultraje de símbolos estrangeiros (art. 323ª);
– incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito (art. 326.º);
– ofensa à honra do Presidente da República (art. 328.º)
– incitamento à desobediência colectiva (art. 330.º);
– ultraje de símbolos nacionais e regionais (art. 332.º);
– coacção contra órgãos constitucionais (art. 333.º);
– denúncia caluniosa (art. 365.º);
– simulação de crime (366.º)
– violação de segredo de justiça (art. 371.º);
– violação de segredo por funcionário (art. 383.º).
– violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações (art. 384.º).

4 Os crimes cometidos através da imprensa não apresentam particularidades no que diz respeito ao seu **elemento subjectivo**. São crimes dolosos, o que significa que estão afastadas do seu âmbito subjectivo as condutas negligentes, sendo bastante a imputação baseada em dolo eventual. Entende-se que não é exigível nestes ilícitos o chamado *dolo específico*, em que a conduta só é relevante se o agente actuar com a forma particular de dolo exigida por lei. A propósito dos crimes contra a honra, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS insurgiu-se, no ano de 1982/83, contra a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses de então, segundo a qual o dolo específico seria de exigir nas ofensas gerais à honra mas não já nas que tivessem lugar por meio da imprensa – Acórdãos do STJ de 11.11.1978 e de 6.02.80, *in* BMJ, n.º 280, p. 216 e n.º 294, p. 175 e segs. No entender daquele autor, seria justamente no domínio da imprensa que importaria fazer recuar o âmbito da tutela penal da honra e interligá-la à defesa de outros valores jurídico-constitucionalmente protegidos (*vide*, op. cit., p. 102).

ANTÓNIO MARINHO E PINTO, "Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e informação" *in* Revista Sub Júdice, 1999, n.º 15/16, p. 81 e ss., defende que a lei deveria passar a exigir o dolo específico para a consumação dos crimes de abuso de liberdade de imprensa. Ainda assim, a jurisprudência nesta matéria tem sido pacífica: vide, Ac. do TRP de 11.06.86, *in* BMJ n.º 358, p. 606, " O crime de abuso de liberdade de imprensa exige, tão-só, como elemento moral, o dolo genérico, em qualquer uma das suas formas :directo, necessário ou eventual"; igualmente no sentido de que o ilícito criminal em causa não exige a verificação de dolo específico, bastando-se tão-só com o dolo genérico, *vide*, referência ao assunto, em sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Barcelos, de 14.07.97, *in* Revista Sub Júdice, 1999, n.º 15/16, p. 133.

5 As considerações que se podem fazer sobre as causas de justificação nos crimes cometidos através da comunicação social em análise, são, em larga medida, coincidentes com as que se podem tecer a propósito das **causas de justificação** relativas a cada uma das normas incriminadoras para as quais remete o regime previsto no art. 30.º Far-se-á, de qualquer modo, uma referência, necessariamente breve, a situações de justificação no âmbito do direito penal da comunicação social, designadamente às consagradas a partir dos n.os 2 e 4 do art. 180.º do Código

Penal, que se aplicam, aliás, correspondentemente, aos arts. 181.º e 185.º daquele diploma legal (cfr. n.º 2 do art. 181.º e al.ª b), n.º 2 do art. 185.º do Código Penal). Nestes termos, a difamação, a injúria ou a ofensa à memória de pessoa falecida cometidas, *in casu*, através da imprensa, não são puníveis desde que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes condições: a) a imputação do facto desonroso ser feita para realizar interesses legítimos; b) o agente provar a verdade da imputação ou ter fundamento sério para, em boa-fé, a reputar verdadeira.

Note-se que esta causa de justificação especial da previsão do art. 180.º, n.º 2, do CP só se aplica à imputação de factos e não a juízos de valor desonrosos, que serão eventualmente abrangidos pela exclusão do exercício de um direito (art. 31.º n.º 2 al.ª b) do Código Penal). Tal facto é evidenciado no Ac. do TRC de 23.04.98, *in* CJ, XXIII, 2, p. 64.

Os meios de comunicação social exercem uma função de interesse público quando os factos divulgados se enquadram numa "actividade relativa à formação democrática e pluralista da opinião pública em matéria social, política, económica, cultural" (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit, p. 136). Fora deste contexto, os meios de comunicação social não aproveitam do regime especial de justificação previsto no art. 180.º n.º 2 do Código Penal. Dito de outro modo, a comunicação social meramente voltada para o entretenimento, o cultivo do sensacionalismo ou o escândalo, apesar de legítima, não satisfaz um interesse público, pelo que não goza do particular regime de justificação jurídico-penal do art. 180.º n.º 2.

Conforme refere o Ac. do TRC de 17.2.2000, *in* CJ XXV, 4, p. 46, "Sendo a imputação do facto ofensivo da honra e consideração do ofendido mediada pela imprensa, a ilicitude só poderá ser excluída com relação à imprensa que cumpre uma função pública. Ou seja, tudo depende do conteúdo da notícia e da circunstância da narração se destinar a formar e esclarecer a opinião pública em áreas de indiscutível importância. Não nos casos em que a imprensa se destina à mera satisfação de necessidades lúdicas, ou de curiosidade ou de sensacionalismo."

O interesse público na divulgação de factos desonrosos de alguém não abrange os factos relativos à intimidade da vida privada e familiar da pessoa em causa (cfr. n.º 3 do art. 180.º do Código Penal).

Por outro lado, a justificação penal do comportamento lesivo da honra não depende exclusivamente da realização de um interesse legítimo, isto é, da sua inclusão na chamada "função pública da imprensa". A lei obriga, ainda, que o agente prove a verdade da imputação (*exceptio veritatis*) ou que tenha tido fundamento sério para, em boa-fé, a considerar verdadeira.

"Mas importa salientar, desde já, que a prova da verdade dos factos desonrosos imputados não constitui autónomo fundamento de justificação. Isto é: "em matéria de tutela da honra (…) casos há – e mesmo em relação a "homens públicos" – em que a imputação pela imprensa de factos verdadeiros mas ofensivos da sua honra deve ser punível" (JOSÉ DE FARIA COSTA e JORGE FIGUEIREDO DIAS, este último citado por aquele, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 622).

Para a eventualidade de não conseguir provar a verdade dos factos, a lei admite, ainda assim, ao agente, a possibilidade de justificação, caso demonstre que tinha fundamento sério para, em boa-fé, reputar os factos como verdadeiros. Nas palavras de JOSÉ DE FARIA COSTA, presta-se aqui "uma forte homenagem à imprensa, na medida em que o risco inerente ao desempenho dessa actividade pode justificar lesões à honra levadas a cabo por **imputações de factos falsos**" (Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 623).

O regime especial de justificação previsto no art. 180.º, n.º 2, do Código Penal é aplicável, como parece impor-se, aos factos desonrosos veiculados pela comunicação social, puníveis nos termos agravados decorrentes do art. 183.º n.º 2 do Código Penal. Também o art. 192.º n.º 2 do Código Penal prevê uma justificação para a divulgação de factos relativos à vida privada, incluindo doença grave, se tal acção for praticada como meio adequado para realizar um interesse público, legítimo e relevante.
Estendeu-se deste modo à devassa da vida privada uma dirimente específica normalmente associada aos crimes contra a honra, "a prossecução de interesses legítimos".
"A causa de justificação da prossecução dos interesses legítimos não depende da existência de uma situação de perigo actual nem da sensível superioridade do bem jurídico a salvaguardar, mas depende da verificação dos princípios da proporcionalidade e da necessidade" (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2008, p. 521).
"A imprensa – *rectius* as pessoas que actuam no exercício da liberdade de imprensa (art. 38.º da CRP) – figura entre os destinatários privilegiados da justificação a coberto da prossecução de interesses legítimos. Que podem reivindicar-se da prossecução de interesses públicos, legítimos e relevantes sempre que actuam no âmbito da função pública da imprensa" (MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 739).

6 Não obstante as especificidades decorrentes do tipo de norma prevista neste artigo, não se distinguem desvios ao regime geral previsto no Código Penal, no que toca a eventuais **causas de desculpa**.

7 A **tentativa** é ou não punível, consoante os tipos legais de crimes praticados por meio da imprensa, para os quais remete o art. 30.º, são ou não sancionáveis com pena de prisão superior a 3 anos, nos termos gerais ou em virtude da agravação em um terço nos seus limites mínimo e máximo determinada pelo n.º 2 do mesmo preceito.

8 Em matéria de **comparticipação**, são aplicáveis aos crimes cometidos através da imprensa as regras gerais dos artigos 25.º a 29.º do Código Penal, em tudo o que não contrariar o especialmente previsto no art.º 31.º da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, para cujas anotações se remete.

9 Não se vislumbram actualmente problemas ao nível de **concurso**, não devendo por isso, em nosso entender, operar-se quaisquer desvios à doutrina ou teoria geral do concurso. "Para quem entenda que existe concurso real de normas entre o crime cometido através da imprensa (art. 30.º da Lei da Imprensa) e o crime cometido através de meio de comunicação social previsto no Código Penal (art. 183.º n.º 1 al.ª a) e n.º 2, do Código Penal), a agravação constante do n.º 2 não funcionará quando já exista agravação que comina pena mais grave pelo mesmo ou equivalente motivo.(…) No entanto, salvo melhor opinião, entendemos que entre os aludidos tipos de crime existe mero concurso aparente de normas, a resolver de acordo com o princípio da especialidade: *lex specialis derogat legi generali*" (JOÃO LUÍS MORAES DA ROCHA, Nova Lei da Imprensa, Livraria Petrony 1999, em anotação ao art. 30.º).
Na vigência de leis anteriores, cujos textos inculcavam leitura mais controversa, designadamente do Decreto-Lei n.º 85-C/75 de 26.2, sustentou-se que a agravação das penas estabelecidas naqueles diplomas legais cedia perante as cominações agravantes previstas no Código Penal. Assim, *in* Ac. do TRP de 29.5.91, CJ, Ano XVI, 3, 275: "Nos crimes de difamação cometidos com abuso de liberdade de

imprensa, a agravação prevista no art. 25.º, n.º 2, b), do Dec.-Lei no 85-C/75, de 26 de Fevereiro, foi absorvida pelo dispositivo do art. 167.º, n.º 2, b) do Código Penal."

10 A principal particularidade em matéria de **penas** no que concerne aos crimes cometidos por meio da imprensa tem a ver com a agravação em um terço nos limites mínimo e máximo previstos nas respectivas normas incriminatórias. Assim, sempre que a lei não estabelecer outra agravação em função do meio utilizado na comissão do ilícito, os crimes praticados através da imprensa, são punidos com as penas estabelecidas nos tipos legais incriminadores, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

A lei prevê a agravação de pena pelo facto de o crime ter sido cometido através de meio de comunicação social, nos artigos 183.º n.º 2 (publicidade e calúnia), 185.º n.º 2 al.ª b) (ofensa à memória de pessoa falecida, com remissão para o art. 183.º), 187.º n.º 2 al.ª a) (ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço, através de remissão para o art. 183.º), 197.º n.º al.ª b) (agravação das penas previstas nos arts. 190.º a 195.º), 199.º n.º 3 (que declara correspondentemente aplicável aos crimes de gravações e fotografias ilícitas o disposto no art. 197.º) e 328.º n.º 2 (ofensa à honra do Presidente da República), todos do Código Penal. A agravação das penas justifica-se pelo facto de os crimes levados a cabo através da televisão terem a virtualidade de se tornar conhecidos por um universo vasto de pessoas, afectando, nessa medida, de forma mais intensa, os bens jurídicos protegidos. "De significativo e digno de menção o facto de os atentados levados a cabo através da imprensa poderem desencadear efeitos particularmente pesados – muitas vezes tão devastadores com irreversíveis – sobre os bens jurídicos pessoais concretamente atingidos. (…) É a esta particular danosidade social do ilícito criminal cometido através da imprensa que a generalidade das legislações procuram fazer face com a agravação das penas cominadas" (MANUEL DA COSTA ANDRADE, op. cit., p. 55). Quão mais amplo for o alcance do meio de comunicação social utilizado, maior deve ser o impacto da circunstância qualificativa a operar, no caso concreto.

Artigo 31.º

Autoria e comparticipação

1. Sem prejuízo do disposto na lei penal, a autoria dos crimes cometidos através da imprensa cabe a quem tiver criado o texto ou a imagem cuja publicação constitua ofensa dos bens jurídicos protegidos pelas disposições incriminadoras.

2. Nos casos de publicação não consentida, é autor do crime quem a tiver promovido.

3. O director, o director-adjunto, o subdirector ou quem concretamente os substitua, assim como o editor, no caso de publicações não periódicas, que não se oponha, através da acção adequada, à comissão de crime através da imprensa, podendo fazê-lo, é punido com as penas cominadas nos correspondentes tipos legais, reduzidas de um terço nos seus limites.

4. Tratando-se de declarações correctamente reproduzidas, prestadas por pessoas devidamente identificadas, só estas podem ser responsabilizadas, a menos que o seu teor constitua instigação à prática de um crime.

5. O regime previsto no número anterior aplica-se igualmente em relação aos artigos de opinião, desde que o seu autor esteja devidamente identificado.

6. São isentos de responsabilidade criminal todos aqueles que, no exercício da sua profissão, tiveram intervenção meramente técnica, subordinada ou rotineira no processo de elaboração ou difusão da publicação contendo o escrito ou imagem controvertidos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A autoria e a comparticipação (anotação 2)

Este artigo tem como **fonte** a anterior norma incriminatória da Lei de Imprensa, o art.º 26.º do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro. **1**

Em regra, é **autor** do crime o criador do escrito e/ou da imagem, bem como o director, o director-adjunto, o subdirector ou quem concretamente os substitua, (o editor, no caso de publicações não periódicas) que não se oponha à publicação. No caso de publicação não consentida, responderá quem a tiver promovido. **2**

Quando se trata de declarações correctamente reproduzidas (entrevistas fidedignas) prestadas por pessoas devidamente identificadas ou de artigos de opinião de autor devidamente identificado, não são responsabilizados o jornalista e o director, a não ser que o seu teor constitua instigação à prática de um crime – n.os 4 e 5.

Através desta disposição, pôs-se termo ao sistema de responsabilidade sucessiva, que consistia em estabelecer uma ordem de responsáveis únicos, de tal modo que a punição de um deles afastava a dos seguintes. Agora o autor do escrito/imagem é punido enquanto criador texto/imagem publicado e o director é punido por não se opor à publicação, podendo fazê-lo. São responsabilidades autónomas.

Aquando da entrada em vigor da Lei n.º 2/99, de 13.1, sublinhou-se, quanto à responsabilidade do director: "A actual Lei de Imprensa – art. 31.º n.º 2 da Lei 2/99, de 13.1 – não descriminalizou as condutas dos directores, sub-directores ou de quem, concretamente, os represente, quando, nas respectivas publicações periódicas, são cometidos crimes de abuso de liberdade de imprensa (…) O que esta lei trouxe de novo, respeita ao ónus da prova que, agora, nos termos gerais de direito, recai sobre a acusação, ao contrário do que se verificava com a lei anterior, em que era o arguido que tinha de demonstrar que não conhecia o escrito ou a imagem publicados no periódico de que era director e que não lhe foi possível impedir tal publicação" – cfr. Ac. TRL de 20.1.2000, *in* CJ XXV, 1, p. 141. À luz da Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro, o **director do jornal** só pode ser responsabilizado criminalmente se tiver tido conhecimento do escrito, se tiver tido possibilidade de se opor à sua publicação e não se tiver oposto através de acção adequada – Ac. da Relação do Porto, de 12 de Fevereiro de 2003. Com efeito, sobre o director recai um dever jurídico de garante que o obriga a impedir a prática de crimes através do meio de comunicação que dirige. Acontece é que, de acordo com a lei actual, o director só é punido se não opuser à publicação do escrito/imagem ofensivo, podendo-o fazer, sendo certo, que recai sobre a acusação o ónus de provar que o director podia impedir a publicação mas não o fez. Além disso, o director deixou de ser punido como autor do crime quando este for desconhecido. Nesse caso, em lugar de se presumir autor do escrito, o director é notificado pelo Ministério Público para identificar o autor do escrito (ver art. 39.º). Mas continua a ser penalmente responsável caso não se tenha oposto à publicação, quando o podia ter feito.

O n.º 5 constitui uma inovação ao aplicar aos **artigos de opinião** o mesmo regime estabelecido para as declarações correctamente reproduzidas – em ambos os casos, exige-se a identificarão do autor do artigo ou de quem profere as declarações reproduzidas – Ac. da Relação do Porto, de 26.1.2000).

Não são criminalmente responsáveis todos aqueles que, no exercício da sua profissão, tiveram **intervenção meramente técnica, subordinada ou rotineira** no processo de elaboração ou difusão da publicação contendo o escrito ou imagem susceptível de integrar a prática de um crime. Os distribuidores e vendedores também estão isentos da responsabilidade criminal.

Artigo 32.º
Desobediência qualificada

Constituem crimes de desobediência qualificada:
a) O não acatamento, pelo director do periódico ou seu substituto, de decisão judicial ou de deliberação da Alta Autoridade para a Comunicação Social que ordene a publicação de resposta ou rectificação, ao abrigo do disposto no artigo 27.º;
b) A recusa, pelos mesmos, da publicação de decisões a que se refere o artigo 34.º;
c) A edição, distribuição ou venda de publicações suspensas ou apreendidas por decisão judicial.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 Este artigo tem como **fonte** o art. 30.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26.02.

2 O **bem jurídico** protegido através da incriminação da desobediência (*in casu*, qualificada) é a "autonomia intencional do Estado", que se pretende salvaguardar de ataques provenientes do exterior da Administração Pública. Visa-se, em primeira linha, evitar a "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 com vista ao bom andamento da vida comunitária" (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal, III, 2001, p. 350). Em sentido diverso, entendendo que o bem jurídico tutelado pela norma é, outrossim, a autonomia intencional do funcionário, *vide* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2008, p. 825.
O crime de desobediência integra-se na categoria dos **crimes de dano** (na medida em que o seu tipo legal pressupõe a efectiva lesão do bem jurídico) e é um **crime formal ou de mera conduta** (porque o resultado não é elemento do tipo).

3 O crime de desobediência qualificada previsto neste artigo, apesar de não fixar uma moldura penal própria e de ir buscar, no que a esse elemento toca, o necessário apoio ao disposto no art. 348.º n.º 2 do Código Penal, descreve no seu tipo legal as condutas constitutivas de desobediência. Assim, são **actos de desobediência**, em que incorre o director do periódico ou o seu substituto: o não acatamento de decisão do tribunal ou de deliberação da ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social, que ordene a publicação de resposta ou de rectificação, a recusa da publicação de decisões e a edição, distribuição ou venda de publicações suspensas ou apreendidas por decisão judicial. O dever de obediência tem, pois, a sua fonte na lei, assentando em disposição legal que expressamente comina a punição. Sanciona-se, neste ilícito, o "deixar de fazer" aquilo que foi legitimamente ordenado por tribunal ou pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social, independentemente das consequências daí resultantes: estamos, por conseguinte, perante um crime de omissão pura (cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 352). Como a própria Lei prevê expressamente a cominação desta desobediência com a sanção prevista para a desobediência qualificada, de prisão até dois anos ou

multa até 240 dias, a autoridade que profere a decisão ou a deliberação não tem de fazer menção da cominação legal quando emite a ordem.

O crime é doloso, uma vez que não se encontra especialmente prevista a punição da negligência – artigo 13.° 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.° 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. A desobediência não é punível a título negligente, de acordo com o critério geral do art. 13.º **4**

Ao nível da autoria, a desobediência do art. 32.º, alíneas a) e b) apenas pode ser cometida pelo director ou por quem o substitua. Nessa medida, estamos perante um **crime específico próprio**, que só pode ser praticado por pessoas ou entidades dotadas de certa qualidades (no caso, profissionais), sem prejuízo de eventual comparticipação por parte de outras pessoas. Já no que respeita à alínea c), são autores deste crime de desobediência todos os que editem, distribuam ou vendam publicações suspensas ou apreendidas por decisão judicial. **5**

Não se suscitam problemas em matéria de **concurso** que justifiquem tratamento adicional por reporte à doutrina ou teoria geral do concurso. **6**

Nos termos do art. 348.º, n.º 2 do Código Penal, o crime de desobediência qualificada para o qual remete o art. 73.º n.os 1 e 2 da presente lei é punido com **pena** de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. Prevêem-se, assim, duas penas em alternativa, para esta desobediência mais grave: pena de prisão de 1 mês a 2 anos ou pena de multa de 10 a 240 dias. **7**

Artigo 33.°

Atentado à liberdade de imprensa

1. É punido com pena de prisão de 3 meses a 2 anos ou multa de 25 a 100 dias aquele que, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de imprensa:

a) Impedir ou perturbar a composição, impressão, distribuição e livre circulação de publicações;

b) Apreender quaisquer publicações;

c) Apreender ou danificar quaisquer materiais necessários ao exercício da actividade jornalística.

2. Se o infractor for agente do Estado ou de pessoa colectiva pública e agir nessa qualidade, é punido com prisão de 3 meses a 3 anos ou multa de 30 a 150 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei Penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 Ao nível constitucional, é referência o disposto no art. 38.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, que consagra a liberdade de imprensa, a qual implica o direito de todos à fundação de jornais ou de quaisquer outras publicações o reconhecimento dos direitos dos jornalistas (dos quais se destaca a liberdade de expressão e de criação, o direito de acesso às fontes de informação, o direito à protecção da independência e o direito ao sigilo profissional) e a liberdade de expressão e criação dos colaboradores.

No direito internacional, o artigo em causa funda-se nos arts. 19.º e 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10.

O art.º 19.º do Estatuto do Jornalista, aprovado pela Lei n.º 2/99, incrimina as condutas que atentem contra a liberdade de informação em geral.

2 O **bem jurídico** protegido através desta norma é a liberdade de expressão e de informação, consagrada nos artigos 37.º e 38.º da Lei Fundamental. A liberdade de informação integra as faculdades de procurar e difundir a informação. O direito a comunicar informação só faz sentido quando em relação com o direito dos outros a receber informação.

O direito da informação, enquanto direito da comunicação social, é completado com o regime geral do direito a ser informado – também ele direito à informação – que engloba o direito do cidadão de obter informação dos poderes públicos – direito de livre e geral acesso às informações e documentos das entidades públicas – Lei n.º 65/93, de 26 de Agosto, Lei de Acesso aos Documentos Administrativos e Lei n.º 19/2006, de 12 de Junho, que regula o acesso à informação sobre ambiente.

COSTA ANDRADE, a propósito da comunicação social, acentua o lado social do acesso ao conhecimento em geral e integra a transparência da Administração pública como um dos valores de irrecusável dignidade comunitária – ANDRADE, MANUEL COSTA "Sobre a Reforma do Código Penal Português. Dos crimes contra as pessoas em geral", Abril – Dezembro 1993, pág. 450.

Com efeito, a informação detida pelas administrações públicas, em termos de quantidade e de qualidade, é de grande relevância para o conhecimento da evolução de questões de interesse colectivo e das situações concretas suscitadas pela aplicação das regras de direito. Daí, a importância também para os jornalistas da consagração do direito ao acesso à informação e à documentação detidas pelas entidades públicas.

3 O crime de atentado contra a liberdade de imprensa concretiza, no seu tipo legal, as condutas constitutivas do ilícito. Assim, são actos atentatórios da liberdade de imprensa: o impedimento ou a perturbação da composição, impressão, distribuição e livre circulação de publicações, a apreensão de quaisquer publicações e ou a apreensão ou danificação de quaisquer materiais necessários ao exercício da actividade jornalística.

ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO e JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, *in* Legislação anotada da Comunicação Social, 2005, Casa das Letras, p. 94, consideram que a opção legal pela tipificação das condutas é de louvar, na medida em que, no seu entender, não ficam de fora outras condutas atentatórias da liberdade de imprensa. "De facto", afirmam, "tais condutas estão abrangidas em relação a todos os jornalistas pela previsão do art. 19.º do EJ (atentado à liberdade de informação)".

Já J.M. Coutinho Ribeiro "Lei de Imprensa (anotada) e Legislação Conexa", Quid Júris, pp. 115 e 116) é de opinião que "ao concretizar os actos que considera típicos dos crimes contra a imprensa, a actual lei não terá seguido o melhor caminho.

Com efeito, agora ficam de fora da previsão legal inúmeras outras situações que constituem violações à liberdade de imprensa." Designadamente, "ficam sem cobertura legal aquelas situações em que sejam violados (…) o direito dos jornalistas às fontes oficiais de informação".
Sobre a problemática relativa a buscas e apreensões no âmbito da investigação dos crimes de abuso de liberdade de imprensa em geral, *vide*, Parecer n.º 1/80 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República e respectivos votos de vencidos, *in* Procuradoria Geral da República, "Pareceres, Vol. IX, Liberdade de expressão e de informação", 2000, pp. 107 a 149.

4 O atentado contra a liberdade de imprensa é um crime exclusivamente doloso, com **dolo específico** no que diz respeito ao impedimento ou à perturbação da composição, impressão, distribuição e livre circulação de publicações, apreensão ou danificação de quaisquer materiais necessários ao exercício da actividade jornalística. Com efeito, para além do dolo, o tipo subjectivo do ilícito exige uma intenção específica do agente que desenvolva uma das condutas descritas pela norma, qual seja, "o intuito de atentar contra a liberdade de imprensa".

5 Ao nível da **comparticipação**, o crime previsto no art. 33.º pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente da sua qualidade ou estatuto, pelo que se trata de um crime comum. Contudo, se for praticado por agente ou funcionário do Estado ou de pessoa colectiva pública, no exercício das suas funções, atenta a qualidade específica do autor, o crime em análise passa a ser agravado e punido com prisão de 3 meses a 3 anos ou com pena de multa de 30 a 150 dias. "Compreende-se a agravação, dado ser ao Estado a quem incumbe através da lei e de outros mecanismos, garantir a liberdade de imprensa (cfr. v.g., arts. 1.º e 4.º da Lei de Imprensa); daí a especial censura que impende sobre quem sob a autoridade do estado atentar contra a liberdade de imprensa." – cfr. JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, op. cit., em anotação ao art. 33.º

6 Não se oferecem particulares questões em matéria de **concurso**. É eventualmente possível que o autor do ilícito, se for agente do Estado, incorra, para além do crime de atentado contra a liberdade de imprensa, no crime de abuso de poder, da previsão do art.º 382.º do Código Penal. Estar-se-á então perante uma situação de concurso efectivo de crimes.

7 O crime de atentado contra a liberdade de imprensa é punido com **pena** de 3 meses até 2 anos de prisão ou com pena de multa de 25 a 100 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei Penal. Na sua forma agravada, o ilícito é punido com pena de prisão de 3 meses a 3 anos ou com pena de multa de 30 a 159 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Artigo 39.°
Identificação do autor do escrito

1. Instaurado o procedimento criminal, se o autor do escrito ou imagem for desconhecido, o Ministério Público ordena a notificação do director para, no prazo de cinco dias, declarar no inquérito qual a identidade do autor do escrito ou imagem.

2. Se o notificado nada disser, incorre no crime de desobediência qualificada e, se declarar falsamente desconhecer a identidade ou indicar como autor do escrito ou imagem quem se provar que o não foi, incorre nas penas previstas no n.º 1 do artigo 360.° do Código Penal, sem prejuízo de procedimento por denúncia caluniosa.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)

O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 O presente artigo não tem antecedentes na lei anterior e pretende colmatar o vazio resultante da eliminação da presunção da responsabilidade do director nos casos de publicação de escrito ou imagem não assinados, que constava do art. 26.º n.º 3 da Lei de Imprensa de 1975.

2 Notificado no âmbito de inquérito para declarar quem é o autor do escrito ou imagem, o director pode assumir uma de quatro atitudes:
a) identifica cabalmente o autor do escrito ou imagem, ou responde com verdade que desconhece a identidade do mesmo;
b) não responde, caso em que incorre no crime de desobediência qualificada, da previsão do art. 348.º n.º 2 do Código Penal;
c) responde falsamente que desconhece o autor do escrito ou imagem, incorrendo no crime de falsidade de testemunho, previsto e punido pelo art. 360.º n.º 1 do Código Penal;
d) identifica como autor do escrito ou imagem quem se provar que não o foi, incorrendo no crime de falsidade de testemunho, da previsão do art. 360.º n.º 1 do Código Penal, sem prejuízo de procedimento por denúncia caluniosa.
Os bens juridicamente protegidos por esta norma são vários, na medida que a conduta do agente (director), é susceptível de preencher, à vez, o tipo legal de crime de desobediência qualificada ou de falsidade de testemunho, ou ainda, eventualmente, de denúncia caluniosa.
Assim, o **bem jurídico** protegido através da incriminação da desobediência (*in casu*, qualificada) é a "autonomia intencional do Estado", que se pretende salvaguardar de ataques provenientes do exterior da Administração Pública. Pretende-se, em primeira linha, evitar a colocação de entraves à investigação criminal de crimes cometidos através da imprensa, por parte dos destinatários dos seus actos.
O crime de desobediência integra-se na categoria dos **crimes de dano** (na medida em que o seu tipo legal pressupõe a efectiva lesão do bem jurídico) e é um **crime formal ou de mera conduta** (porque o resultado não é elemento do tipo).
Já o crime de falsidade tem como bem jurídico protegido a realização e boa administração da justiça, enquanto função do Estado. É um **crime de perigo abstracto**: para que haja crime não é necessário que resulte prejuízo efectivo da declaração falsa ou que esta coloque em perigo a verdade (perigo concreto). É um **crime formal ou de mera actividade** (esgota-se na efectivação da conduta proibida, o resultado não é elemento do tipo).
Os bens jurídicos protegidos pela incriminação de denúncia caluniosa são a honra e a liberdade da pessoa visada e, reflexamente, a realização da justiça.
Directa ou indirectamente, a boa realização da justiça é um bem jurídico protegido por qualquer um destes três crimes.

3 O crime de desobediência qualificada previsto neste artigo descreve no seu tipo legal as condutas constitutivas de desobediência, puníveis nos termos do disposto no art. 348.º n.º 2 do Código Penal. Assim, são **actos de desobediência**, em que incorre o director, a não indicação do responsável pelo escrito ou imagem publicada. Sanciona-se, neste ilícito, o "deixar de fazer" aquilo que foi legitimamente ordenado pelo Ministério Público em ordem a investigar quem foi o responsável por crimes

cometidos através da imprensa. Estamos, por conseguinte, perante um crime de omissão pura (cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 352).
Por sua vez é punido com as penas previstas para o crime de falsidade de testemunho quem, notificado nos termos do n.º 1, declarar falsamente desconhecer a identidade ou indicar como autor do escrito ou imagem quem se provar que o não foi.
A conduta que constitui este ilícito penal é a aqui descrita e não a do art.º 360.º do Código Penal. Conduta essa que é punível com as penas cominadas para o crime de falso testemunho, o que faz todo o sentido tendo em conta a similitude da conduta aqui prevista com as que constituem o crime previsto e punido pelo art.º 360.º, n.º 1 – todas têm em comum a falsidade de uma declaração.
A indicação como autor de escrito e de imagem de alguém que o não foi, é ainda susceptível de constituir o crime de denúncia caluniosa, da previsão do art. 365.º do Código Penal, caso se verifiquem e se venham a provar, os demais elementos de facto elencados neste artigo, designadamente, a "intenção de que contra ela [a pessoa indicada como autor do escrito ou da imagem] se instaure procedimento.
Os crimes em causa são **dolosos**, uma vez que não se encontra especialmente prevista **4**
a sua punição a título negligente – 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.
Ao nível da **autoria**, a desobediência ou a falsidade da declaração apenas pode ser **5**
cometida pelo director, ou por quem o substitua. Nessa medida, estamos perante um **crime específico próprio**, que só pode ser praticado por pessoas ou entidades dotadas de certas qualidades (no caso, profissionais), sem prejuízo de eventual comparticipação por parte de outras pessoas.
Não se levantam problemas relevantes em matéria de **concurso**. Ainda assim, **6**
anote-se que, ao incorrer no crime de desobediência, de falsidade de testemunho e de denúncia caluniosa nos termos deste preceito, o director comete ainda, em concurso efectivo, o crime previsto no art. 31.º n.º 3, se não se tiver oposto, através da acção adequada, à comissão do crime de imprensa, podendo fazê-lo (*vide*, a este propósito, ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO E JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, *in* Legislação Anotada da Comunicação Social, Casa das Letras, p. 100)
Nos termos do art. 348.º n.º 2, do Código Penal, o crime de desobediência quali- **7**
ficada para o qual remete este artigo, é punido com **pena** de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, pelo que a pena correspondente a este crime de desobediência é de pena de prisão de 1 mês a 2 anos ou pena de multa de 10 a 240 dias. No caso do director (ou quem o substitua) declarar falsamente desconhecer a identidade ou indicar como autor do escrito ou imagem quem se provar que o não foi, incorre nas penas previstas no n.º 1 do artigo 360.° do Código Penal, de prisão de 6 meses a 3 anos ou multa de 60 a 360 dias.

HELENA MARIA DE CARVALHO MARTINS LEITÃO
MANUEL FREDERICO LOURENÇO 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)

Artigo 17.º
Contra-ordenações

1. É punido com coima de montante mínimo de 1000000$00 e máximo de 10000000$00, sendo o infractor pessoa singular, e com coima de montante mínimo de 5000000$00 e máximo de 50000000$00, sendo o infractor pessoa colectiva, sem prejuízo do disposto no n.º 2:

a) Quem realizar sondagem de opinião publicada ou difundida em órgão de comunicação social ou nos termos do n.º 4 do artigo 1.º sem estar devidamente credenciado nos termos do artigo 3.º;

b) Quem publicar ou difundir inquéritos de opinião ou informação recolhida através de televoto, apresentando-os como se tratando de sondagem de opinião;

c) Quem realizar sondagens de opinião em violação das regras previstas no artigo 4.º;

d) Quem realizar sondagem de opinião publicada ou difundida em órgão de comunicação social ou nos termos do n.º 4 do artigo 1.º sem que tenha feito o depósito nos termos previstos nos artigos 5.º e 6.º;

e) Quem publicar ou difundir sondagens de opinião, bem como o seu comentário, interpretação ou análise, em violação do disposto nos artigos 7.º, 9.º e 10.º;

f) Quem publicar ou difundir inquéritos de opinião em violação do disposto no artigo 8.º;

g) Quem realizar sondagens ou inquéritos de opinião em violação do disposto no artigo 11.º e na alínea a) do artigo anterior;

h) Quem, tendo realizado sondagem ou inquérito de opinião publicados ou difundidos, não faculte à Alta Autoridade para a Comunicação Social os documentos ou processos por ela solicitados no exercício das suas funções;

i) Quem não der cumprimento ao dever de rectificação previsto no artigo 14.º ou de publicação ou difusão das decisões administrativas ou judiciais a que se refere o artigo seguinte.

2. Serão, porém, aplicáveis os montantes mínimos e máximos previstos no regime geral das contra-ordenações se superiores aos fixados no número anterior.

3. O produto das coimas reverte integralmente para os cofres do Estado.

4. A violação do disposto no n.º 1 do artigo 10.º será ainda cominada como crime de desobediência qualificada.

5. A negligência é punida.

Artigo 18.º
Publicação ou difusão das decisões administrativas ou judiciais

A decisão irrecorrida que aplique coima prevista no artigo anterior ou a decisão judicial transitada em julgado relativa a recurso da mesma decisão, bem como da aplicação de pena relativa à prática do crime previsto no n.º 4 do artigo anterior, é obrigatoriamente publicada ou difundida pela entidade sancionada nos termos previstos no artigo 14.º

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 comparticipação (anotação 7)
A pena (anotação 8)

Nos termos do art. 1.º do Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro, é aplicada, automaticamente, a taxa de conversão em euros prevista no art. 1.º do Regulamento CE n.º 2868/98, do Conselho, a todas as referências feitas a escudos em actos na área da justiça. **1**

A Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro criou a ERC, Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social. **2**

Nos termos do n.º 1 do art. 10.º, é proibida a publicação e a difusão, bem como o comentário, a análise e a projecção de resultados de qualquer sondagem ou inquérito de opinião, directa ou indirectamente relacionados com actos eleitorais ou referendários abrangidos pelo disposto nos n.os 1, 2 e 4 do artigo 1.º, desde o final da campanha relativa à realização do acto eleitoral ou referendário até ao encerramento das urnas em todo o País: **3**

– Órgãos constitucionais, designadamente o seu estatuto, competência, organização, funcionamento, responsabilidade e extinção, bem como, consoante os casos, a eleição, nomeação ou cooptação, actuação e demissão ou exoneração dos respectivos titulares;
– Referendos nacionais, regionais ou locais;
– Associações políticas ou partidos políticos, designadamente a sua constituição, estatutos, denominação, sigla e símbolo, organização interna, funcionamento, exercício de direitos pelos seus associados e a respectiva dissolução ou extinção, bem como, consoante os casos, a escolha, actuação e demissão ou exoneração dos titulares dos seus órgãos centrais e locais.
– Publicação ou difusão pública de previsões ou simulações de voto que se baseiem nas sondagens de opinião nele referidas, bem como de dados de sondagens de opinião que, não se destinando inicialmente a divulgação pública, sejam difundidas em órgãos de comunicação social.
– Publicação ou difusão de sondagens e inquéritos de opinião na edição electrónica de órgão de comunicação social que use também outro suporte ou promovida por entidade equiparável em difusão exclusivamente digital quando esta se faça através de redes electrónicas de uso público através de domínios geridos pela Fundação para a Computação Científica Nacional ou, quando o titular do registo esteja sujeito à lei portuguesa, por qualquer outra entidade.

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 **4**

de obediência a uma ordem ou mandado legítimos emanados de autoridade ou funcionário competente e regularmente comunicado" (ob. cit., p. 426).

5 O t**ipo objectivo** consiste no não acatamento da ordem ou comando ínsito na previsão legal, consumando-se com a prática do acto cuja omissão é legalmente exigida: a publicação e a difusão bem como o comentário, a análise e a projecção de resultados de qualquer sondagem ou inquérito de opinião, directa ou indirectamente relacionados com actos eleitorais ou referendários abrangidos pelo disposto nos n.os 1, 2 e 4 do art. 1.º, praticado no período compreendido entre o final da campanha relativa à realização do acto eleitoral ou referendário até ao encerramento das urnas em todo o País.

Nos termos da deliberação da ERC n.º 2/2010, de 17 de Fevereiro, "Os blogues constituem, em princípio, sítios electrónicos geridos por particulares, cujos conteúdos não estão sujeitos a tratamento editorial nem organizados como um todo coerente, os mesmos não estão sujeitos à observância das regras impostas pela LS nem à Regulação da ERC, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, da LS, citado no ponto IV 1, bem como do artigo 6.º, alínea e), dos EstERC, que determina estarem sujeitas à supervisão e intervenção do Conselho Regulador".

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 **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

8 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).

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 64.º
Responsabilidade criminal

1 Os actos ou comportamentos lesivos de bens jurídico-penalmente protegidos, perpetrados através da actividade de radiodifusão, são punidos nos termos da lei penal e do disposto na presente lei.

2 O responsável referido no art. 37.º apenas responde criminalmente quando não se oponha, podendo fazê-lo, à comissão dos crimes referidos no n.º 1, através das acções adequadas a evitá-los, caso em que são aplicáveis as penas cominadas nos correspondentes tipos legais, reduzidas de um terço nos seus limites.

3 No caso de emissões não consentidas, responde quem tiver determinado a respectiva transmissão.

4 Os técnicos ao serviço dos operadores radiofónicos não são responsáveis pelas emissões a que derem o seu contributo profissional, se não lhes for exigível a consciência do carácter criminoso do seu acto.

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 (anotação 5)
As causas de desculpa (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A pena (anotação 10)

O presente preceito tem como **fonte** os arts. 29.º n.º 3, 30.º e de algum modo, o art. 31.º n.º 2, da Lei n.º 87/88 de 30.7. No quadro constitucional, importa ter em linha de conta o disposto no art. 37.º n.º 3 da Constituição da República portuguesa. Ao nível internacional, o artigo em análise radica nos arts. 19.º e 29.º n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10. **1**

Em relação ao regime anterior, o n.º 2 do art. 64.º prevê que o responsável pelo conteúdo das emissões só responda criminalmente quando não se oponha, podendo fazê-lo, à prática de um crime através da actividade de radiodifusão, através de uma acção adequada a evitá-lo, caso em que lhe são aplicadas as penas dos correspondentes tipos legais, agora reduzidas em um terço. Por outro lado, deixou de ser o director de programas a ter de demonstrar que desconhecia o teor do programa em que a infracção foi cometida, como sucedia face ao disposto no art. 30.º n.º 2 da Lei n.º 87/88 de 30.7.

A regulação jurídico-penal material e objectiva dos crimes cometidos através da comunicação social e designadamente, através da actividade de radiodifusão, é prosseguida, no essencial, através de uma lógica de "reenvio externo" para outras normas incriminadoras, definidas no Código Penal e em legislação avulsa (cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, Direito Penal da Comunicação, Alguns escritos, Coimbra Editora, p. 54). Assim, para além dos ilícitos especificamente previstos nos arts. 65.º a 67.º da presente lei, os actos ou comportamentos lesivos de interesses jurídico- **2**

-penalmente protegidos levados a cabo através da rádio estão primordialmente consagrados na Parte Especial do Código Penal. Por conseguinte, as normas penais da comunicação social não tutelam directamente quaisquer **bens jurídicos específicos**, que são acautelados pelos ilícitos incriminadores previstos no Código Penal, para os quais, *in casu*, o art. 64.º n.º 1 remete.

Os crimes do Código Penal mais frequentemente cometidos através da comunicação social são os crimes contra a honra: difamação (art. 180.º), injúria (art. 181.º), ofensa à memória falecida (art. 185.º) e ofensa à pessoa colectiva, organismo ou serviço (art. 187.º). São igualmente relevantes a esse nível os crimes contra a reserva da vida privada: violação de domicílio ou perturbação da vida privada (art. 190.º), devassa da vida privada (art. 192.º), violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º), violação de segredo (art. 195.º) e ainda o crime contra outros bens jurídicos pessoais, de gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º).

3 Os crimes cometidos através da comunicação social constituem "limites extrínsecos" à liberdade de imprensa (neste sentido, cfr. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, Conflitos Entre a Liberdade de Imprensa e a Vida Privada, Ab Vno Ad Omnes, pp. 1132 e 1133). A liberdade de imprensa está consagrada no art. 38.º da Constituição da República Portuguesa e desdobra-se num conjunto de direitos, liberdades e garantias: direitos dos órgãos de comunicação social e dos próprios jornalistas, liberdade e independência dos órgãos de comunicação social face ao poder político e económico, garantia da existência e funcionamento de um serviço público de rádio e televisão, etc. A liberdade de imprensa só protege constitucionalmente os meios de comunicação social na medida em que os mesmos "funcionam como veículos de liberdade de expressão e de opinião e não enquanto suportes de actividades publicitárias ou de entretenimento". (J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, op. cit., p. 580). Remete-se, no mais, para as considerações tecidas em anotação ao art. 71.º da Lei n.º 27/2007 de 30 de Julho (Lei da Televisão), no seu número 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 e 3.5.

Tendo em vista a apreensão dos elementos comuns do(s) **tipo(s) legal(is) objectivo(s)** dos crimes praticados através da comunicação social e designadamente, da norma constante do art. 64.º n.º 1, importa esclarecer o que são meios da comunicação social e o que é a rádio. Indo ao encontro do significado vulgarmente atribuído àquelas expressões no seio da comunidade jurídica, "a comunicação social realiza-se na pluralidade de meios em 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. Assim, o livro, a revista, o jornal, são meios de comunicação social que utilizam o suporte físico papel e se exprimem pela escrita. A radiodifusão é um meio de comunicação social que se baseia em processo tecnológico que privilegia a oralidade."(JOSÉ DE FARIA COSTA, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, pp. 641 e 642).

Nos termos do disposto no art. 2.º n.º 1 al.ª a) da Lei em análise, entende-se por **radiodifusão** "a transmissão, unilateral de comunicações sonoras, por meio de ondas radioeléctricas ou de qualquer outra forma apropriada, destinada à recepção pelo público em geral". Nesta medida, são crimes cometidos através da rádio, puníveis nos termos gerais e do disposto na Lei n.º 4/2001, de 23.2, todos os actos ou comportamentos lesivos de interesses jurídico-penalmente protegidos, praticados através daquele meio de comunicação social, que pressupõe, no seu âmago, a transmissão de sons destinados ao público, por intermédio de ondas radioeléctricas ou qualquer outro modo adequado. São susceptíveis de serem cometidos através da actividade de radiodifusão, os seguintes crimes, previstos no Código Penal:

– propaganda do suicídio (art. 139.º)
– ameaça (art. 153.º);
– coacção (art. 154.º);
– difamação (art. 180.º);
– injúria (art. 181.º);
– calúnia (183.º)
– ofensa à memória de pessoa falecida (art. 185.º);
– ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva (art. 187.º);
– devassa da vida privada (art. 192.º);
– violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º);
– violação de segredo (art. 195ª);
– gravação ilícita (art. 199.º);
– discriminação racial, religiosa ou sexual (art. 240.º);
– ultraje por motivo de crença religiosa (art. 251.º);
– impedimento, perturbação ou ultraje a acto de culto (art. 252.º)
– instigação pública a um crime (art. 297.º);
– apologia pública de um crime (art. 298.º);
– ameaça com prática de crime (art. 305.º)
– violação de segredo de Estado (art. 316.º);
– crime contra pessoa que goze de protecção internacional (art. 322.º);
– ultraje de símbolos estrangeiros (art. 323ª);
– incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito (art. 326.º);
– ofensa à honra do Presidente da República (art. 328.º)
– incitamento à desobediência colectiva (art. 330.º);
– ultraje de símbolos nacionais e regionais (art. 332.º);
– coacção contra órgãos constitucionais (art. 333.º);
– denúncia caluniosa (art. 365.º);
– simulação de crime (366.º)
– violação de segredo de justiça (art. 371.º);
– violação de segredo por funcionário (art. 383.º).
– violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações (art. 384.º).

4 Os crimes cometidos através da actividade de radiodifusão não apresentam particulares especificidades no que diz respeito ao seu **elemento subjectivo**. São crimes dolosos, o que significa que estão afastadas do seu âmbito subjectivo as condutas negligentes, sendo bastante a imputação baseada em dolo eventual. Entende-se, por conseguinte, que não é exigível nestes ilícitos o chamado *dolo específico*, em que a conduta só é relevante se o agente actuar com a forma particular de dolo exigida por lei.

5 As considerações que se podem tecer sobre as causas de justificação nos crimes cometidos através da comunicação social em análise, são, em larga medida, coincidentes com as que se podem estabelecer a propósito das **causas de justificação** relativas a cada uma das normas incriminadoras para as quais remete o regime previsto no art. 64 n.º 1.º Far-se-á, ainda assim, uma referência breve a situações de justificação no âmbito do direito penal da comunicação social, designadamente às consagradas a partir dos n.os 2 e 4 do art. 180.º Código Penal, que se aplicam, aliás, correspondentemente, aos arts. 181.º e 185.º daquele diploma legal (cfr. n.º 2 do art. 181.º e al.ª b), n.º 2 do art. 185.º do Código Penal).

A difamação, a injúria ou a ofensa à memória de pessoa falecida cometidas, *in casu*, através da rádio, não são puníveis desde que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes condições: a) a imputação do facto desonroso ser feita para realizar

interesses legítimos; b) o agente provar a verdade da imputação ou ter fundamento sério para, em boa-fé, a reputar verdadeira.
Note-se que esta causa de justificação especial, da previsão do art. 180.º, n.º 2, do CP só se aplica à imputação de factos e não a juízos de valor desonrosos, que serão eventualmente abrangidos pela exclusão do exercício de um direito (art. 31.º n.º 2 al.ª b) do Código Penal).
Os meios de comunicação social exercem uma função de interesse público quando os factos divulgados se enquadram numa "actividade relativa à formação democrática e pluralista da opinião pública em matéria social, política, económica, cultural" (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português, Revista de Legislação e Jurisprudência n.º 3697, p. 136). Fora deste contexto, os meios de comunicação social não aproveitam do regime especial de justificação previsto no art. 180.º n.º 2 do Código Penal.
O interesse público na divulgação de factos desonrosos de alguém não abrange os factos relativos à intimidade da vida privada e familiar da pessoa em causa (cfr. n.º 3 do art. 180.º do Código Penal).
Por outro lado, a justificação penal do comportamento lesivo da honra não depende exclusivamente da realização de um interesse legítimo, isto é, da sua inclusão na chamada "função pública da imprensa". A lei obriga, ainda, que o agente prove a verdade da imputação (*exceptio veritatis*) ou que tenha tido fundamento sério para, em boa-fé, a considerar verdadeira.
Para a eventualidade de não conseguir provar a verdade dos factos, a lei admite ao agente a possibilidade de justificação, se demonstrar que tinha fundamento sério para, em boa-fé, reputar os factos como verdadeiros.
O regime especial de justificação previsto no art. 180.º n.º 2 do Código Penal aplica-se, como parece próprio, aos factos desonrosos veiculados pela comunicação social, puníveis nos termos agravados decorrentes do art. 183.º n.º 2 do Código Penal.
O art. 192.º n.º 2 do Código Penal prevê, também ele, uma justificação para a divulgação de factos relativos à vida privada, incluindo doença grave, se tal acção for praticada como meio adequado para realizar um interesse público, legítimo e relevante.
Estendeu-se, deste modo, à devassa da vida privada uma dirimente específica normalmente associada aos crimes contra a honra, "a prossecução de interesses legítimos".
"A causa de justificação da prossecução dos interesses legítimos não depende da existência de uma situação de perigo actual nem da sensível superioridade do bem jurídico a salvaguardar, mas depende da verificação dos princípios da proporcionalidade e da necessidade" (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2008, p. 521).

6 Não se vislumbram desvios ao regime geral previsto no Código Penal, para eventuais **causas de desculpa** convocáveis.

7 A **tentativa** é punível se os crimes praticados através da actividade de radiodifusão forem puníveis com pena de prisão superior a 3 anos, nos termos gerais. A punição da tentativa de crimes puníveis com pena de prisão igual ou inferior a 3 anos só tem lugar quando for expressamente prevista na norma incriminadora (cfr. art. 23.º n.º 1 do Código Penal).

8 Em matéria de **comparticipação**, é aplicável aos crimes cometidos através da rádio o disposto nos arts. 25.º a 29.º do Código Penal, dado que a Lei n.º 4/2001 de 23.2 não contém normas específicas a esse respeito. Podem, assim, ser responsabilizados pela prática de crimes cometidos por meio da actividade de radiodifusão, os

seus autores (imediatos, mediatos ou co-autores), os eventuais instigadores e os cúmplices, que vierem a ser determinados em cada caso concreto, sejam eles jornalistas ou outras pessoas que tenham tido uma intervenção emitida através da rádio. Normalmente, será autor do crime o criador do texto ou do programa de cuja transmissão na rádio resultou a ofensa do bem jurídico protegido (embora a presente Lei não contenha a propósito da autoria um preceito expresso como o do art. 31.º n.º 1 da Lei da Imprensa).

A par do criador, responderá ainda, penalmente, o responsável pela orientação e supervisão das emissões, sempre que não se tenha oposto, podendo fazê-lo, à prática de crimes cometidos através da actividade de radiodifusão.

O presente artigo não contempla disposição similar à do art. 71.º n.º 4 da Lei da Televisão ou do art. 31.º n.os 4 e 5 da Lei da Imprensa, atinente à responsabilidade penal que decorre de declarações prestadas por terceiros ou artigos de opinião. Assim, o director de programas poderá responder, nos termos do n.º 2 do art. 64.º, pelas declarações e opiniões de terceiros, se não se tiver oposto à transmissão, podendo fazê-lo.

No caso de ser desconhecido o autor das declarações reproduzidas ou da opinião veiculada, não está igualmente prevista a notificação do director para identificar o autor daquelas, como sucede na Lei da Imprensa (art. 39.º).

O responsável pela orientação e supervisão do conteúdo das emissões, ou director de programas, é responsabilizável criminalmente nos termos gerais e responde, ainda, quando não se oponha, podendo fazê-lo, através da acção adequada, à prática de crimes cometidos através da actividade de radiodifusão, caso em que é punido com as penas cominadas nos correspondentes tipos legais, reduzidas de um terço nos seus limites.

Com efeito, o art. 64.º n.º 2 faz recair sobre aquele responsável um dever jurídico-pessoal de garante, em conformidade com o disposto no art. 10.º n.º 2 do Código Penal, que o obriga a impedir a prática de crimes por meio da rádio, através de actividade que obste à produção daquele resultado. Estamos no âmbito dos crimes de comissão por omissão: crimes cujo tipo legal descreve a acção imposta e o resultado, sendo o omitente por este penalmente responsável, quando se entende que a (sua) omitida acção teria evitado o resultado.

O responsável referido no art. 37.º, como qualquer responsável por uma omissão imprópria, só pode ser punido quando, impendendo sobre ele o dever de agir, não tenha actuado (dolosamente), podendo tê-lo feito.

Os técnicos ao serviço dos operadores radiofónicos não são responsáveis pelas emissões a que derem o seu contributo profissional, "se não lhes for exigível a consciência do carácter criminoso do seu acto".

Este regime, mais gravoso do que o previsto no art. 31.º, n.º 6, da Lei da Imprensa, para todos os que "tiveram uma intervenção meramente técnica, subordinada ou rotineira no processo de elaboração ou difusão de publicação contendo o escrito ou imagem controvertidos", consagra, no entendimento de RUI PEREIRA, um "regime de erro sobre a ilicitude com consequências similares às do art. 17.º, n.º 1, do Código Penal" (Direito Penal e Direito da Mera Ordenação Social da Comunicação Social *in* Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra Editora, 2007, p. 729).

No caso de emissões não consentidas, é responsável criminalmente quem tiver determinado a respectiva transmissão.

A Lei da Rádio em vigor consagra, em matéria de comparticipação, um modelo de responsabilização completamente distinto daquele que vigorou em Portugal para

a imprensa em geral, até ao Dec.-Lei n.º 85-C/75 de 26.2, inclusive, o chamado sistema de responsabilidade sucessiva.

Valem aqui as considerações já expendidas a propósito dessa temática, em anotação ao art. 71.º da Lei n.º 27/2007 de 30 de Julho, no seu número 8.

9 Não se vislumbram problemas ao nível de **concurso**, não devendo por isso, em nosso entender, operar-se quaisquer desvios à doutrina ou teoria geral do concurso.

10 Contrariamente ao previsto na Lei da Televisão e na Lei da Imprensa, a presente Lei não consagra uma agravação das penas no que toca aos crimes cometidos através da actividade de radiodifusão, limitando-se a remeter para a lei penal geral. E, na verdade, o Código Penal prevê a agravação de pena pelo facto de o crime ter sido cometido através de meio de comunicação social, em diversos preceitos: 183.º n.º 2 (publicidade e calúnia), 185.º n.º 2 al.ª b) (ofensa à memória de pessoa falecida, com remissão para o art. 183.º), 187.º n.º 2 al.ª a) (ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço, através de remissão para o art. 183.º), 197.º n.º al.ª b) (agravação das penas previstas nos arts.190.º a 195.º), 199.º n.º 3 (que declara correspondentemente aplicável aos crimes de gravações e fotografias ilícitas o disposto no art. 197.º) e 328.º n.º 2 (ofensa à honra do Presidente da República). ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO e JOÃO PEDRO FIGUEIREDO entendem, assim (*in*, Direito da Comunicação Social, 2.ª edição revista e aumentada, Casa das Letras, p. 210), que a referida "desigualdade acaba por assumir escasso alcance prático, visto que o Código Penal já estabelece, em numerosos crimes, uma agravação da pena, quando são cometidos através da comunicação social, que prevalece sobre o disposto na Lei da Imprensa".

Afigura-se, porém, que não há justificação para semelhante disparidade de regimes, nomeadamente porque, em muitos casos, a danosidade dos crimes praticados através da rádio é superior à dos mesmos ilícitos perpetrados por meio da imprensa escrita.

Subsiste, por outro lado, nos casos em que o Código Penal não prevê a agravação da pena pelo facto de o crime ter sido cometido através de meio de comunicação social, um problema de violação do princípio da igualdade, que leva, inclusive, RUI PEREIRA a ponderar se não será materialmente inconstitucional "aplicar ao mesmo crime quando cometido num jornal pena superior à que lhe caberia se cometido na rádio "(op. cit., p. 726).

Artigo 65.º
Actividade ilegal de radiodifusão

1. O exercício da actividade de radiodifusão sem a correspondente habilitação legal determina a punição dos responsáveis com prisão até 3 anos ou com multa até 320 dias.

2. São declarados perdidos a favor do Estado os bens utilizados no exercício ilegal da actividade de radiodifusão, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

A **fonte** deste preceito acolhe-se, na lei anterior, de forma dispersa e mais detalhada, nos arts. 31.º e 32.º da Lei n.º 87/88 de 30.7. Ao nível constitucional, importa ter presente o disposto no art. 38.º n.º 7 da Constituição da República Portuguesa. No contexto legal internacional, o artigo em causa espalda-se no art. 29.º n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, e no art. 10.º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10. **1**

Esta norma pretende proteger a utilização do espectro hertziano terrestre, cujo espaço constitui um **bem jurídico** escasso. A este respeito, ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO E JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, (*in*, Legislação Anotada da Comunicação Social, 1.ª edição, 2005, Casa das Letras, p. 129) observam que "o espectro hertziano terrestre é um bem do domínio público do Estado (ver art. 14.º da Lei das Comunicações Electrónicas), pelo que a sua exploração por terceiros dever ser submetida a concurso público. Para além de integrar o domínio público, é um bem escasso (sobretudo quando explorado por via analógica) pelo que deve ser gerido pelo Estado com a máxima eficácia." Anotam ainda J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA (op. cit., p. 591): "Se em relação à actividade de imprensa propriamente dita (jornais, revistas) vigora o princípio constitucional da liberdade de fundação, o mesmo não sucede em relação às estações de radiodifusão sonora e de televisão (n.º 7 [do art. 38.º da Constituição]). Estas estão sujeitas a um regime de licença, mediante concurso entre os interessados, que exige alvará, precedido de concurso, para o exercício de actividade de radiodifusão. Afastado o princípio do monopólio público da televisão (…), a Constituição equiparou o regime público da rádio e da televisão. Mas esta restrição no acesso às actividades de radiodifusão e de radiotelevisão deve entender-se aplicável somente às emissões que utilizam o espectro radioeléctrico – que é um bem público escasso – não havendo justificação para ela no caso das emissões por cabo, onde tal condicionalismo é bem menos constrangedor". **2**

A norma do art. 65.º n.º 1 prescreve, de modo amplo, que quem exercer a actividade de radiodifusão sem a correspondente habilitação legal incorre na prática de um crime de actividade ilegal de radiodifusão. Não está legalmente habilitada a exercer a actividade de televisão a entidade que não seja titular da necessária licença ou autorização (cfr. arts. 3.º n.º 2, 14.º e 15.º). Não se encontra prevista no presente artigo, ao contrário do que sucede na Lei da Televisão em artigo similar, a aplicação do disposto no n.º 1, em caso de incumprimento da decisão de revogação da licença ou autorização para o exercício da radiodifusão determinada pela AACS nos termos do art. 70.º **3**

O crime é **doloso**, posto que se não encontra especialmente prevista a sua punição a título negligente – 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. **4**

Ao nível da **comparticipação,** o tipo legal do art. 65.º prevê que qualquer pessoa pode incorrer na prática do crime, pelo que se trata de um crime comum. Podem, assim, responder pela prática deste ilícito, os seus autores (imediatos, mediatos ou co-autores), os eventuais instigadores e os cúmplices, que vierem a ser determinados em cada caso concreto, sejam eles jornalistas ou outras pessoas. **5**

Não se suscitam problemas de **concurso** que importe abordar, por reporte às regras gerais do concurso. **6**

Nos termos do art. 65.º n.º 1, o crime de actividade ilegal de radiodifusão é punido com **pena** de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 320 dias. Prevêem-se, **7**

assim, duas penas em alternativa para este ilícito: pena de prisão de 1 mês a 3 anos ou pena de multa de 10 a 320 dias.

Artigo 66.º
Desobediência qualificada

1. O responsável pela programação, ou quem o substitua, incorre no crime de desobediência qualificada quando:

a) Não acatar a decisão do tribunal que ordene a transmissão da resposta ou da rectificação, ao abrigo do disposto no n.º 6 do art. 61.º;

b) Não promover a difusão de decisões judiciais, nos exatos termos a que se refere o art. 76.º;

c) Não cumprir as deliberações da AACS relativas ao exercício dos direitos de antena, de réplica política, de resposta ou de rectificação.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 O presente artigo tem como **fonte** o art. 35.º da Lei n.º 87/88 de 30.7, na sua versão original e posteriormente alterada pelo art. 1.º da Lei n.º 2/97 de 18.1.

2 O **bem jurídico** protegido através da incriminação da desobediência (*in casu*, qualificada) é a "autonomia intencional do Estado", que se pretende salvaguardar de ataques provenientes do exterior da Administração Pública. Visa-se, em primeira linha, evitar a "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 com vista ao bom andamento da vida comunitária" (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal, III, 2001, p. 350).

O crime de desobediência integra-se na categoria dos **crimes de dano** (na medida em que o seu tipo legal pressupõe a efectiva lesão do bem jurídico) e é um **crime formal ou de mera conduta** (porque o resultado não é elemento do tipo).

3 O crime de desobediência qualificada previsto neste artigo, apesar de não fixar uma moldura penal própria e de ir buscar, no que concerne a esse elemento, o necessário apoio ao disposto no art. 348.º n.º 2 do Código Penal, descreve no seu tipo legal as condutas constitutivas de desobediência. Assim, são **actos de desobediência** em que incorrem os responsáveis pela programação ou quem os substitua: o não acatamento de decisão do tribunal que ordene a transmissão de resposta ou de rectificação; a recusa de difusão de decisões judiciais; o não cumprimento das deliberações da Entidade Reguladora para a Comunicação Social respeitantes ao exercício dos direitos de antena, de réplica política, de resposta ou de rectificação. Sanciona-se, neste ilícito, o "deixar de fazer" aquilo que foi legitimamente ordenado por tribunal ou pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social, independentemente das consequências daí resultantes: estamos, por conseguinte, perante um crime de omissão pura (cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 352). Como a Lei prevê expressamente a cominação desta desobediência com a sanção prevista para a desobediência qualificada, de prisão até dois anos ou multa até 240 dias,

a autoridade que profere a decisão ou a deliberação não tem de fazer menção da cominação legal quando emite a ordem.

O crime é **doloso**, uma vez que não se encontra especialmente prevista a sua punição a título negligente – 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. **4**

Ao nível da **autoria**, a desobediência do art. 66.º apenas pode ser cometida pelos responsáveis pela programação ou por quem os substitua. Nessa medida, estamos perante um **crime específico próprio**, que só pode ser praticado por pessoas ou entidades dotadas de certa qualidades (no caso, profissionais), sem prejuízo de eventual comparticipação por parte de outras pessoas. **5**

Não se levantam problemas em matéria de **concurso** que mereçam tratamento destacado. **6**

Nos termos do art. 348.º n.º 2 do Código Penal, o crime de desobediência qualificada para o qual remete o art. 66.º da presente lei é punido com **pena** de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. Prevêem-se, assim, duas penas em alternativa, para esta desobediência mais grave: pena de prisão de 1 mês a 2 anos ou pena de multa de 10 a 240 dias. **7**

Artigo 67.º

Atentado contra a liberdade de programação e informação

1. Quem impedir ou perturbar a emissão de serviços de programas ou apreender ou danificar materiais necessários ao exercício da actividade de radiodifusão, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de programação e informação, é punido com prisão até dois anos ou com multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei penal.

2. A aplicação da sanção prevista no número anterior não prejudica a efectivação da responsabilidade civil pelos prejuízos causados ao operador radiofónico.

3. Se o infractor for agente ou funcionário do Estado ou de pessoa colectiva pública e, no exercício das suas funções, praticar os factos descritos no n.º 1, é punido com prisão até 3 anos ou com multa até 320 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

O preceito tem como **fonte**, de modo muito distante, o art. 37.º, da Lei n.º 87/88 de 30.7. Ao nível constitucional, é referência o disposto no art. 37.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa. No direito internacional, o artigo em causa apoia-se nos arts. 19.º e 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro **1**

de 1948, e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10.

Em relação ao regime anterior, o n.º 1 do art. 67.º tipifica agora as condutas que integram este crime. Com efeito, o art. 37.º n.º 1 da Lei n.º 87/88 de 30.7, sob a epígrafe "Ofensas de direitos, liberdades ou garantias", estabelecia genericamente: "A quem ofender qualquer dos direitos, liberdades ou garantias consagrados na presente lei é aplicável multa de 50 a 300 dias".

2 O **bem jurídico** tutelado por esta norma é a "liberdade de programação e informação", uma das vertentes da liberdade de expressão e informação, consagrada no art. 37.º da Constituição e, no que concerne à rádio e à televisão, especificamente no art. 38.º da Lei Fundamental. Para J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA (op. cit., pp. 590 e 591), "A Constituição não coloca no mesmo plano a liberdade de imprensa e a liberdade de radiodifusão e de radiotelevisão. (…) É indiscutível que quer a rádio, quer a televisão representam hoje importantes meios de informação e seria problemático reconhecer-lhes uma liberdade semelhante à liberdade de imprensa, quando desenvolvessem actividades de informação, e negar-lhes, simultaneamente, a garantia de liberdade, quando se tratasse de outras programações. Além de a interpretação restritiva pressupor uma difícil delimitação material de informação, acabaria por justificar inaceitáveis restrições à liberdade de programação radiofónica e radiotelevisiva. Tal como na liberdade de imprensa, a protecção da liberdade de radiodifusão e de radiotelevisão não depende da qualidade das emissões, estendendo-se a programas de divertimento, a programas cultos e a programas populares. Neste sentido, a liberdade de radiodifusão e de radiotelevisão é uma liberdade de conformação programante". O art. 34.º n.º 2 estabelece que "salvo os casos previstos na presente lei, o exercício da actividade de radiodifusão assenta na liberdade de programação, não podendo a Administração Pública ou qualquer órgão de soberania, com excepção dos tribunais, impedir, condicionar ou impor a difusão de quaisquer programas".

3 O crime de atentado contra a liberdade de programação e informação especifica, no seu **tipo legal**, as condutas constitutivas do ilícito. Assim, são actos atentatórios da liberdade de programação e informação: o impedimento ou a perturbação de emissão de serviços de programas; a apreensão ou dano de materiais necessários ao exercício da actividade de radiodifusão (n.º 1 do art. 67.º). Os actos em causa não são puníveis quando praticados "nos casos previstos na lei", ou seja, por ordem da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, no âmbito das suas competências, ou por decisão da autoridade judiciária, nos termos do Código de Processo Penal.

4 O atentado contra a liberdade de programação e informação é um crime de carácter doloso, com **dolo específico** no que toca ao impedimento ou à perturbação de serviços de programas e à apreensão ou dano de materiais necessários ao exercício da actividade de radiodifusão. Na verdade, para além do dolo, o tipo subjectivo do ilícito exige, ainda, uma intenção específica do agente, qual seja, "o intuito de atentar contra a liberdade de programação e informação".

5 Não se colocam problemas ao nível de **concurso**. Se o autor do ilícito for agente do Estado, poderá incorrer, para além do crime de atentado contra a liberdade de programação e informação, no crime de abuso de poder, da previsão do art. 382.º do Cód. Penal, dando lugar a concurso efectivo de crimes.

6 O crime previsto no art. 67.º pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente da sua qualidade ou estatuto, tratando-se, pois, de um **crime comum**. Todavia, se for praticado por agente ou funcionário do Estado ou de pessoa colectiva pública, no exercício das suas funções, atenta a qualidade específica do

autor, o crime em apreço passa a ser agravado e punido com prisão até 3 anos ou com pena de multa.

O crime de atentado contra a liberdade de programação e informação é punido com **pena** de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei Penal. Prevêem-se, assim, duas penas em alternativa: pena de prisão de 1 mês a 2 anos ou pena de multa de 10 a 240 dias. Na sua versão agravada, o ilícito é punido com pena de prisão de 1 mês a 3 anos ou com pena de multa de 10 a 320 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. **7**

HELENA MARIA DE CARVALHO MARTINS LEITÃO
MANUEL FREDERICO LOURENÇO 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)

Artigo 66.º
Desobediência qualificada

1. Constitui crime de desobediência qualificada a recusa de acatamento ou o cumprimento deficiente, com o intuito de impedir os efeitos por ela visados, de:

a) Decisão que ordene a publicação ou transmissão de resposta, de rectificação, de direito de antena ou de réplica política, no prazo fixado pela própria decisão ou, na sua ausência, no prazo de quarenta e oito horas a contar da sua notificação, salvo quando a decisão se reporte a publicação não diária, cujo cumprimento ocorrerá na primeira edição ultimada após a respectiva notificação;

b) Decisão que imponha o cumprimento das obrigações inerentes ao licenciamento e autorização do acesso às actividades de comunicação social, sejam estas decorrentes da lei, de regulamento ou de contrato administrativo;

c) Decisão que imponha a rectificação de sondagem ou de inquérito de opinião, nos termos do artigo 14.º da Lei n.º 10/2000, de 21 de Junho.

2. A desobediência qualificada é punida nos termos do n.º 2 do artigo 348.º do Código Penal.

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 A Constituição da República Portuguesa, no seu art.º 39.º, sob a epígrafe "Regulação da Comunicação Social", estatui que cabe a uma entidade administrativa independente assegurar nos meios de comunicação social: a) O direito à informação e a liberdade de imprensa; b) A não concentração da titularidade dos meios de comunicação social; c) A independência perante o poder político e o poder económico; d) O respeito pelos direitos, liberdades e garantias pessoais; e) O respeito pelas normas reguladoras das actividades de comunicação social; f) A possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião; e g) O exercício dos direitos de antena, de resposta e de réplica política.

Constitui **fonte** nesta matéria a Lei 15/90, de 30 de Junho, alterada pela Lei n.º 30/94, que regulava as atribuições, competências, organização e funcionamento da Alta Entidade para a Comunicação Social que por sua vez substituiu o Conselho da Comunicação Social (Lei n.º 23/83, de 6 de Setembro) e a Comissão Consultiva para a Radiofusão (art.º 28.º da Lei 87/88, de 30 de Julho). Outras fontes relevantes são a Lei 31/78, de 20 de Junho, sobre o Conselho de Imprensa, a Lei 78/77, de 25 de Outubro, alterada pela Lei 67/78, sobre os Conselhos de Informação, e a Lei 15/90, revogada pela Lei 43/98, de 6 de Agosto, e esta revogada, por sua vez, pela Lei 53/2005, de 8 de Novembro, que instituiu a ERC – Entidade Reguladora para a Comunicação Social.

2 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).

3 A desobediência prevista no **tipo objectivo** consiste na falta de obediência a ordem legítima, porque emanada da entidade constitucionalmente prevista como sendo a competente para decidir tais matérias (art.º 39.º, CRP), e regularmente comunicada ao seu destinatário. Por outro lado, o dever de obediência provém de disposição legal que expressamente comina a punição. Os actos de desobediência traduzem-se na omissão de publicação ou transmissão de resposta, de rectificação, de direito de antena ou de réplica política, no incumprimento das obrigações inerentes ao licenciamento e autorização do acesso às actividades de comunicação social ou na recusa de rectificação de sondagem ou de inquérito de opinião. A não obediência devida às decisões tipificadas na lei e *supra* referidas constitui desobediência qualificada.

4 O crime é doloso, uma vez que não se encontra especialmente prevista a punição da negligência – artigo 13.° do Código Penal. O dolo é **específico**, já que exige que o autor tenha a especial intenção de impedir os efeitos visados pela lei.

5 Nos termos do art.º 348.°, números 1 e 2 do Código Penal, o crime de desobediência qualificada é punido 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. A previsão de duas penas principais em alternativa reconduz o julgador, num primeiro momento, ao critério de escolha de pena do artigo 70.° do Código Penal, sem prejuízo de posterior funcionamento dos artigos 43.° a 46.° e 50.° a 59.°, caso a opção inicial relativa à pena principal seja pela pena privativa de liberdade, e dos artigos 48.°, 49.° e 60.°, caso a opção relativa à pena principal seja pela pena não privativa de liberdade.

HELENA MARIA DE CARVALHO MARTINS LEITÃO
MANUEL FREDERICO LOURENÇO 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, que regula o acesso à actividade de televisão e o seu exercício (Artigos 71.º a 74.º)

Artigo 71.º
Crimes cometidos por meio de televisão

1. Os actos ou comportamentos lesivos de interesses jurídico-penalmente protegidos perpetrados através da televisão são punidos nos termos gerais, com as adaptações constantes dos números seguintes.

2. Sempre que a lei não estabelecer agravação em razão do meio de perpetração, os crimes cometidos através da televisão que não estejam previstos na presente lei são punidos com as penas estabelecidas nas respectivas normas incriminadoras, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

3. O director referido no art. 35.º apenas responde criminalmente quando não se oponha, podendo fazê-lo, à prática dos crimes referidos no n.º 1, através das acções adequadas a evitá-los, caso em que são aplicáveis as penas cominadas nos correspondentes tipos legais, reduzidas de um terço nos seus limites.

4. Tratando-se de declarações correctamente reproduzidas ou de intervenções de opinião, prestadas por pessoas devidamente identificadas, só estas podem ser responsabilizadas, salvo quando o seu teor constitua incitamento ao ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual, ou à prática de um crime, e a sua transmissão não possa ser justificada por critérios jornalísticos.

5. No caso de emissões não consentidas, responde quem tiver determinado a respectiva transmissão.

6. Os técnicos ao serviço dos operadores de televisão não são responsáveis pelas emissões a que derem o seu contributo profissional, se não lhes for exigível a consciência do carácter criminoso do seu acto.

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 (anotação 5)
As causas de desculpa (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A pena (anotação 10)

1 Este artigo tem como **fonte** um outro equivalente da legislação anterior: o art. 65.º da Lei n.º 32/2003, de 22.08, que sucedeu ao artigo 60.º da Lei n.º 31-A/98, de 14.07, o qual, por seu turno, radica nos arts. 41.º a 43.º da Lei n.º 58/90, de 7.9. Como fonte interna, anterior a todos estes preceitos, encontra-se ainda o art. 29.º da Lei n.º 75/79 de 29.11. No quadro constitucional, importa ter presente o disposto no art. 37.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa. Ao nível internacional, o artigo em causa ancora-se nos arts. 19.º e 29.º n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10.
Em relação ao art. 65.º da Lei n.º 32/2003, o presente preceito introduziu a disposição constante do n.º 4, relativa à responsabilidade criminal decorrente das declarações

correctamente reproduzidas ou artigos de opinião, de pessoas devidamente identificadas, similar à dos n.os 4 e 5 da Lei n.º 2/99, de 13.1 (Lei da Imprensa). Assim, o director do serviço de programas televisivo responsável pela orientação e supervisão do conteúdo das emissões (*vide*, art. 35.º) deixou de responder, como anteriormente, pelas declarações ou opiniões de terceiros veiculadas, isto, caso não se tivesse oposto à sua transmissão, podendo fazê-lo.

A elevação em um terço nos limites mínimo e máximo das penas previstas para os crimes cometidos através da televisão, que não os previstos na Lei n.º 27/2007, de 30.7 e sempre que a lei penal não estabelecer agravação em razão do meio de perpetração, prevista no n.º 2 do presente artigo, surge com o art. 65.º, n.º 2, da Lei n.º 32/2003, de 22.8, e é mantida neste diploma.

2 A regulação jurídico-penal material e objectiva dos crimes cometidos através da comunicação social e, designadamente, através da televisão, é prosseguida, no essencial, através de uma lógica de "reenvio externo" para outras normas incriminadoras, definidas no Código Penal e em legislação avulsa (cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, Direito Penal da Comunicação, Alguns escritos, Coimbra Editora, p. 54). Assim, para além dos ilícitos especificamente previstos nos arts. 72.º a 74.º da presente lei, os actos ou comportamentos lesivos de interesses jurídico-penalmente protegidos levados a cabo através da televisão estão primordialmente consagrados na Parte Especial do Código Penal. Por conseguinte, as normas penais da comunicação social não tutelam directamente quaisquer **bens jurídicos específicos**, que são antes acautelados pelos ilícitos incriminadores previstos no Código Penal, para os quais, *in casu*, o art. 71.º n.os 1 e 2 remete. "Quando se fala num Direito Penal da Comunicação Social tem-se em conta, sobretudo, um conjunto indefinido de crimes, previstos no Código Penal ou em legislação avulsa, sujeitos a eventual agravação quando cometidos através da comunicação social – sobretudo crimes contra a honra e de violação de segredos", RUI PEREIRA, *in* "Direito Penal e Direito da Mera Ordenação Social da Comunicação Social", *in* "Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida", Coimbra Editora, 2007, p. 728.

Sublinha MULLER-DIETZ (citado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in* Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal, Coimbra Editora, p. 37), que estes crimes têm "em comum o facto de – apenas em nome da paz e segurança interiores – terem por objecto a palavra escrita ou falada, isto é, contenderem com a área da comunicação social".

Os crimes do Código Penal mais frequentemente cometidos através da comunicação social são os crimes contra a honra: difamação (art. 180.º), injúria (art. 181.º), ofensa à memória falecida (art. 185.º) e ofensa à pessoa colectiva, organismo ou serviço (art. 187.º). São igualmente relevantes, a esse nível, os crimes contra a reserva da vida privada: violação de domicílio ou perturbação da vida privada (art. 190.º), devassa da vida privada (art. 192.º), violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º), violação de segredo (art. 195.º) e, ainda, o crime contra outros bens jurídicos pessoais, de gravações e fotografias ilícitas (art. 199.º).

3 Os crimes cometidos através da comunicação social constituem "limites extrínsecos" à liberdade de imprensa (neste sentido, RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, Conflitos Entre a Liberdade de Imprensa e a Vida Privada, Ab Vno Ad Omnes, pp. 1132 e 1133). Com efeito, tendo de coexistir com outros direitos fundamentais, a liberdade de imprensa sofre as restrições que decorrem da necessidade de respeitar esses outros valores, cessando no momento em que o seu exercício acarreta a violação de bens constitucionalmente protegidos que possam considerar-se prevalecentes.

A liberdade de imprensa encontra-se consagrada no art. 38.º da Constituição da República Portuguesa e desdobra-se num conjunto de direitos, liberdades e

garantias: direitos dos órgãos de comunicação social e dos próprios jornalistas, liberdade e independência dos órgãos de comunicação social face ao poder político e económico, garantia da existência e funcionamento de um serviço público de rádio e televisão, etc.

Pode igualmente conceber-se a liberdade de imprensa, ou liberdade de comunicação social como "um modo de ser qualificado das liberdades de expressão e informação (art. 37.º n.º 1, da Constituição da República Portuguesa), consistindo, portanto, no exercício destas através de meios de comunicação de massa, independentemente da sua forma (impressos, radiofónicos, audiovisuais)" (J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume 1, Coimbra Editora, p. 581).

Na medida em que a liberdade de imprensa é uma forma qualificada da liberdade de expressão e informação destinada ao público em geral, partilha do regime constitucional desta, incluindo a proibição de censura, a submissão das infracções aos princípios gerais do direito criminal, o direito de resposta e de rectificação. Ainda assim, a liberdade de imprensa só protege constitucionalmente os meios de comunicação social na medida em que os mesmos "funcionam como veículos de liberdade de expressão e de opinião e não enquanto suportes de actividades publicitárias ou de entretenimento". (J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, op. cit., p. 580).

Por outro lado, o conjunto de crimes mais praticados através da comunicação social é o dos crimes contra a honra – nomeadamente a difamação e a injúria – a qual goza igualmente de dignidade constitucional, através do art. 26.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Sob a epígrafe "Outros direitos pessoais", a Constituição reconhece a todos o direito ao bom nome e reputação, ou seja, o direito a não ser ofendido na sua honra, dignidade ou consideração social mediante imputação feita por outrem.

Do confronto frequente entre estes dois direitos de igual valia constitucional – direito de expressão e informação, por um lado, e direito à honra, por outro – ressalta a necessidade de procurar, em cada momento, a composição dos interesses em litígio, "em obediência ao princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade, vinculante em matéria de restrição de direitos fundamentais e segundo o qual se deve obter a "harmonização" ou "concordância prática" dos bens em colisão, a sua "optimização", traduzida numa mútua compressão, por forma a atribuir a cada um a máxima eficácia possível" (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito de Informação e Tutela da Honra no Direito Penal da Imprensa Português, Revista de Legislação e Jurisprudência, 115.º Ano – 1982-1983, p. 102).

A propósito da "relação de tensão" existente entre as "liberdades de comunicação" e os "direitos de personalidade", JÓNATAS E. M. MACHADO afirma (*in* "Liberdade de Expressão, Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social", Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002, pp. 749 e 750) que "a referida tensão se resolve através de um efeito de recíproco condicionamento, numa óptica de concordância prática. Ao mesmo tempo que constituem um fundamento de restrição das liberdades de expressão, os direitos de personalidade são objecto de restrição com base no livre exercício das mesmas e na promoção das diversas finalidades substantivas que lhe estão subjacentes, as quais devem ser consideradas no processo de ponderação, precludindo um excessivo efeito inibitório (*chilling effect*) sobre a esfera pública".

Numa análise recente da "dimensão da liberdade de expressão" em Portugal, FRANCISCO TEIXEIRA DA MOTA (*in*, "O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Liberdade de Expressão, Os casos Portugueses", Coimbra Editora,

2009, p. 19) chama a atenção para o facto de a jurisprudência portuguesa sobre liberdade de expressão, nomeadamente no seu confronto com o direito à honra e ao bom nome, ser ainda, em muitos casos, subsidiária de um "entendimento redutor e minimalista daquele direito fundamental"."Assim", afirma, "os nossos tribunais, repetidamente, condenam os portugueses pelo crime de difamação ou de injúria só por considerarem que poderiam ter sido utilizadas outras palavras ou expressões menos agressivas ou violentas e que serviriam igualmente para exprimir as ideias ou opiniões em causa, numa interpretação, muitas vezes hiperextensiva do pensamento de Figueiredo Dias. Tal entendimento", conclui o autor, "tem necessariamente de ser actualizado, nomeadamente no domínio da liberdade de opinião no debate público, em função da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (THDH)".

Portugal foi condenado oito vezes, até 1 de Março de 2010, por violação do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Dessas oito condenações portuguesas, seis prendem-se com ofensas à honra e ao bom nome e uma outra à violação do segredo de justiça. No caso "Colaço Mestre e SIC – Sociedade Independente de Comunicação, S.A. c. Portugal" (sentença de 26.04.2007), o TEDH declarou: "A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais do seu progresso e da realização de cada um. Sob reserva do n.º 2 [do art. 10.º da CEDH], ela é válida não apenas para as "informações" ou "ideias" acolhidas favoravelmente ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para as que ferem, chocam ou causam inquietação. Assim o querem o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura sem os quais não há sociedade democrática"(…)". Entrando na análise do caso, em que os requerentes tinham sido condenados pelo tribunal português em consequência de afirmações consideradas difamatórias proferidas no decurso de uma entrevista televisiva, o TEDH considerou que não tinha sido conseguido um justo equilíbrio entre a necessidade de protecção da liberdade de expressão do requerente e a tutela do direito ao bom nome e reputação do queixoso. Concluiu que, "a condenação dos requerentes [jornalistas] não representava assim um meio razoavelmente proporcional ao prosseguimento do fim legítimo visado, tendo em conta o interesse da sociedade democrática em assegurar e manter a liberdade de imprensa" e condenou Portugal por violação do art. 10.º Também nos casos Lopes Gomes da Silva c. Portugal (2000), Urbino Rodrigues c. Portugal (2005), Almeida Azevedo c. Portugal (2007), Leonel Azevedo c. Portugal (2008) e Campos Dâmaso c. Portugal (2008), Portugal foi condenado por violação do art. 10.º da CEDH em processos que na instância nacional tinham sido instaurados e dado origem a condenações pela prática de crimes cometidos através da comunicação social. Para consulta destes acórdãos e demais jurisprudência pertinente do Tribunal e da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, aceder a: http://www.gddc.pt/direitos-humanos/portugal-dh/acordaos-tedh.html.

Na senda da jurisprudência do TEDH, e reflectindo a necessidade de assegurar a concordância prática entre a liberdade de expressão e ao direito à honra e ao bom nome, destacam-se os seguintes acórdãos dos tribunais superiores portugueses: Ac. do TRG de 15.12.2009; Ac. do TRC de 24.09.2008; Ac. do STJ de 10.07.2008; Ac. do TRP de 31.10.2007; Ac. do TRG de 30.10.2006, todos *in* http://www.dgsi.pt a 12.04.2010.

Vide, ainda, os Pareceres n.os 190/76, 27/77 e 205/77 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, referidos *in* Procuradoria Geral da República, "Pareceres, Vol. IX, Liberdade de expressão e de informação", 2000, pp. 5 a 10,

sobre a problemática das restrições constitucionalmente admissíveis ao exercício da liberdade de expressão e informação.

Tendo em vista a apreensão dos elementos comuns do(s) **tipo(s) legal(is) objectivo(s)** dos crimes praticados através da comunicação social e, nomeadamente, das normas constantes do art. 71.º n.os 1 e 2, importa definir o que são meios da comunicação social e o que é a televisão. "A **comunicação social** realiza-se na pluralidade de meios em 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. Assim, o livro, a revista, o jornal, são meios de comunicação social que utilizam o suporte físico papel e se exprimem pela escrita. A radiodifusão é um meio de comunicação social que se baseia em processo tecnológico que privilegia a oralidade. A televisão é outro meio de comunicação social que encontra o seu fundamento na plena interacção entre a imagem e o som. (…) A ideia de meio da comunicação social pressupõe uma estrutura organizacional, por mínima que seja. É pois, esse núcleo – mesmo que incipiente – de coesão social que vai permitir a divulgação dos fluxos informacionais".(cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, pp. 641 e 642). "A comunicação social é tradicionalmente entendida como "comunicação pública" mas a mesma rede e as mesmas infra-estruturas são susceptíveis de fornecer o suporte quer para a comunicação pública, quer para a comunicação privada (ver: Conselho da Europa, 5.ª Conferência Ministerial sobre a Política de Comunicação de Massas, Tessalónica, 1997)", in, J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, op. cit., p. 597.

Outra abordagem, de pendor sociológico, é apresentada no Parecer n.º 35/88 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República (referido *in* Procuradoria Geral da República, "Pareceres, Vol. IX, Liberdade de expressão e de informação", 2000, p. 300 e publicado *in* BMJ n.º 381, p. 24): "(…), a rádio e a televisão são por excelência o modo de emissão do pensamento adaptado ao regime de massas, próprio da comunicação nas sociedades modernas. Aproveitando a magia da palavra e da imagem, a rádio e a televisão são hoje o meio mais eficaz de agir sobre a opinião pública, transmitindo-lhe palavras de ordem ou linha de orientação, assim criando um clima de acção política".

Em termos normativos (*vide*, art. 2.º n.º 1 al.ª j)), entende-se por **televisão** "a transmissão, codificada ou não, de imagens não permanentes, com ou sem som, através de uma rede de comunicações electrónicas, destinada à recepção em simultâneo pelo público em geral". São, por conseguinte, crimes cometidos por meio de televisão, puníveis nos termos gerais, com as adaptações constantes do art. 71.º da Lei n.º 27/2007, de 30.7, todos os actos ou comportamentos lesivos de interesses jurídico-penalmente protegidos praticados através daquele meio de comunicação social, que pressupõe, na sua essência, a interacção de imagem e de som destinados ao público e a sua transmissão por via electrónica. Estão previstos no Código Penal os seguintes crimes, susceptíveis de serem cometidos através da televisão:

– propaganda do suicídio (art. 139.º)
– ameaça (art. 153.º);
– coacção (art. 154.º);
– difamação (art. 180.º);
– injúria (art. 181.º);
– calúnia (183.º)
– ofensa à memória de pessoa falecida (art. 185.º);

– ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva (art. 187.º);
– devassa da vida privada (art. 192.º);
– violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194.º);
– violação de segredo (art. 195ª);
– gravação e fotografias ilícitas (art. 199.º);
– discriminação racial, religiosa ou sexual (art. 240.º);
– ultraje por motivo de crença religiosa (art. 251.º);
– impedimento, perturbação ou ultraje a acto de culto (art. 252.º)
– instigação pública a um crime (art. 297.º);
– apologia pública de um crime (art. 298.º);
– ameaça com prática de crime (art. 305.º)
– violação de segredo de Estado (art. 316.º);
– crime contra pessoa que goze de protecção internacional (art. 322.º);
– ultraje de símbolos estrangeiros (art. 323ª);
– incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito (art. 326.º);
– ofensa à honra do Presidente da República (art. 328.º)
– incitamento à desobediência colectiva (art. 330.º);
– ultraje de símbolos nacionais e regionais (art. 332.º);
– coacção contra órgãos constitucionais (art. 333.º);
– denúncia caluniosa (art. 365.º);
– simulação de crime (366.º)
– violação de segredo de justiça (art. 371.º);
– violação de segredo por funcionário (art. 383.º).
– violação de segredo de correspondência ou de telecomunicações (art. 384.º).

4 Os crimes cometidos através da televisão não apresentam particulares especificidades no que diz respeito ao seu **elemento subjectivo**. São todos eles crimes dolosos, o que significa que estão arredadas do seu âmbito subjectivo as condutas negligentes, sendo bastante a imputação baseada em dolo eventual. Nessa medida, entende-se que não é exigível nestes ilícitos o chamado *dolo específico,* em que a conduta só é relevante se o agente actuar com a forma particular de dolo exigida por lei. A propósito dos crimes contra a honra, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS insurgiu-se, no ano de 1982/83, contra a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses de então, segundo a qual o dolo específico seria de exigir nas ofensas gerais à honra mas não já nas que tivessem lugar por meio da imprensa – Acórdãos do STJ de 11.11.1978 e de 6.02.80, *in* BMJ, n.º 280, p. 216 e n.º 294, p. 175 e ss. No entender daquele autor, seria justamente no domínio da imprensa que importaria fazer recuar o âmbito da tutela penal da honra e interligá-la à defesa de outros valores jurídico-constitucionalmente protegidos (vide, op. cit, p. 102).
ANTÓNIO MARINHO E PINTO, "Uma questão de honra ou o outro lado dos direitos de expressão e informação" *in* Revista Sub Júdice, 1999, n.º 15/16, p. 81 e ss., defende que a lei deveria passar a exigir o dolo específico para a consumação dos crimes de abuso de liberdade de imprensa. Ainda assim, a jurisprudência nesta matéria tem sido pacífica: *vide*, Ac. do TRP de 11.06.86, *in* BMJ n.º 358, p. 606, "O crime de abuso de liberdade de imprensa exige, tão só, como elemento moral, o dolo genérico, em qualquer uma das suas formas:directo, necessário ou eventual"; igualmente no sentido de que o ilícito criminal em causa não exige a verificação de dolo específico, bastando-se tão só com o dolo genérico, vide, referência ao assunto, em sentença proferida pelo Tribunal Judicial de Barcelos, de 14.07.97, *in* Revista Sub Júdice, 1999, n.º 15/16, p. 133.

5 As considerações que se podem fazer sobre as causas de justificação nos crimes cometidos através da comunicação social em análise, são, em larga medida,

coincidentes com as que se podem aduzir a propósito das **causas de justificação** relativas a cada uma das normas incriminadoras, para as quais remete o regime previsto no art. 71.º Dito isto, far-se-á uma referência, necessariamente breve, a situações de justificação no âmbito do direito penal da comunicação social, designadamente às consagradas a partir dos n.os 2 e 4 do art. 180.º Código Penal, que se aplicam, aliás, correspondentemente, aos arts. 181.º e 185.º daquele diploma legal (cfr. n.º 2 do art. 181.º e al.ª b), n.º 2 do art. 185.º do Código Penal).

Nestes termos, a difamação, a injúria ou a ofensa à memória de pessoa falecida cometidas, *in casu*, através da televisão não são puníveis desde que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes condições: a) a imputação do facto desonroso ser feita para realizar interesses legítimos; b) o agente provar a verdade da imputação ou ter fundamento sério para, em boa-fé, a reputar verdadeira.

Note-se que esta causa de justificação especial, da previsão do art. 180.º n.º 2, só se aplica à imputação de factos e não a juízos de valor desonrosos, que serão eventualmente abrangidos pela exclusão do exercício de um direito (art. 31.º n.º 2 al.ª b) do Código Penal). Tal facto é evidenciado no Ac. do TRC de 23.04.98, *in* CJ, XXIII, 2, p. 64.

Os meios de comunicação social exercem uma função de interesse público quando os factos divulgados se enquadram numa "actividade relativa à formação democrática e pluralista da opinião pública em matéria social, política, económica, cultural" (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit, p. 136). Fora deste contexto, os meios de comunicação social não aproveitam do regime especial de justificação previsto no art. 180.º n.º 2 do Código Penal. Dito de outro modo, a comunicação social meramente voltada para o entretenimento, o cultivo do sensacionalismo ou o escândalo, apesar de legítima, não satisfaz um interesse público, pelo que não goza do particular regime de justificação jurídico-penal do art. 180.º n.º 2.

Conforme refere o Ac. do TRC de 17.2.2000, *in* CJ XXV, 4, p. 46, "Sendo a imputação do facto ofensivo da honra e consideração do ofendido mediada pela imprensa, a ilicitude só poderá ser excluída com relação à imprensa que cumpre uma função pública. Ou seja, tudo depende do conteúdo da notícia e da circunstância da narração se destinar a formar e esclarecer a opinião pública em áreas de indiscutível importância. Não nos casos em que a imprensa se destina à mera satisfação de necessidades lúdicas, ou de curiosidade ou de sensacionalismo."

O interesse público na divulgação de factos desonrosos de alguém não abrange os factos relativos à intimidade da vida privada e familiar da pessoa em causa (cfr. n.º 3 do art. 180.º do Código Penal).

Por outro lado, a justificação penal do comportamento lesivo da honra não depende exclusivamente da realização de um interesse legítimo, isto é, da sua inclusão na chamada "função pública da imprensa". A lei obriga, ainda, que o agente prove a verdade da imputação (*exceptio veritatis)* ou que tenha tido fundamento sério para, em boa-fé, a considerar verdadeira.

"Mas importa salientar, desde já, que a prova da verdade dos factos desonrosos imputados não constitui autónomo fundamento de justificação. Isto é: "em matéria de tutela da honra (…) casos há – e mesmo em relação a "homens públicos" – em que a imputação pela imprensa de factos verdadeiros mas ofensivos da sua honra deve ser punível " (JOSÉ DE FARIA COSTA e JORGE FIGUEIREDO DIAS, este último citado por aquele, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 622).

Para a eventualidade de não conseguir provar a verdade dos factos, a lei admite, ainda assim, ao agente, a possibilidade de justificação, caso demonstre que tinha fundamento sério para, em boa-fé, reputar os factos como verdadeiros. Nas palavras

de JOSÉ DE FARIA COSTA, presta-se aqui "uma forte homenagem à imprensa, na medida em que o risco inerente ao desempenho dessa actividade pode justificar lesões à honra levadas a cabo por imputações de factos falsos" (Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 623).
O regime especial de justificação previsto no art. 180.º n.º 2 do Código Penal aplica-se, como parece curial, aos factos desonrosos veiculados pela comunicação social, puníveis nos termos agravados decorrentes do art. 183.º n.º 2 do Código Penal.
Também o art. 192.º n.º 2 do Código Penal prevê uma justificação para a divulgação de factos relativos à vida privada, incluindo doença grave, se tal acção for praticada como meio adequado para realizar um interesse público, legítimo e relevante.
Estendeu-se, deste modo, à devassa da vida privada uma dirimente específica normalmente associada aos crimes contra a honra, "a prossecução de interesses legítimos".
"A causa de justificação da prossecução dos interesses legítimos não depende da existência de uma situação de perigo actual nem da sensível superioridade do bem jurídico a salvaguardar, mas depende da verificação dos princípios da proporcionalidade e da necessidade" (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2008, p. 521).
"A imprensa – *rectius* as pessoas que actuam no exercício da liberdade de imprensa (art. 38.º da CRP) – figura entre os destinatários privilegiados da justificação a coberto da prossecução de interesses legítimos. Que podem reivindicar-se da prossecução de interesses públicos, legítimos e relevantes sempre que actuam no âmbito da função pública da imprensa" (MANUEL DA COSTA ANDRADE, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra Editora, p. 739).
6 Reconhecendo embora a importância que esta matéria pode assumir, e tendo em atenção as especificidades decorrentes do tipo de norma prevista no art. 71.º, a verdade é que não se vislumbram desvios ao regime geral previsto no Código Penal para eventuais **causas de desculpa** convocáveis.
7 A **tentativa** é punível, quando os tipos legais de crimes praticados por meio da televisão, para os quais remete o art. 71.º, são sancionáveis com pena de prisão superior a 3 anos, nos termos gerais ou em virtude da agravação em um terço nos seus limites mínimo e máximo determinada pelo n.º 2 do mesmo preceito. A punição da tentativa de crimes puníveis com pena igual ou inferior a 3 anos de prisão só tem lugar quando for expressamente prevista na norma incriminadora (cfr. art. 23.º n.º 1 do Código Penal).
8 Em matéria de **comparticipação**, é aplicável aos crimes cometidos através da televisão o disposto nos arts. 25.º a 29.º do Código Penal, dado que a Lei n.º 27/2007 de 30.7 não contém normas específicas a esse respeito. Podem, assim, ser responsabilizados pela prática de crimes cometidos por meio da televisão, os seus autores (imediatos, mediatos ou co-autores), os eventuais instigadores e os cúmplices, que vierem a ser determinados em cada caso concreto, sejam eles jornalistas ou outras pessoas que tenham tido uma intervenção emitida através da televisão.
"Este regime aplica-se quer aos agentes activos da comunicação social, quer a pessoas que concedam entrevistas a jornalistas para serem difundidas através dos *media*, na medida em que saibam que estão a ser agentes de uma notícia, de uma informação ou de uma opinião, pois o regime especial previsto no art. 167.º n.º 2 do C.P. [ao tempo aplicável] não visa, como a Lei de Imprensa não visava, determinada categoria de pessoas – os profissionais da informação – mas determinada maneira de dar a conhecer as notícias, as informações ou as opiniões", – cfr.

sentença proferida pelo 2.º Juízo do Tribunal Judicial de Coimbra, *in* Revista Sub Júdice n.º 4, 1992, p. 92.
Normalmente, será autor do crime, o criador do texto, da imagem ou do programa, de cuja transmissão na televisão resultou a ofensa do bem jurídico protegido (embora a presente Lei não contenha a propósito da autoria um preceito expresso como o do art. 31.º n.º 1 da Lei da Imprensa).
A par do criador, responderá, ainda, embora de forma autónoma, o director de serviço de programas, sempre que não se tenha oposto, podendo fazê-lo, à prática de crimes cometidos através da televisão.
Quando estão em causa declarações correctamente reproduzidas, prestadas por pessoas determinadas ou intervenções de opinião, só os próprios podem ser responsabilizados pelas mesmas, como é natural – salvo quando o seu teor constitua incitamento ao ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo ou pela orientação sexual ou à prática de um crime e a sua transmissão não possa ser justificada por critérios jornalísticos.
Na eventualidade de ser desconhecido o autor das declarações reproduzidas ou da opinião veiculada, o que, em televisão, será raro, face à gravação da voz e imagem inerente às transmissões televisivas, não está prevista a notificação do director para identificar o autor daquelas, como sucede na Lei da Imprensa (art. 39.º), nem a sua responsabilização específica por aqueles factos.
O director do serviço de programas televisivo é responsabilizável criminalmente nos termos gerais e responde ainda, quando não se oponha, podendo fazê-lo, através da acção adequada, à prática de crimes cometidos através da televisão, caso em que é punido com as penas cominadas nos correspondentes tipos legais, reduzidas de um terço nos seus limites.
Com efeito, o art. 71.º n.º 3 faz recair sobre o director um dever jurídico-pessoal de garante, em conformidade com o disposto no art. 10.º n.º 2 do Código Penal, que o obriga a impedir a prática de crimes por meio da televisão, através de actividade que obste à produção daquele resultado. Estamos no âmbito dos crimes de comissão por omissão: crimes cujo tipo legal descreve a acção imposta e o resultado, sendo o omitente por este penalmente responsável, quando se entende que a (sua) omitida acção teria evitado o resultado.
O director, como qualquer responsável por uma omissão imprópria, só pode ser punido quando, impendendo sobre ele o dever de agir, não tenha actuado (dolosamente), podendo tê-lo feito.
Conforme realça o A. do TRL de 28.03.2007, *in* http://www.dgsi.pt, a 23.02.2010, aludindo à lei ao tempo aplicável, que, neste aspecto, sofreu meras alterações de pormenor, "O n.º 3 do art. 65.º da Lei n.º 32/2003 de 22 de Agosto (Lei da Televisão) não se refere à comparticipação criminosa mas à punibilidade da omissão, fazendo recair sobre o director um dever de garante, em consonância com o previsto no n.º 2 do art. 10.º do Código Penal, e estabelecendo para o omitente uma moldura penal atenuada" (…)" Destarte, acrescenta ainda: "A autoria fundada numa omissão dolosa em nada interfere com a co-autoria daqueles que tenham eventualmente assumido um comportamento activo."
Aquando da entrada em vigor da última Lei de Imprensa, sublinhou-se, quanto à responsabilidade do director: "O que esta lei trouxe de novo, respeita ao ónus da prova que, agora, nos termos gerais de direito, recai sobre a acusação, ao contrário do que se verificava com a lei anterior, em que era o arguido que tinha de demonstrar que não conhecia o escrito ou a imagem publicados no periódico de que era director e que não lhe foi possível impedir tal publicação (art. 26.º n.º 2 al.ª c) do Dec-Lei 85-C/75 de 26.2)" – cfr. Ac. TRL de 20.1.2000, *in* CJ XXV, 1, p. 141.

Os técnicos ao serviço dos operadores de televisão não são responsáveis pelas emissões a que derem o seu contributo profissional, "se não lhes for exigível a consciência do carácter criminoso do seu acto".
Este regime, mais gravoso do que o previsto no art. 31.º n.º 6 da Lei da Imprensa, para todos os que "tiveram uma intervenção meramente técnica, subordinada ou rotineira no processo de elaboração ou difusão de publicação contendo o escrito ou imagem controvertidos", consagra, no entendimento de RUI PEREIRA, um "regime de erro sobre a ilicitude com consequências similares às do art. 17.º n.º 1 do Código Penal" (op. cit., p. 729). "Afasta-se assim, ao que parece, o regime mais benévolo do n.º 1 do art. 16.º, que contempla sempre a exclusão do dolo, mesmo que o agente não tenha actuado com a diligência devida para se informar, quando o erro recair sobre proibições cuja ressonância ética não for evidente".
No caso de emissões não consentidas, é responsável criminalmente quem tiver determinado a respectiva transmissão.
A Lei da Televisão em vigor consagra, em matéria de comparticipação, um modelo de responsabilização completamente distinto daquele que vigorou em Portugal para a imprensa em geral, até ao Dec.-Lei n.º 85-C/75 de 26.2, inclusive, o designado sistema de responsabilidade sucessiva.
Com efeito, tendo em atenção o número de pessoas que intervém na edição de um jornal, ou na transmissão de um programa televisivo ou radiofónico, e a dificuldade sentida em identificar e responsabilizar todos os intervenientes, diversos países europeus, entre os quais Portugal, começaram por enveredar, na área dos denominados "crimes de imprensa", pelo sistema de "responsabilidade sucessiva" ou "responsabilité en cascade" ou "par cascades". De acordo com este sistema, estabelecia-se uma ordem de responsáveis únicos pelos crimes, sendo que a punição de um deles afastava a punição dos seguintes. Assim, o primeiro responsável era o autor do escrito ou da imagem, se fosse susceptível de responsabilidade; em segunda linha, respondia o director; em terceiro grau da ordem da sucessão, surgia o responsável pela inserção (por todos, MANUEL ANTÓNIO LOPES DA ROCHA, Sobre o Modelo da Responsabilidade Sucessiva nos Crimes de Imprensa (Alguns Problemas), *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da FDC, 1984).
A solução legal em causa suscitou numerosos problemas, desde logo ao nível da constitucionalidade, por contender com os princípios da "presunção da inocência", da "pessoalidade" e da "culpa" e acabou por ser ultrapassada definitivamente, na área da televisão, com a entrada em vigor da Lei n.º 31-A/98 de 14.7.
Não se colocam actualmente problemas ao nível de **concurso**, não devendo, por isso, em nosso entender, operar-se quaisquer desvios à doutrina ou teoria geral do concurso. Como refere DOMINGOS CARVALHO DE SÁ a propósito de preceito similar constante da Lei de Imprensa (*in* Leis da Comunicação Social, Almedina, 2002, p. 65), "a interpretação desta norma [art. 30.º] não parece oferecer grandes dificuldades, tendo havido a preocupação do legislador de afastar a dupla agravação das penalidades, em razão do meio da comissão do crime". **9**
Na vigência de leis anteriores, cujos textos inculcavam leitura menos pacífica, designadamente do Dec.-Lei n.º 85-C/75 de 26.2, sustentou-se que a agravação das penas estabelecidas naqueles diplomas legais cedia perante as cominações agravantes previstas no Código Penal. Assim, *in* Ac. do TRP de 29.5.91, CJ, Ano XVI, 3, 275: "Nos crimes de difamação cometidos com abuso de liberdade de imprensa, a agravação prevista no art. 25.º, n.º 2, b), do Dec.-Lei no 85-C/75, de 26 de Fevereiro, foi absorvida pelo dispositivo do art. 167.º, n.º 2, b) do Código Penal."

10 A principal especificidade em matéria de **penas** no que toca aos crimes cometidos por meio de televisão tem a ver com a agravação em um terço nos limites mínimo e máximo previstos nas respectivas normas incriminatórias. Assim, sempre que a lei não estabelecer outra agravação em função do meio utilizado na comissão do ilícito, os crimes praticados através da televisão, com excepção dos previstos e puníveis pelos artigos 72.º a 74.º da Lei n.º 27/2007 de 30.7, são punidos com as penas estabelecidas nos tipos legais incriminadores, elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

A lei prevê a agravação de pena pelo facto de o crime ter sido cometido através de meio de comunicação social, nos artigos 183.º n.º 2 (publicidade e calúnia), 185.º n.º 2 al.ª b) (ofensa à memória de pessoa falecida, com remissão para o art. 183.º), 187.º n.º 2 al.ª a) (ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço, através de remissão para o art. 183.º), 197.º n.º al.ª b) (agravação das penas previstas nos arts. 190.º a 195.º), 199.º n.º 3 (que declara correspondentemente aplicável aos crimes de gravações e fotografias ilícitas o disposto no art. 197.º) e 328.º n.º 2 (ofensa à honra do Presidente da República), todos do Código Penal. A agravação das penas justifica-se pelo facto de os crimes levados a cabo através da televisão terem a virtualidade de se tornar conhecidos por um universo vasto de pessoas, afectando, nessa medida, de forma mais intensa, os bens jurídicos protegidos.

"De significativo e digno de menção o facto de os atentados levados a cabo através da imprensa poderem desencadear efeitos particularmente pesados – muitas vezes tão devastadores com irreversíveis – sobre os bens jurídicos pessoais concretamente atingidos. (…) É a esta particular danosidade social do ilícito criminal cometido através da imprensa que a generalidade das legislações procuram fazer face com a agravação das penas cominadas" (MANUEL DA COSTA ANDRADE, op. cit., p. 55). Quão mais amplo for o alcance do meio de comunicação social utilizado, maior deve ser o impacto da circunstância qualificativa a operar, no caso concreto.

Artigo 72.º
Actividade ilegal de televisão

1. Quem exercer a actividade de televisão sem para tal estar legalmente habilitado é punido com prisão até 3 anos ou com multa até 320 dias.

2. São declarados perdidos a favor do Estado os bens utilizados no exercício da actividade de televisão sem habilitação legal, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé, nos termos do art. 110.º do Código Penal.

3. O disposto no n.º 1 é nomeadamente aplicável em caso de:

a) Exercício da actividade por entidade diversa da que foi licenciada ou autorizada;

b) Incumprimento da decisão de revogação da licença ou de interdição da retransmissão de serviço de programas.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 A **fonte** deste preceito encontra-se, na lei anterior, com alterações de pormenor, no art. 66.º da Lei n.º 32/2003, de 22.08, que derivou do artigo 61.º da Lei

n.º 31-A/98, de 14.07. Este artigo, por seu turno, teve a sua origem distante no art. 44.º da Lei n.º 58/90, de 7.9, semelhante, de algum modo, ao seu antecessor, o art. 30.º da Lei n.º 75/79 de 29.11. Ao nível constitucional, importa chamar à colação o disposto no art. 38.º n.º 7 da Constituição da República portuguesa. No quadro internacional, o artigo em causa encontra apoio no art. 29.º n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, e no art. 10.º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10.

2 Através desta norma, visa-se proteger a utilização do espectro hertziano terrestre, cujo espaço constitui um **bem jurídico** escasso. A este respeito, ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO E JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, (in, Legislação Anotada da Comunicação Social, 1.ª edição, 2005, Casa das Letras, p. 129) anotam que "o espectro hertziano terrestre é um bem do domínio público do Estado (ver art. 14.º da Lei das Comunicações Electrónicas), pelo que a sua exploração por terceiros dever ser submetida a concurso público. Para além de integrar o domínio público, é um bem escasso (sobretudo quando explorado por via analógica) pelo que deve ser gerido pelo Estado com a máxima eficácia." Observam ainda J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA (op. cit., p 591): "Se em relação à actividade de imprensa propriamente dita (jornais, revistas) vigora o princípio constitucional da liberdade de fundação, o mesmo não sucede em relação às estações de radiodifusão sonora e de televisão (n.º 7 [do art. 38.º da Constituição]). Estas estão sujeitas a um regime de licença, mediante concurso entre os interessados, que exige alvará, precedido de concurso, para o exercício de actividade de radiodifusão. Afastado o princípio do monopólio público da televisão (…), a Constituição equiparou o regime público da rádio e da televisão. Mas esta restrição no acesso às actividades de radiodifusão e de radiotelevisão deve entender-se aplicável somente às emissões que utilizam o espectro radioeléctrico – que é um bem público escasso – não havendo justificação para ela no caso das emissões por cabo, onde tal condicionalismo é bem menos constrangedor".

3 A norma do art. 72.º n.º 1 prescreve, de forma genérica, que quem exercer a actividade de televisão sem para tal estar legalmente habilitado, incorre na prática de um crime de actividade ilegal de televisão. No n.º 3 do mesmo artigo, são ainda equiparadas àquela acção, a título meramente exemplificativo, algumas condutas concretas constitutivas do ilícito em causa, quais sejam: o exercício da actividade por entidade diversa da que foi licenciada ou autorizada e o incumprimento da decisão de revogação da licença ou de interdição da retransmissão de serviço de programas. Não está legalmente habilitada a exercer a actividade de televisão a entidade que não seja titular da necessária licença ou autorização, concedida após concurso público entre os interessados (cfr. arts. 11.º, 13.º, 15.º e 16.º).

Sobre a problemática do exercício ilegal da actividade da radiotelevisão, sua qualificação jurídico-penal e regime sancionatório correspondente, *vide*, Parecer n.º 35/88 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, referido *in* Procuradoria Geral da República, "Pareceres, Vol. IX, Liberdade de expressão e de informação", 2000, pp. 298 a 302.

Vide, ainda, Parecer n.º 97/83, do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República (op. cit., pp. 309 a 318), que se debruça sobre a questão da legalidade ou ilegalidade dos retransmissores de televisão.

Em anotação favorável ao Ac. do TRP de 11.01.91, *in* RPCC, ano I, Janeiro/Março de 1991, pp. 117 e 118, conclui JOSÉ DE FARIA COSTA: "a actividade de radiotelevisão que se proíbe, fora dos casos do seu legal exercício, é inquestionavelmente, aquela e

só aquela que leva a cabo emissões de modo a poder ser reconhecida ou identificada em termos de autoria criativa. Reconhecimento ou identificação que podem ser surpreendidos, quer naquela pequena diferença que se acrescenta a programa de outros, quer, obviamente, em qualquer programação autónoma, livre e criativa. Daí que seja importantíssimo distinguir o acto material, autónomo e criativo, nem que seja mínimo, daqueloutro que é mera retransmissão. A retransmissão não incorpora nada de novo; é um mero acto material, sem qualquer relevância valorativa. Um acto material, repita-se, que unicamente potencia a intensidade do chamado "sinal", permitindo, assim, que os cidadãos de uma determinada área, em suas casas, usufruam normalmente e sem despesas suplementares o bem ou bens culturais que a televisão encerra. Bens de que, em qualquer caso – e este é um ponto de particular relevo – sempre beneficiariam todos os cidadãos que, tendo posses e a isso estando dispostos, se resolvessem a instalar na suas casas uma "antena parabólica". Com a actividade de retransmissão não está em causa qualquer desrespeito ao dever de não exercer ilegalmente a actividade de radiodifusão, porque na verdade, como se demonstrou, não se exerce uma real e verdadeira actividade de radiotelevisão. Para além de que o bem jurídico-penal em causa não é violado nem posto em perigo".

4 O crime é **doloso**, posto que se não encontra especialmente prevista a sua punição a título negligente – 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.

5 Ao nível da **comparticipação,** o tipo legal do art. 72.º prevê que qualquer pessoa pode incorrer na prática do crime, pelo que se trata de um crime comum. Podem, assim, ser responsabilizados pela prática deste ilícito, os seus autores (imediatos, mediatos ou co-autores), os eventuais instigadores e os cúmplices, que vierem a ser determinados em cada caso concreto, sejam eles jornalistas ou outras pessoas.

6 Não se suscitam problemas de **concurso** que importe abordar, por reporte às regras gerais.

7 Nos termos do art. 72.º n.º 1, o crime de actividade ilegal de televisão é punido com **pena** de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 320 dias. Prevêem-se, assim, duas penas em alternativa para este ilícito: pena de prisão de 1 mês a 3 anos ou pena de multa de 10 a 320 dias.

Artigo 73.º
Desobediência qualificada

1. Os responsáveis pela programação, ou quem os substitua, incorrem no crime de desobediência qualificada quando, com o intuito de impedir os efeitos visados:

a) Não acatarem a decisão do tribunal que ordene a transmissão de resposta ou de rectificação, ao abrigo do disposto no n.º 6 do art. 68.º;

b) Recusarem a difusão de decisões judiciais, nos termos do art. 91.º;

c) Não cumprirem as deliberações da Entidade Reguladora para a Comunicação Social relativas ao exercício dos direitos de antena, de réplica política, de resposta ou de rectificação;

d) Não cumprirem decisão cautelar ou definitiva de suspensão da transmissão ou retransmissão.

2. Incorrem ainda em crime de desobediência qualificada as entidades que não acatarem a decisão da Entidade Reguladora para a Comunicação Social que determine a suspensão de retransmissão, nos termos do disposto no art. 86.º

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

Este artigo tem como **fonte** o art. 67.º da Lei n.º 32/2003, de 22.08, que teve o seu antecedente no artigo 62.º da Lei n.º 31-A/98, de 14.07. Este último preceito derivou do art. 48.º da Lei n.º 58/90, de 7.9, filiado no art. 35.º da Lei n.º 75/79 de 29.11. O crime previsto no n.º 2 desta norma não existia no preceito equivalente da Lei anterior – o art. 67.º **1**

O **bem jurídico** protegido através da incriminação da desobediência (*in casu*, qualificada) é a "autonomia intencional do Estado", que se pretende salvaguardar de ataques provenientes do exterior da Administração Pública. Visa-se, em primeira linha, evitar a "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 com vista ao bom andamento da vida comunitária" (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, Comentário Conimbricense do Código Penal, III, 2001, p. 350). Em sentido diverso, entendendo que o bem jurídico tutelado pela norma é, outrossim, a autonomia intencional do funcionário, *vide* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2008, p. 825. **2**

O crime de desobediência integra-se na categoria dos **crimes de dano** (na medida em que o seu tipo legal pressupõe a efectiva lesão do bem jurídico) e é um **crime formal ou de mera conduta** (porque o resultado não é elemento do tipo).

O crime de desobediência qualificada previsto neste artigo, apesar de não fixar uma moldura penal própria e de ir buscar, no que a esse elemento toca, o necessário arrimo ao disposto no art. 348.º n.º 2 do Código Penal, descreve no seu tipo legal as condutas constitutivas de desobediência. Assim, são **actos de desobediência**, em que incorrem os responsáveis pela programação, ou quem os substitua: o não acatamento de decisão do tribunal que ordene a transmissão de resposta ou de rectificação; a recusa de difusão de decisões judiciais; o não cumprimento das deliberações da Entidade Reguladora para a Comunicação Social respeitantes ao exercício dos direitos de antena, de réplica política, de resposta ou de rectificação; o não cumprimento de decisão cautelar ou definitiva de suspensão da transmissão ou retransmissão (als. a), b), c) e d) do n.º 1 do art. 73.º). É ainda acto de desobediência o não acatamento, por parte das entidades a ele obrigadas, da decisão da Entidade Reguladora para a Comunicação Social que determine a suspensão de retransmissão (n.º 2 do art. 73.º). O dever de obediência tem, pois, como é bom de ver, a sua fonte na lei, assentando em disposição legal que expressamente comina a punição. Sanciona-se, neste ilícito, o "deixar de fazer" aquilo que foi legitimamente ordenado por tribunal ou pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social, independentemente das consequências daí resultantes: estamos, por conseguinte, perante um crime de omissão pura (cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 352). Como a própria Lei prevê expressamente a cominação desta desobediência com a sanção prevista para a desobediência qualificada, de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, a autoridade que profere a decisão ou a deliberação não tem de fazer menção da cominação legal quando emite a ordem. **3**

4 Resulta da leitura do tipo legal em análise que a presente incriminação demanda, para a sua verificação ao nível subjectivo, que o agente actue com o "intuito de impedir os efeitos visados". Este dolo específico não era exigido pela Lei anterior e não conhece paralelo na Lei da Rádio ou na Lei da Imprensa actuais, em que o preceito similar relativo à desobediência se basta com o dolo genérico, qualquer que seja a sua natureza: directo, necessário ou eventual. Assim, e ao contrário da pura desobediência, o **tipo subjectivo** deste ilícito exige uma intenção específica a presidir à conduta do agente, qual seja: a de impedir, com a omissão do comportamento devido, os efeitos visados com a transmissão de resposta ou de rectificação, ou com a difusão de decisões judiciais, ou com o exercício dos direitos de antena, de réplica política, de resposta ou de rectificação ou, ainda, com a suspensão da transmissão ou retransmissão de programas (*vide*, als. a), b), c), e d) do n.º 1 e ainda, o n.º 2, do art. 73.º).A desobediência não é punível a título negligente, de acordo com o critério geral do art. 13.º do Código Penal.

5 Ao nível da autoria, a desobediência do art. 73.º apenas pode ser cometida pelos responsáveis pela programação ou por quem os substitua e, ainda, pelas entidades a que se refere o n.º 2 do preceito. Nessa medida, estamos perante um **crime específico próprio**, que só pode ser praticado por pessoas ou entidades dotadas de certas qualidades (no caso, profissionais), sem prejuízo de eventual comparticipação por parte de outras pessoas.

6 Não se suscitam problemas em matéria de **concurso** que justifiquem tratamento adicional por reporte à doutrina ou teoria geral do concurso.

7 Nos termos do art. 348.º, n.º 2 do Código Penal, o crime de desobediência qualificada para o qual remete o art. 73.º n.os 1 e 2 da presente lei é punido com **pena** de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. Prevêem-se, assim, duas penas em alternativa para esta desobediência mais grave: pena de prisão de 1 mês a 2 anos ou pena de multa de 10 a 240 dias.

Artigo 74.º

Atentado contra a liberdade de programação e informação

1. Quem impedir ou perturbar emissão televisiva ou apreender ou danificar materiais necessários ao exercício da actividade de televisão, fora dos casos previstos na lei e com o intuito de atentar contra a liberdade de programação e informação, é punido com prisão até 2 anos ou com multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei penal.

2. A aplicação da sanção prevista no número anterior não prejudica a efectivação da responsabilidade civil pelos prejuízos causados à entidade emissora.

3. Se o infractor for agente ou funcionário do Estado ou de pessoa colectiva pública e, no exercício das suas funções, praticar os factos descritos no n.º 1, é punido com prisão até 3 anos ou com multa até 320 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A comparticipação (anotação 5)
O concurso (anotação 6)
A pena (anotação 7)

1 Este artigo não apresenta quaisquer alterações em relação ao art. 68.º da Lei n.º 32/2003, de 22.08, que, por sua vez, reproduzia já o artigo 63.º da Lei n.º 31-A/98, de 14.07. Este último preceito sucedeu, com muitas alterações, ao art. 50.º da Lei n.º 58/90, de 7.9, que correspondia ao art. 36.º da Lei anterior, n.º 75/79 de 29.11. Ao nível constitucional, é referência o disposto no art. 37.º n.º 3 da Constituição da República portuguesa. No direito internacional, o artigo em causa esteia-se nos arts. 19.º e 29.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, e no art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação pela Lei n.º 65/78 de 13.10.

2 O **bem jurídico** protegido através desta norma é a "liberdade de programação e informação", uma das vertentes da liberdade de expressão e informação, consagrada, em termos gerais no art. 37.º da Constituição e, no que toca à rádio e à televisão, mais especificamente no art. 38.º da Lei Fundamental. Para J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA (op. cit., pp. 590 e 591), "A Constituição não coloca no mesmo plano a liberdade de imprensa e a liberdade de radiodifusão e de radiotelevisão. (…) É indiscutível que quer a rádio, quer a televisão representam hoje importantes meios de informação e seria problemático reconhecer-lhes uma liberdade semelhante à liberdade de imprensa, quando desenvolvessem actividades de informação, e negar-lhes, simultaneamente, a garantia de liberdade, quando se tratasse de outras programações. Além de a interpretação restritiva pressupor uma difícil delimitação material de informação, acabaria por justificar inaceitáveis restrições à liberdade de programação radiofónica e radiotelevisiva. Tal como na liberdade de imprensa, a protecção da liberdade de radiodifusão e de radiotelevisão não depende da *qualidade* das emissões, estendendo-se a programas de divertimento, a programas cultos e a programas populares. Neste sentido, a liberdade de radiodifusão e de radiotelevisão é uma *liberdade de conformação programante*". O art. 26.º, n.º 2, prescreve que "salvo os casos previstos na presente lei, o exercício da actividade de televisão assenta na liberdade de programação, não podendo a Administração Pública ou qualquer órgão de soberania, com excepção dos tribunais, impedir, condicionar ou impor a difusão de quaisquer programas".

3 O crime de atentado contra a liberdade de programação e informação concretiza, no seu **tipo legal**, as condutas constitutivas do ilícito. Assim, são actos atentatórios da liberdade de programação e informação: o impedimento ou a perturbação de emissão televisiva; a apreensão ou dano de materiais necessários ao exercício da actividade da televisão (n.º 1 do art. 74.º).ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO e JOÃO PEDRO FIGUEIREDO (a propósito de redacção similar no crime de atentado à liberdade de imprensa, *in* Legislação anotada da Comunicação Social, 2005, Casa das Letras, p. 94) consideram que a opção legal pela tipificação das condutas é de aplaudir, na medida em que, no seu entender, não ficam de fora outras condutas atentatórias da liberdade de imprensa. "De facto", afirmam, "tais condutas estão abrangidas em relação a todos os jornalistas pela previsão do art. 19.º do EJ (atentado à liberdade de informação)". Já J.M. COUTINHO RIBEIRO (Lei de Imprensa (anotada) e Legislação Conexa, Quid Juris, pp. 115 e 116) é de opinião que "ao concretizar os actos que considera típicos dos crimes contra a imprensa, a actual lei não terá seguido o melhor caminho. Com efeito, agora ficam de fora da previsão legal inúmeras outras situações que constituem violações à liberdade de imprensa." Designadamente, "ficam sem cobertura legal aquelas situações em que sejam violados (…) o direito dos jornalistas às fontes oficiais de informação".

Os actos de impedimento de emissão televisiva ou de apreensão, previstos neste artigo, não são puníveis se praticados "nos casos previstos na lei", ou seja, por

ordem da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, no âmbito das suas competências ou por decisão da autoridade judiciária, nos termos do Código de Processo Penal.

Sobre a problemática relativa a buscas e apreensões no âmbito da investigação dos crimes de abuso de liberdade de imprensa em geral, *vide*, Parecer n.º 1/80 do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República e respectivos votos de vencidos, *in* Procuradoria Geral da República, "Pareceres, Vol. IX, Liberdade de expressão e de informação", 2000, pp. 107 a 149.

4 O atentado contra a liberdade de programação e informação é um crime exclusivamente doloso, com **dolo específico** no que diz respeito ao impedimento ou à perturbação de emissão televisiva e à apreensão ou dano de materiais necessários ao exercício da actividade da televisão. Com efeito, para além do dolo, o tipo subjectivo do ilícito exige uma intenção específica do agente que desenvolva uma das condutas descritas pela norma, qual seja, "o intuito de atentar contra a liberdade de programação e informação".

5 Não se oferecem particulares questões em matéria de **concurso**. É eventualmente possível que o autor do ilícito, se for agente do Estado, incorra, para além do crime de atentado contra a liberdade de programação e informação, no crime de abuso de poder, da previsão do art. 382.º do Cód. Penal. Estar-se-á, então, perante uma situação de concurso efectivo de crimes.

6 Ao nível da **comparticipação**, o crime previsto no art. 74.º pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente da sua qualidade ou estatuto, pelo que se trata de um crime comum. Contudo, se for praticado por agente ou funcionário do Estado ou de pessoa colectiva pública, no exercício das suas funções, atenta a qualidade específica do autor, o crime em análise passa a ser agravado e punido com prisão até 3 anos ou com pena de multa. "Compreende-se a agravação, dado ser ao Estado a quem incumbe através da lei e de outros mecanismos, garantir a liberdade de imprensa (cfr. v.g., arts. 1.º e 4.º da Lei de Imprensa); daí a especial censura que impende sobre quem sob a autoridade do estado atentar contra a liberdade de imprensa." – cfr. JOÃO LUÍS DE MORAES ROCHA, *in* "Nova Lei de Imprensa", Livraria Petrony, 1999, em anotação ao art. 33.º daquela lei, similar ao preceito ora em análise.

7 O crime de atentado contra a liberdade de programação e informação é punido com **pena** de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber nos termos da lei Penal. Prevêem-se, assim, duas penas em alternativa: pena de prisão de 1 mês a 2 anos ou pena de multa de 10 a 240 dias. Na sua forma agravada, o ilícito é punido com pena de prisão de 1 mês a 3 anos ou com pena de multa de 10 a 320 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

HELENA MARIA DE CARVALHO MARTINS LEITÃO
MANUEL FREDERICO LOURENÇO 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)

SECÇÃO II
Sanções acessórias

Artigo 11.º
Sanções acessórias

1. Sempre que a gravidade da infracção e a culpa do agente o justifique, pode o ICP-ANACOM, além da aplicação das coimas a que houver lugar, proceder à aplicação das seguintes sanções acessórias:

a) Perda a favor do Estado de objectos, equipamentos e dispositivos ilícitos, incluindo o produto do benefício obtido pelo infractor através da prática da contra-ordenação;

b) Interdição do exercício da respectiva actividade até ao máximo de dois anos;

c) Privação do direito de participar em concursos ou arrematações até ao máximo de dois anos;

d) Suspensão de autorizações, licenças ou outros títulos atributivos de direitos até ao máximo de dois anos.

2. As sanções acessórias previstas nas alíneas *b)*, *c)* e *d)* do número anterior só são aplicáveis se a contra-ordenação praticada for grave ou muito grave.

3. Quem desrespeitar sanção acessória que lhe tenha sido aplicada incorre em crime de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 e 4)
O tipo subjectivo (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
A pena (anotação 7)

Como pondera JOSÉ LUÍS LOPES DA MOTA, "[o] tipo de crime de desobediência, **1**
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.).

2 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.

3 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento das obrigações decorrentes da sanção acessória aplicada pelo ICP – ANACOM, traduzido no exercício da respectiva actividade durante o período de interdição fixado; na participação em concursos ou arrematações durante o período de privação fixado para o exercício desse direito; ou na obtenção de autorizações, licenças ou outros títulos atributivos de direitos durante o período de suspensão. O crime consuma-se com a prática de acto cuja omissão foi ordenada e que integra o âmbito e campo de aplicação da sanção acessória. 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.

4 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).

5 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".

6 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

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 30.º
Apreensão cautelar

1. O ICP-ANACOM pode determinar, nos termos do regime que institui o ilícito de mera ordenação social e respectivo processo, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, a apreensão provisória, designadamente, dos seguintes bens e documentos:

a) Equipamentos;

b) Licenças, certificados, autorizações, aprovações, permissões, guias de substituição e outros documentos equiparados.

2. No caso de apreensão cautelar de equipamentos, 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:
Remissão (anotação 1)
O tipo objectivo (anotação 2)
O tipo subjectivo (anotação 2)
A pena (anotação 4)

Cfr. anotações ao preceito anterior. **1**

O **tipo objectivo** consiste no não acatamento do conteúdo da medida cautelar aplicada – traduzido na utilização dos equipamentos – por parte do proprietário (ou de quem o represente) – encontrando-se a mesma apreendida cautelarmente por decisão do ICP-ANACOM. O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão decorre do conteúdo material da medida cautelar que é a apreensão à ordem daquela entidade. Exige-se que, uma vez decretada a apreensão cautelar, seja lavrado um auto de apreensão cautelar, donde conste, designadamente, a sanção prevista para a utilização dos equipamentos. E que a medida cautelar seja notificada ao proprietário dos equipamentos ou a quem o represente. **2**

No tocante ao **tipo subjectivo** cfr. anotações ao preceito anterior. **3**

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). **4**

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 13.º
Inabilidades

1. O objector de consciência é inábil para:

a) Desempenhar qualquer função, pública ou privada, que imponha o uso e porte de arma de qualquer natureza;

b) Ser titular de licença administrativa de detenção, uso e porte de arma de qualquer natureza;

c) Ser titular de autorização de uso e porte de arma de defesa quando, por lei, tal autorização seja inerente à função pública ou privada que exerça;

d) Trabalhar no fabrico, reparação ou comércio de armas de qualquer natureza ou no fabrico e comércio das respectivas munições, bem como trabalhar em investigação científica relacionada com essas actividades.

2. A infracção ao disposto no número anterior corresponde ao crime de desobediência qualificada e determina a cessação das funções e a revogação das licenças e autorizações referidas no número anterior.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotação 5)
O tipo objectivo (anotação 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)
A pena (anotação 8)

1 Nos termos dos n.os 4, 5 e 6 do art. 1.º da Lei n.º 174/99, de 21 de Setembro (Lei do Serviço Militar – LSM), em tempo de paz, o **serviço militar** baseia-se no voluntariado. Contudo, tal não prejudica as obrigações dos cidadãos portugueses inerentes ao recrutamento militar e ao serviço efectivo decorrente de convocação ou de mobilização, nos termos estatuídos na presente lei – o período de sujeição dos cidadãos portugueses a obrigações militares decorre entre o primeiro dia do ano em que completam 18 anos de idade e o último dia do ano em que completam 35 anos de idade. Em matéria de modalidades de recrutamento (entendido como o conjunto de operações necessárias à obtenção de meios humanos para ingresso nas Forças Armadas), a al.ª c) do n.º 2 do seu art. 7.º prevê o recrutamento excepcional, para a prestação de serviço efectivo decorrente de convocação ou mobilização. E assim é que os cidadãos nas situações de reserva de recrutamento e de reserva de disponibilidade podem excepcionalmente ser chamados a cumprir serviço efectivo nas seguintes modalidades: (a) convocação; e (b) mobilização (cfr. art. 18.º). Os cidadãos que, quando notificados, não se apresentem às provas de classificação e selecção ou reclassificação para efeito do art. 34.º e não justifiquem a falta no prazo de 10 dias, ou se recusem a realizar algumas daquelas provas, são notados compelidos à prestação do serviço militar (cfr. art. 21.º). Em termos de obrigações militares importa ter presente a obrigatoriedade da presença no Dia da Defesa Nacional (cfr. art. 11.º), cujo incumprimento é punível com contra-ordenação (cfr. art. 58.º). Nessa medida, em matéria de isenção de deveres militares, estabelece

o art. 40.º o direito de serem reconhecidos como objectores de consciência, nos termos da respectiva legislação.

2 Nos termos do art. 1.º do diploma em anotação, o direito à objecção de consciência comporta a isenção do serviço militar, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra, e implica, necessariamente, para os respectivos titulares o dever de prestar um serviço cívico adequado à sua situação. Consideram-se **objectores de consciência** os cidadãos convictos de que, por motivos de ordem religiosa, moral, humanística ou filosófica, lhes não é legítimo usar de meios violentos de qualquer natureza contra o seu semelhante, ainda que para fins de defesa nacional colectiva ou pessoal (cfr. art. 2.º) e esse estatuto adquire-se por decisão administrativa, proferida nos termos deste diploma, a partir da declaração do interessado (cfr. art. 10.º).

3 O reconhecimento do estatuto de objector de consciência compete à Comissão Nacional de objecção de Consciência (cfr. art. 19.º).

4 Uma vez reconhecido o estatuto do objector de consciência, o visado por tal decisão administrativa fica inabilitado para o exercício das funções ou tarefas referidas no n.º 1 do preceito em anotação.

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, "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.

6 Os **elementos objectivos** do crime de desobediência qualificada são
– A existência de um comando da autoridade (no caso, da Comissão Nacional de Objecção de Consciência);
– Sob a forma de ordem ou mandado, impondo uma determinada conduta, um dever de omissão, nos termos e âmbito concretamente definidos no n.º 1 deste preceito;
– 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;
– A existência de disposição legal que, em concreto, especificamente considera uma determinada conduta punível como crime de desobediência qualificada.

O crime aqui previsto pressupõe que o autor do não acatamento da ordem emanada do conservador se encontre investido numa particular posição: seja a pessoa investida no estatuto do objector de consciência.

A acção típica consiste no não acatamento por parte do titular do estatuto de objector de consciência dos efeitos decorrentes da decisão emanada da Comissão, decisão essa legítima e regularmente comunicada ao visado e que impõe a:
– A abstenção de desempenho de qualquer função, pública ou privada, que imponha o uso e porte de arma de qualquer natureza;

– A abstenção de ser titular de licença administrativa de detenção, uso e porte de arma de qualquer natureza;
– A abstenção de ser titular de autorização de uso e porte de arma de defesa quando, por lei, tal autorização seja inerente à função pública ou privada que exerça;
– A abstenção de trabalhar no fabrico, reparação ou comércio de armas de qualquer natureza ou no fabrico e comércio das respectivas munições, bem como trabalhar em investigação científica relacionada com essas actividades.

A decisão da Comissão envolve um comando de carácter pessoal e concreto, especialmente dirigido ao agente do crime (o titular a quem foi reconhecido o estatuto de objector de consciência), assumindo uma natureza obrigatória para a pessoa a quem se dirige, que a vincula a uma omissão, decisão essa que é emitida no exercício de poderes conferidos por lei àquela autoridade administrativa, decisão 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).

O crime consuma-se com a prática do acto cuja omissão decorre dos efeitos da decisão da autoridade administrativa que reconhece o estatuto de objector de consciência.

A deliberação da Comissão Nacional é notificada ao declarante, acompanhada da acta respectiva, no prazo de cinco dias (cfr. art. 26.º, n.º 1). Cfr. 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 incumpre – consciente e voluntariamente – o conteúdo e âmbito da decisão, regularmente comunicada e emanada da autoridade competente.

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

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

TÍTULO III

DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

CAPÍTULO I
ELEIÇÕES

NOTA PRÉVIA

No presente capítulo são comentados os crimes eleitorais e afins e as respectivas regras específicas de punição. Estes crimes e regras encontram-se em diversas leis. Os artigos comentados são os seguintes:
Eleições presidenciais: artigos 117.º a 122.º, 124.º a 156.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5
Eleições legislativas: artigos 121.º a 131.º, 135.º a 168.º da Lei n.º 14/79, de 16.5
Eleições do Parlamento europeu: artigo 14.º da Lei n.º 14/87, de 29.4
Eleições regionais – Madeira: artigos 128.º a 137.º, 141.º a 164.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2
Eleições regionais – Açores: artigos 124.º a 133.º, 137.º a 159.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8
Eleições autárquicas: artigos 161.º a 202.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8
Referendo: artigos 189.º a 223.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4, de 3.4)
Referendo local: artigos 167.º a 201.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8
Recenseamento eleitoral: artigos 75.º a 94.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) e artigo 16.º da Lei n.º 130.º-A/97, de 31.12
Financiamento dos partidos políticos: artigo 28.º da Lei n.º 19/2003, de 20.6
As incriminações penais previstas nestas disposições legais tutelam os mesmos bens jurídicos. Por outro lado, os textos destas disposições penais sobrepõem-se, por vezes literalmente.
Sendo assim, em face da coincidência dos bens jurídicos tutelados e da sobreposição, por vezes literal, dos textos destas disposições penais, procedi ao comentário das mesmas agrupando as disposições penais que tratam de uma mesma incriminação ou regra de punição, de modo a realizar uma análise comparada das disposições penais. Esta análise permite duas vantagens.
Primeiro, ela permite concluir pela existência de lacunas de punição em relação a condutas que são incriminadas em determinados actos eleitorais e não são noutros. Por exemplo, a conduta de violação dos limites de propaganda gráfica e sonora nas eleições legislativas e europeias está sujeita a penas de multa que variam entre 2 euros e 50 cêntimos e 12 euros e 50 cêntimos, mas nas eleições regionais já varia entre 50 euros e 250 euros. Na legislação eleitoral autárquica e na legislação sobre referendos nacionais e locais são fixadas coimas que variam entre 50 euros e 500 euros. O resultado da opção política é totalmente irracional: a mais alta pena de multa aplicável nas eleições legislativas e europeias é de valor inferior à mais baixa coima aplicável nas eleições autárquicas! Acresce que a conduta não tem sequer relevância jurídica (nem criminal, nem contra-ordenacional) nas eleições presidenciais.
Segundo, ela permite verificar a diversidade dos regimes de punição de uma mesma conduta, quer ao nível dos elementos do tipo objectivo e subjectivo, quer da própria pena. Por exemplo, o crime de furto e dano de material de propaganda política nas eleições presidenciais e legislativas é punível com pena de prisão até 6 meses e pena de multa até 50 euros. Nas eleições regionais, essa conduta é punível com pena de prisão até 6 meses e pena de multa até 1000 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, a conduta é punível com

pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. Umas vezes a pena de multa é cumulativa, outras vezes é alternativa! E nunca tem a mesma moldura! Acresce que todas estas molduras são consideravelmente inferiores às dos crimes simples de furto e de dano da lei geral, como se o legislador tivesse uma maior tolerância pelo furto ou danificação do material no âmbito da contenda política. Mas as variações irracionais do regime de punição não cessam neste ponto da moldura penal. O próprio regime da punição da tentativa mostra quão imprudente foi o legislador. A tentativa do crime de furto e dano de material de propaganda política cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do mesmo crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. Não se percebe qual o critério do legislador, pela razão simples de que o legislador não teve qualquer critério.

A principal conclusão da investigação dos crimes eleitorais e afins é, pois, óbvia: é urgente uma revisão da legislação eleitoral no tocante às incriminações e regras de punição, de modo a uniformizar o regime de punição. A reforma legislativa é antes de mais um imperativo jurídico imposto pelo princípio da igualdade. Mas é mais do que isso: é também um imperativo político-criminal imposto pela racionalidade do combate ao crime pelo Estado. Dito de modo chão, os crimes eleitorais são o melhor espelho de uma política criminal irracional, que ignora a ordem constitucional dos bens jurídicos e nenhuma noção tem, nem procura ter, da legislação penal no seu todo. Não cabe aos magistrados corrigir este estado de coisas, introduzindo racionalidade onde ela não existe, por via de interpretações habilidosas que visam salvar as normas insensatas. Antes cabe ao legislador assumir a sua responsabilidade e rever a lei disparatada o quanto antes.

A anotação comparada das disposições legais relativas aos crimes eleitorais pode ser exposta em termos gráficos nos seguintes termos:

epígrafes	PR	AR	Açores	Madeira	autarquias	referendo	refer.local	CP
conc. crimes		121	124	128	161 e 167			
agravantes		122	125	129	162	189	167	
tentativa		123	126	130	163	190	168	
suspensão dir. politic.		**125**			164	191	169	
demissão					165	192	170	
não suspensão		124	127	131				
prescrição		126	128	132				
assistentes		127	129	133	166	193	171	
cand. inelegível	118	128	130	134	168			
falsas declarações					169			256
subscr. plúrimas	119				170			
coacção candidato					171			154
viol. neutralidade	120	129	131	135	172	194	172	
utiliz. indevida nome	121	130	132	136	173	195	173	
publicidade comercial	122	131	133	137	*209*	*227*	*206*	
viol. liberd. reunião	124	135	137	141	174	196	174	
reuniões ilegais	125	136	138	142	*207*	*225*	*204*	
viol. salas espectác.	126	137	139	143	*213*	*235*	*212*	
viol. propag. gráfica		138	140	144	*208*	*226*	*205*	
dano propaganda	127	139	141	145	175	197	175	212
desvio correspond.	128	140	142	146	176	198	176	384
propag. depois camp.	129	141	143	147	177	199 e 236	177 e 213	
revel. sondagens	**130**	**142**						
financ. ilegal	**131 a 133**	**143 a 145**				*237 a 239*	*214 a 216*	
desvio boletins voto					178	200	178	203
viol. capac. eleitoral	134	**146**	144	148	179	201	179	
admiss. abusiva voto	135	**147**	145	149	181	203	181	
não facilitação voto					182	204	182	
imped. abuso autorid.	136	**148**	146	150	183	205	183	
voto plúrimo	137	149			179	201	179	339
mandatário infiel	138	150	147	151	190	212	190	
viol. segredo voto	139	151		152	180	202	180	342
coacção do eleitor	140	152			185	207	185	340
fraude do eleitor	140	152			187	209	187	341
abuso funções publ.	141	153	148	153	184	206	184	382
despedimento	142	154		154	186	208	186	340
corrupção do eleitor	143	155			188	210	188	341
não exibição urna	144	156	149	155	189	211	189	
introd. boletim urna	145	157	150	156	191	213	191	339
fraude da mesa	146	158	152	157	192	214	192	339
obstrução à fiscaliz.	147	159	153	158	193	215	193	
recusa de reclam.	148	160	154	159	194	216	194	
obstrução candidatos	149	161						338
perturb. assemb. voto	150	**162**			196	217	195	338
presença indevida					197	218	196	
não comp. força	151	163	155	160	198	219	197	
desvio voto antecip.			151		200	221	178	203
não cump. dever	152	164	156	161	188	210	188	
falsif. cadernos	153	**165**			199	220	198	339
denúncia caluniosa	154	166	157	162				365
reclam. má fé	155	167	158	163	195		*217*	
não cump. outras obri.	156	168	159	164				
falso atestado					201	222	199	260
agravação					202	223	200	

legenda:
os itálicos são normas contra-ordenacionais
os negritos são normas revogadas

Artigos 117.º do Decreto-Lei 319-A/76, de 3 de Maio (eleição do Presidente da República)

TÍTULO VI
Ilícito eleitoral

CAPÍTULO I
Ilícito penal

SECÇÃO I
Princípios gerais

Artigo 117.º
Infracções eleitorais

É aplicável às infracções eleitorais previstas no presente diploma o disposto nos artigos *31.º e 35.º do Decreto-Lei n.º 25-A/76, de 15 de Janeiro.*

Sumário da anotação:
Remissão (anotação 1)

1 A norma remete para o disposto nos artigos 31.º a 35.º do Decreto-Lei n.º 25-A/76, de 15.1. A remissão estava parcialmente errada, pois referia-se aos artigos 32.º a 38.º, mas nunca foi rectificada. O referido decreto-lei foi **revogado** pela Lei n.º 69/78, de 3.11, e esta veio a ser revogada pela Lei n.º 13/99, de 22.3. Portanto, nas eleições presidenciais não regem as normas especiais que se encontram, por exemplo, nos artigos 121.º a 123.º e 126.º e 127.º da Lei n.º 14/79. São essas regras que vão ser comentadas de seguida.

Artigo 121.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

TÍTULO VI
Ilícito eleitoral

CAPÍTULO I
Princípios gerais

Artigo 121.º
(Concorrência com crimes mais graves e responsabilidade disciplinar)

1. As sanções cominadas nesta lei não excluem a aplicação de outras mais graves pela prática de qualquer crime previsto na legislação penal.

2. As infracções previstas nesta lei constituem também falta disciplinar quando cometidas por agente sujeito a essa responsabilidade.

Artigo 124.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

TÍTULO VI
Ilícito eleitoral

CAPÍTULO I
Princípios gerais

Artigo 124.º
Concorrência com crimes mais graves e responsabilidade disciplinar

1. As sanções cominadas nesta lei não excluem a aplicação de outras mais graves pela prática de qualquer crime previsto na legislação penal.
2. As infracções previstas nesta lei constituem também falta disciplinar quando cometidas por agente sujeito a essa responsabilidade.

Artigo 128.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

TÍTULO VI
Ilícito eleitoral

CAPÍTULO I
Ilícito penal

SECÇÃO I
Princípios gerais

Artigo 128.º
Concorrência com crimes mais graves e responsabilidade disciplinar

1. As sanções cominadas nesta lei não excluem a aplicação de outras mais graves pela prática de qualquer crime previsto na legislação penal.
2. As infracções previstas nesta lei constituem também falta disciplinar quando cometidas por agente sujeito a responsabilidade disciplinar.

Artigo 161.º e 167.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

TÍTULO IX
Ilícito eleitoral

CAPÍTULO I
Princípios gerais

Artigo 161.º
Concorrência com crimes mais graves

As sanções cominadas nesta lei não excluem a aplicação de outras mais graves, decorrentes da prática de quaisquer infracções previstas noutras leis.

Artigo 167.º
Responsabilidade disciplinar

As infracções previstas nesta lei constituem também faltas disciplinares quando cometidas por funcionários ou agentes da Administração Pública, sujeitos a responsabilidade disciplinar.

Artigo 75.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) (recenseamento eleitoral)

TÍTULO II
Ilícito do recenseamento

CAPÍTULO I
Princípios gerais

Artigo 75.º
Concorrência com crimes mais graves

As sanções cominadas nesta lei não excluem a aplicação de outras mais graves pela prática de qualquer crime previsto na legislação penal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O concurso (anotações 2 e 3)
As eleições para o Parlamento Europeu (anotação 4)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 25-A/76, de 15.1.

2 Estas disposições consagram uma regra de **subsidiariedade explícita** (ver a anotação ao artigo 30.º do meu "Comentário do Código Penal…").

3 Estas disposições ressalvam também a responsabilidade disciplinar, sem que a responsabilidade criminal prejudique a responsabilidade disciplinar.

4 O artigo 14.º da Lei n.º 14/87 estipula que ao ilícito eleitoral respeitante às eleições para o Parlamento Europeu aplicam-se as disposições que punem a violação das normas para que remete a presente lei, bem como, nos restantes casos, as disposições que punem a violação das normas equivalentes às da presente lei constantes da legislação aplicável às eleições para deputados à Assembleia da República. Portanto, todas as incriminações e regras específicas de punição previstas na Lei n.º 14/79, de 16.5 são aplicáveis às eleições para o Parlamento Europeu.

Artigo 122.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 122.º
(Circunstâncias agravantes gerais)

Para além das previstas na lei penal, constituem circunstâncias agravantes gerais do ilícito eleitoral:

a) O facto de a infracção influir no resultado da votação;

b) O facto de a infracção ser cometida por membro de mesa de assembleia ou secção de voto ou agente da administração eleitoral;

c) O facto de o agente ser candidato, delegado de partido político ou mandatário de lista.

Artigo 125.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 125.º
Circunstâncias agravantes gerais

Para além das previstas na lei penal, constituem circunstâncias agravantes gerais do ilícito eleitoral:

a) O facto de a infracção influir no resultado da votação;
b) O facto de a infracção ser cometida por membro da mesa de assembleia ou secção de voto ou agente da administração eleitoral;
c) O facto de o agente ser candidato, delegado de partido político ou mandatário de lista.

Artigo 129.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 129.º
Circunstâncias agravantes gerais

Para além das previstas na lei penal, constituem circunstâncias agravantes gerais do ilícito eleitoral:
a) O facto da infracção influir no resultado da votação;
b) O facto de a infracção ser cometida por membro da mesa de assembleia ou secção de voto ou agente da administração eleitoral;
c) O facto de o agente ser candidato, delegado de partido político ou mandatário de lista.

Artigo 162.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 162.º
Circunstâncias agravantes gerais

Constituem circunstâncias agravantes gerais do ilícito eleitoral:
a) Influir a infracção no resultado da votação;
b) Ser a infracção cometida por agente de administração eleitoral;
c) Ser a infracção cometida por membro de comissão recenseadora;
d) Ser a infracção cometida por membro de assembleia de voto;
e) Ser a infracção cometida por membro de assembleia de apuramento;
f) Ser a infracção cometida por candidato, mandatário ou delegado de candidatura.

Artigo 189.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 189.º
Circunstâncias agravantes

Constituem circunstâncias agravantes do ilícito relativo ao referendo:
a) Influir a infracção no resultado da votação;
b) Ser a infracção cometida por agente com intervenção em actos de referendo;
c) Ser a infracção cometida por membro de comissão recenseadora;
d) Ser a infracção cometida por membro de mesa de assembleia de voto;
e) Ser a infracção cometida por membro de assembleia de apuramento;
f) Ser a infracção cometida por representante ou delegado de partido político ou grupo de cidadãos.

Artigo 167.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 167.º
Circunstâncias agravantes

Constituem circunstâncias agravantes do ilícito relativo ao referendo:
a) O facto de a infracção influir no resultado da votação;

b) Ser a infracção cometida por agente com intervenção em actos de referendo;
c) Ser a infracção cometida por membro de comissão recenseadora;
d) Ser a infracção cometida por membro da mesa da assembleia de voto;
e) Ser a infracção cometida por membro da assembleia de apuramento;
f) Ser a infracção cometida por representante ou delegado de partido político ou de grupo de cidadãos formalizado nos termos da presente lei.

Artigo 76.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) (recenseamento eleitoral)

Artigo 76.º
Circunstâncias agravantes

Constituem circunstâncias agravantes do ilícito relativo ao recenseamento eleitoral:
a) Influir a infracção no resultado da votação;
b) Ser a infracção cometida por agente da administração eleitoral;
c) Ser a infracção cometida por membros da comissão recenseadora;
d) Ser a infracção cometida por candidatos, delegados dos partidos políticos ou eleitos não abrangidos na alínea c).

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
As circunstâncias agravantes (anotação 2)
A circunstância da influência no resultado da votação (anotação 3)
A circunstância de a infracção ter sido cometida por membro da mesa da assembleia ou secção de voto ou agente da administração eleitoral ou membro da comissão recenseadora (anotação 4)
A circunstância de o agente ser candidato, delegado ou mandatário da lista, do partido político ou do grupo de cidadãos (anotação 5)
O dolo do agente (anotação 6)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 25-A/76, de 15.1.

2 Estas disposições consagram várias circunstâncias agravantes. Nas leis eleitorais para a presidência de República, para a Assembleia da República e para a Assembleia Legislativa de cada uma das regiões autónomas, estas circunstâncias são apenas **circunstâncias agravantes gerais**, a ponderar dentro da moldura penal fixada pela lei. Já na lei eleitoral autárquica e nas leis sobre os referendos nacionais e locais, estas circunstâncias são verdadeiras **circunstâncias modificativas**, que agravam a própria moldura penal. É o que resulta do disposto no artigo 202.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas), no artigo 223.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo), e no artigo 200.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local).

3 A circunstância da **influência no resultado da votação** consiste na alteração da correlação dos candidatos ou listas em função da prática do crime. Isto é, a prática do crime influencia o resultado da votação quando é determinante, num juízo *ex post*, para (1) o apuramento de um candidato que não teria sido eleito, (2) para o apuramento de um candidato que não teria sido eleito no lugar em que foi, (3) para o não apuramento de um candidato que teria sido eleito. Nos referendos, a prática do crime influencia o resultado da votação quando é determinante, num juízo *ex post*, para (1) o apuramento de uma resposta negativa, quando de outro modo venceria uma resposta positiva, (2) o apuramento de uma resposta positiva, quando de outro modo venceria uma resposta negativa, (3) o apuramento de uma resposta vinculativa, quando de outro modo o resultado não seria vinculante,

ou (4) o apuramento de uma resposta não vinculativa, quando de outro modo o resultado seria não vinculante.

A circunstância de a **infracção ter sido cometida por membro da mesa da assembleia ou secção de voto ou agente da administração eleitoral ou membro da comissão recenseadora** resulta do especial dever de neutralidade e imparcialidade destas pessoas quando se encontram no exercício das suas funções. **4**

A circunstância de o **agente ser candidato, delegado ou mandatário da lista, do partido político ou do grupo de cidadãos** resulta do especial dever de probidade dos candidatos ou representantes dos candidatos, listas ou grupos concorrentes, dever que se funda directamente no princípio da democracia representativa e pluralista, em que os cidadãos disputam os cargos e funções públicos e conformam a vontade do Estado de direito democrático. **5**

As circunstâncias agravantes têm de ser objecto do dolo do agente. Podem, por isso, gerar-se situações de erro. Por exemplo, quando o agente introduz um número de boletins falsos na urna com vista a alterar o resultado de determinada eleição e efectivamente o não alterou, tendo-se mantido inalterado o número relativo de candidatos eleitos, o agente cometeu um crime agravado, na forma tentada. A punição da tentativa obedece a regras especiais no âmbito dos crimes eleitorais. **6**

Artigo 123.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 123.º
(Punição da tentativa e do crime frustrado)

A tentativa e o crime frustrado são punidos da mesma forma que o crime consumado.

Artigo 126.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 126.º
Punição da tentativa

A tentativa é punida da mesma forma que o crime consumado.

Artigo 130.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 130.º
Punição da tentativa

A tentativa é punida da mesma forma que o crime consumado.

Artigo 163.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 163.º
Tentativa

A tentativa é sempre punível.

Artigo 190.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 190.º
Punição da tentativa

A tentativa é sempre punida.

Artigo 168.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 168.º
Punição da tentativa

A tentativa é sempre punível.

Artigo 79.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) (recenseamento eleitoral)

Artigo 79.º
Punição da tentativa

A tentativa é punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A tentativa nos crimes relativos às eleições legislativas e regionais (anotação 2)
A tentativa nos crimes relativos às eleições autárquicas, ao referendo, ao referendo local e ao recenseamento eleitoral (anotação 3)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 35.º do Decreto-Lei n.º 25-A/76, de 15.1.

2 Estas disposições consagram regimes distintos para a punição da tentativa. Nas infracções relativas às **eleições legislativas e regionais**, o crime tentado é punível "da mesma forma" que o crime consumado. Portanto, os crimes tentados são sempre puníveis, sem dependência da moldura do crime consumado em causa. Mas a lei não quer ficcionar um crime consumado. Isto é, a lei não quer proibir a atenuação especial da pena do crime tentado quando o juiz a entenda adequada. Se esta expressão ("da mesma forma") fosse interpretada literalmente, no sentido da proibição da atenuação especial facultativa da pena do crime tentado, impunha-se a conclusão da inconstitucionalidade dos preceitos dos artigos 123.º da Lei n.º 14/79, do artigo 126.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 e do artigo 130.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, por violação flagrante do princípio da culpa. A única **interpretação destas disposições em conformidade com a Constituição** leva à conclusão da exclusão da atenuação especial obrigatória prevista no artigo 23.º do CP, podendo ser aplicada à conduta tentada a moldura do crime consumado. Portanto, a atenuação especial da pena do crime tentado é facultativa nos crimes eleitorais cometidos nas eleições legislativas e regionais.

3 Já nos crimes relativos às **eleições autárquicas, ao referendo, ao referendo local e ao recenseamento eleitoral**, o crime tentado é sempre punível, independentemente da moldura do crime em causa, sendo o agente punível nos termos da moldura especialmente atenuada prevista na lei geral.

Artigo 124.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 124.º
(Não suspensão ou substituição das penas)

As penas aplicadas por infracções eleitorais dolosas não podem ser suspensas nem substituídas por qualquer outra pena.

Artigo 127.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 127.º
Não suspensão ou substituição das penas

As penas aplicadas por infracções eleitorais dolosas não podem ser suspensas nem substituídas por qualquer outra pena.

Artigo 131.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 131.º
Não suspensão ou substituição das penas

As penas aplicadas por infracções eleitorais dolosas não podem ser suspensas nem substituídas por qualquer outra pena.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A vigência das disposições legais (anotação 2)
A inconstitucionalidade dos artigos 127.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 e 131.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (anotação 3)

A **fonte** destas disposições é o artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 25-A/76, de 15.1. **1**

A disposição do artigo 124.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 está **revogada** pelo artigo 2.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3. Ao invés, as disposições das leis orgânicas sobre as eleições regionais encontram-se em vigor, pois foram aprovadas depois da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 48/95. **2**

Contudo, estas disposições dos artigos 127.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 e 131.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 são **inconstitucionais**, por violarem o princípio da culpa e o princípio da igualdade, ambos princípios basilares do Estado de Direito (artigos 2.º e 13.º da CRP). Com efeito, nada justifica a manutenção para estas infracções do princípio revogado em 1995 para as demais infracções, por força precisamente do princípio da culpa. A consideração do legislador de 1995 vale por inteiro para as infracções relativas às eleições regionais, sendo abstruso punir os agentes mais severamente, com penas efectivas de prisão, não passíveis de conversão ou suspensão, quando eles sejam autores de infracções relativas às eleições regionais, mas não quando sejam autores de infracções relativas às eleições presidenciais, legislativas, europeias e autárquicas e aos referendos nacionais e locais. **3**

Artigo 125.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 125.º
(Suspensão de direitos políticos)

A condenação a pena de prisão por infracção eleitoral dolosa prevista na presente lei é obrigatoriamente acompanhada de condenação em suspensão de direitos políticos de um a cinco anos.
(artigo revogado pela Lei n.º 10/95)

Artigo 164.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 164.º
Pena acessória de suspensão de direitos políticos

À prática de crimes eleitorais pode corresponder, para além das penas especialmente previstas na presente lei, a aplicação da pena acessória de suspensão, de 6 meses a 5 anos, dos direitos consignados nos artigos 49.º e 50.º, no n.º 3 do artigo 52.º, no n.º 1 do artigo 124.º e no artigo 207.º da Constituição da República Portuguesa, atenta a concreta gravidade do facto.

Artigo 191.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 191.º
Pena acessória de suspensão de direitos políticos

À prática de crimes relativos ao referendo pode corresponder, para além das penas especialmente previstas na presente lei, pena acessória de suspensão, de seis meses a cinco anos, dos direitos consignados nos artigos 49.º, 50.º, 52.º, n.º 3, 124.º, n.º 1 e 207.º da Constituição, atenta a concreta gravidade do facto.

Artigo 169.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 169.º
Pena acessória de suspensão de direitos políticos

À prática de crimes relativos ao referendo pode corresponder, para além das penas especialmente previstas na presente lei, pena acessória de suspensão, de seis meses a cinco anos, dos direitos consignados nos artigos 49.º, 50.º e 51.º, no n.º 3 do artigo 52.º e nos artigos 122.º e 124.º da Constituição da República, atenta a concreta gravidade do facto.

Artigo 80.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) (recenseamento eleitoral)

Artigo 80.º
Pena acessória de suspensão de direitos políticos

À prática de crimes relativos ao recenseamento pode corresponder, para além das penas especialmente previstas na presente lei, pena acessória de suspensão, de 6 meses a 5 anos, dos direitos consignados nos artigos 49.º, 50.º, 52.º, n.º 3, 124.º, n.º 1, e 207.º da Constituição, atenta a concreta gravidade do facto.

Sumário da anotação:
A suspensão obrigatória dos direitos políticos (anotação 1)
A pena acessória de suspensão de direitos políticos (anotação 2)
Os direitos políticos (anotação 3)
O concurso aparente (anotação 4)
A graduação da pena acessória (anotação 5)

O artigo 125.º da Lei n.º 14/79, que previa uma suspensão obrigatória dos direitos políticos para os condenados por crimes eleitorais em pena de prisão, foi **revogado** pela Lei n.º 10/95. **1**

A lei eleitoral autárquica, as leis sobre os referendos nacionais e locais e a lei do recenseamento eleitoral prevêem a **pena acessória de suspensão de direitos políticos**, de 6 meses a 5 anos, atenta a gravidade concreta do facto. É dificilmente compreensível a disparidade entre esta sanção acessória e a prevista no artigo 346.º do CP, de dois a dez anos, sendo certo que ela se aplica aos crimes eleitorais cometidos em eleições autárquicas e nos referendos previstos no CP. É ainda mais incompreensível que os crimes eleitorais previstos nas leis relativas às eleições presidenciais, legislativas (e, por remissão, para o parlamento europeu) e regionais não prevejam qualquer sanção acessória para os autores ou comparticipantes em crimes eleitorais. **2**

Os direitos políticos são os consignados nos artigos 49.º, 50.º, 52.º, n.º 3, 124.º, n.º 1, e 207.º da CRP. Eles podem ser todos suspensos ou só alguns, consoante se mostrar mais adequado ao caso. Em regra, a incapacidade para eleger implica também a incapacidade para ser eleito. **3**

A pena de suspensão aplica-se mesmo no caso de condenação por crime eleitoral, que por força do concurso aparente seja preterido por um outro crime. **4**

A sanção acessória deve ser graduada de acordo com as exigências preventivas e a culpa (ver a anotação ao artigo 65.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). **5**

Artigo 165.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 165.º
Pena acessória de demissão

À prática de crimes eleitorais por parte de funcionário ou de agente da Administração Pública no exercício das suas funções pode corresponder, independentemente da medida da pena, a pena acessória de demissão, sempre que o crime tiver sido praticado com flagrante e grave abuso das funções ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhes são inerentes, atenta a concreta gravidade do facto.

Artigo 192.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 192.º
Pena acessória de demissão

À prática de crimes relativos ao referendo por parte de funcionário público no exercício das suas funções pode corresponder, independentemente da medida da pena, a pena acessória de demissão, sempre que o crime tiver sido praticado com flagrante e grave abuso das funções ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhes são inerentes, atenta a concreta gravidade do facto.

Artigo 170.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 170.º
Pena acessória de demissão

À prática de crimes relativos ao referendo por parte de funcionário público no exercício das suas funções pode corresponder, independentemente da medida da pena, a pena acessória de demissão, sempre que o crime tiver sido praticado com flagrante e grave abuso das funções ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes, atenta a concreta gravidade do facto.

Artigo 78.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) (recenseamento eleitoral)

Artigo 78.º
Pena acessória de demissão

À prática de crimes relativos ao recenseamento por parte de funcionário público no exercício das suas funções pode corresponder, independentemente da medida da pena, a pena acessória de demissão, sempre que o crime tiver sido praticado com flagrante e grave abuso das funções ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhes são inerentes, atenta a concreta gravidade do facto.

Sumário da anotação:
A inconstitucionalidade da pena "acessória" de demissão (anotação 1)

1 Estas disposições não consagram uma verdadeira pena "acessória" de demissão, por uma razão fundamental: elas não prevêem limites máximos para a "pena de demissão". Esta foi, aliás, a razão pela qual FIGUEIREDO DIAS considerava que o CP de 1982 ainda não tinha consagrado verdadeiras penas acessórias (ACTAS CP/FIGUEIREDO DIAS, 1993: 40 e 41). Por outro lado, a pena de demissão das leis eleitorais é aplicável "independentemente da medida da pena". Sendo assim, a conclusão é inelutável e já foi tirada pelo acórdão do TC n.º 165/86, sobre a inconstitucionalidade da disposição do n.º 1 do artigo 37.º do anterior CJM, segundo a qual "a condenação de oficial ou sargento dos quadros permanentes ou de praças em situação equivalente por crime de ultraje à bandeira nacional, deserção, falsidade, infidelidade no serviço, furto, roubo, prevaricação, corrupção, burla e abuso de confiança produz a **demissão**, qualquer que seja a pena imposta". Portanto, a pena de demissão é **inconstitucional**, por violação da regra da proibição de sanções de duração perpétua ou ilimitada ou indefinida (artigo 30.º, n.º 1, da CRP).

Artigo 126.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 126.º
(Prescrição)

O procedimento por infracções eleitorais prescreve no prazo de um ano a contar da prática do facto punível.

Artigo 128.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 128.º
Prescrição

O procedimento por infracções eleitorais prescreve no prazo de um ano a contar da prática do facto punível.

Artigo 132.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 132.º
Prescrição

O procedimento por infracções eleitorais prescreve no prazo de um ano a contar da prática do facto punível.

Artigo 81.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) (recenseamento eleitoral)

Artigo 81.º
Prescrição

O procedimento por infracções criminais relativas ao recenseamento eleitoral prescreve no prazo de três anos a contar da prática do facto ou de um ano a contar do conhecimento do facto punível.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O prazo especial de prescrição das infracções eleitorais (anotação 2)
O prazo de prescrição das infracções relativas às eleições autárquicas (anotação 3)
O prazo de prescrição das infracções cometidas nos referendos nacionais e locais (anotação 4)
O prazo de prescrição das infracções relativas ao recenseamento eleitoral (anotação 5)

A **fonte** destas disposições é o artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 25-A/76, de 15.1. **1**

Estas disposições prevêem um prazo especialmente curto de prescrição das infracções, isto é, um ano a contar da prática do facto punível. A razão de ser deste prazo tão curto reside na necessidade de estabilidade dos órgãos que se tenham constituído depois das eleições. Contudo, este prazo é manifestamente irrealista, em face do disposto no artigo 121.º, n.º 3, parte final, do CP, que impõe que as infracções sejam julgadas com trânsito em julgado dentro de dois anos contados desde a data da ocorrência da infracção. **2**

As **infracções relativas às eleições autárquicas** podem ser perseguidas dentro dos prazos gerais de prescrição, não se compreendendo por que razão não está semelhante prazo de 1 ano previsto na Lei Orgânica n.º 1/2001. **3**

Também as **infracções cometidas nos referendos nacionais e locais** não observam o referido prazo de prescrição mais curto, estando submetidas às regras gerais do CP. **4**

Já as **infracções relativas ao recenseamento eleitoral** observam um prazo de prescrição de 3 anos a contar da prática do facto ou 1 ano a contar do conhecimento do facto punível (artigo 81.º da Lei n.º 13/99). A segunda parte desta disposição é uma novidade infeliz no direito nacional e comparado. Por um lado, ela viola a própria natureza do regime de prescrição do procedimento criminal, permitindo a perseguição criminal 40, 50 anos depois do cometimento da infracção, desde que dentro de 1 ano contado do conhecimento da mesma. Por outro lado, num **5**

sistema em que os crimes contra as pessoas mais graves, como o homicídio, são prescritíveis, viola o princípio da proporcionalidade a consagração de uma regra de imprescritibilidade prática de infracção eleitoral, cuja pena máxima é de 3 anos de prisão. Esta interpretação da disposição seria, pois, **inconstitucional**. A interpretação alternativa é esta: o prazo de prescrição é de 1 ano contado desde o conhecimento do facto, dentro do limite de 3 anos contados desde a prática do facto.

Artigo 127.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 127.º
(Constituição dos partidos políticos como assistentes)

Qualquer partido político pode constituir-se assistente nos processos por infracções criminais eleitorais cometidas na área dos círculos em que haja apresentado candidatos.

Artigo 129.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 129.º
Constituição dos partidos políticos como assistentes

Qualquer partido político pode constituir-se assistente nos processos por infracções criminais eleitorais cometidas na área dos círculos em que haja apresentado candidatos.

Artigo 133.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 133.º
Constituição dos partidos políticos como assistentes

Qualquer partido político pode constituir-se assistente nos processos por infracções criminais eleitorais cometidas no território eleitoral desde que nele tenham apresentado candidatos.

Artigo 166.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 166.º
Direito de constituição como assistente

Qualquer partido político, coligação ou grupo de cidadãos concorrentes pode constituir-se assistente nos processos penais relativos ao acto eleitoral.

Artigo 193.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 193.º
Direito de constituição como assistente

Qualquer partido político ou grupo de cidadãos pode constituir-se assistente em processo penal relativo a referendo.

Artigo 171.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 171.º
Direito de constituição como assistente

Qualquer partido que tenha efectuado a declaração prevista no n.º 2 do artigo 37.º, ou grupo de cidadãos, constituído nos termos e para os efeitos da presente lei, pode constituir-se assistente em processo penal relativo a referendo.

Artigo 82.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8) (recenseamento eleitoral)

Artigo 82.º
Constituição dos partidos políticos como assistentes

Qualquer partido político legalmente existente pode constituir-se assistente nos processos por infracções criminais relativas ao recenseamento cometidas na área do círculo eleitoral em que haja apresentado candidatos nas últimas eleições para a Assembleia da República.

Sumário da anotação:
A legitimidade para constituição como assistente (anotação 1)
A legitimidade da coligação e do grupo de cidadãos (anotação 2)
A legitimidade nos referendos nacionais e locais (anotação 3)

Estas disposições prevêem a legitimidade de qualquer partido político para se constituir como assistente nos processos criminais por infracções criminais cometidas na área dos círculos (ou no "território eleitoral") em que haja apresentado candidatos. **1**

A Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 também admite a constituir-se como assistente a coligação e o grupo de cidadãos, sem sequer limitar a legitimidade aos crimes cometidos a certa área territorial. Mas esta disposição do artigo 166.º deve ser **interpretada restritivamente**, no sentido de só admitir a legitimidade do partido, coligação ou grupo de cidadãos que tenha concorrido no círculo em que foi cometida a infracção, pois de outro modo faltaria o interesse na perseguição criminal. **2**

Nos referendos nacionais e locais, qualquer partido político ou grupo de cidadãos pode constituir-se assistente. Mas não têm legitimidade os partidos políticos que não tenham intervindo no referendo, nem o grupo de cidadãos que não tenham participado no referendo. **3**

Artigo 118.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 118.º
(Candidatura de cidadão inelegível)

Aquele que, não tendo capacidade eleitoral passiva, dolosamente aceitar a sua candidatura será punido com prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 128.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

CAPÍTULO II
Infracções eleitorais

SECÇÃO I
Infracções relativas à apresentação de candidaturas

Artigo 128.º
(Candidatura de cidadão inelegível)

Aquele que, não tendo capacidade eleitoral passiva, dolosamente aceitar a sua candidatura será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 10 000$00 a 100 000$00.

Artigo 130.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

CAPÍTULO II
Infracções eleitorais

SECÇÃO I
Infracções relativas à apresentação de candidaturas

Artigo 130.º
Candidatura de cidadão inelegível

Aquele que, não tendo capacidade eleitoral passiva, dolosamente aceitar a sua candidatura é punido com prisão de 6 meses a 2 anos e multa de € 1000 a € 10 000.

Artigo 134.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

CAPÍTULO II
Infracções eleitorais

SECÇÃO I
Infracções relativas à apresentação de candidaturas

Artigo 134.º
Candidatura de cidadão inelegível

Aquele que não tendo capacidade eleitoral passiva dolosamente aceitar a sua candidatura é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos e com pena de multa de € 1000 a € 10 000.

Artigo 168.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

SECÇÃO II
Crimes relativos à organização do processo eleitoral

Artigo 168.º
Candidatura de cidadão inelegível

Aquele que, não tendo capacidade eleitoral passiva, dolosamente aceitar a sua candidatura é punido com prisão até 1 ano ou pena de 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** destas disposições é o artigo 118.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. **2**
O crime de candidatura de cidadão inelegível é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de mera actividade** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

O **tipo objectivo** consiste na aceitação da candidatura por cidadão inelegível. **3**
O crime só pode ser cometido por quem não tem capacidade eleitoral passiva. Isto é, o agente deste crime tem uma qualidade especial, que constitui fundamento da ilicitude. Trata-se, pois, de um **crime específico próprio**.

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. O erro relativamente **4**
aos requisitos legais de capacidade eleitoral passiva afasta o dolo, uma vez que estes requisitos legais são **elementos normativos do tipo** cuja apreensão depende efectivamente de um conhecimento técnico dos critérios determinantes da qualificação penal, sem o qual o agente não está em condições de se orientar e decidir pela preservação ou não do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (ver a anotação ao artigo 14.º do meu "Comentário do Código Penal…").

A **tentativa** é punível. O crime consuma-se com a simples assinatura do termo **5**
de aceitação. Para a consumação do crime não é, pois, necessária a formalização da candidatura por uma pessoa que não reúna os requisitos legais de capacidade eleitoral passiva, isto é, a apresentação do termo de aceitação junto das instâncias eleitorais. A desistência é relevante se o agente retirar a sua candidatura antes do acto eleitoral (artigo 22.º, n.º 1, *in fine*). A não assunção do cargo pelo agente eleito não é relevante, pois já se verificou o resultado não compreendido no tipo, isto é, a verdade do resultado eleitoral já está irremediavelmente prejudicada.

A qualidade do agente do crime **não se comunica** ao agente que a não possua (artigo **6**
28.º, n.º 1, *in fine*), dada a natureza estritamente pessoal da capacidade eleitoral.

O crime encontra-se em relação de **concurso efectivo** com o crime de falsificação **7**
cometido com o objectivo de revelar os requisitos de capacidade eleitoral passiva, como por exemplo, a fabricação de elemento de identificação falso ou a prestação de falsas declarações relativamente às condições legais para aceitação da candidatura (artigo 256.º do CP ou artigo 168.º da Lei Orgânica n.º 1/2001).

Não se compreende a disparidade da moldura penal entre os diversos tipos penais. **8**
Nas eleições presidenciais, a moldura do crime vai até oito anos de prisão, mas nas eleições legislativas ela vai apenas até dois anos de prisão, ainda cumulada com pena de multa até 500 euros. Já nas eleições regionais a pena de prisão mantém-se, mas a pena de multa pode ir até 10 000 euros. Por fim, nas eleições autárquicas, a pena de prisão só chega a 1 ano de prisão, aplicável em alternativa com pena de multa até 120 dias.

Artigo 169.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 169.º
Falsas declarações

Quem prestar falsas declarações relativamente às condições legais relativas à aceitação de candidaturas é punido com a pena de prisão até 1 ano ou pena de 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)

1 A **fonte** da disposição é o artigo 256.º do CP. Nenhuma outra lei eleitoral ou do referendo tem semelhante disposição. Não se compreende a necessidade da criação deste tipo especial de fraude na identificação, que comporta uma injustificada atenuação da responsabilidade criminal prevista no CP.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o mesmo do artigo 256.º do CP, isto é, a segurança e a credibilidade na força probatória de documento destinado ao tráfico jurídico. O crime de fraude na identificação é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

3 O **tipo objectivo** consiste na prestação de falsas declarações sobre as condições legais de capacidade eleitoral passiva (a lei fala nas declarações "relativamente às condições legais relativas…"). Estas declarações falsas só são juridicamente relevantes quando são apostas na declaração de aceitação de candidatura ou em qualquer outro documento no sentido jurídico-penal (ver a anotação ao artigo 255.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…").

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. O tipo da lei autárquica não inclui os elementos subjectivos adicionais que se encontram no tipo correspondente do CP. Mas não há verdadeira diferença típica, pois no tipo da lei autárquica há um elemento subjectivo implícito, que é o propósito de obter para si ou para outra pessoa (candidato, lista ou grupo de cidadãos) vantagem ilegítima.

5 A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada.

6 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que o crime pode ser cometido por qualquer pessoa.

7 Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "falsas declarações" e o artigo de fraude na identificação, previsto no artigo 256.º, n.º 1, al.ª d) do CP.

Artigo 119.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 119.º
(Subscrição de mais de uma candidatura)

1. Aquele que dolosamente violar o disposto no n.º 2 do artigo 13.º será punido com prisão maior de dois a oito anos.

2. Em caso de mera negligência, a pena será de prisão até um ano.

Artigo 170.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 170.º
Candidaturas simultâneas

Quem aceitar candidatura em mais de uma lista concorrente ao mesmo órgão autárquico é punido com a pena de prisão até 1 ano ou pena de 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)

O crime previsto no artigo 119.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 não tem paralelo nas demais leis eleitorais. Só o artigo 170.º da lei das eleições autárquicas prevê um crime de índole semelhante, o crime de candidaturas simultâneas. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de subscrição de mais de uma candidatura é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de mera actividade** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). Não se compreende que na lei das eleições presidenciais a conduta da subscrição de mais do que uma candidatura seja objecto de incriminação, na lei das eleições autárquicas ela seja objecto de contra-ordenação (artigo 204.º, n.os 1 a 3), e nas demais leis eleitorais não seja sequer objecto da previsão sancionatória. O crime de candidaturas simultâneas é também um **crime de perigo abstracto** e **de mera actividade**. **2**

O **tipo objectivo** consiste (1) na subscrição, como proponente, de mais de uma candidatura às eleições presidenciais ou (2) na aceitação de candidaturas em mais de uma lista concorrente ao mesmo órgão autárquico. O crime só pode ser cometido por quem já tenha assinado uma outra lista de proponentes de uma candidatura à presidência da República ou por quem já tenha aceitado uma candidatura em lista concorrente a um órgão autárquico. Portanto, o agente deste crime tem uma qualidade especial, que constitui fundamento da ilicitude. Trata-se, pois, de um **crime específico próprio**. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo e negligência. **4**

O crime consuma-se com a simples assinatura do segundo termo de subscrição da candidatura ou com a aceitação da candidatura numa segunda lista concorrente ao mesmo órgão autárquico. A tentativa é punível, em qualquer dos casos com a moldura especialmente atenuada. **5**

A qualidade do agente do crime **comunica-se** ao agente que a não possua (artigo 28.º, n.º 1, *in fine*), dada a natureza não estritamente pessoal dessa qualidade. **6**

O agente comete apenas um crime independentemente do número de candidaturas que proponha ou do número de listas que subscreva. **7**

Não se compreende a enorme disparidade entre as molduras penais do crime cometido pelo agente nas eleições presidenciais e nas eleições autárquicas, sendo certo que o ilícito é punível com pena de prisão até 8 anos nas eleições presidenciais e com coima 1000 euros nas eleições autárquicas (artigo 204.º, n.º 3, da Lei Orgânica **8**

n.º 1/2001). Por outro lado, o crime de candidaturas simultâneas é punível apenas com prisão até 1 ano ou multa até 120 dias.

Artigo 171.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 171.º
Coacção constrangedora de candidatura ou visando a desistência

Quem, por meio de violência, ameaça de violência ou de grave mal ou de ameaça relativa a perda de emprego, constranger qualquer cidadão a não se candidatar ou a desistir da candidatura é punido com a pena de prisão de 2 anos ou a pena de multa de 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 censurabilidade (anotação 5)
A tentativa (anotação 6)
A comparticipação (anotação 7)
O concurso (anotação 8)

1 A **fonte** da disposição é o artigo 154.º do CP. Nenhuma outra lei eleitoral, do referendo ou do recenseamento eleitoral tem semelhante disposição. Não se compreende a necessidade da criação deste tipo especial de coacção "constrangedora" de candidatura ou visando a desistência, que comporta uma injustificada atenuação da responsabilidade criminal prevista no CP.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o mesmo do artigo 154.º do CP, isto é, a liberdade de decisão, no caso a liberdade de decisão de participação política. O crime é de dano (quanto ao bem jurídico) e de resultado (quanto ao modo de consumar o ataque ao objecto da acção).

3 O **tipo objectivo** não se diferencia do tipo da lei geral. As modalidades de acção vinculada são as mesmas, com o pormenor de se aduzir a "ameaça de violência" e a "ameaça relativa a perda de emprego", que já se podiam subsumir na ameaça de mal importante.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

5 Nenhuma das circunstâncias de não censurabilidade da coacção previstas na lei geral é aplicável à coacção com fins político-eleitorais.

6 A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada.

7 O crime de coacção é um **crime comum**, pelo que as regras de comparticipação são as gerais.

8 Há uma relação de **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de coação constrangedora de candidatura ou visando a desistência e o crime de coação previsto no artigo 154.º do CP.

Artigo 120.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

SECÇÃO III
Infracções relativas à campanha eleitoral

Artigo 120.º
(Violação de deveres de neutralidade e imparcialidade)

Os cidadãos abrangidos pelo artigo 47.º que infringirem os deveres de neutralidade e imparcialidade aí prescritos serão punidos com prisão até dois anos.

Artigo 129.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

SECÇÃO II
Infracções relativas à campanha eleitoral

Artigo 129.º
(Violação de deveres de neutralidade e imparcialidade)

Os cidadãos abrangidos pelo artigo 57.º que infringirem os deveres de neutralidade e imparcialidade aí prescritos serão punidos com prisão até um ano e multa de 5000$00 a 20 000$00.

Artigo 131.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

SECÇÃO II
Infracções relativas à campanha eleitoral

Artigo 131.º
Violação de deveres de neutralidade e imparcialidade

Os cidadãos abrangidos pelo artigo 59.º que infringirem os deveres de neutralidade e imparcialidade aí prescritos são punidos com prisão até 1 ano e multa de € 500 a € 2000.

Artigo 135.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

SECÇÃO II
Infracções relativas à campanha eleitoral

Artigo 135.º
Violação de deveres de neutralidade e imparcialidade

Os cidadãos abrangidos pelo artigo 60.º que infringirem os deveres de neutralidade e imparcialidade aí prescritos são punidos com pena de prisão até 1 ano e com pena de multa de € 500 a € 2000.

Artigo 172.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

SECÇÃO III
Crimes relativos à propaganda eleitoral

Artigo 172.º
Violação dos deveres de neutralidade e imparcialidade

Quem, no exercício das suas funções, infringir os deveres de neutralidade ou imparcialidade a que esteja legalmente obrigado é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 194.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

DIVISÃO II
Crimes relativos à campanha para referendo

Artigo 194.º
Violação dos deveres de neutralidade e imparcialidade

Quem, no exercício das suas funções, infringir os deveres de neutralidade ou imparcialidade, constantes do artigo 45.º, é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 172.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

SUBSECÇÃO II
Crimes relativos à campanha para referendo

Artigo 172.º
Violação dos deveres de neutralidade e imparcialidade

Quem, no exercício das suas funções, infringir os deveres de neutralidade ou imparcialidade, constantes do artigo 43.º, 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 (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A tentativa (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 120.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de violação de deveres de neutralidade e imparcialidade é um **crime de perigo concreto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

O **tipo objectivo** consiste na violação, durante o período da campanha eleitoral, dos deveres de neutralidade e imparcialidade pelos cidadãos a eles obrigados no exercício das suas funções. O crime só pode ser cometido por quem, no exercício das suas funções, deve manter a neutralidade e imparcialidade próprias das mesmas. Portanto, o agente deste crime tem uma qualidade especial, que constitui fundamento da ilicitude. Trata-se, pois, de um **crime específico próprio**. Por exemplo, comete o crime o ministro que utiliza meios materiais (como telefones, faxes, carros ou aviões) e humanos (como secretárias e técnicos) do ministério ou pagos pelo ministério para efeitos de campanha eleitoral. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. O erro relativamente aos deveres de neutralidade e imparcialidade afasta o dolo, uma vez que estes deveres legais são **elementos normativos do tipo** cuja apreensão depende efectivamente de um conhecimento técnico dos critérios determinantes da qualificação penal, sem o qual o agente não está em condições de se orientar e decidir pela preservação ou não do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora (ver a anotação ao artigo 14.º do meu "Comentário do Código Penal…"). Assim, está excluído o dolo do tipo quando o agente não sabe que a sua conduta viola o dever de neutralidade e imparcialidade. Por exemplo, o primeiro-ministro fala sobre à entrada ou à saída de uma reunião internacional com os seus congéneres europeus. Ao invés, verifica-se uma falta da consciência da ilicitude se o agente não conhece sequer o seu dever de neutralidade e imparcialidade. Esta falta é tanto mais censurável quanto mais elevadas as funções políticas do agente. **4**

A **tentativa** é punível nas eleições legislativas, europeias, regionais e autárquicas, mas não é punível nas eleições presidenciais. **5**

A qualidade do agente do crime **não se comunica** ao agente que a não possua (artigo 28.º, n.º 1, *in fine*), em face da natureza estritamente pessoal dos deveres de neutralidade e imparcialidade. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantas as infracções dos deveres de neutralidade e imparcialidade se verificarem durante a campanha eleitoral. Por exemplo, comete três crimes de violação de dever de neutralidade o ministro que utiliza por três vezes o carro ministerial para se deslocar a comícios da campanha. Eventualmente ao agente pode ser imputada a prática de um crime continuado, se houver uniformidade da conduta infractora. **7**

O crime encontra-se numa relação de **concurso efectivo** com os crimes de peculato (artigo 377.º do CP) ou de peculato de uso (artigo 376.º do CP), em virtude da diferença entre os bens jurídicos tutelados pelas incriminações. **8**

A moldura penal deste crime varia sem qualquer racionalidade nas eleições presidenciais (prisão até dois anos), legislativas (prisão até um ano e multa até 100 euros) e regionais (prisão até um ano e multa até 2000 euros) e nos referendos (prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias)! **9**

Artigo 121.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 121.º
(Utilização indevida de nome ou símbolo)

Aquele que durante a campanha eleitoral utilizar o nome de um candidato ou símbolo de qualquer candidatura com o intuito de os prejudicar ou injuriar será punido com prisão até um ano e multa de 1000$00 a 5000$00.

Artigo 130.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 130.º
(Utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo)

Aquele que, durante a campanha eleitoral, utilizar a denominação, a sigla ou o símbolo de partido ou coligação com o intuito de o prejudicar ou injuriar será punido com prisão até um ano e multa de 1000$00 a 5000$00.

Artigo 132.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 132.º
Utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo

Aquele que durante a campanha eleitoral utilizar a denominação, a sigla ou o símbolo do partido ou coligação com o intuito de o prejudicar ou injuriar é punido com prisão até 1 ano e multa de € 100 a € 500.

Artigo 136.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 136.º
Utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo

Aquele que, durante a campanha eleitoral, utilizar a denominação, sigla ou símbolo de partido ou coligação com intuito de o prejudicar ou o injuriar é punido com pena de prisão até 1 ano e com pena de multa de € 100 a € 500.

Artigo 173.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 173.º
Utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo

Quem, durante a campanha eleitoral, com o intuito de prejudicar ou injuriar, utilizar denominação, sigla ou símbolo de qualquer partido, coligação ou grupo de cidadãos é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

Artigo 195.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 195.º
Utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo

Quem, durante a campanha para referendo, com o intuito de prejudicar ou injuriar, utilizar denominação, sigla ou símbolo de qualquer partido, coligação ou grupo de cidadãos é punido com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias.

Artigo 173.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 173.º
Utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo

Quem, durante a campanha para o referendo e com o intuito de prejudicar ou injuriar, utilizar denominação, sigla ou símbolo de qualquer partido, coligação ou grupo de cidadãos é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de 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 (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

A **fonte** destas disposições é o artigo 121.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais e a honra dos candidatos. O crime de utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo é um **crime de perigo abstracto-concreto** (quanto ao bem jurídico) e **de mera conduta** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). **2**

O **tipo objectivo** consiste na utilização, durante o período da campanha eleitoral, o nome de um candidato, o símbolo de uma candidatura, a denominação, a sigla ou o símbolo de um partido ou de uma coligação. O crime consuma-se com a utilização do nome, símbolo, denominação, sigla ou símbolo. Não é necessário que se verifique um efectivo prejuízo para os titulares destes, nem que se verifique uma injúria destes. Contudo, atenta a natureza de crime de perigo abstracto-concreto, a conduta do agente deve ter a potencialidade de prejudicar ou injuriar, isto é, deve ter as características objectivas próprias para prejudicar ou ofender a honra do visado. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer forma de dolo. O tipo subjectivo inclui ainda um elemento subjectivo adicional: o "intuito" de prejudicar ou injuriar. Não é necessário que se verifique o prejuízo ou a injúria, mas apenas a vontade de os provocar. Ou seja, o tipo subjectivo contém uma intenção de realização de um resultado que não faz parte do tipo objectivo, mas que é provocado pela acção típica. Trata-se de um **crime de resultado cortado**. **4**

A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantas os nomes, as denominações, as siglas ou símbolos utilizados e não consoante o número de partidos, coligações ou grupos de cidadãos visados. **7**

Há concurso aparente, na forma de **subsidiariedade implícita**, entre o crime de injúria e o crime de utilização indevida de denominação, sigla ou símbolo. **8**

A **pena** dos crimes é muito díspar nas várias leis: 1 ano e 25 euros de multa (eleições presidenciais e legislativas), 1 ano e 500 euros de multa (eleições regionais), 1 ano ou pena até 120 dias de multa (referendos nacionais e locais). Não há justificação plausível para esta variação, sobretudo tendo em conta que nalguns casos a pena de multa é alternativa e noutros é cumulativa. **9**

Artigo 122.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 122.º
(Utilização de publicidade comercial)

Aquele que infringir o disposto no artigo 63.º será punido com a multa de 10 000$00 a 100 000$00.

Artigo 131.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 131.º
(Utilização de publicidade comercial)

Aquele que infringir o disposto no artigo 72.º será punido com a multa de 10 000$00 a 100 000$00.

Artigo 133.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 133.º
Utilização de publicidade comercial

Aquele que infringir o disposto no artigo 73.º é punido com multa de € 1000 a € 10 000.

Artigo 137.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 137.º
Utilização de publicidade comercial

Aquele que infringir o disposto no artigo 76.º é punido com pena de multa de € 1000 a € 10 000.

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** destas disposições é o artigo 122.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de utilização de publicidade comercial é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de mera conduta** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

3 O **tipo objectivo** consiste na realização, por via directa ou indirecta, de propaganda política através dos meios de publicidade comercial, a partir da publicação do decreto que marque a data da eleição. A **propaganda política** consiste na comunicação pública de uma mensagem destinada a influenciar a decisão de voto dos destinatários. Esta propaganda tem de ser realizada por meio de publicidade comercial, pelo que se

trata de um **crime de execução vinculada**. Sobre o conceito penal de publicidade ver a anotação ao artigo 183.º do meu "Comentário do Código Penal…".

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantos os actos publicitários que realizar durante o período proibido. **7**

Nas eleições presidenciais, legislativas e europeias, a conduta é punível com a pena de multa até 500 euros. Nas eleições regionais, a conduta é punível com a pena de multa até 10 000 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, a conduta constitui contra-ordenação, punível com coima de 15 000 euros (artigo 209.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, artigo 227.º da Lei n.º 15-A/98, revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4, e artigo 206.º da Lei Orgânica n.º 4/2000)! Esta distribuição das sanções é pura e simplesmente irracional, afigurando-se as sanções relativas às eleições regionais e autárquicas e aos referendos **inconstitucionais**, por serem manifestamente desproporcionais em relação às sanções previstas para as eleições presidenciais, legislativas e europeias (art. 18.º n.º 3 da CRP). **8**

Artigo 124.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 124.º
(Violação da liberdade de reunião eleitoral)

Aquele que impedir a realização ou prosseguimento de reunião, comício, cortejo ou desfile de propaganda eleitoral será punido com prisão de seis meses a um ano e multa de 1 000$00 a 10 000$00.

Artigo 135.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 135.º
(Violação da liberdade de reunião eleitoral)

Aquele que impedir a realização ou o prosseguimento de reunião, comício, cortejo ou desfile de propaganda eleitoral será punido com prisão de seis meses a um ano e multa de 5000$00 a 50 000$00.

Artigo 137.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 137.º
Violação da liberdade de reunião eleitoral

Aquele que impedir a realização ou o prosseguimento de reunião, comício, cortejo ou desfile de propaganda eleitoral é punido com prisão de 6 meses a 1 ano e multa de € 100 a € 1000.

Artigo 141.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 141.º
Violação da liberdade de reunião eleitoral

Aquele que impedir a realização ou prosseguimento de reunião, comício, cortejo ou desfile de propaganda eleitoral é punido com pena de prisão de 6 meses a 1 ano e pena de multa de € 100 a € 1000.

Artigo 174.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 174.º
Violação da liberdade de reunião e manifestação

1. Quem, por meio de violência ou participação em tumulto, desordem ou vozearia, perturbar gravemente reunião, comício, manifestação ou desfile de propaganda é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.
2. Quem, da mesma forma, impedir a realização ou prosseguimento de reunião, comício, manifestação ou desfile é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 196.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 196.º
Violação da liberdade de reunião e manifestação

1. Quem, por meio de violência ou participação em tumulto, desordem ou vozearia, perturbar gravemente reunião, comício, manifestação ou desfile de propaganda é punido com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias.
2. Quem, da mesma forma, impedir a realização ou o prosseguimento de reunião, comício, manifestação ou desfile é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 174.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 174.º
Violação das liberdades de reunião e de manifestação

1. Quem, por meio de violência ou participação em tumulto, desordem ou vozearia, perturbar gravemente reunião, comício, manifestação ou desfile de propaganda é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.
2. Quem, da mesma forma, impedir a realização ou prosseguimento de reunião, comício, manifestação ou desfile 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 (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A tentativa (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

A **fonte** destas disposições é o artigo 124.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de reunião. O crime de violação da liberdade de reunião eleitoral é em regra, um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). Nos casos previstos no artigo 174.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, no artigo 196.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 e no artigo 174.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, o crime tem uma natureza distinta: trata-se de um crime de **perigo abstracto-concreto e de mera actividade**. **2**

O **tipo objectivo** consiste no impedimento, durante o período da campanha eleitoral, da realização ou do prosseguimento de uma reunião, comício, cortejo ou desfile de propaganda eleitoral. A reunião, comício, cortejo ou desfile são actos públicos, com a participação de pelo menos três pessoas, destinados a fins de propaganda eleitoral (sobre o conceito de propaganda ver a anotação ao artigo precedente e sobre o conceito penal de reunião ver a anotação ao artigo 254.º do meu "Comentário do Código Penal…"). O crime só se consuma com a obstrução prática do início ou continuação do acto público. O crime é de execução livre, salvo na lei das eleições autárquicas e nas leis dos referendos nacionais e locais, em que se configura como um crime de execução vinculada ("por meio de violência ou participação em tumulto, desordem ou vozearia", tendo esta expressão sido retirada do artigo 334.º do CP). A lei autárquica e as leis dos referendos nacionais e locais têm também a especialidade de preverem uma outra conduta criminal, além do impedimento da realização ou prosseguimento do acto público. Elas prevêem ainda a "perturbação grave" da reunião, comício, manifestação ou desfile, o que constitui uma antecipação da tutela penal, pois pune a conduta apta, numa perspectiva *ex ante*, de prognose póstuma, a criar perigo para o bem jurídico protegido pela norma (isto é, o perigo do impedimento do evento), devendo ser feita a prova pelo tribunal da potencialidade da acção causar a lesão. Dito de outro modo, no n.º 2 do artigo 174.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, no n.º 2 do artigo 196.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 e no n.º 2 do artigo 174.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, pune-se o impedimento efectivo do evento, enquanto no n.º 1 dos ditos artigos, se pune a conduta que, não tendo chegado a impedir o evento, era adequada a impedi-lo, tendo perturbado o curso normal do evento. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantos as reuniões, comícios, cortejos e desfiles que impedir durante o período da campanha eleitoral. **7**

Há **concurso efectivo** entre o crime de violação da liberdade de reunião eleitoral e o crime de desobediência a ordem de dispersão de reunião pública (artigo 304.º do CP). **8**

Nas eleições presidenciais, legislativas e europeias, este ilícito é punível com a pena de prisão até 1 ano e a pena de multa até 50 euros. Nas eleições regionais, o mesmo ilícito é punível com pena de prisão até 1 ano e pena de multa até 1000 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, a moldura penal varia consoante se trate do crime de dano do n.º 2 (prisão até 2 anos ou multa até 240 dias) ou do crime de perigo abstracto-concreto do n.º 1 do artigo 174.º (prisão **9**

até 1 ano ou multa até 120 dias), sendo notável a circunstância de a pena de multa ser alternativa da pena de prisão.

Artigo 125.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 125.º
(Reuniões, comícios, desfiles ou cortejos ilegais)

Aquele que promover reuniões, comícios, desfiles ou cortejos em contravenção com o disposto no artigo 49.º será punido com prisão até seis meses.

Artigo 136.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 136.º
(Reuniões, comícios, desfiles ou cortejos ilegais)

Aquele que promover reuniões, comícios, desfiles ou cortejos em contravenção com o disposto no artigo 59.º será punido com prisão até seis meses.

Artigo 138.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 138.º
Reuniões, comícios, desfiles ou cortejos ilegais

Aquele que promover reuniões, comícios, desfiles ou cortejos em contravenção com o disposto no artigo 61.º é punido com prisão até 6 meses.

Artigo 142.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 142.º
Reuniões, comícios, desfiles ou cortejos ilegais

Aquele que promover reuniões, comícios, desfiles ou cortejos em contravenção com o disposto no artigo 62.º é punido com pena de prisão até 6 meses.

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** da disposição é o artigo 15.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29.8.

2 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a ordem pública, a igualdade de oportunidades políticas e, indirectamente, a veracidade dos resultados eleitorais. A conduta de reuniões, comícios, desfiles ou cortejos ilegais é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de mera actividade** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). Esta incriminação é **inconstitucional**, na medida em que pune como crime a manifestação espontânea pacífica, violando o artigo 45.º da CRP e o artigo 11.º da CEDH (acórdãos do TEDH Atanau v. Turquia

e Ciloglu v. Turquia). Por isso, nas leis eleitorais autárquicas (artigo 207.º) e nas leis do referendo (artigo 225.º) e do referendo local (artigo 204.º), a conduta é, muito justamente, tipificada como uma contra-ordenação.

O **tipo objectivo** consiste na realização, durante o período de campanha eleitoral, de reunião, comício, desfile ou cortejo sem observância dos preceitos legais. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. O erro obre a legalidade da reunião, comício, desfile ou cortejo é um erro sobre um elemento normativo do tipo, que exclui o tipo (artigo 16.º, n.º 1). **4**

A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantas as reuniões, os comícios, os cortejos e os desfiles ilegais que realizar durante o período da campanha eleitoral. **7**

Nas eleições presidenciais, legislativas, europeias e regionais, o crime é punível com pena até seis meses de prisão, muito aquém da pena de dois anos de prisão prevista no artigo 15.º, n.º 3, do Decreto-Lei n.º 406/74, de 29.8. Nas eleições autárquicas, nos referendos e nos referendos locais, a conduta é sancionada com a coima máxima de 2500 euros! **8**

Artigo 126.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 126.º

(Violação dos deveres dos proprietários de salas de espectáculos e dos que as explorem)

O proprietário de sala de espectáculos ou aquele que a explora que não cumprir os deveres impostos pelos artigos 55.º, n.º 1, e 60.º será punido com prisão até seis meses e multa de 10 000$00 a 50 000$00.

Artigo 137.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 137.º

(Violação de deveres dos proprietários de salas de espectáculos e dos que as exploram)

O proprietário de sala de espectáculos ou aquele que explore que não cumprir os deveres impostos pelo n.º 2 do artigo 65.º e pelo artigo 69.º será punido com prisão até seis meses e multa de 10 000$00 a 50 000$00.

Artigo 139.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 139.º

Violação de deveres dos proprietários de salas de espectáculos e dos que as explorem

O proprietário de sala de espectáculos ou aquele que a explore que não cumprir os deveres impostos pelo n.º 2 do artigo 66.º e pelo artigo 70.º é punido com prisão até 6 meses e multa de € 1000 a € 5000.

Artigo 143.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 143.º

Violação dos deveres dos proprietários de salas de espectáculos e dos que as exploram

O proprietário de sala de espectáculos ou aquele que a explora que não cumprir os deveres impostos pelo n.º 2 do artigo 68.º e pelo artigo 73.º é punido com pena de prisão até 6 meses e pena de multa de € 1000 a € 5000.

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** destas disposições é o artigo 126.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76.

2 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a igualdade de oportunidades políticas e, indirectamente, a veracidade dos resultados eleitorais. A conduta de violação dos deveres dos proprietários de salas de espectáculo e dos que as explorem é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de omissão pura** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). Esta incriminação é **inconstitucional**, por ser manifestamente excessivo e desproporcional a incriminação do incumprimento dos referidos deveres de natureza estritamente administrativa (artigo 18.º da CRP). Por isso, na lei eleitoral autárquica (artigo 213.º) e nas leis do referendo (artigo 235.º) e do referendo local (artigo 212.º), a conduta é, muito justamente, tipificada como uma contra-ordenação.

3 O **tipo objectivo** consiste no incumprimento pelo proprietário de salas de espectáculos e dos que as explorem dos deveres legais relativamente aos eventos que nelas tenham lugar durante o período de campanha eleitoral, isto é, no dever de indicar a disponibilidade da sala e no dever de permitir a utilização da sala para eventos da campanha de acordo com a decisão do governador civil. Portanto, o agente do crime tem uma qualidade especial, que funda a ilicitude da conduta: a de proprietário da sala de espectáculo ou, no caso de a sua exploração comercial ter sido cedida a outrem, a de pessoa que explora da mesma. Trata-se de um **crime específico próprio**. Respondendo quem explora comercialmente a sala de espectáculo, não responde o seu proprietário, pois é aquele que deve cumprir os deveres legais típicos. Assim, o que revela para efeitos típicos é saber quem explora a sala de espectáculo, quem tira o lucro da actividade comercial.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. O erro sobre os deveres legais é um erro sobre um elemento normativo do tipo, que exclui o dolo (artigo 16.º, n.º 1, do CP).

5 A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado.

6 A qualidade do agente do crime **comunica-se** ao agente que a não possua (artigo 28.º, n.º 1, *in fine*), em face da natureza não estritamente pessoal dos deveres em causa.

O agente comete **tantos crimes** quantas as salas de que seja proprietário ou explorador que não tenha declarado ou cuja utilização não tenha permitido. No entanto, se o agente não declarar a sala e, tendo ela sido requisitada, não permitir a sua utilização, o agente comete apenas um crime. Este crime consome o crime de desobediência à ordem de requisição do governador civil, devendo a conduta ser punida com a pena mais grave do crime de desobediência (**consunção impura**). **7**

Não se compreende a variação das molduras penais. Nas eleições presidenciais, legislativas e europeias, o crime é punível com pena de prisão até seis meses e pena de multa até 250 euros. Nas eleições regionais, o crime é punível com pena de prisão até seis meses e pena de multa até 5000 euros. Nas eleições autárquicas, nos referendos e nos referendos locais, a conduta é sancionada com a coima máxima de 2500 euros (artigo 213.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8, artigo 235.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4, revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4, e artigo 212.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8)! **8**

Artigo 138.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 138.º
(Violação dos limites de propaganda gráfica e sonora)

Aquele que violar o disposto no n.º 4 do artigo 66.º será punido com multa de 500$00 a 2500$00.

Artigo 140.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 140.º
Violação dos limites da propaganda gráfica e sonora

Aquele que violar o disposto no n.º 4 do artigo 67.º é punido com multa de € 50 a € 250.

Artigo 144.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 144.º
Violação dos limites de propaganda gráfica e sonora

Aquele que violar o disposto no n.º 4 do artigo 69.º é punido com multa de € 50 a € 250.

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** destas disposições é o artigo 138.º da Lei n.º 14/79. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. A conduta de violação dos limites de propaganda gráfica e sonora é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto **2**

à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). Esta incriminação é **inconstitucional**, na medida em que limita desproporcionadamente a liberdade de expressão, violando o artigo 45.º da CRP e o artigo 11.º da CEDH. Por isso, na lei eleitoral autárquica (artigo 228.º) e nas leis do referendo (artigo 225.º) e do referendo local (artigo 205.º), a conduta é, muito justamente, tipificada como uma contra-ordenação. Acresce que a conduta não tem sequer relevância jurídica (nem criminal, nem contra-ordenacional) nas eleições presidenciais.

3 O **tipo objectivo** consiste na violação, durante a campanha eleitoral, dos limites de propaganda gráfica e sonora.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

5 A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado.

6 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**.

7 O agente comete **tantos crimes** quantas as violações cometidas durante o período da campanha eleitoral.

8 Nas eleições legislativas e europeias, a moldura das penas de multa varia entre 2 euros e 50 cêntimos e 12 euros e 50 cêntimos, mas nas eleições regionais já varia entre 50 euros e 250 euros. As coimas fixadas na legislação eleitoral autárquica e na legislação sobre referendos nacionais e locais variam entre 50 euros e 500 euros. O resultado da opção política é totalmente irracional: a mais alta pena de multa aplicável nas eleições legislativas e europeias é de valor inferior à mais baixa coima aplicável nas eleições autárquicas!

Artigo 127.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 127.º
(Dano em material de propaganda eleitoral)

1. Aquele que furtar, destruir, rasgar, ou por qualquer forma inutilizar, no todo ou em parte, ou tornar ilegível o material de propaganda eleitoral afixado ou o desfigurar ou colocar por cima dele qualquer material com o fim de o ocultar será punido com prisão até seis meses e multa de 1 000$00 a 10 000$00.

2. Não serão punidos os factos previstos no número anterior se o material de propaganda houver sido afixado na própria casa ou estabelecimento do agente sem o seu conhecimento ou contiver matéria francamente desactualizada.

Artigo 139.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 139.º
(Dano em material de propaganda eleitoral)

1. Aquele que roubar, furtar, destruir, rasgar ou por qualquer forma inutilizar, no todo ou em parte, ou tornar ilegível, o material de propaganda eleitoral afixado ou o desfigurar, ou colocar por cima dele qualquer material com o fim de o ocultar será punido com prisão até seis meses e multa de 1000$00 a 10 000$00.

2. Não serão punidos os factos previstos no número anterior se o material de propaganda houver sido afixado na própria casa ou estabelecimento do agente sem o seu consentimento ou contiver matéria francamente desactualizada.

Artigo 141.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 141.º
Dano em material de propaganda eleitoral

1. Aquele que roubar, furtar, destruir, rasgar ou por qualquer forma inutilizar, no todo ou em parte, ou tornar ilegível o material de propaganda eleitoral afixado ou o desfigurar, ou colocar por cima dele qualquer material com o fim de o ocultar, é punido com prisão até 6 meses e multa de € 100 a € 1000.

2. Não serão punidos os factos previstos no número anterior se o material de propaganda houver sido afixado na própria casa ou estabelecimento do agente sem o seu consentimento ou contiver matéria francamente desactualizada.

Artigo 145.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 145.º
Dano em material de propaganda eleitoral

1. Aquele que roubar, furtar, destruir, rasgar ou por qualquer forma inutilizar, no todo ou em parte, ou tornar ilegível o material de propaganda eleitoral afixado ou o desfigurar ou colocar por cima dele qualquer material com o fim de o ocultar é punido com pena de prisão até 6 meses e pena de multa de € 100 a € 1000.

2. Não são punidos os factos previstos no número anterior se o material de propaganda houver sido afixado na própria casa ou estabelecimento do agente sem o seu consentimento ou contiver matéria francamente desactualizada.

Artigo 175.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 175.º
Dano em material de propaganda

1. Quem roubar, furtar, destruir, rasgar, desfigurar ou por qualquer forma inutilizar ou tornar inelegível, no todo ou em parte, material de propaganda eleitoral ou colocar por cima dele qualquer outro material é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

2. Não são punidos os factos previstos no número anterior se o material tiver sido afixado em casa ou em estabelecimento de agente sem o consentimento deste.

Artigo 197.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 197.º
Dano em material de propaganda

1. Quem roubar, furtar, destruir, rasgar, desfigurar ou por qualquer forma inutilizar ou tornar ilegível, no todo ou em parte, material de propaganda ou colocar por cima dele qualquer outro material é punido com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias.

2. Não são punidos os factos previstos no número anterior se o material tiver sido afixado em casa ou em estabelecimento do agente, sem consentimento deste, ou quando contiver matéria manifestamente desactualizada.

Artigo 175.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 175.º
Dano em material de propaganda

1. Quem roubar, furtar, destruir, rasgar, desfigurar ou por qualquer forma inutilizar ou tornar ilegível, no todo ou em parte, material de propaganda durante o período da campanha para o referendo é punido com pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 60 dias.

2. Não são punidos os factos previstos no número anterior se o material tiver sido afixado em casa ou em estabelecimento de agente, sem conhecimento deste, ou tiver sido afixado antes do início da campanha.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A causa de justificação (anotação 5)
A tentativa (anotação 6)
A comparticipação (anotação 7)
O concurso (anotações 8 e 9)
A pena (anotação 10)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 127.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de expressão política e o direito de propriedade. A conduta de dano em material de propaganda eleitoral é um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

3 O **tipo objectivo** consiste no furto, destruição, destruição ("rasgar"), inutilização ("ou por qualquer forma inutilizar, no todo ou em parte ou tornar ilegível"), desfiguramento ou encobrimento de material de propaganda eleitoral afixado, durante o período de campanha eleitoral. A conduta só se consuma com o impedimento objectivo da transmissão da mensagem política do material de propaganda eleitoral (sobre o conceito de propaganda ver a anotação ao artigo 122.º).

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. A conduta de encobrimento de material de propaganda é, nalgumas leis eleitorais, acompanhada de um elemento subjectivo "com o fim de o ocultar". Este elemento subjectivo é desnecessário, porque reproduz o dolo do agente, nada acrescentando ao tipo subjectivo. Por isso, a lei eleitoral autárquica e as leis dos referendos nacionais e locais não prevêem este elemento subjectivo.

5 A conduta de dano durante o período de campanha eleitoral de material de propaganda eleitoral pelo proprietário de casa ou estabelecimento é **justificada**, quando ela tenha sido afixada sem o seu consentimento, ao menos tácito. Na lei das eleições presidenciais só se refere o "conhecimento", mas nas leis das eleições legislativas e regionais refere-se, com mais acerto, o "consentimento". Trata-se da tutelar o direito à propriedade e apenas este. O arrendatário ou outro terceiro não pode danificar material propagandístico afixado no local arrendado. Também é justificada a conduta de dano durante o período de campanha eleitoral de material de propaganda eleitoral, quando ela se refira a "matéria francamente desactualizada", isto é, a partidos inexistentes ou a actos eleitorais passados. Fora

do período da campanha eleitoral, a conduta de dano do material propagandístico não é sequer típica.

A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **6**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**. **7**

O agente comete **tantos crimes** quantos os actos de furto ou dano cometidos durante o período da campanha eleitoral. Se numa mesma ocasião o agente rasgar uns cartazes e furtar outros, só comete um crime. Mas se num dia pintar cartazes e noutro dia encobrir outros, ficando os cartazes inutilizados, comete dois crimes, eventualmente em continuação criminosa. **8**

Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de dano de material de propaganda eleitoral e os crimes de furto ou de dano, previstos no CP. Contudo, havendo algum factor de qualificação da conduta (por exemplo, o valor de um *placard* gigantesco), o agente deve ser punido pelas incriminações qualificadas do CP. **9**

Não se compreende a variação das molduras penais. Nas eleições presidenciais e legislativas, a conduta é punível com pena de prisão até 6 meses e pena de multa até 50 euros. Nas eleições regionais, a conduta é punível com pena de prisão até 6 meses e pena de multa até 1000 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, a conduta é punível com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. Todas estas molduras são consideravelmente inferiores às dos crimes simples de furto e de dano da lei geral, como se o legislador tivesse uma maior tolerância pela danificação do material no âmbito da contenda política. **10**

Artigo 128.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 128.º
(Desvio de correspondência)

O empregado dos correios que desencaminhar, retiver ou não entregar ao destinatário circulares, cartazes ou papéis de propaganda eleitoral de qualquer candidatura será punido com prisão até dois anos e multa de 500$00 a 5 000$00.

Artigo 140.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 140.º
(Desvio de correspondência)

O empregado dos correios que desencaminhar, retiver ou não entregar ao destinatário circulares, cartazes ou papéis de propaganda eleitoral de qualquer lista será punido com prisão até um ano e multa de 500$00 a 5000$00.

Artigo 142.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 142.º
Desvio de correspondência

O empregado dos correios que desencaminhar, retiver ou não entregar ao destinatário circulares, cartazes ou papéis de propaganda eleitoral de qualquer lista é punido com prisão até 1 ano e multa de € 50 a € 500.

Artigo 146.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 146.º
Desvio de correspondência

O empregado dos correios que desencaminhar, retiver ou não entregar ao destinatário circulares, cartazes ou papéis de propaganda eleitoral de qualquer lista é punido com pena de prisão até 2 anos e pena de multa de € 50 a € 500.

Artigo 176.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 176.º
Desvio de correspondência

O empregado dos correios que desencaminhar, retiver ou não entregar ao destinatário circular, cartazes ou outro meio de propaganda é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou pena de multa de 60 a 360 dias.

Artigo 198.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 198.º
Desvio de correspondência

O empregado dos correios que desencaminhar, retiver ou não entregar ao destinatário circular, cartazes ou outro meio de propaganda é punido com pena de prisão de seis meses a três anos ou pena de multa de 60 a 360 dias.

Artigo 176.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 176.º
Desvio de correspondência

O empregado dos correios que desencaminhar, retiver ou não entregar ao destinatário circular, cartazes ou outro meio de propaganda é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou pena de multa de 60 a 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

A **fonte** destas disposições é o artigo 128.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de expressão política e, acessoriamente, a integridade do exercício das funções públicas pelo empregado dos correios. A conduta de desvio de correspondência é um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto às formas "desencaminhar" ou "retiver" de consumação do ataque ao objecto da acção) ou de **omissão pura** (quanto à forma de "não entregar"). **2**

O **tipo objectivo** consiste no descaminho, retenção ou não entrega, durante o período da campanha eleitoral, de circulares, cartazes ou papéis de propaganda eleitoral, provenientes de uma qualquer candidatura. O correio pode ir fechado ou aberto. O agente do crime é o empregado dos correios, que não é necessariamente um funcionário, no sentido penal do termo. Trata-se de um **crime específico impróprio**. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A qualidade do agente do crime **comunica-se** ao agente que a não possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP), em face da natureza não estritamente pessoal dos deveres em causa. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantas vezes desencaminhar, retiver ou não entregar o material de propaganda eleitoral, durante o período da campanha eleitoral. **7**

Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de desvio de correspondência das leis eleitorais e o crime de violação de segredo de correspondência previsto no artigo 384.º do CP. Mais uma vez o legislador pune com mais tolerância a conduta do agente no âmbito do contexto da luta política. **8**

Mas a disparidade das molduras penais é dificilmente justificável. Nas eleições presidenciais, legislativas e europeias, o agente é punível com pena de prisão até 2 anos e pena de multa até 12 euros e 50 cêntimos. Nas eleições regionais dos Açores, a pena é de prisão até 1 ano e multa até 500 euros. Nas eleições regionais da Madeira, a pena já é de prisão até 2 anos e multa até 500 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, a pena é de prisão até 3 anos ou multa até 360 dias. **9**

Artigo 129.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 129.º
(Propaganda depois de encerrada a campanha eleitoral)

1. Aquele que no dia da eleição ou no anterior fizer propaganda eleitoral por qualquer meio será punido com prisão até seis meses e multa de 500$00 a 5 000$00.

2. Aquele que no dia da eleição fizer propaganda nas assembleias de voto ou nas suas imediações até 500m será punido com prisão até seis meses e multa de 1 000$00 a 10 000$00.

Artigo 141.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 141.º
(Propaganda depois de encerrada a campanha eleitoral)

1. Aquele que no dia da eleição ou no anterior fizer propaganda eleitoral por qualquer meio será punido com prisão até seis meses e multa de 500$00 a 5000$00.

2. Aquele que no dia da eleição fizer propaganda nas assembleias de voto ou nas suas imediações até 500 m será punido com prisão até seis meses e multa de 1000$ a 10 000$.

Artigo 143.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 143.º
Propaganda depois de encerrada a campanha eleitoral

1. Aquele que no dia da eleição ou no anterior fizer propaganda eleitoral por qualquer meio é punido com prisão até 6 meses e multa de € 50 a € 500.
2. Aquele que no dia da eleição fizer propaganda nas assembleias de voto ou nas suas imediações até 500 m é punido com prisão até 6 meses e multa de € 100 a € 1000.

Artigo 147.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 147.º
Propaganda depois de encerrada a campanha eleitoral

1. Aquele que no dia da eleição ou no anterior fizer propaganda eleitoral por qualquer meio é punido com pena de prisão até 6 meses e pena de multa de € 50 a € 500.
2. Aquele que no dia da eleição fizer propaganda nas assembleias de voto ou nas suas imediações até 500 m é punido com pena de prisão até 6 meses e pena de multa de € 100 a € 1000.

Artigo 177.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 177.º
Propaganda na véspera e no dia da eleição

1. Quem no dia da votação ou no anterior fizer propaganda eleitoral por qualquer meio é punido com pena de multa não inferior a 100 dias.
2. Quem no dia da votação fizer propaganda em assembleia de voto ou nas suas imediações até 50 m é punido com pena de prisão até 6 meses ou pena de multa não inferior a 60 dias.

Artigo 199.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 199.º
Propaganda no dia do referendo

1. Quem no dia do referendo fizer propaganda por qualquer meio é punido com pena de multa não inferior a 100 dias.
2. Quem no dia do referendo fizer propaganda em assembleia de voto ou nas suas imediações até 500 m é punido com pena de prisão até seis meses ou pena de multa não inferior a 60 dias.

Artigo 177.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 177.º
Propaganda no dia do referendo

1. Quem no dia do referendo fizer propaganda por qualquer meio é punido com pena de multa não inferior a 50 dias.

2. Quem no mesmo dia fizer propaganda em assembleia de voto ou nas suas imediações até 500 m é punido com pena de prisão até 3 meses ou pena de multa não inferior a 30 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** destas disposições é artigo 129.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de decisão política dos votantes. A conduta de propaganda depois de encerrada a campanha eleitoral é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto às formas de consumação do ataque ao objecto da acção). **2**

O **tipo objectivo** consiste na realização de propaganda eleitoral, por qualquer meio, no dia de eleição ou no anterior. A realização da propaganda na proximidade física do local de votação constitui uma circunstância qualificativa do ilícito. É incompreensível a distinção entre as distâncias relevantes nas diversas leis eleitorais (500 metros nas eleições presidenciais, legislativas e regionais e nos referendos nacionais e locais e 50 metros nas eleições autárquicas). Por outro lado, nas leis sobre referendos, a propaganda só é crime se realizada no dia do referendo, porque a propaganda realizada na véspera do referendo é apenas contra-ordenação (artigo 236.º da lei dos referendos e artigo 213.º da lei dos referendos locais). **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime cometido durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometido durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantos os actos de propaganda eleitoral no dia de eleição ou no anterior. Se numa mesma ocasião o agente utilizar meios de propaganda gráfica e sonora, só comete um crime. Mas se na véspera da eleição colar cartazes e no dia da véspera distribuir panfletos, comete dois crimes. **7**

A disparidade das molduras penais é injustificável. Nas eleições presidenciais, legislativas e europeias, o agente é punível com pena de prisão até 6 meses e pena de multa até 12 euros e 50 cêntimos e, no crime qualificado, com pena de multa até 25 euros. Nas eleições regionais, a pena é de prisão até 6 meses e multa **8**

até 500 euros e, no crime qualificado, com pena de multa até 1000 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais, a lei apenas prevê pena de multa até 100 dias ou, na forma qualificada, prisão até 6 meses ou multa até 60 dias. Já nos referendos locais, a lei prevê apenas pena de multa até 50 dias ou, na forma qualificada do crime, prisão até 3 meses ou multa até 30 dias.

Artigos 178.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

SECÇÃO IV
Crimes relativos à organização do processo de votação

Artigo 178.º
Desvio de boletins de voto

Quem subtrair, retiver ou impedir a distribuição de boletins de voto ou por qualquer outro meio contribuir para que estes não cheguem ao seu destino no tempo legalmente estabelecido é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou pena de multa não inferior a 60 dias.

Artigo 200.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

DIVISÃO III
Crimes relativos à organização do processo de votação

Artigo 200.º
Desvio de boletins de voto

Quem subtrair, retiver ou impedir a distribuição de boletins de voto ou por qualquer meio contribuir para que estes não cheguem ao seu destino no tempo legalmente estabelecido é punido com pena de prisão de seis meses a três anos ou pena de multa não inferior a 60 dias.

Artigo 178.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

SUBSECÇÃO III
Crimes relativos à organização do processo de votação

Artigo 178.º
Desvio de boletins de voto

Quem subtrair, retiver ou impedir a distribuição de boletins de voto, ou por qualquer meio contribuir para que estes não cheguem ao seu destino no tempo legalmente estabelecido, é punido com pena de prisão de 3 meses a 2 anos ou pena de multa não inferior 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)
A tentativa (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)

A **fonte** destas disposições é a lei do referendo. Esta incriminação só está prevista na lei eleitoral autárquica e nas leis sobre os referendos nacionais e locais. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de decisão política dos votantes. A conduta de desvio de boletins de voto é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto às formas de consumação do ataque ao objecto da acção). **2**

O **tipo objectivo** consiste na subtracção, retenção ou impedimento de distribuição dos boletins de voto (ainda não utilizados), por qualquer meio. Trata-se de um crime de execução livre, mas não inclui a alteração, nem a destruição punida pelo artigo 199.º da lei eleitoral autárquica. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um **crime comum**. **6**

O agente comete **tantos crimes** quantos os actos de desvio que realizar. **7**

Há uma relação de **concurso aparente (especialidade)** entre este crime e os crimes de furto e de dano previstos no CP. **8**

Artigo 134.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

SECÇÃO IV
Infracções relativas à eleição

Artigo 134.º
(Violação da capacidade eleitoral)

1. Aquele que, não possuindo capacidade eleitoral, se apresentar a votar será punido com a multa de 500$00 a 5 000$00.

2. Se o fizer fraudulentamente, tomando a identidade de cidadão inscrito, será punido com prisão maior de dois a oito anos.

3. Aquele que dolosamente violar o disposto no artigo 70.º será punido com prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 146.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

SECÇÃO III
Infracções relativas à eleição

Artigo 146.º
(Violação do direito de voto)

1. Aquele que, não possuindo capacidade eleitoral, se apresentar a votar será punido com a multa de 500$00 a 5000$00.

2. Se o fizer fraudulentamente, tomando a identidade de cidadão inscrito, será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 20 000$00 a 200 000$00.

3. Aquele que dolosamente violar o disposto no artigo 79.º será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 5000$00 a 20 000$00.

(artigo revogado pela Lei n.º 72/93)

Artigo 144.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

SECÇÃO III
Infracções relativas à eleição

Artigo 144.º
Violação do direito de voto

1. Aquele que, não possuindo capacidade eleitoral, se apresentar a votar é punido com multa de € 50 a € 500.

2. Se o fizer fraudulentamente, tomando a identidade de cidadão inscrito, é punido com prisão de 6 meses a 2 anos e multa de € 200 a € 2000.

3. Aquele que dolosamente violar o disposto no artigo 76.º é punido com prisão de 6 meses a 2 anos e multa de € 50 a € 200.

Artigo 148.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

SECÇÃO III
Infracções relativas à eleição

Artigo 148.º
Violação da capacidade eleitoral

1. Aquele que, não possuindo capacidade eleitoral, se apresentar a votar é punido com pena de multa de € 50 a € 500.

2. Se o fizer fraudulentamente, tomando a identidade de cidadão inscrito, é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos.

Artigo 179.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

SECÇÃO V
Crimes relativos à votação e ao apuramento

Artigo 179.º
Fraude em acto eleitoral

Quem, no decurso da efectivação da eleição:

a) Se apresentar fraudulentamente a votar tomando a identidade de eleitor inscrito; ou

b) Votar em mais de uma assembleia de voto, ou mais de uma vez na mesma assembleia, ou em mais de um boletim de voto relativo ao mesmo órgão autárquico, ou actuar por qualquer forma que conduza a um falso apuramento do escrutínio; ou

c) Falsear o apuramento, a publicação ou a acta oficial do resultado da votação; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 201.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

DIVISÃO IV
Crimes relativos ao sufrágio e ao apuramento

Artigo 201.º
Fraude em acto referendário

Quem, no decurso da efectivação de referendo:
a) Se apresentar fraudulentamente a votar tomando a identidade do eleitor inscrito;
b) Votar em mais de uma assembleia de voto, ou mais de uma vez na mesma assembleia ou em mais de um boletim de voto, ou actuar por qualquer forma que conduza a um falso apuramento do escrutínio;
c) Falsear o apuramento, a publicação ou a acta oficial do resultado da votação; é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 179.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

SUBSECÇÃO IV
Crimes relativos ao sufrágio e ao apuramento

Artigo 179.º
Fraude em acto referendário

Quem, no decurso da efectivação do referendo:
a) Se apresentar fraudulentamente a votar tomando a identidade do eleitor inscrito;
b) Votar em mais de uma assembleia de voto, ou mais de uma vez na mesma assembleia, ou em mais de um boletim de voto, ou actuar por qualquer forma que conduza a um falso apuramento do escrutínio;
c) Falsear o apuramento, a publicação ou a acta oficial do resultado da votação; é punido com pena de prisão até 2 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotação 7)
A pena (anotação 8)

A **fonte** destas disposições é o artigo 134.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. Todas as leis eleitorais punem esta conduta, com a excepção da lei das eleições legislativas, cujo artigo 146.º foi **revogado** pela Lei n.º 72/93. Esta revogação constituiu um lapso, atento o facto de o escopo da referida lei respeitar apenas à regulamentação do financiamento dos partidos políticos e ainda o facto de a referida lei não ter **revogado** disposições similares das outras leis eleitorais. As posteriores leis de financiamento dos partidos políticos não corrigiram o lapso. Portanto, as condutas desta natureza praticadas nas eleições legislativas devem ser punidas com recurso ao tipo da falsificação do artigo 256.º do CP. O mesmo sucede nas eleições europeias, por força da remissão legal do artigo 14.º da Lei n.º 14/87. **1**

O crime do artigo 179.º, al.ª b) e c), da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8, revoga, no âmbito das eleições autárquicas, o artigo 339.º do CP, mantendo embora a mesma configuração típica e pena.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. A conduta de violação da capacidade eleitoral prevista no artigo 134.º, n.os 1 e 2, da lei das eleições presidenciais é um **crime de perigo concreto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto às formas de consumação do ataque ao objecto da acção). A votação efectiva por quem não tem capacidade eleitoral representaria um dano para o bem jurídico, mas a lei penal antecipa a tutela para o momento prévio do perigo para o bem jurídico, isto é, a apresentação a votação. Contudo, na lei eleitoral autárquica, prevê-se a punição separada do crime de perigo ("se apresentar fraudulentamente") e o crime de dano ("votar"), no artigo 179.º da Lei Orgânica n.º 1/2001.

A conduta de violação da capacidade eleitoral prevista no artigo 134.º, n.º 3, da lei das eleições presidenciais é um **crime de dano (**quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). A votação efectiva quando não estão reunidas as condições legais para o voto antecipado (artigo 70.º-A, n.º 1) ou o voto por deficiente acompanhado de outro eleitor (artigo 74.º) representa um dano para a própria veracidade dos resultados eleitorais. Esta conduta é também punida nas eleições legislativas (artigo 146.º, n.º 3, por referência ao artigo 79.º), nas eleições regionais dos Açores (artigo 144.º, n.º 3, por referência ao artigo 76.º), mas incompreensivelmente já não é punida nas eleições regionais da Madeira (artigo 148.º), nem nas eleições autárquicas (artigo 179.º), nem nos referendos nacionais (artigo 201.º) e locais (artigo 179.º).

3 O **tipo objectivo** consiste (1) na apresentação a votar de alguém que não tem capacidade eleitoral, (2) na apresentação a votar de alguém que toma a identidade de cidadão inscrito, actuando de modo fraudulento, ou (3) no exercício do direito de voto fora das circunstâncias legais excepcionais que permitem o voto antecipado ou o voto por deficiente acompanhado de outro eleitor. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, o tipo objectivo não inclui a apresentação a votar de alguém que não tem capacidade eleitoral, incluindo apenas a fraude da identidade de eleitor inscrito, além da votação simultânea e do falseamento do apuramento, da publicação e da acta do resultado oficial da votação. O modo fraudulento supõe que o agente provoca o engano no terceiro, não sendo suficiente o aproveitamento passivo do engano alheio (ver a anotação ao artigo 160.º do meu "Comentário do Código Penal…"). O crime nas modalidades (1) e (2) só pode ser cometido por quem não tem capacidade eleitoral. Portanto, o agente deste crime tem uma qualidade especial, que constitui fundamento da ilicitude. Trata-se, pois, de um **crime específico próprio**. O crime na modalidade (3) pode ser cometido por qualquer pessoa, pelo que se trata de **crime comum**.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo, salvo no tocante à conduta fraudulenta, que é incompatível com o dolo eventual (ver a anotação ao artigo 14.º do meu "Comentário do Código Penal…").

5 O crime nas modalidades (1) e (2) consuma-se com a apresentação dos elementos de identificação a votar, não sendo necessário a votação efectiva pelo agente. O crime na modalidade (3) consuma-se com a votação por pessoa que não reúne as condições legais para o voto antecipado ou o voto por deficiente acompanhado de outro eleitor. A tentativa (impossível) não é punível se os elementos de identificação apresentados são manifestamente falsos. A **tentativa** do crime nas modalidades (2) e (3) é punível em quaisquer eleições, por força da regra geral do CP. A tentativa do crime na modalidade (1) cometida durante a campanha das eleições

presidenciais não é punível. A tentativa do crime na modalidade (1) cometida durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime na modalidade (1) cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado.

6 A qualidade do agente do crime nas modalidades (1) e (2) (pessoa sem capacidade eleitoral) **não se comunica** ao agente que a não possua (artigo 28.º, n.º 1, *in fine*, do CP), em face da natureza estritamente pessoal do direito em causa. A comparticipação no crime na modalidade (3) rege-se pelas regras gerais.

7 Há uma relação de **concurso aparente (consunção)** entre o crime de violação da capacidade eleitoral e o crime de falsificação de documento (ver a anotação ao artigo 256.º do meu "Comentário do Código Penal…").

8 A disparidade das molduras penais choca. Nas eleições presidenciais, a pena do crime de violação da capacidade eleitoral é apenas de pena de multa até 12 euros e 50 cêntimos. Ao invés, a fraude de identidade de cidadão inscrito é punível com pena até 8 anos de prisão, muito mais grave do que a pena de 5 anos de prisão prevista no artigo 256.º, n.º 2, do CP. Já nas eleições regionais dos Açores, o primeiro crime tem a pena de 500 euros de multa e o segundo de 2 anos de prisão e 2000 euros de multa, mas nas eleições regionais da Madeira, o primeiro crime tem a pena de multa de 500 euros e o segundo de prisão de 2 anos. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, o legislador reproduz a moldura penal do artigo 339.º do CP, punindo em alternativa com prisão até 2 anos ou multa até 240 dias.

Artigo 135.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 135.º
(Admissão ou exclusão abusiva do voto)

Aquele que concorrer para que seja admitido a votar quem não tem esse direito ou para a exclusão de quem o tiver, e bem assim o médico que atestar falsamente uma impossibilidade de exercício do direito de voto, será punido com prisão até dois anos e multa de 1 000$00 a 10 000$00.

Artigo 147.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 147.º
(Admissão ou exclusão abusiva do voto)

Aquele que concorrer para que seja admitido a votar quem não tem esse direito ou para a exclusão de quem o tiver e, bem assim, o médico que atestar falsamente uma impossibilidade de exercício do direito de voto, será punido com prisão até dois anos e multa de 1000$00 a 10 000$00.
(artigo revogado pela Lei n.º 72/93)

Artigo 145.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 145.º
Admissão ou exclusão abusiva do voto

Aquele que concorrer para que seja admitido a votar quem não tem esse direito ou para a exclusão de quem o tiver e, bem assim, o médico que atestar falsamente uma impossibilidade de exercício do direito de voto são punidos com prisão até 2 anos e multa de € 100 a € 1000.

Artigo 149.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 149.º
Admissão ou exclusão abusiva do voto

Aquele que concorrer para que seja admitido a votar quem não tem direito ou para a exclusão de quem o tiver, e bem assim o médico que atestar falsamente uma impossibilidade de exercício do direito de voto, é punido com pena de prisão até 2 anos e pena de multa de € 100 a € 1000.

Artigo 181.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 181.º
Admissão ou exclusão abusiva do voto

Os membros de mesa de assembleia de voto que contribuírem para que seja admitido a votar quem não tenha direito de sufrágio ou não o possa exercer nessa assembleia, bem como os que contribuírem para a exclusão de quem o tiver, são punidos com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 203.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 203.º
Admissão ou exclusão abusiva do voto

Os membros de mesa de assembleia de voto que contribuírem para que seja admitido a votar quem não tenha direito de sufrágio ou não o possa exercer nessa assembleia, bem como os que contribuírem para a exclusão de quem o tiver, são punidos com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 181.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 181.º
Admissão ou exclusão abusiva do voto

Os membros de mesa de assembleia de voto que contribuírem para que seja admitido a votar quem não tenha direito de sufrágio ou não o possa exercer nessa assembleia, bem como os que contribuírem para a exclusão de quem o tiver, são punidos com pena de prisão até 2 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotação 7)
A pena (anotação 8)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 135.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. Todas as leis eleitorais punem esta conduta, com a excepção da lei das eleições legislativas,

cujo artigo 147.º foi **revogado** pela Lei n.º 72/93. Esta revogação constituiu um lapso (ver a anotação aos artigos anteriores).

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. A conduta de admissão ou exclusão abusiva do voto é um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto às formas de consumação do ataque ao objecto da acção). A conduta de atestado falso é um crime de **perigo abstracto** e **de resultado**. **2**

O **tipo objectivo** consiste (1) na admissão abusiva a votar de quem não tem esse direito, (2) na exclusão abusiva de votar de quem tem esse direito ou (3) no atestado falso por médico da impossibilidade do exercício do direito de voto. Em regra, as condutas nas modalidades (1) e (2) podem ser cometidas por qualquer pessoa, tratando-se de um **crime comum**. Contudo, na lei das eleições autárquicas e nas leis dos referendos nacionais e locais, o tipo restringe a autoria aos "membros da assembleia de voto", pelo que se trata de um **crime específico próprio**. A conduta na modalidade (3) só pode ser cometida por um médico, pelo que se trata também de um **crime específico próprio**. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

O crime nas modalidades (1) e (2) só se consuma com a efectiva admissão ou exclusão abusiva do voto. O agente tem de "concorrer" para esse efeito, isto é, tem de ser responsável ou co-responsável causal pelo resultado da admissão ou exclusão ilegal do voto. Destarte, pune-se a conduta do cúmplice no crime de violação da capacidade eleitoral, que ficaria impune em face da não comunicabilidade da qualidade do agente do crime. O crime na modalidade (3) consuma-se com a emissão do atestado, mesmo que ele não venha a ser apresentado a qualquer autoridade pública. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A **comparticipação** nas modalidades (1) e (2) rege-se pelas regras gerais, com a excepção já referida do artigo 181.º da lei das eleições autárquicas, do artigo 203.º da lei do referendo nacional e do artigo 181.º da lei do referendo local. Nestes casos, a qualidade do agente (membro da mesa da assembleia de voto) é condição do ilícito e comunica-se a quem a não possuir (artigo 28.º, n.º 1, do CP). A comparticipação no crime na modalidade (3) é possível, sendo comunicável a qualidade de médico do agente (ver a anotação ao artigo 28.º do CP). **6**

Há uma relação de **concurso aparente (consunção)** entre o crime cometido na modalidade de atestado falso e o crime previsto no artigo 260.º do CP. **7**

Nas eleições presidenciais, o crime é punível, em qualquer das suas modalidades, com a pena de prisão até 2 anos e pena de multa até 5 euros. Nas eleições regionais, mantém-se a pena de prisão, mas o limite da pena de multa sobe até 200 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, mantém-se a pena de prisão, mas em alternativa é fixada a pena de multa até 240 dias, à imagem da moldura penal do artigo 260.º do CP. **8**

Artigo 136.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 136.º
(Impedimento de sufrágio por abuso de autoridade)

A autoridade que, dolosamente, no dia da eleição fizer, sobre qualquer pretexto, sair do seu domicílio ou permanecer fora dele qualquer eleitor para que não possa ir votar, será punida com prisão até dois anos e multa de 5 000$00 a 20 000$00.

Artigo 148.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 148.º
(Impedimento do sufrágio por abuso de autoridade)

O agente de autoridade que dolosamente, no dia das eleições, sob qualquer pretexto, fizer sair do seu domicílio ou permanecer fora dele qualquer eleitor para que não possa ir votar, será punido com prisão até dois anos e multa de 5000$00 a 20 000$00.
(artigo revogado pela Lei n.º 72/93)

Artigo 146.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 146.º
Impedimento do sufrágio por abuso de autoridade

O agente de autoridade que dolosamente, no dia das eleições, sob qualquer pretexto, fizer sair do seu domicílio ou permanecer fora dele qualquer eleitor para que não possa ir votar é punido com prisão até 2 anos e multa de € 500 a € 2000.

Artigo 150.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 150.º
Impedimento do sufrágio por abuso de autoridade

A autoridade que, dolosamente, no dia da eleição fizer, sob qualquer pretexto, sair do seu domicílio ou permanecer fora qualquer eleitor para que não possa ir votar, é punida com pena de prisão até 2 anos e pena de multa de € 500 a € 2000.

Artigo 183.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 183.º
Impedimento do sufrágio por abuso de autoridade

O agente de autoridade que, abusivamente, no dia da votação, sob qualquer pretexto, fizer sair do seu domicílio ou retiver fora dele qualquer eleitor para que não possa votar é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 205.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 205.º
Impedimento do sufrágio por abuso de autoridade

O agente de autoridade que abusivamente, no dia do referendo, sob qualquer pretexto, fizer sair do seu domicílio ou retiver fora dele qualquer eleitor para que não possa votar é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 183.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 183.º
Impedimento do sufrágio por abuso de autoridade

O agente de autoridade que abusivamente, no dia do referendo, sob qualquer pretexto, fizer sair do seu domicílio ou retiver fora dele qualquer eleitor para que este não possa votar é punido com pena de prisão até 2 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)
O acordo (anotação 5)
A tentativa (anotações 6 e 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotações 9 e 10)
A pena (anotação 11)

A **fonte** destas disposições é o artigo 136.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. Todas as leis eleitorais punem esta conduta, com a excepção da lei das eleições legislativas, cujo artigo 148.º foi **revogado** pela Lei n.º 72/93. Esta revogação constituiu um lapso (ver a anotação aos artigos anteriores). **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de participação política do eleitor. A conduta de admissão ou exclusão abusiva do voto é um **crime de perigo concreto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto às formas de consumação do ataque ao objecto da acção). **2**

O **tipo objectivo** consiste na ordem dada por uma "autoridade" a um eleitor, no dia de eleições, para sair do seu domicílio ou para permanecer fora dele. O conceito de "autoridade" ou de "agente de autoridade" deve ser interpretado no sentido de qualquer pessoa munida de um poder de dar ordens sobre outrem, seja no sector privado ou público. Portanto, trata-se de um **crime específico próprio**. **3**

O **tipo subjectivo** admite apenas as modalidades do dolo directo e necessário, uma vez que o tipo supõe um elemento subjectivo adicional (o fito de impedir o eleitor de votar) que é incompatível com o dolo eventual. **4**

O **acordo** do eleitor com a ordem dada afasta a ilicitude da conduta da autoridade, uma vez que o bem jurídico está na disponibilidade do eleitor, já que o exercício do voto é livre em Portugal. Tudo está em apurar com cautela se o acordo do eleitor foi ou não livre. **5**

6 O crime consuma-se com a criação da situação de perigo para o bem jurídico. A ordem dada não basta, é necessário que tenha sido criada uma situação objectiva de perigo para o bem jurídico, de tal como que o cumprimento da ordem impeça o exercício do direito de voto. Por exemplo, impede o direito de voto a ordem dada pelo patrão ao empregado, que é eleitor no concelho de Lisboa, de se deslocar ao Porto no dia das eleições.

7 A **tentativa** do crime cometida durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado.

8 A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não possuir (artigo 28.º, n.º 1, do CP).

9 O agente comete **tantos crimes** quantas as pessoas a que ele tenha impedido abusivamente o exercício do direito de voto, atenta a natureza pessoal do bem jurídico em causa.

10 Há uma relação de **concurso aparente (consunção)** entre o crime de impedimento do sufrágio e o crime de abuso de poder, previsto no artigo 382.º do CP, quando a "autoridade" que dê a ordem seja funcionário. Neste caso, deve punir-se com a pena de crime consumido (consunção impura).

11 Nas eleições legislativas, a **pena** aplicável é a prisão até 2 anos e a multa até 10 euros. Nas eleições regionais, mantém-se a pena de prisão, mas o limite da pena de multa sobe para os 2000 euros. Nas eleições autárquicas e nas leis sobre os referendos nacionais e locais, a pena de multa é fixada em alternativa na pena de prisão até 2 anos ou na pena de multa até 240 dias.

Artigo 182.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 182.º
Não facilitação do exercício de sufrágio

Os responsáveis pelos serviços ou empresas em actividade no dia da votação que recusarem aos respectivos funcionários ou trabalhadores dispensa pelo tempo suficiente para que possam votar são punidos com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 204.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 204.º
Não facilitação do exercício de sufrágio

Os responsáveis pelos serviços ou empresas em actividade no dia da eleição que recusarem aos respectivos funcionários ou trabalhadores dispensa pelo tempo suficiente para que possam votar são punidos com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 182.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 182.º
Não facilitação do exercício de sufrágio

Os responsáveis pelos serviços ou empresas em actividade no dia da eleição que recusem aos respectivos funcionários ou trabalhadores dispensa pelo tempo

suficiente para que possam votar são punidos 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 (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A tentativa (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

A fonte destas disposições é o artigo 182.º da Lei Orgânica n.º 1/2001. Só as leis das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais punem esta conduta. **1**

O bem jurídico protegido pela incriminação é a liberdade de participação política do eleitor. A conduta de não facilitação do exercício de sufrágio é um **crime de perigo concreto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à formas de consumação do ataque ao objecto da acção). **2**

O **tipo objectivo** consiste na recusa pelo "responsável pelo serviço ou empresa em actividade no dia das eleições" de dispensa pelo tempo suficiente para que os respectivos funcionários ou trabalhadores possam votar. O conceito de "responsável" deve ser interpretado no sentido de qualquer pessoa munida de um poder de dar ordens sobre outrem, seja no sector privado ou público. Portanto, trata-se de um **crime específico próprio**. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

O crime consuma-se com a comunicação da recusa ao empregado. Se o empregado for votar, apesar da ordem dada pelo "responsável", este não deixa de ser punível, como autor de um crime consumado. O mesmo sucede se o "responsável" autorizar a saída do local de trabalho para ir votar, mas não conceder o tempo suficiente para o efeito, pois efectivamente verificou-se uma "recusa de dispensa pelo tempo suficiente". A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não possuir (artigo 28.º, n.º 1, do CP). **6**

O agente comete **tantos crimes** quantas as pessoas a que ele tenha recusado a dispensa, atenta a natureza pessoal do bem jurídico. **7**

Há uma relação de **concurso aparente (consunção)** entre o crime de não facilitação e o crime de abuso de poder, previsto no artigo 382.º do CP, quando o "responsável" pela recusa seja funcionário. Neste caso, deve punir-se com a pena de crime consumido (consunção impura). **8**

A pena do crime é idêntica nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, mas muito inferior à pena do crime de impedimento do sufrágio, não obstante a similitude do ilícito. **9**

Artigo 137.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 137.º
(Voto plúrimo)

Aquele que votar mais de uma vez será punido com prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 149.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 149.º
(Voto plúrimo)

Aquele que votar mais de uma vez será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 20 000$00 a 100 000$00.

Sumário da anotação:
O voto plúrimo nas eleições presidenciais e legislativas (anotação 1)
O voto plúrimo nas eleições regionais (anotação 2)
O voto plúrimo nas eleições autárquicas (anotação 3)
O voto plúrimo nos referendos (anotação 4)

1 As disposições do artigo 137.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5, e do artigo 149.º da Lei n.º 14/79, de 16.5, estão **tacitamente revogadas** pelo artigo 339.º, n.º 1, al.ª a), do CP, que é aplicável no âmbito das eleições presidenciais e legislativas. Aliás, não fazia qualquer sentido a diferença das molduras penais aplicáveis nestas eleições: 8 anos de prisão para o voto plúrimo na eleição presidencial e 2 anos de prisão e multa até 500 euros na eleição legislativa. Portanto, desde 1982 vigoram apenas a moldura penal prevista no CP para estas condutas praticadas nas eleições presidenciais e legislativas.

2 No âmbito das eleições regionais, a conduta do voto plúrimo também é punível pelo artigo 339.º do CP, não havendo nas leis eleitorais regionais qualquer norma sobre o assunto (ver a anotação ao artigo 339.º do meu "Comentário do Código Penal...").

3 Ao invés, no âmbito das eleições autárquicas, o crime do artigo 179.º, al.ª b) e c), da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 também foi **tacitamente revogado** pelo artigo 339.º do CP, mantendo embora a mesma configuração típica e pena.

4 No âmbito dos referendos nacionais e locais, a conduta do voto plúrimo era sancionável pelo disposto nas disposições dos artigos 201.º, n.º 1, al.ª b) da lei do referendo nacional e do artigo 179.º, n.º 1, al.ª b) da lei do referendo local. A previsão da lei geral (artigo 339.º do CP) é aplicável nos referendos, pelo que aquelas disposições foram **revogadas tacitamente**.

Artigo 138.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 138.º
(Mandatário infiel)

Aquele que acompanhar um cego ou um deficiente a votar e, dolosamente, exprimir infielmente a sua vontade será punido com prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 150.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 150.º
(Mandatário infiel)

Aquele que acompanhar um cego ou um deficiente a votar e dolosamente exprimir a sua vontade será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 5000$00 a 20 000$00.

Artigo 147.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 147.º
Mandatário infiel

Aquele que acompanhar eleitor afectado por doença ou deficiência física notórias a votar e com dolo exprimir infielmente a sua vontade é punido com prisão de 6 meses a 2 anos e multa de € 500 a € 2000.

Artigo 151.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 151.º
Mandatário infiel

Aquele que acompanhar um cego ou um deficiente a votar e, dolosamente, exprimir infielmente a sua vontade é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos e pena de multa de € 500 a € 2000.

Artigo 190.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 190.º
Acompanhante infiel

Aquele que acompanhar ao acto de votar eleitor afectado por doença ou deficiência física notórias e não garantir com fidelidade a expressão ou o sigilo de voto é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 212.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 212.º
Acompanhante infiel

Aquele que acompanhar ao acto de votar eleitor afectado por doença ou deficiência física notórias e não garantir com fidelidade a expressão ou o sigilo de voto é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 190.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 190.º
Acompanhante infiel

Aquele que acompanhar ao acto de votar eleitor afectado por doença ou deficiência física notórias e não garantir com fidelidade a expressão ou o sigilo de voto 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 (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** destas disposições é o artigo 137.º do Decreto-Lei n.º 319.º-A/76.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o direito de participação política do eleitor. A conduta do mandatário infiel é um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

3 O **tipo objectivo** consiste na votação pelo mandatário em sentido contrário à vontade do eleitor cego ou deficiente. O agente do crime tem uma qualidade especial (a de mandatário do eleitor), que funda a ilicitude. Trata-se, pois, de um **crime específico próprio**.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade do dolo.

5 O crime consuma-se com a entrega do voto na mesa de assembleia de voto. A **tentativa** é sempre punível.

6 A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não possuir (artigo 28.º, n.º 1, do CP), atenta a natureza não estritamente pessoal da qualidade do agente.

7 Há uma relação de **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de mandatário infiel e o crime de fraude do eleitor previsto no artigo 341.º do CP.

8 A disparidade das molduras penais nas diversas eleições choca. Nas eleições presidenciais, o crime é punível com pena de prisão até 8 anos. Mas nas eleições legislativas já só é punível com pena de prisão até 2 anos e multa até 100 euros e nas regionais com a mesma pena de prisão e com pena de multas até 2000 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais, o acompanhante infiel pode ser punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de prisão até 120 dias. O legislador tutela diversamente a vontade do eleitor, como se ela valesse menos numas eleições do que noutras, como se fosse menos censurável desrespeitar a vontade do cego ou deficiente numas eleições do que noutras!

Artigo 139.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 139.º
(Violação de segredo de voto)

1. Aquele que na assembleia de voto ou nas suas imediações, até 500 m, usar de coacção ou artifício de qualquer natureza ou se servir do seu ascendente sobre o eleitor será punido com prisão até seis meses.

2. Aquele que na assembleia de voto ou nas suas imediações, até 500 m, revelar em que candidatura vai votar ou votou será punido com multa de 100$00 a 1 000$00.

Artigo 151.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 151.º
(Violação do segredo de voto)

1. Aquele que na assembleia de voto ou nas suas imediações até 500 m usar de coacção ou artifício de qualquer natureza ou se servir do seu ascendente sobre o eleitor para obter a revelação do voto será punido com prisão até seis meses.

2. Aquele que na assembleia de voto ou nas suas imediações até 500 m revelar em que lista vai votar ou votou será punido com multa de 100$00 a 1000$00.

Artigo 152.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 152.º
Violação do segredo de voto

Aquele que na assembleia de voto ou nas suas imediações, até 500 m, revelar em que lista vai votar ou votou é punido com uma coima de € 10 a € 100.

Artigo 180.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 180.º
Violação do segredo de voto

Quem em assembleia de voto ou nas suas imediações até 50 m:

a) Usar de coacção ou artifício fraudulento de qualquer natureza ou se servir do seu ascendente sobre eleitor para obter a revelação do voto deste é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias;

b) Revelar como votou ou vai votar é punido com pena de multa até 60 dias;

c) Der a outrem conhecimento do sentido de voto de um eleitor é punido com pena de multa até 60 dias.

Artigo 202.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 202.º
Violação do segredo de voto

Quem, em assembleia de voto ou nas suas imediações até 500 m:

a) Usar de coacção ou artifício fraudulento de qualquer natureza ou se servir do seu ascendente sobre eleitor para obter a revelação do voto deste é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias;

b) Revelar como votou ou vai votar é punido com pena de multa até 60 dias;

c) Der a outrem conhecimento do sentido de voto de um eleitor é punido com pena de multa até 60 dias.

Artigo 180.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 180.º
Violação do segredo de voto

Quem em assembleia de voto ou nas suas imediações até 500 m:

a) Usar de coacção ou artifício fraudulento de qualquer natureza ou se servir do seu ascendente sobre eleitor para obter a revelação do voto deste é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias;

b) Der a outrem conhecimento do sentido de voto de um eleitor é punido com pena de multa até 60 dias;

c) Revelar como votou ou vai votar é punido com pena de multa até 60 dias.

Sumário da anotação:
A revelação do voto nas eleições presidenciais e legislativas (anotação 1)
A revelação do voto nas eleições regionais (anotação 2)
A revelação do voto nas eleições autárquicas (anotação 3)
A revelação do voto nos referendos (anotação 4)

1 O artigo 139.º da lei das eleições presidenciais punia não só a revelação do voto pelo eleitor, mas também a tomada de conhecimento do voto com coacção ou artifício sobre o eleitor. Havia manifesto lapso na redacção do n.º 1 do dito artigo onde se omitia a expressão "para obter a revelação do voto", como resulta da epígrafe do próprio artigo e da comparação com o artigo 151.º, n.º 1, da lei das eleições legislativas. Sucede, contudo, que quer o artigo 139.º da lei das eleições presidenciais, quer o artigo 151.º da lei das eleições legislativas estão **tacitamente revogados** pelo artigo 342.º do CP, cujo âmbito de punição é mais amplo (ver a anotação ao artigo 342.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…").

2 Na lei das eleições regionais dos Açores, não se prevê qualquer norma sobre este assunto, sendo a conduta ilícita verificada nessas eleições punível nos termos gerais do CP. Já na lei das eleições regionais da Madeira, prevê-se, no seu artigo 152.º, uma disposição que pune a revelação do voto com coima. Portanto, o legislador descriminalizou esta conduta apenas no tocante às eleições regionais madeirenses!

3 Também na lei das eleições autárquicas, o legislador introduziu, no seu artigo 180.º, um regime de punição especial, que está **tacitamente revogado** pela disposição geral do artigo 342.º do CP, aprovada pela lei de revisão do CP de 2007. O legislador confirmou em 2007 que a eleição autárquica está incluída no âmbito de aplicação do artigo 342.º do CP.

4 No tocante aos referendos, a conduta de violação do segredo de voto está punida no artigo 202.º da lei do referendo e no artigo 180.º da lei do referendo local. A disposição do artigo 342.º do CP aplica-se aos referendos. Portanto, aquelas incriminações estão **tacitamente revogadas** pela disposição da lei geral, que foi mantida em 2007.

Artigo 140.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 140.º
(Coacção e artifício fraudulento sobre o eleitor)

1. Aquele que usar de violência ou ameaça sobre qualquer eleitor ou que usar de enganos, artifícios fraudulentos, falsas notícias ou qualquer outro meio ilícito para o constranger ou induzir a votar em determinada candidatura ou abster-se de votar será punido com prisão maior de dois a oito anos.

2. Será agravada a pena prevista no número anterior se a ameaça for cometida com uso de arma ou a violência for exercida por mais de duas pessoas.

Artigo 152.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 152.º
(Coacção e artifício fraudulento sobre o eleitor ou o candidato)

1. Aquele que usar de violência ou ameaça sobre qualquer eleitor ou que usar de enganos, artifícios fraudulentos, falsas notícias ou de qualquer outro meio ilícito para o constranger ou induzir a votar em determinada lista ou a abster-se de votar será punido com prisão de seis meses a dois anos.

2. Aquele que usar de violência ou ameaça sobre qualquer candidato ou usar de enganos, artifícios fraudulentos, falsas notícias ou de qualquer outro meio ilícito para o constranger ou induzir a desistir de se candidatar em determinada lista será punido com prisão de seis meses a dois anos.

3. Será agravada a pena prevista nos números anteriores se a ameaça for cometida com uso de arma ou a violência for exercida por duas ou mais pessoas.

Artigos 185.º e 187.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 185.º
Coacção do eleitor

Quem, por meio de violência, ameaça de violência ou de grave mal, constranger eleitor a votar, o impedir de votar ou o forçar a votar num certo sentido é punido com pena de prisão até 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Artigo 187.º
Fraude e corrupção de eleitor

1. Quem, mediante artifício fraudulento, levar eleitor a votar, o impedir de votar, o levar a votar em certo sentido ou comprar ou vender voto é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Nas mesmas penas incorre o eleitor aceitante de benefício proveniente de transacção do seu voto.

Artigos 207.º e 209.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 207.º
Coacção de eleitor

Quem, por meio de violência, ameaça de violência ou de grave mal, constranger eleitor a votar, o impedir de votar ou o forçar a votar num certo sentido é punido com pena de prisão até cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Artigo 209.º
Fraude e corrupção de eleitor

1. Quem, mediante artifício fraudulento, levar eleitor a votar, o impedir de votar, o levar a votar em certo sentido ou comprar ou vender voto é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Nas mesmas penas incorre o eleitor aceitante de benefício proveniente de transacção do seu voto.

Artigos 185.º e 187.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 185.º
Coacção de eleitor

Quem, por meio de violência, ameaça de violência ou de grave mal, constranger o eleitor a votar, o impedir de votar ou o forçar a votar num certo sentido é punido com pena de prisão até 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Artigo 187.º
Fraude e corrupção do eleitor

1. Quem, mediante artifício fraudulento, levar o eleitor a votar, o impedir de votar, conduzir a fazê-lo em certo sentido ou comprar ou vender o voto é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

2. Na mesma pena incorre aquele que oferecer, prometer ou conceder emprego público ou privado ou outra vantagem a um ou mais eleitores ou, por acordo com estes, a uma terceira pessoa mesmo quando a vantagem utilizada, prometida ou conseguida for dissimulada a título de indemnização pecuniária dada ao eleitor para despesas de viagem ou de estada ou de pagamento de alimentos ou bebidas ou a pretexto de despesas com a campanha eleitoral.

3. Em pena idêntica incorre ainda o eleitor aceitante do benefício ou vantagem provenientes da transacção do seu voto.

Sumário da anotação:
A coacção e a fraude sobre eleitor nas eleições presidenciais e legislativas (anotação 1)
A coacção e a fraude sobre eleitor nas eleições regionais (anotação 2)
A coacção e a fraude sobre eleitor nas eleições autárquicas (anotação 3)
A coacção e a fraude sobre eleitor nos referendos (anotação 4)

1 O artigo 140.º, n.º 1, da lei das eleições presidenciais e o artigo 152.º, n.º 1, da lei das eleições legislativas puniam a coacção e o artifício fraudulento sobre o eleitor. Estas disposições estão revogadas por disposições posteriores, os artigos 340.º e 341.º do CP, cujo âmbito de aplicação inclui, respectivamente, as eleições presidenciais e as eleições legislativas. Também o artigo 152.º, n.º 2, da lei das eleições legislativas está **revogado**, embora o CP não preveja a incriminação específica da coacção ou fraude sobre candidato, porquanto a incriminação geral da coacção (artigo 154.º do CP) é punível com pena mais grave. A agravação por força do uso de arma ou violência com duas ou mais pessoas deixou de vigorar, vigorando em seu lugar as agravações do artigo 155.º do CP.

2 Nas eleições regionais, aplicam-se às condutas de coacção e fraude sobre o eleitor as regras gerais do CP, uma vez que as leis eleitorais regionais nada dizem sobre o assunto.

3 Nas eleições autárquicas, a conduta de coacção sobre o eleitor era punível pelo artigo 185.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8, e a conduta de fraude de eleitor pelo artigo 187.º da mesma lei. Estes artigos estão **revogados**, respectivamente, pelos artigos 340.º e 341.º, n.º 1, al.ª a), do CP, que são normas aplicáveis às eleições autárquicas e foram mantidas em vigor pela reforma de 2007. Aliás, a configuração típica e as molduras penais dos ilícitos de coacção e fraude de eleitor são idênticas no CP e na lei das eleições autárquicas.

4 Nos referendos nacionais e locais, a conduta de coacção sobre o eleitor era punível pelos artigos 207.º e 209.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica

n.º 4/2005, de 3.4) (referendo) e a conduta de fraude de eleitor pelos artigos 185.º e 187.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local). Estes artigos estão **revogados**, respectivamente, pelos artigos 340.º e 341.º do CP, sendo a configuração típica e as molduras penais exactamente as mesmas das leis sobre os referendos.

Artigo 141.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 141.º
(Abuso de funções públicas ou equiparadas)

O cidadão investido de poder público, o funcionário ou agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e o Ministro de qualquer culto que, abusando das suas funções ou no exercício das mesmas, se servir delas para constranger ou induzir os eleitores a votar em determinada candidatura ou abster-se de votar nela será punido com prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 153.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 153.º
(Abuso de funções públicas ou equiparadas)

O cidadão investido de poder público, o funcionário ou agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e o ministro de qualquer culto que, abusando das suas funções ou no exercício das mesmas, se servir delas para constranger ou induzir os eleitores a votar em determinada ou determinadas listas, ou a abster-se de votar nelas, será punido com prisão de seis meses a dois anos de multa de 10 000$00 a 100 000$00.

Artigo 148.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 148.º
Abuso de funções públicas ou equiparadas

O cidadão investido de poder público, o funcionário ou agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e o ministro de qualquer culto que, abusando das suas funções ou no exercício das mesmas, se servir delas para constranger ou induzir os eleitores a votar em determinada ou determinadas listas, ou a abster-se de votar nelas, são punidos com prisão de 6 meses a 2 anos e multa de € 1000 a € 10 000.

Artigo 153.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 153.º
Abuso de funções públicas ou equiparadas

O cidadão investido de poder público, o funcionário ou agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e o ministro de qualquer culto que, abusando das suas funções ou no exercício das mesmas, se servir delas para constranger, induzir ou influenciar os eleitores a votar em determinada ou determinadas listas ou abster-se de votar nelas é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos e pena de multa de € 1000 a € 10 000.

Artigo 184.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 184.º
Abuso de funções

O cidadão investido de poder público, o funcionário ou agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e o ministro de qualquer culto que se sirvam abusivamente das funções ou do cargo para constranger ou induzir eleitores a votar ou a deixar de votar em determinado sentido são punidos com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 206.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 206.º
Abuso de funções

O cidadão investido de poder público, o funcionário ou agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e o ministro de qualquer culto que se sirvam abusivamente das funções ou do cargo para constranger ou induzir eleitores a votar ou a deixar de votar em determinado sentido são punidos com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 184.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 184.º
Abuso de funções

O cidadão investido de poder público, o funcionário ou agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública e o ministro de qualquer culto que se sirvam abusivamente das funções ou do cargo para constranger ou induzir eleitores a votar ou a deixar de votar em determinado sentido são punidos com pena de prisão até 2 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 141.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76.

2 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a liberdade de participação política do eleitor e, indirectamente, a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário. O crime de abuso de funções públicas ou equiparadas é um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). Com efeito, a similitude da moldura penal deste crime com a do crime de coacção aponta nesse sentido, sendo muito superior à moldura penal do crime de despedimento ou ameaça de despedimento.

3 O **tipo objectivo** consiste na coacção do eleitor a votar em determinado sentido ou a abster-se de votar. O agente do crime é um "cidadão revestido de poder público",

um funcionário ou um "agente do Estado ou de outra pessoa colectiva pública" ou ainda um ministro de culto, que age dentro ou fora do exercício das suas funções, mas em qualquer dos casos em violação dos deveres funcionais inerentes ao cargo que ocupa. Portanto, trata-se de um **crime específico próprio**.

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** é sempre punível (sobre a consumação da coacção ver a anotação ao artigo 154.º do CP). **5**

O agente comete **tantos crimes** quantas as pessoas que constranger, atenta a natureza pessoal do bem jurídico em causa. **6**

Há uma relação de **concurso aparente (consunção)** entre o crime de abuso de funções públicas e equiparadas e o crime de abuso de poder previsto no artigo 382.º do CP. Nos casos em que a moldura penal da lei consumptora seja menos grave, deve ser aplicada a lei consumida (consunção impura). **7**

Há uma relação de **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "abuso de funções públicas ou equiparadas" e o crime de coacção agravada punível pelo artigo 155.º, n.º 1, al.ª d), do CP. **8**

A variação das molduras penais é incompreensível. Nas eleições presidenciais, a conduta é punível com pena de prisão até 8 anos, nas eleições legislativas com pena de prisão até 2 anos e pena de multa até 500 euros, nas eleições regionais com a mesma pena de prisão, mas com a pena de multa até 10 000 euros, nas eleições autárquicas e nos referendos com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. O legislador discrimina os eleitores consoante a eleição, como se a liberdade de participação política não tivesse o mesmo valor em qualquer eleição. **9**

Artigo 142.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 142.º
(Despedimento ou ameaça de despedimento)

Aquele que despedir ou ameaçar despedir alguém do seu emprego, impedir ou ameaçar impedir alguém de obter emprego, aplicar ou ameaçar aplicar qualquer outra sanção abusiva, a fim de ele votar ou não votar, porque votou ou não votou em certa candidatura ou porque se absteve ou não de participar na campanha eleitoral, será punido com prisão até dois anos e multa até 20000$00, sem prejuízo da imediata readmissão do empregado se o despedimento ou outra sanção abusiva tiver chegado a efectivar-se.

Artigo 154.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 154.º
(Despedimento ou ameaça de despedimento)

Aquele que despedir ou ameaçar despedir alguém do seu emprego, impedir ou ameaçar impedir alguém de obter emprego, aplicar ou ameaçar aplicar qualquer outra sanção a fim de ele votar ou não votar, porque votou ou não votou em certa lista de candidatos ou porque se absteve ou não de participar na campanha eleitoral, será punido com prisão até dois anos e multa de 5000$00 a 20 000$00, sem prejuízo da nulidade da sanção e da automática readmissão do empregado, se o despedimento tiver chegado a efectuar-se.

Artigo 154.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 154.º
Despedimento ou ameaça de despedimento

Aquele que despedir ou ameaçar despedir alguém do seu emprego, impedir ou ameaçar impedir alguém de obter emprego, aplicar ou ameaçar aplicar qualquer outra sanção a fim de ele votar ou não votar, porque votou ou não votou em certa lista de candidatos ou porque se absteve ou não de participar na campanha eleitoral é punido com pena de prisão até 2 anos e pena de multa de € 500 a € 2000, sem prejuízo da nulidade da sanção e da automática readmissão do empregado, se o despedimento tiver chegado a efectuar-se.

Artigo 186.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 186.º
Coacção relativa a emprego

Quem aplicar ou ameaçar aplicar a um cidadão qualquer sanção no emprego, nomeadamente o despedimento, ou o impedir ou ameaçar impedir de obter emprego a fim de que vote ou deixe de votar ou porque votou ou não votou ou porque votou ou não votou em certo sentido ou ainda porque participou ou não participou em campanha eleitoral é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, sem prejuízo da nulidade da sanção e da automática readmissão no emprego, se o despedimento tiver chegado a efectivar-se.

Artigo 208.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 208.º
Coacção relativa a emprego

Quem aplicar ou ameaçar aplicar a um cidadão qualquer sanção no emprego, nomeadamente o despedimento, ou o impedir ou ameaçar impedir de obter emprego a fim de que vote ou deixe de votar ou porque votou em certo sentido, ou ainda porque participou ou não participou em campanha para o referendo, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias, sem prejuízo da nulidade da sanção e da automática readmissão no emprego se o despedimento tiver chegado a efectivar-se.

Artigo 186.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 186.º
Coacção relativa a emprego

Quem aplicar ou ameaçar aplicar a um cidadão qualquer sanção no emprego, nomeadamente a de despedimento, ou o impedir ou ameaçar impedir de obter emprego a fim de que vote ou deixe de votar ou porque votou ou não votou em certo sentido, ou ainda porque participou ou não participou em campanha para o referendo é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, sem prejuízo da nulidade da sanção e da automática readmissão no emprego se o despedimento tiver chegado a efectivar-se.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)

O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A culpa (anotação 5)
A tentativa (anotação 6)
A comparticipação (anotação 7)
O concurso (anotações 8 e 9)
A pena (anotação 10)
A "imediata" ou "automática" readmissão do empregado (anotação 11)

A **fonte** destas disposições é o artigo 142.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. Todas as leis eleitorais prevêem esta incriminação, com a excepção da lei das eleições regionais dos Açores. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de participação política do eleitor. A conduta de despedimento ou ameaça de despedimento é um crime de **perigo concreto** (quanto ao bem jurídico) e de **mera actividade** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). **2**

O tipo objectivo consiste no (1) despedimento abusivo do eleitor, (2) ameaça abusiva de despedimento do eleitor, (3) impedimento abusivo do eleitor obter emprego, (4) ameaça abusiva de impedimento do eleitor obter emprego, (5) aplicação ao eleitor de uma sanção abusiva ou (6) ameaça de aplicação ao eleitor de uma sanção abusiva. O crime só pode ser cometido pelo empregador privado, como resulta claro da parte final do tipo, que se refere à readmissão do empregado. O empregador só pode ser privado, uma vez que a conduta do empregador da função pública já é punível pelo crime de "abuso de funções públicas ou equiparadas". Portanto, trata-se de um **crime específico próprio**, uma vez que a qualidade de empregador da área privada funda o ilícito. A conduta só é típica se for abusiva, isto é, ilegal, por contrariar a lei laboral do despedimento e da contratação. Se durante o período da campanha eleitoral, o empregador tiver um motivo legal para despedir o empregado, a conduta do empregador não é típica, mesmo que ele vise com esse despedimento influenciar a decisão de voto. Por outro lado, a conduta deve ser objectivamente idónea, numa perspectiva *ex ante*, a levar o eleitor a votar ou deixar de votar, criando uma situação de perigo concreto para a liberdade de participação política do eleitor. **3**

O tipo subjectivo admite qualquer modalidade de dolo. A característica da conduta "abusiva" é um **elemento normativo do tipo**, sendo suficiente a sua valoração paralela na esfera do leigo. O tipo subjectivo inclui ainda um elemento subjectivo adicional: "a fim de ele votar ou não votar" (a intenção de o eleitor votar ou não votar). Trata-se de um resultado que não faz parte do tipo objectivo, mas que é provocado pela acção ulterior de um terceiro, o eleitor. Portanto, é um **crime de acto cortado** (ver a anotação ao artigo 14.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). **4**

A culpa inclui ainda um elemento subjectivo adicional, além da imputabilidade e da consciência da ilicitude. É o elemento da motivação do agente "porque votou ou não votou em certa candidatura ou porque se absteve ou não de participar na campanha eleitoral". Nestes casos, o eleitor já exerceu o seu direito de voto, pelo que a liberdade do eleitor é castigada *a posteriori* pelo agente do crime, sendo esta motivação do agente especialmente censurável. **5**

O crime consuma-se com o despedimento ou a ameaça de despedimento, o impedimento ou a ameaça de impedimento de obtenção de emprego, a aplicação ou ameaça de aplicação da sanção, não sendo necessário que o agente vote ou **6**

deixe de votar. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado.

7 A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não possuir (artigo 28.º, n.º 1, do CP), atenta a natureza não estritamente pessoal da qualidade do agente.

8 Atenta a natureza pessoal do bem jurídico em causa, o agente comete **tantos crimes** quantas as pessoas que despedir, impedir de obter emprego, sancionar ou ameaçar, mesmo que a conduta do agente tenha visado várias pessoas ao mesmo tempo.

9 Há uma relação de **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "despedimento ou ameaça de despedimento" com o fim de votar ou deixar de votar e o crime de coacção, devendo a conduta ser punível com a pena do crime geral. A moldura mais suave do crime de despedimento ou ameaça de despedimento só é aplicável aos casos em que o agente é motivado pelo facto de o eleitor ter votado ou não votado de certa forma ou ter-se abstido ou não de participar na campanha eleitoral.

10 Nas eleições presidenciais e legislativas, a pena é de prisão até 2 anos e multa até 100 euros. Nas eleições regionais madeirenses, a pena de prisão mantém-se, mas a pena de multa sobe para 10 000 euros. Na lei das eleições autárquicas e nas leis dos referendos nacionais e locais, a multa é alternativa e tem o valor máximo de 240 dias.

11 A "imediata" ou "automática" readmissão do empregado é uma consequência jurídico-civil que só o tribunal do trabalho pode tirar, pelo que extravasa da competência do tribunal criminal. A previsão abstrusa desta consequência jurídica da sentença penal só é conforme com a CRP, se for interpretada no sentido de que ela não prejudica a competência do tribunal do trabalho para declarar a nulidade do despedimento ou da sanção e repor o empregado na situação anterior.

Artigo 143.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 143.º
(Corrupção eleitoral)

1. Aquele que, por causa da eleição, oferecer, prometer ou conceder emprego público ou privado ou outra coisa ou vantagem a um ou mais eleitores ou, por acordo com estes, a uma terceira pessoa, mesmo quando a coisa ou vantagem utilizadas, prometidas ou conseguidas forem dissimuladas a título de indemnização pecuniária dada ao eleitor para despesas de viagem ou de estada ou de pagamento de alimentos ou bebidas ou a pretexto de despesas com a campanha eleitoral, será punido com prisão até dois anos e multa de 5 000$00 a 50 000$00.

2. A mesma pena será aplicada ao eleitor que aceitar qualquer dos benefícios previstos no número anterior.

Artigo 155.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 155.º
(Corrupção eleitoral)

1. Aquele que, para persuadir alguém a votar ou deixar de votar em determinada lista, oferecer, prometer ou conceder emprego público ou privado ou outra coisa ou

vantagem a um ou mais eleitores ou, por acordo com estes, a uma terceira pessoa, mesmo quando a coisa ou vantagem utilizadas, prometidas ou conseguidas forem dissimuladas a título de indemnização pecuniária dada ao eleitor para despesas de viagem ou de estada ou de pagamento de alimentos ou bebidas ou a pretexto de despesas com a campanha eleitoral, será punido com prisão até dois anos e multa de 5000$00 a 50 000$00.

2. A mesma pena será aplicada ao eleitor que aceitar qualquer dos benefícios previstos no número anterior.

Artigo 187.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 187.º
Fraude e corrupção de eleitor

1. Quem, mediante artifício fraudulento, levar eleitor a votar, o impedir de votar, o levar a votar em certo sentido ou comprar ou vender voto é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Nas mesmas penas incorre o eleitor aceitante de benefício proveniente de transacção do seu voto.

Sumário da anotação:
A corrupção do eleitor nas eleições presidenciais e legislativas (anotação 1)
A corrupção do eleitor nas eleições regionais (anotação 2)
A corrupção do eleitor nas eleições autárquicas (anotação 3)
A corrupção do eleitor nos referendos (anotação 4)

O artigo 143.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 e o artigo 155.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 puniam a corrupção do eleitor. Estas disposições estão **revogadas** por disposição posterior, o artigo 341.º, n.º 1, al.ª b) do CP, cujo âmbito de aplicação inclui as eleições presidenciais e as eleições legislativas. **1**

Nas leis eleitorais das regiões autónomas, não se prevê qualquer disposição sobre este assunto, sendo também aplicáveis as regras gerais do CP. **2**

Nas eleições autárquicas, a conduta de corrupção de eleitor era punível pelo artigo 187.º da Lei Orgânica n.º 1/2001. Este artigo está **revogado** pelo dito artigo 341.º, n.º 1, al.ª b), do CP, que é norma aplicável às eleições autárquicas e foi mantida em vigor pela reforma de 2007. Aliás, a configuração típica e as molduras penais dos ilícitos de corrupção de eleitor são idênticas no CP e na lei das eleições autárquicas (ver a anotação ao artigo 341.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). **3**

Nos referendos nacionais e locais, a conduta de corrupção era punível, respectivamente, pelo artigo 187.º, n.º 1 e 2, da Lei Orgânica n.º 4/2000, e pelo artigo 209.º da Lei Orgânica n.º 15-A/98, revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4. Estes artigos estão **revogados** pelo referido artigo 341.º, n.º 1, al.ª b) do CP. Aliás, era completamente incompreensível que a corrupção do eleitor no referendo nacional fosse punível com pena de 1 ano de prisão ou 120 dias de multa e no referendo local fosse punível com pena de 2 anos de prisão ou 240 dias de multa. **4**

Artigo 144.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 144.º
(Não exibição da urna)

1. O presidente da mesa da assembleia de voto que não exibir a urna perante os eleitores antes do início da votação será punido com multa de 1 000$00 a 10 000$00.

2. Se na urna entrarem boletins de voto não introduzidos pelo presidente, será este punido também com pena de prisão até seis meses.

Artigo 156.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 156.º
(Não exibição da urna)

1. O presidente da mesa de assembleia ou secção de voto que não exibir a urna perante os eleitores antes do início da votação será punido com multa de 1000$00 a 10 000$00.

2. Se se verificar que na urna não exibida se encontravam boletins de voto, será o presidente punido também com pena de prisão até seis meses, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

Artigo 149.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 149.º
Não exibição da urna

1. O presidente da mesa de assembleia ou secção de voto que não exibir a urna perante os eleitores antes do início da votação é punido com multa de € 100 a € 1000.

2. Se se verificar que na urna não exibida se encontravam boletins de voto, o presidente é também punido com pena de prisão até 6 meses, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

Artigo 155.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 155.º
Não exibição da urna

1. O presidente da mesa da assembleia de voto que não exibir a urna perante os eleitores antes do início da votação é punido com pena de multa de € 100 a € 1000.

2. Se se verificar que na urna não exibida se encontravam boletins de voto, o presidente é punido também com pena de prisão até 6 meses, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte.

Artigo 189.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 189.º
Não exibição da urna

O presidente de mesa de assembleia de voto que não exibir a urna perante os eleitores é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 211.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 211.º
Não exibição da urna

O presidente de mesa de assembleia de voto que não exibir a urna perante os eleitores é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 189.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 189.º
Não exibição da urna

O presidente da mesa da assembleia de voto que não exibir a urna perante os eleitores é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 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** destas disposições é o artigo 144.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. **2**
O crime de não exibição da urna é um **crime de perigo abstracto** e de **omissão pura**. O crime de entrada de boletins de voto na urna não introduzidos pelo presidente é um **crime de perigo abstracto** e de **mera actividade**. Em todas as leis eleitorais são puníveis estas condutas, salvo na lei das eleições autárquicas e nas leis dos referendos nacionais e locais, em que não se pune a conduta de entrada de boletins de voto na urna não introduzidos pelo presidente.

O **tipo objectivo** consiste (1) na não exibição da urna perante os eleitores antes do início da votação ou (2) na entrada de boletins na urna de voto não introduzidos pelo presidente da assembleia da mesa de voto. O agente do crime na modalidade (1) tem uma qualidade especial, que funda o ilícito. Ele é o presidente da mesa da assembleia. Trata-se, pois, de um **crime específico próprio**. O agente do crime na modalidade (2) tem também uma qualidade especial: não pode ser presidente da mesa da assembleia de voto. Trata-se, portanto, também de um **crime específico próprio**. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime na modalidade (1) não é punível (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). A tentativa do crime na modalidade (2) cometida durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa desse crime cometida durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa desse crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. **5**

A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não tenha (artigo 28.º, n.º 1, do CP), em face da natureza não estritamente pessoal da dita qualidade. **6**

O agente que introduzir vários boletins de voto na urna numa mesma ocasião comete um só crime, independentemente do número de votos que introduzir e do número de urnas em que os introduzir. **7**

É irracional a variação das molduras penais nas diversas eleições. Nas eleições presidenciais e legislativas, o crime na modalidade (1) é punível com pena de multa até 5 euros e na modalidade (2) com pena de prisão até 6 meses. Nos referendos nacionais e locais, o crime na modalidade (2) tem a mesma pena, mas o crime na modalidade (1) tem pena de multa até 1000 euros. Nas eleições autárquicas e nos **8**

referendos nacionais e locais, só se pune o crime na modalidade (1) com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

Artigo 145.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 145.º
(Introdução de boletim na urna, desvio desta ou de boletins de voto)

Aquele que fraudulentamente introduzir boletins de voto na urna antes ou depois do início da votação, se apoderar da urna com os boletins de voto nela recolhidos, mas ainda não apurados, ou se apoderar de um ou mais boletins de voto nela recolhidos, mas ainda não apurados, ou se apoderar de um ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia eleitoral até ao apuramento geral da eleição, será punido com prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 157.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 157.º
(Introdução do boletim na urna e desvio desta ou de boletins de voto)

Aquele que fraudulentamente introduzir boletins de voto na urna antes ou depois do início da votação, se apoderar da urna com os boletins de voto nela recolhidos mas ainda não apurados ou se apoderar de um ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia eleitoral até ao apuramento geral da eleição, será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 20 000$00 a 200 000$00.

Artigo 150.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 150.º
Introdução do boletim na urna e desvio desta ou de boletins de voto

Aquele que fraudulentamente introduzir boletins de voto na urna antes ou depois do início da votação, se apoderar da urna com os boletins de voto nela recolhidos mas ainda não apurados ou se apoderar de um ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia eleitoral até ao apuramento geral da eleição, é punido com prisão de 6 meses a 2 anos e multa de € 2000 a € 20 000.

Artigo 156.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 156.º
Introdução de boletins na urna, desvio desta ou de boletins de voto

Aquele que fraudulentamente introduzir boletins de voto na urna antes ou depois do início da votação, se apoderar da urna com os boletins de voto nela recolhidos mas ainda não apurados ou se apoderar de um ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia eleitoral até ao apuramento geral da eleição, é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos e pena de multa de € 2000 a € 20 000.

Artigo 191.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 191.º

Introdução fraudulenta de boletim na urna ou desvio da urna ou de boletim de voto

Quem fraudulentamente introduzir boletim de voto na urna antes ou depois do início da votação, se apoderar da urna com os boletins de voto nela recolhidos mas ainda não apurados ou se apoderar de um ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia de voto até ao apuramento geral da eleição, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

Artigo 213.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 213.º

Introdução fraudulenta de boletim na urna ou desvio da urna ou de boletim de voto

Quem fraudulentamente introduzir boletim de voto na urna antes ou depois do início da votação, se apoderar da urna com os boletins de voto nela recolhidos mas ainda não apurados ou se apoderar de um ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia de voto até ao apuramento geral do referendo, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa até 360 dias.

Artigo 191.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 191.º

Introdução fraudulenta de boletim na urna ou desvio da urna ou de boletim de voto

Quem fraudulentamente introduzir boletim de voto na urna antes ou depois do início da votação, se apoderar da urna com os boletins de voto nela recolhidos mas ainda não apurados ou se apoderar de um ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia de voto até ao apuramento geral do referendo, é punido com pena de prisão até 3 anos ou 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

A **fonte** destas disposições é o artigo 145.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. **2**
O crime de introdução de boletim na urna, desvio desta ou de boletins de voto é um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto ao modo de atingir o objecto da acção).

O **tipo objectivo** consiste (1) na introdução de um ou mais boletins de voto na urna antes ou depois do início da votação, (2) no desvio de uma ou mais urnas com os boletins de voto nela recolhidos, mas ainda não apurados, (3) no desvio de um ou mais votos recolhidos na urna, mas ainda não apurados, ou (4) no desvio de um **3**

ou mais boletins de voto em qualquer momento, desde a abertura da assembleia eleitoral até ao apuramento geral da eleição.

4 O **tipo subjectivo** só admite as modalidades de dolo directo e necessário, uma vez que o intuito fraudulento é incompatível com o dolo eventual (ver a anotação ao artigo 14.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…).

5 O crime consuma-se com a introdução do voto na urna ou com o apossamento da urna ou do voto nela recolhido. A **tentativa** é sempre punível.

6 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais.

7 Quando o agente introduz na mesma ocasião vários votos na urna, ele comete apenas **um crime**. Quando o agente se apodera na mesma ocasião de várias urnas ou de vários votos, ele comete um só crime.

8 Há um **concurso aparente (consunção)** entre o crime de desvio de urna ou de voto e o crime de furto.

9 É incompreensível a variação das molduras penais. Nas eleições presidenciais, o crime é punível com pena de prisão até 8 anos, nas eleições legislativas, com pena de prisão até 2 anos e multa até 1000 euros, nas eleições regionais com a mesma pena de prisão e multa até 20 000 euros, nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

Artigo 146.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 146.º

(Fraudes da mesa da assembleia de voto e da assembleia de apuramento distrital e geral)

1. O membro da mesa da assembleia de voto que dolosamente apuser ou consentir que se aponha nota de descarga em eleitor que não votou ou que não a apuser em eleitor que votou, que trocar na leitura dos boletins de voto a candidatura votada, que diminuir ou aditar votos a uma candidatura no apuramento, ou que por qualquer modo falsear a verdade da eleição, será punido com prisão maior de dois a oito anos.

2. As mesmas penas serão aplicadas ao membro da assembleia de apuramento distrital e geral que cometer qualquer dos actos previstos no número anterior.

Artigo 158.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 158.º

(Fraudes da mesa da assembleia de voto e da assembleia de apuramento geral)

1. O membro da mesa da assembleia ou secção de voto que dolosamente apuser ou consentir que se aponha nota de descarga em eleitor que não votou ou que não a apuser em eleitor que votou, que trocar na leitura dos boletins de voto a lista votada, que diminuir ou aditar votos a uma lista no apuramento ou que por qualquer modo falsear a verdade da eleição será punido com prisão de seis meses a dois anos e multa de 20 000$00 a 100 000$00.

2. As mesmas penas serão aplicadas ao membro da assembleia de apuramento geral que cometer qualquer dos actos previstos no número anterior.

Artigo 152.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 152.º

Fraudes da mesa de assembleia de voto e da assembleia de apuramento geral

1. O membro da mesa da assembleia ou secção de voto que dolosamente apuser ou consentir que se aponha nota de descarga em eleitor que não votar ou que não a

apuser em eleitor que votou, que trocar na leitura dos boletins de voto a lista votada, que diminuir ou aditar votos a uma lista no apuramento ou que por qualquer modo falsear a verdade da eleição é punido com prisão de 6 meses a 2 anos e multa de € 2000 a € 10 000.

2. As mesmas penas são aplicadas ao membro da assembleia de apuramento geral que cometer qualquer dos actos previstos no número anterior.

Artigo 157.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 157.º

Fraudes da mesa da assembleia de voto e da assembleia de apuramento geral

1. O membro da mesa da assembleia ou secção de voto que dolosamente apuser ou consentir que se aponha nota de descarga em eleitor que não votou ou que não a apuser em eleitor que votou, que trocar na leitura de boletins de voto a lista votada, que diminuir ou aditar votos a uma lista no apuramento ou que por qualquer modo falsear a verdade da eleição é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos e pena de multa de € 2000 a € 10 000.

2. As mesmas penas são aplicadas ao membro da assembleia de apuramento geral que cometer qualquer dos actos previstos no número anterior.

Artigo 192.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 192.º

Fraudes da mesa da assembleia de voto e de apuramento

O membro da mesa de assembleia de voto ou da assembleia de apuramento que apuser ou consentir que se aponha nota de descarga em eleitor que não votou ou que não a apuser em eleitor que tiver votado, que fizer leitura infiel de boletim de voto, que diminuir ou aditar voto no apuramento ou que de qualquer modo falsear a verdade da eleição é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 214.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 214.º

Fraudes praticadas por membro da mesa da assembleia de voto

O membro da mesa de assembleia de voto que apuser ou consentir que se aponha nota de descarga em eleitor que não votou ou que não a apuser em eleitor que tiver votado, que fizer leitura infiel de boletim de voto ou de resposta a qualquer pergunta, que diminuir ou aditar voto a uma resposta no apuramento ou que de qualquer modo falsear a verdade do referendo é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 192.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 192.º

Fraudes praticadas por membro da mesa de assembleia de voto

O membro da mesa de assembleia de voto que apuser ou consentir que se aponha nota de descarga em eleitor que não votou ou que não a apuser em eleitor que tiver votado, que fizer leitura infiel do boletim de voto ou de resposta a qualquer

pergunta, que diminuir ou aditar voto a uma resposta no apuramento ou que de qualquer modo falsear a verdade do referendo é punido com pena de prisão até 2 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 e 8)
A pena (anotação 9)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 146.º do Decreto-Lei n.º 319.º-A/76.

2 O bem jurídico protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de fraudes da mesa da assembleia de voto e da assembleia de apuramento distrital e geral é, em regra, um **crime de dano** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto ao modo de atingir o objecto da acção). No caso de não aposição da nota de descarga, o crime é **de dano** e **de omissão pura**.

3 O **tipo objectivo** consiste na (1) aposição ou no consentimento na aposição de nota de descarga em eleitor que não votou, (2) não aposição de nota de descarga em eleitor que votou, (3) troca na leitura dos boletins de voto do sentido do voto, (4) diminuição ou adição de votos a uma candidatura ou lista no apuramento, (5) falseamento por qualquer modo da "verdade da eleição". Esta última modalidade é inconstitucional, dada a sua completa indeterminação típica. Portanto, é **inconstitucional** a parte da incriminação relativa ao falseamento por qualquer modo da verdade da eleição, por violar o princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1, da CRP). As restantes modalidades do crime só podem ser cometidas por membro da mesa da assembleia de voto ou por membro da assembleia de apuramento distrital e geral. O agente tem uma qualidade que agrava o ilícito previsto no artigo 339.º, n.º 1, al.ª b) do CP. Trata-se, pois, de um **crime específico impróprio**.

4 O **tipo subjectivo** só admite as modalidades de dolo directo e necessário, uma vez que o intuito fraudulento deste crime ("Fraudes da mesa…") é incompatível com o dolo eventual (ver a anotação ao artigo 14.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…).

5 A **tentativa** é punível, salvo no caso da "tentativa" de omissão pura de não aposição de nota de descarga (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…").

6 A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não possua (artigo 28, n.º 1, do CP), atenta a natureza não estritamente pessoal da qualidade. Contudo, quando o membro da mesa da assembleia de voto ou da assembleia de apuramento distrital e geral apenas consente na aposição da nota de descarga, ele comete o crime específico impróprio previsto nas leis eleitorais e quem apõe a nota de descarga comete o crime comum do artigo 339.º, n.º 1, al.ª b) do CP.

7 O agente comete **um só crime**, independentemente do número de vezes que apuser ou consentir na aposição da nota de descarga em eleitor que não votou, ou não apuser ou consentir na não aposição da nota de descarga em eleitor que votou, ou tocar a candidatura ou lista votada aquando da leitura dos boletins de voto, ou diminuir ou aditar votos a uma candidatura ou lista.

8 Há uma relação de **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "fraudes da mesa da assembleia de voto e da assembleia de apuramento distrital e geral"

e o crime de falseamento punível nos termos do artigo 339.º, n.º 1, al.ª b), do CP, uma vez que este é um crime comum, pelo que se aplica a todas as pessoas excepto o membro da mesa da assembleia de voto e o membro da assembleia de apuramento distrital e geral.

É incompreensível a variação das molduras penais. Nas eleições presidenciais, o crime é punível com pena até 8 anos de prisão, nas eleições legislativas com pena de multa até 2 anos de prisão e multa até 500 euros, nas eleições regionais com a mesma pena de prisão de 2 anos, mas a multa até 10 000 euros, nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. **9**

Artigo 147.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 147.º
(Obstrução à fiscalização)

1. Aquele que impedir a entrada ou saída de qualquer delegado das candidaturas nas assembleias eleitorais ou que por qualquer modo tentar opor-se a que eles exerçam todos os poderes que lhes são conferidos pela presente lei será punido com prisão de seis meses a dois anos.

2. Se se tratar do presidente da mesa, a pena será de prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 159.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 159.º
(Obstrução a fiscalização)

1. Aquele que impedir a entrada ou saída de qualquer dos delegados das listas nas assembleias eleitorais ou que por qualquer modo tentar opor-se a que eles exerçam todos os poderes que lhe são conferidos pela presente lei será punido com pena de prisão.

2. Se se tratar do presidente da mesa, a pena não será, em qualquer caso, inferior a seis meses.

Artigo 153.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 153.º
Obstrução à fiscalização

1. Aquele que impedir a entrada ou saída de qualquer dos delegados das listas nas assembleias eleitorais ou que por qualquer modo tentar opor-se a que eles exerçam todos os poderes que lhes são conferidos pela presente lei é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos.

2. Se se tratar do presidente da mesa, a pena não é, em qualquer caso, inferior a 6 meses.

Artigo 158.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 158.º
Obstrução à fiscalização

1. Aquele que impedir a entrada ou saída de qualquer dos delegados das listas nas assembleias eleitorais ou que por qualquer modo tentar opor-se a que eles

exerçam todos os poderes que lhes são conferidos pela presente lei é punido com pena de prisão de 6 meses a 2 anos.

2. Se se tratar do presidente da mesa, a pena de prisão não é, em qualquer caso, inferior a 1 ano.

Artigo 193.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 193.º
Obstrução à fiscalização

1. Quem impedir a entrada ou a saída em assembleia de voto ou de apuramento de qualquer delegado de partido ou coligação interveniente em campanha eleitoral ou por qualquer modo tentar opor-se a que exerça os poderes que lhe são conferidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2. Se se tratar do presidente da mesa a pena não será, em qualquer caso, inferior a 1 ano.

Artigo 215.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 215.º
Obstrução à fiscalização

Quem impedir a entrada ou a saída em assembleia de voto ou de apuramento de qualquer delegado de partido ou grupo de cidadãos interveniente em campanha para referendo, ou por qualquer modo tentar opor-se a que exerça os poderes conferidos pela presente lei, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 193.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 193.º
Obstrução à fiscalização

Quem impedir a entrada ou a saída em assembleia de voto ou de apuramento de qualquer delegado ou grupo de cidadãos interveniente em campanha para referendo ou por qualquer modo tentar opor-se a que exerça os poderes que lhe são conferidos pela presente lei é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 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)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 147.º do Decreto-Lei n.º 319.º-A/76.

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de obstrução à fiscalização é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto ao modo de atingir o objecto da acção). **2**

O **tipo objectivo** consiste no (1) impedimento da entrada ou saída de qualquer delegado das candidaturas nas assembleias eleitorais ou (2) na tentativa de obstrução a que eles exerçam os seus poderes legais de fiscalização. O crime simples pode ser cometido por qualquer pessoa, tratando-se de um **crime comum**. O tipo prevê uma agravação quando o crime seja cometido pelo presidente da mesa (**crime específico impróprio**). Na modalidade (2), verifica-se uma equiparação típica entre tentativa e consumação, isto é, trata-se de um **crime de empreendimento**. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime cometido na modalidade (1) é sempre punível. Na modalidade (2), também é punível a tentativa do crime de empreendimento (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). **5**

A **comparticipação** no crime simples rege-se pelas regras gerais. A qualidade do agente do crime agravado (presidente da mesa) comunica-se a quem a não possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP), atenta a natureza não estritamente pessoal dessa qualidade. **6**

Há uma relação de **concurso efectivo** entre o crime de obstrução à fiscalização e os crimes de ameaças ou de ofensas corporais que sejam cometidos durante a obstrução. **7**

As molduras penais são perfeitamente arbitrárias. Nas eleições presidenciais, o crime é punível com pena de prisão até 2 anos e, na forma agravada, com pena de prisão até 8 anos. Nas eleições legislativas, prevê-se apenas a punição com pena de prisão (o que em face do artigo 41.º do CP, admitiria a moldura de 20 anos de prisão!) e na forma agravada com um mínimo de 6 meses de prisão. Nas eleições regionais dos Açores, a pena de prisão é até 2 anos e na forma agravada tem um mínimo de 6 meses. Já nas eleições regionais da Madeira, a pena de prisão é de 2 anos e na forma agravada tem um mínimo de 1 ano. Nas eleições autárquicas, o crime é punível com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias, mas na forma agravada a pena mínima é igual ao limite máximo de 1 ano, o que manifestamente resulta na imposição de uma inconstitucional pena fixa! Por fim, nos referendos nacionais, só se pune a forma simples do crime, com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias, mas nos referendos locais, a pena baixa para 6 meses de prisão ou 60 dias de multa. **8**

Artigo 148.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 148.º
(Recusa de receber reclamações, protestos ou contraprotestos)

O presidente da mesa da assembleia eleitoral que injustificadamente se recusar a receber reclamação, protesto ou contraprotesto será punido com prisão até um ano e multa de 1000$00 a 5 000$00.

Artigo 160.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 160.º
(Recusa de receber reclamações, protestos ou contraprotestos)

O presidente da mesa da assembleia eleitoral que ilegitimamente se recusar a receber reclamação, protesto ou contraprotesto será punido com prisão até um ano e multa de 1000$00 a 5000$00.

Artigo 154.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 154.º
Recusa de receber reclamações, protestos ou contraprotestos

O presidente da mesa da assembleia eleitoral que ilegitimamente se recusar a receber reclamação, protesto ou contraprotesto é punido com prisão até 1 ano e multa de € 100 a € 500.

Artigo 159.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 159.º
Recusa de receber reclamações, protestos ou contra protestos

O presidente da mesa da assembleia eleitoral que injustificadamente se recusar a receber reclamação, protesto ou contra protesto é punido com pena de prisão até 1 ano e pena de multa de € 100 a € 500.

Artigo 194.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 194.º
Recusa de receber reclamações, protestos ou contraprotestos

O presidente da mesa de assembleia de voto ou de apuramento que ilegitimamente se recusar a receber reclamação, protesto ou contraprotesto é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 216.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 216.º
Recusa a receber reclamações, protestos ou contraprotestos

O presidente de mesa de assembleia de voto ou de apuramento que ilegitimamente se recusar a receber reclamação, protesto ou contraprotesto é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 194.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 194.º
Recusa de receber reclamações, protestos ou contraprotestos

O presidente da mesa da assembleia de voto ou de apuramento que ilegitimamente se recusar a receber reclamação, protesto ou contraprotesto 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 (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** destas disposições é o artigo 147.º do Decreto-Lei n.º 319.º-A/76. 1
O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. 2
O crime de recusa de receber reclamações é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de mera actividade** (quanto ao modo de atingir o objecto da acção).
O **tipo objectivo** consiste na recusa injustificada de receber reclamações, protestos ou contraprotestos durante o acto de funcionamento da mesa da assembleia eleitoral. O agente do crime é presidente da mesa da assembleia eleitoral, pelo que se trata de um crime específico próprio. A recusa só é típica se for injustificada, ou seja, ilegal. A ilegalidade da recusa é um **elemento normativo do tipo**. 3
O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. A representação mental do elemento normativo do tipo (ilegalidade da recusa) deve ser a correspondente à da valoração paralela na esfera do leigo (vera anotação ao artigo 14.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). 4
A **tentativa** do crime de mera actividade é punível, desde ela se quede pela tentativa inacabada (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). Contudo, a tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições presidenciais não é punível. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições legislativas e regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. 5
A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP), atenta a natureza não estritamente pessoal da referida qualidade. 6
O agente comete **um só crime**, independentemente do número de reclamações, protestos ou contraprotestos que indefira, dada a natureza impessoal do bem jurídico em causa. 7
Nas eleições presidenciais e legislativas, o crime é punível com pena de prisão até 1 ano e multa até 5 euros. Nas eleições regionais, o crime é punível com a mesma pena de prisão, mas com pena de multa até 500 euros. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais, o crime já é punível com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. Nos referendos locais, o crime é punível com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. 8

Artigos 149.º e 150.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 149.º
(Obstrução dos candidatos mandatários, representantes distritais ou delegados das candidaturas)

O candidato mandatário, representante distrital ou delegado das candidaturas que perturbar gravemente o funcionamento regular das operações eleitorais será punido com prisão até um ano e multa de 100$00 a 10 000$00.

Artigo 150.º
(Perturbação das assembleias de voto)

1. Aquele que perturbar o regular funcionamento das assembleias de voto, com insultos, ameaças ou actos de violência, originando tumulto, será punido com prisão até dois anos e multa de 500$00 a 20 000$00.

2. Aquele que durante as operações eleitorais se introduzir nas assembleias de voto sem ter direito a fazê-lo e se recusar a sair, depois de intimado pelo presidente, será condenado à multa de 500$00 a 5 000$00.

3. A mesma pena do número anterior, agravada com prisão até três meses, será aplicada aos que se introduzirem nas referidas assembleias munidos de armas, independentemente da imediata apreensão destas.

Artigos 161.º e 162.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 161.º
(Obstrução dos candidatos ou dos delegados das listas)

O candidato ou delegado das listas que perturbar gravemente o funcionamento regular das operações eleitorais será punido com prisão até um ano e multa de 1000$00 a 10 000$00.

Artigo 162.º
(Perturbação das assembleias eleitorais)

1. Aquele que perturbar o regular funcionamento das assembleias eleitorais com insultos, ameaças ou actos de violência, originando tumulto, será punido com prisão e multa de 500$00 a 20 000$00.

2. Aquele que, durante as operações eleitorais se introduzir nas assembleias eleitorais sem ter direito a fazê-lo e se recusar a sair, depois de intimado pelo presidente, será punido com prisão até três meses e multa de 500$00 a 5000$00.

3. Aquele que se introduzir armado nas assembleias eleitorais fica sujeito a imediata apreensão da arma e será condenado com prisão até seis meses e multa de 500$00 10 000$00.

(artigo revogado pelo artigo 6.º, n.º 2 do DL n.º 400/82, que aprovou o Código Penal)

Artigo 196.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 196.º
Perturbação de assembleia de voto ou de apuramento

1. Quem, por meio de violência ou participando em tumulto, desordem ou vozearia, impedir ou perturbar gravemente a realização, o funcionamento ou o apuramento de resultados de assembleia de voto ou de apuramento é punido com pena de prisão até 5 anos.

2. Quem entrar armado em assembleia de voto ou de apuramento, não pertencendo a força pública devidamente habilitada nos termos do artigo 124.º, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa de 120 dias.

Artigo 217.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 217.º
Perturbação ou impedimento da assembleia de voto ou de apuramento

1. Quem, por meio de violência ou participando em tumulto, desordem ou vozearia, impedir ou perturbar gravemente a realização, o funcionamento ou o apuramento de resultados de assembleia de voto ou de apuramento é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2. Quem entrar armado em assembleia de voto ou apuramento, não pertencendo a força pública devidamente autorizada, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa de 120 dias.

Artigo 195.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 195.º
Perturbação ou impedimento de assembleia de voto ou de apuramento

1. Quem, por meio de violência ou participando em tumulto, desordem ou vozearia, impedir ou perturbar gravemente a realização, o funcionamento ou o apuramento de resultados de assembleia de voto ou de apuramento é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

2. Quem entrar armado em assembleia de voto ou apuramento, não pertencendo a força pública devidamente autorizada, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A perturbação das operações eleitorais nas eleições presidenciais e legislativas (anotações 1 e 2)
A perturbação das operações eleitorais nas eleições autárquicas (anotação 3)
A perturbação das operações eleitorais nos referendos (anotação 4)

O artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 400/82 revogou o artigo 162.º da Lei n.º 14/79. Só por lapso manifesto o legislador não revogou também expressamente o artigo 150.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, que tem exactamente a mesma configuração típica. Ambos estes artigos foram substituídos pelo artigo 338.º do CP. Acresce que nas leis eleitorais regionais e autárquicas e nas leis dos referendos nacionais e locais não se prevê qualquer disposição sobre este assunto, valendo a regra geral do CP. Verificou-se, portanto, uma **revogação tácita** do artigo 150.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, a par da revogação expressa do artigo 162.º da Lei n.º 14/79. **1**

Mais: o artigo 149.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 e o artigo 161.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 também foram **tacitamente revogados** pelo artigo 338.º do CP, uma vez que o âmbito de aplicação deste artigo inclui as eleições presidenciais e legislativas e os actos que "perturbem gravemente o funcionamento regular das operações eleitorais" identificam-se com os actos que impeçam ou perturbem "a realização, funcionamento ou apuramento de resultados da assembleia ou colégio eleitoral". A confirmar esta conclusão verifica-se que as leis eleitorais regionais e autárquicas e as leis dos referendos nacionais e locais não prevêem qualquer norma sobre este assunto, sendo aplicáveis as disposições do CP. **2**

O artigo 196.º da Lei Orgânica 1/2001, de 14.8 punia a perturbação da assembleia de voto ou de apuramento com a pena de prisão até 5 anos. Era incompreensível este agravamento da moldura penal do crime de perturbação nas eleições autárquicas em face da moldura do tipo do CP. A manutenção das eleições autárquicas no âmbito de aplicação do artigo 338.º do CP após a revisão de 2007 teve por efeito a **revogação tácita** do artigo 196.º da Lei Orgânica 1/2001. **3**

O artigo 217.º da Lei n.º 15-A/98, revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4, reproduz *in totum* o tipo do artigo 338.º do CP. Já no respeitante ao artigo 195.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, ele também repete o teor do tipo do artigo do CP, mas fixa a pena de prisão em 2 anos e a pena de multa em 240 dias no caso mais grave e em 1 ano de prisão e 120 dias de multa no caso menos grave. O artigo 338.º também é aplicável aos referendos nacionais e locais, pelo que as referidas disposições das leis sobre os referendos nacionais e locais estão **revogadas tacitamente**. **4**

Artigo 197.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 197.º
Presença indevida em assembleia de voto ou de apuramento

Quem durante as operações de votação ou de apuramento se introduzir na respectiva assembleia sem ter direito a fazê-lo e se recusar a sair, depois de intimidado a fazê-lo pelo presidente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 218.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 218.º
Presença indevida em assembleia de voto ou de apuramento

Quem durante as operações de votação ou de apuramento se introduzir na respectiva assembleia sem ter direito a fazê-lo e se recusar a sair, depois de intimado a fazê-lo pelo presidente, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 196.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 196.º
Presença indevida em assembleia de voto ou apuramento

Quem durante as operações de votação ou de apuramento se introduzir na respectiva assembleia sem ter direito a fazê-lo e se recusar sair, depois de intimado pelo presidente, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 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)

1 A **fonte** destas disposições é a lei do referendo. Só a lei das eleições autárquicas e as leis sobre os referendos nacionais e locais prevêem este crime.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de presença indevida é um crime de **perigo abstracto** e de **mera actividade**.

3 O **tipo objectivo** consiste na introdução em assembleia de voto ou de apuramento durante as operações de votação ou apuramento sem ter direito para tanto e na recusa em abandonar o local, depois de advertido para tal pelo presidente. Qualquer pessoa pode cometer o crime, pelo que se trata de um **crime comum**. A característica da acção "sem ter direito a fazê-lo" constitui um elemento normativo do ilícito, que representa a ilegalidade da presença do agente.

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. O conhecimento do elemento normativo do tipo ("sem ter direito a fazê-lo") basta-se com uma valoração paralela na esfera do leigo, que é confirmada pela advertência do presidente. **4**

O crime só se consuma com a recusa em sair depois da advertência feita pelo presidente da assembleia de voto ou de apuramento. Se a pessoa for expulsa à força do local, o crime consumou-se. Se a pessoa se introduzir ilegalmente no local, mas se afastar voluntariamente dele depois de advertida para tal, ela não comete qualquer ilícito, nem mesmo tentado. Não há, pois, punição deste ilícito a título de tentativa. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. **6**

Há uma relação de **concurso aparente (consunção)** entre o crime de perturbação de assembleia eleitoral e o crime de presença indevida. **7**

A pena de prisão até 1 ano ou de multa até 120 dias é imposta ao crime cometido nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais. Nos referendos locais, a moldura penal desce para metade daquelas penas. **8**

Artigo 151.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 151.º
(Não comparência da força armada)

Sempre que seja necessária a presença da força armada no casos previstos no artigo 85.º, n.º 3, o comandante da mesma será punido com pena de prisão até um ano se injustificadamente não comparecer.

Artigo 163.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 163.º
(Não comparência da força armada)

Sempre que seja necessária a presença de força armada nos casos previstos no n.º 2 do artigo 94.º, o comandante da mesma será punido com pena de prisão até um ano se injustificadamente não comparecer.

Artigo 155.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 155.º
Não comparência da força armada

Sempre que seja necessária a presença de força armada nos casos previstos no n.º 2 do artigo 96.º, o comandante da mesma é punido com pena de prisão até 1 ano se injustificadamente não comparecer.

Artigo 160.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 160.º
Não comparência da força armada

Sempre que seja necessária a presença da força armada, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 101.º, o comandante da mesma é punido com pena de prisão até 1 ano se injustificadamente não comparecer.

Artigo 198.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 198.º
Não comparência de força de segurança

O comandante de força de segurança que injustificadamente deixar de cumprir os deveres decorrentes do artigo 124.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 219.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 219.º
Não comparência da força de segurança

O comandante de força de segurança que injustificadamente deixar de cumprir os deveres decorrentes do artigo 134.º é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 197.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 197.º
Não comparência de força de segurança

O comandante de força de segurança que injustificadamente deixar de cumprir os deveres decorrentes do artigo 124.º é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de 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)

1 A **fonte** destas disposições é o artigo 151.º do Decreto-Lei n.º 319.º-A/76.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de não comparência da força armada é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de omissão pura** (quanto ao modo de atingir o objecto da acção).

3 O **tipo objectivo** consiste na ausência da força armada quando ela seja necessária nos termos da lei eleitoral. O agente do crime é o comandante da "força armada" ou da "força de segurança" territorialmente competente. Trata-se de um **crime específico próprio**. A cláusula "injustificadamente" remete para as causas de justificação, sendo por isso supérflua.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

5 A **tentativa** do crime de omissão pura não é punível (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…").

6 A qualidade do agente **não se comunica** a quem a não possuir (artigo 28.º, n.º 1, do CP).

O agente comete **um só crime**, independentemente do número de locais a que não comparece. 7

Nas eleições presidenciais, legislativas e regionais, o crime é punível com pena até 1 ano de prisão. Nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais, a pena é de 1 ano de prisão ou de 120 dias de multa. Nos referendos locais, a pena já só é de 6 meses de prisão ou 120 dias de multa. 8

Artigo 153.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 153.º
(Falsificação de cadernos, boletins, actas ou documentos relativos à eleição)

Aquele que por qualquer modo viciar, substituir, suprimir, destruir ou compuser falsamente os cadernos eleitorais, os boletins de voto, as actas das assembleias de voto ou de apuramento, ou quaisquer dos documentos respeitantes à eleição, será punido com prisão maior de dois a oito anos.

Artigo 165.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 165.º
(Falsificação de cadernos, boletins, actas ou documentos relativos à eleição)

Aquele que, por qualquer modo, com dolo, viciar, substituir, suprimir, destruir ou alterar os cadernos eleitorais, os boletins de voto, as actas das assembleias eleitorais ou de apuramento, ou quaisquer documentos respeitantes à eleição, será punido com prisão maior de dois a oito anos e multa de 10 000$00 a 100 000$00.
(artigo revogado, artigo 6.º, n.º 2 do DL n.º 400/82, que aprovou o Código Penal)

Artigo 199.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 199.º
Falsificação de boletins, actas ou documentos

Quem dolosamente alterar, ocultar, substituir, destruir ou suprimir, por qualquer modo, boletim de voto, acta de assembleia de voto ou de apuramento ou qualquer documento respeitante a operações da eleição é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 220.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 220.º
Falsificação de boletins, actas ou documentos relativos a referendo

Quem dolosamente alterar, ocultar, substituir, destruir ou suprimir, por qualquer modo, boletim de voto, acta de assembleia de voto ou de apuramento ou qualquer documento respeitante a operações de referendo é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 198.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 198.º
Falsificação de boletins, actas ou documentos relativos a referendo

Quem dolosamente alterar, ocultar, substituir, destruir ou suprimir, por qualquer modo, boletim de voto, acta de assembleia de voto ou de apuramento ou qualquer documento respeitante a operações de referendo é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:
A alteração do boletim de voto nas eleições presidenciais e legislativas (anotação 1)
A alteração do boletim de voto nas eleições autárquicas e nos referendos (anotação 2)

1 O artigo 165.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 foi expressamente **revogado** pelo artigo 6.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 40/82. Só por lapso o referido preceito não revogou também o artigo 153.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, que tem exactamente o mesmo conteúdo típico. Há, portanto, uma **revogação tácita** do artigo 153.º pelos artigos 336.º, n.º 1, al.ª d), e 339.º, n.º 1, al.ª b) do CP.

2 A mesma conclusão deve valer para as disposições da lei das eleições autárquicas e das leis sobre os referendos nacionais e locais. Estas disposições prevêem a incriminação da alteração, ocultação, subtracção, destruição ou supressão de boletim de voto (já utilizado), da acta de assembleia de voto ou de apuramento ou de qualquer outro documento respeitante a operações da eleição ou do referendo, punindo estas condutas com a pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. As referidas condutas estão também previstas no artigo 339.º, n.º 1, al.ª b) do CP, sendo punidas com as mesmas penas. Este artigo aplica-se às eleições autárquicas e aos referendos, tendo sido mantido pela revisão de 2007.

Artigo 151.º da Lei Orgânica 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 151.º
Desvio de voto antecipado

Quem desencaminhar, retiver ou não entregar à junta de freguesia voto antecipado, nos casos previstos nesta lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 200.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 200.º
Desvio de voto antecipado

O empregado do correio que desencaminhar, retiver ou não entregar à junta de freguesia voto antecipado, nos casos previstos nesta lei, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 221.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 221.º
Desvio de voto antecipado

O empregado do correio que desencaminhar, retiver ou não entregar à junta de freguesia voto antecipado, nos casos previstos nesta lei, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 200.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 200.º
Desvio de voto antecipado

O empregado do correio que desencaminhar, retiver ou não entregar à junta de freguesia voto antecipado, nos casos previstos nesta lei, é punido com pena de prisão até 2 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotação 7)
A pena (anotação 8)

A **fonte** destas disposições é a lei eleitoral dos Açores. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a liberdade de participação política do eleitor. O crime de desvio de voto antecipado é um crime de dano e de resultado, salvo na modalidade de não entrega, em que se trata de um crime de omissão pura. **2**

O **tipo objectivo** consiste no desvio, retenção ou não entrega à junta de freguesia do voto antecipado. Na lei das eleições regionais, qualquer pessoa pode cometer o crime, pelo que se trata de um **crime comum**. Na lei das eleições autárquicas e nas leis sobre os referendos nacionais e locais, só o empregado do correio pode cometer o crime, pelo que se trata de um **crime específico comum**. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** do crime cometida durante a campanha das eleições regionais é punível, com a moldura do crime consumado. A tentativa do crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. A "tentativa" do crime na modalidade de omissão pura não é punível (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais. **6**

Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de desvio de voto antecipado e o crime de fraude previsto no artigo 339.º, n.º 1, al.ª b), do CP. **7**

Há **concurso efectivo** entre o crime de desvio de voto antecipado e o crime de violação de segredo de correspondência, previsto no artigo 384.º do CP, atenta a diferença dos bens jurídicos tutelados. **8**

Artigo 152.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 152.º
(Não cumprimento do dever de participação no processo eleitoral)

Aquele que for nomeado para fazer parte da mesa da assembleia de voto e, sem motivo de força maior ou justa causa, não assumir ou abandonar essas funções será punido com multa de 1 000$00 a 10 000$00.

Artigo 164.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 164.º
(Não cumprimento do dever de participação no processo eleitoral)

Aquele que for nomeado para fazer parte da mesa de assembleia eleitoral e, sem motivo justificado, não assumir ou abandonar essas funções será punido com multa de 1000$00 20 000$00.

Artigo 156.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 156.º
Não cumprimento do dever de participação no processo eleitoral

Aquele que for nomeado para fazer parte da mesa da assembleia eleitoral e, sem motivo justificado, não assumir ou abandonar essas funções é punido com multa de € 100 a € 2000.

Artigo 161.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 161.º
Não cumprimento do dever de participação no processo eleitoral

Aquele que for nomeado para fazer parte da mesa da assembleia de voto e, sem motivo aparente de força maior ou justa causa, não assumir ou abandonar essas funções é punido com pena de multa de € 100 a € 2000.

Artigo 188.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 188.º
Não assunção, não exercício ou abandono de funções em assembleia de voto ou de apuramento

Quem for designado para fazer parte de mesa de assembleia de voto ou como membro de assembleia de apuramento e, sem causa justificativa, não assumir, não exercer ou abandonar essas funções é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 210.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 210.º

Não assunção, não exercício ou abandono de funções em assembleia de voto ou apuramento

Quem for designado para fazer parte de mesa de assembleia de voto ou como membro de assembleia de apuramento intermédio ou geral e sem causa justificativa não assumir, não exercer ou abandonar essas funções, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

Artigo 188.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 188.º

Não assunção, não exercício ou abandono de funções em assembleia de voto ou de apuramento

Quem for designado para fazer parte de mesa de assembleia de voto ou como membro de assembleia de apuramento e, sem causa justificativa, não assumir, não exercer ou abandonar essas funções, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 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)

A **fonte** destas disposições é o artigo 152.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o funcionamento regular do acto eleitoral. O crime de não cumprimento do dever de participação no processo eleitoral é um **crime de perigo abstracto** e de **omissão pura**. **2**

O **tipo objectivo** consiste na não assunção ou no abandono das funções de membro da mesa da assembleia de voto. Na lei das eleições autárquicas e nas leis sobre os referendos nacionais e locais, inclui-se também o membro de assembleia de apuramento. O crime só pode ser cometido por quem tem uma qualidade especial: a de ter sido nomeado membro da mesa da assembleia de voto ou membro da assembleia de apuramento. Trata-se, pois, de um **crime específico próprio**. A menção ao "motivo de força maior ou justa causa" é uma remissão supérflua para as causas de justificação. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** de um crime de omissão pura não é punível (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). **5**

A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP), atenta a natureza não estritamente pessoal da mesma. **6**

A variação das molduras penais é incompreensível. Nas eleições presidenciais, a pena é de multa até 5 euros, nas eleições legislativas é de multa até 10 euros, nas eleições regionais é de multa até 2000 euros, nas eleições autárquicas e nos referendos nacionais e locais as penas são de 1 ano de prisão ou multa até 120 dias. **7**

Artigo 154.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 154.º
(Denúncia caluniosa)

Aquele que dolosamente imputar a outrem, sem fundamento, a prática de qualquer infracção prevista na presente lei será punido com as penas aplicáveis à denúncia caluniosa.

Artigo 166.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 166.º
(Denúncia caluniosa)

Aquele que dolosamente imputar a outrem, sem fundamento, a prática de qualquer infracção prevista na presente lei será punido com as penas aplicáveis à denúncia caluniosa.

Artigo 157.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 157.º
Denúncia caluniosa

Aquele que dolosamente imputar a outrem, sem fundamento, a prática de qualquer infracção prevista na presente lei é punido com as penas aplicáveis à denúncia caluniosa.

Artigo 162.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 162.º
Denúncia caluniosa

Aquele que dolosamente imputar a outrem, sem fundamento, a prática de qualquer infracção, prevista na presente lei, é punido com as penas aplicáveis à denúncia caluniosa.

Sumário da anotação:
Remissão (anotação 1)

1 Trata-se de meras normas remissivas para o artigo 365.º do CP (ver a anotação a este artigo no meu "Comentário do Código Penal…).

Artigo 155.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 155.º
(Reclamação e recurso de má fé)

Aquele que, com má fé, apresentar a reclamação, recurso, protesto ou contra-protesto, ou aquele que impugnar decisões dos órgãos eleitorais através de recurso manifestamente infundado será punido com multa de 500$00 a 10 000$00.

Artigo 167.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 167.º
(Reclamação e recurso de má fé)

Aquele que, com má fé, apresentar reclamação, recurso, protesto ou contraprotesto, ou que impugnar decisões dos órgãos eleitorais através de recurso manifestamente infundado será punido com multa de 500$00 a 10 000$00.

Artigo 158.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 158.º
Reclamação e recurso de má fé

Aquele que, com má fé, apresentar reclamação, recurso, protesto ou contraprotesto, ou que impugnar decisões dos órgãos eleitorais através de recurso manifestamente infundado, é punido com multa de € 50 a € 1000.

Artigo 163.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 163.º
Reclamação e recurso de má fé

Aquele que, com má fé, apresentar reclamação, recurso, protesto ou contra protesto, ou aquele que impugnar decisões dos órgãos eleitorais através de recurso manifestamente infundado, é punido com pena de multa de € 50 a € 1000.

Artigo 195.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 195.º
Reclamação e recurso de má-fé

Aquele que, com má-fé, apresentar reclamação, recurso, protesto ou contraprotesto ou impugnar decisões dos órgãos eleitorais através de recurso manifestamente infundado é punido com pena de multa até 100 dias.

Artigo 218.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Sumário da anotação:
A inconstitucionalidade da incriminação do direito de reclamação (anotação 1)

A incriminação do exercício, ainda que de má-fé, do direito de reclamação e recurso em eleições é **inconstitucional**, por pôr em causa o direito à veracidade dos resultados eleitorais, coibindo a utilização do destes instrumentos legais com a ameaça da uma tutela penal manifestamente desproporcionada (artigo 18.º, n.º 3, da CRP). Acresce que há previsões legais gerais, designadamente no processo civil, que punem o exercício de direitos processuais de má-fé, não se justificando o recurso à tutela penal. Aliás, o carácter injustificado da tutela penal logo resulta patente da moldura penal de 5 euros prevista para o crime nas eleições presidenciais e legislativas, sendo incompreensível a moldura máxima de 1000 euros nas eleições regionais ou de 100 dias de multa nas eleições autárquicas. Por isso, muito justamente o legislador omitiu qualquer previsão a este propósito nas leis dos referendos **1**

nacionais e na lei dos referendos locais consagrou uma contra-ordenação com o mesmo conteúdo (artigo 217.º), punível com coima até 50 euros!

Artigo 156.º do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3.5 (eleições presidenciais)

Artigo 156.º
(Não cumprimento de outras obrigações impostas por lei)

Aquele que não cumprir nos seus precisos termos quaisquer obrigações que lhe sejam impostas pelo presente diploma ou não praticar os actos administrativos que sejam necessários para a sua pronta execução ou ainda retardar injustificadamente o seu cumprimento será, na falta de incriminação especial ou de procedimento disciplinar adequado, punido com multa de 1000$00 a 10 000$00.

Artigo 168.º da Lei n.º 14/79, de 16.5 (eleições legislativas)

Artigo 168.º
(Não cumprimento de outras obrigações impostas por lei)

Aquele que não cumprir quaisquer obrigações que lhe sejam impostas pela presente lei ou não praticar os actos administrativos necessários para a sua pronta execução ou ainda retardar injustificadamente o seu cumprimento será, na falta de incriminação prevista nos artigos anteriores, punido com a multa de 1000$00 a 10 000$00.

Artigo 159.º da Lei Orgânica n.º 5/2006, de 31.8 (eleições regionais – Açores)

Artigo 159.º
Não cumprimento de outras obrigações impostas por lei

Aquele que não cumprir quaisquer obrigações que lhe sejam impostas pela presente lei ou não praticar os actos administrativos necessários para a sua pronta execução ou ainda retardar injustificadamente o seu cumprimento é, na falta de incriminação prevista nos artigos anteriores, punido com multa de € 100 a € 1000.

Artigo 164.º da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13.2 (eleições regionais – Madeira)

Artigo 164.º
Não cumprimento de outras obrigações impostas por lei

Aquele que não cumprir obrigações que lhe sejam impostas pela presente lei ou não praticar os actos administrativos necessários para a sua pronta execução ou ainda retardar injustificadamente o seu cumprimento é, na falta de incriminação prevista nos artigos anteriores, punido com pena de multa de € 100 a € 1000.

Sumário da anotação:
A inconstitucionalidade da incriminação do não cumprimento de obrigações indeterminadas (anotação 1)

1 A incriminação do não cumprimento de outras obrigações impostas por lei ou pela omissão da prática dos actos administrativos que sejam necessários para a sua pronta execução ou ainda do retardamento injustificado do seu cumprimento é **inconstitucional**, em face da total indeterminação da previsão legal. Isto é,

o preceito incriminador viola o princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1, da CRP). Aliás, o carácter injustificado da tutela penal logo resulta de ela ser subsidiária do procedimento disciplinar (pelo menos, na lei das eleições presidenciais), em total subversão dos mais básicos princípios do Estado de Direito. Também a moldura penal de 5 euros revela de forma patente esse carácter injustificado da tutela penal, sendo incompreensível a elevação dessa moldura para 1000 euros nas eleições regionais. Por isso, muito justamente nem a lei das eleições autárquicas, nem as leis sobre os referendos nacionais e locais prevêem semelhante incriminação.

Artigo 201.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 201.º
Falso atestado de doença ou deficiência física

O médico que atestar falsamente doença ou deficiência física é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 222.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 222.º
Falso atestado de doença ou deficiência física

O médico que atestar falsamente doença ou deficiência física é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias.

Artigo 199.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 199.º
Falso atestado de doença ou deficiência física

O médico que atestar falsamente doença ou deficiência física é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de 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 fonte destas disposições é o artigo 260.º do CP. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. **2**
O crime de falso atestado é um **crime de perigo abstracto** e **de resultado**.

O **tipo objectivo** consiste na emissão de uma declaração sobre o estado ou corpo ou da saúde física ou mental de uma pessoa, cujo conteúdo não corresponde à verdade. Estas disposições reproduzem o tipo objectivo do artigo 260.º do CP, mantendo também a moldura penal. O agente do crime é um médico, tratando-se de um **crime específico impróprio**. **3**

A única peculiaridade destas disposições reside na circunstância de não incluir o elemento do **tipo subjectivo** "que sabe não corresponder à verdade", pelo que **4**

o crime admite também a forma de dolo eventual, além das outras formas mais graves do dolo. Portanto, o médico que passe o atestado desconhecendo se ele corresponde à verdade comete o crime com dolo eventual. Dito de outro modo, o tipo subjectivo do crime de "falso atestado de doença ou deficiência física" abrange os n.º 1 e 2 do artigo 260.º do CP. Também não se inclui o elemento subjectivo adicional do propósito ("destinado a") de enganar a autoridade pública, mas depreende-se que o atestado se destina à organização do processo de votação (elemento subjectivo implícito), pois a incriminação está incluída no âmbito dos crimes eleitorais relativos à organização do processo de votação.

5 A **tentativa** do crime cometida durante a campanha das eleições autárquicas e dos referendos nacionais e locais é punível, com a moldura especialmente atenuada do crime consumado. Neste ponto reside a verdadeira diferença em relação ao crime do artigo 260.º do CP.

6 A qualidade de médico **comunica-se** a quem a não possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP).

7 Há uma relação de **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "falso atestado de doença ou deficiência física" e os crimes de falsificação de documento ou de atestado falso previstos no CP.

Artigo 202.º da Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14.8 (eleições autárquicas)

Artigo 202.º
Agravação

Quando com o facto punível concorram circunstâncias agravantes a moldura penal prevista na disposição aplicável é agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo.

Artigo 223.º da Lei n.º 15-A/98, de 3.4 (revista pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 3.4) (referendo)

Artigo 223.º
Agravação

As penas previstas nos artigos desta secção são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o agente tiver intervenção em actos de referendo, for membro de comissão recenseadora, de secção ou assembleia de voto ou de assembleia de apuramento, for delegado de partido político ou grupo de cidadãos à comissão, secção ou assembleia ou se a infracção influir no resultado da votação.

Artigo 201.º da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 24.8 (referendo local)

Artigo 201.º
Agravação

As penas previstas nos artigos desta secção são agravadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo nos casos previstos no artigo 167.º

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A agravação da moldura penal (anotação 2)
O concurso de circunstâncias modificativas agravantes (anotação 3)

A **fonte** destas disposições é a lei do referendo. 1
A **agravação da moldura penal** de um terço nos limites mínimo e máximo resulta da ocorrência de uma ou mais circunstâncias agravantes previstas especificamente nas referidas leis eleitorais. Portanto, estas circunstâncias não são apenas circunstâncias agravantes gerais, mas circunstâncias modificativas, que agravam a própria moldura penal. Já o mesmo não acontece nas leis eleitorais presidenciais e legislativas. 2
Sobre o **concurso destas circunstâncias modificativas agravantes com outras** ver a anotação ao artigo 71.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…". 3

Artigo 83.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

SECÇÃO II
Crimes relativos ao recenseamento eleitoral

Artigo 83.º
Promoção dolosa de inscrição

1. Quem promover a sua inscrição no recenseamento sem ter capacidade eleitoral é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

2. Quem promover a sua inscrição em circunscrição de recenseamento diversa da correspondente à área de residência constante do respectivo título de identificação 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 (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O tipo subjectivo (anotação 4)
A tentativa (anotação 5)
A comparticipação (anotação 6)
A pena (anotação 7)

A **fonte** desta disposição é artigo 40.º da Lei n.º 69/78, de 3.11. Mais tarde, o artigo 336.º, n.º 1, al.ª a) do CP incriminou também esta conduta. A lei do recenseamento é de 2008, pelo que **revogou tacitamente** o preceito do CP. 1
O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de promoção dolosa de inscrição é um **crime de perigo abstracto** e **de resultado**. 2
O **tipo objectivo** consiste (1) na inscrição no recenseamento sem ter capacidade eleitoral ou (2) na inscrição em circunscrição de recenseamento diversa da correspondente à área de residência constante do título de identificação. O agente do crime cometido na modalidade (1) tem de possuir uma qualidade especial: ou não ter capacidade eleitoral passiva. Trata-se de um **crime específico próprio**. O agente do crime cometido na modalidade (2) pode ser qualquer pessoa, pelo que se trata de um **crime comum**. 3
O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. 4
A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada. 5
A qualidade do agente do crime cometido na modalidade (1) **não se comunica** a quem a não possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP), dada a natureza estritamente pessoal desta qualidade. A comparticipação no crime cometido na modalidade (2) obedece às regras gerais. 6

7 As molduras penais são irracionais. Não se compreende que a infracção mais grave (falsear elementos relativos à própria capacidade eleitoral) seja mais levemente punida do que a infracção menos grave (falsear a área de residência). Por outro lado, não se compreende que o falseamento dos elementos relativos à capacidade eleitoral tenha metade da pena prevista no tipo do CP para essa conduta.

Artigo 84.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 84.º
Obstrução à inscrição

Quem, por violência, ameaça ou intuito fraudulento, induzir um eleitor a não promover a sua inscrição no recenseamento eleitoral ou a promover a sua inscrição fora da circunscrição de recenseamento da área da sua residência é punido com pena de prisão até 2 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotações 7 a 10)

1 A **fonte** desta disposição é o artigo 42.º, n.º 2, da Lei n.º 69/78, de 3.11. Mais tarde, o 337.º do CP incriminou também esta conduta. A lei do recenseamento é de 2008, pelo que **revogou tacitamente** o preceito do CP.

2 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a veracidade dos resultados eleitorais e a liberdade de participação política de cada pessoa. O crime de obstrução à inscrição é um crime de dano e de mera actividade. Com efeito, a acção de obstrução prejudica desde logo o exercício da liberdade de participação política.

3 O **tipo objectivo** consiste na determinação (ou indução) do eleitor a não se inscrever no recenseamento eleitoral ou a inscrever-se fora da circunscrição de recenseamento da área da sua residência. A determinação não se distingue em nada da indução, pelo que o conteúdo preceptivo da norma é exactamente o mesmo do tipo do artigo 337.º do CP. As modalidades de execução vinculada do crime não são exactamente as mesmas do artigo do CP: violência, ameaça ou fraude. A violência tem o mesmo conteúdo (ver a anotação ao artigo 154.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). Mas a ameaça é na lei do recenseamento mais ampla do que no artigo 337.º do CP, pois não se restringe à "ameaça de violência". O "intuito fraudulento" tem de se exteriorizar num artifício enganoso (isto é, num "artifício fraudulento"), sob pena de não passar de uma mera cogitação penalmente irrelevante.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo, quando o crime é cometido com violência ou ameaça. No caso de ser cometido com artifício e intuito fraudulento, só é admissível dolo directo ou necessário, dada a incompatibilidade do dolo eventual com o crime cometido através de fraude (ver a anotação ao artigo 14.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…").

5 A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada.

6 A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de crime comum.

7 O agente comete **tantos crimes** quantas pessoas a quem obstruir a inscrição ou determinar a inscrição em local incorrecto.

O crime de obstrução à inscrição de eleitor é uma **forma especial de coacção**, não se justificando a atenuação da moldura penal. **8**

O crime de obstrução à inscrição de eleitor **consome** o crime de ameaças. **9**

O artigo 337.º do CP continha uma cláusula de subsidiariedade expressa, que não surge no tipo da Lei n.º 13/99. Mas deve considerar-se a punição da obstrução como subsidiária (**subsidiariedade tácita**) da punição das ofensas corporais. **10**

Artigo 85.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 85.º
Obstrução à detecção ou não eliminação de múltiplas inscrições

Quem obstruir a detecção de múltiplas inscrições no recenseamento eleitoral é punido com pena de prisão até 2 anos e 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotação 7)

A fonte desta disposição é o artigo 336.º, n.º 2, do CP, com uma diferença assinalável: o tipo do CP é um crime específico próprio, dirigido ao membro da comissão de recenseamento, enquanto o crime do artigo 85.º é um crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de obstrução à detecção é um **crime de perigo abstracto** e **de mera actividade**. **2**

O **tipo objectivo** consiste na obstrução da detecção de múltiplas inscrições da mesma pessoa no recenseamento, não obstante a epígrafe do artigo ser mais extensa! **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada. **5**

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de crime comum. **6**

O agente comete **um só crime** independentemente do número de múltiplas inscrições que cuja detecção ele obstrua. **7**

Artigo 86.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 86.º
Atestado médico falso

O médico que, indevidamente, passar atestado médico comprovativo de incapacidade física para efeitos de inscrição no recenseamento eleitoral é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 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)

1 A **fonte** desta disposição é ao artigo 260.º do CP, sendo injustificável a atenuação da moldura penal do artigo 86.º Com efeito, o crime do CP é punível com pena de prisão até 2 anos de prisão, enquanto o crime do artigo 86.º é punível apenas com pena até 6 meses de prisão ou até 60 dias de multa.

2 Os **bens jurídicos** protegidos pela incriminação são a segurança e a credibilidade na força probatória do atestado e a veracidade dos resultados eleitorais. O crime é de perigo abstracto e de resultado.

3 O **tipo objectivo** consiste na emissão de atestado médico comprovando falsamente incapacidade física para efeitos de inscrição no recenseamento eleitoral. O agente do crime é um médico, tratando-se de um **crime específico impróprio**.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo, ao invés do que se passa com o tipo do CP

5 A **tentativa** é punível, com moldura especialmente atenuada, também ao invés do que se passa com o tipo do CP.

6 A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não a possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP).

7 O crime de atestado médico falso do artigo 86.º é um **crime especial** em relação ao crime de falsificação de documento e ao crime de atestado falso do CP.

Artigo 87.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 87.º
Violação de deveres relativos à inscrição no recenseamento

1. São punidos com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias os membros das comissões recenseadoras que:

a) Se recusarem a inscrever no recenseamento um eleitor que haja promovido a sua inscrição;

b) Procederem à inscrição ou transferência indevida de um eleitor no recenseamento;

c) Eliminarem indevidamente a inscrição de um eleitor no recenseamento.

2. Os membros da administração eleitoral e das comissões recenseadoras que se recusem a efectuar as eliminações oficiosas a que estão obrigados pela presente lei são punidos com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias.

3. A negligência é punida 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)

1 A **fonte** desta disposição é o artigo 336.º, n.º 1, al.ª b), c) e d), do CP, com uma diferença assinalável: o tipo do artigo 87.º, n.º 1, é um crime específico impróprio, dirigido ao membro da comissão de recenseamento, enquanto o crime do artigo

336.º, n.º 1, do CP é um crime comum, com o mesmo conteúdo ilícito daquele, mas que pode ser cometido por qualquer pessoa.

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. **2**
O crime é de perigo abstracto e de omissão pura (na modalidade de recusa de inscrição ou de recusa de eliminação) ou de resultado (na modalidade de inscrição ou transferência indevida e eliminação indevida de inscrição).

O **tipo objectivo** consiste na (1) na recusa indevida de inscrição de pessoa no **3**
recenseamento, (2) na inscrição indevida de pessoa no recenseamento, (3) na transferência indevida de pessoa no recenseamento, (4) na eliminação indevida de inscrição de pessoa do recenseamento, e (5) na recusa indevida da eliminação oficiosa de pessoa do recenseamento. O crime só pode ser cometido pelo membro da comissão recenseadora, pelo que se trata de um **crime específico impróprio**. O crime cometido nas modalidades (1) e (5) é um **crime de omissão pura**. O crime cometido nas modalidades (2), (3) e (4) é um **crime de resultado**.

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo e negligência. **4**

A **tentativa** do crime cometido nas modalidades (2), (3) e (4) é punível, com a **5**
pena especialmente atenuada. O crime cometido nas modalidades (1) e (5) não é punível, uma vez que se trata de um crime de omissão pura (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal...").

A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não a possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP). **6**

Há uma **relação de exclusão** entre o artigo 87.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 e o artigo **7**
336.º, n.º 1, uma vez que este é um crime comum e aquele é o correspondente crime específico impróprio. Já entre o crime do artigo 87.º, n.º 2, da Lei n.º 13/99, de 22.3 e o artigo 336.º, n.º 2, do CP, há uma relação de **concurso aparente (especialidade)**, uma vez que a recusa de eliminação oficiosa é uma das modalidades específicas da não correcção dos cadernos eleitorais.

Não se compreende que o crime específico do artigo 87.º, n.º 1, tenha a mesma **8**
moldura do crime comum do artigo 336.º, n.º 1, do CP. A única especialidade acaba por ser a punição da negligência.

Artigo 88.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 88.º
Violação de deveres relativos ao recenseamento

Os membros da administração eleitoral, bem como os membros das comissões recenseadoras, que não procedam de acordo com o estipulado na presente lei, no cumprimento das funções que lhes estão legalmente cometidas, são punidos com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

Sumário da anotação:
A inconstitucionalidade da incriminação da violação de deveres dos membros da administração eleitoral (anotação 1)

O crime pune a violação da lei de recenseamento, de toda a lei, de todos os deveres **1**
legais dos membros da administração eleitoral e das comissões recenseadoras. Esta incriminação é **inconstitucional**, dada a total indeterminação do tipo penal. Dito de outro modo, o artigo 88.º viola o princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1, do CRP).

Artigo 89.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 89.º
Falsidade de declaração formal

O cidadão eleitor estrangeiro que prestar falsas declarações no documento previsto nos n.º 4 e 5 do artigo 37.º, com vista a obter a sua inscrição no recenseamento, é punido com pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 60 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)

1 A **fonte** desta disposição é o artigo 40.º, n.º 3, da Lei n.º 69/78, de 3.11. Não se compreende a necessidade da criação deste tipo especial de fraude na identificação, que comporta uma injustificada atenuação da responsabilidade criminal prevista no CP (artigo 256.º, n.º 1, al.ª d) do CP).

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o mesmo do artigo 256.º do CP, isto é, a segurança e a credibilidade na força probatória de documento destinado ao tráfico jurídico. O crime de fraude na identificação é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção).

3 O **tipo objectivo** consiste na prestação de falsas declarações sobre os elementos constantes do n.º 4 e 5 do artigo 37.º da Lei n.º 13/99. Estas declarações falsas só são juridicamente relevantes quando são apostas na declaração do cidadão estrangeiro, que constitui um documento em sentido jurídico-penal (ver a anotação ao artigo 255.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…").

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

5 O crime consuma-se com a inserção da falsa identidade no documento, não sendo necessário que o agente tenha conseguido obter a sua inscrição no recenseamento com o documento falso. A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada.

6 A qualidade do agente (estrangeiro) **não se comunica** a quem a não possua (artigo 28.º, n.º 1, *in fine*, do CP), atenta a natureza estritamente pessoal dessa qualidade.

7 Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "violação de deveres relativos à inscrição no recenseamento" e o artigo de fraude na identificação, previsto no artigo 256.º, n.º 1, al.ª d) do CP.

Artigo 90.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 90.º
Falsificação do cartão de eleitor

Quem, com intuito fraudulento, modificar ou substituir o cartão de eleitor é punido com pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 60 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 **fonte** desta disposição é o artigo 256.º, n.º 1, al.ª b) do CP, sendo incompreensível a atenuação da moldura penal em relação ao tipo do CP. Com efeito, a moldura do tipo do CP é de 5 anos de prisão e o crime de falsificação do cartão de eleitor é de 6 meses de prisão ou 60 dias de multa. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é o mesmo do artigo 256.º do CP, isto é, a segurança e a credibilidade na força probatória de documento destinado ao tráfico jurídico. O crime de falsificação do cartão de eleitor é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). **2**

O **tipo objectivo** consiste na modificação ou substituição do cartão de eleitor. O cartão de eleitor é um documento em sentido jurídico-penal (ver a anotação ao artigo 255.º do CP no meu "Comentário do Código Penal…"). **3**

O **tipo subjectivo** só admite as modalidades de dolo directo e necessário. Com efeito, o "intuito fraudulento" é incompatível com o dolo eventual (ver a anotação ao artigo 14.º do CP no meu "Comentário do Código Penal..."). **4**

O crime consuma-se com a modificação ou substituição do cartão do eleitor, não sendo necessário que o agente tenha usado ou apresentado o cartão diante da autoridade pública ou de terceiros. A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada. **5**

A qualidade do agente (estrangeiro) **não se comunica** a quem a não possua (artigo 28.º, n.º 1, *in fine*, do CP), atenta a natureza estritamente pessoal dessa qualidade. **6**

Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "falsificação do cartão de eleitor" e o artigo de falsificação de documento, previsto no artigo 256.º, n.º 1, al.ª b) do CP. **7**

Artigo 91.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 91.º
Não cumprimento do dever de informação para efeito do recenseamento

Os responsáveis pelo envio das relações de cidadãos previstos no artigo 50.º que não cumprirem a respectiva obrigação serão punidos com pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 60 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
A inconstitucionalidade da incriminação do não cumprimento do dever de informação para efeito do recenseamento (anotação 2)

A **fonte** desta disposição é o artigo 41.º da Lei n.º 69/78, de 3.11. **1**

O artigo 50.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 prevê um conjunto de atribuições de várias instituições e serviços públicos (como a Conservatória dos Registos Centrais, a DGAJ, o ITIJ, entre outros), não fazendo menção de quaisquer "responsáveis" concretos pelo cumprimento destas funções. Os "responsáveis" serão pessoas singulares, mas nem as leis orgânicas destes serviços do Estado, nem a própria incriminação do artigo 91.º concretizam esta noção de "responsáveis". Assim, **2**

a incriminação do não cumprimento do dever de informação para efeito do recenseamento é **inconstitucional**, em face da total indeterminação da previsão legal. Isto é, o preceito incriminador viola o princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1, da CRP). Acresce ainda que a incriminação é sancionada com pena manifestamente desproporcionada, como resulta da sua comparação com o precedente histórico, que previa apenas pena de multa até 10 000 escudos (isto é, 50 euros).

Artigo 92.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 92.º
Falsificação dos cadernos de recenseamento

Quem por qualquer modo alterar, viciar, substituir ou suprimir os cadernos de recenseamento é punido com pena de prisão até 3 anos ou 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 comparticipação (anotação 6)
O concurso (anotação 7)

1 A **fonte** desta disposição é o artigo 336.º, n.º 1, al.ª d) do CP, que tinha o mesmo conteúdo. A lei do recenseamento é de 2008, pelo que **revogou tacitamente** o preceito do CP.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de falsificação dos cadernos de recenseamento é um **crime de perigo abstracto** e **de resultado**.

3 O **tipo objectivo** consiste a alteração, viciação, substituição ou supressão dos cadernos de recenseamento. A alteração e a viciação são condutas de manipulação da informação contida no caderno, sendo a primeira a manipulação imaterial da informação (pela introdução de elementos não correspondentes à verdade) e a segunda a manipulação material ou física da informação (pela rasura ou aditamento de parte da informação). A substituição e a supressão são condutas de subtracção do próprio caderno sem intenção de apropriação (ver a anotação ao artigo 203.º do meu "Comentário do Código Penal..."). O agente do crime pode ser qualquer pessoa, pelo que se trata de um **crime comum**.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

5 A **tentativa** é punível, com a moldura especialmente atenuada.

6 A **comparticipação** no crime obedece às regras gerais.

7 A **moldura penal** é irracional. Não se compreende que a falsificação dos cadernos de recenseamento tenha pena menor do que a falsificação de documento autêntico ou de força igual.

Artigo 93.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 93.º
Impedimento à verificação de inscrição no recenseamento

Os membros da comissão recenseadora que não expuserem as cópias dos cadernos de recenseamento ou que obstarem a que o cidadão as consulte no prazo legal previsto são punidos com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 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 (anotações 7 e 8)

A **fonte** desta disposição é o artigo 43.º da Lei n.º 69/78, de 3.11. **1**

O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. **2**
O crime de impedimento à verificação de inscrição no recenseamento é um **crime de perigo abstracto** e **de omissão pura (não exposição) ou de resultado (colocação de obstáculos)**.

O **tipo objectivo** consiste na (1) não exposição das cópias dos cadernos de recenseamento ou (2) na colocação de obstáculos à consulta dos cadernos de recenseamento pelo cidadão no prazo legal para o efeito estabelecido. A modalidade típica (1) é uma omissão pura. A modalidade típica (2) é uma acção, cujo resultado deve ser imputado causalmente ao agente. Em ambos os casos, trata-se de um crime específico próprio, pois a qualidade do agente funda o ilícito. **3**

O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo. **4**

A tentativa do crime cometido na modalidade (2) é punível, com a pena especialmente atenuada. O crime cometido na modalidade (1) não é punível, uma vez que se trata de um crime de omissão pura (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal..."). **5**

A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não a possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP). **6**

Há **concurso efectivo** entre o crime de impedimento à verificação de inscrição no recenseamento e o crime de obstrução à inscrição de eleitor (artigo 84.º *supra* referido). **7**

Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime em análise e o crime previsto no artigo 16.º, al.ª b), da Lei n.º 130.º-A/97, de 31.12, que se encontra em vigor. Esta disposição vigora, contudo, para o processo extraordinário de actualização das inscrições no recenseamento eleitoral, aberto pela referida lei de 1997. Já as als. a) e c) da Lei n.º 130.º-A/97 têm um conteúdo punitivo distinto e autónomo, uma vez que se reportam à violação das normas específicas dos artigos 3.º, 6.º, n.º 4, e 12.º da dita Lei n.º 130.º-A/97. **8**

Artigo 94.º da Lei n.º 13/99, de 22.3 (revista pela Lei n.º 47/2008, de 27.8)

Artigo 94.º
Recusa de passagem ou falsificação de certidões de recenseamento

Os membros das comissões recenseadoras que recusarem a passagem de certidões de recenseamento a eleitores que nele se encontrem inscritos ou que passem certidões falsas são punidos com pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 60 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)

1 A **fonte** desta disposição é, em parte, o artigo 256.º, n.º 1, al.ª a) do CP, sendo incompreensível a atenuação da moldura penal em relação ao tipo do CP. Com efeito, a moldura do tipo do CP é de 5 anos de prisão e o crime de emissão de certidão falsa é de 6 meses de prisão ou 60 dias de multa.

2 O **bem jurídico** protegido pela incriminação é a veracidade dos resultados eleitorais. O crime é de **perigo abstracto** e **de omissão pura (recusa de passagem de certidão) ou de resultado (falsificação de certidão)**.

3 O **tipo objectivo** consiste na (1) recusa de passagem de certidão de recenseamento a eleitor que nele se encontre inscrito ou (2) na emissão de certidão falsa, isto é, com elementos não correspondentes à verdade. A modalidade típica (1) é uma omissão pura. A modalidade típica (2) é uma acção, cujo resultado deve ser imputado causalmente ao agente. Em ambos os casos, trata-se de um crime específico próprio, pois a qualidade do agente funda o ilícito.

4 O **tipo subjectivo** admite qualquer modalidade de dolo.

5 A **tentativa** do crime cometido na modalidade (2) é punível, com a pena especialmente atenuada. O crime cometido na modalidade (1) não é punível, uma vez que se trata de um crime de omissão pura (ver a anotação ao artigo 22.º do CP no meu "Comentário do Código Penal...").

6 A qualidade do agente **comunica-se** a quem a não a possua (artigo 28.º, n.º 1, do CP).

7 Há **concurso aparente (especialidade)** entre o crime de "falsificação do certidão de recenseamento" e o artigo de falsificação de documento, previsto no artigo 256.º, n.º 1, al.ª b) do CP.

Artigo 28.º da Lei n.º 19/2003, de 20.6

Artigo 28.º
Sanções

1. Sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal a que nos termos gerais de direito haja lugar, os infractores das regras respeitantes ao financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais previstas nos capítulos II e III ficam sujeitos às sanções previstas nos números e artigos seguintes.

2. Os dirigentes dos partidos políticos, as pessoas singulares e os administradores de pessoas colectivas que pessoalmente participem na atribuição e obtenção de financiamento proibidos são punidos com pena de prisão de 1 a 3 anos.

3. Os mandatários financeiros, os candidatos às eleições presidenciais ou os primeiros proponentes de grupos de cidadãos eleitores que não observem na campanha eleitoral os limites estabelecidos no artigo 20.º ou que obtenham para a campanha eleitoral receitas proibidas ou por formas não previstas na presente lei são punidos com pena de prisão de 1 a 3 anos.

4. Em iguais penas incorrem os dirigentes de partidos políticos, as pessoas singulares e os administradores de pessoas colectivas que pessoalmente participem nas infracções previstas no número anterior.

5. O procedimento criminal depende de queixa da entidade prevista no artigo 24.º

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotação 3)
O dirigente de partido político (anotação 4)
O mandatário financeiro (anotação 5)
O tipo subjectivo (anotação 6)
A tentativa (anotação 7)
A comparticipação (anotação 8)
O concurso (anotação 9)
A queixa (anotação 10)

A **fonte** desta disposição são os artigos 131.º a 133.º do Decreto-Lei n.º 319.º-A/76, de 3.5, e os artigos 143.º a 145.º da Lei n.º 14/79, de 16.5. **1**

Os **bens jurídicos** protegidos pelas incriminações são a transparência e a igualdade de oportunidades políticas e, indirectamente, a veracidade dos resultados eleitorais. O crime de financiamento proibido é um **crime de perigo abstracto** (quanto ao bem jurídico) e **de resultado** (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção). O resultado consubstancia-se na percepção efectiva da receita proibida ou ilegal ou na realização efectiva de despesas excessivas. Contudo, associado a este resultado está uma presunção inilidível de perigo para os bens jurídicos protegidos referidos. **2**

O **tipo objectivo** consiste na (1) atribuição de financiamento proibido (em violação dos artigos 7.º e 8.º) dos partidos políticos por doadores pessoas singulares ou doadores administradores de pessoas colectivas; (2) na obtenção de financiamento proibido (em violação dos artigos 3.º a 8.º) por dirigentes dos partidos políticos; (3) na realização de despesas de campanha eleitoral excessivas (em violação do artigo 20.º) por mandatários financeiros, candidatos às eleições presidenciais ou primeiros proponentes de grupos de cidadãos eleitores; (4) na obtenção de receitas de campanha eleitoral proibidas ou ilegais (em violação dos artigos 16.º, 17.º e 18.º) por mandatários financeiros, candidatos às eleições presidenciais ou primeiros proponentes de grupos de cidadãos eleitores; (5) na participação de dirigentes políticos na realização de despesas de campanha eleitoral excessivas (em violação do artigo 20.º) ou na obtenção de receitas de campanha eleitoral proibidas (em violação dos artigos 16.º, 17.º e 18.º); e (6) na participação de doadores pessoas singulares e administradores de pessoas colectivas na obtenção de receitas de campanha eleitoral proibidas (em violação dos artigos 16.º, 17.º e 18.º). **3**

As condutas (1) e (2) reportam-se às infracções ocorridas na elaboração e prestação anual de contas do partido político (artigo 14.º). As condutas (3) a (6) referem-se às infracções ocorridas na elaboração e prestação da conta própria de campanha (artigo 15.º, n.º 1). Todas as condutas referidas descrevem um **crime de execução livre**.

O tipo penal do financiamento proibido (1), (2), (4), (5) e (6) consiste mesmo em um tipo plurissubjectivo **crime de concurso necessário**, na modalidade de crime de convergência, isto é, a realização do ilícito típico resulta de um encontro de vontades dos doadores dos partidos políticos e das campanhas eleitorais e dos responsáveis financeiros dos partidos financiados e das campanhas financiadas (ver a anotação 23.º ao artigo 10.º do meu Comentário do Código Penal ...; assim também, Spagnolo, I reati di illegale finanziamento dei partiti politici, Padova, CEDAM, 1990, p. 69, e Hervé Faupin, Le Contrôle du Financement de la Vie Politique, Partis et Campagnes, Paris, Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 305).
O tipo penal de despesa excessiva (3) e (5) é um **crime de comparticipação necessária imprópria**, uma vez que a tutela penal do bem jurídico só se dirige aos agentes que fazem a despesa e não aos agentes que vendem o bem ou serviço, sendo atípica a conduta destes agentes (ver a anotação 24.º ao artigo 10.º do meu Comentário do Código Penal ...).

4 Os mandatários financeiros, os candidatos às eleições presidenciais, os primeiros proponentes de grupos de cidadãos eleitores e os dirigentes dos partidos políticos podem preencher o tipo objectivo quer em relação à sua participação na percepção de receitas ilícitas quer em relação à sua participação na realização de despesas ilícitas. Trata-se em qualquer destes casos de **crimes específicos próprios**. Os doadores só podem preencher o tipo objectivo em relação à sua participação na percepção de receitas ilícitas. Nestes casos trata-se de **crimes comuns**.

5 Intimamente conexo com este problema da delimitação da autoria está o da definição do conceito de "dirigente de partido político", cujo conteúdo carece de condensação. Os antecedentes históricos que se conhecem são o da responsabilidade contraordenacional dos dirigentes dos partidos políticos nos termos da Lei n.º 56/98, de 18.8, e da Lei n. 23/2000, de 23.8, e o da responsabilidade criminal dos dirigentes dos partidos políticos pela percepção de receitas ilícitas na versão inicial da Lei n. 14/79, de 16.5.
Os **dirigentes dos partidos políticos** são as pessoas que, nos termos estatutários, exerçam funções de direcção política no partido. Podem exercer essas funções individualmente ou como membros de um órgão colegial. A lei só abrange os dirigentes aos quais cabe garantir o cumprimento das obrigações legais impostas aos partidos em matéria de financiamento e organização contabilística, isto é, em regra, ao secretário-geral (já neste sentido de que o conceito de dirigente do partido político se limita ao responsável político que dirija o departamento financeiro do partido, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 423/2004, e em termos demasiado amplos, admitindo a responsabilidade dos dirigentes com responsabilidades no âmbito da "elaboração, fiscalização e aprovação das contas partidárias que, por acção por omissão, tenham violado a lei ou não evitado a sua violação", acórdão do TC n.º 205/2006, relativamente à Lei n.º 56/98, e acórdão do TC n.º 198/2010, relativamente à Lei n.º 19/2003, de 20.6). Não estão incluídos os membros dos órgãos de jurisdição dos partidos políticos, uma vez que não são dirigentes nos termos do artigo 25.º da Lei Orgânica n.º 2/2003, de 22.8.
Esta responsabilidade pode ser transferida por **delegação de poderes**, por exemplo quando o secretário-geral de um partido transfere a responsabilidade por toda a gestão administrativa, contabilística e financeira do partido para o seu secretário-geral adjunto para a área financeira, nos termos previstos nos estatutos do partido (acórdão do TC n.º 90/09). Nalguns partidos, a competência do secretário-geral para representar o partido externamente e para dirigir politicamente o funcionamento dos serviços centrais do partido, incluindo o departamento financeiro, já está estatutariamente consagrada e a representação do secretário-geral pelo mandatário

financeiro no âmbito da campanha eleitoral é ainda estabelecida no regulamento financeiro do partido.

Assim, o secretário-geral (ou, quando designado, o secretário-geral adjunto com o pelouro financeiro) responde quando se tiver verificado a sua participação pessoal no cometimento do crime de financiamento proibido (isto é, em violação dos artigos 3.º a 8.º) do partido ou de realização de despesa excessiva (em violação do artigo 20.º) ou de obtenção de receita ilegal da campanha eleitoral (em violação dos artigos 16.º a 18.º).

Para preenchimento dos tipos penais o legislador exige uma conduta com particulares características aos dirigentes do partido político, mas também aos doadores pessoas singulares e aos doadores administradores de pessoas colectivas. As suas condutas devem implicá-los "pessoalmente" no cometimento da infracção. Esta conformação do tipo penal evita quaisquer afloramentos de responsabilidade criminal com base organizacional, sobretudo no que respeita aos dirigentes dos partidos políticos e aos administradores de pessoas colectivas. Mas mais do que isso: os actos cometidos por estes agentes devem ter uma relação directa específica com o resultado ilícito vedado pelo tipo penal, sendo essa relação directa com o resultado ilícito objecto do dolo do agente. A exigência de uma particular "participação pessoal" dos agentes na infracção revela a intenção da lei de não permitir a punição da comissão omissiva do tipo criminal (artigo 10.º, n.º 1 do CP). Esta conclusão tem uma consequência prática importante: os crimes cometidos pelos dirigentes partidários, pelos doadores pessoas singulares e pelos doadores administradores de pessoas colectivas só podem ser cometidos por acção.

O **mandatário financeiro** representa, no âmbito da campanha eleitoral, o dirigente político com responsabilidade sobre a vida financeira do partido e com capacidade para representar o partido exteriormente. **6**

A responsabilidade penal do mandatário financeiro afasta qualquer responsabilidade penal do secretário-geral ou, quando designado, do secretário-geral adjunto com o pelouro financeiro, salvo se se tiver verificado a "participação pessoal" concomitante de algum destes. Por seu lado, a responsabilidade criminal do mandatário financeiro local afasta, em princípio, a do mandatário financeiro nacional, como resulta expressamente do disposto no artigo 21, n.º 2.

Ao invés do que sucede com os dirigentes políticos, os crimes de financiamento ilícito e de realização de despesas excessivas podem ser cometidos pelos mandatários financeiros, por acção ou por omissão. A comissão por omissão do ilícito pelo mandatário financeiro tem lugar quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar o resultado concreto. Esse dever pode, por exemplo, resultar da estipulação estatutária ou de um acordo, nos termos dos quais os mandatários financeiros locais devem submeter a ratificação centralizada *a posteriori* as receitas e as despesas para a campanha eleitoral. A não rejeição de receitas ilícitas ou de despesas excessivas pode implicar neste caso a responsabilidade criminal do mandatário financeiro nacional por omissão.

O **tipo subjectivo** só admite o dolo. O erro sobre os elementos de facto ou de direito do tipo afasta deste modo a responsabilidade criminal, uma vez que afasta o dolo, não subsistindo campo para a imputação negligente. A questão é mais delicada no que respeita ao erro sobre a ilicitude da conduta, isto é, ao erro do agente na valoração da sua conduta, consubstanciando uma situação de percepção errónea do significado jurídico do desvalor do seu comportamento. Este erro exclui o dolo no caso em apreço e, portanto, toda a responsabilidade criminal, porquanto o conhecimento da proibição legal deve ser entendido como um requisito indispensável para que o agente tome consciência da ilicitude do facto, como denotam desde logo **7**

a circunstância de até à lei de 2003 a conduta ter tido uma natureza meramente contra-ordenacional e de o próprio legislador ter sobreposto na lei de 2003 condutas contra-ordenacionais e criminais com o mesmo conteúdo. Dito de outro modo, se o agente estiver convencido que o acto consubstancia um financiamento ou uma despesa regulares ou meramente irregulares do ponto de vista administrativo ou fiscal, o seu erro é relevante em termos de afastar o próprio dolo, tornando a conduta do agente não sancionável do ponto de vista do direito criminal.

8 A **tentativa** não é punível. O crime consuma-se com a efectiva percepção da receita proibida (isto é, a entrada da receita na detenção do partido, coligação, candidato ou grupo de cidadãos eleitores) ou a realização da despesa (isto é, a contratação da despesa, mesmo que não coincida com o seu pagamento), desde que a despesa ultrapassa o limite legal. Contudo, a questão que pode colocar-se em termos práticos é a de saber se alguma responsabilidade criminal impende sobre o dirigente partidário que vem a ter conhecimento da existência de um financiamento ilícito para a campanha eleitoral depois de percebida a receita, mas antes de apresentadas as contas. A conclusão só pode ser negativa, porquanto de outra forma se criaria aqui uma inadmissível situação de dolo subsequente.

9 Os crimes de financiamento ilícito ou de despesa excessiva podem entrar em **concurso efectivo** entre si e com outros crimes, tais como o crime de falsificação de documentos (por exemplo, facturas falsas, referindo montantes a que não correspondem serviços prestados ou bens transaccionados) ou os crimes de corrupção activa e passiva para a prática de acto ilícito ou de acto lícito (também neste sentido, no âmbito do direito italiano, Adelmo Matta, Corruzione e finanziamento illegale ai partiti, *in* Rivista Italiana di diritto e procedura Penale, 1999, pp. 155 -157).
No caso de o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, vale a regra do artigo 20.º do Decreto-Lei n. 433/82, de 27.10, sendo a pessoa singular punível a título de crime.

10 Atentos os seus poderes de fiscalização, inspecção e auditoria, a Entidade das Contas e do Financiamento Políticos poderá sindicar os financiamentos e as despesas com base em um juízo de discricionariedade técnica, por exemplo decidindo que documentos de despesas da campanha eleitoral devem ser juntos às contas dos partidos e documentos de despesas das contas dos partidos devem ser juntos às contas da campanha eleitoral. Ora, precisamente este juízo de discricionariedade técnica, que deverá tanto quanto possível fundar-se nos valores do mercado, justifica que a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos não venha a fazer um exercício automático do direito de queixa em face de irregularidades com os financiamentos e as despesas documentadas nas contas eleitorais, mas antes uma valoração do grau de relevância dessas irregularidades própria da autonomia do titular de um direito de queixa. Há, contudo, um risco sério de o juízo de discricionariedade técnica da Entidade ser socialmente percepcionado como um juízo arbitrário, motivado por razões políticas ou outras. Para pôr cobro a esta percepção social haveria que modificar a natureza do crime, convertendo-o num crime público.

PAULO SÉRGIO PINTO DE ALBUQUERQUE

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 n.º 45/2007, de 24 de Agosto, que procedeu à respectiva republicação (Artigo 23.º)

Artigo 23.º
Sanções

1. A falta de comparência injustificada, a recusa de depoimento ou o não cumprimento das diligências previstas no n.º 1 do artigo 20.º constituem crime de desobediência, sem prejuízo do procedimento disciplinar que no caso couber.

2. A falta de comparência injustificada por parte dos peticionários pode ter como consequência o arquivamento do respectivo processo, nos termos do n.º 3 do artigo 16.º, não lhes sendo aplicado o previsto no número anterior.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotações 6 e 7)
O tipo objectivo (anotação 8)
O tipo subjectivo (anotação 9)
As causas de justificação (anotação 10)
A pena (anotação 11)

A disposição foi alterada pelas Leis n.os 6/93, de 1 de Março, 15/2003, de 4 de Junho, e 45/2007, de 24 de Agosto (que procedeu à respectiva republicação). **1**

Este diploma regula e garante o exercício do **direito de petição**, para defesa dos direitos dos cidadãos, da Constituição, das leis ou do interesse geral, mediante a apresentação aos órgãos de soberania, ou a quaisquer autoridades públicas, com excepção dos tribunais, de petições, representações, reclamações ou queixas. São regulados por legislação especial: (a) a impugnação dos actos administrativos, através de reclamação ou de recursos hierárquicos; (b) O direito de queixa ao Provedor de Justiça e à Entidade Reguladora para a Comunicação Social; (c) O direito de petição das organizações de moradores perante as autarquias locais; (d) O direito de petição colectiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efectivo. **2**

O direito de petição, enquanto instrumento de participação política democrática, pertence aos cidadãos portugueses, sem prejuízo de igual capacidade jurídica para cidadãos de outros Estados, que a reconheçam, aos portugueses, em condições de igualdade e reciprocidade, nomeadamente no âmbito da União Europeia e no da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Os estrangeiros e os apátridas que residam em Portugal gozam sempre do direito de petição para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. O direito de petição é exercido individual ou colectivamente. Gozam igualmente do direito de petição quaisquer pessoas colectivas legalmente constituídas **3**

Sobre a tramitação das petições dirigidas à Assembleia da República cfr. art. 17.º e ss. **4**

A comissão parlamentar competente, durante o exame e instrução, pode ouvir os peticionários; solicitar depoimentos de quaisquer cidadãos; e requerer e obter informações e documentos de outros órgãos de soberania ou de quaisquer entidades públicas ou privadas, sem prejuízo do disposto na lei sobre segredo de Estado, **5**

segredo de justiça ou sigilo profissional, podendo solicitar à Administração Pública as diligências que se mostrem necessárias (cfr. n.º 1 do art. 20.º).

6 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.

7 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" (*ob. cit.*, p. 426).

8 Os **elementos objectivos** do crime de desobediência são:

– A existência de um comando da autoridade – neste caso, a comissão parlamentar competente, na pessoa do seu presidente ou de outro membro com competência delegada;

– Sob a forma de ordem ou mandado, impondo uma determinada conduta, um dever de acção ou omissão, nos termos concretamente definidos;

– Comparência a diligência;

– Obrigação de depor;

– Obrigação de prestação de informação por parte de órgão de soberania ou quaisquer entidades públicas ou privadas;

– A obrigatoriedade na realização de diligências ordenadas pela comissão parlamentar por parte da Administração Pública;

– 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 comparência injustificada, recusa de depor, não prestação de informação, a recusa na realização de diligências);

– A existência de disposição legal que, em concreto, especificamente considere a conduta punível como crime de desobediência – que é o caso do n.º 1 deste preceito.

Da conjugação dos n.os 1 e 2 do preceito em anotação do n.º 1 do art. 20.º, resulta que são agentes do crime aqui previsto:

a) Quaisquer cidadãos – que não os peticionários – relativamente a falta não justificada a diligência ou recusa de depoimento;

b) Membros de órgãos de soberania ou de quaisquer entidades públicas ou privadas – relativamente à não prestação das informações solicitadas;

c) Órgãos das Administração Pública – tendo por âmbito o não cumprimento de diligências ordenadas pela comissão parlamentar.

A acção típica consiste em: (a) a não comparência injustificada a diligência ou a recusa em depor perante comissão parlamentar por qualquer cidadão; (b) a não prestação de informação solicitada pela comissão parlamentar a órgão de soberania ou quaisquer entidades públicas ou privadas; (c) a recusa na realização de diligências ordenadas pela comissão parlamentar por parte da Administração Pública – acarreta a prática do crime de desobediência, nos termos do disposto da al.ª a) do n.º 1 do art. 348.º do Código Penal … sem prejuízo do regime legal em matéria de segredo de Estado, segredo de justiça ou sigilo profissional.

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".

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

Artigo 29.º
Dever de cooperação

1. Os órgãos e agentes das entidades públicas, civis e militares, têm o dever de prestar todos os esclarecimentos e informações que lhes sejam solicitados pelo provedor de Justiça.

2. As entidades públicas, civis e militares, prestam ao provedor de Justiça toda a colaboração que por este lhes for solicitada, designadamente informações, efectuando inspecções através dos serviços competentes e facultando documentos e processos para exame, remetendo-os ao provedor, se tal lhes for pedido.

3. O disposto no número anterior não prejudica as restrições legais respeitantes ao segredo de justiça nem a invocação de interesse superior do Estado, nos casos devidamente justificados pelos órgãos competentes, em questões respeitantes à segurança, à defesa ou às relações internacionais.

4. O Provedor de Justiça pode fixar por escrito prazo não inferior a 10 dias para satisfação de pedido que formule com nota de urgência.

5. O Provedor de Justiça pode determinar a presença na Provedoria de Justiça, ou noutro qualquer local que indicar e que as circunstâncias justifiquem, de qualquer funcionário ou agente de entidade pública, mediante requisição à entidade hierarquicamente competente, ou de qualquer titular de órgão sujeito ao seu controlo, nos termos do artigo 2.º, a fim de lhe ser prestada a cooperação devida.

6. O incumprimento não justificado do dever de cooperação previsto nos n.º 1, 2, 4 e 5 do presente artigo, por parte de funcionário ou agente da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, de instituto público, de empresa pública ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionária de serviços públicos ou de exploração de bens de domínio público, constitui crime de desobediência, sem prejuízo do procedimento disciplinar que no caso couber.

Sumário da anotação:
As fontes (anotação 1)
Considerações gerais (anotações 2 e 3)
O bem jurídico (anotações 4 e 5)
O tipo objectivo (anotação 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)
As causas de justificação (anotação 8)
A pena (anotação 9)

1 **As fontes** da disposição são o Decreto-Lei n.º 212/75, de 21 de Abril, o art. 24.º da CRP; Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de Julho, e a Lei n.º 81/77, de 22 de Novembro.

2 O **Provedor de Justiça** encontra-se constitucionalmente configurado entre nós como um órgão independente, de designação parlamentar, cuja função assenta na apreciação, sem poder decisório, de queixas dos cidadãos relativas a acções ou omissões dos poderes públicos, com possibilidade de, em consequência, dirigir aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças (cfr. art. 23.º da CRP). Por sua vez, na realização dessa missão, incumbe aos órgãos e agentes da Administração Pública o dever de cooperação com o Provedor de Justiça (cfr. n.º 4 do art. 23.º da CRP).
Quanto às respectivas funções, pode dizer-se que apontam, por um lado, como dirigida ao controlo da Administração Pública (mais precisamente, controlo da

legalidade, mas também da *justiça* da sua actuação), por outro lado, à protecção dos direitos fundamentais. Esta vocação dual viria, entretanto, a ser confirmada e desenvolvida pelo legislador ordinário no Estatuto do Provedor de Justiça (inicialmente através da Lei n.º 81/77, de 22 de Novembro, e depois na Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, com as subsequentes alterações). Assim, neste diploma, o Provedor de Justiça surge definido como órgão do Estado "que tem por função principal a defesa e a promoção dos direitos, liberdades e garantias e interesses legítimos dos cidadãos" e que assegura "através de meios informais, a justiça e a legalidade do exercício dos poderes públicos" (cfr. n.º 1 do art. 1.º). Por sua vez, actua oficiosamente ou em resposta a queixas dos particulares relativas a acções ou omissões dos poderes públicos, competindo-lhe, designadamente, neste âmbito, e para além da iniciativa na fiscalização sucessiva da inconstitucionalidade e da verificação da inconstitucionalidade por omissão, dirigir recomendações aos órgãos competentes com vista à correcção de actos ilegais ou injustos dos poderes públicos e assinalar deficiências de legislação, emitindo recomendações para a sua interpretação, alteração ou revogação (cfr. n.º 3 do art. 20.º).

Por outro lado, ainda que a actividade do Provedor de Justiça respeite potencialmente a quaisquer sectores de actividade ou funções estatais onde se verifiquem acções ou omissões dos poderes públicos carecidas de correcção 12, ela exerce-se primariamente sobre a actividade administrativa em sentido lato, ou, como diz o Estatuto, exerce-se, "nomeadamente, no âmbito da actividade dos serviços da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, dos institutos públicos, das empresas públicas ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos ou de exploração de bens do domínio público" (cfr. n.º 1 do art. 2.º).

3 O **dever de boa colaboração** das autoridades sujeitas à fiscalização do Provedor de Justiça é exigida, desde logo, em nome do interesse público, pelo que representa de clareza na actividade administrativa – quanto mais e melhor cooperarem os órgãos e serviços reclamados, fazendo valer as suas posições, tanto mais contribuirão para o esclarecimento dos assuntos e para uma correcta análise do Provedor de Justiça. Como resulta do n.º 2 do preceito em anotação, o dever de colaborar não fica cingido ao simples pedido de informações ou de serem facultados documentos, antes se admitindo que o Provedor de Justiça determine às próprias entidades visadas a realização de exames, vistorias ou inspecções. Trata-se de um dever jurídico, sem dúvida, porquanto, mesmo para os mais exigentes autores que reclamem a coercibilidade como elemento essencial da norma de direito, encontramos a sanção do seu incumprimento, quer no plano da responsabilidade disciplinar dos funcionários e agentes, quer no plano criminal através da cominação da conduta omissiva de colaboração com a pena do crime de desobediência (art. 29.º, n.º 6).

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 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" (ob. cit., p. 426).

6 Os **elementos objectivos** do crime de desobediência são:

– A existência de um comando da autoridade – neste caso, do Provedor de Justiça;

– Sob a forma de ordem ou mandado, impondo uma determinada conduta, um dever de acção ou omissão, nos termos concretamente definidos;

– Pedido de esclarecimento e informações (tendo como destinatários da ordem ou mandado, os órgãos e agentes das entidades públicas, civis e militares (cfr. n.º 1);

– Pedido de colaboração (designadamente informações, realização inspecções através dos serviços competentes, facultação de documentos e processos para exame com a consequente remessa aos serviços da Provedoria da Justiça) – tendo como destinatários da ordem ou do mandado, as entidades públicas, civis e militares (cfr. n.º 2);

– O disposto nas als. anteriores não prejudica as restrições legais respeitantes ao segredo de justiça nem a invocação de interesse superior do Estado, nos casos devidamente justificados pelos órgãos competentes, em questões respeitantes à segurança, à defesa ou às relações internacionais (cfr. n.º 3).

– Ordenar a presença na Provedoria de Justiça, ou noutro qualquer local que indicar e que as circunstâncias justifiquem, de qualquer funcionário ou agente de entidade pública, mediante requisição à entidade hierarquicamente competente, ou de qualquer titular de órgão sujeito ao seu controlo, nos termos do art. 2.º, a fim de lhe ser prestada a cooperação devida (cfr. n.º 5);

– A sua legalidade material e formal (será necessário que com ela esteja numa relação de conformidade, ou seja, que esteja autorizado pela lei, numa acepção mais exigente de legalidade – cfr. Parecer n.º 28/90 do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, DR II Série, de 8.10.1991, p. 9959, e doutrina nele citada);

– A competência da entidade que o emite (Provedor de Justiça; note-se que o provedor de Justiça apenas pode delegar nos provedores-adjuntos os poderes referidos nos arts. 21.º, 27.º, 30.º a 34.º e 42.º, competindo ainda a estes assegurar o funcionamento dos serviços no caso de cessação ou interrupção do provedor – art. 16.º, n.º 2);

– A regularidade da comunicação ao destinatário;

– A violação do dever concretamente emergente desse comando;

– A existência de disposição legal que, em concreto, especificamente considere a conduta punível como crime de desobediência – que é o caso do n.º 1 deste preceito.

O crime aqui previsto pressupõe que o autor do não acatamento da ordem emanada do provedor de Justiça se encontre investido numa particular posição: seja funcionário ou agente da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, de instituto público, de empresa pública ou de capitais maioritariamente públicos ou concessionária de serviços públicos ou de exploração de bens de domínio público.

A acção típica consiste no não acatamento, sem justificação fundamentada – dentro de determinado prazo para o efeito fixado – da ordem emanada do provedor de justiça, por parte de funcionário ou agente da administração pública central, regional e local, das Forças Armadas, de instituto público, de empresa pública ou

de capitais maioritariamente públicos ou concessionária de serviços públicos ou de exploração de bens de domínio público, ordem essa legítima e regularmente comunicada ao visado e que impõe a prestação de todos os esclarecimentos e informações solicitadas.

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, por um lado, ao decurso do prazo estabelecido pelo provedor de Justiça para a apresentação dos esclarecimentos e informações solicitadas e, por outro lado, pela não apresentação atempada de justificação fundamentada para o não acatamento da 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". **7**

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. **8**

A **pena** aplicável é 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). **9**

Artigo 30.º
Depoimentos

1. O provedor de Justiça pode solicitar a qualquer cidadão depoimentos ou informações sempre que os julgar necessários para apuramento de factos.

2. Considera-se justificada a falta ao serviço determinada pelo dever de comparência.

3. Em caso de recusa de depoimento ou falta de comparência no dia e hora designados, o provedor de Justiça pode notificar, mediante aviso postal registado, as pessoas que devam ser ouvidas, constituindo crime de desobediência qualificada a falta injustificada de comparência ou a recusa de depoimento.

4. As despesas de deslocação e outras que, a pedido do convocado, forem autorizadas pelo provedor de Justiça são pagas por conta do orçamento da Provedoria de Justiça.

Sumário da anotação:
O tipo objectivo (anotação 1)
O tipo subjectivo (anotação 2)
As causas de justificação (anotação 3)
A pena (anotação 4)

O **agente** pode ser qualquer cidadão desde que se mostre necessário obter dele informações ou depoimento. A **acção típica** consiste na falta de comparência – não justificada – no dia e hora designado para a 2.ª tomada de depoimento; ou na recusa em depor. 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 – não comparência injustificada; ou por acção – recusa em prestar depoimento. **1**

O provedor de Justiça pode delegar nos provedores-adjuntos os poderes referidos nos arts. 21.º, 27.º, 30.º a 34.º e 42.º, competindo ainda a estes assegurar o funcionamento dos serviços no caso de cessação ou interrupção do provedor (cfr. n.º 2 do art. 16.º).
No parecer do Conselho Consultivo da PGR (P n.º 20/1993), estabeleceu-se que a expressão "dados relativos à situação tributária dos contribuintes constante da alínea d) do artigo 17.º do Código de Processo Tributário, abrange, na sua previsão, quaisquer informações, quaisquer elementos informatizados ou não que reflictam de alguma forma a situação patrimonial dos sujeitos passivos da obrigação de imposto, sejam pessoas singulares, ou pessoas colectivas, comerciantes e não comerciantes; 2 – A "confidencialidade: protegida na disposição referida na conclusão anterior não abrange os dados que tenham natureza pública, por serem livremente cognoscíveis por recurso a outras vias jurídico-institucionais, como sejam, v.g., os registos predial, comercial e civil; 3 – A quebra da "confidencialidade: prevista na referida disposição legal depende da existência de norma que, sobrepondo-se-lhe, afaste o regime ali consagrado; 4 – Assim, os órgãos e agentes da Administração Pública não têm acesso aos dados confidenciais previstos na referida disposição legal, salvo quando exista norma especial de que resulte o dever de prestar tal colaboração; 5 – Os advogados e os solicitadores não têm acesso aos dados previstos na referida disposição legal, salvo quando representem contribuintes a que esses dados digam respeito, ou terceiros com "interesse directo e pessoal: 6 – A Administração Fiscal deve invocar a "confidencialidade: prevista na referida disposição legal relativamente a pedidos formulados pelos Deputados, ao abrigo do n.º 3 do artigo 12.º a Lei n.º 7/93, de 1 de Março; 7 – A Administração Fiscal não pode invocar a "confidencialidade" referida nas conclusões anteriores relativamente às solicitações do Provedor de Justiça, face ao disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 29.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril.
No parecer do Conselho Consultivo da PGR (P n.º 38/1995), estabeleceu-se que face ao disposto nos arts. 12.º, n.º 2, e 30.º da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, os jornalistas podem e os directores e as empresas de comunicação social devem invocar, se for caso disso, o sigilo referido nas conclusões anteriores relativamente às solicitações do Provedor de Justiça.

2 **T**endo 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" ou "a recusa a prestar depoimento".

3 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.

4 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).

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 7.º
Desobediência

A desobediência às ordens e aos actos praticados pelo governador civil constitui crime punido nos termos do Código Penal.

Sumário da anotação:
As fontes (anotação 1)
Considerações gerais (anotações 2 a 5)
O bem jurídico (anotação 6)
O tipo objectivo (anotações 7 a 9)
O tipo subjectivo (anotação 10)
As causas de justificação (anotação 11)
A comparticipação (anotação 12)
A pena (anotação 13)

As **fontes** da disposição são os artigos 404.º, 406.º a 411.º e 413.º a 415.º do Código Administrativo. O diploma em anotação foi objecto das alterações seguintes: Decreto-Lei n.º 316/95, de 28 de Novembro (Os artigos 2.º, 4.º, 7.º e 24.º); Decreto-Lei n.º 213/2001, de 2 de Agosto (1.º, 2.º, 4.º, 13.º, 14.º e 15.º) – aditados os artigos 4.º-A a 4.º-F; Decreto-Lei n.º 264/2002, de 25 de Novembro – transfere para as câmaras municipais competências dos governos civis (revogadas as als. f) e g) do art. 4.º-F e o art. 4.º-B). **1**

O governador civil é o magistrado administrativo a quem compete representar o Governo e exercer os poderes de tutela na área do distrito, para além de desempenhar outras competências que lhe são atribuídas – cfr. arts. 291.º, n.º 3 da CRP e 2.º do diploma em anotação. Segundo DIOGO FREITAS DO AMARAL, magistrados administrativos serão "os órgãos locais do Estado que nas respectivas circunscrições administrativas desempenham a função de representantes do Governo para fins de administração geral e de segurança pública". E, efectivamente, este o perfil do governador civil no nosso Direito: "o magistrado administrativo que representa o Governo na circunscrição distrital" (*Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1991, pp. 400 e ss.). **2**

Anotando o ar. 291.º da CRP, escrevem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: "Os distritos são as antigas entidades territoriais supramunicipais que a Constituição substituiu pelas regiões administrativas (artigos 238.º-1 e 256.º), e que se mantêm transitoriamente, enquanto aquelas não forem efectivamente instituídas". E, a propósito do governador civil, ponderam que é tradicionalmente um representante local do Governo, tendo, entre outras, funções de polícia e de tutela sobre a administração autárquica. A sua previsão constitucional nesta sede deve-se ao facto de a área tradicional de intervenção coincidir com o distrito, do qual, aliás, era também órgão. Com a instituição das regiões, será igualmente criado um representante regional do Governo (artigo 262.º), que, previsivelmente, substituirá os governadores civis de âmbito distrital (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª edição revista, Coimbra Editora, anotações I e V ao artigo 291.º, pp. 1074 e 1075). **3**

As competências do governador civil acham-se desenhadas no artigo 4.º, repartindo-se pelas seguintes áreas: representação do Governo, aproximação entre o cidadão **4**

e a Administração, segurança pública, e protecção civil. Por sua vez, pelo Decreto-Lei n.º 213/2001, de 2 de Agosto vieram a ser aditados os artigos 4.º-A a 4.º-F. Em matéria de competências no exercício de funções de segurança e de polícia, estabelece o art. 4.º -D:

– Conceder, nos termos da lei, licenças ou autorizações para o exercício de actividades, tendo sempre em conta a segurança dos cidadãos e a prevenção de riscos ou de perigos vários que àqueles sejam inerentes.

– Promover, após parecer do conselho coordenador e com fundamento em política definida pelo Ministro da Administração Interna, a articulação das seguintes actividades em matéria de segurança interna;

– Providenciar pela manutenção ou reposição da ordem, da segurança e tranquilidades públicas, podendo, para o efeito:

– Requisitar, quando necessária, a intervenção das forças de segurança, aos comandos da PSP e da GNR, instaladas no distrito;

– Propor ao Ministro da Administração Interna para aprovação os regulamentos necessários à execução das leis que estabelecem o modo de exercício das suas competências;

– Aplicar as medidas de polícia e as sanções contra-ordenacionais previstas na lei

5 O governador civil integra-se na categoria das entidades públicas que exercem poderes regulamentares e administrativos, em sentido amplo, através dos quais, e como decorrência dos quais, estabelecem medidas condicionadoras das actividades dos administrados ou preventivas da lesão de interesses gerais da comunidade, passíveis de subsunção ao conceito de "exercício de funções de polícia" devendo ser antes considerado uma autoridade administrativa com funções de polícia. Sobre o cargo de governador civil, incluindo a evolução histórica da figura, vejam-se, entre outros, os Pareceres do Conselho Consultivo do Ministério Público n.º 8/78, de 16/03/78, 173/79, de 24/01/80, publicados no BMJ, n.º 299, p. 55, 86/85, de 03/07/86, 50/91, de 27/06/91, 38/91 e 38/91 (complementar), de 21/11/91 e 28/05/92, respectivamente.

6 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.

7 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento/cumprimento de ordens ou de actos emanados do governador civil. Contudo, se a ordem se traduz na imposição de uma sanção acessória (por exemplo, encerramento de estabelecimento), o incumprimento da mesma não fará incorrer o destinatário na prática de um crime de desobediência já que, inserindo-se tal ordem no exercício das suas funções de polícia, pode o governador civil tomar as providências necessárias no sentido de que seja dada

execução material ao acto, requisitando para o efeito, de acordo com as respectivas competências, a intervenção das forças de segurança aos comandantes.

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. **8**

A ordem ou mandado devem ser regularmente comunicados, ou seja, devem ser transmitidos aos respectivos destinatários pelos meios previstos na lei. 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 incumpre – 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 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 **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). **13**

ANTÓNIO AUGUSTO TOLDA PINTO

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

Artigo 19.º
Desobediência qualificada

1. Fora dos casos previstos no artigo 17.º, a falta de comparência, a recusa de depoimento ou o não cumprimento de ordens legítimas de uma comissão parlamentar de inquérito no exercício das suas funções constituem crime de desobediência qualificada, para os efeitos previstos no Código Penal.

2. Verificado qualquer dos factos previstos no número anterior, o presidente da comissão, ouvida esta, comunicá-lo-á ao Presidente da Assembleia, com os elementos indispensáveis à instrução do processo, para efeito de participação à Procuradoria-Geral da República.

Sumário da anotação:
Considerações gerais (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 e 4)
O tipo objectivo (anotações 5 e 6)
O tipo subjectivo (anotação 7)
As causas de justificação (anotação 8)
A pena (anotação 9)

1 Nos termos do art. 13.º deste diploma, as comissões parlamentares de inquérito gozam dos poderes de investigação das autoridades judiciais que a estas não estejam constitucionalmente reservados e têm direito à coadjuvação das autoridades judiciárias, dos órgãos da polícia criminal e das autoridades administrativas, nos mesmos termos que os tribunais. As comissões podem, a requerimento fundamentado dos seus membros, solicitar por escrito ao Governo, às autoridades judiciárias, aos órgãos da Administração ou a entidades privadas as informações e documentos que julguem úteis à realização do inquérito. A prestação das informações e dos documentos tem prioridade sobre quaisquer outros serviços e deve ser satisfeita no prazo de 10 dias, sob pena de o seu autor incorrer na prática do crime referido no art. 19.º (desobediência qualificada), salvo justificação ponderosa dos requeridos que aconselhe a comissão a prorrogar aquele prazo ou a cancelar a diligência. Saliente-se que o pedido de informações e documentos deve fazer referência expressa a este diploma legal e transcrever conteúdo do n.º 5 deste art. 13.º e do n.º 1 do art. 19.º No decorrer do inquérito, a recusa de apresentação de documentos ou de prestação de depoimento só se terá por justificada nos termos da lei processual penal – sobre esta matéria, cfr. art. 117.º do CPP).

2 Em matéria de depoimentos, dispõe o art. 17.º que a falta de comparência ou a recusa de depoimento perante a comissão parlamentar de inquérito só se terão por justificadas nos termos gerais da lei processual penal (cfr. n.º 1) e que a obrigação de comparecer perante a comissão tem precedência sobre qualquer acto ou diligência oficial (cfr. n.º 2). Saliente-se que não é admitida, em caso algum, a recusa de comparência de funcionários, de agentes do Estado e de outras entidades públicas, podendo, contudo, estes requerer a alteração da data da convocação, por imperiosa necessidade de serviço, contanto que assim não fique frustrada a realização do inquérito (cfr. n.º 3). Quanto à forma dos depoimentos rege-se pelas normas aplicáveis do Código de Processo Penal sobre prova testemunhal (cfr. n.º 4 – sobre a matéria, cfr. arts. 138.º e 139.º do CPP).

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. No caso concreto, os inquéritos parlamentares têm por função vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os actos do Governo e da Administração, podendo ter por objecto qualquer matéria de interesse público relevante para o exercício das atribuições da Assembleia da República **3**

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). **4**

O **tipo objectivo** consiste na falta de comparência (e fora dos casos referidos na nota 2); na recusa de depoimento (e fora dos casos referidos na nota 2); ou no não cumprimento de ordens legítimas de uma comissão parlamentar de inquérito (tendo como destinatários membros do Governo, autoridades judiciárias, órgãos da Administração ou a entidades privadas). **5**

A ordem ou mandado devem ser regularmente comunicados, ou seja, devem ser transmitidos aos respectivos destinatários pelos meios previstos na lei. **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 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 **8**

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). **9**

ANTÓNIO AUGUSTO 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)

Artigo 84.º
Reuniões públicas

1. As sessões dos órgãos deliberativos das autarquias locais são públicas.

2. Os órgãos executivos colegiais realizam, pelo menos, uma reunião pública mensal.

3. Às sessões e reuniões mencionadas nos números anteriores deve ser dada publicidade, com menção dos dias, horas e locais da sua realização, de forma a garantir o conhecimento dos interessados com uma antecedência de, pelo menos, dois dias úteis sobre a data das mesmas.

4. A nenhum cidadão é permitido, sob qualquer pretexto, intrometer-se nas discussões e aplaudir ou reprovar as opiniões emitidas, as votações feitas e as deliberações tomadas, sob pena de sujeição à aplicação de coima de 20 000$00 até 100 000$00 pelo juiz da comarca, sob participação do presidente do respectivo órgão e sem prejuízo da faculdade ao mesmo atribuída de, em caso de quebra da disciplina ou da ordem, mandar sair do local da reunião o prevaricador, sob pena de desobediência nos termos da lei Penal.

5. Nas reuniões mencionadas no n.º 2, os órgãos executivos colegiais fixam um período para intervenção aberta ao público, durante o qual lhe serão prestados os esclarecimentos solicitados.

6. Nas reuniões dos órgãos deliberativos, encerrada a ordem do dia, há um período para intervenção do público durante o qual lhe serão prestados os esclarecimentos solicitados.

7. As actas das sessões ou reuniões, terminada a menção aos assuntos incluídos na ordem do dia, fazem referência sumária às eventuais intervenções do público na solicitação de esclarecimentos e às respostas dadas.

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 pena (anotação 11)

1 A disposição foi alterada pela Lei n.º 5-A/2005, de 11 de Janeiro (com republicação).

2 Os **órgãos representativos da freguesia** são a assembleia de freguesia (órgão deliberativo – cfr. art. 3.º) e a junta de freguesia (órgão executivo colegial – cfr. art. 23.º).

– Assembleia de freguesia – a mesa da assembleia é composta por um presidente, um 1.º secretário e um 2.º secretário e é eleita pela assembleia de freguesia de entre os seus membros. O presidente é substituído, nas suas faltas e impedimentos, pelo 1.º secretário e este pelo 2.º secretário. O presidente da mesa é o presidente da assembleia de freguesia (cfr. art. 10.º).

– Competências do presidente da assembleia de freguesia (cfr. art. 19.º) – entre outras, compete-lhe representar a assembleia, assegurar o seu regular funcionamento e presidir aos seus trabalhos (al.ª a)); Convocar as sessões ordinárias e extraordinárias (al.ª b)); Abrir e dirigir os trabalhos, mantendo a disciplina das reuniões (cfr. al.ª d));

– Sessões ordinárias da assembleia de freguesia (cfr. art. 13.º);
– Sessões extraordinárias da assembleia de freguesia (cfr. art. 14.º);
– Junta de freguesia – competências do presidente (cfr. art. 39.º);

Os **órgãos representativos do município** são a assembleia municipal (órgão deliberativo – cfr. art. 41.º) e a câmara municipal (órgão executivo colegial – cfr. art. 56.º). **3**

– Competência do presidente da assembleia municipal (cfr. art. 54.º) – entre outras, compete-lhe convocar as sessões ordinárias e extraordinárias (al.ª b)); abrir e encerrar os trabalhos das sessões e das reuniões (al.ª c)); dirigir os trabalhos e manter a disciplina das reuniões (al.ª d));
– Sessões ordinárias da assembleia municipal (cfr. art. 49.º).
– Sessões extraordinárias da assembleia municipal (cfr. art. 50.º).
– Competências do presidente da câmara municipal (cfr. art. 68.º) – entre outras, compete-lhe convocar as reuniões ordinárias para o dia e hora que fixar, sem prejuízo do disposto no art. 62.º, e enviar a ordem do dia a todos os membros (al.ª *n)*); convocar as reuniões extraordinárias (al.ª o)); estabelecer e distribuir a ordem do dia das reuniões (al.ª p)); abrir e encerrar as reuniões, dirigir os trabalhos e assegurar o cumprimento das leis e a regularidade das deliberações (al.ª q));

As sessões ordinárias e extraordinárias da assembleia de freguesia e da assembleia municipal são públicas. Nas reuniões dos órgãos deliberativos, encerrada a ordem do dia, há um período para intervenção do público durante o qual lhe serão prestados os esclarecimentos solicitados (cfr. n.º 4 do art. em anotação). A junta de freguesia e a câmara municipal, enquanto órgão executivos colegiais, realizam, pelo menos, uma reunião pública mensal. Nestas reuniões, os órgãos executivos colegiais fixam um período para intervenção aberta ao público, durante o qual lhe serão prestados os esclarecimentos solicitados (cfr. n.º 6 do art. em anotação). **4**

Fora do período de intervenção do público, a nenhum cidadão é permitido, sob qualquer pretexto, intrometer-se nas discussões e aplaudir ou reprovar as opiniões emitidas, as votações feitas e as deliberações tomadas. A sua violação acarreta a aplicação da coima prevista no n.º 4. Havendo ou mantendo-se a quebra da disciplina ou da ordem da reunião (ou sessão), o presidente do órgão (ou o seu substituto legal, no caso da sua ausência) ordena a saída do local da reunião do prevaricador. No caso de recusa de acatamento da ordem, o prevaricador incorrerá na prática de um crime de desobediência simples. **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, "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. **6**

7 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.

8 O **tipo objectivo** consiste no não acatamento/cumprimento da ordem emanada do presidente do respectivo órgão, dirigida ao cidadão prevaricador, traduzido na recusa em sair ou abandonar o local da reunião, verificando-se ou mantendo-se uma situação de quebra da disciplina ou ordem da reunião pública, em consequência da intromissão nas discussões e atitudes ou demonstrações de aplauso ou de reprovação sobre as opiniões emitidas ou sobre as votações efectuadas ou deliberações tomadas. Deve entender-se que o presidente do respectivo órgão deve advertir o prevaricador de que, a manter-se a sua conduta nos moldes previstos o fará incorrer no crime de desobediência. Todos estes factos devem ficar a constar da acta.

9 A **ordem** deve ser regularmente comunicada, ou seja, deve ser transmitida ao respectivo destinatário pelos meios previstos na lei – no caso, oralmente 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 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.

10 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 **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
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) e com as alterações da Lei n.º 41/2010, de 3.9 (Artigos 16.º a 18.º-A)

CAPÍTULO II
Dos crimes de responsabilidade de titular de cargo político em especial

Artigo 7.º
Traição à Pátria

O titular de cargo político que, com flagrante desvio ou abuso das suas funções ou com grave violação dos inerentes deveres, ainda que por meio não violento nem de ameaça de violência, tentar separar da Mãe-Pátria, ou entregar a país estrangeiro, ou submeter a soberania estrangeira, o todo ou uma parte do território português, ofender ou puser em perigo a independência do País será punido com prisão de dez a quinze anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 20)
O bem jurídico (anotações 21 a 28)
O tipo objectivo (anotações 29 a 47)
O tipo subjectivo (anotação 48)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 49)
A tentativa (anotação 50)
A comparticipação (anotação 51)
O concurso (anotação 52)
A pena (anotações 53 a 65)

As **fontes** mais remotas desta disposição são os artigos 7.º, n.º 10 e 8.º, n.º 2, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, onde se previam respectivamente "crimes contra a existência política da nação" e "crimes contra a Constituição e contra o regime republicano democrático" (era punida com prisão correccional a conduta que consistia no "arrancamento ou supressão de marcos, balizas ou outros sinais indicativos de território português" – artigo 7.º, n.º 10; era punida com pena de prisão maior celular por 6 anos, seguida de dez de degredo, ou, em alternativa, a pena fixa de 20 anos de degredo, a conduta que consistia em "tentar destruir a integridade da República Portuguesa" – artigo 8.º, n.º 2). **1**

Esse diploma legal (Lei n.º 266), da iniciativa de Bernardino Machado, revelador das preocupações políticas republicanas da época, veio dar execução ao estabelecido nos artigos 55.º (relativo aos crimes de responsabilidade), 72.º (onde se indicava que os crimes de responsabilidade seriam definidos em lei especial) e 85.º, al.ª a) (que atribuiu ao Primeiro Congresso a tarefa de elaborar lei sobre crimes de responsabilidade) da Constituição Política da República Portuguesa de 21.8.1911, fixando como objectivos (artigo 1.º, n.º 1) "definir o carácter e a extensão da responsabilidade penal dos membros do Poder Executivo e seus agentes, pelos actos praticados no exercício das suas funções" e "estabelecer os meios de tornar efectiva essa responsabilidade." **2**

De recordar que, ainda na vigência do regime monárquico (face ao disposto nos artigos 103.º e 104.º da Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822, **3**

regime mantido na Carta Constitucional de 1826 e na Constituição Política de 1838, sendo nesta última alargado por forma a abranger os Secretários de Estado, consoante o § 3 do seu artigo 116.º), a partir da Constituição de 1822, os Ministros de Estado e, a partir da Constituição de 1838, também os Secretários de Estado, seriam responsáveis por traição, peita, suborno ou concussão, abuso de poder, falta de observância de leis, "pelo que obrarem contra a liberdade, segurança ou propriedade dos cidadãos" e "por qualquer dissipação dos bens públicos" (artigo 103.º da Constituição de 1822, mantido na Carta Constitucional de 1826 e transferido para o artigo 116.º na Constituição de 1838). No entanto, o respectivo regime sancionatório nunca chegou a ser aprovado, apesar de várias Propostas de lei apresentadas na Câmara dos Deputados (aqui se destacando a n.º 117-J, *in* Diário da Câmara dos Senhores Deputados, sessão n.º 31 de 16.5.1893, onde já se tipificavam os referidos crimes, prevendo-se igualmente normas específicas quanto à forma do processo). Na falta dessa legislação especial (que nunca chegou a ser aprovada antes da instauração da República), os actos integradores de crimes de responsabilidade só podiam ser sancionados de acordo com o regime penal geral (na vigência do Código Penal de 1852 e depois do de 1886, entendendo-se que os Ministros, e mais tarde os Secretários de Estado, estavam abrangidos na definição de empregado público constante *v.g.* do seu artigo 327.º).

4 Por isso, a Lei n.º 266, de 27.7.1914, sinal decorrente do princípio republicano (por oposição ao princípio monárquico, onde o Rei estava isento de responsabilidade, de acordo com o artigo 127.º da Constituição de 1822, incumbindo-lhe, a partir da Carta Constitucional de 1826, entre outras atribuições, nos termos do artigo 75.º, § 15.º, "prover a tudo o que for concernente à segurança interna e externa do Estado, na forma da Constituição"), foi inovadora uma vez que até então não havia legislação penal especial sobre a responsabilidade criminal dos Ministros e Secretários de Estado em "actos de governação". Nesta perspectiva, poder-se-á ainda dizer que este diploma legal contribuiu para uma melhor definição sobre a "ética política" (sendo controversa a qualificação como "ética republicana", desde logo porque a "ética" não é "privativa" do regime republicano).

Classificação como "crimes de responsabilidade", que se encontrava na Constituição de 1911, por ser sua nota característica a responsabilização penal dos titulares de determinados cargos do Poder Executivo (Ministros de Estado e, em casos particulares, Presidente da República, como estabelecido no artigo 3.º da Lei n.º 266, não obstante a Constituição de 1933, através do seu artigo 78.º, ter revogado tacitamente tal norma no que se refere à responsabilidade penal do Presidente da República) e seus agentes (aqui se incluindo ainda, nos termos do artigo 24.º da Lei n.º 266, os funcionários da administração que, com a prática de determinados actos que ali são especificados, tiverem colaborado nos actos de administração declarados puníveis pela mesma lei).

6 A Lei n.º 266, de 27.7.1914, cuja vigência era ainda discutida em 1986 (como se extrai das intervenções de COSTA ANDRADE, na Reunião Plenária de 4.12.1986, *in* DAR, 1ª Série, de 5.12.1986, tal como igualmente recorda M. MAIA GONÇALVES, Código Penal Português, anotado e comentado, 8.ª ed., Coimbra, Almedina, 1995, p. 912 e chega a ser apreciado no Parecer da PGR n.º 85/86, *in* BMJ n.º 377, 55 a 85), foi implicitamente revogada pela Lei n.º 34/87, de 16.7.

7 Da evolução legislativa ao longo dos séculos XIX e XX (desde a Constituição de 1822 até à publicação da Lei n.º 34/87, de 16.7), resultaram algumas mudanças que, a nível substantivo, se prendem, essencialmente, com o alargamento e individualização dos sujeitos/agentes que assumem a categoria de "titulares de cargos políticos" para efeitos de responsabilidade penal e, bem assim, com a configuração de alguns

tipos legais de crime (embora, em geral, tivessem sido concebidos à semelhança de crimes congéneres previstos na lei penal geral, podendo estabelecer-se situações de concurso aparente, como é o caso do crime de Traição à Pátria).

8 Exige-se, a quem desempenha determinados papéis no âmbito da organização política do Estado, que cumpra o dever funcional que lhe advém do cargo que ocupa, sendo (política), criminal e civilmente responsável pelos seus actos, o que se prende com a inerente dignificação dos titulares de cargos políticos, com a salvaguarda do seu prestígio e com o merecimento da confiança pública (ver intervenções na Reunião Plenária de 23.4.1987, *in* DAR, 1.ª Série, de 24.4.1987, onde foram discutidos e aprovados, na generalidade, os projectos de leis n.º 377/IV do PS e n.º 384/IV do PRD; conferir CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 754, defendendo que a razão material que presidiu à criação da Lei n.º 34/87 foi "a convicção de que sobre os titulares de cargos políticos, pela legitimidade democrática que, ao menos indirectamente, justifica a sua posição, impende um dever funcional qualificado, que ultrapassa em gravidade o dever, também ele especial, decorrente da mera qualidade de funcionário"; igualmente JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 322, sustentam que a "autonomização" dos crimes de responsabilidade, isto é, dos "crimes cometidos pelos titulares de cargos políticos no exercício das respectivas funções e por causa do seu exercício", considerados "qualificados explicam-se pelo relevo dos bens jurídicos que afectam – ou bens jurídico-constitucionais em sentido estrito – e pelo especial dever de zelo a que se vinculam os titulares de cargos políticos perante o interesse público e perante o povo, donde tiram a sua legitimidade"; também JOSÉ DE FARIA COSTA, Noções fundamentais de direito penal, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 111, sobre o regime penal de excepção de titulares de determinados cargos, lembra que a sua legitimação se encontra "na própria Constituição e a sua justificação prende-se com a necessidade de salvaguarda da estabilidade dos órgãos de soberania").

9 Era, por isso, essencial criar um regime sério de "auto-responsabilidade" dos políticos, onde como regra deveria estar previsto um agravamento de penas para os titulares de cargos políticos. Responsabilidade criminal que, todavia, por circunstâncias várias, embora não subordine a responsabilidade política (a qual deverá ser autónoma, embora possa coexistir com aquela), na maior parte das vezes conduz a um indevido aproveitamento político (que mesmo injustificadamente pode levar à "morte política" de figuras que exercem o poder), arrastando outras vezes malefícios como o da "judicialização ou criminalização da política" ou da "politização da Justiça" (a este propósito ver MARIA BENEDITA URBANO, Representação Política e Parlamento, Contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 187, 217 e 218).

10 Considerando a "imposição legiferante" que resultava do disposto no n.º 3 do artigo 120.º (hoje correspondente ao n.º 3 do artigo 117.º) da CRP – tal como defendido no Ac. do TC n.º 276/89, *in* DR, 2.ª Série, de 12.6.1989 – o certo é que a elaboração de legislação penal especial (concretamente da Lei n.º 34/87) vinca a manutenção de uma opção de política criminal herdada do passado, apesar de serem poucos os crimes que podem ser definidos como exclusivos do exercício de funções políticas. De qualquer modo, essa opção assenta numa particular noção de "cargos políticos", a qual se distingue e destaca da de "cargos públicos" (artigo 50.º da CRP), que é mais ampla. Aparentemente essa distinção mantém-se, vista a definição, para efeitos da Lei n.º 34/87, de titulares de altos cargos públicos, que

resulta do artigo 3.º-A, aditado pela Lei n.º 41/2010, de 3.9 (com entrada em vigor 120 dias após publicação).

11 Desde a aprovação do Código Penal, na versão de 1982, que os titulares de cargos políticos foram claramente separados/autonomizados (não obstante a equiparação) do conceito de funcionário definido "para efeito da lei penal" (hoje artigo 386.º, n.º 4, notando-se, como realça JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, O conceito de funcionário, para efeito de lei penal e a "privatização" da administração pública, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 28, a importância «da "categorização" dos tipos legais de crime para estabelecer "a distinção, ao nível do Código Penal, entre os tipos de agentes", sejam agentes de autoridade ou agentes de gestão consoante a actividade que desenvolvem). Diferentemente, em Espanha, por exemplo, os conceitos de "autoridade" e de "funcionário público", incluídos no artigo 24.º do Código Penal Espanhol, abarcam os titulares de cargos políticos, sejam ou não providos por via electiva (ver ANDRÉS DELGADO GIL, Delitos cometidos por funcionarios públicos, negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada, Valência, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 103 a 109; no mesmo sentido, embora criticando a técnica adoptada no artigo 427.º, n.º 1, *in fine*, do Código Penal Espanhol, na redacção da LO n.º 5/2010, de 22.6, quando confrontada com o artigo 24.º do mesmo código, MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA, "Modificaciones en materia de cohecho", *in* Comentários a la Reforma Penal de 2010, Valência, Tirant Lo Blanch, 2010, pp. 472 e 473).

12 Ensaiando a definição de "cargos políticos", salientam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, op. cit., Tomo II, p. 319, que corresponde "a uma espécie dentro daquele [cargos públicos] género, caracterizados não tanto pelo exercício da função política ou governativa do Estado (contraposto à função administrativa e à jurisdicional) quanto pelo significado político da designação dos seus titulares. Em democracia, todos os cargos relativos à definição do interesse público e à direcção política devem assentar no princípio da representação política. Mas não é necessário que sejam todos de eleição directa; basta que, não o sendo, os seus titulares sejam designados por quem seja directamente eleito pelo povo." Nessa esteira, avançam como sendo "cargos políticos" quer os baseados no sufrágio universal e directo, quer os dependentes de responsabilidade política perante órgãos electivos, quer os que resultam de designação estritamente política.

13 Tal caracterização coloca em crise o elenco fechado e taxativo indicado no artigo 3.º da Lei n.º 34/87, pela sua insuficiência face à realidade actual (mesmo que se entendesse que podia ser "complementado" com a Lei n.º 64/93, de 26.8 – que estabelece o regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, revogando a Lei n.º 9/90, de 1.3, citada por M. MAIA GONÇALVES, op. cit., 1995, p. 912 – entretanto alterada pelas Leis n.º 39-B/94, de 27.12, n.º 28/95, de 18.8, n.º 12/96, de 18.4, n.º 42/96, de 31.8 e n.º 12/98, de 24.2, pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27.3 e pela Lei n.º 30/2008, de 10.7). Outros cargos, como por exemplo, o de vice-governador civil ou até o dos membros que compõem o Conselho de Estado (ver artigos 141.º e 142.º da CRP), deveriam ser incluídos no referido artigo 3.º da Lei n.º 34/87 (de resto, no Projecto de Lei n.º 384/IV do PRD, *in* DAR, 2.ª Série, de 11.3.1987, p. 2157, já eram indicados no artigo 6, al.ª f), como titulares de órgãos políticos os membros do Conselho de Estado, referindo-se que sempre poderiam cometer o crime de violação do segredo de Estado, inclusão essa que era rejeitada pelo PS, com o argumento de que não tinham competências decisórias, o que, na sua perspectiva, afastaria a possibilidade de, no exercício das suas funções, incorrerem em responsabilidade criminal ou civil). De qualquer forma, essa questão mantém-se em aberto uma vez que a Lei

n.º 41/2010, de 3.9, não introduziu alterações ao artigo 3.º da Lei n.º 34/87, antes aditando o artigo 3.º-A, onde indicou taxativamente quem era considerado (para efeitos da Lei n.º 34/87) "titular de altos cargos públicos".

14 A necessidade de repensar a definição de "titular de cargo político" também é realçada com a definição (ainda que criticável) de "titular de cargo político estrangeiro" que consta do artigo 2.º, al.ª c), da Lei n.º 20/2008, de 21.4 (regime de responsabilidade penal por crimes de corrupção cometidos no comércio internacional e na actividade privada): "«Titular de cargo político estrangeiro»: a pessoa que, ao serviço de um país estrangeiro, exerce um cargo no âmbito da função legislativa, judicial ou executiva, ao nível nacional, regional ou local, para o qual tenha sido nomeada ou eleita."

15 Não seria, por isso, de estranhar que, no futuro, a equiparação a funcionário, para efeito da lei penal geral, de quem desempenhe funções políticas (legislativa ou executiva), fosse incluída no Código Penal (em vez de ser regulada por lei especial, como actualmente sucede), desde logo tendo em atenção as equiparações que já constam do artigo 386.º, n.os 2 e 3, mesmo com as alterações introduzidas pela Lei n.º 32/2010, de 2.9, (repare-se que o próprio artigo 386.º, n.º 2, do Código Penal abrange parte dos titulares de altos cargos públicos previstos no art. 3.º-A da Lei n.º 34/87, os quais coincidem com os indicados no artigo 4.º, n.º 3, da Lei n.º 4/83, de 2.4 – que estabelece o regime do controlo público da riqueza dos titulares dos cargos políticos –, alterada pelas Leis n.º 38/83, de 25.10, n.º 25/95, de 18.8, n.º 19/2008, de 21.4, n.º 30/2008, de 10.7 e n.º 38/2010, de 2.9). Hoje em dia, face às limitadas alterações introduzidas pelo legislador nesta área dos crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, talvez fosse de equacionar se ainda faz sentido aquela opção legislativa (que, a manter-se, deveria merecer uma revisão profunda e não pontual, o que necessariamente teria, desde logo, de passar por uma nova definição de "titulares de cargos políticos", que fosse mais alargada, tendo em atenção não só os que exercem, mas também os que participam no exercício de funções políticas, mesmo que sem competências decisórias, mas de qualquer forma com repercussões na satisfação do interesse público) ou se antes se justificaria a sua inclusão no Código Penal (*v.g.* alargando e alterando a definição de funcionário, enquanto conceito autónomo da lei penal, prevendo novos tipos legais específicos e, simultaneamente, incluindo uma agravação especial da moldura abstracta de crimes que fossem cometidos por titulares de cargos políticos no exercício de funções ou por titulares de altos cargos públicos).

16 A sistematização escolhida para a Lei n.º 34/87 é aparentemente mais simples do que a do Código Penal, na medida em que aglutina no capítulo II todos os "crimes de responsabilidade de titular de cargo político em especial", sem ter a preocupação de os compartimentar em diferentes secções, partindo, por exemplo, do bem jurídico fundamental violado. Essa simplificação é de certa forma compreensível por se tratar de regime penal especial que pune os ataques ao Estado, e à forma como este se organiza, que provêm do seu interior. No entanto, desde a reforma introduzida pela Lei n.º 41/2010, de 3.9, sobra alguma incoerência e até confusão em relação à versão anterior da Lei n.º 34/87: é que, por um lado, nela foi introduzido o artigo 3.º-A, sobre os titulares de "altos cargos públicos", os quais apenas podem ser sujeitos activos dos crimes previstos nos artigos 16.º (recebimento indevido de vantagem), 17.º (corrupção passiva) e 18.º (corrupção activa), sendo aí tratados (em termos substantivos) de igual forma que o sujeito activo titular de cargo político e, por outro lado, não houve o cuidado de reformular, por exemplo, as epígrafes dos capítulos I e II (*v.g.* retirando a referência feita ao titular de cargo político, ficando a constar apenas do capítulo I "Dos crimes de

responsabilidade em geral" e do capítulo II "Dos crimes de responsabilidade em especial"). Para além disso, está por demonstrar que os titulares de altos cargos públicos devam merecer, em termos substantivos, tratamento autónomo, especial e igual (paralelo) ao dos titulares de cargos políticos naqueles particulares crimes previstos nos artigos 16.º a 18.º da Lei n.º 34/87, quando é certo que o conceito de "funcionário" previsto no Código Penal, já em parte os abrange (artigo 386.º, n.º 2) e os crimes em causa (correspondentes aos previstos nos artigos 372.º a 374.º) sofreram idênticas alterações na lei penal geral, embora neles se prevejam molduras penais algo mais suaves (ver alteração introduzida pela Lei n.º 32/2010, de 2.9). Discutível é, também, que quanto a esses crimes (recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e corrupção activa), os titulares de altos cargos públicos devam ser incluídos no regime especial substantivo previsto na Lei n.º 34/87 (que se refere à responsabilidade dos titulares de cargos políticos), em vez de pura e simplesmente serem equiparados a funcionário para efeitos da lei penal geral. O que tudo se reconduz à questão de saber se a solução não passaria antes por alargar o conceito de funcionário previsto na lei penal geral, nos termos acima indicados (é que, simultaneamente, na lei especial os titulares de altos cargos públicos não são equiparados aos titulares de cargos políticos, razão pela qual não se lhes pode aplicar as demais disposições legais que os não abranjam, designadamente artigos 2.º, 5.º e 6.º do capítulo I e, outros crimes, além dos indicados nos artigos 16.º a 18.º, previstos no capítulo II: isto significa que, considerando-se que nem todos os titulares de altos cargos públicos, tal como definidos na Lei n.º 34/87, estão abrangidos no conceito de funcionário previsto na lei penal geral, poderá ficar um espaço de impunidade incompreensível, designadamente em relação aos demais crimes em que se procura proteger a integridade no exercício de funções, tendo em vista a satisfação do interesse público de acordo com a legalidade). Seria desejável (para além de se tornar mais eficaz e transparente, evitando uma constante e cada vez maior produção legislativa) que, em vez de se fazerem reformas pontuais (quantas vezes pensadas para encontrar soluções em relação a lacunas que se tornam evidentes a partir de casos concretos, com repercussões públicas, que surgem na vida real), o legislador alargasse os seus horizontes e procurasse soluções integradas mais amplas, visando resolver casos gerais e abstractos, no combate ao fenómeno da criminalidade (não é pelo facto de, em primeira linha, procurar combater o fenómeno da corrupção, que o legislador deve deixar de ponderar, por exemplo, os demais tipos legais relacionados com o exercício de funções públicas, quando simultaneamente decide incluir os titulares de altos cargos públicos na Lei n.º 34/87 nos moldes acima indicados).

17 Deixando agora de lado a perturbação criada com a referência aos titulares de altos cargos públicos, acaba por sobrar a sensação de incompletude da Lei n.º 34/87, uma vez que, apesar de no seu capítulo I, com a rubrica de "crimes de responsabilidade de titular de cargo político em geral", deixar em aberto, através do artigo 2.º, uma definição genérica e subsidiária que remete (na falta de previsão de crimes especiais da responsabilidade dos titulares de cargos políticos) para os crimes "previstos na lei penal geral", com referência expressa ao exercício de funções ou que mostrem terem sido praticados com flagrante desvio ou abuso da função ou com grave violação dos inerentes deveres, o certo é que essa definição não é tão abrangente como seria de esperar, face à importância dos deveres especiais que recaem sobre os titulares de cargos políticos. Essa insuficiência torna-se patente, por exemplo, quando na infracção prevista na lei penal geral (obviamente quando não estiver em causa crime comum) não se fizer expressa referência ao exercício de funções e, apesar disso, tiver sido praticada pelo titular de cargo político com desvio de

funções ou violação dos inerentes deveres (o que significa – por não haver *flagrante* desvio de função ou por não haver *grave* violação dos inerentes deveres – ausência de censura penal, o que não será curial com a filosofia subjacente à elaboração da lei penal especial). De resto, a tal insatisfação revela-se, ainda, perante as raras alterações à Lei n.º 34/87, o que a tem tornado incoerente e carecido de revisão, nomeadamente quando se comparam as molduras penais diversificadas nela previstas com as da lei penal geral (*v.g.* Código Penal) que, entretanto, apesar de tudo, foram evoluindo de forma mais equilibrada e proporcionada.

18 E, como "nem todos os crimes praticados pelos titulares de cargos políticos no exercício de funções são considerados crimes de responsabilidade" em especial (apesar da insuficiente definição contida no artigo 2.º da Lei n.º 34/87, tanto mais que, a lei penal geral, na respectiva infracção, pode não fazer referência expressa ao "exercício de funções", "ou o crime não mostrar um flagrante desvio ou abuso da função ou grave violação dos inerentes deveres"), a possibilidade de aplicação do "regime geral penal e processual penal" (como se afirma no parecer da PGR n.º 81/2007, de 24.7.2008, *in* DR, 2.ª Série, de 9.10.2009), acaba por significar que, nesta área, as infracções cometidas pelos agentes titulares de cargos políticos, dependendo da verificação dos respectivos pressupostos, poderão ficar sujeitas ou a "uma responsabilidade criminal geral" ou a "uma responsabilidade criminal específica" (traduzindo alguma incoerência, desde logo considerando igualmente as hipóteses restritas em que poderá haver agravação especial, visto o disposto no artigo 5.º da mesma Lei n.º 34/87).

19 Retornando ao crime de *Traição à Pátria* (pior definido na dita Lei n.º 266), verifica-se que os seus contornos já estavam delineados no artigo 141.º, 1.º, do Código Penal de 1886, na versão vigente antes da entrada em vigor do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9. Deixando de lado os meios de execução do tipo legal e as características/qualidades do sujeito activo (matérias sobre as quais a legislação penal geral posterior se distanciou), já no Código Penal de 1886 a acção punida consistia em "intentar, por qualquer meio violento ou fraudulento, ou com auxílio estrangeiro, separar da mãe-Pátria ou entregar a país estrangeiro todo ou parte do território português, ou por qualquer desses meios ofender ou puser em perigo a independência do País."

20 A referência a "mãe-pátria" (que ainda se mantém no artigo 308.º do Código Penal, na versão actual) mostra-se de certa forma "descontinuada" uma vez que, hoje em dia, a noção de "Pátria" (mesmo retirando-lhe a carga política autoritária realçada pelo Estado Novo) está diluída e desfasada, se olharmos para os diferentes paradigmas que vão emergindo, designadamente, de Convenções a que Portugal se tem vinculado ao longo dos anos. Até numa interpretação conforme à Constituição, seria mais adequado e harmonioso substituir esse conceito de "mãe-pátria" (também ultrapassado a nível constitucional) por "Estado". Por isso, igualmente, a epígrafe de "Traição à Pátria" deveria ser actualizada (*v.g.* para "atentado à unidade do Estado"). No entanto, mesmo a referência à "Pátria", embora do que se trate seja da "defesa nacional" (enquanto garantia da soberania do Estado, da independência nacional e da integridade territorial de Portugal), continua presente em legislação recente, como sucede, por exemplo, com a Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7.7 (aprova a Lei de Defesa Nacional), conforme Declaração de Rectificação n.º 52/2009, de 20.7, cujo capítulo VI tem o título de "Defesa da Pátria".

21 O **bem jurídico** protegido no designado crime de Traição à Pátria é, em traços gerais, a soberania nacional, enquanto expressão da autonomia (autodeterminação) do Estado Constitucional, caracterizado pela simbiose das inerentes dimensões de Estado de Direito e de Estado Democrático (artigos 2.º e 3.º da CRP).

22 Conceito de soberania traduzido (nas palavras de J. J. GOMES CANOTILHO, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 90), "num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional", que se extrai do disposto nos artigos 3.º, 5.º, 6.º e 9.º da CRP, dele sobressaindo as qualidades da independência e integridade nacional (que também justificam os tipos legais de traição à pátria hoje previstos quer no artigo 308.º do Código Penal, quer no artigo 25.º do Código de Justiça Militar), tendo ao mesmo tempo subjacente a ideia de incumprimento do dever de fidelidade na relação entre agente e Estado.

23 Apesar do conceito de Estado, como dizem J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa anotada, Volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 203, ser "um dos mais polissémicos da Constituição", a verdade é que, entendido como forma de organização política da comunidade/sociedade, dele emerge como núcleo central o princípio da "unidade e indivisibilidade" da soberania, de que é titular o povo (artigo 3.º, n.º 1, da CRP), o que se liga ainda à ideia (salientada pelos mesmos Autores, op. cit., p. 215), "da sua incindibilidade e inalienabilidade: a soberania não pode ser desmembrada e dividida por vários centros soberanos (e, por esta via, o princípio liga-se ao princípio da unidade nacional e da integridade do território: cfr. artigos 5.º, n.º 3 e 6.º da CRP), e não pode também ser alienada em favor de um Estado estrangeiro ou organização internacional (e, por este lado, o princípio conjuga-se com o princípio da soberania nacional e da independência nacional…)".

24 O crime de Traição à Pátria assume a defesa da soberania nacional, a qual subordina a ultrapassada distinção entre "crimes contra a segurança exterior do Estado" e "crimes contra a segurança interior do Estado", a seu tempo justificada consoante a origem externa ou interna dos ataques feitos à segurança do Estado (distinção que existia no Código Penal de 1886, subdividindo a categoria geral dos "crimes contra a segurança do Estado", havendo ainda resquícios dessa sistematização genérica no Código Penal, na versão actual, concretamente no capítulo I, do título V, da Parte Especial, onde se insere o crime de Traição à Pátria previsto no artigo 308.º).

25 A superação dessa distinção, consequência da necessidade de defesa de interesses comuns da Comunidade Internacional (onde se incluem diversas comunidades nacionais e se elegem interesses comuns a cada Estado em particular), que se reflecte nomeadamente na procura de uma nova identidade (europeia, por exemplo) mais abrangente e global, mostra bem que, hoje em dia, essencial é não só tudo aquilo que, de forma relevante, afecta a soberania, incluindo defesa da independência de cada Estado mas, simultaneamente, afecta a paz, o que interessa quer aos Estados em particular, quer à Comunidade Internacional (neste sentido F. MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 15.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 777, salientando a alteração nesse aspecto já introduzida ao Código Penal Espanhol).

26 O que deve conduzir a uma renovada noção penal de "soberania do Estado", que seja compatível com essa nova realidade que é a internacionalização do direito penal (a este propósito ver ANABELA MIRANDA RODRIGUES, "A internacionalização e a europeização do direito penal – entre a unificação e a harmonização", *in* Internacionalização do Direito no Novo Século, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 231, quando salienta que "da mesma forma que o espaço penal internacional, de inspiração humanitária, também o espaço penal europeu, originário na fonte globalizadora, se caracteriza por uma paulatina superação dos princípios clássicos da territorialidade e da soberania.").

27 De todo o modo, quanto ao tipo legal previsto no artigo 308.º do Código Penal, enquanto PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal,

Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, p. 768, acentua como bens jurídicos protegidos "a segurança externa de Portugal, na sua vertente de independência e integridade do País", já CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 6, realça "especialmente a soberania nacional, a qual abrange a unidade do Estado, a integridade territorial e a independência (autonomia) do País", no que é seguida por VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, Código Penal anotado e comentado, Lisboa, Quid Juris sociedade editora, 2008, p. 780.

28 Apesar de toda a crítica, a técnica legislativa utilizada na configuração do designado crime de Traição à Pátria, previsto no artigo 7.º, mostra falta de clareza no seu recorte típico (além de pouco cuidado na redacção da norma), tratando igualmente diferentes formas de ataque ou lesão do bem jurídico protegido (punindo condutas de mera actividade, de dano, de perigo, consumadas ou tentadas da mesma forma, apesar da intensidade da lesão do bem jurídico ser diversa).

29 O **tipo objectivo** consiste na realização pelo titular de cargo político, através dos meios de execução tipificados no artigo 7.º, das seguintes condutas: tentar separar da Mãe-Pátria, ou entregar a país estrangeiro, ou submeter a soberania estrangeira, o todo ou parte do território português, ofender ou por em perigo a independência do país.

30 Genericamente os titulares de "cargos políticos" estão identificados no artigo 3.º da Lei n.º 34/87, disposição que hoje deve ser lida tendo em atenção: i) – que se mostra revogada implicitamente a alínea h) do n.º 1, relativa a cargos em Macau (uma vez que, desde 20.12.1999 o território de Macau passou para a soberania da República Popular da China, tudo conforme Declaração Conjunta do Governo da República Portuguesa e do Governo da República Popular da China sobre a questão de Macau, publicada com a respectiva rectificação no DR, 1.ª Série - A, de 16.5.1988); ii) – que a designação de "Ministro da República" contida na alínea f), do mesmo n.º 1, face ao disposto no artigo 230.º da CRP, após revisão da LC n.º 1/2004, de 24.7 e nos artigos 10.º e 24.º da Lei n.º 30/2008, de 15.7, foi substituída pela de "Representante da República nas regiões autónomas" dos Açores e Madeira (apesar de, simultaneamente, também terem sido alteradas competências daquele órgão, como notado no Parecer da PGR n.º 46/2006, de 19.7.2007, *in* DR, 2.ª Série, de 1.10.2007); iii) – no seu n.º 2, apenas quanto aos crimes previstos nos artigos 16.º a 19.º, equiparam-se aos titulares de cargos políticos nacionais quer os titulares de cargos políticos da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência, quer os titulares de cargos políticos de outros Estados-Membros da União Europeia, "quando a infracção tiver sido cometida, no todo ou em parte, em território português" (alterações introduzidas pela Lei n.º 108/2001, de 28.11, que também modificou o conceito de "funcionário" contido no artigo 386.º do Código Penal, não obstante este preceito ter sido novamente revisto com a Lei n.º 59/2007, de 4.9, para efeitos dos crimes previstos nos artigos 372.º a 374.º do mesmo código, passando ainda a abranger "todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos"). Como é evidente, a dita revogação implícita da alínea h) do n.º 1 do citado artigo 3.º (tal como a revogação implícita do estabelecido, a nível "dos efeitos das penas", nos artigos 29.º, al.ª e) e 31.º, al.ª e) e al.ª f) da mesma Lei n.º 34/87), passou a produzir efeitos desde a entrada em vigor das referidas alterações relativas à questão de Macau. Igualmente as alterações ao disposto nos artigos 3.º, n.º 1, al.ª f) e 31.º, al.ª b), quanto à substituição da anterior designação de "Ministro da República", aplicam-se desde a entrada em vigor do Estatuto do Representante da República nas regiões autónomas dos Açores e da Madeira, aprovado pela referida Lei

n.º 30/2008, de 10.7, de acordo com a revisão constitucional de 2004. Mais uma vez fica por explicar a razão pela qual, na reforma de 2010 que introduziu à Lei n.º 34/87, o legislador não teve o cuidado de actualizar o elenco dos cargos políticos definidos no mencionado artigo 3.º.

31 Para a definição que adoptou dos titulares de cargos políticos, o legislador olhou para as funções desempenhadas por quem ocupa determinados cargos, a nível da organização do Estado, da União Europeia, das regiões autónomas e da autarquia local (órgãos representativos). Obviamente que enquanto não existirem alterações legislativas, também não se podem considerar titulares de cargos políticos, para efeitos da Lei n.º 34/87, os titulares de outros quaisquer "cargos políticos" ou "altos cargos públicos" que não sejam abrangidos no citado artigo 3.º (como já acima foi referido, apesar da introdução do artigo 3.º-A nesta lei especial, os titulares de altos cargos públicos ali elencados não são equiparados aos titulares de cargos políticos previstos no artigo 3.º). Isto significa que, diferentes titulares de "cargos políticos" e de "altos cargos públicos", indicados nomeadamente nos artigos 1.º e 3.º da referida Lei n.º 64/93, de 26.8 (regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos) alterada pelas Leis n.º 39-B/94, de 27.12, n.º 28/95, de 18.8, n.º 12/96, de 18.4, n.º 42/96, de 31.8 e n.º 12/98, de 24.2, pelo Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27.3 e pela Lei n.º 30/2008, de 10.7, que não coincidem com os identificados no artigo 3.º da Lei n.º 34/87, apenas poderão ser punidos nos termos da lei penal geral, sem prejuízo do disposto no artigo 28.º do Código Penal e da eventual discussão sobre se a actividade que desenvolvem se enquadra ou não no conceito de funcionário, no caso de crimes específicos destes.

32 Podemos, assim, concluir que sujeito activo/agente do crime aqui em análise (artigo 7.º) é apenas o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (o que justifica a classificação do tipo como crime específico), a saber: a) Presidente da República; b) Presidente da Assembleia da República; c) Deputado à Assembleia da República; d) Membro do Governo (tendo em atenção a sua composição definida no artigo 183.º da CRP, que inclui o Primeiro-Ministro, Vice-Primeiros-Ministros se os houver, os Ministros, os Secretários de Estado e os Subsecretários de Estado) ; e) Deputado ao Parlamento Europeu; f) Representante da República para região autónoma; g) Membro de órgão de governo próprio de região autónoma (tendo em atenção o disposto no artigo 231.º da CRP, será qualquer membro da Assembleia Legislativa e do Governo Regional); h) Membro de órgão representativo de autarquia local (de acordo com o disposto nos artigos 235.º, 236.º, 244.º, 249.º e 259.º, da CRP, serão os membros da Assembleia de Freguesia, da Junta de Freguesia, da Assembleia Municipal, da Câmara Municipal e, quando forem criadas regiões administrativas, ainda os membros da Assembleia Regional e da Junta Regional); i) Governador civil.

33 Sendo um crime de execução vinculada, os meios de execução de que depende a realização do tipo, ainda que este seja cometido pelo titular de cargo político "por meio não violento nem de ameaça de violência", são os seguintes: a) flagrante desvio das suas funções; b) abuso das suas funções; c) grave violação dos inerentes deveres ao exercício de funções.

34 Tais meios de execução não coincidem com os enunciados (violência, ameaça de violência ou com auxílio estrangeiro) no crime de Traição à Pátria previsto no artigo 334.º do Código Penal, na versão de 1982, em vigor à data da publicação da Lei n.º 34/87. Após a revisão do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, previam-se para a mesma incriminação (artigo 308.º) a "violência, ameaça de violência, usurpação ou abuso de funções de soberania". Entretanto, com a alteração introduzida pela

Lei n.º 100/2003, de 15.11 (aprova o novo Código de Justiça Militar e revoga legislação existente sobre a matéria), os meios de execução da "violência ou ameaça de violência" passaram para o crime de Traição à Pátria previsto no Código de Justiça Militar (seu artigo 25.º), enquanto os de "usurpação ou abuso de funções de soberania" passaram a ser exclusivos da incriminação prevista no artigo 308.º do Código Penal, que até hoje não foi alterado. Ao menos em 2003 ter-se-ia justificado que o legislador alterasse os meios de execução previstos no artigo 7.º da Lei n.º 34/87, tendo em especial atenção o conteúdo da actividade funcional dos titulares de cargos políticos. Poderia ter então eliminado, por ser inútil, a referência que fez, pela negativa, a que os meios de execução ali tipificados não eram excluídos se fossem cometidos sem violência nem ameaça de violência. Se era dispensada a violência ou ameaça de violência não fazia sentido manter essa referência no dito artigo 7.º (é caso de recordar ALMEIDA SANTOS, em intervenção na Reunião Plenária de 23.4.1987, *in* DAR, 1.ª Série, de 24.4.1987, p. 2748, quando explicava: "enquanto o Código Penal exige a forma violenta para a comissão de alguns crimes, no meu projecto dispensa-se a forma violenta pelo facto de o agente político ter capacidades e instrumentos ao seu alcance que dispensam a violência, que a tornam mesmo perfeitamente inútil").

35 A exigência de o desvio das suas funções ser "flagrante", tal como a necessidade da violação dos inerentes deveres da função ser "grave", acabam por restringir o efeito útil que tais meios de execução poderiam ter na incriminação em apreço (reduzindo a área de tutela típica), quando é certo que o agente não é o cidadão comum, mas antes o titular de cargo político, o que supõe idoneidade (respeito da legalidade, rigor, objectividade, lealdade, honestidade, isenção, integridade, transparência, etc.) para o exercício da respectiva actividade funcional. De qualquer forma, sempre se pode dizer que os referidos meios de execução mostram preocupação de sancionar penalmente excessos graves cometidos por titulares de cargos políticos no exercício das respectivas funções.

36 A actuação com "flagrante desvio" das suas funções supõe que o titular de cargo político se afaste de forma evidente, manifesta, das funções que lhe incumbem, decorrentes do cargo político que assumiu.

37 Por sua vez, o "abuso das suas funções" significa que o titular de cargo político pratica acto para o qual não tem os necessários poderes, extravasando o que é permitido pelas funções que lhe incumbem, delas se aproveitando, em seu benefício ou de terceiro (note-se que este meio típico é mais aberto, mais abrangente ou amplo do que o de "abuso de funções de soberania" previsto no artigo 308.º do Código Penal).

38 Finalmente, a "grave violação dos inerentes deveres" ao exercício de funções exige que a actuação do titular de cargo político ofenda de forma grave, isto é de forma relevante, intensa (gravidade que dependerá dos critérios utilizados para definir os diferentes graus de violação), aqueles deveres de que está investido por causa do cargo que ocupa.

39 A conduta típica fica preenchida (consumada) quando o titular de cargo político, através de um dos meios de execução indicados, "tentar separar da Mãe-Pátria, ou entregar a país estrangeiro, ou submeter a soberania estrangeira, o todo ou parte do território português, ofender ou puser em perigo a independência do país."

40 A criminalização de qualquer um desses actos mostra a preocupação do legislador com a unidade do Estado, o que se prende com a protecção da soberania nacional, isto é, com os "poderes de autoridade" do Estado Português, mesmo que não haja "desintegração do território" (seja física ou não, total ou parcial). Considerando aquelas acções típicas de forma isolada ou estanque, diremos que: i) "tentar

separar" coloca imediatamente em perigo a unidade territorial; ii) "entregar a país estrangeiro" atinge a unidade do Estado, podendo implicar desafectação, mesmo temporária, para país estrangeiro de todo ou parte do território português; iii) – "submeter a soberania estrangeira" pressupõe sujeitar, subordinar (ainda que de forma transitória e precária) transferir para entidade estrangeira, a "soberania" nacional de todo ou parte do território, podendo ocorrer sem desafectação física do mesmo território.

41 A particularização, no artigo 7.º em análise (tal como já sucedia com a incriminação prevista no artigo 334.º do Código Penal, na versão de 1982, então em vigor), do acto de "submeter a soberania estrangeira" o todo ou uma parte do território português terá tornado inútil a referência ao acto de "entregar a país estrangeiro"? Responderemos negativamente, na medida em que a "entrega a país estrangeiro" significa um maior recuo da tutela penal, apesar de sempre se poder considerar que essa entrega a país estrangeiro do todo ou parte do território nacional estar incluída na acção mais genérica de "submeter a soberania estrangeira" (entregar a país estrangeiro o todo ou uma parte do território português implicará em princípio submissão a soberania estrangeira, sob pena de não se poder configurar a dita "entrega").

42 À semelhança do que aconteceu no Código Penal, a opção foi a de equiparar o delito de atentado ("tentar separar, ou entregar a país estrangeiro, ou submeter a soberania nacional, o todo ou parte do território português") à consumação, uma vez que qualquer daqueles actos é idóneo a causar lesão na unidade e integridade nacional e, portanto, a colocar em perigo a soberania nacional. O crime consuma-se, por isso, com a "tentativa" de separar, ou com a "tentativa" de entregar a país estrangeiro ou com a "tentativa" de submeter a soberania estrangeira, o todo ou parte do território português (nessa perspectiva é um "crime de empreendimento"). Tentativa que, contudo, só se preencherá com a prática de actos de execução, de acordo com o disposto no artigo 22.º do Código Penal. Tais actos em abstracto são idóneos a criar um perigo para o bem jurídico protegido, podendo, nesta vertente, classificar-se a incriminação como crime de perigo abstracto-concreto (ver, quanto ao artigo 308.º do Código Penal, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., 767; igualmente CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 4, 5 e 13, assinala que «ao tipificar-se a tentativa de "separação da Mãe-Pátria ou de entrega a país estrangeiro ou de submissão a soberania estrangeira, de todo o território português ou de parte dele", parece presumir-se que as condutas que integram a acção de "tentar separar ou tentar entregar ou tentar submeter" constituirão perigo de verificação dessa separação ou entrega ou submissão e, de todo o modo, perigo para a soberania nacional, sendo a evitação de tais perigos a *ratio* dessa criminalização», concluindo que o verbo "tentar" se reporta aos actos de "entregar, submeter ou separar…").

43 Caso se interprete o texto legal, distinguindo, por um lado, a acção de "tentar separar" o todo ou parte do território nacional e, por outro lado, a acção de "entregar a país estrangeiro" ou a de "submeter à soberania estrangeira" o todo ou parte do território nacional (como o fazem MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, Código Penal, 2.º volume, anotado, 2.ª. ed., Lisboa, Rei dos Livros, 1996, p. 978, em relação ao artigo 308.º, al.ª a), do Código Penal), então, nas duas últimas hipóteses, a haver tentativa do crime previsto no artigo 7.º, a moldura penal prevista para o crime consumado (prisão de 10 a 15 anos), é especialmente atenuada nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do Código Penal.

44 Estranhamente a Lei n.º 34/87 não prevê a punição de actos preparatórios – ao contrário do estabelecido no artigo 380.º do Código Penal, na versão de 1982,

correspondente ao actual artigo 344.º (onde expressamente se consagra a punição com pena de prisão até 3 anos dos actos preparatórios dos crimes previstos nos artigos 308.º a 317.º e 325.º a 327.º) – o que sempre pode ser visto como um favor inadmissível quando o agente é titular de cargo político.

45 A acção de "tentar separar da Mãe-Pátria, ou entregar a país estrangeiro, ou submeter a soberania estrangeira, o todo ou parte do território português" exige que se concretize o que se entende por território português. A definição de "território" encontra-se no artigo 5.º da CRP: abrange o território historicamente definido no continente europeu, os arquipélagos dos Açores e Madeira (trata-se, como dizem J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., 2007, p. 227, do "território ibérico confinante com a Espanha", deixando "em aberto a questão de Olivença" e do território insular, incluindo ainda o "arquipélago das Selvagens"), o solo e subsolo, as águas territoriais, "podendo englobar-se ainda uma parte da plataforma continental" (ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 11 e 12, citando ainda o artigo 84.º, n.º 1, al.ª a), da CRP e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., 2007, p. 228).

46 Por sua vez, a acção de "ofender a independência do país" ou a de "pôr em perigo a independência do país" contendem igualmente com soberania nacional. Sem independência do país ficam limitados os poderes inerentes à soberania nacional. Também, qualquer restrição da soberania nacional necessariamente interfere com a independência do país.

47 "Ofender" pressupõe a existência de uma agressão, ou seja, de uma lesão/dano à independência do país (daí que nessa parte se configure um crime de dano); "por em perigo" é um estádio anterior ao dano, mas que no caso terá que ser um perigo concreto, efectivo para a independência do país (o que se deduz da circunstância de o perigo estar descrito no tipo legal, razão pela qual se trata de crime de perigo concreto). Isto significa que colocar em perigo a independência nacional exige a prova desse perigo, o que supõe a prática de "actos realmente idóneos – adequados – à produção de danos para essa independência" (como afirma CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 5 e 21, em relação ao crime previsto no artigo 308.º do Código Penal). Também JOSÉ FRANCISCO FARIA COSTA, O Perigo em Direito Penal (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas), Coimbra, Coimbra Editora, 1992, pp. 620-621, recorda que «os crimes de perigo concreto representam a figura de um ilícito-típico em que o perigo é, justamente, elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto nos crimes de perigo abstracto o perigo não é elemento do tipo, mas tão só motivação do legislador».

48 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente, dolo genérico. Basta que o agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de, através de um dos meios de execução, praticar a conduta descrita no tipo. Admite qualquer das modalidades do dolo (artigo 14.º do Código Penal). Na medida em que na norma não é expressamente indicada ou descrita qualquer finalidade específica, parece que não é de exigir, como elemento adicional, a representação de qualquer fim particular. E isso, não obstante a vontade de praticar aquela conduta estar "intimamente relacionada" com a finalidade subjacente à criação do tipo legal, mesmo que o respectivo resultado se não venha a produzir (ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 24 e VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, op. cit., p. 782; no mesmo sentido, embora chamando à atenção para "a especificidade do dolo de perigo da independência do país", PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 767; excluindo a possibilidade de dolo eventual em caso de tentativa, JOSÉ FRANCISCO FARIA COSTA, Tentativa e dolo eventual, separata de BFDC, Coimbra, 1987, p. 86 e ss.).

49 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, parte dessas causas (estando afastada a possibilidade de qualquer justificação por via do consentimento, por este ser aqui ineficaz) são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

50 A **tentativa** do crime de traição à pátria é punida nos termos da lei penal geral (artigo 23.º do Código Penal). Isso mesmo resulta também do disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87, que admite igualmente a desistência da tentativa (artigo 24.º do Código Penal). Particularmente em relação à acção de "tentar separar… o todo ou uma parte do território português", coloca-se a questão de saber se é possível configurar a tentativa. Alguns Autores (ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 24) respondem negativamente, invocando que tal não é possível, sob pena de se estar a recuar a punição aos actos preparatórios, o que, neste caso, até foi afastado pelo legislador, quando não criou norma equivalente ao estabelecido no artigo 344.º (anterior artigo 380.º) do Código Penal; outros Autores (PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 115 e 767) respondem afirmativamente, admitindo a punibilidade da tentativa "desde que ela se quede pela tentativa inacabada", uma vez que a tentativa acabada equivale à consumação do crime.

51 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, coloca-se a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), o que é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal (concluindo pela comunicabilidade, fazendo apelo à necessidade de cumulativamente recorrer ao "critério da titularidade do dever extrapenal" e ao "critério do domínio de facto" para determinar o círculo de autores nos crimes de violação de dever, TERESA PIZARRO BELEZA, "A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever, titularidade *versus* domínio de facto?", *in* RPCC, ano V, n.º 3, pp. 337 a 351).

52 Dependendo de factos adicionais que se apurarem, poderá haver uma relação de **concurso** aparente entre o crime de Traição à Pátria previsto neste artigo 7.º e os previstos nos artigos 308.º do Código Penal e 25.º do Código de Justiça Militar. Se a conduta do agente, titular de cargo político, preencher simultaneamente os crimes previstos nos artigos 7.º da Lei n.º 34/87 e 308.º do Código Penal, então por força da relação de "subsidiariedade implícita" que existe entre essas duas incriminações, deverá ser punido pela incriminação mais grave, isto é, pela prevista na lei penal geral. Se, por exemplo, a conduta do agente, titular de cargo político e militar, preenche simultaneamente os crimes previstos nos artigos 7.º da Lei n.º 34/87 e 25.º do Código de Justiça Militar (porque foi também cometido com violência ou ameaça de violência e se está perante crime estritamente militar), por força da relação de especialidade que existe entre essas duas incriminações, deverá ser punido pelo regime especial previsto no Código de Justiça Militar (ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 26 e 27 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 768). Também poderá haver um concurso aparente entre o crime previsto neste artigo 7.º e, por exemplo, o previsto no n.º 1 do artigo 26.º (abuso de poderes) desta Lei n.º 34/87, caso em que por força da relação de consunção que existe entre essas duas incriminações, o agente deverá ser punido apenas pelo crime previsto no artigo 7.º. Igualmente podem ocorrer situações de concurso (efectivo ou aparente) com outros crimes que não estejam previstos na Lei n.º 34/87. Poderá haver concurso com crimes de terrorismo (ou mesmo

financiamento do terrorismo) previstos na Lei n.º 52/2003, de 22.8, considerando as alterações introduzidas pela Lei n.º 25/2008, de 5.7.

53 A **pena**, isto é, a moldura legal prevista no artigo 7.º aqui em análise, revela alguma incoerência em termos sancionatórios e desfasamento em relação à lei penal geral (a moldura abstracta de 10 a 15 anos de prisão prevista no artigo 7.º, sempre foi no seu limite máximo inferior à de 20 anos prevista no Código Penal, em qualquer das suas versões e, no limite mínimo, apenas passou a ser igual desde a revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, sendo certo que, anteriormente, designadamente quando foi elaborada a Lei n.º 34/87, o crime de traição à pátria, previsto no artigo 334.º do Código Penal, era punido com pena de prisão de 15 a 20 anos).

54 A situação não se inverte por estar prevista uma agravação especial no artigo 5.º da Lei n.º 34/87: é que essa agravação de um quarto dos limites mínimo e máximo apenas funciona quando o titular de cargo político, actuando no exercício das suas funções, comete crime previsto na lei penal geral que seja qualificado como crime de responsabilidade e, portanto, se relacione também com a actividade funcional. Fica, assim, por explicar e, consequentemente, por perceber a razão pela qual o titular de cargo político merece moldura penal abstracta (pelo menos quanto ao seu limite máximo) inferior à prevista na lei penal geral para o comum cidadão que comete o mesmo crime de Traição à Pátria. Apesar da tentativa de explicação avançada (ainda antes da alteração introduzida pela Lei n.º 100/2003, de 15.11) por CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 26 (se bem entendemos, no sentido dos meios de execução previstos na lei penal geral serem mais gravosos, exigentes e abrangentes do que os previstos no artigo 7.º da Lei n.º 34/87, o que permitiria compreender "a previsão de uma moldura legal mais suave"), sobra sempre o desconforto de saber se, ainda assim, face à sua ressonância social, não assumirá ao menos igual gravidade (igual censura), em relação à do cidadão comum, a conduta do titular de cargo político (sobre o qual recaem deveres especiais) que comete tal crime (tanto mais que, hoje em dia, os meios de execução previstos na lei penal geral até são mais próximos dos previstos na lei penal especial).

55 É do senso comum a exigência de maior censura para o titular de cargo político, face à qualidade das funções que lhe incumbe exercer, o que se prende quer com a sua responsabilidade funcional, quer com o prestígio do "cargo" em que está investido. Daí que não se compreenda a inalterabilidade dessa incriminação na Lei n.º 34/87, apesar de até poder existir (como dizem CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 9 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 768), "uma relação de concurso aparente (subsidiariedade implícita)" entre o crime previsto na lei geral e o previsto na lei especial. Tudo isto mostra como é urgente que o legislador intervenha igualmente nesta matéria (deixando de se autolimitar a intervenções à volta dos artigos 16.º a 18.º), clarificando de forma isenta e desinteressada a sua posição, sob pena de se quebrar a já fragilizada relação de confiança que deve ligar os cidadãos aos que exercem funções políticas (essa relação de confiança será consolidada quando existir maior objectividade e transparência no exercício da função política, o que por um lado implica renovação de propósitos de quem exerce tais funções e, por outro lado, exige participação activa e esclarecida do cidadão).

56 A Lei n.º 34/87 prevê, ainda, no artigo 6.º a possibilidade (faculdade) de atenuação especial da pena aplicável aos crimes de responsabilidade cometidos por titulares de cargos políticos, "para além dos casos previstos na lei geral, quando se mostre que o bem ou valor sacrificados o foram para salvaguarda de outros constitucionalmente relevantes ou quando for diminuto o grau de responsabilidade funcional do agente e não haja lugar à exclusão da ilicitude ou da culpa, nos termos gerais." Trata-se

de privilégio em relação ao regime geral, uma vez que no Código Penal, para além das situações indicadas a título exemplificativo no actual artigo 72.º (que podem conduzir a uma atenuação especial se diminuírem por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena), apenas no artigo 345.º (que restringe os casos anteriormente previstos no artigo 382.º, na versão de 1982) se prevê regime de atenuação especial (obrigatória) para, entre outros, o crime de traição à pátria previsto no artigo 308.º, al.ª b) (na modalidade de por em perigo a independência nacional), "se o agente voluntariamente fizer diminuir por forma considerável o perigo produzido pela conduta ou o afastar."

57 Assim, para além de poder beneficiar, verificando-se os respectivos pressupostos, da atenuação especial prevista nos artigos 72.º e 345.º do Código Penal (esta última disposição legal só terá aplicação relativamente à conduta de por em perigo a independência do país, em caso de concurso aparente com o crime previsto no artigo 308.º do Código Penal), o titular de cargo político pode ainda aproveitar do regime especial previsto no indicado artigo 6.º. Um dos argumentos invocados para a criação desse regime especial (quando for caso disso) foi o do "desnivelado grau de responsabilidade política entre um deputado à Assembleia da República, um deputado à assembleia regional ou um membro de Assembleia Legislativa local" (ver intervenção de ALMEIDA SANTOS, *in* DAR, 1.ª Série, de 23.4.1987, p. 2754). No entanto, não parece que esse diferente grau de responsabilidade política pudesse ser um dos fundamentos daquela atenuação especial facultativa: por um lado, pretendendo-se dignificar a função política, esta deverá ser prestigiada independentemente do cargo ocupado pelo agente; por outro lado, o diferente grau de responsabilidade política apenas se repercute em termos de consequências da conduta (terá, como é lógico, dimensões diferentes consoante o cargo ocupado pelo agente e a conduta por este adoptada), o que não deveria ser fundamento para criar uma norma contendo um regime especial, uma vez que sempre poderia ser aplicável (verificados os respectivos pressupostos) o disposto no artigo 72.º (correspondente ao artigo 73.º, na versão de 1982) do Código Penal. Aliás, perante a atenuação especial então prevista no artigo 73.º do Código Penal, na versão de 1982, era perfeitamente dispensável o estatuído no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, que mais parece um privilégio criado por e para a própria "classe política".

58 Como "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções, a Lei n.º 34/87 prevê diferentes regimes, consoante a categoria de titulares dos cargos políticos, distinguindo os casos de Presidente da República (artigo 28.º: "implica *destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição* após verificação pelo Tribunal Constitucional da ocorrência dos correspondentes pressupostos constitucionais e legais"), de Presidente da Assembleia da República, de Deputado à Assembleia da República, de Deputado ao Parlamento Europeu, de Deputado à "Assembleia regional" (desde a revisão constitucional de 2004 designada "Assembleia Legislativa"), de Membro de órgão representativo de autarquia local (artigo 29.º: "implica *perda de mandato*"), de Primeiro-Ministro (artigo 30.º: "implica de direito a respectiva *demissão*, com as consequências previstas na Constituição da República"), de Membro do Governo da República, de Representante da República junto de região autónoma (que substituiu o anteriormente designado "Ministro da República junto de região autónoma"), de Presidente de Governo Regional, de Membro de Governo Regional e de Governador civil (artigo 31.º: "implica de direito a respectiva *demissão*, com as consequências constitucionais e legais"). Como acima já se referiu, hoje em dia deve considerar-se, por um lado, implicitamente revogado o disposto nos artigos 29.º, al.ª e) e 31.º, al.ªs e) e f), da Lei n.º 34/87, respectivamente em relação a Deputado à Assembleia Legislativa de

Macau, ao Governador de Macau e a Secretário-adjunto do Governo de Macau e, por outro lado, deve considerar-se que o artigo 29.º, al.ª d), reporta-se à "Assembleia legislativa" (designação que, desde a revisão constitucional de 2004, substituiu a anterior expressão de "assembleia regional") e o artigo 31.º, al.ª b), reporta-se ao Representante da República junto de região autónoma (designação que substituiu a anterior de Ministro da República junto de região autónoma).

59 Haverá que distinguir o regime, quanto a "efeitos das penas", previsto na Lei n.º 34/87, cuja aplicação é da competência dos tribunais criminais, da "perda de mandato" por infracções de natureza administrativa previsto na Lei n.º 27/96, de 1.8 (que revogou a Lei n.º 87/89, de 9.9), cuja aplicação é já da competência dos tribunais administrativos. Também na área do direito administrativo, a inelegibilidade resultante da perda de mandato, ainda que temporária, traduzindo-se "na perda de um direito político, constitucionalmente qualificado como direito, liberdade e garantia (CRP, art. 49)", não pode ser considerada como efeito automático daquela perda de mandato, por ser inconstitucional, "tendo em conta o âmbito de protecção do art. 30.º/4 da CRP" (assim, J. J. GOMES CANOTILHO, "anotação ao Acórdão do TC n.º 25/92 e ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 25 de Fevereiro de 1993", *in* RLJ, ano 125.º, n.º 3825, 1 de Abril de 1993, p. 380).

60 Ainda no que se refere a membros de órgãos autárquicos, coloca-se a questão (tratada no Ac. do TC n.º 473/2009, *in* DR, 2.ª Série, de 14.10.2009) dos efeitos da "perda de mandato" (estatuído no artigo 29.º, al.ª f), da Lei n.º 34/87) e da "inelegibilidade temporária" (prevista no artigo 13.º da Lei n.º 27/96, de 1.8); no entanto, apesar de tais medidas se completarem "na perseguição da mesma finalidade", não perdem a sua diferente natureza. Por esse motivo não se pode considerar que a "inelegibilidade" (que sempre traduz a perda de um direito político, ainda que temporariamente) seja uma consequência/efeito necessário ou automático da "perda do mandato" aplicada por força do artigo 29.º, al.ª f), da Lei n.º 34/87, sob pena de inconstitucionalidade por violação do disposto no artigo 30.º, n.º 4, da CRP.

61 Em qualquer dos regimes previstos nos artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87, integrados no capítulo "Dos efeitos das penas" (apesar de até poderem ser mais eficazes e úteis na dignificação da função política), sempre se coloca a questão da sua inconstitucionalidade quando tais normas forem interpretadas e aplicadas como sanções com efeitos automáticos, visto o disposto nos artigos 30.º, n.º 4, da CRP e 65.º, n.º 1, do Código Penal (concluindo pela inconstitucionalidade, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 220; admitindo a possível inconstitucionalidade, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, p. 161).

62 Todavia, a superação de qualquer interpretação inconstitucional (sendo certo que, quando foi publicada a Lei n.º 34/87, o próprio artigo 120.º, n.º 3, da CRP, norma especial em relação ao artigo 30.º, n.º 4, já remetia para a lei "a determinação dos efeitos da condenação", o que em crimes de responsabilidade necessária e implicitamente teria de contemplar a "perda de mandato", tal como veio a ser clarificado na revisão de 1989, conforme Lei Constitucional n.º 1/89, de 8.7, passando a prever-se expressamente a "destituição do cargo ou a perda de mandato", o que ainda hoje se mantém no artigo 117.º, n.º 3), passa pela discussão da natureza daqueles regimes (efeitos das penas ou efeitos de crimes, ou mesmo como penas acessórias, não obstante a rubrica expressa de "efeitos das penas") e pela prévia mediação de uma decisão judicial (reserva de juiz) "tomada de acordo com as regras pertinentes em matéria penal, em que, necessariamente, haverão que ser respeitados os princípios da culpa, tipicidade, proporcionalidade e necessidade",

"no âmbito de um processo equitativo", à semelhança do que sucede quando está em causa a aplicação de uma pena acessória (ver Ac. do TC n.º 274/90, *in* DR, 2.ª Série, de 20.2.1991 e n.º 440/2002, *in* DR, 2.ª Série, de 29.11.2002).

63 Admitindo-se essa possibilidade dos tribunais efectuarem uma interpretação, de acordo com a Constituição, das referidas normas relativas aos "efeitos" (ou consequências) de condenação por crime de responsabilidade transitada em julgado, haverá ainda que decidir se, em caso de se justificar em concreto a "perda do mandato" (e, a nível eleitoral, eventual inelegibilidade para mandato seguinte em relação a membros de órgãos autárquicos, *v.g.* por força do disposto no artigo 13.º, da Lei n.º 27/96, de 1.8, quando estabelece: "A condenação definitiva dos membros dos órgãos autárquicos em qualquer dos crimes de responsabilidade previstos e definidos pela Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, implica a sua inelegibilidade nos actos eleitorais destinados a completar o mandato interrompido e nos subsequentes que venham a ter lugar no período de tempo correspondente a novo mandato completo, em qualquer órgão autárquico"), aquela (ou mesmo a "inelegibilidade") se refere ao mandato que era exercido no momento da prática do crime (normalmente já ultrapassado à data da condenação transitada e, quantas vezes, até já decorrido um subsequente mandato completo) ou ao que era exercido no momento da condenação transitada em julgado (altura em que o agente pode já não estar a exercer cargo político), o que tudo se prende com o efeito útil daquele regime especial previsto na Lei n.º 34/87 (artigos 29.º a 31.º) e em legislação complementar (debruçando-se sobre esta matéria e inclinando-se para a perda do mandato à data da prática dos factos, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA e MARTA MACHADO DIAS, Crimes de responsabilidade dos eleitos locais, Braga, Cejur, 2008, pp. 8 a 21; defendendo que a inelegibilidade se aplica depois do trânsito em julgado da condenação por crime no exercício de cargo político, com o limite de tempo que não pode ultrapassar um mandato completo subsequente ao trânsito em julgado, para ser medida constitucional – assim se aproximando da argumentação de J. J. Gomes Canotilho, op. cit., 1993, p. 380 – MÁRIO FERREIRA MONTE, "A perda de mandato e a inelegibilidade emergente de crimes praticados no exercício de cargos políticos, Ac. do Tribunal Constitucional de 23.09.2009, Proc. n.º 771/09", in Direito Regional e Local, 2009, n.º 08, pp. 62 a 68).

64 De lembrar que, nos termos do artigo 130.º, n.º 3, da CRP (anterior artigo 133.º), a condenação do próprio Presidente da República, por crimes praticados no exercício de funções, "implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição" e, também, segundo o artigo 160.º, n.º 1, al.ª d), do mesmo Diploma Fundamental (na sequência da revisão de 1997, conforme Lei Constitucional n.º 1/97, de 20.9, aplicável a crimes cometidos posteriormente à sua entrada em vigor), "perdem o mandato os Deputados que sejam judicialmente condenados por crime de responsabilidade no exercício da sua função em tal pena (…)". Já quando foram discutidos e aprovados, na generalidade, os projectos de lei n.os 377/IV (PS) e 384/IV (PRD), foi colocada a questão de os deputados não deverem perder o mandato, concluindo ALMEIDA SANTOS, *in* DAR, 1.ª Série, de 24.4.1987, p. 2748, em relação a qualquer titular de cargo político (mesmo, portanto, em relação aos de natureza electiva), que se tratava de uma sanção funcional e não pessoal, razão pela qual não havia obstáculos à sua aplicação, invocando, ainda, "o absurdo que consistiria em o Presidente da República, em caso de condenação por crime de responsabilidade, ser destituído, e os demais titulares de cargos políticos, sejam eles o Primeiro-Ministro, os restantes membros do governo, os deputados, ou não importa quais, continuarem, placidamente, sentados na sua cadeira, como se se tratasse de verdadeiros anjos do céu" (DAR, 1.ª Série, de 24.4.1987, p. 2755).

Não se poderá ainda esquecer que aos ditos "efeitos das penas" (consequência que até será lógica para quem cometer tão graves excessos no exercício de funções) está associada a ideia da indignidade para o exercício de funções e da própria salvaguarda e defesa da instituição/órgão onde era exercido o cargo de que o agente era titular (o mesmo se passa quando está em causa a inelegibilidade, que é justificada "pela necessidade de garantir a isenção e independência no exercício do cargo autárquico", como se defende no Ac. do TC n.º 25/92, *in* DR, 2.ª Série, suplemento, de 11.6.1992). **65**

Artigo 8.º

Atentado contra a Constituição da República

O titular de cargo político que no exercício das suas funções atente contra a Constituição da República, visando alterá-la ou suspendê-la por forma violenta ou por recurso a meios que não os democráticos nela previstos, será punido com prisão de cinco a quinze anos, ou de dois a oito anos, se o efeito se não tiver seguido.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 8)
O bem jurídico (anotações 9 a 14)
O tipo objectivo (anotações 15 a 26)
O tipo subjectivo (anotação 27)
A causa de justificação e de desculpação (anotação 28)
A tentativa (anotação 29)
A comparticipação (anotação 30)
O concurso (anotação 31)
A pena (anotações 32 a 34)

As **fontes** mais remotas da disposição são os artigos 8.º, n.º 3 e 9.º, n.º 1 e n.º 2 da Lei n.º 266, de 27.7.1914, onde se previam respectivamente "crimes contra a Constituição e contra o regime republicano democrático" e "crimes contra o livre exercício dos poderes do Estado" (era punida com pena de prisão maior celular por 6 anos, seguida de dez de degredo, ou, em alternativa, com pena fixa de vinte anos de degredo, a conduta que consistia na "revogação parcial ou total da Constituição" e na "suspensão das garantias individuais estando reunido o Congresso" – artigo 8.º, n.º 3; eram punidas com pena de prisão maior celular por 6 anos, seguida de dez de degredo, ou, em alternativa, pena fixa de vinte anos de degredo, as condutas que consistissem na "dissolução de qualquer das câmaras legislativas" ou "na oposição ao seu regular funcionamento" – artigo 9.º, n.º 1; e, era punida com prisão correccional, a "ingerência nas atribuições do Poder Judicial, decidindo em matéria da exclusiva competência deste" – artigo 9.º, n.º 2). **1**

No Código Penal de 1886, na versão da Lei n.º 10/77, de 24.2, a "tentativa de alteração da Constituição, forma do Governo e de impedimento do exercício das faculdades constitucionais", estava prevista no artigo 167.º. Através dessa incriminação era punido com prisão maior de 8 a 12 anos quem tentasse "alterar a Constituição da República ou destruir ou mudar a forma de governo por meios não consentidos pela Constituição", incorrendo na mesma pena, ainda, quem tentasse "impedir o livre exercício das faculdades constitucionais do Presidente da República, da Assembleia da República, do Governo, do Conselho de Revolução ou dos tribunais", protecção penal que foi estendida ao "Provedor de Justiça e ao provedor-adjunto". Se tais condutas fossem cometidas por meio de "rebelião **2**

armada, levantamento e incitamento à guerra civil" então eram punidas com prisão maior de 12 a 16 anos (artigo 168.º do mesmo código, naquela versão de 1977).

3 No Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia (ver Acta da 21.ª sessão, de 4.6.1966, *in* Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Especial AAFDL, Lisboa, 1979, p. 375), previa-se o crime de "alta traição" no artigo 371.º, n.º 1, punindo-se quem tentasse "alterar a constituição do Estado ou destruir ou mudar a forma do governo por meios não consentidos pela Constituição" com prisão de 2 a 8 anos. Atenta a amplitude desse tipo legal, obviamente que, nesse Anteprojecto, não se previa simultaneamente o crime de alteração violenta do Estado de direito.

4 De qualquer modo, esse dispositivo não passou para o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9. Em vez daquela incriminação, surgiu o crime de "alteração violenta do Estado de direito", então previsto no artigo 356.º (nos termos do seu n.º 1 era punido com prisão de 5 a 15 anos "quem, por meio de violência ou ameaça de violência, tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido", prevendo-se no n.º 2 uma agravação da punição, para prisão de 5 a 15 anos, se o mesmo crime "fosse cometido por meio de violência armada").

5 Mesmo na Comissão Revisora, constituída para discutir o Anteprojecto de Revisão do Código Penal de Julho de 1987 (ver Acta n.º 34, de 19.6.1990, *in* Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Lisboa, Ministério da Justiça, 1993, p. 393), quando se analisou a alteração proposta para o n.º 1 do correspondente artigo 325.º (no sentido de ficar a constar: "Quem, por meio de violência, ameaça de violência, usurpação ou abuso de funções tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido será punido com pena de prisão de 3 a 10 anos"), Sousa Brito defendeu que o que estava em causa era "a alteração da Constituição", propondo a restrição dos meios de execução ao uso do meio "violência", retorquindo Jorge Figueiredo Dias que "a demasiada latitude do preceito" vinha antes "das expressões «destruir, alterar ou subverter o Estado», não vendo motivo que justificasse "a eliminação da usurpação ou abuso de funções" (já anteriormente, na mesma sessão, o Sr. Procurador-Geral da República pronunciara-se quanto ao meio do "abuso de funções", dizendo que lhe parecia excessivo, considerando a "usurpação de funções ainda uma violência jurídica"). Porém, os meios típicos da "usurpação" e do "abuso de funções" não foram transpostos para o Código Penal.

6 A revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, não modificou os meios de execução previstos na versão de 1982 (no então artigo 356.º), havendo apenas alterações na moldura legal (que passou a ser de pena de prisão de 3 a 12 anos) na versão mais simples e introdução de um novo fundamento de atenuação especial no caso do tipo qualificado (ver artigo 325.º, n.os 1 e 2 do Código Penal, cuja versão é ainda a actual).

7 Dir-se-ia, assim, que a incriminação prevista neste artigo 8.º da Lei n.º 34/87 se inspirou não só nas referidas normas da Lei n.º 266 de 1914, mas ainda no n.º 1 do artigo 371.º (alta traição) do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia.

8 Estranhamente (se olharmos para a maior facilidade que o titular de cargo político terá para cometer este tipo de crime, face às funções que desempenha) não foi criada incriminação especial na Lei n.º 34/87 para a conduta do titular de cargo político que "incitar à alteração da Constituição, por forma violenta ou com recurso a meios nela previstos" (de qualquer modo, verificados os respectivos pressupostos, tendo em vista o disposto no artigo 2.º da Lei n.º 34/87, sempre poderia incorrer no crime

comum previsto no artigo 326.º do Código Penal, na versão actual – correspondente ao artigo 357.º, na versão de 1982 – eventualmente agravado nos termos do artigo 5.º da Lei n.º 34/87). O mesmo se diga em relação aos crimes de "incitamento à desobediência colectiva" ou de "ligações com o estrangeiro", casos em que o titular de cargo político, por força do artigo 2.º da Lei n.º 34/87 pode incorrer respectivamente nos crimes comuns previstos nos artigos 330.º e 331.º do Código Penal (correspondentes aos artigos 364.º e 365.º, na versão de 1982), eventualmente agravados nos termos do artigo 5.º da mesma Lei n.º 34/87.

9 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 8.º) é a preservação dos valores e princípios subjacentes à Constituição da República, enquanto lei fundamental, onde também se espelha o modelo de organização do poder político (nele se incluindo a formação, composição, competência e modo de funcionamento das instituições fundamentais, particularmente dos órgãos de soberania que, nos termos do artigo 110.º, n.º 1, da CRP, são o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais).

10 Está em causa a preservação da "organização política interna", numa perspectiva dinâmica, que não se confunde com a filosofia subjacente ao Código Penal de 1886, onde o crime previsto no acima citado artigo 167.º se incluía no capítulo relativo aos crimes contra a segurança interior do Estado (ver em Espanha, JOSÉ MARIA LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho Penal, parte especial, Madrid, Dykinson, 2007, p. 333, aderindo à posição de RODRÍGUEZ DEVESA quando defende que os crimes contra a Constituição do Estado são «aqueles que se dirigem contra as instituições, órgãos e princípios políticos fundamentais que integram as estruturas básicas da organização política do país»; também F. MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 794, chama à atenção que, com a referência à protecção da Constituição, dos seus aspectos fundamentais, reafirma-se a segurança que devem ter os cidadãos em que o Estado ajuste a sua actuação às normas fundamentais ou constitucionais aprovadas democraticamente; igualmente ÁNGEL CALDERÓN e JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN, Manual de Derecho Penal, II, Parte Especial, Barcelona, ediciones Deusto, 2005, p. 551, realçam que "fora do sistema constitucional não é possível a convivência democrática").

11 Constituição da República que, como lei superior, "encontra-se no vértice da ordem jurídica, à qual todas as leis e normas jurídicas em geral, têm de submeter-se" (J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa anotada, Volume I, 4.ª ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 57).

12 A dedução no sentido da incriminação prevista no artigo 8.º em análise se reportar a atentados à Constituição escrita, encontra apoio na remissão contida na norma ("a meios que não os democráticos nela previstos"), a propósito dos meios de execução.

13 Censurando penalmente os "atentados contra a Constituição da República", que a visem alterar ou suspender, por meios nela não previstos, garante-se a "ordem constitucional", o funcionamento das instituições fundamentais, a defesa de Portugal como "República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária" (artigo 1.º da CRP), assegurando-se o regular funcionamento do "Estado de direito democrático" (artigo 2.º da CRP), com tudo o que o caracteriza, assim se reafirmando as expectativas dos cidadãos quanto à actuação do Estado em conformidade com a lei fundamental.

14 Justifica-se a antecipação da protecção penal ao "atentado" contra a Constituição da República, que vise alterá-la ou suspendê-la através dos meios típicos, pela importância do bem jurídico protegido, uma vez que está em causa não só o funcionamento do Estado de direito democrático, legitimado constitucionalmente,

como, também, a própria "ordem constitucional", nomeadamente o "asseguramento dos direitos e liberdades fundamentais", o que tudo vai permitir cumprir "a tarefa exclusiva do direito penal" de preservar as "condições fundamentais da mais livre realização possível da personalidade de cada homem na comunidade" (JORGE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 117).

15 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político, no exercício das suas funções, através dos meios de execução tipificados no artigo 8.º, atentar contra a Constituição da República, visando alterá-la ou suspendê-la. Esta formulação do tipo legal coloca desde logo a questão de saber até que ponto o legislador não deveria ter definido ou concretizado o conceito normativo de "atentado contra a Constituição da República", que é demasiadamente genérico e lato (o que poderia ser conseguido eventualmente com o recurso à técnica dos exemplos padrão).

16 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º). No entanto, face à latitude do objecto da acção, finalidade em vista e funções inerentes a cada cargo político indicado no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, parece que nem todos os respectivos titulares, "no exercício das suas funções", estarão em condições de poder cometer, em qualquer das suas ilimitadas variantes, o crime previsto no artigo 8.º da mesma lei (por exemplo: enquanto deputados da Assembleia da República, pelas funções que exercem, podem ter condições para atentar contra a Constituição da República, visando alterá-la quanto ao modo de funcionamento da Assembleia da República, o mesmo já não sucederá com membros de órgão representativo de autarquia local, atentas as funções que desempenham, as quais não são aptas para alcançar aquele efeito).

17 Para "atentar" contra a Constituição da República o titular de cargo político terá de praticar actos de execução idóneos, visando determinado resultado, mas que não dependem da produção desse resultado (mesmo que a intenção do agente seja alterar a Constituição, não será conduta idónea, por exemplo, impor pela força a utilização de "bandeira regional" nas instalações de órgão de soberania instalado em região autónoma – e isto independentemente de ter sido declarada inconstitucional a norma prevista no artigo 4.º, n.º 4, 1.ª parte, da Lei n.º 2/2009, de 12.1, por Ac. do TC n.º 403/2009, *in* DR, 1.ª Série - A, de 16.9.2009). Ou seja, para o titular de cargo político, no exercício das suas funções, atentar contra a Constituição, visando alterá-la ou suspendê-la, a acção terá de ser adequada a colocar em perigo a "ordem constitucional". Só dessa forma se pode justificar a equiparação da tentativa ao crime consumado (trata-se aqui de crime de empreendimento). Poderá integrar o conceito de atentado contra a Constituição, por exemplo, a "rebelião" de grupo de deputados (até com o apoio de elementos armados que entram no hemiciclo do Parlamento) que declaram a dissolução da Assembleia da República e estabelecem novas regras para o seu funcionamento, e já não a manifestação pacífica de grupo deputados que exijam essa mesma dissolução (suposto, nestes dois casos, uma pluralidade de participantes com vontades convergentes).

18 Essa conduta de "atentar" contra a Constituição da República, terá de visar alterá-la ou suspendê-la. Portanto, o titular de cargo político, no exercício das suas funções, só atenta contra a Constituição se tiver como fim (finalidade) a sua alteração ou suspensão, por meios nela não previstos (meios esses, não democráticos, nos quais se podia incluir o uso de violência, não obstante o artigo 8.º autonomizar este meio de execução). Se a sua finalidade for outra, que não a alteração ou suspensão da Constituição, então a conduta do titular de cargo político não pode ser classificada

como "atentado" contra a Constituição da República, não sendo, por isso, punida por este tipo legal.

19 A exigida adequação (aptidão) da acção, que não supõe a produção do resultado ("efeito", se utilizarmos o termo usado na própria norma), permite a classificação do crime como de "perigo abstracto-concreto", o que leva à necessidade de produzir prova sobre esta matéria, sobre a acção típica ser potencialmente idónea a produzir lesão (neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 68; sobre as várias teses à volta dos crimes de aptidão e dos crimes de perigo abstracto-concreto, ver HELENA MONIZ, Agravação pelo Resultado? Contributo para uma autonomização dogmática do crime agravado pelo resultado, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 601 a 615).

20 Apesar do conceito abstracto de "atentar" supor, em princípio, a não consumação do resultado tido em vista (podendo, por isso, classificar-se como crime de mera actividade ou formal, uma vez que a sua consumação ocorre com a execução da acção), a verdade é que este último sempre poderá concretizar-se. A produção do objectivo ou resultado (que é a "alteração ou suspensão da Constituição"), enquanto finalidade ("visando"), não faz parte do tipo objectivo de ilícito (porque este preenche-se independentemente e sem necessidade da concretização daquele resultado), mas releva quanto ao tipo subjectivo de ilícito, repercutindo-se igualmente a nível da necessidade de previsão de diferentes molduras legais (diferentes consoante o "efeito"/resultado, se produzir ou não).

21 "Alterar" significa aqui modificar a Constituição, fora das regras nela permitidas (por exemplo, alterar o modo de funcionamento de um dos órgãos de soberania contra o que está estabelecido na Constituição). Apesar de não ter sido particularizada a "derrogação" da Constituição (ao contrário do que sucede, por exemplo, em Espanha, como resulta do artigo 472.º, 1.º, do Código Penal Espanhol, norma onde se individualizam várias condutas integradoras do crime de "rebelião", que é um delito contra a Constituição), ter-se-á que entender que, tal situação sempre configuraria uma modificação (ou alteração), que seria total, da lei fundamental.

22 "Suspender" pressupõe a "não produção de efeitos", fora dos casos de excepção (estado de sítio ou estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição – artigo 19.º, n.º 1 – e na Lei n.º 44/86, de 8.9). A suspensão pode ser parcial (por exemplo restrita a "direitos, liberdades e garantias" previstos na Constituição) ou total, o que de qualquer modo (enquanto suspensão) significa que é sempre temporária (e não definitiva, caso este em que se estaria então perante a "derrogação" e, portanto, alteração da Constituição).

23 Será que se pode entender como atentado à Constituição, cometido por meio nela não previsto, a acção de determinado membro do Governo que, por exemplo, consegue que este aprove um decreto-lei em matéria de reserva absoluta da Assembleia da República? A errada ou diferente interpretação em matéria de competências de cada órgão de soberania (que no caso iria gerar a inconstitucionalidade dessa legislação) só por si não será adequada ou apta para alterar o modo de funcionamento da Assembleia da República, tal como está previsto na Constituição e, como tal, não integra o atentado à Constituição, com o fim de a alterar (nessa hipótese – até pela exiguidade dos factos em questão – nem sequer se podia conceber que existisse uma tentativa de usurpar competências alheias, tão pouco se poderia configurar um atentado contra a Constituição, com o fim de a alterar em matéria de competências da Assembleia da República e do Governo, nem se vislumbraria uma tentativa de alterar o Estado de direito constitucionalmente estabelecido).

24 Sendo um crime de execução vinculada, os meios de execução, de que depende a realização do tipo, são a actuação por "forma violenta" ou o recurso a meios "que

não os democráticos" previstos na Constituição da República. Qualquer um desses meios terá de ser adequado e idóneo à acção de "atentar contra a Constituição" com o fim (visado) de a "alterar ou suspender".

25 A "forma violenta" exige aqui ofensa, agressão (uso de força física ou psíquica ou utilização de armas por exemplo) adequada à acção, com o fim de alcançar o resultado visado (por exemplo, não é com a agressão aos porteiros da Assembleia da República que se pode retirar a conclusão de que houve um atentado contra a Constituição da República de forma violenta). A actuação violenta tanto pode ser dirigida contra pessoas, como contra coisas. Como já foi dito, a autonomização da "forma violenta" era desnecessária uma vez que se inclui nos meios não previstos na Constituição.

26 Por sua vez, o recurso a meios "que não os democráticos" previstos na Constituição da República (infeliz redacção uma vez que a Constituição apenas prevê "meios democráticos") deixa em aberto a utilização de qualquer meio nela não previsto (por exemplo, uso de ameaça, de ardil, de fraude, de erro, abuso de funções, desvio de funções ou violação dos inerentes deveres), o que alarga (com algum indeterminismo, o que poderá constituir uma afronta ao princípio da legalidade) a área de tutela típica da incriminação em apreço, que já de si tem uma grande amplitude.

27 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, a que acresce o elemento subjectivo adicional relativo à intenção ou finalidade específica de, com a sua conduta (no exercício de funções, atentar contra a Constituição através dos meios típicos), alterar ou suspender a Constituição da República. Precisamente porque o preenchimento do tipo objectivo de ilícito não depende da concretização do resultado "suspender ou alterar a Constituição" é que se pode concluir que essa finalidade ("visando alterá-la ou suspendê-la) não integra a factualidade típica do crime – não obstante haver repercussões a nível da moldura legal – funcionando como elemento subjectivo específico que acresce ao dolo do tipo e que, juntamente com este, formam o tipo subjectivo de ilícito desta incriminação. Nessa perspectiva não há congruência entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo. A discussão sobre se o dolo eventual é ou não suficiente, só fará sentido para quem defenda que o tipo subjectivo de ilícito não se reconduz apenas à existência de dolo do tipo (por outras palavras, à simples exigência de dolo genérico). É que a existência de um elemento subjectivo específico poderá ser incompatível com o dolo eventual. No entanto, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 92, defende que os crimes de intenção (ao contrário do que sucede nos "crimes de dolo específico", em que o tipo subjectivo se esgota "na particular forma de dolo exigida por lei") "podem ser cometidos em qualquer forma de dolo, precisamente porque a intenção é um elemento subjectivo adicional ao dolo".

28 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

29 O crime de Atentado contra a Constituição da República (que sempre exige a prática de actos de execução) equipara a **tentativa** à consumação. Também aqui se coloca a questão de saber se é possível configurar a tentativa inacabada, tanto mais que, por um lado, não está prevista a punição de actos preparatórios e, por outro lado, a prática de actos de execução equivale à consumação. Para quem defenda (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 118), ser aqui possível configurar e, portanto, punir a tentativa inacabada, ainda que em hipóteses restritas (de tentativa

inidónea ou impossível, havendo sempre que resolver previamente o problema que deriva da circunstância de a necessária prática de actos de execução equivaler à consumação nos crimes de empreendimento) então aplicará o regime previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Código Penal. Essa diferente solução repercute-se também a nível da desistência e da aplicação ou não do regime previsto no artigo 24.º do Código Penal (quem defenda que a tentativa do crime equivale à consumação, não poderá socorrer-se do regime previsto para a desistência).

30 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

31 Poderá haver uma relação de **concurso** aparente entre o crime de Atentado contra a Constituição da República e o de Atentado contra o Estado de direito previsto no artigo 9.º da Lei n.º 34/87, tal como com o previsto no artigo 325.º do Código Penal, na versão actual. Nessas hipóteses, por força da relação de consunção que existe com a primeira referida incriminação (sempre dependendo dos factos que se apurarem), deverá o agente ser punido por aquela que for mais ampla (ou seja, pela incriminação da "norma consumptiva"). Também pode existir uma situação de concurso aparente entre o crime de atentado contra a Constituição da República e o crime de coacção contra órgãos constitucionais previsto no artigo 10.º da Lei n.º 34/87 (tal como em relação ao previsto no artigo 333.º do Código Penal) e, bem assim, como o crime de suspensão ou restrição ilícita de direitos, liberdades e garantias previsto no artigo 15.º da mesma lei. Nesses casos, por força da relação de consunção que existe entre esses tipos legais, deverá o agente ser punido pela incriminação da "norma consumptiva" (ou seja, pelo crime mais amplo de atentado contra a Constituição da República). Consoante os meios de execução (por exemplo sendo utilizada violência ou ameaça contra pessoas) que serviram para cometer o crime previsto no artigo 8.º da Lei n.º 34/87 pode existir concurso efectivo com crimes contra as pessoas (o bem jurídico individual protegido nos crimes contra as pessoas não será abarcado pelo bem jurídico supra-individual protegido no crime de Atentado contra a Constituição da República, a menos que a lesão seja insignificante e, portanto, não atinja o limiar mínimo que justifique a punição autónoma). Também poderá haver situações de concurso efectivo com o crime de organização terrorista.

32 A **pena**, isto é, a moldura legal prevista no artigo 8.º aqui em apreço é de prisão de 5 a 15 anos ou de 2 a 8 anos se o efeito se não tiver seguido. Portanto, a aplicação de uma ou outra moldura legal depende de se ter ou não concretizado o resultado "alteração ou suspensão da Constituição", que o agente visava, quando atentou contra a Constituição da República. Nessa perspectiva percebe-se a diferença entre uma e outra das molduras legais. Igualmente pela maior gravidade da conduta prevista no artigo 8.º em relação, por exemplo, ao crime de atentado contra o Estado de direito (artigo 9.º), também se compreende a necessidade de uma moldura penal mais elevada.

33 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

34 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 9.º
Atentado contra o Estado de direito

O titular de cargo político que, com flagrante desvio ou abuso das suas funções ou com grave violação dos inerentes deveres, ainda que por meio não violento nem de ameaça de violência, tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido, nomeadamente os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição da República, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, será punido com prisão de dois a oito anos, ou de um a quatro anos, se o efeito se não tiver seguido.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotações 6 a 9)
O tipo objectivo (anotações 10 a 23)
O tipo subjectivo (anotação 24)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 25)
A tentativa (anotação 26)
A comparticipação (anotação 27)
O concurso (anotação 28)
A pena (anotações 29 a 31)

1 As **fontes** mais remotas desta disposição são os artigos 8.º, n.os 1, 2 e 4 e 9.º, n.os 1 e 2 da Lei n.º 266, de 27.7.1914, onde se previam respectivamente "crimes contra a Constituição e contra o regime republicano democrático" e "crimes contra o livre exercício dos poderes do Estado". Eram punidas com pena de prisão maior celular por 6 anos, seguida de dez de degredo, ou, em alternativa, com pena fixa de vinte anos de degredo, as condutas que consistissem em "tentar restabelecer a forma de Governo monárquico, ou doutro modo destruir ou mudar a forma republicana de Governo" (artigo 8.º, n.º 1) ou em "tentar destruir a integridade da República Portuguesa" (artigo 8.º, n.º 2) e, com pena de prisão correccional, a "promulgação de diplomas de carácter legislativo, exceptuadas as medidas urgentes para as colónias no período interparlamentar" (artigo 8.º, n.º 4). Quanto às condutas descritas no artigo 9.º, n.os 1 e 2, da Lei n.º 266, ver anotação ao crime de atentado contra a Constituição da República.

2 No Código Penal de 1886, os designados "crimes contra a Organização do Estado" estavam previstos nos artigos 167.º a 174.º. Foram essencialmente algumas das condutas descritas nos tipos legais de crime previstos nos artigos 167.º (Tentativa de alteração da Constituição, forma do Governo e de impedimento do exercício das faculdades constitucionais), 168.º (Rebelião armada, levantamento e incitamento à guerra civil), 169.º (Actos equiparados a rebelião) e 173.º (Conjuração ou conspiração) do Código Penal de 1886 que determinaram a criação do crime de "alteração violenta do Estado de direito", introduzido no Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9.

3 A incriminação prevista no corpo do artigo 167.º do Código Penal de 1886 (ver anotação ao artigo 8.º) – que inspirou o crime previsto no artigo 371.º (alta traição) do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia – não passou para o Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, sendo antes substituída pelo crime de "alteração violenta do Estado de direito", então previsto no artigo 356.º e hoje previsto no artigo 325.º (na revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, foi modificada a moldura legal da incriminação na sua versão mais simples, prevista no n.º 1 – de pena de prisão de 5 a 10 anos

passou para pena de prisão de 3 a 12 anos - e foi introduzido o n.º 3, onde se passou a prever caso de atenuação especial da pena para a forma qualificada do crime, prevista no seu n.º 2).

4 No Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, previa-se no artigo 325.º a ampliação dos meios de execução do crime de atentado contra o Estado de direito, nele incluindo a "usurpação ou abuso de funções" (ver Actas n.º 34 e 50, relativas às sessões de 19.6.1990 e de 8.1.1991, *in* Actas CP, 1993, pp. 393, 394 e 527). Apesar da discussão (se devia ou não manter-se, para além da violência ou ameaça de violência, a usurpação ou o abuso de funções), no final acabaram por ser eliminados os meios relativos à "usurpação ou o abuso de funções". No próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, a propósito do capítulo relativo aos "crimes contra o Estado", esclarece-se que "num Estado de direito democrático estabilizado a tutela penal deve restringir-se a atentados que impliquem o recurso indevido a violência ou formas análogas de actuação".

5 Dir-se-á, assim, que a incriminação prevista no artigo 9.º (atentado contra o Estado de direito) se inspirou nas referidas normas da Lei n.º 266, de 27.7.1914 e no crime previsto no artigo 356.º do Código Penal, na versão de 1982 (em vigor à data da elaboração da Lei n.º 34/87).

6 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 9.º) é a realização do Estado de direito constitucionalmente estabelecido, numa perspectiva dinâmica (tutela-se "a concreta ordem estadual, constitucionalmente legitimada, existente em dado momento histórico", nas suas dimensões estrutural, orgânica e material, como assinala PEDRO CAEIRO, a propósito do crime previsto no artigo 325.º, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 187), o que também se relaciona com a salvaguarda da "ordem constitucional", dos valores e princípios subjacentes à Constituição da República (de alguma forma, também assim, embora quanto ao crime previsto no artigo 325.º do Código Penal, MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, op. cit., 1996, pp. 1033 e 1034). Admitindo, contudo, que os tipos previstos na Lei n.º 34/87 podem ainda «"ofender directamente" cidadãos e entidades» e, portanto, também "tutelam bem jurídicos das pessoas singulares e colectivas visadas" (nomeadamente, no tipo previsto no artigo 9.º, quando poderes funcionais de órgão constitucional – Governo – são instrumentalizados para fins estranhos ao Estado, *v.g.* interferindo a nível da liberdade de imprensa e na comunicação social perante concretas pessoas ou entidades que sejam directamente visadas), sob pena de se estar perante um "Estado de direito formal" (no caso apontado por então tudo não passar de uma "garantia constitucional da liberdade de imprensa" meramente formal), PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, "Estado de direito formal", *in* DN de 26.2.2010, p. 63.

7 Estado de direito que se realiza quando assegura uma ordem democrática, livre, plural e tolerante (assente, nomeadamente, no reconhecimento dos "direitos, liberdades e garantias"), dessa forma prevenindo a sua desintegração e, ao mesmo tempo, preservando igualmente a segurança da colectividade (do país) e das pessoas (cidadãos).

8 A "ordem estadual", inerente ao Estado de direito social e democrático constitucionalmente estabelecido (bem jurídico de natureza supra-individual), ganha legitimidade e é enformada pela "ordem constitucional". Por isso, a concreta ordem estadual estabelecida não pode ser concebida sem "os direitos, liberdades e garantias" reconhecidos em diplomas fundamentais, como é o caso da Constituição da República, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

9 Nessa medida, pode dizer-se que apesar da diferente configuração dos tipos legais previstos nos artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 34/87, há ainda assim uma área coincidente, comum, a nível do bem jurídico protegido nos crimes de Atentado contra a Constituição da República (artigo 8.º) e de Atentado contra o Estado de Direito (artigo 9.º). Questão esta que se coloca de forma diferente no Código Penal, na medida em que nele não se prevê incriminação paralela ao crime de "Atentado contra a Constituição da República" previsto no artigo 8.º da Lei n.º 34/87.

10 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político, através dos meios de execução tipificados no artigo 9.º, mesmo sem violência ou ameaça de violência, "tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido, nomeadamente os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição da República, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem".

11 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º).

12 Sendo um crime de execução vinculada, os meios de execução de que depende a realização do tipo, ainda que este seja cometido pelo titular de cargo político "por meio não violento nem de ameaça de violência", são os seguintes: a) flagrante desvio das suas funções; b) abuso das suas funções; c) grave violação dos inerentes deveres ao exercício de funções.

13 Tais meios de execução coincidem com os enunciados, por exemplo, no crime de traição à pátria previsto no artigo 7.º da Lei n.º 34/87, sendo também indicados na definição geral constante do artigo 2.º da mesma lei. São meios ilícitos, que envolvem excessos ou abusos, utilizados por quem desempenha determinadas funções próprias do cargo que ocupa (funções que acarretam o exercício dos correspondentes poderes), razão pela qual o legislador os considerou, desde que assumissem determinada gravidade, característicos dos crimes de responsabilidade.

14 Como referimos em anotação ao crime de traição à pátria, a actuação com "flagrante desvio" das suas funções supõe que o titular de cargo político se afaste de forma evidente, manifesta, das funções que lhe incumbem, decorrentes do cargo político que assumiu; o "abuso das suas funções" significa que o titular de cargo político pratica acto para o qual não tem os necessários poderes, extravasando o que é permitido pelas funções que lhe incumbem, delas se aproveitando (em seu benefício ou de terceiro); e a "grave violação dos inerentes deveres" ao exercício de funções exige que a actuação do titular de cargo político ofenda de forma grave, isto é de forma relevante, intensa (gravidade que dependerá dos critérios utilizados para definir os diferentes graus de violação), aqueles deveres de que está investido por causa do cargo que ocupa.

15 O crime de atentado contra o Estado de direito é, quanto à conduta, de mera actividade uma vez que a sua consumação se contenta com a prática de qualquer das modalidades da acção previstas no tipo (tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido), não dependendo da produção do resultado (isto é, a sua consumação ocorre mesmo que não exista alteração, destruição ou subversão do Estado de direito constitucionalmente estabelecido).

16 A necessidade de uma protecção antecipada (punindo o perigo de lesão, momento anterior à ofensa ou dano) deduz-se das modalidades da acção que consistem em "tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido". Por outro lado, uma vez que a tentativa é legalmente equiparada à consumação, estamos em presença de um crime de empreendimento.

17 A produção do resultado (destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido) fica de fora do tipo de ilícito (porque este completa-se

sem necessidade de concretizar qualquer um desses resultados), mas repercute-se a nível da necessidade de previsão de diferentes molduras legais (se o resultado se concretizar a moldura legal é de prisão de 2 a 8 anos e se não se concretizar é de prisão de 1 a 4 anos).

18 Apesar do tipo legal não depender da produção do resultado, a acção típica terá de ser adequada ou apta a colocar em perigo o bem jurídico tutelado (é um crime de perigo abstracto-concreto), o que significa que dependerá da produção de prova nesse sentido (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 68 e 793).

19 A acção proibida (nas modalidades típicas de "tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido") tem de assumir gravidade suficiente para colocar em perigo a "concreta ordem estadual constitucionalmente legitimada". Essa gravidade depreende-se até da referência feita, a título exemplificativo, aos "direitos, liberdades e garantias" estabelecidos na Constituição da República (Título II, da CRP), na Declaração Universal dos Direitos do Homem (texto publicado no DR, 1.ª Série, de 9.3.1978) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Lei n.º 65/78, de 13.10), como conduta idónea para o efeito (efeito que é tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido).

20 Direitos, liberdades e garantias que, fora de situações de excepção (estado de emergência ou estado de sítio), sendo suspensos ou até suprimidos colectivamente (e não individualmente em relação a uma concreta pessoa, caso este em que se poderá estar em presença de crime que tutele bem pessoal, *v.g.* coacção, sequestro etc.), integrarão atentado contra o Estado de direito (contra PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, pelas razões apontadas na anotação 6). Se a acção do agente abranger não todos, mas parte dos direitos, liberdades e garantias abstractamente considerados, desde que dessa forma seja colocada em perigo a concreta ordem estadual constitucionalmente estabelecida, estar-se-á perante a acção de tentar alterar ou destruir o Estado de direito estabelecido (se a acção for circunscrita a uma determinada área ou comunidade, por exemplo, suspender o direito de reunião e de manifestação na área de uma determinada freguesia do interior do país, mediante postura aprovada pela respectiva Assembleia de Freguesia, essa acção isolada não assumirá em princípio gravidade suficiente para colocar em perigo o Estado de direito constitucionalmente estabelecido, embora os seus agentes pudessem incorrer noutro tipo de crime, *v.g.* "abuso de poderes" ou até "suspensão ou restrição ilícita de direitos, liberdades e garantias", desde que se verificassem os respectivos pressupostos, o que sempre teria de ser, de qualquer modo, averiguado e demonstrado).

21 Não se poderá considerar atentado ao Estado de direito, o comportamento, por exemplo, de um governador civil, que em nome da segurança e tranquilidade públicas, por sua iniciativa, resolve exercer influências para eliminar um determinado canal de rádio regional, por divulgar notícias que lhe são desfavoráveis. Essa conduta prejudicará directa e pessoalmente o concreto locutor que dá voz aquela rádio, lesará interesses (*v.g.* económicos) da sociedade proprietária daquele concreto canal de rádio (até beneficiará outras estações radiofónicas com cobertura regional, nacional ou internacional), podendo eventualmente configurar *v.g.* um crime de abuso de poderes (desde que se verifiquem os respectivos pressupostos que terão de ser averiguados), mas não é acção idónea, adequada, a tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido (contra, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, pelos motivos acima indicados na anotação 6). Mesmo analisando aquela conduta na vertente da liberdade de expressão e informação e da liberdade de imprensa e meios de comunicação social, à luz dos

artigos 37.º e 38.º da CRP e 10.º da CEDH, não se poderão considerar preenchidos os pressupostos do crime de atentado contra o Estado de direito desde logo porque aquelas liberdades, no caso apontado, não são afectadas colectivamente, em abstracto, mas antes individualmente, quanto ao dito concreto canal de rádio regional (e quanto ao jornalista/locutor que lhe dá voz), que não era sequer o único, não se podendo concluir que, por aquela forma, tivesse sido manipulada a liberdade e a independência da comunicação social ou o direito à informação dos cidadãos ou que estivesse em perigo a liberdade de expressão ou o pluralismo da comunicação social, tudo liberdades e direitos, que a par de outros, estruturam qualquer sociedade democrática. De resto, até existem normas expressas, *v.g.* no estatuto do jornalista, sobre o seu direito de participação na orientação editorial do órgão de comunicação social em que trabalhe e há instituições, como a Alta Autoridade para a Comunicação Social e a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, a quem são atribuídas competências específicas para que efectivamente seja preservado o cumprimento dos direitos e deveres assegurados pela Constituição nesta matéria, para além de sempre haver o recurso aos tribunais (como é fácil de ver, diferente já é a situação analisada, por exemplo, no Acórdão do TEDH de 17.9.2009, no caso "Manole e outros c. Moldova", onde o Tribunal de Estrasburgo decidiu que o controlo político que existiu em determinada época, entre Fevereiro de 2001 e Setembro de 2006, do único canal de televisão e estação de rádio público então existente na Moldávia – *v.g.* através da colocação de altos dirigentes fiéis ao governo na Tele-rádio-Moldova em substituição dos anteriores, atribuindo a um grupo de jornalistas de confiança do governo a missão de fazer entrevistas e reportagens de natureza política, com a obrigação de as apresentar de forma favorável ao partido que estava no poder e que havia ganho uma grande maioria no Parlamento, reprimindo a utilização de expressões desfavoráveis à visão do governo sobre determinadas matérias, tendo inclusivamente proibido algumas das emissões por causa do vocabulário usado ou do tema tratado, não permitindo à oposição, salvo em poucas ocasiões e, por curtos períodos de tempo, que exprimisse as suas opiniões, chegando a aplicar sanções disciplinares a jornalistas que pediram o fim da censura e até "despedindo" jornalistas por motivos políticos, nomeadamente quando o Parlamento através de uma lei sobre a TRM, ou seja, sobre a Tele-rádio-Moldova, a transformou de sociedade estatal em sociedade pública, obrigando os respectivos trabalhadores a submeterem-se a um "exame" para poderem ser admitidos na nova sociedade – violava o artigo 10.º da CEDH, por ser "vital para o funcionamento da democracia" no país que, a TRM transmitisse informações exactas e equilibradas, reflectindo toda a gama de opiniões e debates políticos, não tendo o Estado cumprido com a sua obrigação positiva de assegurar um serviço audiovisual pluralista, nem sequer tendo assegurado o equilíbrio político na composição da direcção e do órgão de controlo da TRM, nem tão pouco dado garantias contra as ingerências do partido político que estava no poder e que ocorreram a nível do processo de decisão e de funcionamento da TRM).

22 Tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido significa, respectivamente, tentar eliminar, modificar ou manipular/ /perverter (utilizar para fins diferentes daqueles a que está destinado) esse mesmo Estado de direito, o que pode assumir diferentes contornos (que terão de ser aferidos por referência "à concreta ordem estadual constitucionalmente legitimada" e "à sua identidade", como diz PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 188), nomeadamente, sendo eliminados, de forma abstracta e colectivamente, "os direitos, liberdades e garantias" estabelecidos e reconhecidos em diplomas fundamentais, como a CRP, a

DUDH e a CEDH (o que traduziria a tentativa de destruição do Estado de direito constitucionalmente estabelecido).

23 Tal como no crime comum previsto no artigo 325.º do Código Penal, ressalvado os diferentes meios de execução, deve entender-se, como refere PEDRO CAEIRO, op. cit., pp. 189 e 190 (embora tendo em atenção que a sua análise é feita considerando os meios da "violência" ou da "ameaça de violência" do crime comum previsto na lei penal geral, os quais não fazem parte do tipo previsto no artigo 9.º em análise, exigindo, por isso, aqui uma leitura adaptada quanto aos meios de execução): que "destruir o Estado de direito constitucionalmente estabelecido" significa "a aniquilação total ou parcial dos elementos que o compõem", o que se pode repercutir no "plano material (*v.g*. a supressão dos direitos, liberdades e garantias), institucional (*v.g*. a abolição da democracia ou da forma republicana do Estado, ou a subordinação do poder político às Forças Armadas) ou orgânico (*v.g*. a extinção de um órgão de soberania)"; por sua vez, "alterar o Estado de direito constitucionalmente estabelecido" engloba "as condutas que, deixando intocado o modelo abstracto de Estado constitucionalmente consagrado, modificam a expressão da sua concreta existência (*v.g*. a assunção pelo PR, através de meios violentos, de competência exclusivas da AR ou do Governo)"; e, finalmente, "subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido" abrange "as condutas que, não destruindo nem alterando os princípios constitucionais, nem os órgãos (e respectivas competências) do Estado, se servem ilegitimamente (através da violência) do aparelho estadual para atingir fins que, em si mesmo considerados, são legítimos (*v.g*. a acção violenta que pretende coagir a AR a aprovar uma moção de censura ao Governo; a acção violenta que pretende coagir o Presidente da República a declarar o estado de sítio)".

24 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente, dolo genérico. Basta que o agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de, através de um dos meios de execução, praticar a conduta descrita no tipo. Admite qualquer das modalidades do dolo (artigo 14.º do Código Penal).

25 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse antes, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

26 Também em relação ao crime de Atentado contra o Estado de direito (que sempre exige a prática de actos de execução), por a **tentativa** ser equiparada à consumação, coloca-se a questão de saber se é possível configurar a tentativa inacabada, tanto mais que, por um lado, não está prevista a punição de actos preparatórios e, por outro lado, a prática de actos de execução equivale à consumação. Para quem defenda (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 118), ser aqui possível configurar e, portanto, punir a tentativa inacabada, ainda que em hipóteses restritas (de tentativa inidónea ou impossível, havendo sempre que resolver previamente o problema que deriva da circunstância de a necessária prática de actos de execução equivaler à consumação nos crimes de empreendimento) então aplicará o regime previsto no artigo 23.º, n.º 2, do Código Penal. Essa diferente solução repercute-se também a nível da desistência e da aplicação ou não do regime previsto no artigo 24.º do Código Penal (quem defenda que a tentativa do crime equivale à consumação, não poderá socorrer-se do regime previsto para a desistência).

27 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade

aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

28 Poderá na mesma acção haver uma relação de **concurso** aparente entre o crime de Atentado contra o Estado de direito (artigo 9.º) e o crime de atentado contra a Constituição da República (artigo 8.º), devendo então o agente ser punido por esta última incriminação (o atentado contra a Constituição da República abrange e consome o atentado contra o Estado de direito). Se o atentado contra o Estado de direito for cometido igualmente por meio de violência ou ameaça de violência, poderá existir um concurso aparente entre o crime previsto no artigo 9.º da Lei n.º 34/87 e o previsto no artigo 325.º, n.º 1, do Código Penal. Nesse caso, por força da relação de subsidiariedade implícita existente, deverá o titular de cargo político ser punido pelo crime comum (assim, PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 195; chegando à mesma conclusão, mas invocando antes uma relação de exclusão, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 794). O mesmo sucederá se o crime for cometido por meio de violência armada (artigo 325.º, n.º 2, do Código Penal). Por sua vez, entre o crime de atentado contra o Estado de direito previsto no artigo 9.º e o crime de coacção contra órgãos constitucionais previsto no artigo 10.º (tal como em relação ao previsto no artigo 333.º do Código Penal) e, bem assim, em relação ao crime de suspensão ou restrição ilícita de direitos, liberdades e garantias previsto no artigo 15.º da mesma lei, existirá uma situação de concurso aparente: nesses casos intercederá uma relação de consunção, devendo o agente ser punido pelo primeiro por ser mais abrangente (assim PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 195). Em relação ao crime de organizações terroristas previsto no artigo 2.º da Lei n.º 53/2003, de 22.8, já existirá uma situação de concurso efectivo. Também, consoante os meios de execução (por exemplo sendo utilizada violência ou ameaça contra pessoas) que serviram para cometer o crime previsto no artigo 9.º da Lei n.º 34/87 pode ainda existir concurso efectivo com crimes contra as pessoas (o bem jurídico individual protegido em crimes contra as pessoas não será abarcado pelo bem jurídico supra-individual protegido no crime de atentado contra o Estado de direito).

29 A **pena**, isto é, a moldura legal prevista no artigo 9.º aqui em apreço é de prisão de 2 a 8 anos ou de 1 a 4 anos se o efeito se não tiver seguido. Portanto, a aplicação de uma ou outra moldura legal depende de se ter ou não concretizado o resultado (destruição, alteração ou subversão do Estado de direito constitucionalmente estabelecido). Nessa perspectiva percebe-se a diferença entre uma e outra das molduras legais. A menor gravidade da pena em relação ao crime de alteração violenta do Estado de direito previsto no Código Penal (no artigo 356.º, n.º 1, na versão de 1982 e, no artigo 325.º, n.º 1, na versão actual) estará justificada pela diferença dos meios de execução previstos em cada um dos referidos tipos legais (neste sentido, PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 195).

30 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

31 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 10.º
Coacção contra órgãos constitucionais

1. O titular de cargo político que por meio não violento nem de ameaça de violência impedir ou constranger o livre exercício das funções de órgão de soberania ou de órgão de governo próprio de região autónoma será punido com prisão de dois a oito anos, se ao facto não corresponder pena mais grave por força de outra disposição legal.

2. O titular de cargo político que, nas mesmas condições, impedir ou constranger o livre exercício das funções de ministro da República em região autónoma, de governador de Macau, de secretário-adjunto do Governo de Macau, de assembleia regional, da Assembleia Legislativa de Macau, de governo regional ou do Provedor de Justiça será punido com prisão de um a cinco anos.

3. Se os factos descritos no n.º 1 forem praticados contra órgão de autarquia local, a prisão será de três meses a dois anos.

4. Quando os factos descritos no n.º 1 forem cometidos contra um membro dos órgãos referidos nos n.os 1, 2 ou 3, a prisão será de um a cinco anos, seis meses a três anos ou até um ano, respectivamente.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 7)
O bem jurídico (anotações 8 a 10)
O tipo objectivo (anotações 11 a 29)
O tipo subjectivo (anotação 30)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 31)
A tentativa (anotação 32)
A comparticipação (anotação 33)
O concurso (anotação 34)
A pena (anotações 35 a 38)

A **fonte** mais remota desta disposição é o artigo 9.º, n.os 1 e 2, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, onde se previam "crimes contra o livre exercício dos poderes do Estado" (quanto às condutas ali descritas ver anotação ao artigo 8.º). **1**

No Código Penal de 1886, nos designados "crimes contra a Organização do Estado" inseria-se o artigo 167.º (Tentativa de alteração da Constituição, forma do Governo e de impedimento do exercício das faculdades constitucionais), cujo § único, na redacção da Lei n.º 10/77, de 24.2, punia com prisão maior de 8 a 12 anos "aquele que tentar impedir o livre exercício das faculdades constitucionais do Presidente da República, da Assembleia da República, do Governo, do Conselho da Revolução ou dos tribunais", regime que era também aplicável (por força do disposto no artigo 2.º da mesma Lei n.º 10/77) ao Provedor de Justiça e ao provedor-adjunto, com vista à sua protecção penal (o cargo de Provedor de Justiça – que então tinha um adjunto – foi criado pelo Decreto-Lei n.º 212/75, de 21.4, passando depois a estar previsto na CRP de 1976, constando o Estatuto de Provedor de Justiça da Lei n.º 9/91, de 9.4, alterada pela Lei n.º 30/96, de 14.8 e pela Lei n.º 52-A/2005, de 10.10). **2**

A incriminação prevista no artigo 167.º, § único, do Código Penal de 1886 foi a fonte do crime previsto no artigo 391.º (coacção contra órgãos do Estado) do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, inserido na secção III (dos crimes contra os órgãos do Estado), do capítulo I (dos crimes contra a segurança do Estado), do título IV (crimes contra o Estado), com o seguinte teor: "1. Quem, por meio de violência ou ameaça de violência, tentar impedir que o Chefe de Estado, o governo ou um órgão constitucional legislativo exerça as suas faculdades **3**

constitucionais ou os tentar forçar a exercê-las de certa maneira, será punido com prisão de 2 a 8 anos. 2. Se a acção se dirigir contra um membro do Governo ou de um órgão constitucional legislativo, a pena será de 6 meses a 5 anos."

4 A referida incriminação prevista no Anteprojecto de Eduardo Correia (onde se protegia não só concretos órgãos de soberania, como também os seus membros, sem se fazer qualquer referência à protecção penal do Provedor de Justiça, ao contrário do que sucedia desde a entrada em vigor do artigo 2.º da Lei n.º 10/77, de 24.2, que lhe estendeu o regime previsto no artigo 167.º, § único, do Código Penal de 1886), acabou por dar origem ao crime de "coacção contra órgãos constitucionais" previsto no artigo 368.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, com o seguinte teor: "1. Quem, por meio de violência ou ameaça de violência, impedir ou constranger o livre exercício das funções dos órgãos de soberania, dos ministros da República e dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas, será punido com prisão de 2 a 8 anos, se ao facto não couber pena mais grave por força de outra disposição legal. 2. Na pena de 1 a 4 anos incorre quem, utilizando os meios referidos no número anterior, tentar impedir ou constranger o livre exercício das funções do ministro da República, das assembleias regionais ou dos governos regionais, bem como do Provedor de Justiça. 3. Se os factos descritos no n.º 1 forem praticados contra os órgãos das autarquias locais, a prisão será de 3 meses a 2 anos. 4. Quando os factos descritos no n.º 1 forem cometidos contra um membro dos órgãos referidos no n.º 1, a prisão será de 1 a 5 anos. Se forem cometidos contra um membro dos órgãos referidos no n.º 2 a prisão será de 6 meses a 3 anos. Se forem cometidos contra um membro dos órgãos referidos no n.º 3, a prisão será até 1 ano." Como se vê, este tipo legal era configurado quer como crime de dano (n.º 1), quer como crime de atentado (n.º 2), aqui sendo também protegido penalmente o Provedor de Justiça.

5 No Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, discutiu-se novamente o crime de coacção contra órgãos constitucionais (ali previsto no artigo 333.º), nomeadamente se devia a protecção referir-se só aos órgãos e não às pessoas (tendo a Comissão acordado na solução do Projecto, de proteger órgãos e membros, com base na ideia do Sr. Dr. Costa Andrade no sentido "de que o que ele pretende proteger é a obtenção de decisões livres e democráticas, do funcionamento livre de coacções"), se devia ser eliminada a referência ao Provedor de Justiça (tendo a Comissão aprovado a sua eliminação, contra o voto do Sr. Procurador-Geral da República, ficando "anotada a necessidade de a esse respeito chamar a atenção especial das instâncias políticas") e, bem assim, a elevação da pena quando estivesse em causa membro de órgão de autarquia local (ver Actas n.º 34 e 50, de 19.6.1990 e de 8.1.1991, *in* Actas CP, 1993, pp. 398, 399 e 527).

6 Na revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, o crime de coacção contra órgãos constitucionais, que passou a estar previsto no artigo 333.º do Código Penal (redacção que se mantém), sofreu algumas alterações em relação à versão anterior de 1982, designadamente com a eliminação da protecção penal do Provedor de Justiça, com a eliminação da previsão particular do crime tentado em relação a determinados órgãos constitucionais e com alterações a nível das molduras legais. No entanto, essas alterações não se repercutiram na Lei n.º 34/87 (nem mesmo quanto à eliminação da protecção penal do Provedor de Justiça).

7 Diremos, assim, que a incriminação prevista no artigo 10.º (coacção contra órgãos constitucionais) teve por fonte não só a referida norma da Lei n.º 266 de 1914, mas ainda o crime previsto no artigo 368.º do Código Penal, na versão de 1982 (em vigor à data da elaboração da Lei n.º 34/87).

O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 10.º) é o livre exercício de funções dos órgãos nela identificados e dos seus membros, o que se prende, ainda, com a realização do Estado de direito constitucionalmente estabelecido, na medida em que está em causa o funcionamento desses mesmos órgãos constitucionais (neste sentido, embora tendo em atenção as particularidades do crime comum previsto no Código Penal, M. MAIA GONÇALVES, op. cit., 1995, p. 481, MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, op. cit., 1996, p. 1054, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., 806 e PEDRO CAEIRO, op. cit., pp. 258 e 261, acrescentando, que o livre exercício de funções dos membros dos órgãos, "é uma condição do livre funcionamento dos próprios órgãos e por isso se pode afirmar que a sua inclusão na área de tutela típica decorre ainda da protecção do bem jurídico supra-individual"; conferir ainda Ac. do TRG de 7.4.2008, proc. N.º 4/08-2). **8**

Como nem todos os órgãos constitucionais foram objecto de protecção penal (por exemplo, não foi abrangido o Conselho de Estado, órgão político de consulta do Presidente da República, nos termos do artigo 141.º da CRP, apesar de alguns dos seus membros, pelas funções próprias que desempenham fora desse órgão, merecerem protecção especial no domínio da Lei n.º 34/87, como sucede *v.g.* com o Provedor de Justiça), será de concluir que aqui o critério do legislador, quando elegeu aqueles órgãos (e, inerentemente, estendeu a tutela a quem desempenhava as respectivas funções, no caso de órgãos "plurais" ou "complexos") como sendo os merecedores de tutela penal em caso de coacção, foi o da sua importância e essencialidade para a própria existência do Estado de direito constitucionalmente estabelecido. Também o legislador estabeleceu diferentes graus de protecção (fazendo a distinção através da previsão de molduras penais diferentes) consoante a categoria ou importância dos órgãos (e membros) que elegeu como merecedores de tutela penal. **9**

De qualquer modo, neste âmbito da coacção exercida sobre ou contra órgãos constitucionais, não deixa de ser incoerente que o livre exercício de funções do órgão unipessoal que é o de Provedor de Justiça mereça protecção penal de "ataques" de titulares de cargos políticos (artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87) e já não o mereça se for impedido ou constrangido nesse exercício pelo cidadão comum (artigo 333.º do Código Penal, após a revisão de 1995), apesar de este poder incorrer na prática de outros crimes (*v.g.* crimes de sequestro ou de coacção da pessoa que exerce funções de Provedor Justiça, verificando-se os respectivos pressupostos). O que também mostra como o regime penal especial previsto na Lei n.º 34/87 carece de uma profunda e séria revisão (aliás, ao menos quanto a este tipo legal, justificava-se que tivessem sido introduzidas alterações logo em 1995, aquando da revisão feita à lei penal geral). **10**

O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político, por qualquer meio não violento, nem de ameaça de violência, impedir ou constranger o livre exercício de funções de determinados órgãos e seus membros, a saber: i) de "órgão de soberania", ou de "órgão do governo próprio de região autónoma" (artigo 10.º, n.º 1); ii) de "ministro da República" que, desde a entrada em vigor da Lei n.º 30/2008, de 10.7, de acordo com a LC n.º 1/2004, de 24.7, passou a designar-se "Representante da República" em região autónoma, de "Assembleia Regional" que, desde a entrada em vigor da LC n.º 1/2004, de 24.7, passou a designar-se "Assembleia Legislativa", de "governo regional" ou do Provedor de Justiça (artigo 10.º, n.º 2); iii) de "órgão de autarquia local" (artigo 10.º, n.º 3); iiii) "contra um membro dos órgãos referidos nos n.os 1, 2 ou 3" (artigo 10.º, n.º 4). **11**

Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, nos termos já acima indicados (ver **12**

anotação ao artigo 7.º). Sendo pressuposto do tipo legal que a conduta proibida seja levada a cabo sem violência ou ameaça de violência, a realização do crime estará de certa forma condicionada pelo tipo de cargo ocupado pelo agente e funções respectivas desempenhadas, no sentido de terem maior ou menor aptidão para poderem (por meios que não envolvam violência nem ameaça de violência) impedir ou constranger o funcionamento daqueles órgãos constitucionais (sejam "plurais" ou "individuais") ou dos seus membros ou representantes.

13 Para efeitos desta incriminação, de acordo com o estabelecido na parte III da Constituição da República, sobre a "Organização do Poder Político", sujeitos passivos serão os seguintes: a) "órgão de soberania" que, nos termos do artigo 110.º da CRP, é o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo e os Tribunais; b) "órgão de governo próprio de região autónoma" (Açores e Madeira) que, nos termos do artigo 231.º, n.º 1, da CRP, desde a revisão de 2004, é a Assembleia Legislativa e o Governo Regional (na Revisão de 1982, aprovada pela LC n.º 1/82, de 30.9, órgãos de governo próprio de região autónoma, eram, de acordo com o então estabelecido no artigo 233.º, n.º 1, a "Assembleia Regional e o Governo Regional"; na revisão de 1997, aprovada pela LC n.º 1/97, de 20.9, o artigo 233.º passou a ser o artigo 231.º, sendo substituída o nome de "Assembleia Regional" por "Assembleia Legislativa Regional"; foi na revisão de 2004, aprovada pela LC n.º 1/2004, de 24.7, que a "Assembleia Legislativa Regional" assumiu a designação de "Assembleia Legislativa"); c) Representante da República em cada região autónoma que, desde a revisão constitucional de 2004 e, na sequência da entrada em vigor da Lei n.º 30/2008, de 10.7, substituiu o anteriormente designado "Ministro da República" (artigo 230.º, n.º 1, da CRP); d) Provedor de Justiça, que é um órgão independente, previsto no artigo 23.º da CRP; e) "órgão de autarquia local" que é, segundo o disposto nos artigos 236.º, 244.º e 250.º da CRP, para as freguesias, a Assembleia de Freguesia e a Junta de Freguesia, para os municípios, a Assembleia municipal e a Câmara municipal (a que poderá vir a acrescer, havendo regiões administrativas, a assembleia regional e a junta regional, de acordo com o disposto no artigo 259.º da CRP).

14 Obviamente que, tendo Macau passado para a soberania da República Popular da China desde 20.12.1999, devem (em relação a factos cometidos posteriormente a essa data) considerar-se implicitamente revogadas as referências ao "governador de Macau", ao "secretário-adjunto do Governo de Macau" e à "Assembleia legislativa de Macau" constantes do artigo 10.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87.

15 As referências à "assembleia regional" e ao "governo regional", constantes do n.º 2, do artigo 10.º, não se relacionam com o território de Macau (não eram órgãos previstos na Lei n.º 1/76, de 17.2, relativa ao Estatuto de Macau), mas antes correspondem à designação dos órgãos próprios das regiões autónomas em vigor à data da publicação da Lei n.º 34/87 (portanto, antes das revisões da Constituição de 1997 e de 2004). Por isso, quando o legislador, no artigo 10.º, n.º 2, particulariza, individualizando, os "órgãos do governo próprio de região autónoma", cria uma coincidência incoerente e contraditória (desde logo por serem objecto de molduras legais distintas) com o regime previsto no n.º 1 do mesmo artigo, onde já se protegiam os mesmos órgãos. Tudo indica que se tratou de uma descuidada transposição do que constava no tipo previsto no artigo 368.º, n.º 2, do Código Penal, na versão de 1982, esquecendo o legislador que ali se tratava da punição da tentativa do crime quanto a determinados órgãos constitucionais, a qual era equiparada à consumação, o que originou a referida contradição a nível da moldura legal da pena, que é diferente nos n.os 1 e 2 do artigo 10.º. Na medida em que, através da Lei n.º 41/2010, de 3.9, introduziu alterações à Lei n.º 34/87, o legislador bem podia

ter aproveitado essa oportunidade para rever, de forma profunda e alargada, a Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos, designadamente desfazendo incoerências como as aqui apontadas (a sucessiva produção legislativa, que vai sendo cirúrgica, na medida em que se debruça apenas sobre aspectos particulares, só cria insegurança, desconfiança e descrédito).

16 Comparando com o crime comum previsto no Código Penal (apesar dos diferentes meios de execução), verifica-se desde logo o seguinte: a) enquanto o Ministro da República – que passou a designar-se "Representante da República" – sempre mereceu na lei penal geral protecção equivalente à de órgão de soberania (artigo 368.º, n.º 1, na versão de 1982, ao qual sucedeu o artigo 333.º, n.º 1, mesmo na versão actual), na incriminação ora em análise a sua protecção é inferior, pertencendo ao segundo escalão (artigo 10.º, n.º 2), atenta a respectiva moldura abstracta; b) enquanto os órgãos de governo próprio de regiões autónomas, no âmbito do crime comum de coacção contra órgãos constitucionais, desceram de escalão (na versão de 1982, a sua protecção estava prevista no n.º 1 do artigo 368.º e, após a revisão de 1995, passou a estar prevista no n.º 2 do artigo 333.º), na incriminação ora em análise foi criado o "paradoxo" de estarem incluídos tanto no n.º 1, como no n.º 2, do artigo 10.º (e, considerando a protecção consagrada no n.º 1 do artigo 10.º, merecendo até uma incompreensível superior tutela em relação ao Representante da República, antes designado Ministro da República); c) o Provedor de Justiça continua a ser protegido penalmente na lei especial (artigo 10.º, n.º 2), apesar de, na lei penal geral, após a reforma de 1995, ter sido eliminada essa tutela anteriormente prevista no artigo 368.º, n.º 2, do Código Penal; d) as molduras penais previstas na incriminação em análise (artigo 10.º) não acompanharam a evolução ocorrida na lei penal geral, após a revisão de 1995, chegando até, no caso do n.º 4 do artigo 10.º, a ser inferior em relação à actualmente prevista no artigo 333.º, n.º 4, al.ª c), do Código Penal.

17 Não caberão na área de tutela típica da incriminação em análise, desde logo, o governador civil, o vice-governador civil, os provedores-adjuntos e membros de órgãos constitucionais que também não foram objecto de protecção especial na norma ora em análise.

18 Particularmente quanto ao órgão de soberania "Tribunal" (no qual se incluem todos os tribunais) tem-se discutido se aqui se deve ou não "reduzir à função especificamente jurisdicional" que nele é exercida (em sentido afirmativo, PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 260; em sentido contrário, incluindo na definição de tribunal, enquanto órgão de soberania, "os juízes, os magistrados do Ministério Público e os funcionários judiciais, enquanto se encontram no exercício das suas funções, dentro e fora do tribunal, dentro e fora das audiências", ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 807; a nível da jurisprudência conferir Ac. do STJ de 29.11.1989, proc. N.º 97P029, Ac. do STJ de 27.11.1997, *in* BMJ n.º 471, 177 e Ac. do STJ de 14.10.1999, *in* CJ, Ac. do STJ, VII, 3, 193). Mas, se efectivamente o tipo legal visa proteger a liberdade de acção e de decisão, parece que nesse caso se deveria restringir o órgão complexo "Tribunal" à função jurisdicional propriamente dita (e, portanto, apenas incluir na noção de "membro" do órgão tribunal, para efeitos desta incriminação, os juízes que fossem imediata ou mediatamente impedidos ou constrangidos no livre exercício de funções). Claro que sempre se poderá contrapor que, estando aqui em causa um órgão de soberania e, visando a norma proteger e assegurar o normal funcionamento do tribunal, deveria então abranger todos os elementos (inclusive advogados) que o compõem quando em exercício de funções, tanto mais que, por um lado, é no âmbito de um processo equitativo que a decisão jurisdicional é tomada (artigo 20.º da CRP) e, por outro lado, a

administração da justiça é feita em nome do povo (artigo 202.º da CRP). Nesta perspectiva, compreende-se a defesa de um conceito lato de tribunal para efeitos do artigo 10.º, n.º 1 (estendendo a protecção penal de forma a abranger os Serviços do Ministério Público), reportado à prática de qualquer acto de administração da justiça (e não só do acto de julgar) e abrangendo qualquer ataque a elemento que o compõe quando em funcionamento, desde que suficientemente grave, isto é, desde que impedisse ou constrangesse o livre exercício de funções e o funcionamento do tribunal em sentido amplo, ainda que este seja encabeçado pelo juiz (seria, porém, de afastar a qualidade de "membro" em relação, por exemplo, ao público que assiste a acto processual que viesse a ser suspenso por virtude da acção que impedia o livre exercício de funções, hipótese colocada por VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, op. cit., pp. 818 e 819).

19 Quanto à definição dos "membros" de cada órgão (daqueles que não são unipessoais, como sucede com o Presidente da República, com o Provedor de Justiça ou com o Representante da República nos Açores e na Madeira), para efeitos do disposto no artigo 10.º, n.º 4, deverá considerar-se que são pelo menos (caso seja seguida a posição de PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 262) os seguintes:"os deputados à Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, ministros e secretários de Estado (e subsecretários de Estado, caso a lei orgânica do Governo preveja tal figura), os juízes que exerçam funções judiciais num tribunal, os deputados às Assembleias Legislativas dos Açores e da Madeira, os presidentes dos Governos Regionais dos Açores e da Madeira e os respectivos secretários regionais, os membros das assembleias de freguesia e das juntas de freguesia, os deputados às assembleias municipais, os presidentes das câmaras municipais e respectivos vereadores." Aderindo-se a um conceito lato de tribunal, então deverão ainda ser incluídos os demais membros que o compõem, acima indicados, desde que no exercício de funções.

20 Porque na modalidade prevista no artigo 10.º, n.º 4, está em causa o livre exercício de funções (tal como defende PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 262), o respectivo membro deve ter "o seu mandato activo" e, se for o caso, estar em condições de poder "participar nas reuniões e deliberações do órgão a que pertence".

21 A realização do tipo por qualquer meio "não violento nem de ameaça de violência" (ao contrário do que sucede com o crime então previsto no artigo 368.º do Código Penal, na versão de 1982 e, actualmente, no seu artigo 333.º, cujos meios de execução são precisamente a violência ou a ameaça de violência) alarga a área de tutela típica atenta a qualidade do agente, sem contudo deixar de exigir adequação do meio utilizado para "impedir ou constranger o livre exercício de funções" daqueles concretos órgãos constitucionais ou dos seus membros.

22 Essa exigência de meio "não violento nem de ameaça de violência" é de alguma forma incompreensível se compararmos o crime ora em análise (artigo 10.º) com o desenho típico do crime de atentado contra a Constituição da República previsto no artigo 8.º da Lei n.º 34/87 (no qual os meios de execução são a actuação por forma violenta ou por recurso a meios que não os democráticos previstos na Constituição), no qual também se protege *v.g.* o modo de funcionamento das instituições fundamentais do Estado.

23 De igual forma há alguma incoerência interna na própria modelação concreta do crime previsto neste artigo 10.º, quando se exige por um lado constrangimento, o que supõe coacção (de acordo aliás com a própria epígrafe) e, por outro lado, se prescreve que os meios de execução não poderão ser a violência ou ameaça de violência.

24 Também aqui a referência a "constranger" o livre exercício de funções, ao lado da acção de "impedir", traduz no mínimo uma redundância, tanto mais que os

tradicionais meios de execução (violência ou ameaça de violência) adequados a obter o resultado da coacção/constrangimento foram aqui expressamente excluídos.
"Impedir" significa impossibilitar, por qualquer forma (ainda que de modo **25**
transitório ou precário), o livre exercício de funções dos mencionados órgãos ou seus membros, enquanto "constranger" supõe uma qualquer coacção (sempre uma "pressão") sobre esses mesmos órgãos ou seus membros que os impede de livremente exercerem funções. Qualquer dessas condutas não se confunde com a acção de "perturbar" o funcionamento dos mencionados órgãos ou perturbar o exercício de função dos seus membros (acção esta que, sendo punida pela lei penal geral, verificando-se a modalidade prevista no artigo 334.º, al.ª a), do Código Penal, não tem aplicação no caso do agente, titular de cargo político, ser membro do órgão constitucional perturbado e estar no exercício de funções).
De qualquer modo, previamente ter-se-á de decidir se o "constrangimento do livre **26**
exercício de funções" é compatível e pode aqui ser obtido através, por exemplo, de abuso de funções, de desvio de funções (que aqui não tem de ser flagrante, ao contrário do que sucede designadamente nos crimes de traição à pátria previsto no artigo 7.º e de atentado contra o Estado de direito previsto no artigo 9.º) ou de violação dos inerentes deveres ao exercício de funções do titular de cargo político (violação essa que também aqui pode não ser grave, apesar de ter de ser adequado a obter o resultado do constrangimento), tudo dependendo, claro está, do que se apurar em cada caso concreto. O mesmo se passa, por exemplo, com situações de engano, erro, manobras ardilosas ou fraudulentas (com aptidão para viciar a vontade e a liberdade de decisão do sujeito passivo) que, podendo ser aproveitadas pelo sujeito activo, não equivalem a constrangimento. No entanto, apesar de afastado o "constrangimento" sempre poderão aqueles artifícios ser meio de "impedir" o livre exercício de funções dos referidos órgãos constitucionais e dos seus membros.
Para haver constrangimento este ter-se-á de traduzir em ofensa que conduza a **27**
uma interferência ou a uma manipulação (por pressão ou por aproveitamento de temor causado) do domínio da vontade e da livre decisão do sujeito passivo. Desse modo terá de contender com a liberdade de acção e de decisão do respectivo órgão constitucional ou de seu membro, sendo uma forma de as limitar ou até anular. Todavia, mesmo que não haja constrangimento, sempre poderá existir o impedimento do livre exercício de funções.
O âmbito de protecção do crime previsto no artigo 10.º da Lei n.º 34/87 (apesar **28**
daquela exclusão da violência ou ameaça de violência) é assim alargado em relação ao crime comum previsto no artigo 333.º do Código Penal, uma vez que este é limitado pela referência concreta aos meios de execução violência ou ameaça de violência (limitação esta que, de qualquer modo, está de acordo com a configuração de outros tipos legais, onde também se exige o constrangimento e onde são especificados os concretos meios de execução que a ele conduzem e que, portanto, são aptos para esse efeito).
Quanto ao bem jurídico estamos aqui perante um crime de dano por exigir uma **29**
lesão do bem jurídico protegido. Relativamente ao objecto da acção, trata-se de crime de resultado ou material por apenas se consumar com o resultado do impedimento ou constrangimento do livre exercício de funções do respectivo órgão constitucional ou de seu membro ou representante.
O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente, dolo genérico. Basta que o **30**
agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de, através de um dos meios de execução, diferentes da violência ou ameaça de violência, praticar a conduta descrita no tipo. Admite qualquer das modalidades do dolo – artigo 14.º do Código Penal (contra, em relação ao crime comum previsto no artigo 333.º do

Código Penal, por considerar que é necessário "dolo específico", PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 264). Será difícil de configurar qualquer situação de erro a nível da qualidade do órgão ou do seu membro, uma vez que não é concebível que um titular de cargo político desconheça essa qualidade.

31 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse anteriormente, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

32 A **tentativa** da prática do crime de coacção contra órgãos constitucionais e seus membros é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

33 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

34 À semelhança do que sucede com o crime comum previsto na lei penal geral (artigo 333.º do Código Penal), haverá uma relação de **concurso** aparente entre os crimes previstos nos n.os 1 a 3 do artigo 10.º e o previsto no seu n.º 4, sendo este consumido por aqueles. Igualmente a prática dos crimes de Atentado contra o Estado de direito (artigo 9.º) e de atentado contra a Constituição da República (artigo 8.º), poderão consumir o crime de coacção contra órgão constitucional (artigo 10.º), sendo então o agente punido por aqueles. Se o crime de coacção contra órgão constitucional for cometido pelo titular de cargo político por meio de violência ou ameaça de violência (ressalvado quando o sujeito passivo é o Provedor de Justiça), será aplicável o regime previsto no artigo 333.º do Código Penal, podendo ser a pena agravada nos termos do artigo 5.º da Lei n.º 34/87, verificando-se os respectivos pressupostos (nesse caso está excluída a aplicação do crime previsto no artigo 10.º da Lei n.º 34/87, que não admite o uso de violência ou de ameaça de violência). Igualmente nessa hipótese, poderá ainda existir concurso efectivo do crime previsto no artigo 333.º do Código Penal com crimes contra as pessoas (o bem jurídico individual protegido em crimes contra as pessoas não será abarcado pelo bem jurídico supra-individual protegido no crime de coacção contra órgãos constitucionais, a menos que a lesão seja insignificante e, portanto, não atinja o limiar mínimo que justifique a punição autónoma). Se forem coagidos vários órgãos constitucionais então poderá haver concurso efectivo de crimes. Diferente será quando em vez de coacção contra órgãos constitucionais existe antes perturbação do funcionamento de órgão constitucional. Nesse caso, não chega a configurar-se o crime previsto no artigo 10.º da Lei n.º 34/87, sendo o agente punido, se for o caso, nos termos do artigo 334.º do Código Penal, eventualmente agravado verificando-se o condicionalismo previsto nos artigos 2.º e 5.º da referida Lei n.º 34/87.

35 A moldura legal da **pena** prevista no artigo 10.º varia consoante a importância dos órgãos constitucionais em causa, em função de 3 categorias diferentes: i) no 1.º escalão, correspondente ao n.º 1 (punido com prisão de 2 a 8 anos, se ao facto não corresponder pena mais grave por força de outra disposição legal), incluem-se os órgãos de soberania e, com a assinalada incoerência que, se for ultrapassada, os órgãos de governo próprio das regiões autónomas; ii) no 2.º escalão, correspondente ao n.º 2 (punido com prisão de 1 a 5 anos), incluem-se os Representantes da República (anteriormente designados Ministros da República) nas regiões autónomas e o

Provedor de Justiça (e o Governo Regional, bem como a Assembleia Legislativa, que sucedeu à Assembleia Regional, optando-se, por uma questão de coerência e unidade do sistema jurídico, por um regime paralelo ao previsto no artigo 333.º, n.º 2, do Código Penal, para ultrapassar o paradoxo apontado, sendo certo que não haverá qualquer dúvida que o legislador quis proteger o livre exercício de funções destes órgãos de governo próprio de cada uma das regiões autónomas); iii) e, no 3.º escalão, correspondente ao n.º 3 (punido com prisão de 3 meses a 2 anos), incluem-se os órgãos das autarquias locais. O mesmo se passa em relação aos membros desses órgãos, cujo regime está previsto no n.º 4 do mesmo artigo 10.º (consoante se tratar de membro de órgão referido nos n.os 1, 2 ou 3, assim a punição é respectivamente de prisão de 1 ano a 5 anos, de 6 meses a 3 anos ou de 6 meses a 1 ano). No entanto, incompreensivelmente, o legislador graduou de forma diferente alguns dos órgãos constitucionais e respectivos membros no crime previsto neste artigo 10.º e no crime previsto na lei penal geral (então artigo 368.º e hoje artigo 333.º do Código Penal). Com efeito, os Ministros da República (desde a Lei n.º 30/2008, de 10.7, designados Representantes da República nos Açores e na Madeira) aparecem na lei penal geral no primeiro escalão relativo aos órgãos mais importantes, ao lado dos órgãos de soberania (tendo, com a reforma de 1995, os órgãos de governo próprio das regiões autónomas descido do primeiro escalão para o segundo), enquanto no crime especial previsto no artigo 10.º surgem no 2.º escalão.

36 A colagem em relação ao crime comum previsto no Código Penal, na versão de 1982, era manifesta a nível das molduras legais. Considerando agora apenas o regime penal na versão de 1982, verifica-se o seguinte: i) a moldura prevista no n.º 1 do artigo 368.º do Código Penal é a mesma do n.º 1 do artigo 10.º; ii) a moldura prevista no n.º 2 do citado artigo 368.º é inferior no seu limite máximo (prisão de 1 a 4 anos) à prevista no n.º 2 do artigo 10.º (embora se possa perceber essa diferença porque no n.º 2 da lei penal geral se estava a punir o acto de "tentar impedir ou constranger o livre exercício de funções" de determinados órgãos, alguns dos quais haviam sido já indicados no n.º 1, o que significaria um acréscimo de protecção penal, que apesar de tudo não criava qualquer contradição porque nesse n.º 1 do artigo 368.º o que se punia era o acto de "impedir ou constranger o livre exercício de funções" de concretos órgãos constitucionais); iii) a moldura prevista no n.º 3 do artigo 368.º do Código Penal é a mesma do n.º 3 do artigo 10 (ambas se reportam aos órgãos das autarquias locais); iiii) a moldura prevista no n.º 4 do artigo 368.º do Código Penal é a mesma do n.º 4 do artigo 10.º, salvo quanto ao limite mínimo (6 meses em vez de 1 mês) quando está em causa membro de órgão de autarquia local. A reforma de 1995, que além do mais alterou as molduras legais do crime de coacção contra órgãos constitucionais (desde então previsto no artigo 333.º do Código Penal), deveria ter levado o legislador a alterar a Lei n.º 34/87. A falta de intervenção na lei especial, ao mesmo tempo que a lei penal geral ia sofrendo sucessivas alterações, conduziu a que as molduras legais previstas na primeira se tornassem em alguns casos mais leves do que as previstas na lei geral. Nessa perspectiva deixou de se perceber a "lógica" das diferentes molduras legais previstas na lei especial -principalmente quando comparadas com as actualmente previstas no Código Penal, não obstante a diferença que existe por um lado a nível dos meios de execução e, por outro lado, a nível da qualidade do agente – situação que, ainda hoje, se mantém, apesar das alterações cirúrgicas introduzidas, no Verão de 2010 (com a lei n.º 41/2010), à Lei n.º 34/87.

37 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto

no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

38 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 11.º
Prevaricação

O titular de cargo político que conscientemente conduzir ou decidir contra direito um processo em que intervenha no exercício das suas funções, com a intenção de por essa forma prejudicar ou beneficiar alguém, será punido com prisão de dois a oito anos.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 7)
O bem jurídico (anotações 8 a 11)
O tipo objectivo (anotações 12 a 19)
O tipo subjectivo (anotação 20)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 21)
A tentativa (anotação 22)
A comparticipação (anotação 23)
O concurso (anotação 24)
A pena (anotações 25 a 27)

1 As **fontes** desta disposição são os artigos 284.º (prevaricação), 287.º (falta de promoção de procedimento judicial) e 288.º (promoção dolosa do Ministério Público) do Código Penal de 1886.

2 No Código Penal de 1886, tais crimes estavam inseridos no Livro II (dos crimes em especial), do título III (dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública), no capítulo XIII (dos crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções), na secção I (Prevaricação). O crime de prevaricação assentava na violação do dever de imparcialidade e de fidelidade no exercício de funções (assim, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, Notas ao Código Penal Português, 2.º volume, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1923, p. 576).

3 Essas incriminações foram a fonte do crime de prevaricação previsto no artigo 442.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, inserido no capítulo III (dos crimes contra a realização do Direito), do título IV (crimes contra o Estado), com o seguinte teor: "O funcionário que conscientemente conduzir ou decidir contra direito um processo em que, por virtude da sua competência, intervém, com a intenção de por essa forma prejudicar ou beneficiar alguém, será punido com prisão de 6 meses a 4 anos."

4 O texto do artigo 442.º do Anteprojecto de Eduardo Correia passou para o crime de "prevaricação" previsto no artigo 415.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, havendo apenas alteração na moldura legal que subiu para prisão de 1 a 5 anos (de acordo, aliás, com o que havia sido sugerido por Jorge Figueiredo Dias, quando aquela norma foi discutida na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, pp. 468 e 469). A nível sistemático foi inserido no capítulo III (dos crimes contra a realização da justiça), do título V (dos crimes contra o Estado) da parte especial do Código Penal, enquadramento que ainda hoje se mantém.

No Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, o crime de prevaricação foi de novo objecto de alteração, tendo sido proposto (no ali previsto artigo 370.º, então ainda com a epígrafe de "prevaricação"), aglutinar na mesma incriminação vários crimes do Código Penal, na versão de 1982 (concretamente os previstos nos artigos 413.º a 417.º, com as epígrafes respectivas de "promoção dolosa", de "não promoção", de "prevaricação", de "denegação de justiça" e de "prisão ilegal"), que assim eram substituídos, tal como sugerira Jorge Figueiredo Dias (conferir Actas n.º 36, 37 e 51, relativas às sessões de 22.6.1990, de 5.6.1990 e de 15.1.1991, *in* Actas CP, 1993, pp. 425, 426, 430 e 536). **5**

A revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, introduziu mais algumas modificações, passando o crime a ser designado por "Denegação de justiça e prevaricação" e a estar previsto no artigo 369.º (redacção que se mantém), sendo descriminalizadas algumas condutas que eram punidas na versão do Código Penal de 1982. Assim, enquanto no artigo 369.º, n.º 1, do Código Penal se prevê "o tipo matricial de prevaricação", os regimes contidos nos seus n.os 2, 3, 4 e 5 consagram "modificações típicas em função da especial gravidade do resultado consequente à conduta ou da particular direcção de vontade do agente" (PEDRO CAEIRO, op. cit., pp. 606 e 622). **6**

Diremos, assim, que o crime de prevaricação previsto no artigo 11.º teve por fonte não só as referidas disposições legais do Código Penal de 1886, como também a incriminação proposta no artigo 442.º do Anteprojecto de Eduardo Correia, cujo texto passou para o crime previsto no artigo 415.º do Código Penal, na versão de 1982, havendo apenas alteração da moldura legal, que foi elevada nos termos acima apontados. **7**

O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 11.º) traduz-se na necessidade de assegurar aos cidadãos que qualquer serviço que envolva a prestação de uma actividade pública funciona de acordo com a lei, respeitando o ordenamento jurídico, sendo eficaz na sua actuação. É a confiança dos cidadãos nas instituições públicas e a credibilidade destas, que desta forma também se salvaguardam, garantindo-se para o efeito a fidelidade à lei e ao direito no exercício de funções públicas. **8**

Estando em causa o exercício de funções administrativas do titular de cargo político é ainda a actividade da administração em geral que está em jogo, o que nos conduz à ideia de autonomia intencional do Estado (que deve ser defendida dos ataques que vem de dentro) associada à realização da justiça, ainda que esta última aqui não seja identificada com a função judicial como sucede na sistematização da lei penal geral (a realização da justiça está aqui ligada a uma actividade para-judicial que, todavia, se deve reger pela fidelidade ao Direito, só assim podendo o titular de cargo político, no âmbito das suas competências, "realizar a justiça"). **9**

Administração pública que "visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos" (artigo 266.º, n.º 1, da CRP), estando os seus órgãos e agentes administrativos "subordinados à Constituição e à lei", devendo actuar, "no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé" (artigo 266.º, n.º 2, da CRP). **10**

Nesta perspectiva, o que se tutela é a necessidade de garantir a submissão à lei e aos princípios fundamentais do Direito do titular de cargo político que, por virtude do cargo que ocupa, tem a função de conduzir ou decidir processo que lhe está afecto. São, por isso, interesses (colectivos) supra-individuais que se protegem, independentemente de mediatamente também poderem vir a ser afectados interesses (privados) individuais e, nessa medida, estes poderem ser protegidos reflexamente. *A latere*, recorde-se que, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, al.ª e), do **11**

Código de Processo Penal, até por uma questão de transparência, qualquer pessoa pode constituir-se assistente no crime de prevaricação.

12 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político conduzir ou decidir contra direito um processo em que intervenha no exercício das suas funções. A consumação do crime não depende da realização do resultado de "prejudicar ou beneficiar alguém" (esse resultado apenas tem de ser intencionalizado, funcionando como um elemento subjectivo adicional do dolo com que o agente tem de actuar).

13 O sujeito activo/agente, para além de titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º), terá de actuar no exercício das suas funções, o que neste caso significa que terá que estar investido de poderes, decorrentes do cargo que ocupa, que lhe permitam conduzir o processo ou decidir sobre a matéria que nele se discute (*v.g.* sobre o pagamento de uma taxa ou sobre a obtenção de uma licença).

14 A realização do tipo preenche-se no âmbito de processo (seja gracioso ou contencioso) sobre o qual o agente "realiza ou omite um comportamento contra direito" (assim, quanto ao crime comum previsto no artigo 369.º do Código Penal, PEDRO CAEIRO, op. cit., p. 612; no mesmo sentido, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA e MARTA MACHADO DIAS, op. cit., pp. 51 e 52, citando Ac. do TRP de 28.11.2007, proc. N.º 0743241; ver ainda Ac. do STJ de 15.1.1986, *in* BMJ n.º 353, 226 e Ac. do STJ de 14.11.2002, *in* CJ, Ac. do STJ, X, 3, 227 e 228).

15 As modalidades da acção consistem em o titular de cargo político "conduzir" ou "decidir" contra direito um processo em que intervenha no exercício das suas funções. Para "conduzir" um processo é preciso ter o poder de o orientar, de lhe imprimir um determinado rumo, de acordo com o formalismo legal e "decidir" implica proferir uma decisão de fundo sobre a questão (administrativa) que é colocada.

16 O acto de conduzir ou decidir o processo "contra direito" significa agir (por acção ou omissão) contra a lei, de forma ilegal, seja contra norma vigente ou contra princípios ou interesses protegidos. No fundo está em causa o abuso da função do titular de cargo político e consequente violação de deveres (desde logo de respeito da legalidade, de actuação com imparcialidade, com objectividade e com justiça) inerentes ao cargo, o que conduz a um "desvio de poder".

17 Essa actuação contra direito, que merece censura penal, será distinta do erro procedimental ou do erro de interpretação ou do erro de direito. É preciso distinguir o que deve ser sancionado penalmente e o que merece apenas uma eventual sanção disciplinar ou que até pode ser sindicado ou impugnado, designadamente, por via de recurso administrativo. Uma decisão que assente numa possível (ainda que isolada) interpretação de norma jurídica aplicável ao caso tratado no processo, não deverá ser considerada contra direito se for "objectivamente defensável" e se nela não se surpreenderem "motivos contrários à Ordem Jurídica, designadamente o intuito de favorecer ou prejudicar alguém" ou a interferência de quaisquer outras "considerações estranhas à objectividade que qualquer caso exige" (assim PEDRO CAEIRO, op. cit., pp. 614, 617 e 618; na jurisprudência ver Ac. do STJ de 2.3.1994, proc. N.º 045044, defendendo que não incorre no crime de prevaricação, nem no crime de denegação de justiça, "o Presidente da Câmara que, fundado num parecer de jurista da sua Câmara, defere um pedido de licenciamento de obras, ainda que estas não estejam conforme ao RGEU").

18 O crime previsto no artigo 11.º da Lei n.º 34/87 é crime de dano por exigir lesão do bem jurídico supra-individual protegido. Quanto ao objecto da acção é um crime formal na medida em que a sua consumação não depende da realização do resultado.

Estranha-se que, ao contrário do que sucede no crime comum previsto no artigo 369.º do Código Penal, não se preveja aqui o cometimento do crime na sua forma simples, isto é, a existência do crime mesmo sem a intenção de prejudicar ou beneficiar alguém (cf. citado artigo 369.º, n.º 1). **19**

O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo directo (estando afastado o dolo eventual, como decorre da utilização da expressão "conscientemente"), a que acresce o elemento subjectivo específico relativo à "intenção de por essa forma prejudicar ou beneficiar alguém". Esta particular finalidade não integra a factualidade típica do crime mas, juntamente com o dolo directo, completa o tipo subjectivo de ilícito desta incriminação. Nessa perspectiva não há congruência entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo. **20**

Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse anteriormente, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico directamente protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente. O consentimento do particular prejudicado, por exemplo, não releva. **21**

A **tentativa** da prática do crime de prevaricação é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal. **22**

A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal. **23**

Para existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 11.º e o previsto no artigo 369.º, n.os 1 e 2 do Código Penal, será necessário que o titular de cargo político assuma simultaneamente a veste de funcionário (cf. também artigo 28.º do Código Penal). Se o agente para além do crime de prevaricação (artigo 11.º) cometer o crime de denegação de justiça (artigo 12.º) haverá uma relação de concurso aparente a punir pela primeira infracção. O mesmo sucederá com o crime de violação de normas de execução orçamental (artigo 14.º). Poderá ainda existir situação de concurso aparente entre os crimes de prevaricação (artigo 11.º) e de participação económica em negócio (artigo 23.º) – ver Ac. do STJ de 14.5.1986, *in* BMJ n.º 357.º, 216. Se o agente, sem renovar o processo de motivação, pratica vários actos contra direito no mesmo processo, comete um só crime de prevaricação. Sendo a resolução tomada a mesma, não me parece que, em princípio, possa defender-se a existência de tantos crimes quantas as pessoas prejudicadas com a conduta prevaricadora cometida em dado processo, desde logo olhando ao bem jurídico em causa que é supra-individual, não relevando aqui (para efeitos de eventual concurso) a circunstância de reflexamente poderem ser também afectados interesses individuais (defendendo, nesse caso, o concurso efectivo de crimes, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 873). **24**

A moldura legal da **pena** prevista no artigo 11.º é de prisão de 2 a 8 anos, enquanto no crime previsto no artigo 415.º do Código Penal, na versão de 1982 (em vigor à data da elaboração da Lei n.º 34/87), era de prisão de 1 a 5 anos. Já no artigo 369.º do Código Penal, na versão actual, se prevêem duas molduras consoante o tipo é cometido na forma simples (pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 120 dias) ou na forma qualificada (pena de prisão até 5 anos), sendo esta última a que corresponde àquele. Por outro lado, comparando com a moldura legal do crime **25**

de denegação de justiça (artigo 12.º, punido com prisão até 18 meses e multa até 50 dias), parece haver exagero (e até um certo desequilíbrio) na previsão da pena abstracto no crime de prevaricação.

26 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

27 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 12.º
Denegação de justiça

O titular de cargo político que no exercício das suas funções se negar a administrar a justiça ou a aplicar o direito que, nos termos da sua competência, lhe cabem e lhe foram requeridos será punido com prisão até dezoito meses e multa até 50 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 7)
O em jurídico (anotações 8 a 10)
O tipo objectivo (anotações 11 a 17)
O tipo subjectivo (anotação 18)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 19)
A tentativa (anotação 20)
A comparticipação (anotação 21)
O concurso (anotação 22)
A pena (anotações 23 a 26)

1 A **fonte** desta disposição é o artigo 286.º (denegação de justiça) do Código Penal de 1886, com o seguinte teor: "Todos os juízes ou autoridades administrativas, que se negarem a administrar a justiça, que devem às partes, depois de se lhes ter requerido, e depois da advertência ou mandado de seus superiores, serão condenados em suspensão."

2 No Código Penal de 1886, tal crime estava inserido no Livro II (dos crimes em especial), do título III (dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública), no capítulo XIII (dos crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções), na secção I (relativa à Prevaricação, mas onde se incluíam outros crimes, entre eles, o previsto no artigo 286.º). O crime de denegação de justiça tutelava "o interesse público de assegurar o cumprimento regular e eficaz das funções públicas, excluídas as legislativas, contra a inércia dolosa dos empregados públicos em relação a um determinado acto ou ofício" (assim, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., pp. 583 e 584, citando MANZINI).

3 Essa incriminação foi a fonte do crime de denegação de justiça previsto no artigo 443.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, inserido no capítulo III (dos crimes contra a realização do Direito), do título IV (crimes contra o Estado), com o seguinte teor:"O funcionário que se negar a administrar a justiça ou a aplicar o direito que, nos termos da sua competência lhe cabe, e lhe foi requerido, será punido com prisão até um ano ou multa até 30 dias."

4 O texto do artigo 443.º do Anteprojecto de Eduardo Correia passou para o crime de "denegação de justiça" previsto no artigo 416.º do Código Penal, aprovado pelo

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9. A nível sistemático foi inserido no capítulo III (dos crimes contra a realização da justiça), do título V (dos crimes contra o Estado) da parte especial do Código Penal, enquadramento que ainda hoje se mantém.

5 No Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, o crime de denegação de justiça foi, juntamente com outras incriminações (previstas nos artigos 413.º a 417.º, com as epígrafes respectivas de "promoção dolosa", de "não promoção", de "prevaricação", de "denegação de justiça" e de "prisão ilegal") incluído no crime previsto no artigo 370.º, então ainda com a epígrafe de "prevaricação" (conferir Actas n.º 36, 37 e 51, relativas às sessões de 22.6.1990, de 5.6.1990 e de 15.1.1991, *in* Actas CP, 1993, pp. 425, 426, 430 e 536).

6 A revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, introduziu mais algumas modificações, passando o crime a ser designado por "Denegação de justiça e prevaricação" e a estar previsto no artigo 369.º (redacção que se mantém), sendo descriminalizadas algumas condutas que eram punidas na versão do Código Penal de 1982.

7 Diremos, assim, que o crime de denegação de justiça previsto no artigo 12.º teve por fonte, não só a referida disposição legal do Código Penal de 1886, como também a incriminação proposta no artigo 443.º do Anteprojecto de Eduardo Correia, cujo texto passou para o crime previsto no artigo 416.º do Código Penal, na versão de 1982, então (à data da elaboração da Lei n.º 34/87, de 16.7) em vigor.

8 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 12.º) é assegurar que os serviços e instituições públicas funcionam correctamente, dando resposta às solicitações que lhes sejam feitas na área da sua competência, respeitando o ordenamento jurídico, actuando de acordo com os princípios gerais de direito, nomeadamente com imparcialidade, com objectividade e com justiça.

9 Aos titulares de cargos políticos exige-se que administrem a justiça ou apliquem o direito, nos casos que lhes forem requeridos, para os quais tenham competência e poder de decisão (poder de resolução sobre o assunto colocado). Daí que, estando aqui em causa o exercício de funções administrativas do titular de cargo político, o qual delas não se pode demitir, é a autonomia intencional do Estado (que deve ser defendida dos ataques que vem de dentro), associada à realização da justiça (mas referindo-se aqui a uma actividade para-judicial), que são tuteladas (de acordo, aliás, com o disposto no artigo 266.º da CRP).

10 São, ainda, interesses (colectivos e públicos) supra-individuais que se protegem, independentemente de paralela ou reflexamente, também, poderem ser tutelados interesses (privados) individuais que tiverem sido afectados. *A latere*, recorde-se que, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, al.ª e), do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode constituir-se assistente no crime de denegação da justiça (mesmo, que esteja previsto em lei especial, como é o caso deste artigo 12.º da Lei n.º 34/87).

11 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político, no exercício de funções, se negar a administrar a justiça ou a aplicar o direito que, nos termos da sua competência (de acordo com os poderes inerentes ao cargo que ocupa), lhe cabem e lhe foram requeridos.

12 O sujeito activo/agente, para além de titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º), terá de actuar no exercício das suas funções, o que significa que terá de estar investido de poderes, decorrentes do cargo que ocupa, que lhe confiram competência para decidir (seja administrando a justiça, seja aplicando o direito) a matéria ou assunto que lhe forem requeridos.

13 A realização do tipo preenche-se independentemente da existência de um processo, uma vez que a norma incriminatória a ele não se refere, ao contrário do que

acontece no crime de prevaricação (assim, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA e MARTA MACHADO DIAS, op. cit., pp. 54, apoiando-se também no Ac. do TRL de 14.7.2004, proc. N.º 4861/2004-3).

14 A conduta do titular de cargo político de se negar a administrar a justiça ou a aplicar o direito, em matéria da sua competência, sobre assunto que seja requerida a sua intervenção (obviamente no âmbito do exercício das suas funções), implica uma violação do seu dever funcional de agir, de tomar uma posição sobre a matéria em questão que lhe é colocada, negação essa que é necessariamente (porque afronta o correcto funcionamento da administração) contra direito e, nessa medida, consubstancia a referida "denegação de justiça". A inclusão do acto de "se negar a aplicar o direito" (ao lado da negação de administrar a justiça) alarga a área de tutela típica da incriminação, razão pela qual, para melhor se compreender o seu alcance, devemos igualmente olhar para a gravidade daquela omissão, assim se aferindo melhor o que merece censura penal.

15 De qualquer modo, importa distinguir a falta de actuação do titular de cargo político, quando se nega a administrar a justiça ou se nega a aplicar o direito, do "simples" atraso em tomar uma decisão. O silêncio do titular de cargo político ou o não exercício dos poderes que lhe cabem e foram requeridos apenas cairá na área de tutela do tipo se essa for a forma escolhida pelo agente para concretizar a sua negação em administrar a justiça ou em aplicar o direito. A omissão da acção que era de esperar, se é fruto de um atraso negligente (o que dependerá dos factos apurados que contextualizam o comportamento susceptível de punição), apenas poderá ser objecto de censura disciplinar ou mesmo de censura política (*v.g.* nas urnas), não podendo ser confundido com a conduta dolosa de se negar administrar a justiça ou a aplicar o direito (*v.g.* em caso de retardamento doloso), essa sim merecedora de censura penal da decisão (ver Ac. do STJ de 28.10.1993, *in* BMJ n.º 430, 370). Ou seja: não basta a simples omissão; é ainda necessário que, do contexto dos factos apurados, se deduza a negação de administrar a justiça ou de aplicar o direito, por quem tem competência para tal (ver também Ac. do TRC de 29.4.1992, *in* CJ, XVII, 2, 88 e 89 e Ac. do STJ de 8.2.2007, *in* CJ, Ac. do STJ, XV, 1, 186 e 187).

16 A acção de negar administrar a justiça ou aplicar o direito implica a existência de um propósito, de uma vontade de não agir, contrariando o que era de esperar se o serviço em causa funcionasse correctamente. Essa atitude de negação, quando era de esperar do titular de cargo político que praticasse acto da sua competência, tem de se manifestar por actos concludentes (nos quais se surpreenda a tal atitude de "denegação da justiça" ou de "denegação de aplicação do direito"). É nesse momento em que o agente se nega a administrar a justiça ou a aplicar o direito que o crime de denegação de justiça se consuma. Se posteriormente à consumação do crime, o agente resolve, por sua livre e espontânea iniciativa, praticar o acto em falta (por exemplo embargar a obra), essa atitude apenas poderá dar lugar a uma atenuação especial da pena.

17 Estamos aqui perante um crime de omissão uma vez que a punição decorre do não cumprimento de um dever (que era o de administrar a justiça ou aplicar o direito no assunto que fora requerida a intervenção do titular de cargo político e para o qual o mesmo tinha competência).

18 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo genérico. Basta que o agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de que ao omitir o acto (quando se nega a administrar a justiça ou quando se nega a aplicar o direito) está a agir contra direito. Admite qualquer das modalidades do dolo (artigo 14.º do Código Penal). Haverá erro sobre a factualidade típica (artigo

16.º do Código Penal) se, por exemplo, o titular de cargo político se nega a aplicar o direito por entender que não tem competência para tal, dada a interpretação que faz sobre o conteúdo de determinada norma jurídica (interpretação essa que terá de ser plausível, embora possa ser *v.g.* minoritária, perante a ambiguidade da norma em questão).

19 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse anteriormente, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico directamente protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

20 A **tentativa** da prática do crime de denegação da justiça é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

21 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

22 Para existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 12.º e o previsto no artigo 369.º, n.º 1, do Código Penal é necessário que o titular de cargo político assuma simultaneamente a veste de funcionário (cf. também artigo 28.º do Código Penal). Nesse caso, apesar de existir uma relação de especialidade entre ambas as normas (sendo inferior a moldura do crime previsto na norma especial), justificar-se-á a aplicação da incriminação que prevê a moldura penal mais grave (ver, a este propósito, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 874 e CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 736). Entre os crimes de prevaricação (artigo 11.º) e de denegação de justiça (artigo 12.º) poderá haver uma relação de concurso aparente, sendo então o agente punido pela primeira infracção. Dependendo dos factos complementares que se apurarem, poderá ainda existir situação de concurso aparente entre os crimes de denegação de justiça (artigo 12.º) por um lado e os de desacatamento ou recusa de execução de decisão do tribunal (artigo 13.º), de violação de normas de execução orçamental (artigo 14.º) ou de recusa de cooperação (artigo 25.º) por outro lado, sendo então estes consumidos por aquele.

23 A moldura legal da **pena** prevista no artigo 12.º é de prisão de 1 mês até 18 meses e multa de 10 dias até 50 dias, enquanto no crime previsto no artigo 416.º do Código Penal, na versão de 1982, era de prisão de 1 mês até 1 ano ou multa de 10 dias a 30 dias. Já no artigo 369.º do Código Penal, na versão actual, prevêem-se duas molduras, consoante o tipo é cometido na forma simples (pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 120 dias) ou na forma qualificada (pena de prisão até 5 anos), sendo a primeira a que corresponde àquele.

24 Sendo certo que a moldura legal prevista no artigo 12.º era superior à do crime de denegação de justiça previsto no artigo 416.º do Código Penal, na versão de 1982, o certo é que actualmente, devido às reformas introduzidas no Código Penal, é o crime previsto naquele código que é censurada de forma mais grave. Para além disso, este é um dos poucos casos em que o legislador manteve (tal como ainda sucedia no domínio do Código Penal, na versão de 1982), ao lado da moldura da pena de prisão, a pena complementar de multa. Por isso, mais uma vez se nota a falta de cuidado do legislador quando não actualizou as molduras legais previstas

nos crimes especiais incluídos na Lei n.º 34/87 (o que podia ter feito quando decidiu introduzir as alterações que aprovou no Verão de 2010).

25 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

26 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 13.º

Desacatamento ou recusa de execução de decisão de tribunal

O titular de cargo político que no exercício das suas funções recusar acatamento ou execução que, por dever do cargo, lhe cumpram a decisão de tribunal transitada em julgado será punido com prisão até um ano.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 6)
O bem jurídico (anotações 7 a 9)
O tipo objectivo (anotações 10 a 17)
O tipo subjectivo (anotação 18)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 19)
A tentativa (anotação 20)
A comparticipação (anotação 21)
O concurso (anotação 22)
A pena (anotações 23 a 25)

1 A **fonte** desta disposição é o corpo do artigo 303.º (desobediência de funcionários e recusa do cumprimento de decisões judiciais) do Código Penal de 1886 (que estabelecia: "Os membros dos tribunais judiciais ou administrativos, e quaisquer juízes que recusarem dar o devido cumprimento às sentenças, decisões ou ordens, revestidas das formas legais e emanadas da autoridade superior, dentro dos limites da jurisdição, que tiver na ordem hierárquica, serão suspensos de 3 meses a 3 anos."), bem como o seu § 1.º ("Qualquer outro empregado público que recusar dar o devido cumprimento às ordens que o superior, a que deve directamente obediência, lhe der em forma legal em matéria da sua competência, será punido com a demissão ou suspensão segundo as circunstâncias."). Com efeito, se a sentença ou decisão fossem comunicadas sob a forma de ordem, pela autoridade superior, a quem devesse directamente obediência, o agente (empregado público) incorria neste crime.

2 No Código Penal de 1886, tal crime estava inserido no Livro II (dos crimes em especial), do título III (dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública), no capítulo XIII (crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções), na secção III (excesso de poder e desobediência). Protegia-se com aquela incriminação "o interesse do Estado ao bom desempenho, por parte dos empregados, das funções que lhes estão confiadas, contra os que negam o devido cumprimento a sentenças, decisões ou ordens superiores" (assim, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 640).

Essa incriminação não encontra correspondência no Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, nem no Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9. **3**

O crime mais próximo era o de desobediência previsto no artigo 416.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia que, embora com alterações, passou a corresponder ao crime previsto no artigo 388.º do Código Penal, na versão de 1982. Entretanto, essa incriminação foi modificada com a revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, passando a estar prevista no artigo 348.º (redacção que se mantém em vigor). **4**

Já no domínio do Código Penal, na versão de 1982, discutia-se se a desobediência a uma decisão cível, concretamente respeitante a providência cautelar (quando ainda vigorava nessa matéria o disposto no artigo 420.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, antes da reforma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12.12, devendo actualmente conferir-se o disposto no artigo 391.º do mesmo código, cuja redacção veio clarificar dúvidas que anteriormente se colocavam), integrava ou não o crime previsto no artigo 388.º, havendo no seio da jurisprudência quem respondesse afirmativamente (desde que a decisão contivesse clara ordem que consistisse "num facere ou num non facere concretos" e tivesse sido regularmente comunicada: assim, entre outros, Ac. do TRP de 21.1.1987, *in* CJ, XII, 1, 254 e Ac. do TRC de 28.3.1984, *in* CJ, IX, 2, 70) e quem respondesse negativamente (invocando que a sentença ou decisão não continha uma ordem, mas antes uma condenação, uma declaração ou constituição de um estado de sujeição – salvo na providência de embargo de obra nova – havendo nas leis civis e processuais civis mecanismos para a executar em caso de incumprimento: assim, entre outros, Ac. do STJ de 18.10.1989, *in* BMJ n.º 390, 138 e Ac. do STJ de 27.11.1991, proc. N.º 041646). **5**

De qualquer modo, podemos concluir que o crime previsto no artigo 13.º teve por fonte a referida disposição legal do Código Penal de 1886, afastando-se da opção do legislador de 1982, quando não previu incriminação específica (ressalvadas as particularidades do crime de desobediência que, como se viu, geraram a referida divergência na jurisprudência quanto à desobediência a decisão civil, concretamente respeitante a providência cautelar) para os funcionários que, apesar do dever do cargo, recusassem acatar ou executar decisão de tribunal transitada em julgado. **6**

O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 13.º) é o respeito pelo princípio da separação de poderes, característica do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP), razão pela qual impõe aos titulares de cargos políticos que respeitem as decisões dos tribunais, transitadas em julgado, o que também está de acordo com o disposto no artigo 205.º, n.º 2, da CRP, quando estabelece que as decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. **7**

Como a atitude de recusar acatamento ou execução a decisão do tribunal, transitada em julgado, afecta o normal funcionamento, a eficácia e a própria credibilidade do Estado de direito democrático, designadamente a nível das relações entre os diferentes poderes (legislativo, executivo e judicial), que se querem autónomos e independentes, podemos concluir que também aqui está em causa a autonomia intencional do Estado (que deve ser defendida dos ataques que vem de dentro), associada à ideia básica e estrutural, em qualquer sociedade democrática, da submissão de todos ao cumprimento de decisões judiciais transitadas (a propósito de incriminação semelhante, prevista no artigo 410.º do Código Penal Espanhol, ver PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ e ANA I. SOBRINO MARTÍNEZ, Delitos contra la administración pública, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 131, 139 e 140). **8**

9 Só assim (para garantir a separação de poderes e mostrar que o próprio Estado cumpre as decisões dos tribunais, transitadas em julgado, em obediência ao disposto no artigo 205.º, n.º 2, da CRP, sendo merecedor de credibilidade e confiança) se pode justificar a necessidade de censurar penalmente o agente político que, apesar do dever de fidelidade ao direito, decorrente do cargo que ocupa, recusa acatar ou executar decisão transitada em julgado (caso contrário, estando em causa por exemplo decisões cíveis, ressalvada a situação prevista para as decisões proferidas em providências cautelares, tal como sucede em relação ao agente comum, sempre se poderia recorrer aos mecanismos não penais previstos no ordenamento jurídico, consoante o ramo em causa, para dar cumprimento e executar a decisão transitada).

10 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político, no exercício de funções, ao contrário do que se lhe impunha, por dever do cargo, recusar acatar ou recusar executar decisão do tribunal transitada em julgado.

11 O sujeito activo/agente, para além de titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º), terá de actuar no exercício das suas funções e ter o dever, que decorre do cargo que ocupa, de acatar ou executar a decisão do tribunal transitada em julgado.

12 Reporta-se o tipo a toda e qualquer decisão de tribunal (seja de que área for) desde que transitada em julgado (assim, ANTÓNIO CÂNDIDO DE OLIVEIRA e MARTA MACHADO DIAS, op. cit., pp. 55 e Ac. do TRC de 30.5.2007, proc. N.º 942/01.6TAPBL.C1).

13 A conduta do titular de cargo político de "recusar acatar decisão do tribunal transitada em julgado" implica uma oposição expressa ao que foi decidido (ao conteúdo da decisão) e, portanto, mostra uma atitude de afrontamento, um comportamento voluntário que não se confunde com o desleixo no cumprimento do decidido, que sempre pode ser corrigido.

14 O mesmo se diga em relação ao acto de "recusar executar a decisão do tribunal transitada em julgado", que também não se pode confundir com a simples omissão da sua execução por negligência.

15 Portanto, em qualquer dessas duas situações terá que haver recusa (não basta deixar de cumprir, como diz LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 642), o que aqui significa expressa não aceitação do conteúdo da decisão, traduzindo-se, pois, numa violação de dever inerente ao cargo que o agente ocupa, que o deveria levar a cumprir o decidido.

16 Essa recusa, quando era de esperar do titular de cargo político que se submetesse à decisão transitada em julgado (acatando-a ou executando-a), tem de se manifestar por actos exteriores que sejam concludentes (inequívocos).

17 É nesse momento, em que o agente recusa acatar ou recusa executar decisão transitada em julgado, que o crime aqui em apreço se consuma. Se posteriormente à consumação do crime, o agente resolve, por livre e espontânea vontade, praticar o acto em falta (por exemplo executar a decisão), essa atitude apenas poderá dar lugar a uma atenuação especial da pena.

18 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo genérico. Basta que o agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de que ao recusar acatar ou recusar executar a decisão transitada em julgado está a agir contra direito. Admite qualquer das modalidades do dolo (artigo 14.º do Código Penal).

19 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse anteriormente, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a

natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

20 A **tentativa** da prática do crime de denegação da justiça é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

21 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

22 Pode existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 13.º e os crimes de prevaricação (artigo 11.º) e de denegação de justiça (artigo 12.º) todos da Lei n.º 34/87, devendo o agente ser punido pela incriminação mais grave. Igualmente, dependendo dos factos em questão, poderá ocorrer concurso aparente entre este crime previsto no artigo 13.º e o crime de desobediência previsto no artigo 348.º do Código Penal. O mesmo se passa em relação ao crime de violação de imposições, proibições ou interdições previsto no artigo 353.º do Código Penal, caso em que o agente/titular de cargo político deverá ser punido por esta última incriminação, eventualmente agravada nos termos do artigo 5.º da Lei n.º 34/87, verificando-se os respectivos pressupostos. Poderá igualmente ocorrer uma situação de concurso efectivo entre o crime previsto no artigo 13.º e o crime de resistência e coacção sobre funcionário previsto no artigo 347.º do Código Penal.

23 A moldura legal da **pena** prevista no artigo 13.º é de prisão de 1 mês até 1 ano. É uma moldura equivalente à do crime de desobediência, na sua forma não qualificada (artigo 388.º, n.º 1, do Código Penal, na versão de 1982, hoje previsto no artigo 348.º, n.º 1). Mais uma vez aqui se nota a falta de cuidado do legislador quando não actualizou as molduras legais previstas nos crimes especiais incluídos na Lei n.º 34/87. O que realça a necessidade do legislador abandonar o caminho seguido nestes últimos anos, fazendo intervenções cirúrgicas, como mais uma vez sucedeu com as alterações aprovadas no verão de 2010.

24 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

25 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 14.º

Violação de normas de execução orçamental

O titular de cargo político a quem, por dever do seu cargo, incumba dar cumprimento a normas de execução orçamental e conscientemente as viole:

a) Contraindo encargos não permitidos por lei;

b) Autorizando pagamentos sem o visto do Tribunal de Contas legalmente exigido;

c) Autorizando ou promovendo operações de tesouraria ou alterações orçamentais proibidas por lei;

d) Utilizando dotações ou fundos secretos, com violação das regras da universalidade e especificação legalmente previstas;

será punido com prisão até um ano.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 8)
O bem jurídico (anotações 9 a 14)
O tipo objectivo (anotações 15 a 21)
O tipo subjectivo (anotação 22)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 23)
As causas de desculpa (anotação 23)
A tentativa (anotação 24)
A comparticipação (anotação 25)
O concurso (anotação 26)
A pena (anotações 27 a 29)

1 As **fontes** desta disposição são, particularmente o disposto nos artigos 12.º, n.º 5 ("o ordenamento de receita ou despesa e suas liquidações em contravenção da lei e respectivos regulamentos ainda que não haja intenção criminosa"), n.º 8 ("a autorização para operações de tesouraria, que tenham por fim pagar quaisquer despesas próprias dos Ministérios, ou das colónias, e a concessão de adiantamentos ou suprimentos aos mesmos Ministérios, a companhias ou a particulares") e 13.º, n.º 1 ("contrair encargos para o Estado, sob qualquer pretexto ou fundamento, sem autorização expressa na lei orçamental ou noutras leis vigentes"), n.º 2 ("autorizar sem o visto das estações competentes, quando devido, operações de tesouraria, que importem transferências de fundos para pagamento de despesas públicas") e n.º 3 ("aplicar em fins diversos as verbas orçamentais, excedendo-lhes o limite ou alterando-lhes a designação"), da Lei n.º 266, de 27.7.1914. As condutas previstas no citado artigo 12.º (crimes contra a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos) eram punidas com prisão maior celular de 2 a 8 anos, ou, em alternativa, com degredo temporário, quando o valor do prejuízo exceder 600$ e com prisão correccional não excedendo essa cifra e as condutas previstas no seu artigo 13.º (crimes contra as leis orçamentais votadas pelo Congresso) eram punidas com pena de prisão correccional com multa correspondente.

2 Por tais crimes respondiam, nos termos dos artigos 3.º e 24.º da citada Lei n.º 266, os Ministros de Estado e, bem assim, os funcionários da administração que, informando, consultando ou executando, tivessem colaborado nos actos de administração declarados puníveis pela mesma lei (era excluída a responsabilidade do Presidente da República, neste tipo de crimes, como resulta do artigo 3.º da Lei n.º 266).

3 Com a entrada em vigor dos artigos 35.º e 36.º do Decreto n.º 22.257, de 25 de Fevereiro de 1933 (que reorganizou o Tribunal de Contas), defendeu-se que se encontravam revogados os n.^{os} 5 e 8, tal como o n.º 6 ("as concessões feitas e os contratos realizados sem as formalidades legais, independentemente da intenção maléfica") do citado artigo 12.º da Lei n.º 266 (ver Parecer da PGR n.º 85/86, de 7.5.1987, relatado por IRENEU CABRAL BARRETO, *in* BMJ n.º 377, p. 78). E isto porque a matéria neles descrita era regulamentada nos artigos 35.º e 36.º desse Decreto n.º 22.257. Com efeito, estabelecia o artigo 35.º do referido Decreto n.º 22.257: "Continua proibido: 1.º Efectuar por operações de tesouraria quaisquer despesas próprias dos Ministérios ou das Colónias, mesmo a título provisório; 2.º Conceder adiantamentos ou suprimentos aos Ministérios ou às colónias, a empresas ou a particulares; 3.º Efectuar a saída de dinheiros ou outros valores dos cofres públicos, por operações de tesouraria, para despesas públicas, por transferências ou a qualquer outro título, sem a competente autorização, com excepção das transferências de fundos ordenadas pelo director-geral da Fazenda Pública, dos fundos permanentes dos pagadores de obras públicas concedidos

pelo mesmo director-geral e dos pagamentos dos saques dos navios da armada em serviço em portos coloniais ou estrangeiros, que serão ordenados pelo director de serviços da contabilidade de marinha, em presença dos respectivos avisos e escriturados em conta de letras de marinha. § único. Além da responsabilidade para com o Estado ficam sujeitos às penas de peculato os que procederem em contravenção do disposto neste artigo." Por sua vez, consignava-se no artigo 36.º do mesmo Decreto n.º 22.257: "São civil e criminalmente responsáveis por todos os actos que praticarem, ordenarem, autorizarem ou sancionarem, referentes a liquidação de receitas, cobranças, pagamentos, concessões, contratos ou quaisquer outros assuntos sempre que deles resulte ou possa resultar dano para o Estado: 1. Os Ministros quando não tenham ouvido as estações competentes ou quando esclarecidos por estas em conformidade com as leis, hajam adoptado resolução diferente; 2. Todas as entidades subordinadas à fiscalização do Tribunal de Contas, quando não tenham sido cumpridos os preceitos legais; 3. Os funcionários que nas suas informações para os Ministros não esclareçam os assuntos da sua competência em harmonia com a lei."

4 Quanto aos crimes contra as leis orçamentais votadas pelo Congresso previstos no artigo 13.º da dita Lei n.º 266, sustentava-se que "pretendendo-se o rigor nas contas públicas, o cumprimento escrupuloso da disciplina legal na contracção dos encargos e no pagamento das despesas", o bem jurídico protegido podia traduzir-se "na transparência e legalidade das despesas públicas" (ver Parecer da PGR n.º 85/86, op. cit., p. 80).

5 Também em relação a tais crimes previstos no artigo 13.º da mencionada Lei n.º 266, poder-se-ia admitir que haviam sido revogados pela Constituição de 1933, por esta em vez de se referir aos actos "contra leis orçamentais votadas pelo Congresso" antes considerar como crime de responsabilidade os actos "contra as leis da contabilidade pública", o que aparentemente seria realidade distinta, embora o certo é que estas últimas abrangiam aquelas, o que, portanto, não seria motivo bastante para sustentar aquela revogação, salvo quanto ao n.º 2, do mesmo artigo 13.º, por ter passado a ser regulamentado no artigo 36.º, n.º 1, do referido Decreto n.º 22.257 (assim, Parecer da PGR n.º 85/86, op. cit., p. 79).

6 Isto mostra bem que a discussão sobre se a Lei n.º 266 e crimes nela previstos estavam ou não em vigor após o 25 de Abril de 1974 manteve-se mesmo depois da entrada em vigor do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9 (que também não revogou expressamente aquela lei), o que tornava urgente uma intervenção legislativa nesta área relativa aos crimes de responsabilidade.

7 Foi a pretexto de se ter tornado conhecida a violação das leis orçamentais e de se discutir a vigência da Lei n.º 266 que o PRD tomou a iniciativa de apresentar o Projecto de Lei n.º 384/IV, sobre a responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos (DAR, 2.ª Série, de 11.3.1987, pp. 2155 a 2157), onde no artigo 3.º previa o crime de violação de leis orçamentais que era punido com prisão até 3 anos e multa até 100 dias. Também no Projecto de Lei n.º 377/IV do PS (DAR, 2.ª Série, de 28.2.1987, pp. 2086 a 2093), se previa no artigo 14.º o crime de violação de normas de execução orçamental (punido com prisão até 2 anos), o qual, com algumas alterações (sendo a mais significativa a redução do limite máximo da pena de prisão para 1 ano), corresponde ao actualmente previsto na Lei n.º 34/87.

8 Chegados aqui podemos acompanhar ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, "Crimes de responsabilidade (violação de normas de execução orçamental)", *in* Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano V, n.º 8, 2004, p. 28, quando a propósito das semelhanças do tipo legal previsto na Lei n.º 266 e na que lhe sucedeu, observa que "o crime de violação de normas de execução

orçamental no artigo 14.º da Lei n.º 34/87 é menos detalhado e recortado que nos artigos 12.º e 13.º da Lei n.º 266."

9 Sobre o **bem jurídico** protegido por esta incriminação (artigo 14.º) tanto se adianta (EDUARDO MAIA COSTA, "Responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos", IGAT, Abril, 1999, *apud* ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, op. cit., p. 29) que é "o respeito das leis orçamentais", como se afirma (Parecer da PGR n.º 85/86, op. cit., p. 80) que se traduz "na transparência e legalidade das despesas públicas".

10 A gravidade da falta de rigor na execução orçamental (tendo presente que o orçamento, visto o disposto nos artigos 105.º a 107.º, 227.º, n.º 1, al.ª p) e 237.º, n.º 2, todos da CRP, também tem a natureza de "instrumento da política económica", como realçam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., 2007, p. 1106) relaciona-se precisamente com a circunstância de poder ser colocado em causa o sistema financeiro e fiscal do Estado (artigos 101.º e 103.º da CRP) e, consequentemente, ser afectada a esperada "justiça social" (a "repartição justa dos rendimentos e da riqueza" a que se refere o artigo 103.º, n.º 1, da CRP), o que podia igualmente inviabilizar o cumprimento quer das tarefas fundamentais do Estado (entre elas a da promoção do "bem estar e qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses" – artigo 9.º, al.ª d), da CRP), quer das prioridades no âmbito económico e social (artigo 81.º da CRP).

11 Nessa medida, pela importância dos interesses públicos em jogo, o que justifica (nos termos do artigo 107.º da CRP) a necessidade de fiscalização da execução orçamental (tanto mais que não se podem cobrar receitas nem fazer despesas sem a sua previsão num orçamento, sendo além disso de exigir, por um lado, que o agente a quem é confiada a administração dos "dinheiros públicos" actue de acordo com a lei, de forma regular e válida nas operações que tem a seu cargo, prestando contas e, por outro lado, que haja um controlo externo dessa actividade financeira pública, para se aferir nomeadamente da sua legalidade e regularidade, assim se controlando a forma como são geridos os "dinheiros públicos"), compreende-se que devam ser responsabilizados, ao menos criminal, civil e financeiramente, os titulares de cargos políticos que violarem normas relativas à execução orçamental, concretamente aqueles que, no âmbito da competência política que deriva do cargo que ocupam, estejam encarregados de gerir um orçamento.

12 O que tudo se pode resumir à ideia de que o bem jurídico protegido pela incriminação é ainda o esperado correcto funcionamento dos diferentes serviços públicos, assegurando-se que o titular de cargo político que tem competência para gerir um orçamento e administrar dinheiros públicos actua com fidelidade, rigor e transparência, zelando pelos interesses públicos patrimoniais (desse modo sendo salvaguardado o erário público), assim merecendo a confiança dos cidadãos. Procura-se, pois, assegurar a transparência na gestão pública e evitar o perigo de dissipação do património público, razão pela qual se exige o cumprimento das normas de execução orçamental, que visam assegurar uma boa gestão, de acordo com os interesses públicos.

13 Usando a fórmula de ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, op. cit., p. 30, poder-se-ia dizer que subjacente à incriminação estava "a necessidade de disciplina e rigor na despesa pública, na aplicação dos dinheiros públicos por parte dos titulares de cargos políticos a quem compete o manejo por obrigação legal."

14 Acrescente-se que, a responsabilidade criminal não prejudica a simultânea efectivação de responsabilidade financeira (seja reintegratória, seja sancionatória) da competência do Tribunal de Contas (artigo 214.º, n.º 1, al.ª c), da CRP), tal como resulta do disposto nos artigos 59.º a 69.º da Lei n.º 98/97, de 26.8 (Lei de organização e processo do Tribunal de Contas), alterada pelas Leis n.º 87-B/98, de 31.12, n.º 1/2001, de 4.1,

n.º 55-B/2004, de 30.12, n.º 48/2006, de 29.8 e n.º 35/2007, de 13.8. Isso mesmo decorre, também, do estabelecido nos artigos 70.º e 71.º da Lei n.º 91/2001, de 20.8 (lei de enquadramento orçamental), alterada pelas Leis n.º 2/2002, de 28.8, n.º 23/2003, de 2.7 e n.º 48/2004, de 24.8 (sendo nesta última republicada). Com efeito, dispõe o n.º 1 do citado artigo 70.º (Responsabilidade pela execução orçamental) da Lei n.º 91/2001, que "Os titulares de cargos políticos respondem política, financeira, civil e criminalmente pelos actos e omissões que pratiquem no âmbito do exercício das suas funções de execução orçamental, nos termos da Constituição e demais legislação aplicável, a qual tipifica as infracções criminais e financeiras, bem como as respectivas sanções, conforme sejam ou não cometidas com dolo" e, segundo o artigo 71.º (Responsabilidade financeira) da mesma lei, "Sem prejuízo das formas próprias de efectivação das restantes modalidades de responsabilidade a que se refere o artigo anterior, a responsabilidade financeira é efectivada pelo Tribunal de Contas, nos termos da respectiva legislação." Isto significa que a efectivação da responsabilidade financeira, em qualquer das suas vertentes (reintegratória e sancionatória), pela sua natureza específica, é "independente do apuramento e determinação no âmbito das valorações próprias de outras formas de responsabilidade que possam ser, ou sejam cumuláveis – penal, contra-ordenacional, disciplinar e, eventualmente, civil nas relações externas" – ainda que possam derivar dos mesmos factos" (assim, Pareceres da PGR n.º 14/2000 e n.º 13/2002). Da articulação das indicadas normas decorre a possível coexistência da responsabilidade criminal e financeira, não tendo cabimento sustentar que existe "coincidência textual entre o disposto no artigo 14.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, e o disposto no artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto", para com essa argumentação defender que "o primeiro preceito se encontra tacitamente revogado pelo segundo" (tema tratado no Ac. do TRP de 21.5.2008, proc. N.º 0714648).

15 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político, tendo competência, por dever do cargo, para "dar cumprimento a normas de execução orçamental", praticar as seguintes acções ilegais: a) contrair encargos não permitidos por lei; b) autorizar pagamentos sem o visto do Tribunal de Contas quando seja legalmente exigido; c) autorizar ou promover operações de tesouraria ou alterações orçamentais proibidas por lei; d) utilizar dotações ou fundos secretos, com violação das regras da universalidade e especificação que sejam legalmente previstas.

16 O sujeito activo/agente terá de ser titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º) e, para além disso, por dever do cargo, ter competência para "dar cumprimento a normas de execução orçamental". Para tanto, essa competência tem de estar regulamentada em diploma legal. Poderão responder pelo crime previsto no artigo 14.º da Lei n.º 34/87, por exemplo, os Directores-Gerais que praticarem uma das acções típicas, em obediência a ordens do respectivo Ministro (assim, a propósito de contracção de encargos ou realização de pagamentos, ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, op. cit., p. 31). Claro que, implicando o cumprimento daquela ordem a prática de um crime, cessava o dever de obediência (artigo 271.º, n.º 3, da CRP). O mesmo Autor sustenta que quer o Presidente da República, quer os deputados à Assembleia da República ou ao Parlamento Europeu não podem incorrer na prática desta infracção por não serem "ordenadores de despesa", isto é, por não terem competência legal para "dar cumprimento a normas de execução orçamental".

17 Para as acções descritas no artigo 14.º serem classificadas como ilegais e, como tal, proibidas e censuradas criminalmente, é necessário que extravasem o que é permitido nas respectivas normas jurídicas que regulamentam cada um dos actos em causa e, concomitantemente, que o respectivo autor/titular de cargo político

viole (com dolo directo uma vez que se exige que actue conscientemente) norma de execução orçamental que lhe incumbisse dar cumprimento.

18 Em termos genéricos e simplistas diríamos que a acção de contrair encargos acarreta em princípio a necessidade do seu pagamento e, portanto, faz aumentar a despesa pública, a qual tem que previamente constar do Orçamento, para que esteja prevista a forma de a pagar. A assunção de encargos e a autorização de pagamento da correspondente despesa depende da verificação de determinado condicionalismo legal previsto, entre outros, no artigo 42.º, n.º 6, da Lei n.º 91/2001, de 20.8 (lei de enquadramento orçamental). Para que se mostre preenchida a conduta típica prevista na alínea a) do artigo 14.º (contracção de encargos não permitidos por lei) é necessário que o titular de cargo político (com competência para "dar cumprimento a normas de execução orçamental") tenha contraído encargos "geradores de despesa pública, contra norma legal substantiva da execução orçamental" (assim, ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, op. cit., pp. 34 e 35).

19 Por sua vez, é também proibido ao titular de cargo político (com competência para "dar cumprimento a normas de execução orçamental") autorizar pagamentos sem o visto do Tribunal de Contas nos casos em que o mesmo visto seja legalmente exigido. A finalidade do visto é, por um lado, verificar "se os actos, contratos ou outros instrumentos geradores de despesa ou representativos de responsabilidades financeiras directas ou indirectas estão conforme às leis em vigor" e, por outro lado, verificar "se os respectivos encargos têm cabimento em verba orçamental prévia" (artigo 44.º, n.º 1, da Lei n.º 98/97, acima citada). Nesta Lei de organização e processo do Tribunal de Contas são indicados os actos que estão sujeitos a visto (o que deve ser articulado com as normas pertinentes da Lei do Orçamento) e procedimentos a adoptar. Assim, preenche esta modalidade do crime (artigo 14.º, al.ª b), da Lei n.º 34/87), por exemplo, o agente que autorizar pagamento sabendo que o visto foi recusado pelo Tribunal de Contas ou sabendo que o acto sujeito a visto não foi remetido àquele tribunal para esse efeito (assim, ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, op. cit., p. 35). De qualquer modo é de assinalar que, hoje em dia, face à diminuição dos actos que estão sujeitos a visto do Tribunal de Contas, esta modalidade da acção típica tem a sua área de aplicação restringida, podendo estar "em vias de extinção" (vem isto a propósito da interrogação colocada por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 161, quanto à figura do visto estar "a caminho da extinção").

20 Também é censurada a conduta de autorizar ou promover operações de tesouraria ou alterações orçamentais (artigo 14.º, al.ª c), da Lei n.º 34/87) proibidas por lei. As operações de tesouraria "abrangem os movimentos de fundos, quer em execução do Orçamento do Estado, quer através de operações específicas do Tesouro nas situações e com os limites previstos no capítulo IV" do Decreto-Lei n.º 191/99, de 5 de Junho (com as alterações introduzidas pelas Leis n.º 3-B/2000, de 4.4 e n.º 107-B/2003, de 31.12). Por sua vez, as "alterações orçamentais" (que segundo o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 71/95, de 15.4, se destinam a permitir uma adequada execução orçamental, ocorrendo a despesas inadiáveis, não previsíveis ou insuficientemente dotadas no Orçamento do Estado) estão também regulamentadas na Lei n.º 91/2001, de 20.8 (lei de enquadramento orçamental). Assim, o titular de cargo político (com competência para "dar cumprimento a normas de execução orçamental") que autorizar ou promover operações de tesouraria ou alterações orçamentais violando as respectivas normas legais, comete o crime na modalidade aqui em apreço.

21 É ainda penalmente censurada a conduta de utilizar dotações ou fundos secretos, com violação das regras da universalidade e especificação legalmente previstas

(artigo 14.º, al.ª d), da Lei n.º 34/87). As regras da universalidade e especificação estão previstas no artigo 105.º, n.º 3, da CRP que estabelece: "O Orçamento é unitário e especifica as despesas segundo a respectiva classificação orgânica e funcional, de modo a impedir a existência de dotações e fundos secretos, podendo ainda ser estruturado por programas." O princípio da unidade e universalidade do Orçamento está também previsto no artigo 5.º da Lei n.º 91/2001, de 20.8 (lei de enquadramento orçamental), prevendo-se, igualmente, no seu artigo 8.º, n.º 6, que "São nulos os créditos orçamentais que possibilitem a existência de dotações para utilização confidencial ou para fundos secretos, sem prejuízo dos regimes especiais legalmente previstos de utilização de verbas que excepcionalmente se justifiquem por razões de segurança nacional, autorizados pela Assembleia da República, sob proposta do Governo." Pode integrar o crime previsto no artigo 14.º, al.ª d), da Lei n.º 34/87, como diz ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, op. cit., p. 40, "a existência de «sacos azuis», à margem do orçamento (verdadeiros fundos secretos) utilizáveis muitas vezes no pagamento de despesas extra-orçamentais. Exemplo de dotações para utilização confidencial nos casos excepcionais permitidos por lei, são as constantes do orçamento do Serviço de Informações de Segurança (SIS) – despesas classificadas e especialmente classificadas – sujeitas a um regime apertado de autorização e excepcional de controlo (…)." Portanto, o titular de cargo político (com competência para "dar cumprimento a normas de execução orçamental") que utilizar dotações e fundos secretos em violação do disposto no artigo 8.º, n.º 6, da citada da Lei n.º 91/2001, de 20.8, comete o crime na modalidade aqui em apreço.

22 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo que terá de ser directo (estando afastado o dolo eventual, como decorre da utilização da expressão "conscientemente"). Poderão eventualmente configurar-se situações de erro (ver, a propósito, Ac. do TRC de 3.12.1992, *in* CJ, XVII, 5, 98 a 100, ainda no domínio do Decreto-Lei n.º 146-C/80, de 22.5 – que regulava o visto do Tribunal de Contas – diploma esse que foi revogado pelo artigo 115.º, al.ª g), da Lei n.º 98/97, de 26.8).

23 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse anteriormente, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

24 A **tentativa** da prática do crime de violação de normas de execução orçamental é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

25 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

26 Pode existir uma relação de **concurso** entre o crime previsto neste artigo 14.º e algumas das infracções financeiras sancionatórias previstas no artigo 65.º da Lei n.º 98/97, de 26.8 (Lei de organização e processo do Tribunal de Contas) que são punidas com multa. Apesar de poderem ser cumuláveis os dois tipos (criminal e financeira) de responsabilidade, tudo dependerá de haver ou não "identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes" (embora a propósito do RJIFNA, ver Ac. do TC n.º 244/99, *in* BMJ n.º 486, 89; cf. também o parecer da PGR n.º 14/2000). Concretamente sobre factos que sejam susceptíveis

de integrar simultaneamente o crime previsto no artigo 14.º, al.ª a) e al.ª c), da Lei n.º 34/87 e as infracções financeiras previstas no artigo 65.º, n.º 1, al.ª b) e al.ª g), da Lei n.º 98/97, ver ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, op. cit., p. 43, inclinando-se no sentido de que "ambos os normativos tutelam idênticos bens jurídicos", havendo que salvaguardar, quando se desencadearem "problemas de concurso", "o princípio constitucional de *ne bis in idem* e de litispendência ou caso julgado". Por outro lado, dependendo dos factos apurados, poderá existir concurso aparente entre o crime previsto neste artigo 14.º e o crime de peculato uso previsto no artigo 21.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87 (relativo a dinheiros públicos), devendo o agente ser punido por esta última incriminação por ser mais abrangente e consumir aquele. O mesmo sucederá em caso de concurso com o crime de peculato de uso previsto no artigo 376.º, n.º 2, do Código Penal, caso o titular de cargo político assuma simultaneamente a veste de funcionário (cf. também artigo 28.º do Código Penal). Questões de concurso também se podem levantar (sempre dependendo dos factos que se apurarem) entre o crime aqui previsto no artigo 14.º e os crimes de peculato, de participação económica em negócio e de abuso de poderes previstos respectivamente nos artigos 20.º, 23.º e 26.º da Lei n.º 34/87. O mesmo pode suceder em relação aos crimes de prevaricação (artigo 11.º) e de denegação de justiça (artigo 12.º) previstos igualmente na Lei n.º 34/87.

27 A moldura legal da **pena** prevista no artigo 14.º é de prisão de 1 mês até 1 ano. É uma moldura inferior à prevista nos acima referidos Projectos de lei n.º 384/IV do PRD (cujo crime previsto no artigo 3.º era punido com prisão até 3 anos e multa até 100 dias) e n.º 377/IV do PS (cujo crime previsto no artigo 14.º era punido com prisão até 2 anos). Não se percebe, até por comparação com a moldura prevista para o crime de peculato de uso (artigo 21.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87 punido com prisão até 18 meses ou multa de 20 a 50 dias), a razão que levou o legislador a diminuir a moldura legal, inicialmente prevista nos referidos projectos de lei, para o crime de violação de normas de execução orçamental.

28 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

29 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 15.º

Suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias

O titular de cargo político que, com flagrante desvio das suas funções ou com grave violação dos inerentes deveres, suspender o exercício de direitos, liberdades e garantias não susceptíveis de suspensão, ou sem recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência, ou impedir ou restringir aquele exercício, com violação grave das regras de execução do estado declarado, será condenado a prisão de dois a oito anos, se ao facto não corresponder pena mais grave por força de outra disposição legal.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 12)
O bem jurídico (anotações 13 a 16)
O tipo objectivo (anotações 17 a 28)
O tipo subjectivo (anotação 29)

As causas de justificação e de desculpação (anotação 30)
A tentativa (anotação 31)
A comparticipação (anotação 32)
O concurso (anotação 33)
A pena (anotações 34 a 36)

A **fonte** desta disposição é o artigo 8.º (crimes contra a Constituição e contra o regime republicano democrático), n.º 3, 2.ª parte, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, que punia a "suspensão das garantias individuais estando reunido o Congresso" com pena de prisão maior celular por 6 anos, seguida de dez de degredo, ou, em alternativa, a pena fixa de vinte anos de degredo. Nos termos do artigo 26.º, n.º 16, da Constituição Política da República Portuguesa de 21.8.1911, das atribuições do Congresso fazia parte "declarar em estado de sítio, com suspensão total ou parcial das garantias constitucionais, um ou mais pontos do território nacional, no caso de agressão iminente ou efectiva por forças estrangeiras ou no de perturbação interna." **1**

Com a epígrafe de "suspensão do exercício de direitos", estabelece o artigo 19.º, n.º 1, da CRP (já desde a revisão da LC n.º 1/82, de 30.9, vigente à data da publicação da Lei n.º 34/87): "Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição." Ou seja, a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias só ocorre excepcionalmente, desde que declarados, na forma prevista na Constituição, o estado de sítio ou o estado de emergência. **2**

Exige-se uma adequada utilização e execução dos regimes de excepção previstos no artigo 19.º da CRP (após revisão da LC n.º 1/82, de 30.9) e na Lei n.º 44/86, de 30.9 (regime do estado de sítio e do estado de emergência), a qual no seu artigo 7.º (crimes de responsabilidade) estabelece que "a violação do disposto na declaração do estado de sítio ou do estado de emergência ou na presente lei, nomeadamente quanto à execução daquela, faz incorrer os respectivos autores em crime de responsabilidade." **3**

Articulando a responsabilidade criminal prevista no artigo 7.º da Lei n.º 44/86, de 30.9 com a incriminação ora em análise (artigo 15.º), chega-se à conclusão que, em matéria de regimes de excepção, o legislador quis prevenir indevidas utilizações ou mesmo abusos, particularmente dos titulares de cargos políticos (nomeadamente de quem tem competência para declarar qualquer daqueles estados de excepção ou de quem tem competência para os executar) e procurou igualmente evitar o perigo e risco de se instalarem regimes opressivos, ditatoriais. **4**

Como "actos políticos" que são, as declarações de estado de sítio ou de estado de emergência, apesar das suas diferenças, podem representar ainda "mecanismos de autodefesa do Estado" (assim, CARLOS ROBERTO PELLEGRINO, "Emergências Constitucionais", *in* BMJ n.º 361, 13). É o que sucede quando "se verifiquem ou estejam iminentes actos de força ou insurreição que ponham em causa a soberania, a independência, a integridade territorial ou a ordem constitucional democrática e não possam ser eliminados pelos meios normais previstos na Constituição e na lei" (artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 44/86). Trata-se de situações que, consoante a sua gravidade, tanto podem dar origem (se forem de menor gravidade) à declaração do estado de emergência (artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 44/86, não obstante este estado também ser declarado, "nomeadamente, quando se verifiquem ou ameacem verificar-se casos de calamidade pública"), como à declaração do estado de sítio (situações de maior gravidade e intensidade que já não podem ser "neutralizadas", nem com o recurso aos meios normais previstos na Constituição e na lei, nem com **5**

a declaração do estado de emergência). É a "sobrevivência do Estado de direito", da própria soberania, que tem de ser assegurada, impondo-se nesses casos repor rápida e adequadamente, ainda que com recurso a essas situações de excepção, a ordem constitucional democrática, que foi perturbada (ver artigo 19.º, n.º 2, da CRP e, bem assim, a discussão conjunta na generalidade da proposta de lei n.º 28/IV, do governo, e dos projectos de lei n.º 58/IV, do PS, e n.º 124/IV, do PRD, relativos ao Regime do Estado de Sítio e do Estado de Emergência, *in* DAR, 1ª Série, de 5.6.1986, pp. 2899 a 2942).

6 O estado de sítio ou o estado de emergência, apesar de serem "situações de excepção", são "constitucionalmente conformados quando, na própria lei fundamental se fixam os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas" (assim, J. J. GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1099). A sua declaração depende, desde logo, de uma série de pressupostos para evitar excessos e abusos e, ainda, de uma "participação conjunta" do Presidente da República (artigo 134.º, n.º 1, al.ª d), da CRP), da Assembleia da República (artigos 161.º, al.ª l) e 179.º, n.º 3, al.ª f), da CRP) e do Governo (artigos 138.º, n.º 1, 140.º, n.º 1 e 197.º, n.º 1, al.ª f), da CRP), o que aguça o sentido de co-responsabilidade destes órgãos de soberania, todos contribuindo para a tomada da decisão, garantindo uma maior ponderação e melhor controlo dessas situações graves de crise, sem converter aquelas medidas de excepção em meios de subversão da ordem constitucional estabelecida (ver CRISTINA QUEIROZ, Direito Constitucional, As Instituições do Estado Democrático e Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 349 e 350).

7 Por isso também se afirma que "como providências excepcionais impostas por situações de necessidade têm de ser apercebidas como providências de defesa da Constituição. São instrumentos de garantia, não de ruptura. Não valem por si, valem enquanto dirigidas ao retorno, tão cedo quanto possível e com o menor custo possível, à normalidade constitucional" (assim, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 166).

8 Mesmo que sejam declarados os estados de sítio ou de emergência há um núcleo de direitos fundamentais (direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião – elencados no artigo 19.º, n.º 4 da CRP, de acordo com a revisão da LC n.º 1/82, de 20.9, que hoje estão previstos no n.º 6 da mesma norma) que são "intangíveis" ou "invioláveis" e, como tal, nunca podem ser afectados. A escolha desses direitos, por certo, terá assentado na circunstância de, em princípio, não terem idoneidade suficiente para perturbar "os objectivos do estado de excepção" (ver, a este propósito, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., 2007, p. 402).

9 Por isso, sendo declarado qualquer dos estados de excepção, que são sempre temporários, apenas se admite a "suspensão colectiva de alguns direitos, liberdades e garantias" (afectando essa suspensão ou restrição menos direitos, liberdades e garantias quando é declarado o estado de emergência – ver artigo 19.º, n.º 3, da CRP) – sempre respeitando o princípio da proporcionalidade e respectivos "subprincípios em que se desdobra" (o que exige a articulação com o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da CRP) – e não a sua "suspensão individual em relação a pessoas determinadas" (J. J. GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1103).

10 A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência contém, "clara e expressamente", entre outros elementos (artigo 14.º, n.º 1, al.ª d), da Lei n.º 44/86), a "especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso

ou restringido". Os "direitos cujo exercício pode resultar suspenso (…) dizem respeito aos direitos de participação política, designadamente, os direitos de reunião e manifestação e o direito de circulação, deixando na sua larga maioria intacto o exercício dos direitos civis inerentes à cidadania" (CRISTINA QUEIROZ, op. cit., p. 350).

11 Quer a "suspensão", quer a "restrição" (de âmbito diferente), afectam o exercício de direitos liberdades e garantias, entendidos estes de forma abstracta, colectiva, ainda que qualquer dos estados de excepção seja circunscrito a uma parte do território (sobre a distinção entre "suspensão" e "restrição" de direitos, liberdades e garantias, ver a perspectiva de JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, Direitos Fundamentais, Introdução Geral, Estoril, Princípia Editora, 2007, pp. 132 a 136; por sua vez, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 339, nota 7, duvida "que se trate de uma verdadeira «suspensão» dos direitos", uma vez que "tanto a declaração como a execução dos estados de necessidade devem limitar-se ao estritamente necessário para o restabelecimento da normalidade", concluindo que "os direitos não ficam propriamente suspensos, mas antes «enfraquecidos»", defendendo que a suspensão total sempre seria "desproporcional e, por isso, contrária à Constituição").

12 Portanto, no crime previsto no artigo 15.º (com a epígrafe de "suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias") não está em causa a suspensão da Constituição ou a suspensão de órgãos de soberania, por exemplo, mas antes a suspensão ou a restrição ilícitas do exercício de direitos, liberdades e garantias, o que também pode suceder quando seja inconstitucional a declaração do estado de excepção (como dizem J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, op. cit., 2007, p. 404, essa declaração "será inconstitucional se se verificar qualquer das seguintes circunstâncias: (a) nada justificar o estado de excepção; (b) não ser declarado pelo órgão competente e pela forma e processo constitucionalmente estabelecidos; (c) não especificação dos direitos, liberdades e garantias suspensos; (d) suspensão do exercício de direitos não susceptíveis de suspensão ou estabelecimento de limites manifestamente excessivos.")

13 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 15.º) é, por um lado, a garantia daquele núcleo de direitos absolutamente intangíveis em qualquer situação e, por outro lado, a salvaguarda do exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, mesmo em situações de excepção (mesmo "em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição"), sabido que só nestes casos, é que poderão ser suspensos ou restringidos, temporária e abstractamente, os direitos, liberdades e garantias (suspensão ou restrição total ou parcial, no caso de ser declarado o estado de sítio ou apenas parcial sendo declarado o estado de emergência, tudo conforme o estatuído respectivamente nos artigos 8.º, n.º 2 e 9.º, n.º 2 da Lei n.º 44/86, de 30.9 e de acordo com o estabelecido nos artigos 19.º e 18.º da CRP, portanto, sempre tendo em atenção o princípio da proporcionalidade e aquele núcleo de direitos intangíveis).

14 Estando imediatamente em causa a protecção do exercício desses direitos, liberdades e garantias, mesmo em situações de excepção, mediatamente tutela-se a própria ordem constitucional democrática. Nesta perspectiva, diríamos que, em relação ao bem jurídico mais amplo que consiste no asseguramento da ordem constitucional (protegido no tipo legal previsto no artigo 8.º), foram destacados e particularizados, assumindo a categoria de novos bens jurídicos autónomos, quer o da tutela da concreta ordem estadual constitucionalmente estabelecida (protegido directamente na incriminação prevista no artigo 9.º), quer o da salvaguarda dos direitos,

liberdades e garantias, mesmo em situações de excepção (protegido directamente na incriminação prevista no artigo 15.º).

15 Ao salvaguardar quer aquele núcleo relativo ao exercício de direitos absolutamente intangíveis, quer o exercício dos demais direitos, liberdade e garantias, mesmo quando são temporariamente suspensos ou restringidos em situações de estado de sítio ou de emergência, está igualmente a proteger-se o cidadão de abusos e excessos decorrentes da não utilização ou de uma má utilização ou execução daqueles meios de excepção (mesmo que a declaração do estado de excepção seja inconstitucional ou ainda que seja ilicitamente executada).

16 Precisamente porque é pressuposto de qualquer Estado de direito constitucionalmente estabelecido a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, é que a sua suspensão ou restrição ilícitas por titular de cargo político são penalmente censuradas quando o mesmo actuar: "(1) com flagrante desvio das suas funções ou com grave violação dos inerentes deveres; (2) sem recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência ou com violação das regras de execução do estado declarado" (J. J. GOMES CANOTILHO, op. cit., 2003, p. 1109).

17 O **tipo objectivo** abarca desde logo três situações diferentes: a primeira relaciona-se com a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias sem recurso aos estados de excepção, a segunda relaciona-se com o recurso ilegítimo à decisão de declaração de estado de sítio ou de emergência (por isso se percebendo que, nessas duas situações, o legislador aí se refira ao acto de "suspender o exercício de direitos, liberdades e garantias não susceptíveis de suspensão, ou sem recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência") e, a terceira, já tem a ver com a fase da execução da declaração de estado de sítio ou de emergência (por isso se compreendendo que o legislador aqui se refira ao acto de "impedir ou restringir aquele exercício" de direitos liberdades e garantias).

18 Quanto ao objecto da acção é um crime de resultado ou material, na medida em que a consumação exige a produção do resultado que consiste, por um lado, em o titular de cargo político (através de determinados meios de execução) "suspender o exercício de direitos, liberdades e garantias ("não susceptíveis de suspensão, ou sem recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência") e, por outro lado, havendo recurso legítimo aos estados de excepção, em o titular de cargo político (através de determinado meio de execução) "impedir ou restringir aquele exercício". Relativamente ao bem jurídico é um crime de dano por exigir a lesão do bem jurídico protegido.

19 Assim, o titular de cargo político é punido quando, actuando com flagrante desvio das suas funções ou com grave violação dos inerentes deveres, suspende ilicitamente o exercício de direitos liberdades e garantias, não sendo os mesmos susceptíveis de suspensão ou sem que tivesse havido recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência e quando, declarado o estado de sítio ou de emergência na forma prevista na Constituição, actua com violação grave das regras de execução do estado declarado, impedindo ou restringindo ilicitamente o exercício de direitos liberdades e garantias.

20 Como já foi dito, os únicos casos de suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição e na lei são precisamente aqueles em que o estado de sítio ou o estado de emergência, são declarados na forma prevista na Constituição. Fora dessas situações de excepção, não se pode suspender (abstracta e colectivamente) o exercício de direitos, liberdades e garantias. Assim, a *ratio* da incriminação, para além de abranger aqueles dois momentos, que se prendem com a declaração e a execução dos referidos estados de excepção, abrange na sua

área de tutela típica a suspensão do exercício de direitos, liberdades e garantias fora dos estados de excepção.

21 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, nos termos já acima indicados (ver anotação ao artigo 7.º). Poder-se-ia dizer que o agente "alvo" deste tipo legal de crime será o titular de cargo político que tenha competência para participar na declaração dos estados de sítio ou de emergência ou que tenha competência para lhe dar execução. No entanto, é igualmente abrangido o titular de cargo político que, sem recurso aos meios de excepção, suspende o exercício de direitos, liberdades e garantias que, necessariamente, não são susceptíveis de suspensão.

22 Os meios de execução, de que depende a realização do tipo, nas duas primeiras situações apontadas, são o "flagrante desvio das suas funções" e a "grave violação dos inerentes deveres ao exercício de funções", enquanto na terceira situação (que pressupõe que o estado de sítio ou o estado de emergência tenham sido declarados na forma prevista na Constituição) é a "violação grave das regras de execução do estado declarado".

23 Como já acima referimos, actuação com "flagrante desvio" das suas funções supõe que o titular de cargo político se afaste de forma evidente, manifesta, das funções que lhe incumbem, decorrentes do cargo político que assumiu; a "grave violação dos inerentes deveres" ao exercício de funções exige que a actuação do titular de cargo político ofenda de forma grave, isto é de forma relevante, intensa (gravidade que dependerá dos critérios utilizados para definir os diferentes graus de violação), aqueles deveres de que está investido por causa do cargo que ocupa; finalmente, a "violação grave das regras de execução do estado declarado" significa que foram infringidas de forma relevante, intensa, as regras de execução do estado de sítio ou do estado de emergência declarados.

24 A acção de "suspender o exercício de direitos, liberdades e garantias" é ilícita, quando os mesmos não sejam susceptíveis de suspensão (como sucede, por exemplo, quando na declaração de estado de sítio ou de emergência é afectado qualquer dos direitos "intangíveis" ou "invioláveis" indicados no artigo 19.º, n.º 6, da CRP) ou quando a suspensão daquele exercício ocorreu sem que tivesse havido recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência (o que pressupõe o seguinte: ou não há declaração de estado de sítio ou de emergência ou houve um recurso ilegítimo aos mesmos porque não foram observados os respectivos pressupostos e procedimentos, de acordo com o estabelecido na Constituição e na Lei n.º 44/86).

25 A acção de "impedir ou restringir aquele exercício" pressupõe que previamente houve uma válida declaração de estado de sítio ou de emergência, onde foram especificados quais os direitos, liberdades e garantias que foram suspensos. Só havendo essa suspensão prévia, com recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência, é que então se pode falar em "impedir ou restringir aquele exercício".

26 "Impedir" significa impossibilitar o exercício de direitos, liberdades e garantias que, de outra forma, podiam ser exercidos e, "restringir", quer dizer limitar ou reduzir de algum modo aquele exercício de direitos, liberdades e garantias. Em qualquer destas duas situações (impedir ou restringir) o titular de cargo político excede o que fora decidido, que consta de uma declaração de estado de sítio ou de emergência válida, correspondendo a sua acção a uma afectação ilegítima do exercício de direitos, liberdades e garantias.

27 Acções de suspender, impedir ou restringir o exercício de direitos, liberdades e garantias de forma colectiva e abstracta, não podendo ser confundidas com aquelas que são dirigidas a uma pessoa concreta (neste último caso, sendo tais actos praticados em relação a pessoas determinadas, afectando-as individualmente, então

o agente incorrerá na prática de crimes que protegem bens jurídicos individuais, como sucede, por exemplo, com o crime de sequestro).

28 De qualquer modo, não basta que o titular de cargo político, se limite a praticar uma dessas acções proibidas, isto é, o tipo não se realiza só por o agente suspender o exercício de direitos liberdades e garantias (quando não sejam susceptíveis de suspensão ou sem que tivesse havido recurso legítimo aos estados de sítio ou de emergência) ou por impedir ou restringir aquele exercício; é necessário, ainda, no primeiro caso que actue com flagrante desvio das suas funções ou com grave violação dos inerentes deveres e, no segundo caso, que actue com violação grave das regras de execução do estado declarado. Ou seja, sem a verificação desses meios de execução (*v.g.* em caso de não ser grave a violação dos inerentes deveres) o agente não pode ser punido por este tipo legal de crime (artigo 15.º).

29 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente, dolo genérico. Basta que o agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de, através de um dos meios de execução, praticar a conduta descrita no tipo. Admite qualquer das modalidades do dolo (artigo 14.º do Código Penal). Poderão eventualmente configurar-se situações de erro, mais a nível da execução do estado declarado.

30 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse antes, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, quer considerando a natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa, quer a própria qualidade (titular de cargo político) do agente, quer pela circunstância de, em caso de haver válida declaração de estado de excepção, a mesma terá de conter "clara e expressamente" todos os elementos referidos no artigo 14.º da Lei n.º 44/86, o que significa que não poderá gerar equívocos quanto aos específicos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso ou restringido.

31 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

32 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

33 Poderá na mesma acção haver uma relação de **concurso** aparente entre este crime de suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias (artigo 15.º) e o crime de Atentado contra o Estado de direito (artigo 9.º) ou o crime de atentado contra a Constituição da República (artigo 8.º), devendo então o agente ser punido pelo crime cuja pena for mais grave, tal como dispõe a parte final ("se ao facto não corresponder pena mais grave por força de outra disposição legal") do artigo 15.º. O mesmo sucederá (por força da subsidiariedade expressa contida na parte final do artigo 15.º) se o concurso for entre este último crime (artigo 15.º) e o de atentado contra o Estado de direito cometido por meio de violência ou ameaça de violência ou por meio de violência armada previstos respectivamente no artigo 325.º, n.^{os} 1 e 2, do Código Penal. Por sua vez, no caso do crime previsto no artigo 15.º, ser cometido "com grave violação dos inerentes deveres" ao exercício de funções do agente/titular de cargo político, poderá ficar consumido, em caso de concurso, um eventual crime de abuso de poderes (artigo 26.º), tudo dependendo, claro está, dos factos adicionais que se provarem. Já em relação ao crime de organizações terroristas, previsto no artigo 2.º da Lei n.º 53/2003, de 22.8, poderá haver uma situação de concurso efectivo. Também, se for utilizada violência ou ameaça

contra pessoas (por exemplo para concretizar a acção de suspender ilicitamente o exercício de direitos, liberdades e garantias) pode existir concurso efectivo entre o crime previsto no artigo 15.º e crimes contra as pessoas (o bem jurídico individual protegido nos crimes contra as pessoas não será abarcado pelo bem jurídico supra-individual protegido no crime previsto no artigo 15.º). Diferente é a situação de haver necessidade de utilizar a força ou violência adequadas (estritamente necessárias) para executar estado de excepção declarado pela forma prevista na Constituição e na lei e, portanto, válido.

34 A **pena**, isto é, a moldura legal prevista no artigo 15.º aqui em apreço é de prisão de 2 a 8 anos, se ao facto não corresponder pena mais grave por força de outra disposição legal. Dir-se-á que esta moldura subsidiária é adequada à gravidade da conduta em causa, se olharmos aos parâmetros do legislador, por exemplo, comparando com a moldura prevista para o crime de Atentado contra o Estado de direito (artigo 9.º), no caso de se concretizar o resultado aí previsto (destruição, alteração ou subversão do Estado de direito constitucionalmente estabelecido).

35 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). De qualquer modo, importa lembrar que, por exemplo, não será tanto pelo facto da responsabilidade funcional do governador civil (que poderá cometer, no exercício das suas funções, este crime previsto no artigo 15.º, *v.g.* no âmbito da violação das regras de execução do estado declarado, desde logo tendo presente os poderes que lhe advêm das funções que exerce, visto o disposto no artigo 20.º, n.º 4, da Lei n.º 44/86) ser inferior à de um Ministro do governo, que merecerá uma atenuação especial, antes tudo dependerá da gravidade da conduta cometida, devendo ser ponderada, a nível da determinação da medida concreta da pena, a sua menor responsabilidade em relação à do Ministro.

36 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 16.º
Recebimento indevido de vantagem

1. O titular de cargo político ou de alto cargo público que, que no exercício das suas funções ou por causa delas, 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, que não lhe seja devida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2. Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

3. Excluem-se dos números anteriores as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes.

(Com as alterações da Lei n.º 41/2010, de 3.9)

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 8)

O bem jurídico (anotações 9 e 10)
O tipo objectivo (anotações 11 a 35)
O tipo subjectivo (anotação 36)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 37)
A tentativa (anotação 38)
A comparticipação (anotação 39)
O concurso (anotação 40)
A pena (anotações 41 a 49)

1 A **fonte** mais recente desta disposição é o artigo 16.º da Projecto de Lei n.º 222/XI, apresentado pelo grupo parlamentar do Partido Socialista, em 14/4/2010, publicado no DAR, II Série A, de 21.4.2010, com a seguinte redacção: 1 – O titular de cargo político que, no exercício das suas funções, por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa; é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. 2 – Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der a titular de cargo político, ou a terceiro por indicação ou conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não seja devida, é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias. 3 – A pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis.

2 Invocando a necessidade de "aperfeiçoamento da legislação relativa à corrupção praticada por titulares de cargos políticos", refere-se na exposição de motivos desse Projecto de Lei que, é afastada "de forma inequívoca, a exigência de verificação de um nexo causal entre a vantagem e o acto ou omissão do titular de cargo político, antecedente ou subsequente; dito de outro modo, esclarece-se que a censura ético-social recai sobre a solicitação ou aceitação de vantagem não devida, relevando aqui a perigosidade inerente à criação de condições que possam conduzir ao cometimento do favor, lícito ou ilícito. Deste modo, a vantagem não necessita de estar referida a uma determinada actuação funcional, mas apenas ao exercício de funções em geral." De seguida, acrescenta-se que, do âmbito da norma, ficam excluídas as "ofertas socialmente adequadas à luz da experiência comum, no respeito pelos usos e costumes inerentes à vida social" (deixando à doutrina e à jurisprudência a tarefa de densificar, nesta matéria, o que pode ser considerado como socialmente adequado). Invoca-se, ainda, como forma de melhor combater a corrupção, particularmente, a designada "corrupção negra", a necessidade de ampliar o tipo legal (através do abandono da distinção entre corrupção antecedente e subsequente) e de agravar as molduras penais (não só considerando o valor das vantagens recebidas, como também em função da qualidade dos agentes, nomeadamente quando praticam o acto em representação de pessoa colectiva).

3 Comparando a redacção proposta para o artigo 16.º nesse Projecto de Lei n.º 222/XI, com as que constavam dos Projectos de Lei n.º 44/XI, apresentada pelo BE, n.º 89/XI, apresentado pelo PSD e n.º 111/XI, apresentada pelo CDS-PP (que podem ser consultadas no relatório e parecer de 21.4.2010, publicado no DAR, II Série A, de 24.4.2010), verifica-se que, nestes três últimos Projectos, a solicitação ou aceitação (mesmo da sua promessa) da vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida sempre estava dependente da prática pelo titular de cargo político de qualquer acto ou omissão inerente aos deveres do cargo (ou até por este facilitado). Ou seja, nestes três últimos Projectos de Lei havia que estabelecer (como era tradição anterior) uma relação de causalidade entre o acto de suborno do corruptor e a acção ou omissão

do corrompido (exigia-se a tal combinação, de que fala A. M. ALMEIDA COSTA, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 671, "entre duas «prestações» recíprocas", sendo uma a do corruptor e a outra a do corrompido). Acrescente-se, ainda, que em qualquer dos quatro Projectos de Lei não havia referência à possibilidade do titular de alto cargo público poder ser agente dos crimes de corrupção previstos na Lei n.º 34/87, cuja nova redacção era proposta pelos referidos grupos parlamentares.

4 Na sequência de audições levadas a efeito pela Comissão Eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate, foram ouvidas diferentes entidades (ver relatório e parecer de 21.4.2010, publicado no DAR, II Série A, de 24.4.2010), as quais, em geral, concordaram com a necessidade de rever a legislação nesta área, havendo posições divergentes quanto à questão de saber se deveria ser abolida a distinção entre corrupção para acto lícito e corrupção para acto ilícito (notando-se, por vezes, alguma confusão, quanto ao sentido dessa distinção) e um consenso geral quanto à necessidade de estabelecer distinções nas molduras legais consoante a gravidade das condutas em causa (embora, reclamando alguns punições exemplares, que fossem suficientemente dissuasoras). Também foi discutida a necessidade de um estatuto do arrependido suficientemente ágil, eventualmente a funcionar ainda em sede de investigação (mas, com garantias de que em julgamento o arrependido não alterava a sua versão, o que poderia ser conseguido, designadamente, com a tomada de declarações para memória futura), que levasse a que houvesse maior êxito e eficácia no combate deste tipo de criminalidade.

5 Na discussão na generalidade, ocorrida em 22.4.2010 (DAR, I Série, de 23.4.2010), destacam-se as intervenções do PSD, quando recordou que o combate à corrupção, exige que se dê prioridade à sua prevenção e também que haja "meios adequados para levar a cabo uma investigação criminal exigente, rigorosa e célere" (deputados Hugo Veloso e Fernando Negrão) e a do CDS-PP, quando criticou a má técnica legislativa "assente em conceitos vagos e indeterminados (…) ou mesmo na criação de figuras legais, em aparente sobreposição com figuras já existentes" (deputado Filipe Lobo d'Ávila).

6 Problema que se coloca é saber, até que ponto, a disposição legal aqui em questão (que integra um novo tipo legal de crime, sujeito ao regime previsto nos artigos 1.º e 2.º, n.º 1, do Código Penal), quando prescinde do nexo de causalidade entre o dito "recebimento" de vantagem indevida e a prestação do titular de cargo político ou alto cargo público, não acaba por ser uma forma inadequada (desde logo por esquecer a natureza de *ultima ratio* do direito penal) de vencer as dificuldades que existem na investigação da corrupção. De resto, não é por se afirmar que são excluídos comportamentos socialmente adequados, que deixa de existir o perigo de as investigações (que se querem céleres e eficazes) acabarem por, em termos de recolha de provas, ficarem aquém do que seria de esperar quando se quer combater este tipo de criminalidade.

7 Entretanto, discutido e votado o referido Projecto de Lei n.º 222/XI, em 22.4.2010, baixou à comissão de especialidade, juntamente com outros Projectos de Lei, sendo votado na especialidade em 30.6, em 1 e em 2.7.2010. Na sequência dessa discussão e votação, foram introduzidas algumas alterações a este novo tipo legal proposto pelo grupo parlamentar do PS, sendo as mais significativas as seguintes: i) no artigo 16.º, n.º 1, foi incluído, como sujeito activo, o titular de alto cargo público (definido no artigo 3.º-A) e eliminada a referência "ou a sua promessa"; ii) no artigo 16.º, n.º 2, a dádiva ou promessa de vantagem indevida também pode ser dirigida ao titular de alto cargo público (definido no artigo 3.º-A); iii) no artigo 16.º, n.º 3,

contempla-se expressamente a exclusão da tipicidade no caso de as condutas serem socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes (eliminando-se o anterior texto que foi em parte transferido para o artigo 19.º-A, n.º 2, al.ª a)).

8 O texto final (DAR, II Série A, de 23.7.2010) foi objecto de votação, em 22.7.2010, sendo aprovado por unanimidade (DAR, I Série, de 23.7.2010), dando origem à alteração introduzida pela Lei n.º 41/2010, de 3-9, assim sendo criado este novo tipo legal.

9 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 16.º) é, de acordo com o Projecto de Lei n.º 222/XI (apesar das posteriores alterações que sofreu), a autonomia intencional do Estado, considerando que "para a sua lesão basta a oferta ou a aceitação de vantagem, ou a sua promessa".

10 Protege-se o exercício de funções, de acordo com o interesse público da comunidade, exigindo-se que o titular de cargo político ou de alto cargo público tenha um desempenho funcional com observância da legalidade e uma actuação orientada pela objectividade, imparcialidade e transparência. Por isso, nesta incriminação, o legislador prescindiu da exigência de qualquer nexo entre a vantagem indevida e o acto ou omissão a praticar pelo titular de cargo político ou alto cargo público. A criminalização do "recebimento indevido de vantagem" é uma antecipação da tutela penal, visando prevenir a colocação em perigo do bem jurídico protegido e, assim, melhor proteger a actividade funcional dos organismos públicos de ataques internos ou externos que subvertam a sua finalidade. Dir-se-ia que se está perante um momento prévio, anterior à corrupção, que já merece censura penal por poder vir a suceder-lhe a prática de conduta integradora de crime de corrupção. De qualquer modo, protege-se (embora de forma mais recuada) o mesmo bem jurídico que é tutelado nos crimes de corrupção passiva e activa.

11 O **tipo objectivo** previsto do artigo 16.º, n.º 1, consiste em o titular de cargo político ou de alto cargo público, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si, ou por interposta pessoa (neste último caso com o seu consentimento ou ratificação), solicitar ou aceitar (para si ou para terceiro), vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida e, o previsto no n.º 2 do mesmo preceito, ocorre quando alguém, por si ou por interposta pessoa (com o seu consentimento ou ratificação), der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público (ou a terceiro por indicação ou conhecimento deste titular), vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, no exercício das suas funções ou por causa delas.

12 Apesar do tipo legal não depender da produção do resultado, a acção típica terá de ser adequada ou apta a colocar em perigo o bem jurídico tutelado (é um crime de perigo abstracto-concreto), o que significa que dependerá da produção de prova nesse sentido, tanto mais que, segundo o n.º 3 do artigo 16.º, estão excluídas as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes (ver, todavia, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 68 e 793). Quanto ao objecto da acção, tratar-se-á de crime de mera actividade, uma vez que o crime se consuma independentemente de se produzir qualquer resultado (o preenchimento do tipo não depende da prática de qualquer contraprestação por parte do titular de cargo político ou alto cargo público). De qualquer modo, também aqui se pode defender, quer a tese de A. M. ALMEIDA COSTA, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 662 (embora em relação ao tipo previsto no artigo 372.º do Código Penal, no domínio da redacção anterior à Lei n.º 108/2001, de 28.11), quando sustenta que antes se trata de crime de resultado, por a consumação ter de «coincidir com o momento em que a "solicitação" ou a "aceitação" do suborno" chega ao conhecimento do destinatário

(portanto, considerando esse momento como fazendo parte do "resultado"), quer a tese de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 67 e 880, quando defende que se trata de crime de mera actividade na medida em que a consumação ocorre "apenas pela mera execução de um comportamento humano" (no fundo sustenta que não se pode partir de um «conceito de "resultado" que inclui estados que não implicam uma modificação do mundo exterior»).

13 Sujeito activo/agente no tipo previsto no artigo 16.º, n.º 1, tanto pode ser o titular de cargo político (nacional ou equiparado) que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2 (ver anotação ao artigo 7.º), como o titular de alto cargo público que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º-A. Nesta modalidade prevista no artigo 16.º, n.º 1, trata-se de crime específico.

14 Particularmente no que se refere aos titulares de altos cargos públicos (artigo 3.º-A), sobre os quais já fizemos algumas referências em anotação ao artigo 7.º, importa destacar, que neles se enquadram, para efeitos da Lei n.º 34/87, os seguintes: a) gestores públicos; b) titulares de órgãos de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este; c) membros de órgãos executivos das empresas que integram o sector empresarial local; d) membros dos órgãos directivos dos institutos públicos; e) membros das entidades públicas independentes previstas na Constituição ou na lei; f) – titulares de cargos de direcção superior do 1.º grau e equiparados.

15 A escolha do legislador para definir os titulares de altos cargos públicos foi feita tendo em atenção as funções e cargos que definiu nas várias alíneas do artigo 3.º-A, os quais coincidem com os indicados no artigo 4.º, n.º 3, da Lei n.º 4/83 (sobre o controlo público dos rendimentos e património dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos), de acordo com a alteração introduzida pela Lei n.º 38/2010, de 2.9. O desempenho desses cargos exige qualidades acrescidas dada a importância dos organismos ou entidades em causa no próprio desenvolvimento e consolidação do Estado de direito democrático. Por isso, compreende-se o agravamento da censura penal em função da qualidade do agente. Discutível é que quanto (e apenas) aos crimes de recebimento indevido de vantagem, corrupção passiva e corrupção activa, os titulares de altos cargos públicos devam ser incluídos no regime especial substantivo previsto na Lei n.º 34/87 (que se refere especificamente à responsabilidade dos titulares de cargos políticos), em vez de pura e simplesmente serem equiparados a funcionário para efeitos da lei penal geral, diploma este que contempla um maior leque de crimes relacionados com o exercício de funções públicas.

16 Com efeito, não prevendo a Lei n.º 34/87 a equiparação dos titulares de altos cargos públicos (artigo 3.º-A) aos titulares de cargos políticos (artigo 3.º), não se lhes pode aplicar as demais disposições legais que os não abranjam, designadamente as previstas no capítulo I, *v.g.* artigo 2.º, 5.º e 6.º e no capítulo II (demais crimes ressalvados os previstos nos artigos 16.º a 18.º). Isto significa que, considerando que nem todos os titulares de altos cargos públicos, tal como definidos na Lei n.º 34/87, estão abrangidos no conceito de funcionário previsto na lei penal geral, poderá sobrar um espaço de impunidade incompreensível, designadamente em relação aos demais crimes em que se procura proteger a integridade no exercício de funções, tendo em vista a satisfação do interesse público de acordo com a legalidade.

17 É o Decreto-Lei n.º 558/99, de 17.12, alterado pelo Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23.8 (onde aquele foi republicado e pela lei n.º 64-A/2008, de 31.12), que estabelece o regime do sector empresarial do Estado e das empresas públicas. Note-se, que foi o citado Decreto-Lei n.º 300/2007 que revogou o Decreto-Lei n.º 260/76, de 8.4 (estabelece bases gerais das empresas públicas). Por sua vez, o estatuto do gestor

público está previsto no Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27.3 (tendo sido revogado o anterior estatuto previsto no Decreto-Lei n.º 464/82, de 9.12).

18 Na modalidade prevista no artigo 16.º, n.º 2, sujeito activo/agente é qualquer pessoa (trata-se aqui de crime comum).

19 Adaptando parte do discurso apresentado pelo deputado Filipe Neto Brandão (PS), na Reunião Plenária de 22.4.2010 (DAR, I Série, de 23.4.2010), dir-se-á que, para o legislador, este novo tipo legal de crime, na modalidade prevista no artigo 16.º, n.º 1, veio, de forma inequívoca, "colocar sob a censura do Direito Penal toda a solicitação ou aceitação de vantagem não devida por parte" de titular de cargo político ou titular de alto cargo público. "Para o preenchimento deste tipo legal de crime, não será mais necessário demonstrar que o recebimento de uma vantagem ilegítima se enquadrou numa determinada actuação funcional; ela bastar-se-á com o mero exercício de funções. Dito de outro modo, e de forma mais perceptível, incorrerá neste crime, punido com prisão até 5 anos" o titular de cargo político ou o titular de alto cargo público "que solicite ou aceite algo que não lhe seria dado não fora a sua condição" de titular de cargo político ou de alto cargo público.

20 Na modalidade prevista no artigo 16.º, n.º 1 (ao contrário do que sucede na prevista no artigo 17.º, n.º 1), não é abrangida a conduta do titular de cargo político ou de alto cargo público que, no exercício das suas funções ou por causa delas (por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação), solicitar ou aceitar (para si ou para terceiro) "promessa" de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida.

21 Com efeito, a referência à solicitação ou aceitação de "promessa" de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida (que constava dos Projectos de Lei n.º 44/XI, n.º 89/XI, n.º 111/XI e 222/XI) desapareceu do texto final aprovado na Assembleia da República, razão pela qual essa conduta do titular de cargo político ou do titular de alto cargo público é excluída do tipo previsto no artigo 16.º, n.º 1.

22 Também neste tipo legal previsto no artigo 16.º, não interessa saber qual é o âmbito dos poderes que decorrem do cargo que o titular de cargo político ou alto cargo público ocupam (é que está apenas em causa o recebimento de vantagem indevida e não qualquer contrapartida).

23 Como já se referiu, neste crime (artigo 16.º) prescindiu-se do nexo de causalidade entre, por um lado, o recebimento indevido de vantagem e, por outro lado, a prática de acto ou omissão (lícito ou ilícito) pelo titular de cargo político ou alto cargo público.

24 O preenchimento do tipo previsto no artigo 16.º, n.º 1, ocorre quando o agente (titular de cargo político ou de alto cargo público), no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa (neste último caso, com o consentimento ou ratificação do titular de cargo político ou de alto cargo público), solicitar ou aceitar (para si ou para terceiro) vantagem (patrimonial ou não patrimonial) indevida, enquanto no tipo previsto no artigo 16.º, n.º 2, sucede quando o agente (qualquer pessoa), por si ou por interposta pessoa (com o consentimento ou ratificação do agente), der ou prometer a titular de cargo político ou de alto cargo público ou a terceiro por indicação ou conhecimento deste, vantagem (patrimonial ou não patrimonial) indevida, no exercício das suas funções ou por causa delas. Isto significa que não há que fazer prova da finalidade ou destino da vantagem (que, nas modalidades previstas no artigo 16.º, será ou terá de ser sempre indevida para ser típica) recebida ou a receber pelo titular de cargo político ou de alto cargo público, que actua (ou se encontra, no caso do n.º 2) no exercício das suas funções ou por causa delas.

A conduta de prometer vantagem indevida, prevista no artigo 16.º, n.º 2, admite a possibilidade do destinatário (titular de cargo político ou alto cargo público ou terceiro por indicação ou conhecimento deste) a não chegar a receber. O mesmo se passa com a conduta de solicitar vantagem indevida, prevista no artigo 16.º, n.º 1 (que pode não ser logo "liquidada" pelo destinatário, isto é, pela pessoa a quem é solicitada). Na medida em que a vantagem indevida pode não chegar a ser recebida, verifica-se um desajustamento na epígrafe (recebimento indevido de vantagem) do artigo 16.º **25**

A interposta pessoa, tanto pode agir (no caso do artigo 16.º, n.º 1) a mando do titular de cargo político ou de alto cargo público (ficando estes na retaguarda, mas actuando aquele com o seu consentimento), como (no caso do artigo 16.º, n.º 2) a mando daquele (qualquer pessoa, que fica na retaguarda) que der ou prometer a vantagem indevida. Se a interposta pessoa agir por sua iniciativa, o seu acto terá de ser ratificado pelo agente do crime. Ou seja, pode nunca chegar a haver contacto directo entre o titular de cargo político ou de alto cargo público e, por exemplo, quem der ou prometer vantagem indevida, por tudo ser mediado por outra pessoa (que pode ser qualquer um, *v.g.* familiar, amigo, colega etc.). **26**

Para o preenchimento do tipo é indiferente que a indevida vantagem (patrimonial ou não patrimonial) – ou ainda a promessa dessa indevida vantagem, no caso do artigo 16.º, n.º 2 – reverta para o próprio titular de cargo político ou de alto cargo público, como para terceiro. Isto significa que continua a verificar-se o crime de previsto no artigo 16.º, mesmo que a dita vantagem indevida venha a reverter a favor de terceiro (que pode ser qualquer pessoa, menos o Estado), o mesmo se passando quando a solicitação ou aceitação da vantagem seja feita em nome de terceiro, que não o titular de cargo político ou de alto cargo público (embora sempre com o consentimento ou ratificação destes últimos). **27**

"Solicitar" significa pedir, implicando uma atitude, por regra da iniciativa do autor do crime, mesmo quando este actua através de interposta pessoa, quer com o seu consentimento, quer com a sua ratificação (é, no entanto, concebível que a iniciativa seja da interposta pessoa, desde que depois aquela solicitação seja ratificada pelo titular de cargo político ou de alto cargo público). **28**

"Aceitar" significa receber o que foi oferecido ou dado ou prometido, o que pode ser feito quer pelo titular de cargo político ou de alto cargo público, quer através de interposta pessoa, com o seu consentimento ou com a sua ratificação (portanto, a aceitação por interposta pessoa, mesmo sem ouvir previamente o titular de cargo político ou de alto cargo público, pode ser posteriormente por estes ratificada, caso em que estes incorrem no crime aqui em apreço). A aceitação, que pressupõe a prévia oferta do "corruptor", pode ser expressa ou tácita (a aceitação tácita pode suceder, por exemplo, quando alguém coloca um envelope, que contém quantia monetária de relevo, no bolso do titular de cargo político ou de alto cargo público que, apercebendo-se desse gesto, nada diz ou faz). **29**

"Der ou prometer" vantagem indevida, no contexto do artigo 16.º, n.º 2, terá o sentido de entrega de dádiva (ou seja de oferta) ou promessa de entrega de dádiva (ou seja promessa de oferta). É certo que o legislador português apenas distinguiu os actos de dar ou prometer, não acompanhando nessa parte a terminologia usada na lei penal alemã que se refere a oferecer, prometer ou dar. Porém, essa opção do legislador português, quando se afastou do preceito alemão, não significa que tivesse excluído a noção de oferta quando apenas se referiu ao agente que "der" ou "prometer" vantagem indevida (contra PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 887, fazendo uma interpretação restritiva, considerando que «a oferta pode ser recusada, mas uma vantagem que foi "dada" a outrem já foi aceite por esta **30**

pessoa»). Aparecendo no tipo apenas a referência ao "der ou prometer" vantagem indevida é nesse contexto que deverá ser interpretado o sentido de tais palavras.

31 Quem dá ou oferece pretende transferir algo para outrem, mas isso não significa que, nesse momento, se efectiva essa transferência (uma vez que em ambas as situações a transferência da vantagem para a esfera do destinatário só ocorre com a sua aceitação ainda que implícita). Portanto, o acto de dar vantagem a outrem exige também aceitação (ainda que implícita) do destinatário, admitindo igualmente a sua recusa, razão pela qual será de afastar uma interpretação restritiva no sentido de pressupor que "dar" significa que já foi aceite pelo destinatário e, nessa medida, seria diferente da "oferta" por esta ainda poder ser recusada. Olhando para o bem jurídico protegido, dar ou prometer vantagem indevida significa ainda a oferta ou promessa de oferta de vantagem indevida, não ficando vedado ao destinatário rejeitar aquilo que foi dado ou oferecido. De resto, é indiferente para o preenchimento do tipo a atitude do destinatário da dádiva ou da sua promessa (sendo, por isso, neste aspecto irrelevante que aceite ou recuse a indevida vantagem dada ou prometida). O crime previsto no artigo 16.º, n.º 2, censura a acção do agente (qualquer pessoa), não estando dependente de uma qualquer atitude ou sinal (no sentido da aceitação) por parte do titular de cargo político ou alto cargo público ou do terceiro por indicação ou conhecimento destes, a quem se destina ou dirige directa ou indirectamente a vantagem indevida que foi dada ou prometida (é que o crime na modalidade aqui em apreço consuma-se quando a "dádiva" ou "promessa" de vantagem indevida chega ao conhecimento do destinatário, não estando dependente da sua aceitação ou rejeição).

32 A vantagem indevida corresponde a um benefício de natureza patrimonial ou não patrimonial, não tendo que haver qualquer relação de proporcionalidade entre o valor desse benefício e o tipo ou qualidade das funções exercidas pelo titular de cargo político ou de alto cargo público. O valor da vantagem indevida não é elemento normativo típico em qualquer das modalidades do crime previsto no artigo 16.º, embora funcione como agravação (artigo 19.º, n.º. 1 a 3), consoante for de valor elevado ou de valor consideravelmente elevado. De qualquer modo, para que a conduta assuma dignidade penal sempre será de exigir que a referida vantagem por um lado, "tenha algum valor" (valor que tenha relevo, que tenha significado no caso concreto, *v.g.* em relação àquele concreto titular de cargo político ou de alto cargo público) e, por outro lado, que "a conduta lesiva se revista de algum relevo" (talvez a despropósito, socorremo-nos aqui do pensamento de MANUEL DE COSTA ANDRADE, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 211 e 212).

33 Só assim se compreenderá que, por exemplo, o aceitar o pagamento isolado de um café num vulgar estabelecimento não seja interpretado como aceitação de vantagem indevida, mas antes como comportamento que poderá ser considerado socialmente adequado (ver também artigo 16.º, n.º 3, onde se exclui do tipo legal "as condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes", embora não se apontem critérios objectivos para a definição desses comportamentos). Isto só para dizer que há sempre que ponderar (de acordo com as regras de experiência comum e com eventuais usos naquela área, embora não seja concebível que, titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, no exercício das suas funções ou por causa delas, aceitem "gorjetas" ou "prendas" que não sejam irrelevantes ou desprezíveis) todo o circunstancialismo que envolve a vantagem indevida em si e a sua aceitação ou solicitação, havendo que apurar, de forma objectiva (para se tornar sindicável), se a mesma assume dignidade penal. É a partir dos factos que se apurarem em cada caso concreto (e, como é lógico, do que deles se pode extrair na respectiva

subsunção ao direito) que se poderá determinar se a vantagem indevida em causa assume aquele "valor mínimo" (de que fala JOSÉ DE FARIA COSTA, *in* RLJ, ano 139.º, Janeiro-Fevereiro de 2010, pp. 199 e 200, embora a propósito do crime de furto) que encontra guarida (e, portanto, merece tutela penal) na incriminação prevista no artigo 16.º, n.º 1 e n.º 2.

34 A referência expressa, no artigo 16.º, n.º 3, à exclusão das "condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes", para além de criticável (na medida em que se pode defender que o legislador está, nessa parte, a transpor para a lei matéria que não está sujeita ao principio da legalidade e que, de qualquer modo, sempre resultava do disposto no artigo 31.º, n.º 1, do Código Penal), era desnecessária uma vez que, de facto, incumbirá à doutrina e à jurisprudência "densificar" o que cabe na área da adequação social. Obviamente que o intérprete não poderá recorrer a critérios subjectivos, nem tão-pouco poderá partir da regra ou princípio de que é admissível dar, por exemplo, prendas a titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos (não se percebe, por isso, a que "usos e costumes" se refere o legislador nesta área). De qualquer modo, seria bom e útil, para uma melhor jurisprudência, que a doutrina portuguesa, com a elevação e abertura intelectual que a caracteriza, viesse densificar (nesta área tão específica que envolve agentes qualificados que são os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos) o conceito de adequação social neste tipo legal de crime, tanto mais que o legislador, para além da referência abstracta aos "usos e costumes", não aponta valores objectos (sendo discutível a admissibilidade de "valores implícitos mínimos" – que nem o legislador quis fixar –, por também estes, além de assumirem contornos subjectivos insindicáveis, igualmente poderem ofender o princípio da legalidade e por em causa a segurança e certeza jurídicas).

35 A consumação do crime previsto no artigo 16.º ocorre independentemente da prática de qualquer acto ou omissão pelo titular de cargo político ou de alto cargo público. No crime previsto no artigo 16.º, n.º 1, a consumação ocorre quando a declaração de vontade do agente titular de cargo político ou de alto cargo público, solicitando ou aceitando a indevida vantagem (patrimonial ou não patrimonial), chega ao conhecimento do destinatário (qualquer pessoa): é neste momento que se verifica a efectiva lesão do bem jurídico em causa no crime de recebimento indevido de vantagem. No tipo previsto no artigo 16.º, n.º 2, a consumação acontece quando a declaração (de dar ou prometer a indevida vantagem patrimonial ou não patrimonial) do agente, que é qualquer pessoa, chega ao conhecimento do destinatário (titular de cargo político ou de alto cargo público). Será indiferente, para a consumação do crime que o destinatário aceite ou recuse a solicitação que lhe é feita pelo titular de cargo político ou alto cargo público ou que estes aceitem a indevida vantagem patrimonial ou não patrimonial dada ou prometida (neste sentido ver A. M. ALMEIDA COSTA, Sobre o crime de corrupção, Coimbra, separata do BFDUC, 1987, p. 96).

36 O **tipo subjectivo** (artigo 16.º, n.º 1 e n.º 2) preenche-se com o dolo do agente em qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal). Embora seja difícil configurar situações de erro, aplica-se a esse nível o regime geral previsto no Código Penal (artigos 16.º e 17.º).

37 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). O consentimento/acordo não exclui a ilicitude da conduta do agente, nem afasta a tipicidade. Importa também aqui lembrar o que acima já foi referido quando ao n.º 3 do artigo 16.º, no sentido da exclusão da tipicidade da conduta. Logicamente que concluindo-se que a conduta não é típica, então já não haverá que falar em causas de justificação ou de desculpação.

38 A **tentativa** da prática do crime previsto no artigo 16.º, n.º 1 e 2, é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal. A questão que se pode colocar é a nível da qualificação do acto como preparatório ou como acto de execução. Se a solicitação ou a aceitação da vantagem indevida (artigo 16.º, n.º 1) não chegam ao conhecimento do destinatário (que pode ser qualquer pessoa), mas "o meio utilizado para comunicar o «pedido» ou a «aceitação» satisfaz as exigências da teoria da «adequação» ou da «causalidade adequada»" (tendo em conta "as regras de experiência comum" e "os hábitos ou práticas correntes do sector") estar-se-á perante acto de execução, sendo punida a tentativa do crime previsto no artigo 16.º, n.º 1 (assim, A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, p. 101). Caso contrário, estar-se-á perante a prática de um acto preparatório não punido. O mesmo raciocínio é de fazer (com as devidas adaptações) quando a dádiva ou promessa da vantagem indevida (artigo 16.º, n.º 2) não chegam ao conhecimento do titular de cargo político ou de alto cargo público.

39 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Particularmente no caso do artigo 16.º, n.º 1, como se trata de crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político ou de alto cargo público, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal. Por sua vez, aquele que dá ou promete vantagem indevida no circunstancialismo indicado no artigo 16.º, n.º 2 (que pode ser qualquer pessoa, inclusive titular de cargo político ou de alto cargo público) é punido autonomamente, não podendo ser considerado como comparticipante no crime de recebimento indevido de vantagem previsto no artigo 16.º, n.º 1. Há uma relação de exclusão entre o tipo previsto no artigo 16.º, n.º 1 e o tipo previsto no artigo 16.º, n.º 2, os quais são autónomos apesar de serem incluídos no mesmo preceito legal.

40 Dependendo dos factos que se apurarem, poderá existir uma situação de **concurso** aparente entre o crime de recebimento indevido de vantagem previsto no artigo 16.º, n.º 1 e o crime de corrupção passiva previsto no artigo 17.º, devendo o agente ser punido por este último por o seu âmbito de tutela ser mais abrangente. O mesmo se passa entre os crimes previstos nos artigos 16.º, n.º 2, e 18.º. Também se pode colocar a questão (sempre dependendo dos factos que se apurarem) de não haver uma punição autónoma pelo crime previsto no artigo 16.º, por se estar perante factos anteriores não punidos, abrangidos na punição do crime de corrupção cometido que lhes sucedeu, quando está em causa o mesmo processo resolutivo. Por outro lado, esta incriminação (artigo 16.º, n.º 1 e n.º 2) pode ser residual (subsidiária) em relação às previstas respectivamente nos artigos 17.º e 18.º (na medida em que, por exemplo, pode provar-se o recebimento da vantagem indevida, mas ficar por apurar a alegada "conexão" com a contrapartida da prática ou omissão de acto contrário ou não contrário aos deveres do cargo). Obviamente que, não estão afastadas situações de concurso efectivo, verificados os respectivos pressupostos.

41 A moldura legal da **pena** no tipo previsto no n.º 1 do artigo 16.º é de prisão de 1 a 5 anos, a qual no limite mínimo é mais elevada do que a prevista (mínimo legal de 1 mês) no n.º 2 do artigo 16.º Compreende-se a diferença quanto ao limite mínimo, uma vez que no primeiro caso os agentes são titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos (portanto sujeitos activos qualificados), ao contrário do que sucede no segundo caso, em que o agente é qualquer pessoa. Porém, já não se compreende que não tenha sido indicada uma pena de multa alternativa à moldura da pena de prisão no tipo previsto no artigo 16.º, n.º 1, tal como aconteceu no seu

n.º 2 (veja-se que, no crime de violação de regras urbanísticas previsto no artigo 18.º-A, n.º 2, a moldura abstracta é de pena de prisão de 1 a 5 anos ou multa). Aliás, na incriminação correspondente prevista no Código Penal (artigo 372.º, n.º 1), a punição do funcionário é de pena de prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias. Poder-se-á ainda questionar se o limite máximo da pena de prisão no tipo previsto no artigo 16.º, n.º 2, não será excessivo, até por comparação com as demais molduras penais (designadamente artigos 16.º, n.º 1, 17.º, n.º 2 e 18.º). O mesmo se passa quanto ao limite máximo (5 anos) da pena de prisão aplicável prevista no artigo 16.º, n.º 1, quando comparado com o estabelecido (máximo de 5 anos) no artigo 17.º, n.º 2.

42 As molduras das penas aplicáveis previstas no artigo 16.º são agravadas (elevadas) de um quarto nos seus limites mínimo e máximo (cumulativo) se a vantagem indevida recebida for de valor elevado (artigo 19.º, n.º 1) e de um terço (também nos seus limites mínimo e máximo) se a vantagem for de valor consideravelmente elevado (artigo 19.º, n.º 2). Os conceitos de valor elevado e de valor consideravelmente elevado correspondem aos previstos no artigo 202.º, als. a) e b) do Código Penal, face ao disposto no artigo 19.º, n.º 3. A moldura penal é também agravada (elevada de um terço nos seus limites mínimo e máximo) nos termos do artigo 19.º, n.º 4, quando o agente actue nos termos do artigo 12.º do Código Penal, embora sem prejuízo do disposto no artigo 11.º do mesmo código.

43 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político (ao contrário do que sucede com o titular de alto cargo público) pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). Com efeito, o artigo 6.º da Lei n.º 34/87 refere-se apenas aos crimes cometidos por titular de cargo político nas condições aí indicadas.

44 O agente (seja titular de cargo político, titular de alto cargo público ou qualquer pessoa) é dispensado de pena nos termos do artigo 19.º-A, n.º 1 e a pena é especialmente atenuada desde que se verifiquem os pressupostos do n.º 2 do mesmo preceito.

45 O agente é dispensado de pena sempre que: a) tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração de procedimento criminal; b) 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; ou c) antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição.

46 Por sua vez, a pena é especialmente atenuada se o agente: a) até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; ou b) tiver praticado o acto a solicitação do titular de cargo político ou de alto cargo público, directamente ou por interposta pessoa, com excepção do caso previsto no n.º 3 do artigo 18.º

47 Conferindo o disposto no artigo 19.º-A com o anterior artigo 19.º, na redacção da Lei n.º 108/2001, de 28.11, nota-se que houve a preocupação de ajustar o estatuto de arrependido, tornando-o mais apelativo e convidativo (no sentido de chamar e aproximar o arrependido dos órgãos de investigação e do tribunal, colaborando com a justiça). Haverá, ainda, que introduzir melhorias, sob pena de poder não compensar ao arrependido (e, portanto, não se sentir atraído pelos "prémios" que lhe são oferecidos) colaborar no combate deste tipo de criminalidade.

48 Ao premiar, nestes casos, a actuação dos chamados "arrependidos activos", o legislador está a procurar obter meios de prova (difíceis de conseguir) e, ao mesmo

tempo, a tentar combater este tipo de criminalidade que vai proliferando. Igual regime foi estabelecido, com as devidas adaptação, no Código Penal (artigo 374.º-B). Com relevo nesta matéria ver também artigo 8.º da Lei n.º 36/94 (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), de 29.9. No mesmo sentido, tendo em atenção "crimes de especial dificuldade de investigação", veja-se a Resolução da Assembleia da República n.º 14/2010, *in* DR, 1.ª Série, de 26.2.2010, recomendando ao Governo que: "1 – Preveja na lei de política criminal, aprovada ao abrigo do disposto no artigo 7.º da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, a obrigatoriedade de o Ministério Público promover, de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, a aplicação do comummente denominado «estatuto de arrependido» aos arguidos ou condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 372.º, 373.º, 374.º, 375.º, 377.º, 379.º, 382.º, 383.º, 384.º e 385.º-A do Código Penal, dos crimes previstos nos artigos 16.º, 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, alterada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, dos crimes previstos nos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, e ainda do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção."

49 Também aqui, embora apenas em relação aos titulares de cargos políticos, se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 17.º
Corrupção passiva

1. O titular de cargo político ou de alto cargo público que no exercício das suas funções ou por causa delas, 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, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

2. Se o acto ou omissão não forem contrários aos deveres do cargo e vantagem não lhe for devida, o titular de cargo político é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

(Com as alterações da Lei n.º 41/2010, de 3.9)

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 6)
O bem jurídico (anotações 7 a 12)
O tipo objectivo (anotações 13 a 40)
O tipo subjectivo (anotação 41)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 42)
A tentativa (anotação 43)
A comparticipação (anotação 44)
O concurso (anotação 45)
A pena (anotações 46 a 55)

1 A **fonte** remota desta disposição é o artigo 11.º, n.º 3, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, que considerava como crime de responsabilidade (concretamente "crimes contra a probidade da administração") "a aceitação de dádiva ou presente para praticar um acto de suas funções" (punindo essa conduta com degredo temporário).

2 Paralelamente, no Código Penal de 1886, eram punidos os crimes de peita, suborno e corrupção (artigo 318.º) e de aceitação de oferecimento ou promessa (artigo 322.º),

sucedendo-lhes (no que aqui agora interessa) no Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, o crime de corrupção passiva para acto ilícito previsto no artigo 420.º (que se inspirou no correspondente artigo 447.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, pp. 475 a 477, onde Jorge Figueiredo Dias realçou que o bem jurídico protegido era a "legalidade no exercício de funções"), o crime de corrupção passiva em causa criminal previsto no artigo 421.º (que se inspirou no correspondente artigo 448.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na mesma 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, p. 477) e o crime de corrupção passiva para acto lícito previsto no artigo 422.º (que se inspirou no correspondente artigo 449.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, pp. 479 e 480).

3 Entretanto, no Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, foram sugeridas alterações, designadamente, em relação ao agravamento das penas. Com o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, o crime de corrupção passiva para acto ilícito passou a estar previsto no artigo 372.º e o crime de corrupção passiva para acto lícito passou a estar previsto no artigo 373.º, sendo (além do mais) elevadas as respectivas molduras penais.

4 Posteriormente, tais tipos legais (artigos 372.º e 373.º) foram novamente modificados pela Lei n.º 108/2001, de 28.11, a qual também alterou os artigos 16.º a 18.º desta Lei n.º 34/87, tendo ainda introduzido no Decreto-Lei n.º 28/84, de 20.1, o crime de corrupção passiva no sector privado e o crime de corrupção activa no sector privado (os quais, mais tarde, passaram a ser regulamentados autonomamente na Lei n.º 20/2008, de 21.4). O objectivo da Lei n.º 108/2001 foi, em termos gerais, a uniformização (na medida do possível) de critérios e de regimes, como forma de melhor combater a corrupção quer no sector público, quer no sector privado.

5 Diríamos, assim, que os crimes de corrupção passiva para acto ilícito (artigo 16.º) e de corrupção passiva para acto lícito (artigo 17.º), na sua redacção original (versão da Lei n.º 34/87) inspiraram-se nos artigos 420.º a 422.º do Código Penal, na versão de 1982 (os quais, por sua vez, se basearam nos artigos 447.º a 449.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia), decorrendo da redacção posteriormente introduzida pela Lei n.º 108/2001, de 28.11, uma clarificação da estrutura daqueles tipos legais, que foram reconstruídos à semelhança dos correspondentes artigos 372.º, n.º 1, e 373.º do Código Penal (então igualmente alterados pela dita Lei n.º 108/2001).

6 Entretanto, as alterações introduzidas pela Lei n.º 41/2010, de 3.9 consistiram, em traços gerais, no seguinte: i) os tipos legais antes previstos nos artigos 16.º, n.º 1 e 17.º, n.º 1 foram aglutinados na incriminação agora prevista no artigo 17.º, que adoptou a epígrafe de corrupção passiva; ii) o crime de corrupção passiva previsto neste artigo 17.º passou a poder ser também cometido por titular de alto cargo público (definido nos termos do artigo 3.º-A da mesma Lei); iii) foi elevada a moldura abstracta da pena anteriormente prevista para o crime de corrupção passiva para acto lícito; iiii) foi alterada a área de tutela típica do actual crime de corrupção passiva na medida em que se deixou de fazer referência à dita "corrupção passiva futura" (como anteriormente sucedia no tipo previsto no art. 17.º, n.º 2, na versão da Lei n.º 108/2001, de 28.11) e desapareceu o n.º 2 do anterior artigo 16.º, na redacção da mesma Lei n.º 108/2001; iiiii) foram criadas novas circunstâncias agravantes, não só em função do valor elevado ou consideravelmente elevado da vantagem obtida, como atendendo à qualidade do agente, "quando praticar o acto

em representação de pessoa colectiva" (artigo 19.º) e, bem assim, foi melhorado o regime de dispensa e atenuação de pena (artigo 19.º-A).

7 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 17.º) é, de acordo com o Projecto de Lei n.º 222/XI (apesar das posteriores alterações que sofreu), a autonomia intencional do Estado.

8 Protege-se (tal como já sucedia anteriormente) o exercício de funções de acordo com o interesse público da comunidade, exigindo-se que o titular de cargo político ou de alto cargo público desenvolva a sua actividade (sem solicitação ou aceitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, ou a sua promessa) com observância da legalidade no desempenho funcional e actuação orientada pela objectividade, imparcialidade e transparência. A criminalização das diferentes modalidades da corrupção visa melhor proteger a actividade funcional dos organismos públicos de ataques internos ou externos que subvertam a sua finalidade. Está vedado ao titular de cargo político e de alto cargo público (por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação) qualquer negociação relacionada ou dependente do exercício das suas funções, mesmo que a sua actuação ou omissão não sejam contrárias aos deveres do cargo.

9 O titular de cargo político ou de alto cargo público não pode desviar ou manipular os poderes que lhe foram conferidos pela titularidade do cargo para satisfazer interesses privados próprios ou alheios. Por isso, não pode haver qualquer tipo de confusão (mistura ou interferência) entre a prossecução do interesse público subjacente ao exercício do cargo e a satisfação de qualquer interesse privado alheio ao referido desempenho funcional. Nesta perspectiva, seria aqui de aceitar (com as devidas adaptações) a conclusão a que chega A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit. 1987, p. 93, quando afirma que a corrupção (própria ou imprópria) prevista no Código Penal traduz-se "sempre numa manipulação do aparelho do Estado pelo funcionário que, assim, viola a «autonomia intencional» da Administração, ou seja, em sentido material, infringe a chamada «legalidade administrativa»" (bem jurídico esse que, em relação à corrupção cometida por funcionário, prevista no Código Penal, estará de algum modo em crise na medida em que não acompanhou o conceito lato de funcionário para efeito da lei penal, o qual passou a abranger além de "funcionários do Estado", entre outros, os gestores e trabalhadores de "empresas concessionárias de serviços públicos" – a este propósito ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 880 e, também, sobre a privatização da administração pública e «eventual "redimensionamento" do crime de corrupção», JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, op. cit., pp. 135 a 138, questões essas que também aqui tem pertinência desde logo face à inclusão dos titulares de altos cargos públicos como sujeitos activos dos crimes previstos nos artigos 16.º a 18.º desta Lei n.º 34/87).

10 Perto daquela posição de Almeida Costa, está CLÁUDIA CRUZ SANTOS, «Considerações introdutórias (ou algumas reflexões suscitadas pela "expansão das normas penais sobre a corrupção»), *in* A Corrupção, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 31, quando defende que "aquilo que se quer proteger com a criminalização da corrupção é sobretudo a legalidade da actuação dos agentes públicos e a sua objectividade decisional" (acrescentando mais à frente, op. cit., p. 36, que "enquanto no *lobbying* se argumenta com o agente público, na corrupção e no tráfico de influência pretende-se comprar a decisão do agente público através de vantagem não insignificante prometida ou atribuída").

11 Na medida em que é também a própria democracia, em que assenta o Estado de direito, que é afectada (fragilizada ou asfixiada) quando o crime de corrupção é cometido pelo titular de cargo político ou de alto cargo público, compreende-se não

só a necessidade do seu tratamento autónomo (em relação à corrupção no sector privado e à própria corrupção activa), como a necessidade de um alargamento da área de tutela das diferentes modalidades de corrupção (corrupção que, desde o Código Penal de 1982, deixou de ser concebida como crime bilateral ou de participação necessária, como assinala JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, em parecer sobre crime de corrupção, *in* CJ, XIII, 1, 31).

12 Vedando ao titular de cargo político ou de alto cargo público (por si ou por interposta pessoa) qualquer negociação relacionada ou dependente do exercício das suas funções, também se consegue (a nível nacional, apesar do problema da corrupção ser transnacional e, nessa medida, exigir uma cooperação internacional estreita) melhor assegurar a estabilidade e segurança da sociedade e até da própria comunidade internacional, consolidar o desenvolvimento sustentável do Estado e tornar mais íntegro, eficaz e transparente o modo de funcionamento dos serviços públicos em geral (ver, a este propósito, entre outras, a Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em Estrasburgo em 30.4.1999, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001, *in* DR, 1.ª Série-A, de 26.10.2001, a Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 72/2001, *in* DR, 1.ª Série-A, de 15.11.2001 e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31.10.2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, *in* DR, 1.ª Série-A, de 21.9.2007).

13 O **tipo objectivo** descrito no artigo 17.º, prevê no seu n.º 1, o que anteriormente era designado de corrupção própria e, no seu n.º 2 (com uma moldura penal inferior), uma forma privilegiada (ou atenuada) do mesmo crime, correspondente ao que antes era designado de corrupção imprópria. Note-se que, a distinção entre a corrupção passiva para acto ilícito e a corrupção passiva para acto lícito continua a existir no artigo 17.º, n.º 1 e n.º 2, não obstante a epígrafe do preceito ter sido alterada para "corrupção passiva".

14 No artigo 17.º, n.º 1, pune-se o titular de cargo político ou de alto cargo público que, no exercício de funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa (neste último caso, com o seu consentimento ou ratificação), solicitar ou aceitar (para si ou para terceiro), vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação; enquanto no n.º 2 do mesmo preceito, o titular de cargo político (no texto final redigido em 20.7.2010, publicado no DAR, II Série A, de 23.7.2010, objecto de votação, em 22.7.2010, que foi aprovado por unanimidade, foi omitido a referência ao titular de alto cargo público no n.º 2 do artigo 17.º, esperando-se contudo, que viesse a ser incluída essa referência, por uma questão de harmonia nas alterações introduzidas aos artigos 16.º a 18.º; como tal não veio a suceder, essa omissão denuncia uma falha do legislador incompreensível) é punido de forma mais suave por o acto ou omissão (contraprestação da vantagem indevida) não serem contrários aos deveres do cargo. Considerando a unidade do sistema jurídico, a filosofia que presidiu à reforma introduzida pela Lei n.º 41/2010, a *ratio* da norma aqui em análise e demais regras contidas no artigo 9.º do Código Civil, será sustentável a interpretação de que a punição mais leve prevista no caso do artigo 17.º, n.º 2, também é aplicável ao titular de alto cargo público. No entanto, deveria o legislador proceder à respectiva rectificação ou alteração, sob pena de poder surgir tese, assente nomeadamente no princípio da legalidade e na proibição do recurso à analogia (artigo 1.º do Código Penal),

invocando a não aplicação da modalidade prevista no artigo 17.º, n.º 2, ao agente titular de alto cargo público que, assim, não seria punido quando o acto ou omissão (contra prestação da vantagem indevida) não fossem contrários aos deveres do seu cargo. De qualquer modo, a vencer essa tese, sempre o titular de alto cargo público seria punido pelo crime previsto no artigo 16.º, verificados os respectivos pressupostos.

15 Note-se que, na versão da Lei n.º 108/2001, de 28.11, da Lei n.º 34/87: a) o tipo objectivo previsto no artigo 16.º, n.º 1, consistia em o titular de cargo político, no exercício das suas funções, por si ou por interposta pessoa (neste último caso com o seu consentimento ou ratificação), 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 contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação; b) o tipo objectivo previsto no artigo 17.º, n.º 1, consistia em o titular de cargo político, no exercício das suas funções, por si ou por interposta pessoa (neste último caso com o seu consentimento ou ratificação), 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 não contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação; c) e, o tipo objectivo previsto no artigo 17.º, n.º 2, ocorria quando o titular de cargo político, por si ou por interposta pessoa (neste último caso com o seu consentimento ou ratificação), solicitar ou aceitar (para si ou para terceiro), sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial de pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções. Logo por aqui se vê que, antes da entrada em vigor da Lei n.º 41/2010, de 3.9, a diferença entre o tipo previsto no artigo 16.º, n.º 1 e o previsto no artigo 17.º, n.º 1, respeitava apenas à circunstância do acto praticado ou omitido pelo titular de cargo político ser ou não contrário aos deveres do cargo e, portanto, tratar-se da prática ou omissão de acto ilícito ou de acto lícito. Era, portanto, uma diferença de grau quanto à intensidade da lesão do bem jurídico protegido (que é comum aos dois tipos legais), funcionando o primeiro (artigo 16.º, n.º 1, na versão da Lei n.º 108/2001) como crime qualificado ou agravado e, o segundo (artigo 17.º na versão da mesma Lei n.º 108/2001), como crime fundamental (ver A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, p. 78). É a ilicitude que decorre do "mercadejar com o cargo" que é punida no crime previsto no artigo 17.º, na redacção da Lei n.º 108/2001. Por isso, não obstante poder estar em causa a prática de qualquer acto ou a sua omissão não contrários aos deveres do cargo, o agente é punido por ter negociado o seu cargo, dessa forma lesando o bem jurídico comum protegido nos crimes de corrupção.

16 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige a lesão do bem jurídico protegido. Quanto ao objecto da acção, tratar-se-á de crime de mera actividade, uma vez que o crime se consuma independentemente de se produzir o resultado (também defendendo que a consumação do crime ocorre "com a simples solicitação de vantagem patrimonial, independentemente de o agente ter ou não a intenção de praticar o acto que está na base da solicitação, ver Ac. do TRG de 3.11.2008, *in* CJ, XXXIII, 5, 288 e 289). De qualquer modo, também aqui se pode defender qualquer das soluções existentes em relação ao crime de corrupção passiva previsto no artigo 372.º do Código Penal: assim, enquanto A. M. ALMEIDA COSTA, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 662, sustenta (embora ainda no domínio da redacção anterior à Lei n.º 108/2001, de 28.11), que antes se trata de crime de resultado, por a consumação ter de «coincidir com o momento

em que a "solicitação" ou a "aceitação" do suborno (ou da sua promessa)" chega ao conhecimento do destinatário (portanto, considerando esse momento como fazendo parte do "resultado"), já PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 67 e 880, defende que se trata de crime de mera actividade na medida em que a consumação ocorre "apenas pela mera execução de um comportamento humano" (no fundo sustenta que não se pode partir de um «conceito de "resultado" que inclui estados que não implicam uma modificação do mundo exterior»).

17 Sujeito activo/agente tanto pode ser o titular de cargo político (nacional ou equiparado) que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2 da Lei n.º 34/87, como o titular de alto cargo público que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º-A, nos termos já acima indicados em anotação aos artigos 7.º e 16.º. Trata-se de crime específico. Obviamente que, consoante a data em que os factos forem cometidos, assim haverá que observar ou não o disposto nos artigos 1 e 2 n.º 1 e 4 do Código Penal (por exemplo: na parte em que se passou a prever que sujeito activo do crime previsto no artigo 17.º pode ser o titular de alto cargo público a norma só vale para futuro desde que o mesmo não seja simultaneamente titular de cargo político; na parte em que se prevê a agravação da moldura penal para o sujeito activo titular de cargo político – como sucede *v.g.* comparando o artigo 17.º, n.º 1, na versão da lei n.º 108/2004 com o n.º 2 do mesmo artigo 17.º, na versão da lei n.º 41/2010 – há que observar o disposto no artigo 2.º, n.º 4 do Código Penal se o crime foi cometido anteriormente da entrada em vigor da lei nova).

18 Quanto ao tipo previsto no artigo 17.º, n.º 1 (tal como já anteriormente sucedia com o previsto no artigo 16.º, n.º 1, na versão da Lei n.º 108/2001, de 28.11, embora sem a referência ao titular de alto cargo público), na medida em que o crime supõe, para além do exercício de funções, qualquer acto ou omissão "contrários aos deveres do cargo", coloca-se a questão de saber se apenas estão abrangidas no tipo as condutas que se situem na esfera de competência específica do respectivo titular de cargo político ou alto cargo público. Se assim fosse (como alguns defendiam no domínio do regime anterior), então estaria em causa a fidelidade ao cargo, o que claramente não é (nem era) o bem jurídico protegido no crime de corrupção, embora o seja, por exemplo, no crime de peculato. Comparando a configuração do crime de corrupção com a do crime de peculato, não há dúvidas que neste último se pune, desde logo, a violação daquele dever de fidelidade. Porém, no caso da corrupção, visto o âmbito da incriminação prevista no artigo 17.º, n.º 1, percebe-se (até porque a lei não confere poderes para a realização de actos ilícitos) que o que interessa é a existência de uma «"relação funcional imediata" do agente com o cargo (como diz A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 2001, pp. 665 a 667), por isso sendo essencial que a realização do acto ou omissão "contrários aos deveres do cargo" caibam no âmbito «dos "poderes de facto" inerentes ao exercício das correspondentes funções» (*Ibidem*).

19 Na medida em que é ilícita qualquer negociação relacionada ou dependente do exercício das funções do titular de cargo político ou de alto cargo público, mesmo que esteja em causa a prática de acto não contrário aos deveres do cargo (artigo 17.º, n.º 2), compreende-se que no tipo previsto no artigo 17.º, n.º 1, a prática do acto ou omissão contrários aos deveres do cargo se reportem a actos ou omissões inválidos por «"razões substanciais" ou "de fundo" e não por motivos atinentes à respectiva forma ou competência do agente» (assim, A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 2001, p. 666). É dessa forma, enquanto consubstanciem a realização de actos ou omissões inválidos por razões substanciais, que se devem tratar situações em que o pagamento do suborno se baseie no exercício de "poderes de facto" ou em que "o acto subornado entra nos poderes discricionários" do agente/titular

de cargo político ou de alto cargo público (ver A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 2001, pp. 666 e 667, fazendo referência, ainda, quando estão em causa "poderes discricionários", ao vício do "desvio de poder"). Isto significa que, ainda quando se trata do exercício de poderes de facto ou de poderes discricionários, se o suborno "em nada influiu" na conduta do titular de cargo político ou de alto cargo público, poder-se-á então estar perante uma corrupção imprópria (artigo 17.º, n.º 2).

20 Por sua vez, na previsão do artigo 17.º, n.º 2, que se reporta à prática de qualquer acto ou omissão não contrários aos deveres do cargo, já se percebe que sejam abrangidas quer as condutas que se situem na esfera de competência específica do respectivo titular de cargo político ou alto cargo público, quer as que sejam cometidas no âmbito «dos "poderes de facto" inerentes ao exercício das correspondentes funções», mesmo que a invalidade cometida derive de vícios meramente formais.

21 A corrupção passiva que é cometida pelo "corrompido" (aqui titular de cargo político ou de alto cargo público) é um tipo autónomo e independente da corrupção activa que é praticada pelo corruptor (que pode ser qualquer pessoa, incluindo outro titular de cargo político ou de alto cargo público). Entre o crime de corrupção passiva por um lado e o de corrupção activa por outro lado (que, desde o Código Penal de 1982, passaram a ser concebidos como crimes autónomos, assim se afastando a tese anterior que tratava a corrupção como crime bilateral, no âmbito de uma mesma unidade criminosa) existe uma relação de exclusão. Daí que o corruptor seja punido pelo crime de corrupção activa, não podendo ser considerado como co-autor do crime de corrupção passiva (o mesmo sucedendo na situação inversa em relação ao corrompido). Por sua vez, existirá comparticipação entre o autor do crime (artigo 17.º), isto é, entre o titular de cargo político ou alto cargo público e, por exemplo, a interposta pessoa que actua com o seu consentimento ou ratificação. Importa de qualquer modo distinguir o "acordo" que é pressuposto da co-autoria, do "acordo" que já é o próprio delito (assim, com toda a clareza, A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, p. 43).

22 A corrupção passiva prevista no artigo 17.º, n.º 1 (também designada por corrupção própria), ocorre quando é o titular de cargo político ou alto cargo público (que no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou através de outra pessoa com o seu consentimento ou ratificação), a solicitar ou a aceitar (para si ou para terceiro) vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo.

23 O tipo previsto no artigo 17.º, n.º 1, trata igualmente quer a corrupção antecedente (neste caso quando a aceitação ou solicitação da indevida vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou da sua promessa, ocorre antes da prática do acto ou omissão contrários aos deveres do cargo), quer a corrupção subsequente (aqui quando a solicitação ou aceitação da indevida vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou da sua promessa, ocorre depois da prática do acto ou omissão contrários aos deveres do cargo). O mesmo sucede quando o acto ou omissão em causa não forem contrários aos deveres do cargo (artigo 17.º, n.º 2).

24 Enquadram-se no tipo previsto no artigo 17.º, n.º 1, entre outras, as seguintes condutas cometidas no exercício das suas funções ou por causa delas: a) o titular de cargo político ou de alto cargo público por si solicitar (para si ou para terceiro) vantagem patrimonial ou não patrimonial, para um qualquer acto ou omissão contrário aos deveres do cargo (ainda que anteriores àquela solicitação); b) o titular de cargo político ou de alto cargo público, por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar (para si ou para terceiro) vantagem patrimonial ou não patrimonial, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo (ainda que anteriores àquela solicitação); c) o titular de cargo político ou de

alto cargo público (por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação) solicitar (para si ou para terceiro) a promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo (ainda que anteriores àquela solicitação); d) o titular de cargo político ou de alto cargo público por si aceitar (para si ou para terceiro) vantagem patrimonial ou não patrimonial, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo (ainda que anteriores àquela aceitação); e) o titular de cargo político ou de alto cargo público, por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, aceitar (para si ou para terceiro) vantagem patrimonial ou não patrimonial, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo (ainda que anteriores àquela aceitação); f) o titular de cargo político ou de alto cargo público (por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação) aceitar (para si ou para terceiro) a promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo (ainda que anteriores àquela aceitação).

25 Os mesmos exemplos, embora com as devidas adaptações, podem ser aplicados quando está em causa acto ou omissão não contrários aos deveres do cargo, sendo a vantagem indevida (artigo 17.º, n.º 2).

26 A interposta pessoa, aludida no artigo 17.º, n.º 1, tanto pode agir junto do "corruptor" (quem paga o suborno, que pode ser qualquer pessoa), a mando do titular do cargo político ou de alto cargo público (que fica na retaguarda) e, portanto, com o seu consentimento, como pode agir por sua iniciativa, caso em que o seu acto junto do "corruptor" terá de ser ratificado pelo titular do cargo político ou de alto cargo público (mesmo que qualquer um destes continue na retaguarda). Ou seja, pode nunca chegar a haver contacto directo entre o titular de cargo político ou de alto cargo público e o "corruptor", por tudo ser mediado por outra pessoa (que pode ser qualquer um, *v.g.* familiar, amigo, colega etc.), que actua no lugar daquele (do titular de cargo político ou de alto cargo público), com o seu consentimento ou ratificação. De qualquer modo, caso venha a ser praticado acto ou omitido acto contrário ou não contrário ao dever do cargo, terão estes que ser cometidos pelo titular de cargo político ou de alto cargo público.

27 Para o preenchimento do tipo é indiferente que a indevida vantagem (patrimonial ou não patrimonial) ou a promessa dessa indevida vantagem reverta ou venha a reverter para o próprio titular de cargo político ou de alto cargo público, como para terceiro. Isto significa que continua a verificar-se o crime de corrupção passiva previsto no artigo 17.º, mesmo que a dita vantagem ou suborno venha a reverter a favor de terceiro (que pode ser qualquer pessoa, menos o Estado), o mesmo se passando quando a solicitação ou aceitação da mesma vantagem ou sua promessa seja feita em nome de terceiro, que não o titular de cargo político ou de alto cargo público (embora sempre com o consentimento ou ratificação do sujeito activo).

28 "Solicitar" significa pedir, implicando uma atitude, por regra da iniciativa do autor do crime, mesmo quando este actua através de interposta pessoa, quer com o seu consentimento, quer com a sua ratificação (é, no entanto, concebível que a iniciativa seja da interposta pessoa, desde que depois aquela solicitação seja ratificada pelo titular de cargo político ou de alto cargo público).

29 "Aceitar" significa receber o que foi oferecido ou dado ou prometido, o que pode ser feito quer pelo titular de cargo político ou de alto cargo público, quer através de interposta pessoa, com o seu consentimento ou com a sua ratificação (portanto, a aceitação por interposta pessoa, mesmo sem ouvir previamente o titular de cargo político ou de alto cargo público, pode ser posteriormente por estes ratificada, caso em que o sujeito activo incorre no crime aqui em apreço).

30 A vantagem corresponde a um benefício de natureza patrimonial ou não patrimonial, não tendo que haver qualquer relação de proporcionalidade entre o seu valor e o da prática do acto ou omissão contrários ou não contrários aos deveres do cargo. O valor da vantagem indevida não é elemento normativo típico em qualquer das modalidades do crime previsto no artigo 17.º, embora funcione como agravação (artigo 19.º n.os 1 a 3), consoante for de valor elevado ou de valor consideravelmente elevado. De qualquer modo, para que a conduta assuma dignidade penal sempre será de exigir que a referida vantagem por um lado, "tenha algum valor" (valor que tenha relevo, que tenha significado no caso concreto, *v.g.* em relação àquele concreto titular de cargo político ou de alto cargo público) e, por outro lado, que "a conduta lesiva se revista de algum relevo" (ver a este propósito anotação ao artigo 16.º).

31 As diferenças entre o n.º 1 e n.º 2 do artigo 17.º situam-se a nível do grau de intensidade da lesão do bem jurídico protegido (o crime de corrupção passiva na forma qualificada está previsto no artigo 17.º, n.º 1 e, na forma privilegiada, mais simples – por o acto que é contrapartida da vantagem indevida, não ser contrário aos deveres do cargo – está previsto no artigo 17.º, n.º 2). A corrupção passiva supõe que o titular de cargo político ou de alto cargo público, no exercício de funções ou por causa delas, desvia os poderes (mesmo poderes de facto) que lhe advêm da posição que ocupa, para satisfazer interesses privados (próprios ou alheios). É essa negociação do cargo, traduzida na "violação da esfera de actividade do Estado", que consubstancia a prática do crime de corrupção passiva, seja para acto ilícito (artigo 17.º, n.º 1), seja para acto lícito (artigo 17.º, n.º 2).

32 Na modalidade prevista no artigo 17.º, n.º 1, o agente lesa de forma mais intensa o bem jurídico protegido, na medida em que, à ilicitude que resulta do "mercadejar com o cargo", acresce a ilicitude que decorre da violação dos deveres do cargo (embora em relação ao crime de corrupção passiva previsto no Código Penal, ver, também, Ac. do STJ de 3.10.2002, *in* CJ, Ac. do STJ, X, 3, 185 a 197, acompanhando Almeida Costa). Como já foi referido, o acto praticado ou omitido será contrário aos deveres do cargo quando for inválido por razões substanciais (ver A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, pp. 97, 98 e 109). Por isso, a prática de qualquer acto ou a sua omissão contrários aos deveres do cargo significam precisamente esse tal acréscimo da ilicitude (sendo o acto praticado ou omitido inválido por razões substanciais que não formais), o que tudo se reconduz a um comportamento (acção ou omissão) mais gravoso do corrompido e, nessa medida, merecedor de maior censura do que o que sucede na corrupção passiva imprópria, hoje prevista no artigo 17.º, n.º 2.

33 Ainda a propósito da formulação legal, recorde-se que quer na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adoptada em 31.10.2003 (artigos 15.º e 16.º), quer na Convenção Penal sobre a Corrupção, do Conselho da Europa, assinada em 30.4.1999 (artigos 3.º a 6.º e 9.º), não se estabelece distinção entre a corrupção passiva própria ou imprópria (antes neles se refere – o mesmo sucedendo quanto à corrupção activa – ao comportamento do agente que "pratique ou se abstenha de praticar um acto no exercício das suas funções"). Já no Projecto de lei n.º 111/XI, apresentado pelo grupo parlamentar do CDS-PP, na reunião plenária de 28.1.2010, se apontava no sentido da eliminação da distinção entre corrupção para acto lícito e corrupção para acto ilícito. No entanto, essa solução não veio a ser adoptada, como se verifica pelo teor dos n.os 1 e 2 do artigo 17.º.

34 Na omissão de acto contrário aos deveres do cargo deve incluir-se a demora dolosa na prática do acto, quando a mesma tiver como consequência a perda de eficácia

ou a inutilização dos efeitos que se pretendiam alcançar ou produzir com a sua (do acto) realização.

35 Entre a conduta do corrupto e a prestação do corruptor não tem de haver uma relação de equivalência ou proporcionalidade, nem uma relação de "sinalagma", desde logo porque a consumação do crime de corrupção passiva ocorre independentemente da prática do acto ou da sua omissão pelo corrompido. Mas, de qualquer forma, o suborno é o reverso da "transacção com o cargo", supondo a tal correspondência com o acto ou omissão que o corrompido prestou ou irá prestar (significa, como diz A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 2001, p. 671, que na corrupção "se combinam duas «prestações» recíprocas", sendo uma a do corruptor e a outra a do corrompido).

36 O crime de corrupção passiva (artigo 17.º) consuma-se quando a declaração de vontade do titular de cargo político ou de alto cargo público, solicitando ou aceitando a indevida vantagem (patrimonial ou não patrimonial) ou a sua promessa, chega ao conhecimento do particular ou destinatário: é neste momento que "se verifica a efectiva lesão do bem jurídico da corrupção" (ver A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, p. 96, nota 254, adiantando que antes da exteriorização daquela intenção se está "no âmbito da *nuda cogitatio* ou, quando muito, da tentativa de corrupção passiva"). O mesmo se passa quando está em causa uma corrupção antecedente ou mesmo subsequente.

37 É indiferente para a consumação do crime que, solicitada a indevida vantagem (em que a iniciativa parte do titular de cargo político ou de alto cargo público – eventualmente por interposta pessoa, mas com o seu consentimento ou ratificação – sendo irrelevante que tivesse sido previamente induzida ou provocada pelo interessado na prática do acto ou omissão contrários ou não contrários aos deveres do cargo), a mesma seja recusada pelo particular (que pode ser qualquer pessoa, incluindo outro titular de cargo político ou de alto cargo público).

38 Também, quando há a solicitação ou pedido (feito pelo próprio ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação), a consumação do crime ocorre independentemente do titular de cargo político ou de alto cargo público não chegar a receber a dita vantagem indevida. Igualmente no caso da aceitação de vantagem indevida, é irrelevante para a consumação do crime que, na mesma altura, o corrompido não receba aquela vantagem ou que a aceitação se refira apenas à promessa da vantagem indevida. Isto significa que a "omissão ou a efectiva realização da actividade prometida" pelo titular de cargo político ou de alto cargo público, "bem como o seu carácter lícito ou ilícito mais não representam do que circunstâncias que aumentam ou diminuem a gravidade da infracção" (assim A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, pp. 97 e 98).

39 Uma vez que se podem colocar questões de aplicação da lei no tempo, refira-se que o anterior artigo 16.º, n.º 2, na versão da Lei n.º 108/2001, correspondia ao crime de corrupção passiva em causa criminal previsto no artigo 421.º do Código Penal, na versão de 1982. Se por causa da corrupção, resultar condenação criminal noutro processo em pena mais grave do que a prevista no n.º 1, do mesmo artigo 16.º, seria então essa pena mais grave a que era aplicada ao titular de cargo político. No fundo, procurava-se evitar "injustiças relativas" entre condenados, ainda que julgados separadamente. De qualquer modo, tratava-se apenas de uma indicação sobre a pena a aplicar, caso a condenação noutro processo tivesse transitado em julgado. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 883, classificava o tipo previsto neste artigo 16.º, n.º 2, na versão da lei n.º 108/2001, como "crime agravado pelo resultado (condenação criminal transitada), devendo o resultado agravante ser imputável, pelo menos, a título de negligência".

40 A nova formulação do crime de corrupção passiva (artigo 17.º) não contempla a corrupção passiva imprópria futura, embora exista agora a incriminação prevista no artigo 16.º, que também se traduz numa antecipação da tutela penal (ver anotação ao artigo 16.º). Na versão da Lei n.º 108/2001, de 28/11, a corrupção passiva imprópria futura estava prevista no anterior artigo 17.º, n.º 2. Aí se previa um alargamento da incriminação, na medida em que passava a ser punida a conduta do titular de cargo político que solicitava ou aceitava indevida vantagem (patrimonial ou não patrimonial) de "pessoa que perante ele tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício das suas funções". Isto significava que aqui era irrelevante a contra-prestação (prática de acto ou a sua omissão) do titular de cargo político. Sancionava-se a criação do tal clima de permeabilidade, precisamente por propiciar a corrupção. A antecipação da tutela penal era justificada na medida em que se tratava da aceitação ou solicitação de vantagens indevidas que estavam relacionadas com as competências funcionais do titular de cargo político (Como diz CLÁUDIA CRUZ SANTOS, op. cit., 2009, p. 133, "o que se pretende evitar é o mercadejar com o cargo e a negociação de um acto praticado ou a praticar, ainda que hipotético"). No entanto, mesmo nesse caso, sempre haveria que ponderar as circunstâncias do caso concreto, para se aferir se o particular (que podia ser qualquer pessoa, inclusive outro titular de cargo político) podia vir a ter no futuro qualquer pretensão dependente do exercício das funções do titular de cargo político (por exemplo, se o particular nunca tivesse tido qualquer pretensão submetida a apreciação do titular de cargo político, se este no dia seguinte ao recebimento ou solicitação da vantagem indevida apresentasse a sua demissão, não se poderia considerar preenchido o tipo então previsto no artigo 17.º, n.º 2, embora pudesse incorrer noutro tipo legal, *v.g.* crime de burla, verificados todos os seus pressupostos).

41 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente, titular de cargo político ou de alto cargo público, em qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal). Embora seja difícil configurar situações de erro, aplica-se a esse nível o regime geral previsto no Código Penal nos artigos 16.º e 17.º (ver, por exemplo, embora em relação ao crime de corrupção passiva previsto no Código Penal, Ac. do TRC de 10.4.2002, *in* CJ, XXVII, 2, 52 a 55, Ac. do TRC de 2.10.2002, *in* CJ, XXVII, 4, 45 a 48 e Ac. do TRC de 2.10.2002, *in* CJ, XXVII, 5, 38 a 41).

42 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). O consentimento/acordo de particular não exclui a ilicitude da conduta do agente, nem afasta a tipicidade, uma vez que sempre existe o negociar do cargo para fins privados do agente ou de terceiro.

43 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal. A questão que se pode colocar é a nível da qualificação do acto como preparatório ou como acto de execução. Se a solicitação ou a aceitação da vantagem indevida não chegam ao conhecimento do particular (que pode ser qualquer pessoa), mas "o meio utilizado para comunicar o «pedido» ou a «aceitação» satisfaz as exigências da teoria da «adequação» ou da «causalidade adequada»" (tendo em conta "as regras de experiência comum" e "os hábitos ou práticas correntes do sector") estar-se-á perante acto de execução, sendo punida a tentativa de corrupção passiva (assim, A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, p. 101). Caso contrário, estar-se-á perante a prática de um acto preparatório não punido.

A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político ou de alto cargo público, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal. Como já foi dito o corruptor (que pode ser qualquer pessoa, inclusive outro titular de cargo político ou de alto cargo público) é punido autonomamente (artigo 18.º), não podendo ser considerado como comparticipante no crime de corrupção passiva. **44**

Dependendo dos factos que se apurarem, poderá existir uma situação de **concurso** aparente entre o crime de corrupção passiva (artigo 17.º) e o crime de prevaricação (artigo 11.º) ou o crime de denegação de justiça (artigo 12.º) ou o de abuso de poderes (artigo 26.º), devendo o agente ser punido pelo crime previsto no artigo 17.º, por o bem jurídico nele protegido ser mais amplo e incluir os tutelados nas restantes incriminações. Já entre o crime previsto no artigo 17.º e o de participação económica previsto no artigo 23.º, n.º 1 (o que sempre exigirá que se apurem factos diferentes, integradores de conduta diversa daquela que integra o crime de corrupção passiva), existirá, como diz CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 734 e 735, em relação aos correspondentes crimes previstos no Código Penal, "uma relação de exclusão", por se tratarem "de situações diferentes" (explica a mesma Autora que, enquanto no crime de corrupção a vantagem indevida "aparece como contrapartida de um determinado comportamento" e, assim, "é exterior a esse comportamento, na participação económica, a vantagem é a própria participação económica, a qual é lesiva dos interesses patrimoniais confiados ao agente"). Entre o crime previsto no artigo 17.º, n.º 2 e o crime de participação económica previsto no artigo 23.º, n.os 2 e 3, enquanto seguindo CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 735, ter-se-á de concluir que, apesar de haver uma maior semelhança (porque em ambos os casos "a vantagem é exterior ao comportamento do agente"), devem continuar a distinguir-se (na medida em que a vantagem, na participação económica aparece como resultado do comportamento do agente mas, na corrupção passiva, surge como condição ou contrapartida para praticar ou omitir um acto não contrário aos deveres do cargo, havendo aqui uma ilicitude mais grave), já seguindo a tese de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 897, pode admitir-se que o crime de participação económica previsto no artigo 23.º, n.º 2, é consumido pelo crime de corrupção passiva previsto no artigo 17.º, n.º 2. Por sua vez, entre o crime previsto no artigo 373.º do Código Penal e o crime previsto no artigo 17.º (admitindo-se que o agente, titular de cargo político ou de alto cargo público, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário – cf. também artigo 28.º do Código Penal) existirá um concurso aparente (relação de especialidade), tal como recorda PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 883. Quando estiverem em causa a prática de diferentes actos ou omissões, uns contra os deveres do cargo e outros não contrários aos deveres do cargo, havendo diferentes resoluções, poderá configurar-se uma situação de concurso efectivo de crimes previstos quer no artigo 17.º, n.º 1, quer no artigo 17.º, n.º 2. Se, por exemplo, a aceitação ou solicitação da vantagem indevida englobar, em contrapartida, a prática ou a omissão de vários actos pelo corrompido, poder-se-á estar perante um único crime de corrupção passiva, a punir pelo tipo previsto no artigo 17.º, n.º 1, se um desses actos ou a sua omissão for contrário aos deveres do cargo. **45**

A moldura legal da **pena** no caso do n.º 1 do artigo 17.º é de prisão de 2 a 8 anos, moldura esta mais elevada no limite mínimo em relação ao crime de corrupção passiva previsto no artigo 373.º, n.º 1, do Código Penal (diferença essa que já existia anteriormente). Será a qualidade do agente/titular de cargo político ou de **46**

alto cargo público que fundamenta a maior gravidade da pena a nível do limite mínimo em relação ao agente/funcionário.

47 A moldura legal (2 a 5 anos) que resulta do artigo 17.º, n.º 2, é superior no seu limite mínimo em relação à prevista no artigo 373.º, n.º 2, do Código Penal (justificando-se igualmente aquela agravação do limite mínimo pela superior qualidade do agente na Lei n.º 34/87). De notar que, por comparação com o regime anterior (artigo 17.º na versão da Lei n.º 108/2001, de 28.11, onde se previa a moldura de pena de prisão até 3 anos ou pena de multa até 300 dias), houve um agravamento substancial, ficando por explicar a sua proximidade (a nível do limite máximo) em relação ao crime de recebimento indevido de vantagem (artigo 16.º). Aliás, parece sobrar algum desequilíbrio quando se comparam as molduras legais previstas nos artigos 16.º, 17.º, n.º 2 e 18.º.

48 As molduras das penas aplicáveis previstas no artigo 17.º são agravadas (elevadas) de um quarto nos seus limites mínimo e máximo (cumulativo) se a vantagem indevida recebida for de valor elevado (artigo 19.º, n.º 1) e de um terço (também nos seus limites mínimo e máximo) se a vantagem for de valor consideravelmente elevado (artigo 19.º, n.º 2). Os conceitos de valor elevado e de valor consideravelmente elevado correspondem aos previstos no artigo 202.º, als. a) e b) do Código Penal, face ao disposto no artigo 19.º, n.º 3. A moldura penal é também agravada (elevada de um terço nos seus limites mínimo e máximo) nos termos do artigo 19.º, n.º 4, quando o agente actue nos termos do artigo 12.º do Código Penal, embora sem prejuízo do disposto no artigo 11.º do mesmo código.

49 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político (ao contrário do que sucede com o titular de alto cargo público) pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). Com efeito, o artigo 6.º da Lei n.º 34/87 refere-se apenas aos crimes cometidos por titular de cargo político nas condições aí indicadas.

50 O agente (seja titular de cargo político, titular de alto cargo público ou qualquer pessoa) é dispensado de pena nos termos do artigo 19.º-A, n.º 1 e a pena é especialmente atenuada desde que se verifiquem os pressupostos do n.º 2 do mesmo preceito.

51 O agente é dispensado de pena sempre que: a) tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração de procedimento criminal; b) 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; ou c) antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição.

52 Por sua vez, a pena é especialmente atenuada se o agente: a) até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; ou b) tiver praticado o acto a solicitação do titular de cargo político ou de alto cargo público, directamente ou por interposta pessoa, com excepção do caso previsto no n.º 3 do artigo 18.º.

53 Conferindo o disposto no artigo 19.º-A com o anterior artigo 19.º, na redacção da Lei n.º 108/2001, de 28.11, nota-se que houve a preocupação de ajustar o estatuto de arrependido, tornando-o mais apelativo e convidativo (no sentido de chamar e aproximar o arrependido dos órgãos de investigação e do tribunal, colaborando com a justiça). Haverá, ainda, que introduzir melhorias, sob pena de poder não compensar ao arrependido (e, portanto, não se sentir atraído pelos "prémios" que lhe são oferecidos) colaborar no combate deste tipo de criminalidade.

Ao premiar, nestes casos, a actuação dos chamados "arrependidos activos", o **54**
legislador está a procurar obter meios de prova (difíceis de conseguir) e, ao mesmo tempo, a tentar combater este tipo de criminalidade que vai proliferando. Igual regime foi estabelecido, com as devidas adaptação, no Código Penal (artigo 374.º-B). Com relevo nesta matéria ver também artigo 8.º da Lei n.º 36/94 (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), de 29.9. No mesmo sentido, tendo em atenção "crimes de especial dificuldade de investigação", veja-se a Resolução da Assembleia da República n.º 14/2010, *in* DR, 1.ª Série, de 26.2.2010, recomendando ao Governo que: "1 – Preveja na lei de política criminal, aprovada ao abrigo do disposto no artigo 7.º da Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, a obrigatoriedade de o Ministério Público promover, de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, a aplicação do comummente denominado «estatuto de arrependido» aos arguidos ou condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 372.º, 373.º, 374.º, 375.º, 377.º, 379.º, 382.º, 383.º, 384.º e 385.º-A do Código Penal, dos crimes previstos nos artigos 16.º, 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, alterada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, dos crimes previstos nos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, e ainda do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção."
Também aqui, embora apenas em relação aos titulares de cargos políticos, se **55**
colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 18.º
Corrupção activa

1. Quem por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou com o conhecimento destes, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º 1 do artigo 17.º, é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

2. Se o fim for o indicado no n.º 2 do artigo 17.º, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.

3. O titular de cargo político ou de alto cargo público que no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário ou a outro titular de cargo político ou de alto cargo público, ou a terceiro com conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, com os fins indicados no artigo 17.º, é punido com as penas previstas no mesmo artigo.

(Com as alterações da Lei n.º 41/2010, de 3.9)

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotações 5 a 7)
O tipo objectivo (anotações 8 a 21)
O tipo subjectivo (anotação 22)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 23)
A tentativa (anotação 24)
A comparticipação (anotação 25)
O concurso (anotação 26)
A pena (anotações 27 a 35)

1 A **fonte** remota desta incriminação é o crime previsto no artigo 321.º do Código Penal de 1886, sucedendo-lhe no Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, o crime de corrupção activa previsto no artigo 423.º (que se inspirou no correspondente artigo 450.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, pp. 478 e 479).

2 Entretanto, no Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, foram sugeridas alterações (designadamente em relação à diminuição da moldura abstracta da pena). Com o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, o referido crime de corrupção activa passou a estar previsto no artigo 374.º, punindo, além da corrupção activa própria, a corrupção activa imprópria. Posteriormente ao DL n.º 48/95 a referida incriminação prevista no Código Penal não sofreu qualquer alteração.

3 Diremos, assim, que este crime de corrupção activa (artigo 18.º), na redacção original da Lei n.º 34/87, inspirou-se no artigo 423.º do Código Penal, na versão de 1982 (o qual, por sua vez, se baseou no artigo 450.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia). Posteriormente, através da Lei n.º 108/2001, de 28.11, o artigo 18.º sofreu nova redacção (que foi inovadora quanto ao seu n.º 3, sendo as alterações introduzidas aos restantes números, semelhantes ao regime previsto nos n.os 1 e 2 do artigo 374.º do Código Penal, na versão do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3).

4 As alterações agora introduzidas pela Lei n.º 41/2010, de 3.9, consistem, em traços gerais, no seguinte: i) o crime de corrupção activo previsto neste artigo 18.º passou a poder ser também cometido por titular de alto cargo público (definido nos termos do artigo 3.º-A da mesma Lei); ii) foram em geral elevadas as molduras abstractas da pena nas diferentes modalidades previstas na incriminação; iii) foram criadas novas circunstâncias agravantes, não só em função do valor elevado ou consideravelmente elevado da vantagem dada ou prometida, como atendendo à qualidade do agente, "quando praticar o acto em representação de pessoa colectiva" (artigo 19.º) e, bem assim, foi melhorado o regime de dispensa e atenuação de pena (artigo 19.º-A).

5 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 18.º) é, de acordo com o Projecto de Lei n.º 222/XI (apesar das posteriores alterações que sofreu), a autonomia intencional do Estado.

6 Protege-se (tal como já sucedia anteriormente) o exercício de funções de acordo com o interesse público da comunidade, exigindo-se que o titular de cargo político ou de alto cargo público desenvolva a sua actividade (sem solicitação ou aceitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida, ou a sua promessa) com observância da legalidade no desempenho funcional e actuação orientada pela objectividade, imparcialidade e transparência. A criminalização das diferentes modalidades da corrupção visa melhor proteger a actividade funcional dos organismos públicos de ataques internos ou externos que subvertam a sua finalidade. Está vedado ao titular de cargo político ou de alto cargo público (por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação) qualquer negociação relacionada ou dependente do exercício das suas funções. Daí que o corruptor activo também tenha que ser punido.

7 O titular de cargo político ou de alto cargo público não pode desviar ou manipular os poderes que lhe foram conferidos pela titularidade do cargo para satisfazer interesses privados próprios ou alheios. Por isso, não pode haver qualquer tipo de confusão (mistura ou interferência) entre a prossecução do interesse público subjacente ao exercício do cargo e a satisfação de qualquer interesse privado alheio ao referido desempenho funcional. Valem aqui, com as devidas adaptações, as demais considerações feitas a propósito do bem jurídico protegido nos crimes previstos nos artigos 16.º e 17.º (que, como é lógico, também justificam a punição

do corruptor activo, que pode ser qualquer pessoa, incluindo outro titular de cargo político ou de alto cargo público, o que nestes dois últimos casos sempre é mais grave e justificará uma maior censura).

8 O **tipo objectivo** previsto quer no n.º 1 quer no n.º 2 do artigo 18.º consiste em alguém, por si ou por interposta pessoa (neste último caso com o seu consentimento ou ratificação), dar ou prometer a titular de cargo político ou alto cargo público, ou a terceiro por indicação ou com o conhecimento destes, vantagem patrimonial ou não patrimonial, com o fim indicado no artigo 17.º, n.º 1 (no caso do n.º 1 do artigo 18.º) ou com o fim indicado no artigo 17.º, n.º 2 (no caso do n.º 2 do artigo 18.º), enquanto o previsto no n.º 3 do mesmo artigo 18.º, ocorre quando o titular de cargo político ou de alto cargo público, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa (neste último caso com o seu consentimento ou ratificação), der ou prometer a funcionário ou a outro titular de cargo político ou de alto cargo público, ou a terceiro com o conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, com os fins indicados no artigo 17.º.

9 A incriminação prevista no artigo 18.º, na modalidade de dar vantagem indevida, será um crime de dano na medida em que exige lesão do bem jurídico protegido, enquanto na modalidade de prometer vantagem indevida já será crime de perigo abstracto (assim, embora em relação ao crime de corrupção activa previsto na lei penal geral na versão anterior à lei n.º 32/2010, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 887; contra, A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 2001, p 682).

10 Quanto ao objecto da acção, também aqui se poderá aplicar a argumentação dos mesmos Autores, em relação ao crime de corrupção activa previsto no Código Penal na versão anterior à lei n.º 32/2010, isto é: seguindo a tese de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 887, defender-se-á que se trata de crime de resultado quando está em causa a modalidade de "dar" vantagem indevida, tratando-se de crime de mera actividade quando a modalidade já é a da "promessa" de vantagem indevida; seguindo a tese de A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 2001, p. 683, sustentar-se-á que antes se trata de crime de resultado «cuja consumação depende da verificação de um "evento" que está para além da conduta do agente, i. e., do facto de a oferta/promessa de suborno ou a anuência à sua solicitação chegarem, nos termos expostos, ao conhecimento do funcionário" (aqui do titular de cargo político ou de alto cargo público ou de terceiro por indicação ou com conhecimento destes no caso do n.º 1 ou de funcionário, ou de outro titular de cargo político ou de alto cargo público, ou de terceiro com o conhecimento destes, no caso do n.º 3 do mesmo artigo 18.º).

11 Sujeito activo/agente nas modalidades previstas nos n.os 1 e 2 do artigo 18.º (que apenas se distinguem quanto ao fim – o do artigo 17.º, n.º 1 ou o do artigo 17.º, n.º 2 – que se pretende alcançar com o acto de dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial) é qualquer pessoa (por isso aqui se trata de crime comum), enquanto na modalidade prevista no n.º 3 do mesmo preceito (cujos fins são os indicados no artigo 17.º) é o titular de cargo político (nacional ou equiparado) que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1 e n.º 2, da Lei n.º 34/87, bem como o titular de alto cargo público que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º-A., nos termos já acima indicados em anotação aos artigos 7.º e 16.º (tratando-se aqui de crime específico). Obviamente que, consoante a data em que os factos forem cometidos, assim haverá que observar ou não o disposto nos artigos 1 e 2 n.º 1 e 4 do Código Penal.

12 No caso dos n.os 1 e 2 do artigo 18.º, o corruptor (que pode ser qualquer pessoa) dá ou promete a titular de cargo político ou de alto cargo público ou a terceiro por

indicação ou com o conhecimento destes, vantagem patrimonial ou não patrimonial respectivamente com o fim indicado no artigo 17.º, n.º 1 (ou seja, para o titular de cargo político ou de alto cargo público realizar ou omitir qualquer acto contrário aos deveres do cargo) ou com o fim indicado no artigo 17.º, n.º 2 (para o titular de cargo político ou de alto cargo público realizar ou omitir qualquer acto não contrário aos deveres do cargo).

13 No caso do n.º 3 do mesmo artigo 18.º, o corruptor (titular de cargo político ou de alto cargo público, no exercício das suas funções ou por causa delas, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação) dá ou promete a funcionário ou a outro titular de cargo político ou de alto cargo público ou a terceiro com o conhecimento deste, vantagem patrimonial ou não patrimonial indevida com os fins indicados no artigo 17.º (ou seja, para o titular de cargo político ou de alto cargo público realizar ou omitir qualquer acto contrário ou não contrário aos deveres do cargo). Esta interpretação é actualmente admissível uma vez que o anterior crime de corrupção passiva para acto lícito perdeu autonomia, passando a ser contemplado no artigo 17.º, n.º 2.

14 Note-se que, no tipo previsto no artigo 18.º, n.º 3, na versão da Lei n.º 108/2001, de 28.11, não havia qualquer referência quando o fim era o da prática ou omissão de acto lícito (então previsto no artigo 17.º). No entanto, essa omissão, não significava que o agente do crime (apenas titular de cargo político) ficasse impune. Nesse caso, a conduta do corruptor/titular de cargo político era punida nos termos do artigo 18.º, n.º 2. No entanto, dessa opção sempre sobressaia alguma incoerência do legislador não só a nível do conteúdo do n.º 3, do artigo 18.º, na versão da Lei n.º 108/2001, de 28.11 (que omitia a referência aos fins indicados no então artigo 17.º), como a nível da sanção a aplicar ao titular de cargo político, que passava neste caso a ser punido dentro da mesma moldura que era aplicada ao cidadão comum que actuava como corruptor (não sendo aplicável a agravação especial prevista no artigo 5.º, por se tratar de crime especial previsto na Lei n.º 34/87 e, por isso, não se tratar de crime "previsto na lei penal geral").

15 Com o crime de corrupção activa pune-se o corruptor, independentemente de não se consumar o crime de corrupção passiva. Portanto, a existência do crime de corrupção activa não está subordinada à verificação do crime de corrupção passiva. É indiferente para o preenchimento do crime de corrupção activa que o funcionário, o titular de cargo político ou de alto cargo público ou o terceiro com o conhecimento destes (consoante os tipos previstos no artigo 18.º) aceite ou recuse a vantagem (que naturalmente é sempre indevida) dada ou prometida pelo corruptor (seja ele qualquer pessoa ou seja mesmo titular de cargo político ou de alto cargo público). No entanto, tal como sucede na corrupção passiva, também no crime previsto no artigo 18.º a declaração do corruptor, de dar ou prometer vantagem indevida, terá de chegar ao conhecimento do destinatário para ocorrer a consumação.

16 Distinta é a questão de saber se o meio de comunicação usado pelo corruptor é adequado para chegar ao conhecimento do destinatário ou mesmo se a vantagem indevida dada ou prometida é apta e adequada aos fins (indicados no artigo 17.º consoante a modalidade da corrupção activa em causa) que o corruptor visa alcançar. Neste último aspecto (quer quanto ao meio de comunicação usado, quer quanto à vantagem indevida prometida ou dada) haverá que apurar se estão satisfeitas as exigências da teoria da «adequação» ou da «causalidade adequada»", tendo ainda em conta "as regras de experiência comum", sendo certo que cremos que não haverá "hábito ou prática corrente", no domínio da actividade política ou mesmo na esfera onde se movem os titulares de altos cargos públicos, de receber qualquer

tipo de vantagens indevidas (de qualquer modo, sempre será de ressalvar o caso da vantagem indevida prometida ou dada ser insuficiente segundo as regras da adequação mas, apesar disso, ter sido aceite pelo destinatário, como refere A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, pp. 139 e 140).

17 "Der ou prometer" vantagem indevida com determinado fim (seja o indicado no artigo 17.º, n.º 1, seja o indicado no artigo 17.º, n.º 2), no contexto do artigo 18.º, terá o sentido de entrega de dádiva (ou seja de oferta) ou promessa de entrega de dádiva (ou seja promessa de oferta). Aparecendo no tipo apenas a referência ao "der ou prometer" vantagem indevida é nesse contexto que deverá ser interpretado o sentido de tais palavras (ver anotação ao artigo 16.º).

18 Quem dá ou oferece pretende transferir algo para outrem, mas isso não significa que nesse momento se efectiva essa transferência (uma vez que em ambas as situações a transferência da vantagem para a esfera do destinatário só ocorre com a sua aceitação ainda que implícita). Portanto, o acto de dar vantagem a outrem exige também aceitação (ainda que implícita) do destinatário, admitindo igualmente a sua recusa, razão pela qual será de afastar uma interpretação restritiva no sentido de pressupor que "dar" significa que já foi aceite pelo destinatário e, nessa medida, seria diferente da "oferta" por esta ainda poder ser recusada (contra PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., 887).

19 Olhando para o bem jurídico protegido, dar ou prometer vantagem indevida significa ainda a oferta ou promessa de oferta de vantagem indevida, não ficando vedado ao destinatário rejeitar aquilo que foi dado ou oferecido. Depois, também não se pode esquecer que, sendo o crime de corrupção activa autónomo em relação ao crime de corrupção passiva, é indiferente para o preenchimento do tipo a atitude do destinatário da dádiva ou da sua promessa (sendo, por isso, neste aspecto irrelevante que aceite ou recuse a indevida vantagem dada ou prometida). O crime de corrupção activa censura a acção do "corruptor", não estando dependente de uma qualquer atitude ou sinal (no sentido da aceitação) por parte do funcionário ou do titular de cargo político ou de alto cargo público ou do terceiro por indicação ou com o conhecimento destes (ver n.º 1 e n.º 2 do artigo 18.º) a quem se destina ou dirige directa ou indirectamente a vantagem indevida que foi dada ou prometida (é que o crime de corrupção activa consuma-se quando a "dádiva" ou "promessa" de vantagem indevida chegar ao conhecimento do destinatário, não estando dependente da sua aceitação ou rejeição).

20 Tanto é punida a corrupção activa própria (que funciona como tipo qualificado, conforme o disposto nos n.os 1 e 3 do artigo 18.º, com remissão para o artigo 17.º, n.º 1) e a corrupção activa imprópria (que funciona como tipo base, estando prevista no n.º 2 e também no n.º 3 do artigo 18.º, quando remete para o artigo 17.º, nele se incluindo o n.º 2), como a antecedente (quando a dádiva ou promessa de indevida vantagem patrimonial ou não patrimonial ocorre antes da prática do acto ou omissão contrários aos deveres do cargo ou ocorre antes da prática do acto ou omissão não contrários aos deveres do cargo) ou a subsequente (quando a dádiva ou promessa da indevida vantagem patrimonial ou não patrimonial ocorre depois da prática do acto ou omissão contrários aos deveres do cargo ou ocorre depois da prática do acto ou omissão não contrários aos deveres do cargo). Valem aqui, com as devidas adaptações, as considerações que a esse respeito foram feitas em anotação ao artigo 17.º.

21 O crime de corrupção activa previsto no artigo 18.º, em qualquer das suas modalidades, consuma-se quando a declaração do corruptor (de dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial, com uma das finalidades ali previstas) chega ao conhecimento do destinatário, tal como sucede (como as devidas adaptações) no

crime de corrupção passiva. Será indiferente, para a consumação do crime que o destinatário aceite ou recuse aquela indevida vantagem patrimonial ou não patrimonial dada ou prometida.

22 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente em qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal). Embora seja difícil configurar situações de erro, aplica-se a esse nível o regime geral previsto no Código Penal (artigos 16.º e 17.º).

23 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º).

24 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal. A questão que se pode colocar é a nível da qualificação do acto como preparatório ou como acto de execução. Se a dádiva (incluindo a oferta) ou a promessa de vantagem indevida não chegam ao conhecimento do destinatário, mas "o meio utilizado para comunicar o «pedido» ou a «aceitação» satisfaz as exigências da teoria da «adequação» ou da «causalidade adequada»" (tendo em conta "as regras de experiência comum" e as circunstâncias do caso concreto) estar-se-á perante acto de execução, sendo punida a tentativa de corrupção activa (ver A. M. ALMEIDA COSTA, op. cit., 1987, pp. 101 e 139). Caso contrário, estar-se-á perante a prática de um acto preparatório não punido.

25 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. No caso do artigo 18.º, n.º 3, como se trata de crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político ou de alto cargo público, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

26 Dependendo dos factos que se apurarem, quando o autor do crime de corrupção activa for um titular de cargo político poderá existir uma situação de **concurso** efectivo entre o crime de corrupção activa (artigo 18.º, n.º 3) e, por exemplo, o crime de denegação da justiça (artigo 12.º) ou de violação de segredo (artigo 27.º) previstos na Lei n.º 34/87 (crimes esses que – ressalvado o previsto no artigo 18.º - só podem ser cometidos pelo titular de cargo político). Quando o sujeito activo for titular de cargo político ou de alto cargo público poderá existir uma situação de concurso aparente entre o crime de corrupção activa previsto no artigo 18.º, n.º 1 e o previsto no artigo 18.º, n.º 3, devendo o agente ser punido por esta última modalidade (dada a relação de especialidade existente entre ambos). Também se poderá configurar uma situação de concurso aparente (relação de especialidade) entre o crime previsto no artigo 374.º do Código Penal e o crime previsto no artigo 18.º da Lei n.º 34/87 (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 888). Entre o crime de corrupção activa e o crime de corrupção passiva existe uma relação de exclusão.

27 A moldura legal da **pena** varia consoante a modalidade de corrupção activa em causa (a prevista no n.º 1 do artigo 18.º é de pena de prisão de 2 a 5 anos; a prevista no seu n.º 2 é de pena de prisão de 1 mês até 5 anos; a do n.º 3, se o fim for o indicado no artigo 17.º, n.º 1, será de pena de prisão de 2 a 8 anos e, se o fim for o indicado no artigo 17.º, n.º 2, será de pena de prisão de 2 a 5 anos). As molduras previstas no artigo 18.º n.º 1 e 2 são superiores às previstas no artigo 374.º, n.^{os} 1 e 2 do Código Penal, apesar de também ali o sujeito activo ser qualquer pessoa. Comparando as diferentes molduras nos quatro casos previstos neste artigo 18.º com as dos crimes previstos nos artigos 16.º e 17.º, bem como com as dos artigos 372.º a 374.º do Código Penal, sem esquecer a ressonância do bem jurídico protegido, não seria desadequado ter estabelecido algumas diferenciações (principalmente

nos tipos legais cujos limites máximos da pena de prisão são de 5 anos), como já acima foi assinalado (ver anotações aos artigos 16.º e 17.º).

28 As molduras das penas aplicáveis previstas no artigo 18.º são agravadas (elevadas) de um quarto nos seus limites mínimo e máximo (cumulativo) se a vantagem indevida recebida for de valor elevado (artigo 19.º, n.º 1) e de um terço (também nos seus limites mínimo e máximo) se a vantagem for de valor consideravelmente elevado (artigo 19.º, n.º 2). Os conceitos de valor elevado e de valor consideravelmente elevado correspondem aos previstos no artigo 202.º, als. a) e b) do Código Penal, face ao disposto no artigo 19.º, n.º 3. A moldura penal é também agravada (elevada de um terço nos seus limites mínimo e máximo) nos termos do artigo 19.º, n.º 4, quando o agente actue nos termos do artigo 12.º do Código Penal, embora sem prejuízo do disposto no artigo 11.º do mesmo código.

29 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político (ao contrário do que sucede com o titular de alto cargo público) pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). Com efeito, o artigo 6.º da Lei n.º 34/87 refere-se apenas aos crimes cometidos por titular de cargo político nas condições aí indicadas.

30 O agente (seja titular de cargo político, titular de alto cargo público ou qualquer pessoa) é dispensado de pena nos termos do artigo 19.º-A, n.º 1 e a pena é especialmente atenuada desde que se verifiquem os pressupostos do n.º 2 do mesmo preceito.

31 O agente é dispensado de pena sempre que: a) tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do acto e sempre antes da instauração de procedimento criminal; b) 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; ou c) antes da prática do facto, retirar a promessa ou recusar o oferecimento da vantagem ou solicitar a sua restituição.

32 Por sua vez, a pena é especialmente atenuada se o agente: a) até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis; ou b) tiver praticado o acto a solicitação do titular de cargo político ou de alto cargo público, directamente ou por interposta pessoa, com excepção do caso previsto no n.º 3 do artigo 18.º.

33 Conferindo o disposto no artigo 19.º-A com o anterior artigo 19.º, na redacção da Lei n.º 108/2001, de 28.11, nota-se que houve a preocupação de ajustar o dito "estatuto de arrependido", tornando-o mais apelativo e convidativo (no sentido de chamar e aproximar o arrependido dos órgãos de investigação e do tribunal, colaborando com a justiça). Haverá, ainda, que introduzir melhorias, sob pena de poder não compensar ao arrependido (e, portanto, não se sentir atraído pelos "prémios" que lhe são oferecidos) colaborar no combate deste tipo de criminalidade.

34 Ao premiar, nestes casos, a actuação dos chamados "arrependidos activos", o legislador está a procurar obter meios de prova (difíceis de conseguir) e, ao mesmo tempo, a tentar combater este tipo de criminalidade que vai proliferando. Igual regime foi estabelecido, com as devidas adaptação, no Código Penal (artigo 374.º-B). Com relevo nesta matéria ver também artigos 8.º e 9.º da Lei n.º 36/94 (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), de 29.9. No mesmo sentido, tendo em atenção "crimes de especial dificuldade de investigação", veja-se a Resolução da Assembleia da República n.º 14/2010, *in* DR, 1.ª Série, de 26.2.2010, recomendando ao Governo que: "1. Preveja na lei de política criminal, aprovada ao abrigo do disposto no artigo 7.º da Lei n.º 17/2006, de 23

de Maio, a obrigatoriedade de o Ministério Público promover, de acordo com as directivas e instruções genéricas aprovadas pelo Procurador-Geral da República, a aplicação do comummente denominado «estatuto de arrependido» aos arguidos ou condenados pela prática dos crimes previstos nos artigos 372.º, 373.º, 374.º, 375.º, 377.º, 379.º, 382.º, 383.º, 384.º e 385.º-A do Código Penal, dos crimes previstos nos artigos 16.º, 17.º e 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, alterada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, dos crimes previstos nos artigos 8.º, 9.º, 10.º e 11.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de Agosto, e ainda do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção."

35 Também aqui, embora apenas em relação aos titulares de cargos políticos, se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 18-A.º
Violação de regras urbanísticas

1. O titular de cargo político que informe ou decida favoravelmente processo de licenciamento ou de autorização ou preste neste informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis, consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas, é punido com pena de prisão até 3 anos ou multa.

2. Se o objecto da licença ou autorização incidir sobre via pública, terreno da Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos ou multa.

(Introduzido pela Lei n.º 41/2010, de 3.9)

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 18)
O bem jurídico (anotações 19 a 22)
O tipo objectivo (anotações 23 a 34)
O tipo subjectivo (anotação 35)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 36)
A tentativa (anotação 37)
A comparticipação (anotação 38)
O concurso (anotação 39)
A pena (anotações 40 a 44)

1 A **fonte** desta incriminação será, desde logo, o artigo 320.º do Código Penal Espanhol, aprovado pela LO n.º 10/1995, de 23.11, o qual foi integrado no Livro II (*delitos e suas penas*), no título XVI (*sobre os delitos relativos ao ordenamento do território e à protecção do património historio e do meio ambiente*), capítulo I (*dos delitos sobre o ordenamento do território*). Esse artigo 320.º tem a seguinte redacção: "1. *La autoridad o funcionário público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concessión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado com la pena estabelecida en el articulo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionário público que por si mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concessión a sabiendas de*

su injusticia." No referido artigo 404.º estabelece-se a pena de inabilitação especial para emprego ou cargo público pelo período de 7 a 10 anos.

2 Tal preceito terá surgido na sequência, entre outros, da Decisão do Tribunal Constitucional n.º 149/1991, publicada no BOE de 29.7.1991, que estabelecia que "na legislação sobre o ordenamento do território, as autoridades públicas devem assegurar a inscrição de princípios relativos à melhor utilização dos recursos do solo e outros elementos ambientais, sempre com o objectivo de atingir os mais altos níveis de qualidade de vida e respeito do habitat humano, sob a perspectiva de aumento do bem-estar individual e desenvolvimento social" (*apud* DAR, II Série-A, de 24.4.2010, p. 46).

Para o legislador penal português, dir-se-á que foi o princípio do desenvolvimento sustentável (económico, social e ambiental) e o alarme social decorrente da corrupção urbanística (igualmente geradora do descrédito das instituições e até do regime democrático) que o levaram a garantir condições de sustentabilidade social, particularmente a nível do ordenamento do território e do urbanismo, perspectivado como problema ambiental carecido de eficaz e prioritária protecção. Visa-se, por um lado, eliminar consequências negativas relacionadas com o impacto ambiental, gerador de danos e prejuízos e, por outro lado, preservar os "recursos naturais da terra", promover uma "utilização racional do solo", melhorar a qualidade do meio ambiente e, dessa forma, elevar a qualidade de vida, tal como vinha sendo preconizado e incentivado internacionalmente (*v.g*. Declaração de Estocolmo de 1972, Relatório *Brundtland* de 1987, Declaração do Rio de Janeiro sobre o desenvolvimento e meio ambiente, de 16.6.1992, Declaração de Nova Delhi, apresentada na Assembleia Geral das Nações Unidas em Agosto de 2002) e inclusivamente pela própria União Europeia (através de uma série de iniciativas, *v.g*. a Directiva 85/337/CEE do Conselho, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente, a Directiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Junho de 2001, relativa à avaliação dos efeitos de determinados planos e programas no ambiente, a Comunicação da Comissão de 15.5.2001, sobre o desenvolvimento sustentável na Europa para um mundo melhor: estratégia da União Europeia a favor do desenvolvimento sustentável – COM (2001) 264 –, a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma estratégia temática sobre ambiente urbano – COM (2005) 0718 final –, a Estratégia de Lisboa, a Declaração do Conselho da Europa de 15 e 16 de Junho de 2006).

3 À decisão de criminalização (com a introdução no Código Penal espanhol de vários tipos legais nesta área, para além do referido artigo 320.º) não foi alheia a ineficácia e o fracasso do direito administrativo que, apesar dos instrumentos de que dispunha, não conseguia "proteger eficazmente o ordenamento do território" (assim, CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, "Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del médio ambiente", *in* Derecho Penal, Parte Especial, Valência, Tirant lo blanch, 2004, p. 728; no mesmo sentido ver JAVIER SÁENZ DE PIPAÓN Y MENGS, "El destinatario del tipo en el delito urbanístico", *in* Estúdios Penales en Homenage a Enrique Gimbernat, Tomo II, Madrid, Edisofer, SL, 2008, p. 2247).

4 Estava em causa o princípio da intervenção mínima do direito penal, na vertente do merecimento de pena, razão pela qual parte da doutrina espanhola criticou a criação de vários dos delitos urbanísticos, tantos mais que a configuração destes estava próxima e, por vezes, até coincidia com a das infracções administrativas já tipificadas na lei (ver CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, op. cit, p. 729 e F. MUÑOZ CONDE, op. cit., pp. 560 e 561).

5 Não obstante reconhecer o "cataclismo urbanístico", as consequências negativas a nível da qualidade de vida da colectividade, a necessidade de melhorar o sistema administrativo e de castigar os funcionários públicos que cometem o crime de prevaricação urbanística, JOAN J. QUERALT JIMÉNEZ, Derecho penal español, Parte especial, 5.ª ed., Barcelona, Atelier, 2008, 1028 e 1029, não deixa de chamar à atenção que, mais uma vez, se estava a recorrer ao direito penal sem a devida ponderação, até sem previamente definir o bem jurídico digno de tutela penal, criminalizando-se de forma excessiva diferentes e variadas condutas, perdendo-se garantias a nível do princípio da legalidade, quando se abusava de elementos normativos extra-penais e de leis penais em branco.

6 No entanto, para o legislador espanhol, a introdução daqueles novos delitos (apenas aqui nos interessando o artigo 320.º) significaram um reforço da tutela do ordenamento do território, apesar daquela também ser abrangida na esfera do direito administrativo.

7 Como se diz no relatório e parecer sobre o Projecto de Lei n.º 217/XI (apresentado pelo grupo parlamentar do PS, onde se propunha a criação do novo tipo legal de crime urbanístico), em que foi relator o deputado Fernando Negrão (DAR, II Série-A, de 24.4.2010, p. 46), foi com aquela norma (artigo 320.º) que, pela primeira vez, se tipificou no sistema penal espanhol "a transgressão que atinge não só os que ditam resoluções injustas ou arbitrárias, mas também os que emitem relatórios favoráveis em relação a projectos de edificação ou de licenciamento contrários às normas urbanísticas, ampliando, deste modo, o leque de potenciais agentes de acções puníveis."

8 Entretanto, com a reforma introduzida pela LO n.º 5/2010, de 22.6 ao Código Penal Espanhol, a referida norma, entre outras, sofreu nova redacção. Para justificar a reforma introduzida nessa matéria, fez-se constar do respectivo preâmbulo, além do mais, que: a) na rubrica do capítulo I era explicitado, junto à ordenação do território, o urbanismo como objecto de tutela; b) eram ampliadas as condutas típicas dos preceitos que foram alterados para abranger as obras ilegais ou clandestinas de urbanização, por estas poderem ter um maior impacto sobre o território do que a mera construção ou edificação, às quais costumam preceder; c) para evitar a consolidação dos benefícios do delito por parte do infractor, era aperfeiçoado o sistema em relação à pena de multa; d) como vinha sendo reclamado pela doutrina, passava a punir-se igualmente a ocultação de actos ilícitos observados pela inspecção e a omissão de inspecções que tivessem carácter obrigatório; e) agravava-se em todos esses casos as penas em correspondência com a gravidade do tipo de condutas; f) no artigo 320.º era suprimida a alternativa da pena de multa para evitar que os funcionários e responsáveis públicos tivessem um tratamento privilegiado.

9 Assim, na versão da referida LO n.º 5/2010, o artigo 320.º passou a ter a seguinte redacção: *1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos*

de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior, a sabiendas de su injusticia.

10 Voltando agora ao Projecto de Lei n.º 217/XI, apresentado em 14/4/2010, invocou o grupo parlamentar do PS, na respectiva exposição de motivos, que "a progressiva consciencialização social da necessidade de se assegurar uma conformidade entre a edificação e a ocupação dos solos e as normas urbanísticas, legais ou administrativas, que pretendem assegurar a sustentabilidade desses espaços e um ordenamento coerente", sendo igualmente uma forma de garantir uma melhor "qualidade de vida das populações", recomenda que, "nesta área, seja sublinhado pelo Estado a importância do cumprimento da legalidade, punindo criminalmente aqueles que, dolosamente, actuem em desconformidade com as normas urbanísticas."

11 Sobre o mesmo "crime urbanístico" foram apresentadas outras propostas nos Projectos de Lei n.º 107/XI (apresentada pelo CDS-PP) e n.º 135/XI (apresentada pelo BE), sendo, porém, a versão do grupo parlamentar do PS a que mais se aproximou do texto que veio a ser aprovado em 22.7.2010.

12 Claro que, também entre nós (tal como em Espanha), à decisão de criminalização não foi alheia a ineficácia e o fracasso do direito administrativo. Com efeito, se fossem atempadamente utilizados os mecanismos (*v.g.* sancionatórios) de que o direito administrativo dispõe e, se as instituições próprias (designadamente fiscalizadoras) actuassem prontamente, certamente que não se chegaria ao caos urbanístico com que tropeçamos amiúde, no dia a dia, por esse país fora.

13 Poder-se-ia discutir esta decisão de criminalização, principalmente quando o agente é o cidadão comum, considerando o princípio da intervenção mínima do direito penal (o que implicava que se averiguasse previamente se os meios não penais eram suficientes e bastantes para proteger eficazmente o bem jurídico que se pretendia tutelar, caso em que se tornava desnecessária a intervenção penal). O mesmo se passa quando o agente é o titular de cargo político na medida em que, quanto a este, o tipo previsto no artigo 18.º-A acaba por funcionar como um crime de prevaricação especial (seria caso de colocar a questão de saber se, não valeria mais a pena, alargar a área de tutela típica do crime previsto no artigo 11.º desta Lei n.º 34/87, em vez de criar este novo tipo legal previsto no artigo 18.º-A).

14 No entanto, a admitir-se que é necessário "reforçar" a tutela do ordenamento do território (por estar em causa o bem-estar da comunidade e a qualidade de vida de todos em qualquer vertente), principalmente considerando a qualidade (titular de cargo político) do agente, poderá então justificar-se a intervenção do direito penal nesta lei especial. Mas, repare-se que (como diz MUÑOZ CONDE, op. cit., 561), essa intervenção do direito penal funciona apenas como "reforço" das normas de direito administrativo "e nunca como um seu sucedâneo", nem como pretexto para suprimir os *deficits* daquelas.

15 Esta matéria, sobre a criminalização do que então era designado "crime urbanístico", também foi abordada por algumas das entidades ouvidas pela Comissão Eventual para o acompanhamento político do fenómeno da corrupção e para a análise integrada de soluções com vista ao seu combate (ver relatório e parecer de 21.4.2010, publicado no DAR, II Série A, de 24.4.2010). Verifica-se dos extractos que constam desse relatório, que uns admitiram a possibilidade da criação de um crime de dever, embora em determinadas condições e com reservas, outros apoiaram a criminalização (alguns pugnando pela criação de um tipo próximo do previsto no Código Penal Espanhol, invocando, para tanto, as dificuldades com que as investigações se deparam nessa matéria), havendo ainda quem aventasse a hipótese de, afinal, poder estar-se a desviar o problema (criando um novo tipo legal porque não se conseguiam ultrapassar as dificuldades da investigação, para

enquadrar essas situações no crime de corrupção) e, finalmente, houve também quem pusesse o acento tónico na "necessidade de uma fiscalização preventiva, efectiva e prévia" como forma de "resolver o problema".

16 Na discussão na generalidade, ocorrida em 22.4.2010 (DAR, I Série, de 23.4.2010), destacam-se as intervenções do PS (apelando à necessidade de garantir a qualidade de vida das populações), do BE (questionando a exigência de dolo directo – admitindo a punição por negligência – e criticando a ausência de uma nova lei dos solos), do PCP (referindo que, normalmente, a afectação dos terrenos é modificada "por via de alteração dos instrumentos de gestão territorial", antes mesmo da prática das condutas descritas no crime urbanístico, sustentando que, por isso, na maior parte dos casos, já não existe ou deixou de existir crime urbanístico porque a afectação do solo já foi alterada) e do PSD (chamando à atenção para a circunstância da incriminação proposta pelo PS ter esquecido a punição "do principal protagonista, que é o dono da obra, aquele que manda construir").

17 Entretanto, discutido e votado o referido Projecto de Lei n.º 217/XI, em 22.4.2010, baixou à comissão de especialidade, juntamente com outros Projectos de Lei, sendo votado na especialidade em 30.6, em 1 e em 2.7.2010. Na sequência dessa discussão e votação (tendo sido entretanto retirada a Proposta de Substituição apresentada pelo PSD em 30.6.2010), a única alteração de relevo introduzida foi a de elevar o limite mínimo (de 1 mês para 1 ano) na moldura abstracta da pena de prisão prevista no artigo 18.º-A, n.º 2.

18 O texto final (DAR, II Série A, de 23.7.2010) foi objecto de votação, em 22.7.2010, sendo aprovado por unanimidade (DAR, I Série, de 23.7.2010), dando origem à alteração introduzida pela Lei n.º 41/2010, de 3.9, de aa.y, assim sendo criado este novo tipo legal (que pode ser considerado um crime de prevaricação especial), sujeito ao regime previsto nos artigos 1.º e 2.º do Código Penal.

19 O **bem jurídico** primacialmente protegido nesta incriminação (artigo 18.º) é a necessidade de assegurar que o titular de órgão político respeite a legislação relativa ao ordenamento do território, o que significa que se exige que a sua actuação seja orientada de acordo com a lei, particularmente cumprindo as normas urbanísticas, as quais visam alcançar uma utilização racional do solo (o que se relaciona com uma melhor protecção do meio ambiente, da natureza e do património de interesse ecológico, cultural e paisagístico), em função do interesse geral da comunidade.

20 Nessa perspectiva trata-se de um bem jurídico-penal *supra*- individual (colectivo ou comunitário), na medida em que está imediatamente em causa o respeito e cumprimento da lei e regulamentos aplicáveis (particularmente das normas relativas ao "urbanismo") por parte do titular de cargo político e a integridade e transparência da sua actuação. No entanto, porque mediatamente também está em causa um atentado grave ao bem-estar e à qualidade de vida da comunidade, podendo chegar a ser afectados direitos individuais (por exemplo daquele que vê recusado o processo de licenciamento por o titular de cargo político ter prestado informação falsa sobre leis e regulamentos aplicáveis, consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas) diremos que, reflexamente, podem aqui ser igualmente protegidos interesses individuais.

21 Pretende-se (como é referido na exposição de motivos do Projecto-Lei n.º 107/XI do CDS-PP) criar "uma relação mais clara e transparente entre o Estado e os cidadãos", "alterar a situação urbanística do país, contribuir para um controlo efectivo da organização territorial e reforçar a prevenção e investigação dos crimes conexos com estas matérias."

22 Acrescente-se que, na medida em que está em causa a fidelidade à lei e a regulamentos aplicáveis relacionados com o urbanismo, há aqui uma particularização ou

concretização do bem jurídico mais amplo que é tutelado no crime de prevaricação previsto no artigo 11.º desta Lei n.º 34/87.

23 O **tipo objectivo** previsto do artigo 18.º-A, n.º 1, consiste em o titular de cargo político informar ou decidir favoravelmente processo de licenciamento ou de autorização ou prestar neste informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis, em desconformidade com as normas urbanísticas, sendo essa conduta qualificada, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, se o objecto da licença ou autorização incidir sobre via pública, terreno de Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem de domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal.

24 O sujeito activo/agente é o titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º). O tipo pressupõe que o agente esteja investido de poderes, decorrentes do cargo que ocupa, que lhe permitam informar ou decidir no processo de licenciamento ou de autorização ou prestar neste informação sobre as leis ou regulamentos aplicáveis (artigo 18.º-A, n.º 1), o mesmo se passando quando o objecto da licença ou da autorização incide sobre via pública, terreno de Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem de domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal (artigo 18.º-A, n.º 2). Isto significa que é preciso apurar se o agente/titular de cargo político tem competência funcional para informar ou decidir (favoravelmente) no respectivo processo de licenciamento ou de autorização ou neste prestar informação (falsa) sobre leis ou regulamentos aplicáveis em matéria urbanística.

25 É no âmbito de processo de licenciamento ou de autorização que o agente vai informar ou decidir (favoravelmente) ou prestar informação (falsa) sobre as leis ou regulamentos aplicáveis (entre outra legislação, particularmente sobre o regime jurídico da urbanização e da edificação, ver Decreto-Lei n.º 26/2010, de 30.3, que alterou e republicou o Decreto-Lei n.º 555/99, de 16.12 e, bem assim, a Lei n.º 28/2010, de 2.9). O processo de licenciamento ou autorização poderá não estar "afecto" ao agente/titular de cargo político que é competente para prestar informação sobre as leis ou regulamentos aplicáveis (o qual, por isso, pode pertencer a organismo diferente daquele onde corre o processo de licenciamento ou autorização). De qualquer modo, sempre terá que haver um qualquer processo de licenciamento ou autorização.

26 Nesse processo de licenciamento ou de autorização haverá que distinguir qual o objecto da licença ou autorização em causa, uma vez que a moldura penal é agravada quando se verifica qualquer das situações previstas no n.º 2 do artigo 18.º-A (isto é, quando o objecto da licença ou da autorização incide sobre via pública, terreno de Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem de domínio público ou terreno especialmente protegido por disposição legal). Claro que haverá que recorrer à legislação extra-penal para se completar a descrição da conduta típica e definir cada um desses casos.

27 No artigo 18.º-A, n.º 2, está claramente a proteger-se, de forma acrescida, o desrespeito da lei (particularmente das normas urbanísticas) em relação a bens de interesse da comunidade que, apesar de poderem ser propriedade de particulares, contribuem para a qualidade de vida das populações. Não se percebe, porém, porque é que aí (nesse artigo 18.º, n.º 2) não foram também abrangidas (para além dos terrenos ali descritos e dos bens de domínio público) as construções e edificações (propriedade de particulares) especialmente protegidas por lei (*v.g.* prédios classificados, ou em vias de classificação, de interesse nacional, de interesse público ou de interesse municipal – cfr. Lei n.º 107/2001, de 2.9, Decreto-Lei n.º 132/2009, de 15.9, n.º 139/2009, de 15.9 e n.º 140/2009, de 15.9). Tratar-se-á de uma incoerência ou de um esquecimento do legislador, tanto mais que, paralelamente, é especialmente

protegido tudo o que for "bem" de domínio público e, ao mesmo tempo, foi igualmente tutelado "terreno especialmente protegido por disposição legal", que pode ser propriedade privada. De qualquer modo, se o objecto da licença ou de autorização incidir sobre construções ou edificações especialmente protegidas por lei (v.g. prédios classificados), propriedade de particulares – apesar de não haver essa censura penal agravada – o agente será punido nos termos do n.º 1 do artigo 18.º-A. Igualmente não se percebe porque é que o legislador não estendeu a este tipo legal (artigo 18.º-A) a agravação prevista no artigo 19.º n.º 4 (elevação de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, quando o agente actue nos termos do artigo 12.º do Código Penal, embora sem prejuízo do disposto no artigo 11.º do mesmo código).

28 Informar, no sentido indicado no artigo 18.º-A, n.º 1, significará prestar informação que interesse para o processo de licenciamento ou de autorização (por exemplo, dizer que feita a inspecção ao local, o mesmo tem as condições necessárias para nele ser edificada determinada construção), podendo incluir igualmente pareceres sobre leis ou regulamentos aplicáveis, os quais não tem cariz decisório.

29 Decidir, no sentido indicado no mesmo preceito, significa que o agente vai proferir uma decisão de fundo no processo de licenciamento ou de autorização.

30 Prestar informação (falsa) sobre as leis ou regulamentos aplicáveis significa dar parecer sobre diplomas ou normas aplicáveis no caso concreto. Portanto, a falsidade da informação prestada resulta da sua desconformidade com o teor das leis ou regulamentos aplicáveis. Se for prestada informação falsa sobre matéria distinta não se verifica o referido pressuposto.

31 A conduta do agente, em qualquer das suas modalidades (seja quando informa ou decide favoravelmente no processo de licenciamento ou de autorização, seja quando presta informação falsa sobre as leis ou regulamentos aplicáveis), terá de estar em desconformidade com as normas urbanísticas. Com essa actuação o titular de cargo político está a violar os deveres que derivam do cargo que ocupa, violando as normas urbanísticas, o que conduz a um "desvio do poder" em que foi investido. Exige-se, assim, um especial cuidado do agente no cumprimento das normas urbanísticas (pressupondo-se, portanto, que o titular do cargo político seja pessoa competente, com conhecimentos específicos nesta área).

32 A actuação do agente, que merece censura penal, será distinta do erro procedimental ou do erro de interpretação ou do erro de direito. É preciso distinguir o que deve ser sancionado penalmente e o que merece apenas uma eventual sanção disciplinar ou que até pode ser sindicado ou impugnado, designadamente, por via de recurso administrativo. Uma decisão que assente numa possível (ainda que isolada) interpretação de norma jurídica aplicável ao caso tratado no processo de autorização ou licenciamento, não deverá ser considerada como violação das normas urbanísticas se for "objectivamente defensável" e se nela não se surpreenderem "motivos contrários à Ordem Jurídica, designadamente o intuito de favorecer ou prejudicar alguém" ou a interferência de quaisquer outras "considerações estranhas à objectividade que qualquer caso exige" (assim PEDRO CAEIRO, op. cit., pp. 614, 617 e 618; na jurisprudência ver Ac. do STJ de 2.3.1994, proc. N.º 045044, defendendo que não incorre no crime de prevaricação, nem no crime de denegação de justiça, "o Presidente da Câmara que, fundado num parecer de jurista da sua Câmara, defere um pedido de licenciamento de obras, ainda que estas não estejam conforme ao RGEU").

33 Trata-se de um **crime de dano** por exigir lesão do bem jurídico protegido. Quanto ao objecto da acção é um **crime formal** na medida em que a sua consumação não depende da realização de um resultado.

Comparando o disposto no artigo 18.º-A com o tipo previsto no artigo 320.º do Código Penal Espanhol, na versão da LO n.º 5/2010, é manifesto que o legislador poderia ter ampliado a área de tutela típica da incriminação aqui em análise, ou então, em vez de criar este tipo legal (que acaba por ser um crime de prevaricação especial), poderia ter alterado a configuração do crime de prevaricação previsto no artigo 11.º. **34**

O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo que tem de ser directo (estando afastado o dolo eventual, como decorre da utilização da expressão "conscientemente"). O agente tem de estar consciente da desconformidade da sua conduta com as normas urbanísticas. Embora seja difícil configurar situações de erro (atenta a qualidade do agente, a quem se exige que tenha conhecimentos específicos nesta área relativa às normas urbanísticas), aplica-se a esse nível o regime geral previsto no Código Penal (artigos 16.º e 17.º). **35**

Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse anteriormente, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico directamente protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente. **36**

A **tentativa** da prática do crime de prevaricação é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal. **37**

A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal. **38**

Para existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 18.º-A e o previsto no artigo 382.º-A do Código Penal, será necessário que o titular de cargo político assuma simultaneamente a veste de funcionário (cf. também artigo 28.º do Código Penal), caso em que existirá uma relação de especialidade (sendo o titular de cargo político punido nos termos do artigo 18.º-A. Dependendo dos factos que se apurarem, pode ainda existir situação de concurso aparente entre os crimes de violação de regras urbanísticas (artigo 18.º-A) e de prevaricação (artigo 11.º), caso em que o agente deve ser punido pelo crime cuja moldura abstracta é mais grave (neste caso o crime do artigo 11.º, cujo bem jurídico protegido também é mais amplo). Poderá haver concurso aparente entre este crime previsto no artigo 18.º-A e o crime de corrupção activa previsto no artigo 18.º (sendo então o arguido punido por este último crime por o bem jurídico neste protegido ser mais amplo do que o daquele). **39**

A moldura legal da **pena** prevista no artigo 18.º-A, n.º 1, é de pena de prisão até 3 anos ou multa e, a do n.º 2 do mesmo preceito, é de prisão de 1 a 5 anos ou multa. O limite mínimo do n.º 2, do artigo 18.º-A, é mais elevado do que o previsto no artigo 382.º-A, n.º 2, do Código Penal, que é o mínimo legal. Compreende-se essa diferença se atendermos a que nesta lei especial o agente é titular de cargo político. O que já não se compreende é a razão pela qual o mesmo raciocínio não foi feito em relação ao n.º 1 de ambos os preceitos em análise (cujo mínimo legal é o mesmo). Por outro lado, também não se percebe a razão pela qual, tanto no n.º 1, como no n.º 2, do art. 18.º-A, o legislador fez equivaler penas de multa alternativas iguais (360 dias) quando estavam em causa molduras de penas de prisão diferentes (até 3 anos e até 5 anos). E, repare-se que, por exemplo, no Código Penal, por regra, **40**

fez-se equivaler à moldura da pena de prisão até 3 anos a pena de multa alternativa até 360 dias e à moldura da pena de prisão até 5 anos a pena de multa alternativa até 600 dias (o que não foi feito por acaso). Mesmo no 16.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87, na versão actual, o legislador já fez equivaler à moldura da pena de prisão até 5 anos a pena de multa alternativa até 600 dias. Por isso, apenas se pode concluir que, mais uma vez, o legislador falhou, tendo perdido uma boa oportunidade para ajustar e equilibrar as molduras legais dos crimes previstos na Lei n.º 34/87. Aliás, até se tornou mais flagrante o desequilíbrio em relação à pena abstracta do crime de prevaricação.

41 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

42 O que se dispõe no artigo 19.º-A, n.º 1, quanto à dispensa de pena (ver anotações aos artigos 16.º a 18.º) não faz sentido em relação ao crime de violação de regras urbanísticas (e o mesmo se diga em relação aos demais tipos legais previstos nesta lei especial, ressalvadas as incriminações dos artigos 16.º a 18.º). Tudo indica que o legislador, só por lapso, não teve o cuidado de restringir o seu campo de aplicação aos tipos previstos nos artigos 16.º a 18.º, consoante os casos, indicando expressamente essas normas tal como sucedia anteriormente com o artigo 19.º, na redacção da Lei n.º 108/2001, de 28.11. Com efeito, convém não esquecer que as alterações introduzidas pela Lei n.º 41/2010, de 3.9, apenas se circunscrevem aos crimes e normas nela particularizados.

43 No que se refere à atenuação especial prevista no artigo 19.º-A, n.º 2, apenas faria sentido aplicar o disposto na alínea a), que contempla a situação do agente que, até ao encerramento da audiência de julgamento em primeira instância auxiliar concretamente na obtenção ou produção das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis. De qualquer modo, apesar de no texto final publicado em DR não ter sido alterado e restringido o campo de aplicação do disposto no artigo 19.º-A (incluindo a expressa referência aos artigos 16.º a 18.º), verificando-se os respectivos pressupostos, o agente poderá beneficiar da atenuação especial prevista na lei penal geral (artigo 72.º).

44 Também aqui, em relação aos titulares de cargos políticos (únicos agentes deste tipo legal), se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 20.º
Peculato

1. O titular de cargo político que no exercício das suas funções ilicitamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel que lhe tiver sido entregue, estiver na sua posse ou lhe for acessível em razão das suas funções será punido com prisão de três a oito anos e multa até 150 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2. Se o infractor der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar quaisquer objectos referidos no número anterior, com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário, será punido com prisão de um a quatro anos e multa até 80 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotações 6 a 9)
O tipo objectivo (anotações 10 a 26)
O tipo subjectivo (anotação 27)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 28)
A tentativa (anotação 29)
A comparticipação (anotação 30)
O concurso (anotação 31)
A pena (anotações 32 a 36)

A **fonte** remota desta disposição é o artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, quando considerava como crime de responsabilidade (concretamente "crimes contra a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos") "o descaminho, em proveito próprio ou doutrem, de dinheiro ou títulos de crédito ou efeitos móveis pertencentes ao Estado ou a particulares, que em razão de funções oficiais o arguido tivesse em seu poder" (punindo essa conduta com prisão maior celular de 2 a 8 anos, ou, em alternativa, com degredo temporário, quando o valor do prejuízo exceder a 600$ e com prisão correccional, não excedendo a essa cifra). O descaminho abrangia a ilícita (melhor dizendo a "ilegítima") apropriação desses referidos bens pelo arguido (Ministros de Estado e seus agentes). **1**

Paralelamente, no Código Penal de 1886 era punido tanto o descaminho de "papéis" ou de "documentos" (artigos 311.º e 312.º), como o peculato de "dinheiro", de "títulos de crédito" ou de "efeitos móveis" (artigo 313.º). Especificamente quanto ao crime de peculato protegia-se (como escreve LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 670) "o interesse público relativo à segurança da entrega fiduciária de bens móveis públicos ou privados, feita a empregados públicos em razão das suas funções; e não o mero interesse económico da administração pública que o peculato pode não lesar". **2**

O crime de peculato previsto no artigo 424.º do Código Penal, na versão de 1982 (que se inspirou no correspondente artigo 452.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, pp. 480 e 481), foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, passando a estar previsto no artigo 375.º, sendo as principais alterações (que aqui nos interessam salientar), as seguintes: i) no n.º 1 foi substituída a palavra "ilicitamente" por "ilegitimamente" e foi modificada a moldura legal (abaixamento do limite mínimo da prisão de 2 para 1 ano e eliminação da complementar pena de multa); ii) no n.º 2 passou a prever-se uma moldura legal atenuada em função do valor diminuto dos bens (dinheiro ou qualquer coisa móvel) objecto de peculato; iii) alargamento do tipo agora previsto no n.º 3 (correspondente ao n.º 2 do artigo 424.º, na versão de 1982, sendo eliminada a exigência de o funcionário ter de actuar "com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário") e alteração da respectiva moldura legal (sendo agravada a pena de multa, salvaguardando-se ainda a possibilidade de aplicação de pena mais grave, tal como sucede no tipo previsto no n.º 1). **3**

No essencial essas alterações também foram objecto de apreciação na Comissão Revisora, constituída para discutir o Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, onde Figueiredo Dias sustentou que era "a intangibilidade material da Administração Pública" que se pretendia preservar (entre outros) no crime de peculato ali previsto no artigo 376.º (ver Acta n.º 38, relativa a reunião realizada em 6.7.1990, *in* Actas CP, 1993, pp. 438 a 440). **4**

5 Diremos, assim, que este crime de peculato previsto no artigo 20.º inspirou-se no artigo 424.º do Código Penal, na versão de 1982, o qual, por sua vez, se baseou no artigo 452.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia.

6 O **bem jurídico** primacialmente protegido nesta incriminação (artigo 20.º) é a integridade (probidade) no exercício de funções de titulares de cargos políticos, quando esse exercício está directamente relacionado com "direitos patrimoniais do Estado" (aqui se incluindo a propriedade de bens públicos e a posse legítima de bens particulares), podendo ainda, reflexamente, esse exercício estar relacionado com o direito de propriedade de particulares (quando os seus bens estão na posse legítima do Estado). Poder-se-á, assim, destacar dessa ideia de "fidelidade" a de "património", seja público ou privado e, nessa medida, concluir-se que se está perante crime pluri-ofensivo, que tutela dois bens jurídicos distintos. A incriminação afecta sempre interesses públicos (a fidelidade no exercício de funções quando estão em causa direitos patrimoniais do Estado nos termos acima definidos), mas pode igualmente atingir interesses individuais (direito de propriedade de particulares que pode ser reflexamente afectado com a conduta do agente, quer quando este se apropria do bem de particular, que está na sua posse ou lhe é acessível em razão das suas funções, quer quando onera a sua propriedade). De qualquer modo, será apenas reflexa e subordinadamente que os interesses individuais (património particular) poderão ser afectados ou atingidos.

7 Assim, pode-se afirmar que um dos bens jurídicos tutelados é relativo à "fidelidade" dos titulares de cargos políticos para garantir o adequado (objectivo, imparcial e transparente) exercício de funções e o outro (sempre interligado) é relativo ao património, seja público ou também privado (assim, embora em relação ao crime de peculato previsto na lei penal geral, CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 688; no mesmo sentido, mas acentuando o carácter acessório do património alheio, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 889). De qualquer forma, o bem jurídico supra-individual sempre assume aqui prevalência (sendo o interesse da fidelidade associado aos direitos patrimoniais do Estado que predominantemente se tutela nesta incriminação), mesmo quando é afectado reflexamente bem jurídico individual (património privado).

8 Este crime de peculato distingue-se dos crimes comuns de furto e de abuso de confiança não só pela qualidade especial do agente (titular de cargo político), como também por se reconduzir a um abuso do exercício de funções decorrente do cargo que o agente ocupa ou à violação dos deveres funcionais (inerentes ao cargo que exerce e aqui também resultantes da relação de fidúcia que se estabeleceu quando lhe foi entregue o bem em razão das suas funções). As acções ilícitas descritas no tipo, que constituem o crime de peculato, revelam precisamente que o titular de cargo político actuou com abuso da função ou com violação dos inerentes deveres.

9 Com esta incriminação pretende-se garantir um sério e adequado funcionamento dos organismos públicos, dirigindo-se especificamente a norma aos titulares de cargos políticos, os quais também estão subordinados à Constituição e à lei, devendo actuar, no exercício de funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (ver artigos 266.º, 268.º e 270.º da CRP). Só preservando o correcto (eficaz, eficiente, servindo os interesses da colectividade, de acordo com o direito e com a lei) funcionamento dos respectivos organismos públicos é que o Estado está em condições de oferecer e merecer a confiança que nele foi depositada pela comunidade.

10 O preenchimento do **tipo objectivo** previsto no artigo 20.º, n.º 1, ocorre quando o titular de cargo político, no exercício das suas funções, ilicitamente se apropria (em proveito próprio ou de outra pessoa) de dinheiro ou qualquer outra coisa

móvel que lhe tiver sido entregue, estiver na sua posse ou lhe for acessível em razão das suas funções e, o previsto no n.º 2, consiste em o infractor onerar de qualquer forma (nomeadamente dando de empréstimo ou empenhando) quaisquer dos objectos referidos no n.º 1.

11 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão dos bens jurídicos protegidos. Quanto ao objecto da acção, é um crime de resultado uma vez que a sua consumação depende da produção de um resultado pelo agente que, na modalidade prevista no artigo 20.º, n.º 1, consiste em "ilicitamente se apropriar" de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel que lhe foi entregue ou tem na sua posse ou lhe é acessível em razão das suas funções, enquanto na modalidade prevista no artigo 20.º, n.º 2, consiste em dar "de empréstimo, empenhar ou de qualquer forma onerar quaisquer objectos referidos no número anterior".

12 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, nos termos já acima indicados (ver anotação ao artigo 7.º). Claro que, para além disso, terá de cometer o crime no exercício de funções, pressupondo o peculato que os "objectos" ali referidos ("dinheiro ou qualquer outra coisa móvel") lhe foram entregues, estejam na sua posse ou lhe sejam acessíveis em razão das suas funções. Portanto, é preciso provar essa ligação do agente aos bens ("dinheiro ou qualquer outra coisa móvel"), ligação essa que assenta na relação fidúcia estabelecida entre o Estado e o agente (ou seja, é por causa das funções do agente, decorrentes do cargo que ocupa, que o bem lhe é entregue, chega à sua posse ou lhe é acessível).

13 Objecto do crime é o "dinheiro" ou "qualquer outra coisa móvel" (artigo 20.º, n.º 1) propriedade do Estado ou que está na posse legítima do Estado (e, nessa medida, trata-se de coisa alheia ao agente). Daí resulta que a conduta do agente tanto incide sobre moedas e notas com curso legal em qualquer país, como sobre bens/objectos que estão na sua posse (aí se incluindo coisa móvel que lhe tiver sido entregue em razão das suas funções) ou lhe são acessíveis por causa das suas funções. E isso, não obstante o "dinheiro" ser tratado no artigo 20.º, n.º 1, como "coisa móvel" que merece referência autónoma (em relação a *outra* qualquer espécie de coisa móvel) e, no n.º 2, do mesmo preceito, ser incluído na noção geral de "objectos". O que tudo aponta para uma certa falta de cuidado na harmonização da terminologia utilizada no mesmo preceito. De qualquer forma, apesar da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95 ao artigo 375.º do Código Penal, no sentido de melhor definir o objecto do crime, o certo é que o legislador não viu motivos para alterar nesse aspecto o artigo 20.º da Lei n.º 34/87 (mantendo a terminologia vigente no crime de peculato previsto na lei penal geral, na versão de 1982), o que não deixa igualmente de revelar alguma incoerência, nomeadamente quando se pensa, de forma mais global, na desejável harmonia e unidade do ordenamento jurídico, particularmente ao nível do sistema penal.

14 Ao contrário do que se passa com o crime de peculato previsto actualmente no artigo 375.º do Código Penal (cujo n.º 2 se refere ao dinheiro enquanto "valor"), no crime de peculato cometido por titular de cargo político o conceito de "dinheiro" (que tanto pode ser "dinheiro público" como "dinheiro privado" – ao contrário do que sucede, por exemplo, no artigo 21.º, n.º 2, que respeita apenas ao "dinheiro público") apenas aparece associado à noção de coisa móvel ou de objecto. No entanto, não haverá obstáculo a que seja interpretado no sentido de nele incluir valores incorporados em títulos de crédito ou em qualquer outro documento (*v.g.* cartões de crédito). Claro que, o documento em si que incorpore um valor patrimonial, sempre se enquadrará no conceito de "coisa móvel" aludido no artigo 20.º, n.º 1, não obstante igualmente ser tratado como "objecto" no n.º 2

da mesma norma. O "dinheiro" para efeitos do artigo 20.º englobará não só os valores incorporados em títulos de crédito, como as moedas e notas com curso legal em qualquer país, sobre os quais incidem "direitos patrimoniais do Estado" ou mesmo (simultaneamente) o direito de propriedade de particulares (quando o seu dinheiro esteja na posse legítima do Estado). Indiferente também é a forma como esse dinheiro está guardado (*v.g.* em cofre ou depositado) ou, por exemplo, se a apropriação se consuma através de transferência bancária para conta particular do agente ou de terceiro. Estando em causa um título de crédito (*v.g.* um cheque com cobertura), a apropriação tanto incide sobre o documento (aqui tratado como coisa móvel), como sobre a quantia nele titulada (dinheiro), caso seja levantado e, portanto, passe para a disponibilidade do agente que em relação a ele passou a agir como se fosse o proprietário (no entanto, apesar de praticar esses dois actos, o agente apenas comete um crime de peculato, por a apropriação da quantia em dinheiro titulada no cheque abranger o acto prévio da apropriação desse título, meio indispensável para o agente aceder ao respectivo montante).

15 Tratando-se o dinheiro de coisa fungível coloca-se sempre (como diz JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 104) "a questão central de saber se, quando alguém recebe dinheiro por título não translativo da propriedade, a sua mera confusão no património do tomador, ou mesmo o seu uso por este, devem ter-se por actos concludentes de apropriação, integrantes do tipo objectivo de ilícito". Adianta o mesmo Autor (*ibidem*) que, não obstante haver quem assim entenda, e quem sustente a necessidade de igualmente apurar se àquela confusão ou uso corresponde ou não o "dolo de apropriação, *v.g.*, porque o agente actuou com a intenção de restituir a coisa em tempo e sob a forma juridicamente adequados", existe também "quem defenda que aquela mera confusão ou o simples uso são, em si mesmos, insuficientes para integrar o elemento objectivo da apropriação" (inclinando-se o Autor para esta última posição, por ser "mais próxima da realidade da vida: o tipo objectivo de ilícito do abuso de confiança não será integrado pela mera confusão ou o simples uso da coisa fungível, mas, mais tarde, pela sua disposição de forma injustificada ou pela não restituição no tempo e sob a forma juridicamente devidos; ao que, é claro, terá de acrescer o dolo correspondente.").

16 O conceito de coisa móvel admite aqui uma interpretação em sentido amplo, abrangendo também documentos que incorporem valores patrimoniais ou direitos de crédito, como já foi referido (embora posterior à Lei n.º 34/87, ver, a este propósito, o artigo 17.º da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31.10.2003, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, *in* DR, 1.ª Série-A, de 21.9.2007, quando estabelece que "Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para classificar como infracções penais, quando praticadas intencionalmente por um agente público, em proveito próprio, de outra pessoa ou entidade, a apropriação ilegítima ou o uso, para fins alheios àqueles a que se destinam, de quaisquer bens, fundos ou valores públicos ou privados, ou qualquer outra coisa de valor que lhe foram entregues em razão das suas funções").

17 Logicamente que se deverá ter presente que, para o direito penal, a noção de coisa terá de assumir alguma autonomia em relação à definição que é dada pelo direito civil (cf. artigo 202.º do Código Civil), tanto mais que, como sucede nesta incriminação prevista no artigo 20.º, está em causa bem que seja susceptível de apropriação ou de oneração (sobre a noção de coisa para efeitos do direito penal patrimonial, particularmente em relação ao crime de furto, ver JOSÉ FARIA

COSTA, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 34 a 43). Conceito de coisa móvel, cuja definição interessa também ao crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º, onde genericamente se pune o uso para fins alheios ou diversos daqueles a que se destinam, de veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável ou mesmo de dinheiro público (neste último caso ainda que destinado a uso público diferente daquele a que estava legalmente afectado).

18 Assim, a operacionalidade do conceito de coisa móvel, para efeitos do crime de peculato (artigo 20.º) ou do crime de peculato de uso (artigo 21.º) depende também da susceptibilidade do bem em causa (de acordo com o sentido contido nos referidos tipos legais), poder ser apropriado, onerado ou mesmo usado para fins alheios àquele a que se destinava. E, por aí, já se conseguirá melhor delimitar e compreender a noção de coisa móvel quando em causa estão diferentes modalidades de peculato. Nessa medida percebe-se que determinados bens não possam ser considerados como "coisas móveis" para efeitos dos crimes previstos nos artigos 20.º e 21.º (é o que sucede quando, por exemplo, um Presidente da Câmara utiliza o trabalho do jardineiro da Câmara para limpar o jardim de sua casa, situação essa que, por não preencher o conceito de coisa móvel, apenas poderá integrar o crime de abuso de poderes previsto no artigo 26.º – ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 693). Acresce que, o valor da coisa não é elemento normativo típico no crime previsto no artigo 20.º (ao contrário do que sucede no artigo 21.º, n.º 1, que já se refere expressamente a "veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável"). De qualquer modo, "para que o facto atinja um liminar mínimo de dignidade penal" sempre será de exigir que a coisa móvel objecto do crime de peculato por um lado "tenha algum valor" e por outro lado que "a conduta lesiva se revista de algum relevo". Só assim se compreenderá que, por exemplo, coisas desprezíveis não tenham dignidade suficiente para merecerem tutela penal (exemplo do Presidente de Junta de Freguesia que, entre os vários objectos que recebeu em razão das suas funções, resolve apropriar-se de um copo de plástico que até irá ser destruído por não ter qualquer interesse ou valor económico, motivo pelo qual o levou para casa, integrando-o na sua extravagante colecção de vasos).

19 A noção de "objectos" para efeitos do artigo 20.º, n.º 2, coincide com o de coisa móvel, nela incluindo o dinheiro. Nessa perspectiva, a sua definição, está sempre dependente da interpretação que for feita dos conceitos "dinheiro" ou "outra coisa móvel" contidos no n.º 1 do mesmo preceito legal, sempre bens alheios ao agente. Poderão ser objecto de peculato quer as coisas fungíveis, quer as coisas infungíveis como decorre do artigo 20.º (tal como do artigo 21.º, n.º 2) que, a esse respeito, não faz qualquer distinção.

20 O objecto do crime de peculato (seja dinheiro ou outra coisa móvel pública ou privada) terá de estar na posse (aí se incluindo a entrega que lhe foi feita em razão das suas funções) ou ser acessível ao titular de cargo político em razão das suas funções. Isto significa que o titular de cargo político, por causa das suas funções, terá a detenção material ou jurídica do bem em questão. Quando a entrega de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel (sobre as quais incidam direitos patrimoniais do Estado legítimos) é feita ao agente, por causa das suas funções, mesmo que se venha a apurar que essa entrega foi ilícita (por exemplo porque deveria ter sido antes entregue a outra pessoa), nem por isso o agente fica desonerado do seu dever de actuar como fiel depositário (ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 697, colocando ainda a questão da posse pelo Estado ser ilegítima, caso em que, havendo apropriação, então poderá configurar-se antes um crime de abuso de confiança).

21 A "ilícita" apropriação aludida no artigo 20.º, n.º 1, significa que o agente ilegitimamente faz sua (passando a dela dispor como se fosse o proprietário, quer o faça em seu proveito ou de outra pessoa que será terceiro, mas não o Estado) a coisa que detinha (material ou juridicamente) em razão das suas funções, violando o seu dever de fidelidade. Portanto, a apropriação incide sobre uma coisa que foi entregue licitamente (por título não translativo de propriedade) ao agente e, realiza-se, pela inversão do título de posse ou detenção. Estão assim presentes dois momentos: em primeiro lugar, o lícito recebimento de dinheiro ou outra coisa móvel, por título que produz para aquele que recebe, a obrigação de restituir a mesma coisa ou valor equivalente, ou de lhe dar um emprego determinado; e, em segundo lugar, a ilegítima apropriação dessa coisa móvel (incluindo dinheiro) através da inversão do título de posse ou detenção, ou seja, no passar o agente a dispor da coisa *animo domini*. A inversão do título de posse ou detenção terá de ser demonstrada por actos objectivos, reveladores de que o agente já está a dispor da coisa móvel como se fosse sua. Uma dessas manifestações é precisamente a disposição dessa coisa móvel de forma injustificada.

22 Por sua vez, para "onerar" quaisquer dos objectos referidos no n.º 1 (modalidade do crime de peculato previsto no artigo 20.º, n.º 2), que detém precariamente em razão das suas funções, o infractor terá de desviar-se da obrigação que sobre si recai (dever de guarda e zelo), praticando acto contrário ao seu dever que se consubstancie numa limitação do direito de propriedade sobre esses mesmos objectos (CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 699, refere que se trata de "um desvio – o agente em vez de actuar como zelador dos bens, mantendo-se dentro dos limites da sua função, desvia o objecto do fim a que era destinado, onerando-o (limitando-o) indevidamente"). Apesar de aqui o agente não se apropriar da coisa (e, nessa medida, não haver apropriação ilícita), o certo é que pratica acto próprio do proprietário do dinheiro ou de qualquer outra coisa móvel (não obstante estes objectos estarem na posse legítima do Estado), limitando e onerando assim o direito de gozo. Essa oneração pode ocorrer por qualquer forma, nomeadamente, dando de empréstimo ou empenhando quaisquer objectos referidos no artigo 20.º, n.º 1. Portanto, aqui o agente não se limita a usar temporariamente o objecto que recebeu, restituindo-o ou devolvendo-o no momento juridicamente devido (caso em que, se essa tivesse sido sempre a sua intenção inicial, dependendo das particularidades do caso concreto, a conduta poderia ser punida nos termos do artigo 21.º). Com a oneração que faz da coisa recebida, em razão das suas funções, o agente vai, por um lado, retirar proveitos ilícitos para si (por exemplo "empenhando" o bem que tem à sua guarda) ou para terceiros (por exemplo "emprestando" o bem que tem à sua guarda) e, por outro lado, está a diminuir as faculdades inerentes ao direito de propriedade sobre a coisa móvel, que assim fica limitado (mesmo que o agente dela não se queira apropriar, pois, caso contrário, a sua conduta seria punida pelo artigo 20.º, n.º 1). De qualquer forma, tendo em vista os diferentes tipos previstos nos artigos 20.º e 21.º ter-se-á de concluir que são opostos o acto de "oneração" por um lado e o de "uso ou permissão de uso" por outro lado.

23 Estando em causa coisas fungíveis, como é o caso do dinheiro, importa saber se com a sua utilização para fim distinto daquele a que estava afecto, ocorre apropriação ilícita ou oneração ou apenas uso temporário (supondo, este último caso, que a quantia em questão seja reposta no momento devido como era intenção do agente *ab initio*). E, o problema coloca-se precisamente porque as coisas fungíveis se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade e, por isso, apesar de se extinguirem pelo uso, podem ser substituídas por outras equivalentes (artigo 207.º do Código Civil). Se houver restituição no momento em que a mesma deve ser

devolvida e, se isso for feito da forma juridicamente devida, então (para alguns) será admissível concluir que a conduta do agente se limitou ao uso temporário da coisa, o que poderá significar que se está perante o crime de peculato de uso (isto desde que se admita que o crime previsto no artigo 21.º, n.º 1, pode ter por objecto coisas fungíveis como o dinheiro).

24 Para além disso, importa distinguir, por um lado, o acto que se consubstancia na "oneração" do objecto/dinheiro e, por outro lado, o acto que se traduz no seu "uso" ou na "permissão de uso" por outrem (cf. artigos 20.º, n.º 2 e 21.º, n.º 1). Se o titular de cargo político utiliza dinheiro que detém em razão das suas funções para comprar acções na bolsa e dessa forma obter vantagens (apesar do risco) estará a dispor do dinheiro como se fosse seu (tal como se utilizasse aquele dinheiro para fazer uma outra qualquer aquisição), o que significará que está a agir como proprietário independentemente de, posteriormente, em devido tempo, proceder à sua restituição/reposição (factor este que então deverá ser ponderado na medida da pena – ver a este propósito, Ac. do TRG de 25.6.2007, *in* CJ, XXXII, 3, 296 e 297, embora em relação ao crime de peculato previsto no Código Penal), assim incorrendo no crime de peculato previsto no artigo 20.º, n.º 1; porém, se der de empréstimo aquele dinheiro (portanto, com a obrigação do beneficiário a restituir), isso significa que é seu pressuposto a devolução da mesma importância, pelo que praticará (em princípio, tudo dependendo das circunstâncias de cada caso concreto) acto de oneração mesmo que não ocorra a restituição do dinheiro em devido tempo, incorrendo, no crime de peculato previsto no artigo 20.º, n.º 2; já se ocorre a restituição atempada no momento e lugar devidos, como era sua intenção desde o início dessa utilização indevida, poderá configurar-se um crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º, n.º 1, a menos que se provem outros factos que mostrem que a sua intenção foi a de onerar aqueles bens, actuando com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário (artigo 20.º, n.º 2) ou então que agiu como se aquele dinheiro fosse seu (artigo 20.º, n.º 1). De qualquer modo, tudo dependerá dos factos concretos que se apurarem em cada caso concreto.

25 No tipo previsto no artigo 20.º, n.º 2, estar-se-á perante um crime de "comparticipação necessária impróprio" na medida em que a conduta proibida exige a participação de mais do que um agente, mas a incriminação não pune todos os agentes (não é punido por aquela concreta incriminação o beneficiário da oneração).

26 A consumação do crime previsto no artigo 20.º, n.º 1, ocorre quando o agente inverte o título de posse, passando a agir como se fosse proprietário da coisa que recebeu e detinha precariamente. No tipo previsto no artigo 20.º, n.º 2, o crime consuma-se no momento da oneração da coisa. Se, na mesma ocasião, o agente se apropria de várias coisas móveis que recebeu por causa das suas funções comete um só crime de peculato não obstante esses objectos pertencerem a diferentes proprietários (assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 890). O que se compreende considerando que actuou sob a mesma resolução, dessa forma afectou aquele dever de fidelidade no exercício de funções quando estão em causa direitos patrimoniais do Estado, ainda que reflexamente tivessem sido atingidos direitos individuais de diferentes pessoas.

27 O **tipo subjectivo** preenche-se, no caso do artigo 20.º, n.º 1, com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo em qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal). Já no que se refere ao tipo previsto no artigo 20.º, n.º 2, o agente tem de actuar com dolo directo uma vez que tem de agir "com consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário". Não se deverá esquecer que, se o agente actua com intenção de restituir a coisa, então estará afastado o dolo de

apropriação (a este propósito, ver JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., 1999, p. 108, recordando o pensamento de Eduardo Correia, no sentido de não bastar "uma qualquer vontade de restituir, sendo indispensável que o agente represente como seguro que, no prazo e nas condições juridicamente devidas, efectuará a restituição da coisa recebida").

28 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). O consentimento/acordo de particular (ainda que reflexamente o mesmo possa ter sido atingido na sua esfera individual, *v.g.* no domínio patrimonial) não exclui a ilicitude da conduta do agente, nem afasta a tipicidade, uma vez que sempre concorria interesse público (a fidelidade no exercício de funções quando estão em causa direitos patrimoniais do Estado) indisponível.

29 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

30 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

31 Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 20.º e o crime previsto no artigo 375.º do Código Penal, caso em que o titular de cargo político deverá ser punido pela norma especial (admitindo-se que o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário – cf. também artigo 28.º do Código Penal). Entre o crime de peculato previsto no artigo 20.º e o crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º não há concurso porque existe uma relação de exclusão entre os dois tipos (o mesmo se passa em relação ao crime de peculato por erro de outrem previsto no artigo 22.º). Poderá existir concurso aparente entre o crime previsto no artigo 20.º, n.º 1 e os crimes de furto (artigo 203.º do Código Penal) ou de abuso de confiança (artigo 205.º, n.º 5, do Código Penal), sendo o agente punido pelo crime de peculato (por força da relação de especialidade). Se a situação de concurso se colocar entre o crime previsto no artigo 20.º, n.º 1 e o crime de furto qualificado previsto no artigo 204.º, n.º 2, do Código Penal, deverá o agente ser punido pelo crime previsto no artigo 20.º, n.º 1 (relação de especialidade). Entre o crime previsto no artigo 20.º e o de abuso de poderes previsto no artigo 26.º existe uma relação de subsidiariedade expressa, só se aplicando este último no caso de não se provarem todos os pressupostos do peculato. Entre o crime de peculato previsto no artigo 20.º, n.º 1 e o crime previsto no artigo 355.º (descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público) do Código Penal, parece que haverá uma relação de concurso aparente, devendo o agente ser punido pelo primeiro (que consome o crime previsto no artigo 355.º do Código Penal). O crime de dano (artigo 212.º do Código Penal) será consumido pelo crime de peculato previsto no artigo 20.º, n.º 1. Caso o agente, para alcançar a apropriação ilícita, por exemplo, cometer crime de falsificação de documento (artigo 256.º do Código Penal), existirá concurso efectivo com o crime de peculato (artigo 20.º) vista a diferente natureza dos bens jurídicos protegidos em cada um dos tipos legais (ver Ac. do TRE de 10.12.2009, proc. N.º 179/05.5TAABF). Pronunciando-se sobre concurso efectivo entre o crime de peculato previsto no Código Penal e o crime de branqueamento, ver ac. do STJ de 2.10.2008, proc. N.º 08P1608.

A moldura legal da **pena** prevista no artigo 20.º, n.º 1, é de prisão de 3 a 8 anos e multa até 150 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. Essa moldura subsidiária (de prisão de 3 a 8 anos e multa até 150 dias), apenas se aplica no caso de pena mais grave lhe não caber por força de outra disposição legal. Comparando essa moldura com a prevista no artigo 424.º, n.º 1, do Código Penal, na versão de 1982 ("prisão de 2 a 8 anos e multa até 100 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal"), diríamos que era adequado o agravamento existente na Lei n.º 34/87, atenta a qualidade do agente/titular de cargo político. No entanto, esse equilíbrio deixou de existir, desde que foi alterada a moldura do crime de peculato, previsto no artigo 375.º, n.º 1, do Código Penal (que passou a ser de pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal). Por outro lado, à semelhança do que sucede na lei penal geral (cf. artigo 375.º, n.º 2, do Código Penal, aplicável apenas no caso do n.º 1 da mesma disposição legal), também deveria ser aplicável moldura mais suave caso o peculato ora em análise (artigo 20.º) incidisse sobre bens de valor diminuto. A inércia do legislador continua a evidenciar-se quando mantém no artigo 20.º a pena de multa complementar (à semelhança do que sucedia no Código Penal, na versão de 1982). **32**

A moldura legal prevista no artigo 20.º, n.º 2 (de prisão de 1 a 4 anos e multa complementar até 80 dias), era igualmente equilibrada em relação à prevista no artigo 424.º, n.º 2, do Código Penal, na versão de 1982 (que era de prisão até 3 anos e multa até 50 dias). Esse equilíbrio deixou de existir (apesar de continuar a ser mais grave a moldura da pena de prisão) em relação à prevista no artigo 375.º, n.º 3, do Código Penal (pena de prisão de 1 mês até 3 anos ou pena de multa de 10 dias a 360 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal), continuando a ser criticável a manutenção da pena de multa complementar. Mais uma vez se nota a falta de cuidado do legislador, quando não actualizou as molduras legais previstas nos crimes especiais incluídos na Lei n.º 34/87. **33**

A menor moldura do tipo previsto no artigo 20.º, n.º 2, em relação à prevista no seu n.º 1, justifica-se porque a conduta do agente ao "onerar" a coisa que recebeu por causa das suas funções é menos grave do que a daquele que dela se apropria ilicitamente. **34**

Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). Uma vez que não existe regime paralelo ao previsto no artigo 375.º, n.º 2, do Código Penal, se o peculato incidir sobre bens de valor diminuto não há lugar à aplicação de moldura abstracta mais suave (não sendo, nesse caso, de aplicar automaticamente o regime geral da atenuação especial uma vez que não foi essa a intenção do legislador, tanto mais que, mesmo após a revisão de 1995 do Código Penal – altura em que foi introduzido o referido n.º 2 do artigo 375.º – não introduziu qualquer alteração à Lei n.º 34/87). No entanto, caso não seja aplicada a atenuação especial, sempre o (menor) valor do bem objecto do peculato deverá ser ponderado na determinação da medida concreta da pena. Poderá o agente beneficiar da atenuação especial prevista no artigo 8.º da Lei n.º 36/94 (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), de 29.9, se "auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis." **35**

Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87). **36**

Artigo 21.º
Peculato de uso

1. O titular de cargo político que fizer uso ou permitir a outrem que faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinam, de veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável que lhe tenham sido entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções será punido com prisão até dezoito meses ou multa de 20 a 50 dias.

2. O titular de cargo político que der a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estiver legalmente afectado será punido com prisão até dezoito meses ou multa de 20 a 50 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotações 5 e 6)
O tipo objectivo (anotações 7 a 20)
O tipo subjectivo (anotação 21)
As causas de justificação e desculpação (anotação 22)
A tentativa (anotação 23)
A comparticipação (anotação 24)
O concurso (anotação 25)
A pena (anotações 26 a 28)

1 A **fonte** desta incriminação é o crime de peculato de uso previsto no artigo 425.º do Código Penal, na versão de 1982, o qual se inspirou no correspondente artigo 453.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia (discutido na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, pp. 481 e 482).

2 O artigo 21.º, n.º 2 (o mesmo sucedendo com o artigo 425.º, n.º 2, do Código Penal de 1982 e com o artigo 453.º, n.º 2, do Anteprojecto de Eduardo Correia), corresponde ao § 2 do artigo 313.º do Código Penal de 1986 ("o empregado público que, em razão das suas funções, der ao dinheiro público um destino para uso público diferente daquele para que era destinado, será suspenso até 6 meses e condenado em multa de 500$00 a 3 000$00"). Com ressalva dessa situação relativa ao dinheiro público (que era tratado como crime de peculato), o peculato de uso não era punido no domínio do Código Penal de 1886 (mesmo, por exemplo, no caso de uso ilícito de viatura por motorista/empregado público a quem a mesma estava distribuída para ser utilizada nas deslocações de serviço, concluiu-se no Parecer da PGR n.º 62/64, de 11.3.1965, *in* BMJ n.º 148, p. 97 ss., que essa conduta não integrava a prática de qualquer infracção, por a coisa estar em seu poder em razão das suas funções, afastando-se, em consequência, quer o crime de furto de uso previsto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 44.939, de 27.3.1963, quer o peculato de uso por não ser punido pelo Código Penal de 1886; mas, se nesse uso abusivo, fossem consumidos carburantes ou lubrificantes do Serviço, esse consumo já constituía crime de peculato previsto no artigo 313.º do Código Penal de 1886).

3 O crime de peculato de uso previsto no artigo 425.º do Código Penal, na versão de 1982 (em consonância com a apreciação feita na Comissão Revisora, constituída para discutir o Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, onde Jorge Figueiredo Dias sustentou que o bem jurídico protegido era a "transparência da legalidade material da Administração Pública", conforme Acta n.º 38, relativa a reunião realizada em 6.7.1990, *in* Actas CP, 1993, pp. 441 e 442), sofreu alterações com o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, passando a estar previsto no artigo 376.º (as alterações mais relevantes foram a elevação da moldura da pena de multa e o

aditamento no n.º 2 da expressão "sem que especiais razões de interesse público o justifiquem", com a consequente restrição da sua área de tutela típica).

Diremos, assim, que este crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º se inspirou no artigo 425.º do Código Penal, na versão de 1982, o qual, por sua vez, se baseou no artigo 453.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia. **4**

Tal como já se referiu em relação ao crime de peculato (artigo 20.º), os **bens jurídicos** protegidos nesta incriminação (artigo 21.º) são a integridade (probidade) no exercício de funções de titulares de cargos políticos, quando esse exercício está directamente relacionado com "direitos patrimoniais do Estado" (aqui se incluindo a propriedade de bens públicos e a posse legítima de bens particulares), podendo ainda, reflexamente, esse exercício estar relacionado com o direito de propriedade de particulares (quando os seus bens estão na posse legítima do Estado, sendo usados "para fins alheios àqueles a que se destinam") e, portanto, com o seu património. **5**

Nesta incriminação (estando em causa no artigo 21.º, n.º 1, o uso ou a permissão de uso, para fins alheios àqueles a que se destinam, de veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável recebidas ou acessíveis ao agente em razão das suas funções e, no artigo 21.º, n.º 2, o dar a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estava legalmente afectado) o bem jurídico relativo ao património (aqui por afectar directamente a posse da coisa, uma vez que não está em causa a sua apropriação ou oneração) merece uma menor tutela do que no crime de peculato previsto no artigo 20.º (onde se pune a apropriação ilícita ou a oneração de dinheiro ou de qualquer coisa móvel recebida ou acessível ao agente em razão das suas funções). Isso realça que a tutela penal aqui se dirige primacialmente à protecção do interesse público da "fidelidade" dos titulares de cargos políticos, para garantir o adequado (objectivo, imparcial e transparente) e sério (integro, fiel e honesto) exercício de funções, assumindo tal bem jurídico uma maior e mais clara preponderância em relação ao do património. Essa supremacia do interesse da fidelidade é manifesta dado que aqui se está a punir o uso para fins alheios àquele a que as coisas móveis (incluindo veículos) de valor apreciável se destinam (ou mesmo o uso público distinto daquele a que o dinheiro público estava legalmente afectado), não interessando tanto a causação de prejuízo ou de dano, que nem é descrito no tipo, apesar daquela exigência do "valor apreciável" (razão também pela qual o objecto da incriminação prevista no artigo 21.º é definido de forma diferente em relação ao crime previsto no artigo 20.º). **6**

O preenchimento do **tipo objectivo** previsto no artigo 21.º, n.º 1, ocorre quando o titular de cargo político, faz uso ou permite a outrem que faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinam, de veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável, que lhe tenham sido entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções e, o previsto no artigo 21.º, n.º 2, consiste em o infractor dar a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estiver legalmente afectado. **7**

Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão dos bens jurídicos protegidos. Quanto ao objecto da acção, é um crime de resultado uma vez que a sua consumação depende da produção de um resultado pelo agente que, na modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 1, consiste em fazer uso ou permitir a outrem que faça uso (…) de veículos ou outras coisa móveis de valor apreciável que lhe foi entregue ou tem na sua posse ou lhe é acessível em razão das suas funções, enquanto na modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 2, consiste em dar a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estava legalmente afectado. **8**

9 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, nos termos já acima indicados (ver anotação ao artigo 7.º). Claro que, para além disso, o crime de peculato de uso na modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 1, pressupõe que os veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável lhe foram entregues, estejam na sua posse ou lhe sejam acessíveis em razão das suas funções e, o da modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 2, pressupõe que o agente tenha disponibilidade sobre dinheiro público que já tem um destino público legalmente afectado. Portanto, é preciso provar essa ligação do agente aos bens (no caso do n.º 1 serão "veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável" e, no caso do n.º 2, será "dinheiro público") e a sua detenção ou acessibilidade por causa das suas funções.

10 O objecto do crime varia consoante a modalidade de peculato de uso em causa: tanto podem ser veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável (na modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 1), como "dinheiro público" (na modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 2). De qualquer modo são sempre coisas móveis (incluindo dinheiro) que estão na posse legítima do Estado. No caso da modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 1, as coisas móveis (incluindo veículos) de valor apreciável tanto podem pertencer ao património público como ao privado mas, neste caso, terão de estar na posse legítima do Estado. A exigência do valor apreciável na modalidade prevista nesse n.º 1 do mesmo preceito justifica-se por aqui se punir o peculato de uso (sempre conduta de menor gravidade em relação às previstas no artigo 20.º, apesar do valor da coisa não ser aí elemento normativo típico). Também aqui os bens que o agente tem na sua posse terão que ser alheios, sendo indiferente se são fungíveis ou infungíveis.

11 Apesar de no tipo previsto no artigo 21.º, n.º 1 (ao contrário do que sucede no artigo 20.º), não ser autonomizada a referência ao dinheiro, será de considerar o mesmo (desde que ascenda a valor apreciável) como incluído na noção de coisa móvel de valor apreciável. Para além da menção expressa a "veículos" (o que terá a ver com o facto de se tratarem de coisas móveis que, por natureza, se destinam a ser usadas, havendo maiores probabilidades de esse uso ser para fins particulares, portanto, para fins alheios ao interesse público que resulta do facto de estarem na posse legítima do Estado), a lei não adianta o que se deve entender por "valor apreciável".

12 A indeterminação do conceito de "valor apreciável" deveria justificar uma intervenção legislativa (tal como acabou por suceder no Código Penal, após a revisão do Decreto-Lei n.º 48/95 e, como também veio a acontecer quanto aos conceitos de vantagem de "valor elevado" e de "valor consideravelmente elevado", introduzidas pela Lei n.º 41/2010, de 3.9, ao artigo 19.º da Lei n.º 34/87, dispondo no n.º 3 que era "correspondentemente aplicável o disposto nas alíneas a) e b) do artigo 202.º do Código Penal) para, por um lado, evitar a arbitrariedade e o recurso a juízos subjectivos na sua definição (tanto mais que a sua exigência tem implicações a nível do dolo e do erro) e, por outro lado, garantir uma maior certeza, segurança e uniformidade nas decisões judiciais. Numa perspectiva mais extremista ou fundamentalista, poder-se-ia aventar que a indefinição legal (falta de fixação do valor apreciável) era atentatória do princípio da legalidade e motivo de insegurança e incerteza jurídicas. De qualquer modo, não há dúvidas que o valor da coisa não faz parte do tipo base de peculato (não é seu elemento típico), mas funciona como circunstância que vai permitir a punição do peculato de uso que seja mais grave.

13 É preciso concretizar o que é "valor apreciável", o que significa que haverá que encontrar um critério razoável e equilibrado que permita a sua definição. Logica-

mente que se o legislador aqui não estabeleceu um critério objectivo não será lícito ao intérprete indexar, em qualquer caso, por exemplo, a noção de valor apreciável ao de "valor elevado" indicado no artigo 202.º, al.ª a), do Código Penal (contra PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 892, sustentando a coincidência com o "valor elevado" por esse valor ser "considerado pela ordem jurídica penal suficientemente sério para justificar a agravação dos crimes patrimoniais"). Assim, combinando as especificidades do caso concreto com a elasticidade do conceito de "valor apreciável", através da mediação de um juízo objectivo, será preferível um critério próximo do apontado por MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, op. cit., 1996, p. 1200, quando sugerem que "o seu significado se queda abaixo do «valor elevado»", embora para ser relevante terá ainda de se afastar do valor diminuto (ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 708, dizendo que o valor apreciável "parece que estará algo abaixo do valor elevado, mas bastante além do valor diminuto"). Essa concretização em cada caso concreto tem relevância desde logo pelo facto de ser atípico (por não assumir dignidade que mereça tutela penal) o uso ilícito de coisa móvel que não tenha valor apreciável.

14 O conceito de coisa móvel admite uma interpretação em sentido amplo, embora também aqui condicionada ao sentido contido no tipo legal previsto no artigo 21.º. O objecto do crime de peculato uso, na modalidade prevista no artigo 21.º, n.º 1 (quer em relação ao uso de veículo ou de outra coisa móvel de valor apreciável), tal como sucede em relação ao crime previsto no artigo 20.º, terá de estar na posse (aqui se incluindo a entrega que lhe foi feita em razão das suas funções) ou ser acessível ao titular de cargo político em razão das suas funções (o que significa que o titular de cargo político, por causa das suas funções, terá a detenção material ou jurídica desses bens de valor apreciável no caso do artigo 21.º, n.º 1, ou então terá a disponibilidade do dinheiro público aludido no artigo 21.º, n.º 2). Valem também aqui as considerações feitas, a propósito do crime previsto no artigo 20.º, n.º 1, quanto à entrega ilícita (o que é diferente da posse ilegítima pelo Estado, caso em que a utilização ilícita da coisa de valor apreciável não será punida, salvo verificando-se os pressupostos do crime de infidelidade previsto no artigo 224.º do Código Penal), a qual não desvincula o agente/titular de cargo político do dever de fidelidade.

15 No tipo objectivo previsto no artigo 21.º, n.º 1, fazer uso ou permitir a outrem que faça uso significa utilizar temporariamente ou permitir que outrem utilize temporariamente a coisa móvel (incluindo veículo) de valor apreciável, sem prejuízo da sua restituição/devolução no momento e lugar juridicamente devidos (sem dano, aqui não se computando o desgaste normal decorrente do uso), como era intenção inicial do agente. Trata-se de um uso para fins alheios àquele a que a coisa móvel de valor apreciável se destina. Diríamos que também aqui a restituição (previamente precedida da dita intenção inicial de restituir) é elemento implícito do tipo previsto no artigo 21.º, n.º 1 (embora a propósito do crime de furto de uso de veículo, ver JOSÉ DE FARIA COSTA, op. cit., 1999, p. 140 e 141). No peculato de uso, inversamente do que sucede no crime previsto no artigo 20.º, o agente não actua *animo domini*, antes apenas faz uso ou faculta o gozo ou fruição da coisa de valor apreciável a terceiro, permitindo-lhe que a use antes da sua atempada reposição/restituição.

16 Quando o uso (próprio ou permitido a outrem, sempre para fins alheios àqueles a que se destinam) for prolongado no tempo poderá colocar-se a questão de saber se ainda se estará perante um mero uso ou se já se trata de apropriação, o que tudo dependerá do contexto em que essa utilização tem lugar e, portanto,

dos factos pertinentes que sobre essa matéria se apurarem (se, porém, não houve restituição no momento e lugar devidos, como era intenção do agente no momento em que resolveu fazer aquela utilização indevida, então aquele uso continuado e prolongado no tempo, sem restituição tempestiva, poderá desde logo apontar para a apropriação ilícita). Também aqui se poderá defender (à semelhança de JOSÉ DE FARIA COSTA, op. cit., 1999, p. 145) que, por exemplo, sendo atípica a abusiva utilização de veículo (afecto ao serviço público) sem valor apreciável, o consumo da gasolina (nessas deslocações particulares ilícitas que foram feitas) é um pressuposto ou integra-se ainda na normal utilização/uso do veículo, razão pela qual não se poderá autonomizar o crime de furto (artigo 203.º do Código Penal) ou de peculato (artigo 20.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87) quanto à gasolina que foi consumida naquele uso ilícito atípico (neste sentido CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 710; em sentido contrário, embora no domínio do Código Penal de 1886, ver o Parecer da PGR n.º 62/64 acima citado). O mesmo sucede no caso de se provar o peculato de uso de veículo de valor apreciável.

17 Estando em causa coisas fungíveis, como poderá ser o caso de quantia em dinheiro (aqui de valor apreciável), haverá que tomar posição sobre se o mesmo poderá ser objecto do crime de peculato de uso uma vez que, apesar de ser gasto na primeira utilização, sempre pode ser substituído e reposto no momento devido (em sentido negativo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 892; em sentido afirmativo VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, op. cit., p. 920, apoiando-se no Ac. do STJ de 28.10.92, proc. N.º 043064 e no Ac. do TRP de 25.5.1988, *in* CJ, XIII, 3, 251; inclinando-se inicialmente no sentido negativo, mas admitindo depois o peculato de uso de coisas fungíveis por conduzir a soluções mais justas, CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 711 a 714). No entanto, parece que a própria lei (nas referências expressas que faz a dinheiro, quer nos artigos 20.º, n.º 1 e 21.º, n.º 2) não exclui a possibilidade de peculato de uso em relação a coisas fungíveis.

18 Outra dificuldade com que o intérprete se pode deparar é com a distinção entre, por um lado, o acto que se consubstancia na "oneração" através de empréstimo de dinheiro e, por outro lado, o acto que se traduz na permissão de uso por outrem desse mesmo dinheiro, o que significa também um empréstimo (cf. artigos 20.º, n.º 2 e 21.º, n.º 1), na hipótese de se admitir que o dinheiro pode ser objecto de peculato de uso. Importante será não esquecer que o uso implica uma utilização temporária do bem, sem oneração (assim CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 714) podendo aparentemente concluir-se (embora tudo dependendo dos factos que se apurarem no caso concreto), como o faz a mesma Autora (*ibidem*), que o empréstimo a título oneroso (de bens fungíveis e infungíveis) caberia no artigo 20.º, n.º 2, enquanto o empréstimo gratuito (permissão de uso de bens fungíveis e infungíveis) caberia no artigo 21.º, n.º 1. De qualquer modo, tudo dependerá dos factos que se apurarem a esse respeito.

19 O tipo previsto no artigo 21.º, n.º 2, restringe-se ao "dinheiro público", quando ao mesmo é dado um destino público diferente daquele a que estava legalmente afectado (ver, entre outros, Ac. do TRL de 31.1.2002, *in* CJ, XXVII, 1, 142 a 144, embora com lapso no sumário quando se refere ao crime previsto no artigo 21.º, n.º 1, em vez de se referir ao seu n.º 2). Nesta modalidade de peculato de uso (que tem a mesma moldura legal do previsto no artigo 21.º, n.º 1), o "dinheiro público" – sobre o qual incide o exclusivo direito de propriedade do Estado – abrange, além de moedas e notas com curso legal, qualquer valor incorporado em título de crédito. Importante é que o dinheiro público (sendo indiferente a verba ou montante em causa) não seja desviado do destino público a que está legalmente

afectado. Se, por exemplo, o agente der a veículo ou outra coisa móvel de valor apreciável uso público diferente daquele a que estava legalmente afectado, incorre no tipo previsto no artigo 21.º, n.º 1. Não obstante serem as mesmas as molduras legais previstas para os dois tipos de peculato de uso, o regime previsto no artigo 21.º, n.º 2, acaba por ser mais gravoso na medida em que é indiferente a verba/ /valor em causa (o que significa que não terá de ascender a montante apreciável) quando o agente desvia dinheiro público para uso público distinto daquele a que estava legalmente afectado.

20 Tendo na sua disponibilidade "dinheiro público" o agente tem de lhe dar o destino a que estava legalmente afectado (no artigo 21.º, n.º 1 – ao contrário do que sucede com o tipo previsto no artigo 376.º, n.º 2, do Código Penal, onde é excluída a tipicidade se ocorrerem razões de interesse público que justifiquem a conduta de dar destino público diferente do legalmente afectado – só através das regras gerais relativas às causas de justificação e de desculpação é que o agente poderá não ser punido). Se assim não proceder, poderá suceder o seguinte (consoante as diferentes condutas do agente): a) dar ao dinheiro público um uso público diferente daquele a que estava legalmente afectado (caso em que cometerá o tipo previsto no artigo 21.º, n.º 2); b) apropriar-se do dinheiro público, dando-lhe o destino que entender (caso em que cometerá o crime previsto no artigo 20.º, n.º 1); c) onerar esse dinheiro público com consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado, emprestando-o a título oneroso (caso em que cometerá o crime previsto no artigo 20.º, n.º 2); d) utilizar ou permitir o uso desse dinheiro público, para qualquer fim não público diferente daquele a que estava legalmente afectado, embora restituindo-o no momento e lugar devidos, como era sua intenção desde o início (caso em cometerá o crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º, n.º 1).

21 Em qualquer das situações previstas no artigo 21.º o **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo que admitirá qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal). A intenção de restituir (entendida nos termos apontados por Eduardo Correia, como descrito em anotação ao tipo previsto no artigo 20.º desta Lei n.º 34/87) deverá existir, no tipo previsto no artigo 21.º, n.º 1, desde o momento em que o agente utiliza (ou permite a outrem que faça uso) indevidamente o veículo ou outra coisa móvel (aqui incluindo também dinheiro público ou particular que está na posse legítima do Estado) de valor apreciável que lhe foi entregue ou é acessível em razão das suas funções. O valor apreciável exigido no artigo 21.º, n.º 1, deverá ser também representado, como condição de afirmação do dolo, com todas as consequências daí decorrentes, designadamente, a nível do erro.

22 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). O consentimento/acordo de particular (ainda que o mesmo seja o proprietário do bem que está na posse legítima do Estado) não exclui a ilicitude da conduta do agente, nem afasta a tipicidade, uma vez que sempre concorre interesse público (a fidelidade no exercício de funções quando estão em causa direitos patrimoniais do Estado) indisponível.

23 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

24 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

25 Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 21.º e o crime previsto no artigo 376.º do Código Penal (admitindo-se que o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário – cf. também artigo 28.º do Código Penal), caso em que o titular de cargo político deverá ser punido pela norma especial. Entre o crime de peculato previsto no artigo 20.º e o crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º não há concurso porque existe uma relação de exclusão entre os dois tipos (o mesmo se passa em relação ao crime de peculato por erro de outrem previsto no artigo 22.º). Entre o crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º, n.º 1, e o crime de furto de uso (artigo 208.º do Código Penal) existirá concurso aparente, devendo ser o agente punido por este último crime (que tem moldura superior) por funcionar uma relação de subsidiariedade implícita (assim CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 721). Entre o crime de peculato de uso previsto no artigo 21.º e o de abuso de poderes (artigo 26.º) existe uma relação de subsidiariedade, só se aplicando este último no caso de não se provarem todos os pressupostos do peculato de uso. Haverá concurso efectivo entre o crime de peculato de uso (artigo 21.º) e o crime de dano (artigo 212.º do Código Penal).

26 A moldura legal da **pena** prevista para qualquer das duas modalidades de peculato de uso (artigo 21.º) é de prisão de 1 mês até 18 meses ou multa de 20 a 50 dias. Poder-se-ia discutir se as diferentes condutas não mereceriam molduras legais distintas (apesar de terem sido tratadas igualmente no crime de peculato de uso previsto no artigo 425.º do Código Penal, na versão de 1982, sendo a moldura de prisão até 1 ano ou multa de 10 a 30 dias). De resto, mais uma vez se nota a inércia do legislador quando não acompanhou as alterações ocorridas no Código Penal e, por isso, nem sequer subiu a moldura legal da pena de multa como sucedeu no artigo 376.º do Código Penal (cuja moldura é de pena de prisão de 1 mês até um ano ou pena de multa de 10 dias até 120 dias).

27 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). Uma vez que o peculato de uso previsto no artigo 21.º, n.º 1, supõe a efectiva reposição/restituição (como era a intenção inicial do agente) não faz sentido atenuar especialmente a pena por esse motivo (é que o estabelecimento da moldura legal mais reduzida já teve em atenção essa restituição). Também a própria previsão desta incriminação (artigo 21.º) de natureza pública é incompatível com um regime paralelo ao do artigo 206.º do Código Penal (*v.g.* quanto à extinção da responsabilidade criminal).

28 Igualmente aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 22.º
Peculato por erro de outrem

O titular de cargo político que no exercício das suas funções, mas aproveitando-se do erro de outrem, receber, para si ou para terceiro, taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas, ou superiores às devidas, será punido com prisão até três anos ou multa até 150 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotações 5 e 6)
O tipo objectivo (anotações 7 a 15)
O tipo subjectivo (anotação 16)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 17)
A tentativa (anotação 18)
A comparticipação (anotação 19)
O concurso (anotação 20)
A pena (anotações 21 a 23)

A **fonte** remota desta disposição é o artigo 12.º, n.º 2, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, quando considerava como crime de responsabilidade (concretamente "crimes contra a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos") "a ilegal e arbitrária imposição dum tributo, ou a indevida cobrança de impostos, rendas e quaisquer prestações" (punindo essa conduta com prisão maior celular de 2 a 8 anos, ou, em alternativa, com degredo temporário, quando o valor do prejuízo exceder a 600$ e com prisão correccional, não excedendo a essa cifra). **1**

Paralelamente, no Código Penal de 1886, eram punidos os crimes de concussão (artigo 314.º) e de imposição arbitrária de contribuições (artigo 315.º), sucedendo-lhes, no Código Penal aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, os crimes de peculato por erro de outrem previsto no artigo 426.º (que se inspirou no correspondente artigo 454.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, p. 482) e de imposição ilegal de contribuições ou impostos previsto no artigo 429.º (que se inspirou no correspondente artigo 457.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na mesma 24.ª sessão, *in* Actas CP, 1979, p. 486). **2**

Entretanto, no Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, foi decidido introduzir o crime de concussão (artigo 380.º), o qual passou a englobar as condutas descritas nos crimes previstos nos artigos 426.º e 429.º do Código Penal, na versão de 1982. O referido crime de concussão foi introduzido no Código Penal, pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, passando a estar previsto no artigo 379.º (sendo consequentemente eliminadas as incriminações anteriormente previstas nos artigos 426.º e 429.º). **3**

Diremos, assim, que este crime de peculato por erro de outrem previsto no artigo 22.º se inspirou no artigo 426.º do Código Penal, na versão de 1982, o qual, por sua vez, se baseou no artigo 454.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia. **4**

Os **bens jurídicos** protegidos nesta incriminação (artigo 22.º) são, por um lado, a integridade (probidade) no exercício de funções de titulares de cargos políticos, quando a sua actividade funcional levar ao recebimento de importâncias que não sejam legalmente devidas, o que sempre envolve dano para a imagem impoluta que qualquer serviço público deve ter para merecer a confiança da comunidade (assim se procurando evitar que os titulares de cargos políticos recebam qualquer tipo de vantagens/proveitos patrimoniais ilícitos, seja resultante de abuso de poderes, seja consequência do abuso da confiança que a comunidade neles depositou por causa do cargo que ocupam) e, por outro lado, o património do particular (evitar que, por aproveitamento de erro, seja desembolsado de montante que não era devido ao Estado e, como tal, não era obrigado a pagar). **5**

A tutela penal dirige-se primacialmente à protecção do interesse da "fidelidade" dos titulares de cargos políticos, para garantir o adequado (objectivo, imparcial e transparente) e sério (integro, fiel e honesto) exercício de funções, aparecendo a necessidade de protecção do património do particular como uma consequência **6**

da defesa daquele interesse público. A supremacia do interesse da fidelidade é manifesta dado que aqui se está a punir o recebimento de qualquer importância não devida ou superior à devida (por via do aproveitamento pelo agente da titularidade do cargo), exigindo, assim, o legislador que o titular de cargo político tenha um papel activo, desfazendo erro em que o cidadão/particular incorra (em vez de dele se aproveitar), evitando consequentemente o respectivo prejuízo. Ou seja, exige-se do agente político uma resposta clara, transparente e correcta em relação ao cidadão que tem de pagar taxas, emolumentos ou outras importâncias devidas à Administração.

7 O preenchimento do **tipo objectivo** previsto do artigo 22.º ocorre quando o titular de cargo político, no exercício das suas funções, aproveitando-se do erro de outrem, recebe (para si ou para terceiro que não o Estado) taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas ou superiores às devidas.

8 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão dos bens jurídicos protegidos. Quanto ao objecto da acção, é um crime de resultado uma vez que a sua consumação depende da produção de um resultado pelo agente, o qual consiste em receber taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas ou superiores às devidas.

9 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, nos termos já acima indicados (ver anotação ao artigo 7.º). Claro que, para além disso, terá de cometer o crime no exercício de funções, pressupondo o tipo que o agente tem competência funcional para proceder ao recebimento de taxas, emolumentos ou outras importâncias. Isto significa que muitos dos titulares de cargos políticos (que não têm competência funcional para efectuar aquele tipo de recebimentos), não poderão cometer este crime. E, repare-se que hoje em dia, o recebimento daquele tipo de importâncias é documentado, em geral processado de forma informatizada, o que estreita o leque de titulares de cargos políticos que podem incorrer na prática deste crime previsto no artigo 22.º.

10 O objecto do crime são taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas ou superiores às devidas. Estão em causa quantias monetárias que o cidadão comum normalmente paga sem questionar, por acreditar que são devidas por lei, desde que exigidas ou cobradas pela Administração ou por quem a funcionalmente represente. A aparente seriedade da importância monetária em dívida, que o cidadão está disposto a pagar por ter incorrido em erro (independentemente de, para o efeito, poder ter sido enganado), pode derivar da circunstância de a mesma não ser muito elevada ou desrazoável, do tipo/natureza de tributo em causa (*v.g.* taxas ou emolumentos) ou da simples confiança depositada no órgão público habilitado a proceder a esse género de cobranças, aqui encabeçada pelos mais altos representantes (titulares de cargos políticos). Obviamente que quem tem competência funcional para receber este tipo de importâncias – que neste caso é titular de cargo político – tem de saber previamente se as mesmas são ou não devidas e, não sendo devidas, tem a obrigação prévia de esclarecer claramente o cidadão e, consequentemente, de não as receber.

11 Existe uma redundância na lei quando, além de se referir a "importâncias não devidas", também alude às que sejam "superiores às devidas", dado que estas estão incluídas naquelas. De qualquer modo, a importância não devida tanto é aquela que não pode ser exigida legalmente como a que excede a legalmente devida, o que tudo se reconduz à impossibilidade ou interdição da sua cobrança ou recebimento.

12 Meio de execução do crime é o "aproveitamento do erro de outrem" que não é compatível com o adequado (sério, honesto e legal) exercício de funções.

O legislador não distingue se o erro foi provocado pelo agente, por terceiro ou se resulta de deficiente informação da "vítima" que não é esclarecida. A conduta é criminosa desde que haja aproveitamento do erro, parecendo ser indiferente para o preenchimento do tipo que o erro tivesse sido provocado/induzido pelo próprio agente. A norma pressupõe que o agente tem conhecimento do erro do particular e que actua omitindo o dever de esclarecimento e aproveitando-se daquele erro quando recebe a importância que não é devida.

13 De qualquer modo, a circunstância do crime de peculato por erro de outrem não prever, como meio de execução (ao contrário do que sucede com o crime de concussão "implícito"), por exemplo, a indução em erro, não impedirá que o titular de cargo político incorra no crime previsto no artigo 22.º em concurso aparente com o crime previsto no artigo 379.º, n.º 1, do Código Penal, desde que se verifiquem os pressupostos indicados no artigo 2.º da Lei n.º 34/87 (não faria sentido que uma conduta mais grave – em que o agente se aproveitava do erro de outrem por si induzido – fosse punida menos gravemente, como se deduz se compararmos as molduras abstractas previstas respectivamente no tipo do artigo 22.º e no do artigo 379, n.º 1, do Código Penal, mesmo com a agravação prevista no artigo 2.º da Lei n.º 34/87, não obstante a moldura prevista no referido artigo 379.º, n.º 1, ser subsidiária, uma vez que apenas será aplicável "se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal").

14 A importância recebida tanto pode reverter para o próprio agente, como para terceiro. Apelando a argumento histórico e, até comparando com o regime previsto no actual artigo 379.º (concussão) do Código Penal (que apenas foi introduzido com o Decreto-Lei n.º 48/95, portanto, depois da publicação da Lei n.º 34/87), a referência a "terceiro" não abrange o recebimento para o Estado.

15 O crime consuma-se com o aproveitamento do erro de outrem que se concretiza no momento em que o agente recebe a importância monetária que não era devida. A circunstância de a importância se destinar a terceiro não altera o momento da consumação (que é sempre determinado pelo momento do recebimento da importância em questão). A partir da altura em que o agente se apercebe do erro e, antes daquele recebimento, existirá tentativa, quando tiverem sido praticados actos de execução com vista ao aproveitamento do erro.

16 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo que admitirá qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal). Claro que o agente terá de ter conhecimento do erro em que incorreu aquele que está disposto a pagar e, como tal, deverá saber que a importância em questão não é legalmente devida. Poderá ser excluído o dolo verificando-se o condicionalismo previsto no artigo 16.º do Código Penal. Também aqui se poderão configurar situações de erro sobre a ilicitude (artigo 17.º do Código Penal).

17 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). Cremos que o consentimento/acordo de particular não exclui a ilicitude da conduta do agente, nem afasta a tipicidade, uma vez que sempre concorre interesse público (a fidelidade no exercício de funções) indisponível.

18 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

19 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade

aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

20 Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 22.º e o crime previsto no artigo 379.º, n.º 1, do Código Penal, caso em que o titular de cargo político deverá ser punido pela norma especial (admitindo-se que o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário – cf. também artigo 28.º do Código Penal). Entre o crime de peculato por erro de outrem (artigo 22.º) e o crime de abuso de poderes (artigo 26.º) existe um concurso aparente, devendo o agente ser punido pelo mais grave (relação de subsidiariedade). Também, dada a relação de subsidiariedade, não se provando todos os pressupostos do peculato de uso, poderá o agente ser punido pelo crime previsto no artigo 26.º. Apurando factos pertinentes, poderá existir concurso aparente entre o crime previsto no artigo 22.º e o crime de burla ou burla qualificada previsto nos artigos 217.º e 218.º Código Penal, devendo o agente ser punido pelo crime mais grave (por funcionar uma relação de subsidiariedade implícita). Haverá concurso efectivo entre este crime previsto no artigo 22.º e o de falsificação de documento (artigo 256.º do Código Penal) se, por exemplo, o agente falsifica documento para poder aproveitar-se do erro da "vítima".

21 A moldura legal da **pena** é de prisão de 1 mês até 3 anos ou multa de 10 até 150 dias. Poder-se-ia discutir se a moldura da pena de multa é adequada, até comparando com a prevista no artigo no artigo 27.º. De qualquer modo, sempre essa moldura era equilibrada (mesmo na sua superioridade) em relação à prevista no artigo 426.º do Código Penal, na versão de 1982 (prisão até 2 anos ou multa até 100 dias). No entanto, mais uma vez se nota a inércia do legislador quando na lei especial não acompanhou as alterações ocorridas no Código Penal e, por isso, nem sequer subiu a moldura legal da pena de multa, que passou a ser inferior à prevista no artigo 379.º, n.º 1, do Código Penal (cuja moldura é de pena de prisão de 1 mês até dois anos ou pena de multa de 10 dias até 240 dias). De resto, repare-se que, por exemplo, no Código Penal, desde a revisão de 1995, a regra, é de fazer equivaler à moldura da pena de prisão até 3 anos a pena de multa alternativa até 360 dias. Essa regra inclusivamente já foi transposta para a Lei n.º 34/87, no que se refere ao crime de violação de regras urbanísticas previsto no artigo 18.º-A, n.º 1.

22 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

23 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 23.º
Participação económica em negócio

1. O titular de cargo político que, com intenção de obter para si ou para terceiro participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpra, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar será punido com prisão até cinco anos e multa de 50 a 100 dias.

2. O titular de cargo político que, por qualquer forma, receber vantagem patrimonial por efeito de um acto jurídico-civil relativo a interesses de que tenha, por

força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, a administração ou a fiscalização, ainda que sem os lesar, será punido com multa de 50 a 150 dias.

3. A pena prevista no número anterior é também aplicável ao titular de cargo político que receber, por qualquer forma, vantagem económica por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento de que, em razão das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que se não verifique prejuízo económico para a Fazenda Pública ou para os interesses que assim efectiva.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotações 5 e 6)
O tipo objectivo (anotações 7 a 19)
O tipo subjectivo (anotação 20)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 21)
A tentativa (anotação 22)
A comparticipação (anotação 23)
O concurso (anotação 24)
A pena (anotações 25 a 27)

A **fonte** remota desta disposição é o artigo 12.º, n.os 4 e 7, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, quando considerava como crime de responsabilidade (concretamente "crimes contra a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos") quer "a participação nos lucros de negócio que dependa de despacho ou intervenção da autoridade pública", quer "os contratos realizados fraudulentamente em benefício de terceiro ou em prejuízo do Estado" (punindo tais condutas com prisão maior celular de 2 a 8 anos, ou, em alternativa, com degredo temporário, quando o valor do prejuízo exceder a 600$ e com prisão correccional, não excedendo a essa cifra). **1**

Paralelamente, no Código Penal de 1886, eram punidos os crimes de percebimento ilegal de emolumentos (artigo 316.º) e de aceitação de interesse particular (artigo 317.º), sucedendo-lhes, no Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9, o crime de participação económica em negócio previsto no artigo 427.º (que se inspirou no correspondente artigo 455.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, discutido na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, p. 483, onde Eduardo Correia esclareceu que ali se previam "várias hipóteses de participação económica criminosa por parte do funcionário em negócios celebrados com a função pública. No n.º 1 a participação opera-se ao nível do próprio acto jurídico e adquire realidade no próprio conteúdo desse acto. No n.º 2 essa participação é exterior ao acto jurídico, este em si não participa das vantagens económicas a receber pelo funcionário", esclarecendo, também, que o n.º 3 correspondia aos artigos 316.º e 317.º do Código Penal de 1886). **2**

Entretanto, no Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987, foram sugeridas pequenas alterações, designadamente, em relação às molduras legais que sofriam agravação e quanto à inclusão (nos n.os 2 e 3 do correspondente artigo 376.º, à semelhança do que já sucedia no n.º 1) de que "terceiro" também podia ser beneficiário da vantagem patrimonial recebida pelo agente. Com o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, o referido crime de participação económica em negócio passou a estar previsto no artigo 377.º, sendo elevadas as molduras penais. **3**

Assim, este crime previsto no artigo 23.º inspirou-se no artigo 427.º do Código Penal, na versão de 1982, o qual, por sua vez, se baseou no artigo 455.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia. **4**

5 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 23.º) é a integridade no exercício de funções de titulares de cargos políticos, o que exige um desempenho funcional de acordo com a legalidade, orientado para a satisfação dos interesses públicos que foram confiados ao agente em função das suas atribuições legais. Procura-se evitar qualquer "«desvio» no exercício dos poderes conferidos pela titularidade do cargo" (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º, n.º 1, do Código Penal", *in* RLJ ano 121.º, 1 de Abril de 1989, p. 380), precisamente para que não sejam usados ou manipulados pelo agente na satisfação de interesses privados, quer revertam em seu benefício ou de terceiro.

6 Porque a satisfação de interesses públicos (ainda que com reflexos patrimoniais), pode também interferir com a realização de interesses privados (quando a relação negocial, seja onerosa ou gratuita, se estabelece com particulares ou com pessoas colectivas de direito privado) é necessário garantir o adequado (legal, objectivo, imparcial e transparente) e sério (íntegro, fiel e honesto) exercício de funções e, portanto, evitar "qualquer utilização indevida das faculdades inerentes ao cargo para fins que, não só se encontram fora das respectivas atribuições legais, mas sobretudo assumem natureza particular ou privada" do agente ou de terceiros (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., 1989, pp. 380 e 381). Nessa medida, é também a imagem do serviço público perante a comunidade que importa preservar, o que é uma consequência da "necessidade da protecção de interesses públicos" (em relação ao crime previsto no artigo 377.º do Código Penal, ver CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 725 e VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, op. cit., p. 921; posição diferente tem PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 894, sustentando que o bem jurídico protegido "é o património alheio", público ou particular, assumindo "um papel meramente acessório" a "lesão do bem jurídico da integridade do exercício de funções públicas").

7 O **tipo objectivo** previsto do artigo 23.º compreende as seguintes modalidades de acção: no n.º 1 pune-se a conduta do titular de cargo político que lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que (no todo ou em parte) lhe cumpra, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar ou realizar; no n.º 2 pune-se a conduta do titular de cargo político que, por qualquer forma, receber vantagem patrimonial por efeito de um acto jurídico-civil relativo a interesses de que tenha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, a administração ou a fiscalização, ainda que sem lesar esses mesmos interesses; no n.º 3 pune-se a conduta do titular de cargo político que receber, por qualquer forma, vantagem económica por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento de que, em razão das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, desde que se não verifique prejuízo económico para a Fazenda Pública ou para os interesses que assim efectiva.

8 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão do bem jurídico protegido. Quanto ao objecto da acção, é um crime de resultado uma vez que se consuma com a produção do resultado que, em qualquer das modalidades prevista no artigo 23.º, consiste na "participação económica" nos negócios/actos jurídicos celebrados, seja a nível do seu conteúdo, seja externamente (na modalidade do seu n.º 1, o titular de cargo político participa "no próprio conteúdo do acto jurídico" e, nas modalidades dos seus n.º 2 e 3, a participação "é exterior ao acto jurídico" mas, por efeito daqueles actos, ou como seu resultado, o titular de cargo político recebe vantagem patrimonial).

9 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, nos termos já acima indicados (ver

anotação ao artigo 7.º). Para além disso: na modalidade prevista no n.º 1, terá de lhe competir, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar os interesses patrimoniais que são lesados em negócio jurídico; na modalidade prevista no n.º 2, terá de lhe competir, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, a administração ou a fiscalização dos interesses relativos a um acto jurídico-civil (por efeito do qual recebeu vantagem patrimonial); na modalidade prevista no n.º 3, terá de, em razão das suas funções, total ou parcialmente, estar encarregado de ordenar ou fazer cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento (sendo por efeito de qualquer uma dessas actividades que recebe vantagem económica). Isto significa que só o titular de cargo político que exerça qualquer uma daquelas funções ou actividades é que poderá incorrer na prática do crime previsto no artigo 23.º.

10 A qualidade de titular de cargo político funciona como agravante da ilicitude da conduta na modalidade prevista no artigo 23.º, n.º 1 e, como fundamento da ilicitude, nas modalidades previstas no artigo 23.º, n.º 2 e n.º 3 (assim, embora em relação ao crime previsto no artigo 377.º do Código Penal, CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 725 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 895).

11 Por outro lado, se é certo que na modalidade prevista no n.º 1 do artigo 23.º o agente pode não chegar a alcançar a "participação económica ilícita" (bastando aquela específica intenção), já nas previstas nos n.os 2 e 3 do mesmo preceito legal, exige-se o efectivo recebimento de vantagem patrimonial (aqui se incluindo a vantagem indicada como "económica" no n.º 3). Precisamente porque na hipótese descrita no n.º 1 o titular de cargo político interfere a nível do próprio conteúdo do negócio jurídico em causa, lesando interesses patrimoniais que lhe foram confiados, é que se compreende que a tutela penal se antecipe para o momento da lesão desses mesmos interesses e, portanto, para momento anterior ao do possível recebimento da participação económica ilícita (sendo suficiente a intenção de a obter para si ou para outrem).

12 Já o pressuposto do efectivo recebimento, por qualquer forma, de vantagem patrimonial ou de vantagem económica, nas hipóteses contidas respectivamente nos n.os 2 e 3 do artigo 23.º, assenta na circunstância de aquelas vantagens advirem por efeito (resultado) de acto jurídico-civil (n.º 2) ou de determinadas actividades (n.º 3) e, portanto, de a intervenção do agente ser exterior em relação àqueles actos ou actividades (precisamente porque aqui não há intervenção do agente a nível do conteúdo desses actos ou actividades que lhe estão confiadas é que a conduta/acção se consuma com o efectivo recebimento de vantagem patrimonial/económica). Recebimento de vantagem patrimonial/económica que corresponde grosso modo a uma "participação económica ilícita" do agente, embora aqui não se trate propriamente de uma "participação" uma vez que a dita vantagem é recebida por efeito dos actos ou actividades descritos respectivamente nos n.os 2 e 3 do artigo 23.º. Nas modalidades previstas nos n.os 2 e 3 do artigo 23.º, o legislador não fez menção expressa a "participação económica ilícita" (não obstante a epígrafe do crime ser "participação económica em negócio") precisamente porque a conduta do agente nessas situações não interfere no conteúdo dos actos jurídico-civis ou das actividades, razão pela qual nelas não pode "participar".

13 De qualquer modo, quer a pretendida participação económica ilícita (artigo 23.º, n.º 1), quer as vantagens patrimoniais/económicas recebidas (artigo 23.º, n.os 2 e 3) envolvem sempre uma prestação apenas de natureza patrimonial (e não, como sucede no crime de corrupção passiva ou activa, uma "vantagem patrimonial ou não patrimonial").

14 A participação económica que o agente visa obter é ilícita (artigo 23.º, n.º 1), quando o próprio negócio jurídico é inválido. No entanto, essa invalidade terá de resultar da conduta do agente descrita no tipo do n.º 1 do artigo 23.º. A este propósito coloca-se a questão de saber se essa invalidade administrativa terá de decorrer de um vício material relativo ao conteúdo do negócio jurídico ou se pode resultar de um vício meramente formal (*v.g.* por falta de observância do formalismo legal). Na medida em que esta modalidade da acção exige que o agente interfira no conteúdo do acto/negócio jurídico, sendo por essa via que lesa os interesses patrimoniais que lhe foram confiados, compreende-se que se conclua que se está perante uma ilicitude material (assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., 1989, pp. 382 e 383).

15 Resta saber se a invalidade resultante de um vício formal também se inclui no âmbito de protecção deste específico tipo legal. Se tivermos em consideração que o tipo previsto no artigo 23.º, n.º 1, exige a lesão de interesses patrimoniais confiados ao agente (enquanto manifestação de uma tutela penal fragmentária), teremos de concluir que a ilicitude meramente formal não está abrangida na área de tutela da norma (ver além de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., também CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 730 e 731). No entanto, também há quem defenda ser irrelevante que a ilicitude do acto decorra de vício formal, orgânico ou processual, concluindo que mesmo quando o acto praticado pelo titular de cargo político padece de um desses vícios formais, a sua conduta preenche igualmente o tipo do artigo 23.º, n.º 1 (assim, embora em relação ao crime previsto no artigo 377.º do Código Penal, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., pp. 895 e 896). Porém, exigindo este tipo específico (artigo 23.º, n.º 1) que o agente lese os interesses patrimoniais que lhe foram confiados, percebe-se melhor a tese dos que concluem que a conduta só é típica quando o acto praticado pelo titular de cargo político padece de vício relativo ao respectivo conteúdo (até por uma questão de coerência interna, tanto mais que no artigo 23.º, n.º 1, a participação opera-se ao nível interno do acto jurídico, sendo lógica a preferência pelo vício de conteúdo em vez do vício de forma por ser aquele que directamente se relaciona com a indevida utilização pelo agente dos poderes conferidos pela titularidade do cargo).

16 Na modalidade prevista no artigo 23.º, n.º 1 é indiferente que a pretendida participação económica ilícita reverta para o agente ou para terceiro (a referência a "terceiro" não abrange o recebimento para o Estado), uma vez que o que é determinante para a criminalização da conduta é a efectiva lesão dos interesses patrimoniais que ao agente cumpra, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar. Na medida em que o crime se preenche com a intenção de obter (para si ou para terceiro) participação económica ilícita e supõe a efectiva lesão dos interesses patrimoniais confiados, percebe-se a ausência de alusão (ao contrário do que sucede no n.º 3 do artigo 23.º) à não verificação de prejuízo económico (é que se há lesão de interesses patrimoniais que foram confiados ao agente haverá necessariamente prejuízo que pode ser avaliado e calculado em termos económicos).

17 Também é irrelevante que a vantagem patrimonial/económica recebida pelo agente nas hipóteses previstas nos n.os 2 e 3 do mesmo artigo 23.º seja destinada ao agente ou a terceiro, apesar de a lei nada dizer a esse respeito. É lógica essa falta de alusão ao destino da vantagem patrimonial/económica uma vez que o que é determinante para o preenchimento desses tipos específicos é antes o recebimento daquela vantagem pelo agente, que actua abusando dos poderes que lhe advêm da titularidade do cargo, sem contudo interferir no conteúdo daqueles actos ou actividades. No entanto, é por efeito desses mesmos actos ou actividades respectivamente que obtém (recebe) a dita vantagem patrimonial/económica.

Obviamente que não interferindo no conteúdo daqueles actos ou actividades não lesa directamente os interesses que lhe foram confiados quer no tipo previsto no n.º 2, quer no previsto no n.º 3 do artigo 23.º, sendo certo que nesta última situação se acautela ainda o não prejuízo para a Fazenda Nacional (a referência à não verificação de prejuízo económico para os interesses que efectiva com a cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento de que estiver encarregado de ordenar ou fazer acaba por ser algo redundante na medida em que o agente não ataca o conteúdo dessas actividades, pelo que a haver prejuízo económico sempre seria apenas para a Fazenda Nacional, embora indirectamente existisse também o prejuízo de quem pagou a dita vantagem patrimonial/económica).

18 A ausência de referência a meios de execução em qualquer das modalidades típicas do crime de participação económica em negócio é de certa forma compensada pela descrição das respectivas acções proibidas, das quais resulta a existência de relação causal "entre a vantagem obtida ou que se pretendeu obter e a função do agente" (CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 728). Trata-se, aliás, da previsão de hipóteses que implicam "a utilização das faculdades favorecidas pelo cargo para fins privados do agente ou de terceiro" (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, op. cit., 1989, p. 382).

19 O crime consuma-se no caso do n.º 1 do artigo 23.º quando o agente lesa os interesses patrimoniais que lhe foram confiados (apesar de poder não chegar a alcançar a participação económica, bastando essa intenção específica) e, nos casos restantes previstos nos n.os 2 e 3 do mesmo artigo, com o recebimento da vantagem patrimonial/económica. Na primeira modalidade indicada, ao contrário do que se passa com as restantes duas, não há congruência entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo.

20 O **tipo subjectivo** preenche-se, no caso do artigo 23.º, n.º 1, com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo em qualquer das suas modalidades, a que acresce o elemento subjectivo específico (ou adicional) relativo à intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita". Esta particular finalidade não integra a factualidade típica do crime mas, juntamente com o dolo, completa o tipo subjectivo de ilícito desta incriminação, nessa modalidade (considerando não ser admissível o dolo eventual, embora relativamente ao crime previsto no artigo 377.º, n.º 1, do Código Penal, PAULA RIBEIRO FARIA, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 731). Quanto às modalidades previstas no artigo 23.º, n.os 2 e 3 o tipo subjectivo satisfaz-se com o dolo do agente/titular de cargo político, em qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal). Embora seja difícil configurar situações de erro, aplica-se a esse nível o regime geral previsto no Código Penal (artigos 16.º e 17.º).

21 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). O consentimento/acordo de particular não exclui a ilicitude da conduta do agente, nem afasta a tipicidade, uma vez que sempre concorre interesse público indisponível.

22 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

23 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

24 Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre este crime previsto no artigo 23.º, n.º 1 e o crime de infidelidade (artigo 224.º do Código Penal), devendo o agente ser punido pelo primeiro por força da relação de especialidade. Entre este crime (artigo 23.º) e o crime de peculato (20.º) ou o crime de peculato por erro de outrem (artigo 22.º) desta Lei n.º 34/87 existe uma relação de exclusão, por os "modos de execução dos crimes serem radicalmente diferentes" (assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 897). Igualmente entre os crimes previstos nos artigos 17.º, n.º 1 e o de participação económica previsto no artigo 23.º, n.º 1 (o que sempre exigirá que se apurem factos diferentes, integradores de conduta diversa daquela que integra o crime de corrupção passiva) da mesma lei existirá, como diz CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., pp. 734 e 735, em relação aos correspondentes crimes previstos no Código Penal, "uma relação de exclusão", por se tratarem "de situações diferentes" (explica a mesma Autora que, enquanto no crime de corrupção a vantagem indevida "aparece como contrapartida de um determinado comportamento" e, assim, "é exterior a esse comportamento, na participação económica, a vantagem é a própria participação económica, a qual é lesiva dos interesses patrimoniais confiados ao agente"). Entre o crime previsto no artigo 17.º, n.º 2 e o crime de participação económica previsto no artigo 23.º, n.os 2 e 3, enquanto seguindo CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 735, ter-se-á de concluir que, apesar de haver uma maior semelhança (porque em ambos os casos "a vantagem é exterior ao comportamento do agente"), devem continuar a distinguir-se (na medida em que a vantagem, na participação económica aparece como resultado do comportamento do agente mas, na corrupção passiva, surge como condição ou contrapartida para praticar ou omitir um acto não contrário aos deveres do cargo, havendo aqui uma ilicitude mais grave), já seguindo a tese de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 897, pode admitir-se que o crime de participação económica previsto no artigo 23.º, n.º 2, é consumido pelo crime de corrupção previsto no artigo 17.º, n.º 2. Por outro lado, admitindo-se que o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário (cf. também artigo 28.º do Código Penal), pode existir uma relação de concurso aparente entre o crime previsto no artigo 23.º e o crime previsto no artigo 377.º do Código Penal (relação de especialidade). No caso dos n.os 2 e 3 do artigo 23.º, sendo a moldura inferior à prevista no artigo 377.º, n.os 2 e 3 do Código Penal, coloca-se a questão da aplicação da pena mais grave, prevista na lei penal geral (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 897, remetendo para CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, op. cit., p. 736). Entre o crime de participação económica em negócio (artigo 23.º) e o crime de falsificação de documento (artigo 256.º do Código Penal) já haverá concurso efectivo (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 897), desde logo porque estão em causa, em cada um desses tipos legais, bens jurídicos diferentes.

25 A moldura legal da **pena** é, no caso previsto no artigo 23.º, n.º 1, de prisão de 1 mês até 5 anos e multa complementar de 50 a 100 dias e, nos restantes casos previstos nos n.os 2 e 3 do mesmo artigo, de multa de 50 dias a 150 dias. Tais molduras eram equilibradas (mesmo na sua superioridade) em relação às previstas no artigo 427.º do Código Penal, na versão de 1982 (no n.º 1 era prisão até 4 anos e multa de 30 e 90 dias e nos n.os 2 e 3 era multa de 30 a 120 dias). No entanto, mais uma vez se nota a inércia do legislador quando na lei especial não acompanhou as alterações entretanto ocorridas no Código Penal (designadamente, quanto à eliminação da previsão das "penas compósitas", isto é, penas simultaneamente de prisão e multa, como sucede no artigo 23.º, n.º 1). Hoje em dia a moldura prevista no artigo 23.º, n.º 1, apenas difere em relação à do artigo 377.º, n.º 1, do Código Penal, quanto

à pena complementar que acresce à pena de prisão (o que até parece evidenciar que, afinal, a qualidade do agente/titular de cargo político não fundamenta maior gravidade da pena em relação ao agente/funcionário, sendo certo, porém, que essa não foi a vontade do legislador). Por outro lado, apesar de a pena de multa prevista nos tipos descritos nos n.os 2 e 3 do artigo 23.º ser superior à actualmente prevista no artigo 377.º, n.os 2 e 3 do Código Penal (pena de prisão de 1 mês até 6 meses ou multa de 10 dias até 60 dias), o certo é que não existe previsão da alternativa pena de prisão, o que é incompreensível (tanto mais que também aqui se justificava essa previsão). Nem se percebe a falta de cuidado do legislador quando não actualizou a moldura prevista nesta incriminação prevista na Lei n.º 34/87.

Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), **26**
o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). Poderá ainda o agente beneficiar da atenuação especial prevista no artigo 8.º da Lei n.º 36/94 (medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira), de 29.9, se "auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis."

Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime **27**
de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 24.º

Emprego de força pública contra a execução de lei de ordem legal

O titular de cargo político que, sendo competente, em razão das suas funções, para requisitar ou ordenar o emprego de força pública, requisitar ou ordenar esse emprego para impedir a execução de alguma lei, de mandato regular da justiça ou de ordem legal de alguma autoridade pública será punido com prisão até três anos e multa de 20 a 50 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 7)
O bem jurídico (anotações 8 e 9)
O tipo objectivo (anotações 10 a 18)
O tipo subjectivo (anotação 19)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 20)
A tentativa (anotação 21)
A comparticipação (anotação 22)
O concurso (anotação 23)
A pena (anotações 24 a 26)

A **fonte** desta disposição é o artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, quando **1**
considerava como crime de responsabilidade (concretamente "crimes contra o livre exercício dos poderes do Estado") "a requisição ou emprego de força pública para impedir a execução dalguma lei ou mandado da autoridade pública", que punia com prisão correccional.

Esse crime correspondia ao previsto no corpo do artigo 297.º (emprego ou requisição **2**
da força pública para impedir a execução da lei ou de ordens legais) do Código Penal de 1886, o qual estabelecia que "o empregado público que, sendo competente para requisitar ou ordenar o emprego da força pública, requisitar ou ordenar este emprego para impedir a execução de alguma lei, ou de mandado regular da justiça

ou de ordem legal de alguma autoridade pública, será condenado a prisão até 1 ano e multa correspondente (nos dois parágrafos seguintes previam-se diferentes molduras consoante o impedimento se consumasse ou não se consumasse, a requisição ou ordem tivesse sido seguida de algum efeito, sendo no primeiro caso punido com pena de prisão maior de 2 a 8 anos, se esse impedimento não constituísse crime, a que por lei fosse aplicável pena mais grave e, no segundo caso, sendo punido com pena de prisão e multa correspondente). Igualmente no artigo 300.º do Código Penal de 1886 se previa o crime de conluio de funcionários contra a execução de alguma lei ou ordem legal.

3 No Código Penal de 1886, tal crime estava inserido no Livro II (dos crimes em especial), título III (dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública), no capítulo XIII (dos crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções), na secção II (abuso de autoridade). Protegia-se naquela incriminação predominantemente "o interesse do Estado" em que os seus empregados não abusassem das suas funções, "requisitando ou ordenando o emprego da força pública para impedir a execução de alguma lei ou de ordem legal da autoridade pública" (assim, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 625).

4 A essa incriminação sucedeu o crime previsto no artigo 458.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, inserido no título IV (dos crimes contra o Estado), capítulo IV (dos crimes cometidos no exercício de funções públicas), secção III (do abuso de autoridade). O seu texto ("o funcionário que, sendo competente para requisitar ou ordenar o emprego de força pública, requisitar ou ordenar este emprego para impedir a execução de alguma lei, ou de mandado regular da justiça ou de ordem legal de alguma autoridade pública, será punido com prisão até um ano e multa de dez a trinta dias"), com alteração resultante de agravação da moldura da pena de prisão para 2 anos (acordada pela Comissão na 24.ª sessão, de 24.6.1966, *in* Actas CP, 1979, pp. 486 e 487), veio a dar origem ao crime previsto no artigo 430.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9.

5 Na Comissão Revisora, constituída para discutir o Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987 (conferir Acta n.º 38, de 6.7.1990, *in* Actas CP, 1993, p. 444), foi questionado pelo Sr. Professor Figueiredo Dias a necessidade desta incriminação (ali prevista no artigo 381.º), por "nos casos mais graves dever configurar outro crime contra o Estado, sendo certo que, pelo menos, existirá sempre desobediência", o que foi contestado pelo Sr. Procurador-Geral da República, que "salientou a importância da incriminação como tipo autónomo, dada a presença de interesses que estão fora da zona cinzenta que, por vezes, torna delicado distinguir entre «criminal» e «cível»", tendo ainda realçado, "por outro lado, que as providências cautelares não asseguram uma tutela suficiente."

6 Com a revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, essa incriminação passou a estar prevista no artigo 380.º (redacção que se mantém em vigor), limitando-se as alterações à substituição da palavra "legal" por "legítima", quer na epígrafe, quer no texto da norma e à elevação da moldura da pena de multa que passou de 10 a 30 dias para multa até 240 dias).

7 Assim, este crime previsto no artigo 24.º teve por fonte não só a referida norma da Lei n.º 266, como também a incriminação correspondente prevista no Código Penal, quer na versão de 1886, quer na versão de 1982, que poucas alterações sofreu (mesmo em relação ao artigo 458.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia).

8 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 24.º, cuja epígrafe é algo confusa por lhe faltar um "ou" de modo a ficar a constar "emprego de força

pública contra a execução de lei ou de ordem legítima", como sucede no crime previsto na lei penal geral) é, tal como no previsto no artigo 380.º do Código Penal (ver CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 764, seguida por VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, op. cit., p. 928), genericamente "a autonomia intencional do Estado", embora aqui concretizado na necessidade de salvaguardar "a unidade no exercício da autoridade pública". Tal como sucede em relação ao agente/funcionário (no crime previsto no artigo 380.º do Código Penal), aqui o titular do cargo político, com competência, em razão das suas funções, para requisitar ou ordenar o emprego da força pública, "utiliza o poder coercitivo estadual para um fim exactamente oposto àquele para o qual existe. Usa do poder de dispor da força pública – que lhe advém do lugar que ocupa (…) – de modo diametralmente oposto aos seus deveres específicos." (*ibidem*). Por isso, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, acaba por concluir que se trata de "um peculiar abuso de autoridade, que se traduz afinal no exercício de uma contra-autoridade" (conferir também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 901, identificando o bem jurídico protegido do crime previsto na lei penal geral como sendo "a unidade no exercício da força pública").

9 Na medida em que é preciso assegurar a autonomia intencional do Estado (estando em causa o funcionamento e prestígio do Estado de direito democrático constitucionalmente estabelecido), o que se reflecte na necessidade de viabilizar e garantir a efectiva execução de lei, de mandado regular da justiça ou de ordem legítima da autoridade (sendo seu pressuposto o respeito pelos poderes legislativo, executivo e judicial), impõe-se exigir aos titulares de cargos políticos que não subvertam os poderes que lhes advêm do cargo que ocupam (assim evitando o perigo de funcionarem como "contra-poder") e, portanto, que não violem os seus deveres funcionais.

10 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político, no âmbito dos poderes que lhe advêm das suas funções, ao contrário do que se lhe impunha, requisitar ou ordenar o emprego de força pública para impedir a execução de uma lei, de mandado regular da justiça ou de ordem legal de alguma autoridade pública.

11 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão do bem jurídico protegido. Quanto ao objecto da acção, é um crime de resultado uma vez que o mesmo se consuma quando a ordem ou a requisição chega ao destinatário (ver CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 765; no mesmo sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 901). No entanto, não é necessário que se produza qualquer das finalidades indicadas na norma (impedir a execução de uma lei, de mandado regular da justiça ou de ordem legal de alguma autoridade pública).

12 O sujeito activo/agente, para além de titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º), terá de ter competência, em razão das suas funções, para por si requisitar ou ordenar o emprego da força pública. Isto significa que é preciso saber se o respectivo titular de cargo político tem esse poder de autoridade (tal poder não caberá, por exemplo, na esfera de competência dos Deputados da Assembleia da República, do Parlamento Europeu ou de Assembleia legislativa das regiões autónomas, não obstante estes poderem ser participantes na prática do crime).

13 O emprego da força pública, tanto pode ser requisitado como ordenado pelo agente: "ordenar" o emprego de força pública parece que efectivamente supõe que "existe uma relação de hierarquia entre quem manda e quem é mandado" (ver CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, op. cit., p. 766), ordem que aqui poderá ser dada, por exemplo, pelo Presidente da República, no exercício das funções de

Comandante Supremo das Forças Armadas (artigo 134.º, al.ª a), da CRP); enquanto "requisitar" significa que não há essa relação de hierarquia ou subordinação, embora exista o poder para dar aquela ordem, a fim de ser executada (funcionando como "mediador" entre quem requisita a força pública e quem a cumpre, o superior hierárquico deste último).

14 Força Pública abrange "toda a força militar ou para-militar que tem por função garantir a estabilidade democrática, o funcionamento das instituições e a ordem a tranquilidade públicas" (assim, MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, op. cit., 1996, p. 1211). Trata-se das "forças de segurança" que têm por missão primacial garantir a segurança interna (sobre o conceito de "forças de segurança" ver Ac. do TC n.º 84/2010).

15 O crime consuma-se quando a requisição ou ordem relativa ao emprego da força pública chega ao destinatário, independentemente de a força pública executar ou dar cumprimento à ordem ou requisição. Ou seja, é indiferente para a consumação do crime que o agente tivesse conseguido atingir a finalidade, isto é, tivesse conseguido "impedir a execução" de lei, de mandado regular da justiça ou de ordem legal de autoridade pública (o alcançar esse efeito apenas releva em termos de graduação da pena). Se posteriormente à consumação do crime (portanto, depois de ter chegado ao destinatário), o agente resolve dar sem efeito a requisição ou ordem de emprego da força pública, essa atitude apenas poderá dar lugar a uma atenuação da pena (eventualmente uma atenuação especial da pena verificados os respectivos pressupostos).

16 Claro que essa requisição ou ordem de emprego da força pública terá de ser "para impedir a execução de alguma lei, de mandato regular da justiça ou de ordem legal de alguma autoridade pública". Só dessa forma (exercendo um "contra-poder", por via da utilização abusiva dos poderes que lhe advêm do cargo que ocupa) é que é lesada "a unidade no exercício da autoridade público" e, nessa medida, são desrespeitados (consoante o acto cuja execução o agente visa impedir) os autónomos e independentes poderes legislativo, executivo ou judicial, pilares do Estado de direito democrático constitucionalmente estabelecido.

17 A referência que se faz na Lei n.º 34/87 a "mandato regular de justiça" quer significar "mandado regular da justiça". LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 626, chamava à atenção que o "mandado regular da justiça" se achava incluído na ordem legal da autoridade pública, dando assim a entender que era inútil a sua concretização e particularização na norma incriminatória. E, não há dúvidas que, na economia do preceito, a referência a autoridade pública abrange também as autoridades judiciárias no exercício de funções. Nessa medida era inútil essa referência expressa ao "mandato regular da justiça", melhor dizendo "mandado regular da justiça" (MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, op. cit., 1996, p. 1212, aceitam, porém, essa alusão expressa, justificando a sua inclusão "apenas para evitar dúvidas que pudessem levantar-se acerca deles").

18 Obviamente que quer o "mandado da justiça" (que tem de ser regular), quer a "ordem de autoridade pública" (que tem de ser legal), terão de observar os respectivos requisitos legais, sob pena de a conduta do agente não poder ser punida por este tipo legal.

19 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo genérico. Basta que o agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de praticar a conduta descrita no tipo. A finalidade da conduta ("para impedir a execução de alguma lei, de mandato regular da justiça ou de ordem legal de alguma autoridade pública"), embora seja um pressuposto do preenchimento do tipo objectivo, não faz parte do tipo subjectivo (sequer como elemento subjectivo

adicional). Obviamente que o agente terá de saber que não se pode opor à execução de lei ou de ordens (aqui incluindo o mandado regular da justiça) legais. E, sendo o agente um titular de cargo político (o que pressupõe ser pessoa esclarecida, conhecedora dos seus deveres) serão dificilmente configuráveis situações de erro (nomeadamente de valoração, tanto mais que em caso de dúvida, deverá previamente esclarecer-se, em vez de exercer um "contra-poder"). Admite qualquer das modalidades do dolo – artigo 14.º do Código Penal.

20 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, como já se disse anteriormente, parte dessas causas são dificilmente configuráveis na prática, por um lado atenta a natureza indisponível do bem jurídico protegido com a incriminação em causa e, por outro, considerando a própria qualidade (titular de cargo político) do agente.

21 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

22 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

23 Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 24.º e o crime de denegação de justiça (artigo 12.º) da Lei n.º 34/87, a punir pelo primeiro (relação de especialidade). Igualmente, dependendo dos factos em questão que se apurarem, poderá ocorrer concurso aparente entre este crime previsto no artigo 24.º e o crime de desobediência previsto no artigo 348.º do Código Penal, devendo o agente/titular de cargo político ser punido pelo primeiro (relação de especialidade). Quando o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário (cf. também artigo 28.º do Código Penal), pode estabelecer-se uma situação de concurso aparente (relação de especialidade) entre o crime previsto neste artigo 24.º e o crime homólogo previsto no artigo 380.º do Código Penal (assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 902). Também poderá existir um concurso aparente com o crime de atentado contra a Constituição da República (artigo 8.º) ou com o crime de atentado contra o Estado de direito (artigo 9.º), caso em que o agente deverá ser punido por estas últimas incriminações que consomem o crime previsto no artigo 24.º.

24 A moldura legal da **pena** prevista no artigo 24.º é de prisão de 1 mês até 3 anos e multa de 20 a 50 dias. Essa moldura era equilibrada (mesmo na sua superioridade) em relação à prevista no artigo 430.º do Código Penal, na versão de 1982 (prisão até 2 anos e multa de 10 a 30 dias), não obstante já então ser discutível a previsão da pena de multa complementar. No entanto, mais uma vez se nota a inércia do legislador quando na lei especial não acompanhou as alterações ocorridas no Código Penal, a nível da pena de multa. A falta de cuidado do legislador é patente quando nesta incriminação prevista na Lei n.º 34/87 (ao contrário, por exemplo, do que sucede com o crime de recusa de cooperação previsto no artigo 25.º) mantém a punição através de "penas compósitas" (isto é, pena que é simultaneamente de prisão e multa). E, porque não acompanhou as alterações no Código Penal, nem sequer previu uma moldura legal da pena de multa em alternativa da pena de prisão (no artigo 380.º do Código Penal, a moldura é de pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias). Quanto à pena de prisão (que não sofreu alteração no Código Penal) compreende-se que seja superior a prevista no artigo

24.º, precisamente por ser a qualidade do agente/titular de cargo político que fundamenta a maior gravidade da pena em relação ao agente/funcionário.

25 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

26 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 25.º
Recusa de cooperação

O titular de cargo político que, tendo recebido requisição legal da autoridade competente para prestar cooperação, possível em razão do seu cargo, para a administração da justiça ou qualquer serviço público, se recusar a prestá-la, ou sem motivo legítimo a não prestar, será punido com prisão de três meses a um ano ou multa de 50 a 100 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 6)
O bem jurídico (anotações 7 a 10)
O tipo objectivo (anotações 11 a 18)
O tipo subjectivo (anotação 19)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 20)
A tentativa (anotação 21)
A comparticipação (anotação 22)
O concurso (anotação 23)
A pena (anotações 24 a 26)

1 A **fonte** desta disposição é o artigo 304.º (recusa de prestação de serviço público) do Código Penal de 1886, o qual estabelecia: "Todo o empregado público civil ou militar que, tendo recebido requisição legal da autoridade competente para prestar a devida cooperação para a administração da justiça ou qualquer serviço público, se recusar a prestá-la, ou sem motivo legítimo a não prestar, será condenado a prisão por 2 meses a 1 ano, e, além disso, se do crime resultar prejuízo grave para a administração da justiça ou para o serviço público, à pena de demissão."

2 No Código Penal de 1886, tal crime estava inserido no Livro II (dos crimes em especial), título III (dos crimes contra a ordem e tranquilidade pública), no capítulo XIII (dos crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções), na secção III (excesso de poder e desobediência). Protegia-se com aquela incriminação "o interesse do Estado ao bom desempenho de qualquer serviço público, contra a indevida falta de cooperação por parte de qualquer empregado público de quem tenha sido requisitada aquela cooperação" (assim, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 644).

3 A essa incriminação sucede o proposto artigo 459.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia, inserido no título IV (dos crimes contra o Estado), capítulo IV (dos crimes cometidos no exercício de funções públicas), secção III (do abuso de autoridade). O seu texto ("o funcionário civil ou militar que, tendo recebido requisição legal da autoridade competente para prestar a devida cooperação para a administração da justiça ou qualquer serviço, se recusar a

prestá-la, ou sem motivo legítimo a não prestar, será punido com prisão de 2 meses a 1 ano") com ligeira alteração (quanto à eliminação da referência à qualidade de funcionário – "civil ou militar" – e quanto ao esclarecimento de que o pedido de cooperação podia ser para qualquer serviço "público") veio dar origem ao crime de recusa de cooperação previsto no artigo 431.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23.9.

4 Na Comissão Revisora, constituída para discutir o Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987 (conferir Acta n.º 38, relativa à sessão de 6.7.1990, *in* Actas CP, 1993, p. 444), apenas se discutiu, de forma breve, se devia ou não ser eliminada a referência ao "serviço público" (proposta do Sr. PGR com o argumento de que "a requisição tem um outro sentido neste domínio"), acabando por não haver essa modificação (face à objecção do Sr. Dr. Lopes Rocha, chamando à atenção que ali se tratava "de uma requisição de uma autoridade, nada tendo a ver com a figura da requisição civil ou com o seu regime"), sendo acordada a previsão da pena de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias.

5 Com a revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, esta incriminação passou a estar prevista no artigo 381.º (redacção que se mantém em vigor), apenas sendo alterada a moldura legal que passou a ser de pena de prisão de 1 mês até 1 ano ou pena de multa de 10 dias até 120 dias (na versão de 1982 era só pena de prisão de 2 meses a 1 ano).

6 Assim, este crime previsto no artigo 25.º teve por fonte a incriminação prevista no artigo 431.º do Código Penal, na versão de 1982, que poucas alterações sofreu quer em relação à prevista no artigo 304.º do Código Penal de 1886, quer em relação ao artigo 459.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia.

7 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 25.º) é, genericamente, "a autonomia intencional do Estado", aqui concretizada na obrigação de cumprimento do dever específico de cooperação entre serviços públicos em geral (em nome do seu regular e eficaz funcionamento), dever que também recai sobre o titular de cargo político, desde que tenha competência funcional para prestar a cooperação que lhe é legalmente requisitada por autoridade competente.

8 Nessa medida percebe-se que, a essa necessidade de salvaguardar a devida cooperação entre serviços públicos, se associe o dever de "obediência" precisamente para assegurar o funcionamento regular e eficaz da administração em geral (aqui entendida em sentido amplo, incluindo todo e qualquer serviço público, *v.g.* a administração da justiça).

9 Mas, apesar de se poder defender que esta incriminação é "uma forma qualificada do crime comum de desobediência previsto no artigo 348.º" do Código Penal (assim, embora em relação ao crime de recusa de cooperação previsto no artigo 381.º do Código Penal, PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 768) não será exclusivamente o "dever de obediência" que se protege (como parece defender, em relação ao crime previsto no referido artigo 381.º, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 903), uma vez que também se tutela "o interesse do Estado no correcto desempenho de qualquer serviço público contra a falta de cooperação (…) de quem é legalmente intimado para o efeito" (ver, também, em anotação ao artigo 381.º, MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, op. cit., 1996, p. 1213; no mesmo sentido, tendo em atenção a versão de 1886, que era próxima da actual, LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 644).

10 E, se quem tem a obrigação de cooperar, assim não actua quando lhe é requisitada legalmente essa cooperação, necessariamente que, para além de violar deveres funcionais que decorrem do cargo que ocupa (como o dever de obediência a requisição legal de autoridade competente e o dever de prestar a cooperação

possível), compromete ainda o regular e eficaz funcionamento que é de esperar de qualquer serviço público.

11 O **tipo objectivo** consiste em o titular de cargo político com competência para o efeito (com competência para prestar cooperação possível em razão do seu cargo), tendo recebido requisição legal da autoridade competente (seja da administração da justiça ou de qualquer outro serviço público) para prestar essa cooperação, recuse prestá-la, ou sem motivo legítimo a não prestar.

12 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão do bem jurídico protegido. Quanto ao objecto da acção, é um crime formal uma vez que o crime se consuma mesmo que não ocorra qualquer dano (basta a acção de recusar prestar cooperação ou sem motivo legítimo a não prestar).

13 O sujeito activo/agente, para além de titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º), terá de ter competência, em razão do cargo que ocupa, para cooperar com o serviço público (aqui incluindo a autonomizada "administração da justiça" como se, para este efeito, não fosse também um serviço público) que legalmente requisita essa cooperação. Se essa requisição legal é erradamente dirigida a titular de cargo político que não tem competência para prestar cooperação, obviamente que, por exemplo, o seu silêncio (que poderia traduzir a omissão de prestar cooperação) não é penalmente censurado por este tipo legal. Isto significa que é preciso apurar se o agente/titular de cargo político tem competência funcional para prestar a cooperação que lhe foi requisitada.

14 A requisição que o titular de cargo político recebe também tem de ser proveniente de autoridade competente e tem de observar o formalismo legal. Autoridade competente será autoridade de qualquer serviço público (incluindo da administração da justiça, representada por quem tiver competência funcional para requisitar a cooperação) que tenha poderes para exigir a prestação de cooperação a outra entidade. Para observar o formalismo legal terá de respeitar a forma prescrita na lei. Só assim a requisição (que se consubstancia na imposição/ordem de cooperação para determinado fim) será legal, gerando o tal "dever de cooperação", possível em razão do cargo ocupado pelo agente (sobre a noção de "requisição" e designadamente sua distinção da "solicitação", ver Ac. do TRP de 24/1/1996, *in* CJ, XXI, I, 239 a 241).

15 Isto significa que o próprio titular de cargo político quando recebe a requisição terá de avaliar se a mesma é legal, se provém de autoridade competente e, igualmente, terá de analisar se a cooperação que lhe é requisitada cabe dentro dos poderes que lhe advêm do cargo que ocupa (ver Ac. do TRP de 24/1/1996, *in* CJ, XXI, I, 239 a 241).

16 Apesar da redacção, algo confusa, da norma, resulta do artigo 25.º que a cooperação requisitada é para ser prestada à administração da justiça ou a qualquer serviço público. Também, a obrigação de prestar cooperação, "possível em razão do seu cargo", significa que o agente terá de actuar dentro dos limites da sua competência funcional (de acordo com os poderes que lhe advém do cargo que ocupa). Ou seja: essa referência legal (… cooperação, possível em razão do seu cargo,…) não tem nada a ver com uma deficiente prestação de cooperação, caso em que (desde que essa deficiência não seja equivalente à recusa) a conduta do agente não será punida por este tipo legal.

17 O crime consuma-se quando o agente (aqui titular de cargo político com competência funcional para prestar a cooperação requisitada que recebeu) se recusa a prestar cooperação ou sem motivo legítimo a não prestar (como diz PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., pp. 771, "não é necessária a verificação de qualquer dano daí decorrente para a administração, ou para interesses legítimos dos particulares").

A recusa, se não for expressa, terá de deduzir-se da prática de actos concludentes nesse sentido. Por sua vez, a não prestação de cooperação terá de ser ilegítima (se for legítima, fica afastado o preenchimento do tipo).

18 Já no domínio do Código Penal de 1886 se colocava a questão de saber se era ou não redundante (excessiva) a referência à recusa a prestar cooperação por ser desnecessária uma vez que (como dizia LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 646) o tipo preenchia-se com a omissão (com a não prestação da cooperação). O mesmo Autor considerava que a incriminação prevista na lei penal geral estava deficientemente redigida por a referência à ausência de motivo legítimo se referir apenas ao caso de não prestar cooperação, quando se devia referir igualmente ao de recusar. E, ainda a propósito do motivo legítimo argumentava (*ibidem*) que este podia "consistir na impossibilidade. A demora na prestação do auxílio pode constituir a omissão de que fala o artigo, se faz perder a oportunidade da cooperação. A recusa é equiparada a demora ilegítima que se dá quando a execução da requisição vem tardiamente, isto é, fora do termo ou com um dano ou perigo no interesse para cuja protecção a requisição foi feita" (a este propósito, também PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., pp. 770 e 771, distinguindo a "omissão" do "atraso" e chamando à atenção que «quanto ao sentido a atribuir à exigência legal da ilegitimidade da omissão do agente, parece ser o de sublinhar a necessidade da consciência por parte deste último de agir em violação de deveres, delimitando, por conseguinte, a aplicação da norma aos factos privados de qualquer justificação "numa valoração complexiva do desvalor da conduta" (…).»).

19 O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo genérico. Basta que o agente (titular de cargo político) tenha conhecimento e vontade de praticar a conduta descrita no tipo. Claro que o agente terá de saber que deve prestar a cooperação requisitada e ter vontade de mesmo assim a recusar ou não a prestar ilegitimamente. Sendo o agente um titular de cargo político (o que pressupõe ser pessoa esclarecida, conhecedora dos seus deveres) serão dificilmente configuráveis situações de erro (nomeadamente de valoração, tanto mais que em caso de dúvida, deverá previamente solicitar esclarecimentos em vez de reagir recusando prestar cooperação ou simplesmente a não prestando, inviabilizando os objectivos finais subjacentes à requisição que recebeu). Admite qualquer das modalidades do dolo – artigo 14.º do Código Penal.

20 Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). No entanto, as mesmas causas poderão não assumir autonomia por integrarem ou preencherem o "motivo legítimo" (elemento típico) que "justifica" a não prestação de cooperação (assim, PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 772). Se o agente, por exemplo, for objecto de crime de coacção, a não prestação de cooperação deixa de ser ilegítima (MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, op. cit., 1996, p. 1215). Também se a requisição conduz à prática de crime, cessa a obrigação do agente de prestar cooperação. Igualmente se o agente recebe em simultâneo duas requisições para prestar cooperação e se apenas pode dar satisfação a uma delas, será através do conflito de deveres que a sua actuação poderá ser justificada em relação ao dever ou ordem que sacrificar.

21 A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal.

22 A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade

aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

23 Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 25.º e os crimes de prevaricação (artigo 11.º) e de denegação de justiça (artigo 12.º) da Lei n.º 34/87, preferindo estes por serem mais abrangentes. Igualmente, dependendo dos factos em questão, poderá ocorrer concurso aparente entre este crime previsto no artigo 25.º e o crime de desobediência previsto no artigo 348.º do Código Penal, caso em que terá de ser aplicada a primeira norma por estar em causa a qualidade de titular de cargo político. Quando o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário (cf. também artigo 28.º do Código Penal), pode estabelecer-se uma situação de concurso aparente (relação de especialidade) entre o crime previsto neste artigo 25.º e o crime homólogo previsto no artigo 381.º do Código Penal (assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 902). Entre o crime previsto no artigo 25.º e o de abuso de poderes previsto no artigo 26.º poderá haver um concurso aparente, que será punido por este último crime (que prevê moldura abstracta subsidiária mais grave).

24 A moldura legal da **pena** prevista no artigo 25.º é de prisão de 3 meses até 1 ano ou multa de 50 a 100 dias. Era uma moldura aceitável quando comparada com a prevista no artigo 431.º do Código Penal, na versão de 1982 (prisão de 2 meses a 1 ano). No entanto, quanto à moldura da pena de multa, mostra-se desactualizada em relação à actual prevista no artigo 381.º do Código Penal (pena de prisão de 1 mês até 1 ano ou pena de multa de 10 dias até 120 dias). Será caso para dizer que, se o legislador tem por adequadas as molduras legais de crimes homólogos previstos no Código Penal (até quando prevê, verificados os respectivos pressupostos, poder ocorrer a agravação prevista no artigo 5.º da Lei n.º 34/87) então mais valia estender a sua aplicação aos titulares de cargos políticos, eliminando a previsão dos tipos autónomos especiais cujo conteúdo é praticamente o mesmo dos previstos na lei penal geral.

25 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

26 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 26.º
Abuso de poderes

1. O titular de cargo político que abusar dos poderes ou violar os deveres inerentes às suas funções, com a intenção de obter, para si ou para terceiro, um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo a outrem, será punido com prisão de seis meses a três anos ou multa de 50 a 100 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2. Incorre nas penas previstas no número anterior o titular de cargo político que efectuar fraudulentamente concessões ou celebrar contratos em benefício de terceiro ou em prejuízo do Estado.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 5)
O bem jurídico (anotações 6 e 8)
O tipo objectivo (anotações 9 a 19)
O tipo subjectivo (anotação 20)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 21)
A tentativa (anotação 22)
A comparticipação (anotação 23)
O concurso (anotação 24)
A pena (anotações 25 a 27)

A **fonte** remota desta disposição é genericamente o artigo 7.º, n.º 8, da Lei n.º 266, de 27.7.1914 que considerava como "crimes contra a existência política da nação", "o abuso de poderes, de que resulte ofensa à dignidade, à fé ou a interesses nacionais" (punindo essa conduta com a pena imediatamente inferior dos artigos 55.º e 57.º do Código Penal de 1886). Nos termos do artigo 12.º, n.º 7, da Lei n.º 266, "os contratos realizados fraudulentamente em benefício de terceiro ou em prejuízo do Estado" eram considerados como "crimes contra a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos" (sendo punidos com prisão maior celular de 2 a 8 anos, ou, em alternativa, com degredo temporário, quando o valor do prejuízo exceder a 600$ e com prisão correccional, não excedendo a essa cifra). E, segundo o artigo 12.º, n.º 6, da Lei n.º 266, "as concessões feitas e os contratos realizados sem as formalidades legais, independentemente da intenção maléfica", constituíam do mesmo modo "crimes contra a guarda e o emprego constitucional dos dinheiros públicos" (sendo punidos com as mesmas penas). **1**

No Código Penal de 1886 não havia disposição singular que incriminasse o abuso de poder, embora em várias incriminações (*v.g.* artigos 291.º a 294.º, 296.º a 299.º) fosse punida a actuação com "abuso de funções" (distinto era o crime de "excesso de poder" previsto no artigo 301.º, no qual se punia a usurpação de poderes alheios). **2**

Foi no Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia que, pela primeira vez, foi proposto (no artigo 460.º) o crime de "abuso de poderes", onde se punia (com "prisão de 3 meses a 3 anos ou multa de 10 a 90 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal") "o funcionário que abusar dos poderes ou violar os deveres inerentes às suas funções com a intenção de obter, para si ou para terceiro, um benefício ilícito ou causar um prejuízo a outrem." Como então foi salientado pelo Autor do Anteprojecto a finalidade desta incriminação era a de "colmatar uma eventual lacuna entre os artigos anteriores" (ver Actas CP, 1979, p. 488). **3**

O crime de abuso de poderes previsto no artigo 432.º do Código Penal, na versão de 1982, reproduz praticamente de forma textual o artigo 460.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia. Essa incriminação voltou a ser apreciada na Comissão Revisora, constituída para discutir o Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987 (conferir Acta n.º 38, relativa à sessão de 6.7.1990, *in* Actas CP, 1993, p. 445), sendo vincado quer a sua natureza subsidiária em relação aos crimes previstos nos artigos anteriores, quer a necessidade de agravar a pena (o que apenas se reflectia na moldura da pena de multa), o que foi assumido na revisão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, quando este crime passou a estar previsto no artigo 382.º ("O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outra pessoa, 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."). **4**

5 Assim, este crime de abuso de poderes previsto no artigo 26.º inspirou-se no artigo 432.º do Código Penal, na versão de 1982, o qual praticamente reproduziu o artigo 460.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia.

6 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 26.º) será a autoridade dos organismos públicos e a forma como o poder é exercido pelas entidades competentes, o que se prende com a eficácia e prestígio do funcionamento dos órgãos do Estado, bem como com a ideia de imparcialidade e respeito pela legalidade no exercício de funções, de acordo com as exigências constitucionais (a propósito do crime previsto no artigo 382.º do Código Penal, PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 774, assinala que ali se protege "a autoridade e a credibilidade da administração do Estado ao ser afectada a imparcialidade e a eficácia dos seus serviços", recordando que se trata de exigência que corresponde "a um princípio fundamental da organização do Estado consagrado constitucionalmente nos artigos 266.º, 268.º e 269.º - 1, da CRP.").

7 Pretende-se evitar a instrumentalização e a manipulação dos poderes conferidos aos titulares de determinados cargos (aqui aos titulares de cargos políticos) e, concomitantemente, censurar a violação dos deveres inerentes às suas funções, para que não sejam utilizados para fins diversos (fins que poderão ou não repercutir-se directamente no património público ou privado) dos previstos na lei.

8 Aliás, vários crimes previstos na Lei n.º 34/87 (e mesmo considerando a definição genérica constante do seu artigo 2.º) têm como "denominador comum", implícita ou explicitamente, o abuso dos poderes que decorre da função exercida ou da violação dos inerentes deveres. O que tudo também aponta para a natureza subsidiária desta incriminação prevista no artigo 26.º em relação aos outros "crimes de responsabilidade", precisamente para que não fiquem impunes abusos que não estejam previstos nessas outras incriminações ou que pela sua gravidade justificam a censura penal do agente mesmo que este, com a sua conduta, não preencha toda a factualidade típica dessas incriminações mais específicas (com uma perspectiva algo diferente PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 904, defendendo, embora a propósito do crime previsto no artigo 382.º, que "o bem jurídico protegido pela incriminação é a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário (…) e, acessoriamente, os interesses patrimoniais ou não patrimoniais de outra pessoa.").

9 O preenchimento do **tipo objectivo** previsto no artigo 26.º, n.º 1, ocorre quando o titular de cargo político, com a finalidade ali descrita, "abusar dos poderes" ou "violar os deveres inerentes às suas funções" e, o previsto no seu n.º 2, reporta-se à conduta de "efectuar fraudulentamente concessões ou celebrar contratos em benefício de terceiro ou em prejuízo do Estado".

10 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão do bem jurídico protegido. Quanto ao objecto da acção, é um crime formal uma vez que o crime se consuma com a execução da acção (podendo ainda o tipo previsto no artigo 26.º, n.º 1, ser cometido por omissão), mesmo que não ocorra qualquer dano.

11 Sujeito activo/agente é o titular de cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, nos termos já acima indicados (ver anotação ao artigo 7.º). Claro que o agente terá de cometer o crime no exercício de funções, pois, se assim não for (*v.g.* por ter o mandato suspenso) poderá antes incorrer no crime comum de usurpação de funções previsto no artigo 358.º, al.ª c), do Código Penal. Para se verificar a incriminação prevista no artigo 26.º, n.º 2, o titular de cargo político terá de ser competente, ao menos em termos relativos (isto é, a sua competência não pode equivaler a uma usurpação de funções que não tem), para efectuar as concessões ou para celebrar os contratos que são objecto do crime.

A conduta de "abusar dos poderes" decorrente do cargo que ocupapressupõe "uma instrumentalização de poderes (inerentes à função) para finalidades estranhas ou contrárias às permitidas pelo direito (…)" (PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 775). Essa utilização ilegítima dos poderes que lhe foram conferidos, por causa do cargo que ocupa e de que é titular, equivale a um desvio das suas funções. O abuso de poderes pode traduzir-se na prática de actos de diversa natureza, *v.g.* que consubstanciem uma "incompetência relativa" (que não se pode confundir com actos que pressupunham uma "usurpação de funções"), uma "violação da lei" (por falta de observância de formalidades legais) ou um "desvio de poder, que apenas pode ter lugar estando em causa o exercício de faculdades discricionárias" (*ibidem*). **12**

Claro que se pode discutir o motivo que terá levado o legislador a punir de forma mais leve o crime comum de usurpação de funções (artigo 358.º do Código Penal) do que o de "abuso de poder", quer enquanto crime específico de funcionário (artigo 382.º do Código Penal), quer enquanto crime específico dos titulares de cargos políticos (artigo 26.º da Lei n.º 34/87). Mas, tratando-se de uma opção de política criminal (que ainda não foi objecto de modificação), cremos que não se pode interpretar o tipo de "abuso de poderes" (artigo 26.º) por forma a nele abranger a factualidade típica própria do crime de usurpação de funções, que é o que o caracteriza e distingue de outros tipos legais (contra PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 905, citando como vícios de que padece o abuso de poder: "(1) a violação de lei substantiva ou processual; (2) desvio de poder; (3) incompetência relativa ou absoluta; (4) usurpação do poder jurisdicional (pelo funcionário pertencente ao poder administrativo) ou do poder administrativo (pelo funcionário que pertence ao poder jurisdicional)". **13**

Por sua vez, "violar os deveres inerentes às suas funções" significa que o titular de cargo político infringe deveres que decorrem do cargo que ocupa e das funções que exerce. Ou, como diz PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 776, "estamos a falar (…) de deveres funcionais, deveres que estão relacionados com o exercício da função, e que por regra só subsistem enquanto o funcionário está em actividade", tanto podendo incluir a violação de "deveres funcionais específicos impostos por normas jurídicas ou instruções de serviço, e relativos a uma função em particular" como de "deveres funcionais genéricos que se referem a toda a actividade desenvolvida no âmbito da administração do Estado", aqui se integrando, entre outros, "o dever de obediência" (…), "o dever de zelo, o dever de sigilo, o dever de isenção e o dever de lealdade." **14**

Apesar do crime de abuso de poderes poder ser considerado subsidiário em relação a outros "crimes de responsabilidade", isso não significa que aqui (artigo 26.º) apenas estão em causa "violações de outros deveres funcionais" (deveres funcionais diferentes dos que são tutelados nos outros crimes de responsabilidade), "desde que tenham relação com o bem jurídico protegido" (posição aparentemente defendida por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 905, a propósito do crime ali previsto no artigo 382.º, cuja redacção é diferente da prevista no artigo 26.º da Lei n.º 34/87). Com efeito, o que se visa com o crime previsto no artigo 26.º, n.º 1 (à semelhança do que sucede com o previsto no artigo 382.º do Código Penal), é que o agente/titular de cargo político seja punido quando (além de abusar dos poderes inerentes às suas funções) violar qualquer dever funcional com intenção de obter, para si ou para terceiro, um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo a outrem, mesmo, portanto, quando não se preencha a restante factualidade prevista noutros crimes de responsabilidade mais específicos (caso contrário, isto é, preenchendo-se a factualidade de outros tipos legais, poderá então existir um concurso aparente de crimes). De resto, nem a letra do artigo 26.º, permite interpretar o tipo como **15**

excluindo a violação de deveres como, por exemplo, os de sigilo (protegido no artigo 27.º), de isenção (protegido no artigo 12.º) ou de obediência (protegido no artigo 25.º).

16 A acção de efectuar fraudulentamente concessões ou contratos (artigo 26.º, n.º 2) pressupõe que o agente actue com fraude, usando um qualquer artifício ou estratagema para enganar. Essa actuação do agente é feita em benefício de terceiro ou em prejuízo do Estado. No entanto, a utilização da fraude tanto pode ser dirigida a enganar o Estado para o prejudicar, como dirigida a enganar o terceiro, mesmo que este ainda assim saia beneficiado.

17 A consumação do crime previsto no artigo 26.º, n.º 1, ocorre independentemente de não se verificar o resultado "benefício ilegítimo" ou de não ser causado "um prejuízo a outrem". Como bem diz PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 779, "o crime consuma-se com a comissão do acto ou facto abusivo (…) sendo irrelevante sob este ponto de vista a efectiva verificação do dano ou vantagem para o agente ou para terceiro (crime de mera conduta)".

18 Também o tipo previsto no artigo 26.º, n.º 2, fica preenchido mesmo que não seja causado um efectivo benefício ou prejuízo. Com efeito, ao contrário do que sucede com outros tipos legais (como, por exemplo, no tipo de abuso de cartão de garantia ou de crédito previsto no artigo 225.º do Código Penal, onde no seu n.º 1 se exige expressamente que seja causado prejuízo) a norma aqui em apreço não impõe que seja causado um benefício ou um prejuízo (antes se refere ao titular de cargo político que efectuar fraudulentamente concessão ou celebrar contratos "em benefício de terceiros ou em prejuízo do Estado").

19 O crime previsto no artigo 26.º, n.º 1, também poderá ser cometido por omissão (como diz PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 777, citando INFANTINI) "considerando que o abuso de poderes pode consistir no não exercício, ou no exercício atrasado dos mesmos. Explica a Autora que "nestes casos tem lugar a violação de deveres impostos ao agente, uma vez que este recusa indevidamente, ou atrasa, a prática de um acto que por razões de justiça, saúde pública, ordem, ou segurança públicas, deve ser praticado pontualmente (tendo lugar a recusa ou o atraso em nome de finalidades ilegítimas)". Nesta perspectiva, preenche o crime por omissão, por exemplo, o Presidente da Câmara que recebendo denúncia de um munícipe não embargou nem ordenou a demolição de uma obra feita, sem licença, por um seu amigo, com intenção de o mesmo obter um benefício ilegítimo.

20 O **tipo subjectivo** preenche-se, no caso do n.º 1 do artigo 26.º, com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo em qualquer das suas modalidades, a que acresce o elemento subjectivo específico (ou adicional) relativo à intenção de obter, para si ou para terceiro, um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo a outrem". Esta particular finalidade não integra a factualidade típica do crime mas, juntamente com o dolo, completa o tipo subjectivo de ilícito desta incriminação. Nessa perspectiva não há congruência entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo (assim, embora quanto ao crime previsto no artigo 382.º do Código Penal, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 905; considerando não ser admissível o dolo eventual, embora relativamente ao crime previsto no artigo 382.º do Código Penal, PAULA RIBEIRO FARIA, op. cit., p. 780). A referência ao benefício ilegítimo corresponde à intenção de obter (para si ou para terceiro, não estando aqui abrangido o Estado) vantagem (patrimonial ou não patrimonial) ilegítima. Porém, isso não significa que também se pretende proteger na incriminação em causa qualquer bem jurídico individual, *v.g.* o património de particular. Quanto ao tipo previsto no n.º 2 do artigo 26.º, o tipo subjectivo satisfaz-se com o dolo do agente/titular de cargo político, em qualquer das suas modalidades (artigo 14.º do Código Penal).

Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). O consentimento/acordo de particular (ainda que reflexamente o mesmo possa ter sido atingido na sua esfera individual, *v.g.* no domínio patrimonial) não exclui a ilicitude da conduta do agente, nem afasta a tipicidade, uma vez que, mesmo que existisse interesse do particular (o que não alterava a natureza do bem jurídico protegido na incriminação) sempre concorria o interesse público (que era indisponível), atenta a natureza supra-individual do bem jurídico protegido. **21**

A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal. **22**

A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal. **23**

Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 26.º e o crime previsto no artigo 382.º do Código Penal (admitindo-se que o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário – cf. também artigo 28.º do Código Penal), caso em que o titular de cargo político deverá ser punido pela norma especial, embora aqui também se coloque a questão da moldura da pena de multa ser inferior em relação à actualmente prevista na lei penal geral (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 906; ver Ac. do TRP de 15.7.1997, Proc. N.º 9810005, inclinando-se pela aplicação da pena prevista na lei penal geral, mais grave do que a da lei especial, por ser a que dá maior protecção ao bem jurídico visado pela incriminação). Também, dependendo dos factos apurados, poderá existir concurso aparente com os crimes previstos nos artigos 27.º (violação de segredo), 12.º (denegação de justiça) ou 25.º (recusa de cooperação), devendo o agente ser punido (regra da subsidiariedade expressa) pelo crime mais grave. O mesmo se passará em relação aos crimes previstos nos artigos 17.º e 18.º, 20.º a 24.º, caso em que o agente deverá ser punido pelo crime mais grave. Todos estes exemplos evidenciam a natureza subsidiária deste crime de abuso de poderes. **24**

A moldura legal da **pena** prevista nos n.os 1 e 2 do artigo 26.º é de prisão de 6 meses a 3 anos ou multa de 50 a 100 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. A moldura subsidiária (de prisão de 6 meses a 3 anos ou multa de 50 a 100 dias) apenas se aplica, portanto, no caso de pena mais grave lhe não caber por força de outra disposição legal. Comparando essa moldura com a prevista no artigo 432.º do Código Penal, na versão de 1982 ("prisão de 3 meses a 3 anos ou multa de 10 a 90 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal"), diríamos que se poderia considerar adequado o agravamento existente na Lei n.º 34/87, atenta a qualidade do agente/titular de cargo político. No entanto, esse equilíbrio deixou de existir, desde que foi alterada a moldura do crime de abuso de poder, previsto no artigo 382.º do Código Penal (que passou a ser de pena de prisão de 1 mês até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal). **25**

Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º). **26**

27 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

Artigo 27.º
Violação de segredo

1. O titular de cargo político que, sem estar devidamente autorizado, revelar segredo de que tenha tido conhecimento ou lhe tenha sido confiado no exercício das suas funções, com a intenção de obter, para si ou para outrem, um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo do interesse público ou de terceiros, será punido com prisão até três anos ou multa de 100 a 200 dias.

2. A violação de segredo prevista no n.º 1 será punida mesmo quando praticada depois de o titular de cargo político ter deixado de exercer as suas funções.

3. O procedimento criminal depende de queixa da entidade que superintenda, ainda que a título de tutela, no órgão de que o infractor seja titular, ou do ofendido, salvo se esse for o Estado.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 8)
O bem jurídico (anotações 9 a 19)
O tipo objectivo (anotações 20 a 30)
O tipo subjectivo (anotação 31)
As causas de justificação e de desculpação (anotação 32)
A tentativa (anotação 33)
A comparticipação (anotação 34)
O concurso (anotação 35)
A pena (anotações 36 a 38)

1 A **fonte** desta disposição será o crime público de violação de segredo profissional previsto no artigo 290.º do Código Penal de 1886 (onde se previa, logo no seu n.º 1, a punição com prisão até 6 meses e multa correspondente do funcionário "que revelar segredo de que só teve conhecimento ou for depositário, em razão do exercício do seu emprego", sendo tal regime também aplicável, por força do seu § 1, "a todos aqueles que, exercendo qualquer profissão, que requeira título, e sendo em razão dela depositários de segredos que lhes confiarem, revelarem os que ao seu conhecimento vierem no exercício do seu ministério"), o qual inspirou (além do crime de violação do segredo profissional previsto no artigo 184.º do Código Penal, na versão de 1982) a incriminação prevista no artigo 433.º do Código Penal, na versão de 1982 (cuja epígrafe passou a ser de "violação de segredo por funcionário"), hoje inserida, com algumas alterações, no artigo 383.º do Código Penal.

2 Embora de uma forma mais restrita, relacionada apenas com a "existência política da nação", o artigo 7.º, n.º 9, da Lei n.º 266, de 27.7.1914, considerava como crime de responsabilidade "a revelação, a potência amiga ou neutra, de qualquer negociação ou expedição, ou de planos de defesa nacional", de que "o Poder executivo e seus agentes" fossem sabedores ou depositários (punindo essa conduta com a pena imediatamente inferior dos artigos 55.º e 57.º do Código Penal de 1886). Esta particular vertente (que põe em causa a própria existência do Estado) desse crime de responsabilidade estava prevista como crime comum no artigo 153.º (revelação de segredos do Estado) do Código Penal de 1886, ao qual sucedeu o crime de "violação

de segredos de Estado" previsto no artigo 343.º do Código Penal, na versão de 1982, hoje previsto (com algumas alterações) no artigo 316.º do mesmo Código. Dada a importância dos interesses em jogo, houve a necessidade de autonomizar a censura penal quando estivesse em causa a "violação de segredo de Estado".

3 Apesar disso, ao nível dos crimes de responsabilidade previstos na Lei n.º 34/87, o legislador não sentiu necessidade de ali prever crime específico de violação de segredo de Estado, antes se preocupando (incoerentemente) com a previsão do crime de "violação de segredo" (sempre crime de menor gravidade, atenta a sua área de tutela). E dizemos "incoerentemente" porque o Código Penal prevê autonomamente quer o crime comum de violação de segredo de Estado, quer o crime específico de violação de segredo por funcionário, ficando por perceber a razão pela qual na Lei n.º 34/87 (onde se prevêem crimes especiais de responsabilidade dos titulares de cargos políticos), também não se incluiu o crime de violação de segredo de Estado. Qual foi então o critério seguido pelo legislador para, por exemplo, prever na Lei n.º 34/87 o crime de traição à pátria e já nela não incluir o crime de violação de segredo de Estado quando o agente é o titular de cargo político (o qual, dependendo do cargo que ocupa, até poderá estar em melhores condições do que o comum cidadão para aceder a "segredo de Estado")? Claro que essa falta de previsão específica não significa que o titular de cargo político fique impune quando revelar segredo de Estado, uma vez que nesse caso passará a ser punido pela lei penal geral (isto é, pelo crime hoje previsto no artigo 316.º do Código Penal, sendo certo que, verificando-se os pressupostos previstos no artigo 2.º da Lei n.º 34/87, o mesmo será considerado crime de responsabilidade geral), sendo a moldura legal agravada nos termos do 5.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os requisitos aí enunciados.

4 Voltando ao crime previsto no artigo 290.º (violação de segredo profissional) do Código Penal de 1886, verifica-se que nele se protegia (como diz LUÍS OSÓRIO DA GAMA E CASTRO DE OLIVEIRA BAPTISTA, op. cit., p. 592) "o interesse colectivo concernente à fidelidade dos empregados públicos e dos profissionais cuja profissão exige título, contra a ilícita revelação de segredos conhecidos no exercício das suas funções ou profissões."

5 A essa incriminação corresponde (além do crime de violação de segredo profissional) o crime de "violação de segredo por funcionário", proposto artigo 461.º do Anteprojecto da Parte Especial do Código Penal de Eduardo Correia ("1. O funcionário que, sem estar devidamente autorizado, revelar um segredo de que teve conhecimento ou que lhe foi confiado no exercício das suas funções, com a intenção de obter, para si ou para outrem, um benefício ou de causar um prejuízo do interesse público ou de terceiro, será punido com prisão até 2 anos ou com multa de 30 a 90 dias. 2. O procedimento criminal depende de participação da entidade que superintende no respectivo serviço ou do ofendido."), o qual com ligeiras alterações (quanto à referência ao benefício ser ilegítimo, quanto à punição da tentativa e quanto à elevação da moldura da pena de multa) passou para o artigo 433.º do Código Penal, na versão de 1982. Como o próprio Autor do Anteprojecto salientou na altura, o tipo de crime (previsto no artigo 290.º do Código Penal de 1886) foi "limitado a um âmbito tido como recomendável pelo direito comparado e pelas necessidades de política criminal", passando a estabelecer-se "a regra geral sobre a violação de segredo por parte de funcionários" (ver Actas CP, 1979, p. 489). Determinante foi, no Código Penal de 1982, por um lado distinguir os diferentes tipos de violação de segredos e, por outro lado, feita essa distinção, restringir o tipo quando específico de agentes que fossem funcionários. Repare-se que no artigo 194.º do mesmo Anteprojecto estava previsto o crime de "violação do

segredo profissional" ("Quem, sem consentimento de quem de direito, revelar ou se aproveitar de um segredo de que tenha conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte, se essa revelação ou aproveitamento pode causar prejuízo a outrem, será punido com prisão de 30 dias a 1 ano e multa até 50 dias"), o qual, com algumas alterações, passou para o artigo 184.º do Código Penal, na versão de 1982, precisamente para proteger bens pessoais que podiam ser afectados com a revelação ilícita "de segredos das profissões que assentam numa relação de confiança" (ver M. MAIA GONÇALVES, Código Penal Português, anotado e comentado, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1984, p. 300). Portanto, em relação ao Código Penal de 1886, o que sucedeu foi que a incriminação prevista no artigo 290.º acabou por dar origem a dois crimes (com recortes diferentes) no Código Penal, na versão de 1982 (o crime de violação de segredo por funcionário previsto no artigo 433.º e o crime de violação do segredo profissional previsto no artigo 184.º).

6 Na Comissão Revisora, constituída para discutir o Anteprojecto de Revisão do Código Penal, de Julho de 1987 (conferir Actas n.os 28, 29, 38, relativas às sessões de 7.5.1990, de 14.5.1990 e de 6.7.1990, *in* Actas CP, 1993, pp. 314 a 316, 319, 445 e 446), o crime de violação de segredo profissional, ali previsto no artigo 384.º, foi novamente analisado (realçando-se aqui a chamada de atenção do Sr. Professor Figueiredo Dias, para dois aspectos: por um lado, "que o funcionário público que viole um segredo sem" a particular intenção ali prevista "é sempre punido pelo artigo 194.º", ou seja, pelo crime de violação de segredo e, por outro lado, "que a locução «revelar segredo cujo conhecimento lhe tenha sido facilitado pelo cargo», serve para abranger aqueles casos em que, por exemplo, um assessor diplomático obtém informações doutro domínio. O bem jurídico em causa é o da legalidade da Administração, surgindo assim como que uma solidariedade formal, em que todo o funcionário tem um especial dever de segredo"), o mesmo sucedendo com o crime de violação de segredo (artigo 194.º), sendo ainda apresentado um projecto de artigo relativo ao crime de aproveitamento indevido de segredo.

7 Com a revisão do Código Penal, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15.3, o crime de violação de segredo por funcionário passou a estar previsto no artigo 383.º, sendo posteriormente alterado pela Lei n.º 59/2007, de 4.9, mantendo, todavia, a sua natureza semi-pública (por sua vez, o crime de violação de segredo profissional previsto no artigo 194.º, na versão de 1982, deu origem em 1995 a duas incriminações, a saber: o crime de violação de segredo previsto no artigo 195.º e o crime de aproveitamento indevido de segredo previsto no artigo 196.º, ambos de natureza semi-pública face ao disposto no artigo 198.º).

8 Assim, este crime de violação de segredo previsto no artigo 27.º teve por fonte a referida incriminação prevista na lei penal geral (artigo 433.º do Código Penal, na versão de 1982 – já com a natureza de semi-público – que corresponde, com ligeiras alterações, ao artigo 461.º do Anteprojecto do Código Penal de Eduardo Correia).

9 O **bem jurídico** protegido nesta incriminação (artigo 27.º) será o segredo, que em princípio qualquer organismo ou serviço público tem interesse em manter sob reserva para assegurar o seu regular e eficaz funcionamento - segredo esse a que o titular de cargo político está vinculado por causa do exercício de funções (o que gera o dever especial de sigilo, que tem de respeitar, sob pena de afectar o interesse colectivo com a quebra da relação de fidelidade e confiança que se estabelecera em razão da sua função) - mas ao qual pode ainda ser associado (adquirindo excepcional primazia) um interesse individual de particular/ofendido que tiver sido afectado (sofrido prejuízo), na sua privacidade, com a revelação ilícita do segredo.

10 Com a descoberta do segredo (resultante da proibida revelação do segredo pelo titular de cargo político), quando este diz respeito à "causa pública", é afectado

o interesse geral da eficácia e prestígio dos organismos públicos, uma vez que daquela actuação sobressai um incorrecto funcionamento dos serviços públicos, o que se relaciona com a exigência de legalidade da sua actuação e, em último termo, atinge o interesse geral da comunidade (neste sentido, ver ENRIQUE ORTS BERENGUER,"delitos contra la administración pública (I)", *in* Derecho Penal Parte Especial, AAVV, tirant lo blanch, Valência, 2004, p. 915).

11 No entanto, o bem jurídico protegido nesta incriminação pode não assumir apenas essa vertente supra-individual (relativa ao prestígio, eficácia e correcto funcionamento dos serviços públicos, de acordo com a legalidade), uma vez que, quando o legislador prevê (artigo 27.º, n.º 3) a possibilidade do ofendido não ser a entidade que superintende, ainda que a título de tutela, no órgão de que o infractor seja titular (sendo o crime semi-público), também é abrangida a vertente individual, relativa à esfera pessoal (privada) de quem tiver sido afectado pela ilícita revelação do segredo. Ou seja: se por um lado o legislador realça o interesse na legalidade da actuação de qualquer serviço público – quando confere legitimidade para apresentar queixa à "entidade que superintenda, ainda que a título de tutela, no órgão de que o infractor seja titular" – por outro lado admite que ofendido seja um particular, deixando nas mãos deste a iniciativa (que pode ser partilhada) do procedimento criminal.

12 Tal como foi configurada a incriminação (admitindo-se a existência de casos em que, não obstante o agente ser titular de cargo político, o "Estado" não seja afectado), esta possível tutela da vertente individual pode assumir prevalência em relação ao interesse da "causa pública". Isso sucederá quando o assunto ilicitamente revelado não constituir segredo próprio de organismo público que, por isso (visto o disposto no artigo 111.º, n.º 1, do Código Penal), não é o "titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação" (não obstante aquela conduta do titular de cargo político poder desprestigiar o modo de funcionamento do órgão onde exerce funções, interesse esse que, então, só por si, poderia ser demasiadamente remoto para merecer a tutela penal, obviamente desde que não afectasse simultaneamente outro interesse de qualquer serviço público).

13 Repare-se que, admitindo-se (artigo 27.º, n.º 3) que a entidade que superintenda no órgão de que o infractor seja titular não apresente queixa, isto significa que o interesse da legalidade da actuação dos serviços públicos pode não ser afectado com a conduta do agente descrita no tipo legal (portanto mesmo actuando "sem estar devidamente autorizado"). Não é fácil de entender que, estando em causa a legalidade da actuação de serviços públicos, o início do procedimento criminal possa depender de queixa (em último recurso então o "Estado" era sempre atingido na sua "imagem" e, assim, não faria sentido a norma que admitia a natureza semi-pública do crime). No entanto, admite-se que, excepcionalmente, possa não ser atingido (de forma suficientemente relevante que mereça tutela penal) o interesse público de qualquer serviço ou organismo público, caso em que então prevalecerá o interesse privado do titular do segredo ilicitamente revelado. Haverá inclusivamente casos em que será discutível se existirá algum interesse público em jogo (por exemplo, quando um munícipe resolve enviar uma carta ao Presidente da Câmara Municipal a comunicar-lhe que tem Sida). Como é evidente, neste caso, apesar do titular de cargo político ter tomado conhecimento daquele "segredo" no exercício de funções, a verdade é que o mesmo não afecta o interesse público de qualquer serviço público.

14 Parece, assim, que tudo dependeria da natureza do segredo ilicitamente revelado pelo titular de cargo político e da forma como este acedeu ao mesmo: se o segredo afectasse predominantemente interesses privados seria a dimensão individual

que assumiria prevalência, salvo se fossem simultaneamente afectados interesses públicos relevantes, caso em que assumiria prevalência a dimensão supra-individual do bem jurídico (isso mesmo podendo resultar do facto de expressamente se conferir o direito de queixa à "entidade que superintenda, ainda que a título de tutela, no órgão de que o infractor seja titular" – artigo 27.º, n.º 3 – entidade essa que unitariamente representa o interesse público, ainda que fosse outro serviço ou órgão o titular do segredo revelado ilicitamente).

15 No entanto, não deixa de haver uma certa incoerência na forma como foi concebida esta incriminação (que não se limitou a "copiar" o n.º 3 do artigo 433.º do Código Penal, na versão de 1982, o qual então estabelecia que "o procedimento criminal depende de queixa da entidade que superintenda no respectivo serviço ou do ofendido"), uma vez que tendo o agente de ser um titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, serão raras as situações em que o "Estado" não seja também afectado (o que se prende com a escolha do critério para determinar quem é o ofendido, quem é o titular "dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação": deverá o intérprete olhar para a natureza do assunto ilicitamente revelado e, bem assim, para a quebra do dever de fidelidade, dever especial inerente ao cargo que o agente ocupa – dado que a forma como teve conhecimento do segredo, ainda que lhe tenha sido confiado, ocorreu "no exercício das suas funções" – não esquecendo de ajuizar, se for caso disso, se por exemplo os órgãos de governo próprio de região autónoma ou os órgãos representativos da autarquia local têm também aqui autonomia em relação ao Estado).

16 A circunstância do titular do cargo político ter acesso ao segredo "no exercício das suas funções" abrange matéria de que tenha tido conhecimento ou que lhe tenha sido confiada quer "por causa das funções" que exerce, quer mesmo "por ocasião" desse mesmo exercício de funções e que, portanto, pode nada ter a ver com os segredos do órgão de que é titular (ver observação do Sr. PGR, quanto à utilização da expressão "por causa das funções" em vez da menção "cujo conhecimento lhe tenha sido facilitado pelo cargo que exerce", constante da Acta n.º 38, *in* Actas CP, 1993, p. 446 e, conferir ainda, A. HENRIQUES GASPAR, "Crimes cometidos no exercício de funções públicas", *in* Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal, II volume, Lisboa, CEJ, 1998, p. 407 e, bem assim, HELENA MONIZ, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 785).

17 Quando o acesso ao segredo é alcançado "por causa das funções" que o titular de cargo político exerce (mesmo que se relacione com matéria de área diferente do órgão onde o agente exerce funções ou que se relacione igualmente com interesses privados) parece que estará sempre em jogo o interesse público (uma vez que foi quebrado o dever especial de fidelidade, havendo um desvio no exercício de funções) e, nessa medida, "a entidade que superintenda, ainda que a título de tutela, no órgão de que o infractor seja titular" (artigo 27.º, n.º 3) tem legitimidade para exercer o direito de queixa.

18 Mas, quando o acesso ao segredo privado (segredo que afecta unicamente interesses privados, pois, tratando-se de segredo próprio de órgãos públicos, sempre haverá interesses públicos a proteger) é alcançado "por ocasião" do exercício de funções, parece que será necessário averiguar se está em causa o interesse público. Assim, haverá que averiguar se o assunto sigiloso poderia ser comunicado (chegar ao seu conhecimento ou ser-lhe confiado) ao agente independentemente do exercício das suas funções: em caso afirmativo, parece que não haverá interesse público suficientemente relevante a tutelar (aí assumem primazia os interesses privados,

podendo considerar-se que só o particular é "o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação"); em caso negativo, importa salvaguardar, se for o caso, o interesse público (mesmo que com ele concorram interesses privados), na medida em que existirá o tal "desvio no exercício de poderes conferidos pela titularidade do cargo" (ver A. HENRIQUES GASPAR, op. cit., pp. 389 e 390). Por isso, nesta última hipótese, "a entidade que superintenda, ainda que a título de tutela, no órgão de que o infractor seja titular" (artigo 27.º, n.º 3) tem legitimidade para exercer o direito de queixa.

19 Assumindo o crime (artigo 27.º, n.º 3) natureza semi-pública, parece que, se o agente revelar ilicitamente ("sem estar devidamente autorizado") "segredo de que tenha tido conhecimento ou lhe tenha sido confiado no exercício das suas funções", ainda assim poder-se-ão configurar excepcionalmente casos em que prevalecem os interesses privados (*v.g.* em audição concedida pelo Presidente da Câmara, sobre matéria de licenciamento de determinada obra, o particular/ofendido confidencia-lhe que está com Sida, facto este que é revelado ilicitamente pelo referido Presidente de Câmara a terceiro alheio, que de nada sabia). O que não deixará de ser algo de incongruente quando se pensa que, na Lei n.º 34/87 se criaram crimes especiais (entre eles o previsto neste artigo 27.º) cometidos por titulares de cargos políticos, o que deveria pressupor que os mesmos assumiriam sempre natureza pública.

20 O **tipo objectivo** consiste em o titular do cargo político, sem estar devidamente autorizado, revelar segredo de que tenha tido conhecimento ou que lhe tenha sido confiado no exercício das suas funções.

21 Quanto ao bem jurídico é um crime de dano na medida em que exige lesão do bem jurídico protegido. Quanto ao objecto da acção, é um crime formal uma vez que o crime se consuma com a execução da acção, mesmo que não ocorra qualquer dano.

22 O sujeito activo/agente, para além de titular de cargo político, nos termos definidos no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87 (ver anotação ao artigo 7.º), terá de ter tido acesso ao segredo "no exercício de funções" (o que inclui o acesso por "causa das funções" que exerce e, bem assim, o acesso "por ocasião" do exercício das suas funções). A revelação ilícita do segredo com a intenção de obter (para si ou para outrem) um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo do interesse público ou de terceiros é punida quer seja praticada enquanto o agente ainda é titular de cargo político, quer seja praticada depois do mesmo ter deixado de exercer as suas funções (artigo 27.º, n.^{os} 1 e 2). Compreende-se que se mantenha a censura penal, mesmo quando o crime é praticado depois do agente ter deixado de exercer as suas funções, atento o tipo de crime em questão e por estar em causa a revelação ilícita de segredo.

23 A circunstância do agente ter tomado conhecimento do segredo, no exercício das suas funções, não significa necessariamente que teve acesso àquela matéria sigilosa por meios lícitos. Pode tomar conhecimento do segredo quer por meios lícitos, quer por meios ilícitos, o mesmo sucedendo quando o segredo "lhe tenha sido confiado" no exercício das suas funções. De qualquer modo, tratando-se de matéria relacionada com segredo próprio de qualquer organismo público (que pode ser até diferente daquele onde o agente exerce funções), caso a mesma seja "disponível", não poderá ser revelada sem a devida autorização (do órgão ou órgãos públicos titulares desse segredo que respeita à "causa pública").

24 Revelar segredo significa dar conhecimento ou transmitir a outrem, terceiro que é alheio, assunto («factos e, por via disso, "informações verdadeiras"», como assinala MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in* Comentário Conimbricense ao Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 778) que é restrito a

um certo número (limitado e "objectivamente controlável") de pessoas. Trata-se da divulgação de assunto reservado a um círculo de pessoas, que ao mesmo teve legítimo acesso.

25 A revelação do segredo é ilícita quando o agente (seja ainda titular de cargo político ou já não o seja) actua "sem estar devidamente autorizado". O artigo 27.º não identifica o tipo (natureza) do segredo que o agente não pode revelar, mesmo com suposta autorização de quem de direito. Nessa medida, se necessário, até para aferir se a conduta é típica, haverá que recorrer às leis extra-penais para delimitar e densificar o conteúdo do segredo, se o mesmo respeita a matéria "disponível" e, em caso afirmativo, quem tem legitimidade para consentir ou autorizar a sua divulgação.

26 Repare-se que a questão da autorização/consentimento coloca-se aqui de forma mais premente por, em regra, poderem estar em causa interesses que não são exclusivamente pessoais e individuais. Tratando-se de assunto particular (exemplo do Presidente de Câmara que toma conhecimento, em audiência que presta a particular – com a finalidade de discutir matéria relativa a licenciamento de uma obra – que o mesmo tem Sida) que chegou ao conhecimento do agente "por ocasião" do exercício das suas funções, mas que lhe poderia ser comunicado (chegar ao seu conhecimento ou ser-lhe confiado) independentemente do exercício das suas funções, havendo consentimento do respectivo titular do segredo para a sua revelação, a conduta não será típica (por aquele consentimento ser válido e eficaz). É que, nesse caso, não haverá interesse público relevante que mereça tutela penal, a menos que se defenda que há sempre um qualquer interesse público a proteger (quanto mais não seja o do prestígio quanto ao modo de funcionamento daquela Câmara Municipal e de quem a representa), caso em que, com a autorização devida (que acrescia ao consentimento do particular) a conduta não seria punida (conferir, aparente e parcialmente em sentido contrário, HELENA MONIZ, op. cit., 2001, pp. 785 e 786, quando, a propósito do crime de violação de segredo por funcionário previsto no artigo 383.º, sustenta que nesse tipo legal o bem jurídico protegido "não está na disponibilidade do particular visado no segredo"). Diferente será a situação em que, por exemplo, no âmbito de diligências desenvolvidas pela Câmara Municipal, na esfera da sua competência para aferir da veracidade de doença alegada por funcionário faltoso, o agente/titular de cargo político toma conhecimento (*v.g.* através de qualquer relatório médico que é junto aos respectivos autos ou expediente) que aquele funcionário padece de Sida e, com o seu consentimento, decide revelar esse estado aos colegas de trabalho. Neste caso, para além do interesse privado do funcionário doente, já haveria interesses públicos a preservar, que impunham o silêncio (tanto mais que o conhecimento do facto sigiloso adveio no âmbito daquelas diligências feitas legitimamente pelo respectivo serviço administrativo), razão pela qual aquele consentimento não era suficiente para afastar a tipicidade da conduta (tão pouco o respectivo serviço ou Câmara Municipal podia autorizar a revelação daquela doença; diferente seria se estivesse em causa a saúde pública, nomeadamente dos colegas de trabalho de funcionário com doença contagiante, caso em que poderia ser justificada a revelação, pelo direito de necessidade).

27 Tratando-se de assunto que à causa pública interessa manter em segredo, sobra sempre a questão de saber até que ponto o "Estado" (e, neste caso, qual a entidade ou entidades concretas) não terá de decidir se é ou não de manter o segredo e, portanto, se esse segredo é algo de "indisponível", que não pode ser objecto de "autorização devida". Nessa perspectiva, denunciado o crime cometido, o mesmo só não será punido se ocorrer causa de justificação ou causa de desculpa.

A revelação do segredo poderá ser feita por qualquer meio (por exemplo, entregando documento sigiloso a pessoa alheia, que a ele não pode ter acesso pelas vias legais, mas que providencia pela sua publicação *v.g.* na Internet), não sendo necessário que seja feita por escrito ou que chegue ao conhecimento de mais do que uma pessoa. Também, não se poderá considerar como segredo (como diz HELENA MONIZ, op. cit., 2001, p. 787, citando ANTOLISEI) "todo o conjunto de informações que tenham sido regularmente publicadas ou que sejam notoriamente conhecidas, ou sobre as quais tenha decorrido um lapso de tempo de tal forma longo que lhes retirou o interesse." **28**

Para a consumação do crime basta que o agente, sem estar devidamente autorizado, revele segredo de que tenha tido conhecimento ou que lhe tenha sido confiado no exercício das suas funções, com a intenção de obter (para si ou para outrem) um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo do interesse público ou de terceiros. Isto significa que a consumação ocorre independentemente de não se verificar o resultado "benefício ilegítimo" ou de não ter sido causado "um prejuízo do interesse público ou de terceiros". **29**

Este crime também pode ser cometido por omissão (como diz MANUEL DA COSTA ANDRADE, op. cit., pp. 783 e 784) porque "o que está em causa não é só o dever de silêncio mas também o dever de preservar a inviolabilidade do segredo. (…) A posição de garante advém aqui das qualificações do agente (omitente) tipicamente pressupostas (…)." Por isso, aproveitando exemplo dado pelo mesmo Autor, podemos adiantar que incorre no crime previsto no artigo 27.º o titular de órgão político que, por exemplo, "não toma as medidas indispensáveis para evitar o acesso indevido" a um documento sigiloso que lhe foi entregue no exercício das suas funções. **30**

O **tipo subjectivo** preenche-se com o dolo do agente/titular de cargo político, dolo em qualquer das suas modalidades, a que acresce o elemento subjectivo específico (ou adicional) relativo à intenção de obter, para si ou para outrem, um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo do interesse público ou de terceiros". Esta particular finalidade não integra a factualidade típica do crime mas, juntamente com o dolo, completa o tipo subjectivo de ilícito desta incriminação. Nessa perspectiva não há congruência entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo. Mesmo que não se verifique essa intenção, o agente sempre poderá ser punido pelo crime previsto no artigo 195.º do Código Penal. De realçar que, apesar da alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 48/95 ao crime de violação de segredo por funcionário previsto no artigo 383.º do Código Penal (nomeadamente quanto à intenção de obter benefício, sendo eliminada a referência a que fosse ilegítimo, por ser indiferente atento o objecto de tutela), o legislador não alterou esta incriminação (artigo 27.º) da Lei n.º 34/87. **31**

Quanto a **causas de justificação e de desculpação** aplicam-se as regras gerais previstas no Código Penal (artigos 31.º a 39.º). O consentimento/acordo ou a autorização devida dos respectivos titulares do segredo excluem a tipicidade. Mas, poderão ocorrer causas que justifiquem a actuação do agente, como por exemplo "o direito de necessidade e eventualmente da prossecução de interesses legítimos" (HELENA MONIZ, op. cit., 2001, p. 788). **32**

A **tentativa** da prática deste crime é punida nos termos gerais, face ao disposto no artigo 4.º da Lei n.º 34/87 (disposição especial que determina a punição da tentativa independentemente da medida legal da pena), embora sem prejuízo do estabelecido no artigo 24.º do Código Penal. **33**

A punição da **comparticipação** entre agentes segue as regras gerais previstas no Código Penal. Como se trata de um crime específico, a questão da comunicabilidade **34**

aos comparticipantes (*extraneus*) da qualidade do agente (titular de cargo político, *intraneus*), é resolvido com recurso ao disposto no artigo 28.º do Código Penal.

35 Poderá existir uma relação de **concurso** aparente entre o crime previsto neste artigo 27.º e o crime previsto no artigo 383.º do Código Penal (admitindo-se que o agente, titular de cargo político, atentas as funções que desempenha, assume simultaneamente a veste de funcionário – cf. também artigo 28.º do Código Penal), caso em que o titular de cargo político deverá ser punido pela norma especial, embora aqui também se coloque a questão da moldura da pena de multa ser inferior em relação à actualmente prevista na lei penal geral (ver PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, op. cit., p. 908). Também, dependendo dos factos apurados, poderá existir concurso aparente entre este crime do artigo 27.º e o de abuso de poderes previsto no artigo 26.º, caso em que o agente deverá ser punido por esta última incriminação por ser mais abrangente. O mesmo se passa estando em causa o crime de violação de segredo de Estado (artigo 316.º do Código Penal), caso em que o agente será punido por esta última incriminação. Igualmente poderá ocorrer uma situação de concurso aparente entre o crime previsto neste artigo 27.º e o crime de devassa da vida privada (artigo 192.º do Código Penal), sendo este crime consumido por aquele. O crime de violação de segredo poderá ainda ser um meio de cometer determinados crimes, como por exemplo, de corrupção ou de participação económica em negócio.

36 A moldura legal da **pena** prevista no artigo 27.º é de prisão de 1 mês até 3 anos ou multa de 100 a 200 dias. Comparando essa moldura com a prevista no artigo 433.º, n.º 1, do Código Penal, na versão de 1982 (prisão até 2 anos ou multa de 50 a 150 dias), diríamos que era adequado o agravamento existente na Lei n.º 34/87, atenta a qualidade do agente/titular de cargo político. No entanto, esse equilíbrio deixou de existir, desde que foi alterada a moldura do mesmo crime previsto no artigo 383.º, n.º 1, do Código Penal (que passou a ser de pena de prisão até 3 anos ou pena de multa). A inércia do legislador continua a evidenciar-se quando no artigo 27.º não elevou a pena de multa e quando não actualizou a moldura pena de prisão. Se para o legislador a qualidade do agente (titular de cargo político) deixou de fundamentar maior gravidade da pena em relação ao agente/funcionário e, se tem por adequadas as molduras legais actuais dos crimes homólogos previstos no Código Penal (*v.g.* em que o agente tem a qualidade de funcionário, caso em que, verificados os respectivos pressupostos, pode ocorrer a agravação prevista no artigo 5.º da Lei n.º 34/87), então mais valia estender a sua aplicação aos titulares de cargos políticos, eliminando a previsão de tipos autónomos especiais com conteúdo idêntico a crimes previstos na lei penal geral.

37 Para além dos casos de atenuação especial previstos no Código Penal (artigo 72.º), o agente titular de cargo político pode, ainda, beneficiar do regime especial previsto no artigo 6.º da Lei n.º 34/87, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos (ver anotação ao artigo 7.º).

38 Também aqui se colocam as mesmas questões (já abordadas a propósito do crime de traição à pátria) relativas aos "efeitos das penas", em caso de condenação definitiva por crime de responsabilidade cometido no exercício de funções (ver artigos 28.º a 31.º da Lei n.º 34/87).

MARIA DO CARMO SARAIVA DE MENEZES DA SILVA 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)

Artigo 12.º

(…)

7. O regime sancionatório constante do Código do Trabalho não revoga qualquer disposição do Código Penal.

(…)

Sumário da anotação
A fonte (anotação 1)
O enquadramento (anotações 2 a 7)

A Lei n.º 99/2003, de 27.8, a que aprovou o Código do Trabalho, previa, justamente, uma norma de igual redacção à do presente art. 12.º e a Lei n.º 7/2009 reproduziu-a unicamente, e quanto a nós, com claros objectivos interpretativos. **1**

Em primeiro lugar há que dizer que o sentido útil desta norma só pode ser entendido na clara afirmação de que as disposições do Código Penal são aplicáveis aos factos previstos e puníveis pelo Código do Trabalho. Entende-se que assim seja porquanto a Parte Geral do Código Penal contém um conjunto de normas que são elas próprias basilares na interpretação e aplicação dos crimes previstos na sua Parte Especial. Pois que o Código do Trabalho em nada afasta a aplicação do Código Penal e que, no inverso, a responsabilidade penal consagrada no Código do Trabalho não constitui um regime de excepção ao Código Penal. **2**

Esta interpretação é, quanto a nós, vital e cirúrgica e visa fundamentalmente esclarecer a temática relacionada com a responsabilidade criminal das pessoas colectivas. É que, em 2003, o legislador laboral, apesar de consagrar essa responsabilidade, fê-lo, a nosso ver, de modo imperfeito. **3**

Essa imperfeição redundava, por um lado, na ausência de previsão de penas adequadas à punição das pessoas colectivas (nalguns casos apenas se previa a pena de prisão) e, por outro, na circunstância de terem sido previstos crimes fora do Código do Trabalho, isto é, no seu respectivo Regulamento (Lei n.º 35/2004, de 29.7). A reforma laboral operada em 2009 resolveu de forma definitiva essa mácula legislativa, coligindo para o Código do Trabalho todas as normas que consagram crimes. Por outro lado, de forma autónoma e sistematicamente correcta (ou quase, porque ainda assim deixou além um crime – o de desobediência qualificada no art. 547.º) deu eco à responsabilidade criminal das pessoas colectivas. **4**

Esta norma permite ainda, com a necessária segurança jurídica no âmbito da aplicação de leis penais, perceber que o Código Penal é subsidiariamente aplicável aos crimes laborais, isto, claro está, sem prejuízo do regime laboral conter norma especial que, nos termos gerais, afasta a aplicação da lei penal geral. **5**

Será curial ainda afirmar que, em termos interpretativos, esta norma permite perceber que todos os ilícitos penais laborais são puníveis, em termos de imputação subjectiva, unicamente a título doloso, precisamente porque o Código do Trabalho nunca toma posição quanto à questão e isso está expressamente previsto no art. 13.º, do Código Penal. **6**

O mesmo se diga, após a reforma penal operada em Setembro de 2007, quanto ao instituto da responsabilidade das pessoas colectivas e, para aquilo que aqui nos interessará, quanto às penas aplicáveis a estes entes (art. 90.º-A a 90.º-M, do Código Penal). **7**

Artigo 82.º

Crime por utilização indevida de trabalho de menor

1. A utilização de trabalho de menor em violação do disposto no n.º 1 do artigo 68.º ou no n.º 2 do artigo 72.º é punida com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal.

2. No caso de o menor não ter completado a idade mínima de admissão ou não ter concluído a escolaridade obrigatória, os limites das penas são elevados para o dobro.

3. Em caso de reincidência, os limites mínimos das penas previstas nos números anteriores são elevados para o triplo.

Sumário da anotação

A fonte (anotações 1 a 7)
O bem jurídico (anotações 8 a 12)
O tipo objectivo (anotações 9 a 31)
O tipo subjectivo (anotações 32 a 35)
As causas de justificação (anotações 36 a 38)
O concurso (anotações 39 a 42)
A pena (anotações 43 e 44)

1 A protecção do trabalho infantil surge como uma preocupação fundamental do Estado português, inserindo-se esta norma penal num conjunto de regras destinadas a proteger os interesses dos menores que iniciam a sua actividade laboral, procurando-se habilitar o Estado de uma ampla e rigorosa fiscalização perante situações que justificam a intervenção em ordem à protecção dos menores.

2 A adopção de medidas legisladas que concretizem esse objectivo tem como referência fundamental todo o conjunto de instrumentos internacionais que pretendem a regulação uniforme de medidas de protecção dos menores. Referimo-nos, claro está, aos seguintes: Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança; Declaração dos Direitos da Criança adoptada pelas Nações Unidas em 1959, e foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (nomeadamente nos artigos 23.º e 24.º), pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente o artigo 10.º) e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança; Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Protecção e Bem-Estar das Crianças, com Especial Referência à Adopção e Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução n.º 41/85 da Assembleia Geral, de 3 de Dezembro de 1986), o Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas relativas à Administração da Justiça para Menores ("Regras de Beijing"). Fundamental é a referência contida no art. 32.º da Convenção dos Direitos da Criança, assinada por Portugal a 26 de Janeiro de 1990 e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro. Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, da mesma data. Ambos os documentos se encontram publicados no Diário da República, I Série A, n.º 211/90. O instrumento de ratificação foi depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas a 21 de Setembro de 1990.

3 A Convenção n.º 138 da Organização Internacional do Trabalho de 1973 (ratificada por Portugal pelo Decreto-Lei n.º 11/98, de 19.3), no seu art. 2.º, item 3, fixa como idade mínima recomendada para o trabalho em geral a idade de 16 anos. No caso dos países-membros considerados muito pobres, a Convenção admite que seja fixada inicialmente uma idade mínima de 14 anos para o trabalho. A mesma Convenção

recomenda uma idade mínima de 18 anos para os trabalhos que possam colocar em risco a saúde, a segurança ou a moralidade do menor, e sugere uma idade mínima de 16 anos para o trabalho que não coloque em risco o jovem por qualquer destes motivos, desde que o jovem receba instrução adequada ou treino vocacional. A Convenção admite ainda, por excepção, o trabalho leve na faixa etária entre os 13 e os 15 anos, desde que não prejudique a saúde ou desenvolvimento do jovem, a ida deste à escola ou a sua participação numa orientação vocacional ou programas de treino, devendo a autoridade competente especificar as actividades permitidas e a tempo máximo de trabalho diário. Ainda, neste domínio, veja-se a Convenção n.º 182 de 1999, respeitante à temática do trabalho das crianças, ratificado através da Resolução da Assembleia da República n.º 47/2000, de 1.6.

4 Segundo a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), o trabalho infantil é definido como "toda a forma de trabalho abaixo dos 12 anos de idade, em quaisquer actividades económicas; qualquer trabalho entre 12 e 14 anos que não seja trabalho leve; todo o tipo de trabalho abaixo dos 18 anos enquadrado pela OIT nas "piores formas de trabalho infantil". Para fins de pesquisa de campo, a UNICEF define o indicador de trabalho infantil como o percentual de crianças de 5 a 15 anos envolvidas com trabalho infantil. A definição, para fins de pesquisa, encontra-se sob a seguinte classificação: trabalho de crianças de 5 a 11 anos: trabalho executado durante a semana anterior à pesquisa por pelo menos uma hora de actividade económica ou 28 horas de trabalho doméstico naquela semana; trabalho de jovens de 12 a 14 anos por pelo menos 14 horas de actividade económica ou 42 horas de actividade económica e trabalho doméstico combinados naquela semana.

5 A Constituição da República Portuguesa protege a inserção no mercado de trabalho de todos os jovens, proibindo o trabalho em idade escolar (art. 69.º, n.º 3) e assegurando protecção legal no acesso ao trabalho e em especial ao primeiro emprego (art. 70.º, n.º 1, al.ª b).

6 Esta incriminação corresponde, com a actualização das remissões, ao disposto no art. 608.º, do Código do Trabalho de 2003. Por sua vez, correspondia ao art. 5.º, do Decreto-Lei n.º 58/99, de 30.6 e aos art. 2.º e 5.º, do Decreto-Lei n.º 107/2001, de 6.4.

7 *Vide* ainda o art. 4.º, do Decreto - Lei n.º 396/91, de 16.10, no qual apenas se cominavam alguns dos comportamentos respeitantes ao trabalho de menores e, como tal, sancionados com multas. Estávamos então no domínio das contravenções laborais, as quais foram extintas com a Lei n.º 30/2006, de 11.7 (diploma que operou a conversão em contra-ordenações das contravenções e transgressões em vigor no ordenamento jurídico).

8 O ilícito penal em questão corresponde a um compromisso do Estado em assegurar a promoção dos direitos das crianças e dos jovens, designadamente tendo presente a sua especial vulnerabilidade a actividades de risco, inapropriadas à sua idade. É consabido que, no nosso país, o trabalho infantil é um flagelo social que, apesar de não atingir as cifras de países denominados do terceiro mundo, apresenta-se como uma realidade preocupante e que tem de ser combatida.

9 As crianças, devido à sua fragilidade, estão mais sujeitas a inúmeros acidentes e doenças de trabalho do que os adultos, em igualdade de circunstâncias. E também, porque não têm ainda a maturidade suficiente para perceberem os perigos possíveis que envolvem o exercício da sua actividade ou existem no próprio local de trabalho. Como resultado, grande número de crianças sofre acidentes vários – um valor superior a dois terços (69%) do seu total, em alguns países. Muitas delas sofrem verdadeiros acidentes e doenças, de 5% até 20%, ou mais, em que algumas destas crianças deixam de trabalhar, completamente (http://www.ilo.org/public/portugue/bureau/stat/child/childhaz.htmnm).

10 O **bem jurídico** tutelado pela norma é a dignidade da pessoa do menor, enquanto ser humano com direitos, isto numa perspectiva de protecção da sua integridade física e, bem assim, no assegurar do seu normal desenvolvimento da sua personalidade social em formação (neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, "Direito Penal do Trabalho – Notas sobre as disposições criminais do Código do Trabalho", *in* Estudos de Homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro, ISCPSI, p. 31).

11 No mesmo sentido veja-se JOSÉ MANUEL VILALONGA, *in* "Código do Trabalho Anotado", p. 1057, quando menciona que "a incriminação protege valores pessoais que se prendem com o livre e adequado desenvolvimento das pessoas em fase de formação delimitadas etariamente".

12 *Vide* ainda VITOR MELO, *in* "Prontuário de Direito de Trabalho", n.º 71, CEJ, Maio/Agosto de 2005, pp. 121 e 122, dando particular significado à protecção da personalidade do menor em formação.

13 A norma configura essencialmente duas condutas típicas, direccionadas para a violação de disposições legais que regulam a questão. Assim, integra o crime a admissão ao trabalho, de qualquer natureza e modalidade de retribuição, de menor que não tenha ainda completado 16 anos (cfr. n.º 2, do art. 68.º), não tenha concluído a escolaridade obrigatória ou não disponha de capacidades físicas e psíquicas adequadas ao posto de trabalho.

14 As duas primeiras situações prefiguram realidades objectivas, facilmente comprováveis pela entidade empregadora. E é inequívoco que têm de se conformar no momento da admissão do menor trabalhador.

15 Estamos, em nosso entendimento, perante um **crime de perigo abstracto**, porquanto do confronto com o bem jurídico protegido, dúvidas não restam de que o legislador antecipou a tutela do trabalho de menores em determinadas condições como uma actividade perigosa em si mesma.

16 Com a entrada em vigor da Lei n.º 85/2009, de 27.8, o regime da escolaridade obrigatória para as crianças e jovens que se encontram em idade escolar corresponde ao hiato estabelecido entre os 6 e os 18 anos (art. 1.º, n.º 1 e 2.º, n.º 1). O diploma assinalado possui uma disposição transitória (art. 8, n.^{os} 1 e 2) com importância interpretativa para o ano lectivo de 2009/2010.

17 As capacidades físicas e psíquicas adequadas ao posto de trabalho surge como terceira condição, de maior dificuldade probatória, e que terão que ser analisadas do ponto de vista pericial.

18 Tal como defende GERMANO MARQUES DA SILVA (ob. cit. p. 30) e FERNANDO SILVA *in* "Notas sobre a responsabilidade penal laboral, *in* RDP da UAL, ano 2003, II, 2, p. 130, "basta que uma destas condições não esteja reunida para que a admissão do trabalhador seja ilegal e constitua ilícito criminal". No mesmo sentido, veja-se os Ac. do TRP de 24.10.2007, proc. n.º 0743451 e de 19.06.2000, proc. n.º 0010443. Atente-se ainda na defesa da mesma interpretação MARIA MANUELA F. BARATA VALADÃO SILVEIRA, *in* "Prontuário de Direito do Trabalho", n.º 67, CEJ, Janeiro/Abril 2004, p. 73.

19 Há, no entanto, que precisar as verificações de preenchimento do tipo objectivo. Não se verifica quando estejamos na presença das excepções previstas na lei. Atente-se: A idade mínima dos 16 anos de idade pode ser excepcionada para os denominados trabalhos leves, os quais são caracterizados, em termos puramente genéricos nos termos do n.º 3, do art. 68.º (a consagração de algumas actividades proibidas para o trabalho de menores encontra-se devidamente concretizada nos art. 115.º, e seguintes da Lei n.º 35/2004, de 29.7, respeitante à regulamentação do Código do Trabalho, os quais se mantêm em vigor).

Igual excepção surge ainda quanto à escolaridade obrigatória e a qualificação profissional nas circunstâncias previstas no artigo 69.º, n.º 1. Verificadas que estejam, ao abrigo daquelas disposições legais, a admissão de menor sem a idade mínima e sem a escolaridade obrigatória cumprida, ainda assim, não se mostra preenchido o tipo objectivo do crime em anotação. **20**

A título exemplificativo, vejam-se algumas actividades assinaladas como sendo susceptíveis de prejudicar o desenvolvimento físico, psíquico ou moral dos menores, ainda que não sejam ilícitas: o emprego em fábricas de pirotecnia ou na exploração de minas. No campo da ilicitude objectiva, atente-se, naturalmente, qualquer tipo de actividade relacionada com a exploração sexual, como seja a prostituição, fortemente penalizadoras para o seu livre e normal desenvolvimento físico e psíquico. FERNANDO SILVA (ob cit. p. 131) enuncia dúvidas quanto a determinadas actividades profissionais, designadamente as de construção civil e na área das pescas, concluindo que a resolução prática para se responder quanto à sua impropriedade terá que ficar reservado ao intérprete. **21**

Poder-se-á questionar sobre se a condição da capacidade física ou psíquica não poderá ser relativizada por legislação especial atinente a cada uma das actividades que podem ter que ser analisadas no caso concreto. A problemática não terá que ser entendida e resolvida na perspectiva objectiva da capacidade do trabalhador menor. O que se procura aqui proteger é que o menor não seja sujeito a uma actividade que coloque em causa o seu normal desenvolvimento, justamente porque ainda não atingiu, em termos civilísticos, a capacidade de poder decidir o seu futuro (neste sentido, veja-se JOÃO SOARES RIBEIRO, *in* "Algumas Notas sobre Crimes Laborais e de Promoção e Segurança", VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Almedina, p. 199). **22**

O tipo objectivo de ilícito estabelecido no n.º 2 não apresenta especiais dificuldades interpretativas. Se se verificarem cumulativamente as circunstâncias de falta da idade mínima de admissão ao trabalho e a não conclusão da escolaridade obrigatória estamos perante um tipo agravado. **23**

E porque não a agravativa nos casos em que se conclua que o menor não dispõe de capacidade física ou psíquica adequadas ao posto de trabalho? – A essa questão o legislador preferiu dar resposta dentro de uma interpretação global do ordenamento jurídico-legal Penal. Atente-se na parte final do n.º 1 deste artigo quando determina "se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal". Não restarão dúvidas que estaremos perante o preenchimento do crime de maus-tratos previsto e punido pelo art. 152.º-A, do Código Penal. Adiante, em sede da anotação do concurso de normas, dar-se-á particular relevo à questão. **24**

Em suma, prefiguram-se as seguintes situações de preenchimento do tipo de crime em causa, a saber: 1.ª – Admissão de menor que não tenha 16 anos nem que tenha concluído a escolaridade obrigatória; **25**

2:ª – Admissão de menor que, embora com 16 anos e escolaridade obrigatória, não disponha de capacidade física e psíquica adequada ao trabalho que está a desempenhar; **26**

3.ª – Admissão de menor com idade inferior a 16 anos, que tenha concluído a escolaridade obrigatória, em actividades não consideradas leves e em condições proibidas por lei especial; **27**

4.ª – Admissão de menor que tenha já 16 anos, mas sem a escolaridade obrigatória, em violação do art. 68.º e 72.º, n.º 2; **28**

5.ª – Admissão de menor que tenha completado 16 anos e tenha a escolaridade obrigatória em violação do art. 68.º, n.º 2. **29**

30 O crime em causa, aliás, à semelhança de todos os que encontram consagração no Código de Trabalho, tem como sujeito activo o empregador ou a entidade empregadora. Trata-se de um crime de mão própria, específico, porquanto se exige que o seu autor reúna determinadas qualidades.

31 As **pessoas colectivas** podem ser responsabilizadas nos termos do art. 546.º, do Código do Trabalho e, no caso de concurso com o crime do art. 152.º-A, do Código Penal, através da previsão contida no art. 11.º, n.º 2, do mesmo diploma legal.

32 Estamos perante um crime doloso. O agente terá que ter conhecimento da idade do menor, do seu grau de escolaridade e, bem assim, de que a actividade que presta e empregou o menor é perigosa e prejudicial para a sua educação e saúde e, mesmo perante tudo isto, age com intenção de empregar o menor.

33 Na análise do **tipo subjectivo**, poder-se-á questionar sobre se o empregador poderá actuar em erro sobre as circunstâncias respeitantes aos elementos de facto ou de direito do crime em questão. Parece-nos que a questão não será de admitir no que respeita à idade e à escolaridade obrigatória atentas as circunstâncias de se tratarem de factos notórios e, bem assim, facilmente demonstráveis através de prova documental, a exigir, claro está, no momento preliminar à celebração do contrato de trabalho.

34 Quanto à capacidade física e psíquica dos menores por referência causal às actividades laborais que possam colocar em causa o seu normal desenvolvimento físico ou psíquico a questão poderá merecer maior dificuldade de resolução prática na perspectiva da eventual actuação em erro sobre as circunstâncias de facto (art. 16.º, do Código Penal). Nesta parte, admitimos do plano puramente objectivo que poderão existir actividades profissionais que poderão suscitar dúvidas. Designadamente fora daquelas que estão estabelecidas nos art. 122.º a 126.º, do Regulamento do Código de Trabalho. Quanto a estas não será de admitir que seja configurável a alegação de um desconhecimento razoável que permita aceitar, sem mais, a exclusão do dolo. Com efeito, especiais exigências normativas na existência e normal desenvolvimento da actividade profissional (por exemplo, licenciamento e autorizações administrativas de actividades objectivamente perigosas), não podem retirar ao agente o desconhecimento de que a empregabilidade de menores é, em si própria, perigosa e prejudicial para a sua saúde e normal desenvolvimento. Quanto àquelas que não estão previstas legalmente, aí sim, se poderá colocar a dúvida, naturalmente, a resolver no caso concreto. Tudo dependerá de todo o circunstancialismo fáctico envolvente e das próprias condições pessoais e profissionais do agente do facto. O mesmo se diga quanto ao erro sobre a ilicitude (art. 17.º, do Código Penal).

35 Uma última palavra neste segmento. O regime legal como está construído, com técnicas remissivas em bloco para a própria lei laboral e ainda para outras que estipulam os regimes específicos de admissibilidade, cremos que o erro sobre as proibições poderá ocorrer. Com efeito, pode suceder que determinado empregador, ainda que respeitador do direito, tenha pelo menos numa primeira abordagem, dificuldades em distinguir o que é em rigor permitido e o que não é. E aí, a ser demonstrada esse erro, mostra-se excluída a afirmação do elemento subjectivo do dolo e a negligência não é aqui sancionada (art. 16.º, do Código Penal).

36 A propósito das **causas de justificação** há que mencionar a possibilidade de estarmos perante factualidade susceptível de integrar objectivamente o tipo criminal, porém, o menor, maior de 16 anos, deu o seu assentimento à celebração do contrato de trabalho. O seu consentimento terá então que ser apreciado nos termos e para os efeitos do disposto no art. 38.º, do Código Penal. Cremos que a situação é facilmente resolúvel se entendermos que não estamos no domínio

de interesses jurídicos livremente disponíveis e, bem assim, será susceptível de ofender a cláusula dos bons costumes (n.º 1, do art. 38.º, do Código Penal). A validade e eficácia do consentimento será ainda apreciada à luz da capacidade de discernimento do menor no que tange ao sentido e alcance no momento em que o presta (n.º 3, da mesma norma).

37 Apelando ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora inclinamo-nos para, desde logo, para colocar em causa a **disponibilidade do interesse jurídico** em causa. É que, atente-se, nos termos do art. 70.º, n.º 1, do Código de Trabalho, apesar de ser válida a celebração do contrato de trabalho por menor que tenha completado 16 anos e tenha concluído a escolaridade obrigatória, ainda assim, os seus representantes legais podem opor-se por escrito à validade e, naturalmente, execução da relação laboral firmada. Esta disposição legal em termos de capacidade de exercício do menor terá ainda que ser conjugada com o que vai disposto no art. 127.º, do Código Civil, esta última, justamente, consagrando excepções à incapacidade dos menores no que tange a actos de administração relacionados com a utilização dos proveitos alcançados com a relação laboral que possam exercer. Imagine-se, pois, que um jovem de 16 anos, munido da escolaridade obrigatória, celebra contrato de trabalho como mineiro. Será que o consentimento que concede ao assinar o contrato de trabalho exclui a ilicitude do facto no que respeita à contratação em local de trabalho que o afecta manifestamente no seu livre desenvolvimento físico e psíquico? – Tendemos a considerar que este consentimento não será eficaz. Com efeito, a imaturidade própria dos jovens, iludidos com aquisição de proveitos económicos, levá-los-ia ao sistemático abandono escolar e facilmente se generalizaria o flagelo do trabalho infantil. Ou seja, estamos perante interesses juridicamente indisponíveis, sendo certo que a tutela internacional e constitucional, não permitiria integrar esta vontade como respeitante dos bons costumes, entendidos como protecção dos jovens em idade escolar e não de sujeição a actividades perigosas ainda que a coberto de uma relação contratual. Do mesmo modo, e intimamente relacionado será difícil de aceitar que este consentimento seja prestado com o alcance e o sentido desejável que determine a sua eficácia em termos de desresponsabilização criminal.

38 Como anteriormente se fez menção (ponto 19), o legislador previu a possibilidade de existir um **concurso** de normas directamente aplicáveis (parte final do n.º 1, do artigo em anotação). Facilmente se percebe e se aceitará que encontrando-se reunidas todas as condições objectivas previstas na norma incriminadora e mais aquelas que se mostram consagradas no art. 152.º-A, do Código Penal, será esta a incriminação em que a conduta do empregador encontrará abrigo. Atente-se: se o empregador para além de contratar um adolescente com menos de 16 anos, sem a escolaridade obrigatória e o expuser a actividade perigosa ou o sobrecarregar com trabalhos excessivos a sua conduta será enquadrável no tipo previsto no Código Penal.

39 Estaremos assim perante um concurso de normas, aparente, em relação de subsidiariedade.

40 Por respeitarem a bens jurídicos distintos, a presente incriminação é susceptível de concorrer, em efectividade, com o crime previsto no art. 83.º do Código de Trabalho (nesse sentido, FERNANDO SILVA, *in* ob. cit., p. 132).

41 Por força do disposto no art. 20.º, do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27.10, "se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação". Ora, no caso concreto, fazendo apelo à norma contida no art. 562.º, n.º 1, do Código do Trabalho, só no caso de estarmos perante uma situação de reincidência na prática das contra-ordenações graves haverá lugar

à eventual aplicação das sanções acessórias de publicidade, de interdição do exercício da actividade e privação do direito de participar em arrematações ou em concursos públicos.

42 No caso do n.º 2, a agravação legal, determina que a pena de prisão aplicável terá como limites 2 meses a 4 anos ou multa de 20 a 480 dias.

43 O tipo penal em causa possui ainda uma normal respeitante à **reincidência** que justifica algumas considerações. O legislador, apesar da regra contida no Código Penal quanto às consequências da verificação do instituto, ainda assim viu necessidade de estipular que apenas os limites mínimos sofreriam agravação. E fê-lo na exacta medida em que os efeitos da reincidência são mais gravosos. E assim, no caso de verificação de reincidência quanto ao n.º 1, teremos então que os limites da pena de prisão serão de 3 meses a 2 anos e quanto ao n.º 2 ficarão de 6 meses a 4 anos de prisão e 60 a 480 dias quanto à pena de multa.

44 As penas aplicáveis às pessoas colectivas são as que constam do regime geral contido no Código Penal.

Artigo 83.º

Crime de desobediência por não cessação da actividade de menor

Quando o serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral verificar a violação do disposto no n.º 1 do artigo 68.º ou das normas relativas a trabalhos proibidos a que se refere o artigo 72.º, notifica por escrito o infractor para que faça cessar de imediato a actividade do menor, com a cominação de que, se o não fizer, incorre em crime de desobediência qualificada.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 3)
O bem jurídico (anotação 4)
O tipo objectivo (anotações 5 a 11)
O tipo subjectivo (anotação 12)
O concurso (anotação 13)

1 As **fontes** interpretativas e legitimadoras deste tipo legal são, em parte, aquelas a que fizemos referência na anotação do art. 82.º Estamos agora no domínio da Administração fiscalizadora e competências sancionatórias da actividade laboral, tudo em prol de um objectivo comum – a fiscalização para a repressão do trabalho infantil.

2 No projecto do Código do Trabalho, a violação dos então art. 55.º, n.º 1 e 60.º, n.º 2, constituía contra-ordenação muito grave (art. 649.º) e só após a prossecução da violação daquelas normas, depois da notificação para a cessação, constituía o crime então previsto no art. 609.º

3 Corresponde, com actualização das remissões, ao art. 609.º do Código de Trabalho de 2003. E anteriormente ao art. 128.º, da Lei do Contrato Individual de Trabalho.

4 Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA (ob. cit. p. 32 e 33), "o **bem jurídico** tutelado é, imediatamente, o desrespeito pela autoridade, mas mediatamente é ainda a pessoa do menor". Ao cabo e ao resto, tal como em qualquer desobediência criminalmente relevante, o bem jurídico assenta na protecção da autonomia intencional do Estado pela não colocação de obstáculos ao normal desenvolvimento da actividade da administração por parte dos destinatários dos seus actos (*vide* CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* "Comentário Conimbricense ao Código Penal", III, p. 350). No mesmo sentido veja-se ainda FERNANDO SILVA (ob. cit. p. 132), ainda que conferindo especial relevo os interesses da autoridade

pública, "nele se procurando atribuir poderes relevantes à Inspecção-Geral de Trabalho no âmbito da sua função de fiscalização e sanção das actividades ilícitas em matéria laboral".

Estamos perante um **crime de dano** (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* ob. cit. p. 350). **5**

Trata-se de um **crime omissão pura**. Pune-se a conduta omissiva traduzida no deixar de fazer aquilo que foi legitimamente ordenado. **6**

A Autoridade Administrativa é hoje denominada de Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), criada pelo Decreto-lei n.º 211/2006, de 27.10 e é o novo organismo que vem suceder ao Instituto para a Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho (ISHST) e à Inspecção-Geral do Trabalho (IGT), entretanto extintos. **7**

A verificação do **tipo objectivo** pressupõe uma prévia notificação por parte da ACT com duplo conteúdo: a imposição da cessação da actividade ilegal, claro está, a que se encontra tratada nos artigos assinalados, e que é a de terminar com a função laboral levada a cabo pelo menor; e a necessidade de nessa mesma comunicação constar expressamente a cominação legal relacionada com a prática do crime de desobediência qualificada, caso não cumpra com o que ali vai determinado. **8**

O crime só se verifica com a manutenção, após a notificação, do trabalho do menor. **9**

GERMANO MARQUES DA SILVA (ob. cit. p. 34), assinala ainda, com autoridade, de que a notificação deverá referir-se a cada menor encontrado a trabalhar em violação dos preceitos legais. Concordamos com a pertinente observação, quer pelas razões adiantadas pelo Ilustre Prof., quer ainda pelo motivo de só dessa forma a ordem dirigida e cominada será perfeitamente entendível pelo empregador. **10**

Quer as pessoas físicas, quer as colectivas, podem praticar este ilícito penal. **11**

O crime é de natureza dolosa quanto à sua **imputação subjectiva**. **12**

É de afirmar o **concurso efectivo** com o ilícito anteriormente anotado. **13**

Artigo 316.º

Responsabilidade penal em caso de encerramento de empresa ou estabelecimento

1. O empregador que encerre, temporária ou definitivamente, empresa ou estabelecimento, em caso previsto no artigo 311.º e 312.º, é punido com pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias.

2. A violação do disposto no artigo 313.º é punida com pena de prisão até 3 anos, sem prejuízo de pena mais grave aplicável ao caso.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 4)
O bem jurídico (anotações 5 a 7)
O tipo objectivo (anotações 8 a 42)
O tipo subjectivo (anotação 43)
O concurso (anotações 44 e 45)
A pena (anotação 46)

A matéria compreendida neste normativo penal abarca a que estava consagrada no regime constante dos art. 465.º e 466.º, do Regulamento do Código do Trabalho. **1**

Assim, para além das referências assinaladas, cumpre ainda deixar expresso que os actuais art. 311.º, 312.º, 313.º e 315.º tinham consagração legal no Regulamento em locais distintos. O art. 311.º correspondia ao art. 296.º, n.ºs 1 a 3 do Regulamento. O art. 312.º encontrava eco nos art. 296.º, n.ºs 4 a 8 e 486.º, n.º 6, do Regulamento, sendo o n.º 5 é introduzido nesta reforma de 2009. Em termos de especialidade consigna-se que o regime jurídico da caução para o exercício da actividade de **2**

empresa de trabalho temporário está fixado no art. 6.º, da Lei n.º 19/2007, de 22.5. Por sua vez, o art. 313.º correspondia ao art. 297.º, do Regulamento. Por fim, o art. 315.º estava consagrado no art. 299.º, do Regulamento.

3 A nossa Lei Fundamental confere suporte constitucional esta incriminação na medida em que prevê como fundamentais o direito ao trabalho e à consequente segurança no emprego (arts. 53.º e 58.º). Em última análise, veja-se ainda a consagração constitucional da proibição de despedimentos sem justa causa.

4 Naturalmente que a consagração destes direitos tem assento em normas internacionais, destacando-se a DUDH (art. 23.º) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos Sociais e Culturais (art. 6.º).

5 Cremos que, à semelhança do crime tipificado no art. 324.º, do Código do Trabalho, o que se visa tutelar aqui é justamente são os direitos constitucionais que consagram o trabalho e a segurança no emprego contra comportamentos abusivos e desproporcionados por parte da entidade empregadora.

6 Numa outra vertente, dúvidas não restam de que estamos em presença da forma de tutelar a garantia constitucional relacionada com a tutela da justa causa para qualquer despedimento.

7 PAULA QUINTAS e HELDER QUINTAS, *in* "Código do Trabalho Anotado", 2009, p. 621, afirmam com clareza que "mantém-se a finalidade de combate aos encerramentos selvagens".

8 Tentando esmiuçar a sua interpretação da forma mais simples que logramos ser capazes, desde logo, há que chamar à colação que, apesar do regime consagrado nos art. 311.º a 313.º, apenas mencionar o encerramento temporário, esse mesmo regime é em tudo aplicável ao encerramento definitivo, por força da norma de extensão consagrada no art. 315.º, do Código do Trabalho.

9 Mais uma vez o legislador adaptou uma técnica remissiva para tipificar condutas com relevância criminal. O caso que nos ocupa agora assume, só por causa disso (e não só), dificuldades acrescidas de interpretação para a delimitação do tipo objectivo.

10 Há que realçar que o legislador teve a preocupação de definir o conceito de encerramento temporário (n.º 2 do art. 311.º). Parece-nos, no entanto, que a definição legal será mais adequada a reputar-se como encerramento definitivo do que propriamente o temporário.

11 BERNARDO XAVIER, *in* "A repercussão do encerramento definitivo do estabelecimento nos contratos de trabalho", RDES, ano XX, n.º 1, p. 11), assinala, com vista a apurar das situações em que existe, ou não, um encerramento definitivo da empresa, que se deve atender à desintegração, ou não, da unidade jurídica que o estabelecimento ou empresa supõem; assim, "não tanto contará o facto de a empresa ter deixado de produzir, mas a circunstância de ela ser desintegrada (…) a desintegração da empresa tornar-se-á patente e eficaz em face dos trabalhadores ao seu serviço quando de algum modo se verifique que, globalmente, os contratos de trabalho deixam de formar com os restantes complexos empresariais (máquinas, segredos de fabrico, clientela, direitos de arrendamento e outros) aquela unidade que permite a existência de uma organização produtiva. Parece-nos de qualquer modo líquido que essa desintegração se pode operar em confronto dos trabalhadores sem qualquer necessidade de aviso por parte do empresário. Bastará até que, encerrada a empresa por qualquer impedimento, seja improvável que este impedimento venha a cessar, não sendo de esperar que isso se dê ou que tal aconteça dentro do espaço de tempo em que a finalidade do negócio possa vir a ser alcançada".

12 Mostra-se certo que o encerramento terá que dizer respeito a uma empresa ou estabelecimento. São esses os conceitos utilizados nos arts. 311.º, 313.º, 315.º e na norma em anotação. Ora, não existe no Código do Trabalho uma concreta definição

para os conceitos de empresa ou de estabelecimento. Com efeito, apenas no art. 100.º, do Código do Trabalho existe uma referência ao que se deve entender por "tipos de empresas". Ali se elenca, a microempresa, a pequena, a média e grande empresa, concretizando-se os vários tipos em função do número de trabalhadores que emprega. Tudo, aliás, em conformidade com a Recomendação da Comissão Europeia de 6.5.2003 (*vide* Exposição de Motivos do Código).

13 Para além disso, no actual art. 285.º, n.ºs 1 e 5, fala-se em estabelecimento ou unidade económica, definindo-se, esta última, como sendo "o conjunto de meios organizados com o objectivo de exercer uma actividade económica, principal ou acessória".

14 Na falta de qualquer definição legal, específica para o ramo laboral, teremos que entender que por "empresa" ou "estabelecimento", aquilo que se entende nos ramos do direito civil e comercial (*vide* a noção normativa do conceito de empresa contida no art. 230.º, do Código Comercial).

15 Nesta perspectiva, a empresa é uma organização que vai criar uma utilidade (bem ou serviço útil) que tem como principal objectivo obter lucro. Numa actividade empresarial o que se pretende é que os custos dessa actividade sejam inferiores aos seus proveitos, para que se possam gerar lucros (mesmo tendo em conta os riscos a que todas as actividades empresariais se sujeitam).

16 O termo "**estabelecimento**" é dotado de polissemia, quer na linguagem corrente, quer mesmo no direito positivo; contudo, no presente contexto, ou seja, como antecâmara do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, interessa considerar a sua função geradora, enquanto forma específica de organização do empresário de comércio. Assim, o estabelecimento que aqui referimos é a empresa comercial, enquanto acervo patrimonial do comerciante, seja ele pessoa singular ou colectiva. É costume destacar vários elementos no estabelecimento, traduzindo a sua complexidade: tem um titular, é um património afecto a uma dada finalidade, pode englobar a actividade de várias pessoas e sustenta uma actividade que se quer lucrativa. Nesta ordem de ideias, é comum a divisão entre elementos corpóreos (o imóvel onde funciona o estabelecimento, as mercadorias, a maquinaria, o dinheiro) e incorpóreos (os direitos inerentes, a clientela e o aviamento) do estabelecimento. Certo é tratar-se de uma unidade económica.

17 Pode-se aqui colocar a questão de se saber se uma associação sem fins lucrativos pode ser considerada empresa ou estabelecimento para preenchimento da conduta típica. Aliás, é comum existirem associações deste tipo que são empregadores. A sua fonte de receitas resume-se, tão-só, à quotização dos respectivos associados, porém, são empregadores de cidadãos mediante a celebração de contratos de trabalho.

18 Cremos que nada obsta à sua integração neste domínio. Atente-se que a lei laboral, nessa parte, clarifica e define o conceito de empresa, ou melhor, de microempresa, em função do número de trabalhadores que ali exerçam a sua actividade profissional. Ponto assente, para nós, reside assim na estrutura, *rectius*, organização que celebra contratos de trabalho em que a relação jurídica existente é caracterizada pela subordinação jurídica.

19 COUTINHO DE ABREU, *in* "Curso de Direito Comercial", 1.º volume, p. 213, ensina que "a noção de estabelecimento comercial coincide com a noção de empresa, sendo também indistintamente usadas as duas expressões com o mesmo significado no âmbito das leis do trabalho".

20 E, de acordo com as directivas comunitárias sobre a matéria, o bem objecto de transmissão, para efeitos da sujeição ao regime laboral da transmissão do estabelecimento, deve constituir uma unidade económica.

21 Este conceito é definido, no direito comunitário e para o referido efeito, em termos que ficaram a constar, no essencial, no art. 318.º, n.º 4 do Código do Trabalho de 2003 e do artigo 285.º, n.º 5, do actual Código do Trabalho, como um conjunto de meios materiais e humanos organizados para o exercício de uma actividade económica, principal ou acessória, que mantém a sua identidade (artigo 1.º, n.º 1, b) da Directiva 2001/23/CE, do Conselho de 12.3.2001).

22 *Vide* sobre a temática, o Ac. do STJ de 25.2.2009, proc. n.º 08S3258 e ainda o do TRL de 15.2.2006, proc. n.º 12108/2005-4.

23 Prosseguindo na análise do tipo objectivo, assente está que o encerramento, temporário ou definitivo, terá que ser por "facto imputável ao empregador".

24 ABÍLIO NETO, *in* "Novo Código do Trabalho e Legislação Complementar Anotados", 1.ª Edição, 2009, Ediforum, p. 530, adianta, desde logo, que "o encerramento de estabelecimentos comerciais ou industriais, ordenado pelas autoridades administrativas, por não preencherem os requisitos necessários ao respectivo funcionamento, não é imputável a caso fortuito ou de força maior, mas sim, e apenas, a facto imputável ao empregador, uma vez que é sobre este que impende o dever de observância das prescrições legais por que se rege o exercício da correspondente actividade".

25 Por sua vez, o TRC em Ac. de 10.11.2005, *in* CJ, 2005, V, p. 60, concretizou e definiu que "o encerramento preventivo duma farmácia pelo INFARMED, por falta de licenciada em ciências farmacêuticas, configura uma situação de encerramento temporário do estabelecimento por facto imputável ao empregador, com suspensão dos contratos de trabalho e mantendo os trabalhadores afectados o seu direito à retribuição, sem obrigação de prestação de serviço à entidade patronal".

26 "Não pode falar-se em encerramento de estabelecimento pelo simples facto de haver diminuição de actividades, mesmo que acentuada. Porém, se o espaço foi locado para escritório de uma empresa e esta mudou as instalações para outro local, mantendo o arrendado apenas para arquivo inactivo, com as portas fechadas e sem pessoas aí a trabalhar, então poder-se-á dizer que no locado o estabelecimento ficou encerrado" – Ac. do TRP de 25.6.1996, proc. n.º 9351010.

27 A análise do tipo objectivo deste ilícito pressupõe, como diz a norma, que o encerramento não tenha sido precedido dos diversos comportamentos extintivos ou modificativos da relação jurídica laboral que vêm elencados nos arts. 311.º e 312.º

28 Assim, qualquer encerramento que tenha a precedê-lo uma situação de despedimento colectivo (arts. 359.º a 366.º), despedimento por extinção do posto de trabalho (art. 367.º a 372.º), de redução temporária do período normal de trabalho, suspensão do contrato de trabalho em situação de crise empresarial (arts. 294.º a 308.º), devidamente demonstrados e com o cumprimento de todas as regras previstas para a sua execução, não integra o tipo objectivo do crime em análise. O mesmo se diga quanto ao encerramento para férias.

29 Os n.ºs 3 e 4 do preceito contêm apenas regras de execução, em termos de comunicabilidade da situação, envolvendo-se, desse modo, o conhecimento e a fiscalização dos próprios termos do encerramento. Indica-se agora um prazo de 10 dias para a comissão de trabalhadores emitir parecer sobre o encerramento, no seguimento daquilo que constava do art. 357.º, n.º 1, do Regulamento. Claro está que, em caso de encerramento sem que tenha sido dado cumprimento aquelas obrigações legais, estaremos em presença do preenchimento do tipo.

30 As Comissões de Trabalhadores são estruturas que podem ser formadas no âmbito de uma empresa, para defesa dos interesses dos trabalhadores dessa unidade económica – art. 3.º, n.º 1 da Lei 46/79, de 12/9 e art. 54.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa).

Os direitos das Comissões de Trabalhadores estão previstos no art. 18.º da Lei 46/79, dos quais ressalta o direito ao exercício do controlo de gestão nas respectivas empresas, sendo que para o exercício desse direito a empresa não só está obrigada a fornecer às Comissões de Trabalhadores todas as informações necessárias, como a solicitar parecer prévio obrigatório acerca dos actos previstos no art. 24.º da mesma Lei, onde se inclui o "encerramento de estabelecimento ou de linhas de produção e a mudança de local de actividade da empresa ou do estabelecimento" (art. 24.º, 1, al.ª c) e h)). **31**

A violação do art. 312.º, respeita, depois, à obrigatoriedade de prestar caução, nos termos em que ali se mostram definidos. Este normativo visa única e exclusivamente garantir os créditos dos trabalhadores em caso de encerramento. Trata-se de mais uma cláusula de salvaguarda para tentar evitar que o património da entidade empregadora seja delapidado em detrimento dos créditos salariais. Trata-se de uma matéria que era omissa na anterior lei. A caução deve ser utilizada decorridos 15 dias após o não pagamento de qualquer prestação garantida ou, no caso de retribuição em mora, após a sua constituição, continuando, a ser dispensada, no entanto, a respectiva constituição, em caso de despedimento colectivo, havendo declaração expressa, nesse sentido, de dois terços dos trabalhadores. **32**

Cumpre, agora, assinalar um tratamento diferente no que respeita às situações de encerramento definitivo (art. 315.º). Desde logo, há que chamar à colação que a norma não regula a situação de despedimento por extinção do posto de trabalho, ao contrário daquilo que sucedia com o anterior art. 299.º, do Regulamento. **33**

Cremos que nada obsta a que assim também se entenda por força da expressa remissão para o art. 311.º, do Código. **34**

Se nos é permitido, a redacção do revogado art. 299.º, do Regulamento, permitia uma maior clareza em termos de interpretação da norma. Veja-se que, actualmente, o art. 315.º remete para o disposto no n.º 4, do art. 346.º Ora, o que esta última norma nos diz é que, em caso de microempresas, ou seja as que têm menos de 10 trabalhadores (art. 100.º, n.º 1, al.ª a)), o prazo concedido aos trabalhadores em termos de aviso prévio já não é o que se encontra determinado no art. 311.º, mas antes os que se encontram estabelecidos no art. 363.º, n.º 1 e 2, do Código do Trabalho. Estamos em presença de uma "tripla" norma remissiva. Verdade seja dita que, para efeitos, de interpretação e de aplicação da lei penal, não é, garantidamente, a melhor técnica legislativa. **35**

Tentando clarificar, aquilo que o legislador pretendeu e, a nosso ver bem, é que nos casos de microempresas, estruturas organizativas de menor expressão e dimensão, com a presunção de inexistência de estruturas colectivas representativas dos trabalhadores, os prazos de aviso prévio terão que ser dilatados por forma a permitir um real conhecimento de toda a situação que motiva o encerramento e, através disso, garantir o cabal exercício do direito de defesa e audição dos trabalhadores atingidos. **36**

Ao cabo e ao resto, era esta a interpretação que resultava, de forma mais clara, do anterior art. 299.º, do Regulamento. **37**

No que respeita ao tipo objectivo previsto no n.º 2, do art. em anotação dir-se-á simplesmente que, também aqui, nos casos de encerramento temporário ou definitivo, ao empregador é vedada a prática dos actos de disposição elencados no art. 313.º Trata-se de um tipo objectivo em tudo igual ao do art. 324.º, que, aliás, é também ele remissivo para o 313.º Na economia destas anotações remete-se para o que ali se anota. **38**

Estamos, em ambos os casos, perante crimes natureza específica própria, tal como é regra nos crimes laborais. **39**

40 Estamos perante **crimes de dano**, em que se exige a efectiva lesão do bem jurídico tutelado.

41 No que respeita ao círculo de autores, também aqui não existem novidades a assinalar, sendo as pessoas colectivas responsáveis nos termos gerais e, bem assim, se for caso disso, as respectivas pessoas singulares.

42 Uma última referência, ainda que de natureza civilística, mas que nos parece pertinente porquanto o regime legal se mostra assinalado no próprio texto da lei incriminadora e que se prende com a possibilidade de se reagir ao acto de disposição tipificado no art. 313.º Referimo-nos ao regime consagrado no art. 315.º, onde se mostra prevista uma modalidade de impugnação pauliana, conforme o regime geral do art. 610.º, do Código Civil.

43 Trata-se de um crime doloso, aliás, como é a regra dos crimes do direito do trabalho.

44 Cremos que o crime em causa é susceptível de concorrer com o crime tipificado no art. 324.º, e atento os bens jurídicos tutelados, o **concurso** será aparente. Já assim não sucederá nos casos em que a conduta também preencha os crimes falenciais e societários.

45 Uma chamada de atenção para a verificação de concurso com o crime de proibição de *lock-out*, tipificado no art. 345.º

46 Sem particularidades de relevo a assinalar, porém, o n.º 2, do art. deixa em aberto a possibilidade de se verificar o concurso efectivo ou mesmo aparente, a resolver pelas regras da consunção, isto é, pela norma penal que em concurso preveja a moldura penal mais gravosa.

Artigo 324.º

1. Ao empregador em situação de falta de pagamento pontual de retribuição é aplicável o disposto no artigo 313.º

2. O acto de disposição do património da empresa praticado em situação de falta de pagamento pontual de retribuições, ou nos seis meses anteriores, é anulável nos termos do artigo 314.º

3. A violação do n.º 1 é punida com pena de prisão até 3 anos, sem prejuízo de pena mais grave aplicável ao caso.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 e 4)
O tipo objectivo (anotações 5 a 12)
O tipo subjectivo (anotação 13)
As causas de justificação e desculpa (anotação 14)
O concurso (anotações 15 e 16)

1 Todas as normas constitucionais, internacionais e comunitárias consagram aos trabalhadores o direito fundamental à retribuição (art. 59.º da CRP), a DUDH (art. 23.º), a Carta Social Europeia (art. 4.º, al) 1) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos Sociais e Culturais (art. 7.º).

2 Este preceito corresponde aos arts. 301.º, 302.º e 467.º, do Regulamento do Código do Trabalho. Por sua vez, os dois primeiros correspondiam aos arts. 13.º e 14.º, da Lei n.º 17/86, de 16.6 (Lei dos Salários em atraso).

3 Tutela-se o direito à retribuição do trabalho, e, consequentemente, a protecção da garantia patrimonial dos créditos dos trabalhadores. Dizia JOÃO CAUPERS, *in* "Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição", 1985, p. 190, "Afinal, uma entidade patronal que esteja em condições de pagar a retribuição aos seus

trabalhadores, e o não faça, ameaça a sobrevivência destes, desenvolvendo uma acção de significado social não muito diverso daquela que constitui o crime de omissão de assistência material à família".

JOÃO LEAL AMADO, *in* "A protecção do salário", 1993, p. 240, expressa-se mesmo num sentido mais humanista quando empreende que a violação do direito ao salário "afecta ou pode afectar o nível existencial mínimo do cidadão-trabalhador (e a respectiva família), violando, em última análise, a própria dignidade humana.". **4**

Mais uma vez o legislador laboral empreendeu um tipo penal, utilizando uma técnica sancionadora de outras normas. *In casu*, a que se mostra contida no art. 313.º do Código do Trabalho. É de criticar tal opção, quer por dificuldades de interpretação, quer ainda porque entendemos que a tutela do bem jurídico fica, de alguma forma, esvaziada em termos de conteúdo útil. **5**

As modalidades de actuação previstas na norma reconduzem-nos às condutas assinaladas no n.º 1, do art. 313.º Ou seja, quando em situação de falta de pagamento pontual da retribuição, o empregador que: a) Distribuir lucros ou dividendos, pagar suprimentos e respectivos juros ou amortizar quotas sob qualquer forma; b) Remunerar membros dos corpos sociais por qualquer meio, em percentagem superior à paga aos respectivos trabalhadores; c) Comprar ou vender acções ou quotas próprias a membros dos corpos sociais; d) Efectuar pagamentos a credores não titulares de garantia ou privilégio com preferência em relação aos créditos dos trabalhadores, salvo se tais pagamentos se destinarem a permitir a actividade da empresa; e) Efectuar pagamentos a trabalhadores que não correspondam ao rateio do montante disponível, na proporção das respectivas retribuições; f) Efectuar liberalidades, qualquer que seja o título; g) Renunciar a direitos com valor patrimonial; h) Celebrar contratos de mútuo na qualidade de mutuante; e i) Proceder a levantamentos de tesouraria para fim alheio à actividade da empresa, estará a preencher o tipo objectivo deste ilícito. **6**

A norma contém, no entanto, algumas situações em que a conduta nem sequer chega a ser típica no campo da ilicitude, quais sejam: Quando efectua pagamentos a credores não titulares de garantia ou privilégio com preferência em relação aos créditos dos trabalhadores, salvo se tais pagamentos se destinarem a permitir a actividade da empresa. Percebe-se, que assim seja, pois que a licitude da conduta se fundamenta na perspectiva de conseguir manter a actividade da empresa, visando-se com isso permitir a viabilidade económica empresarial e, com isso, a manutenção dos postos de trabalho e a consequente retribuição. **7**

O art. 313.º, n.º 2, estabelece ainda outras excepções, direccionadas às condutas previstas nas als. d) a g), mas agora, fundando a licitude da actuação após a concordância daqueles cujos interesses são aqui tutelados – os trabalhadores. Para tanto, para que a perfeição da licitude seja viável, a lei prescreve exigências de validade probatória – a declaração expressa nesse sentido, por escrito, de dois terços dos trabalhadores abrangidos. Nestes casos as proibições contidas nas als. d) a g), n.º 1, do art. 313.º são, pois, derrogadas. **8**

Atente-se que o consentimento expresso e escrito, no caso da al.ª d), ainda assim se mantém, mesmo com a cláusula de salvaguarda a que fizemos menção, devendo, pois, exigir-se que a proibição só será derrogada mediante a sua justificação comprovada. **9**

Perfilhando a posição assumida quanto ao acordo que exclui a tipicidade, veja-se MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in* "Comentário Conimbricense ao Código Penal", I, p. 707. **10**

Estamos perante um **crime de dano**. **11**

12 As **pessoas colectivas** são responsáveis nos termos gerais, assim como as pessoas singulares

13 O crime é, em termos de subjectividade de imputação, doloso.

14 Temos para nós que se aceite qualquer tipo de argumentação quanto à falta de consciência da ilicitude quanto a este tipo de factos.

15 Será interessante ponderar que este tipo de actuação, perspectivada numa interpretação abrangente do regime jurídico das sociedades comerciais permitirá a afirmação de concurso, naturalmente efectivo atento os bens jurídicos em causa, com o crime de amortização de quota do art. 511.º, do Código das Sociedades Comerciais, que justamente pune condutas empreendidas que determinem a diminuição do capital social e através dela as diminuições das garantias aos credores sociais, inclusive, outros sócios e os próprios trabalhadores.

16 E, pelos mesmos fundamentos, dada a similitude dos factos que servem de base às modalidades de acção, cremos que será de ponderar pela verificação de concurso efectivo com os crimes de infidelidade (art. 224.º, do Código Penal) e os que determinarem a falência da pessoa colectiva, designadamente os tipificados nos art. 227.º a 229.º-A, do Código Penal.

Artigo 407.º

Crime por violação da autonomia ou independência sindical, ou por acto discriminatório

1. A entidade que viole o disposto nos n.os 1 ou 2 do artigo 405.º ou no artigo anterior é punida com pena de multa até 120 dias.

2. O administrador, director, gerente ou outro trabalhador que ocupe lugar de chefia que seja responsável por acto referido no número anterior é punido com pena de prisão até 1 ano.

3. Perde os direitos específicos atribuídos por este Código o dirigente ou delegado sindical que seja condenado nos termos do número anterior.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 6)
O bem jurídico (anotação 7)
O tipo objectivo (anotações 8 a 21)
O tipo subjectivo (anotação 22)
O concurso (anotação 23)
A pena (anotações 24 e 25)

1 A independência das associações sindicais face ao patronato, ao Estado, às confissões religiosas, aos partidos e outras associações políticas é uma garantia constitucional, plasmada no art. 55.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa. O mesmo se diga quanto à consagração na Lei fundamental da liberdade sindical sem discriminação (art. 55.º, n.º 2).

2 Ao empregador está vedada qualquer actividade discriminatória relativamente aos trabalhadores em função da sua filiação sindical. Trata-se de uma exigência de igualdade e de não discriminação (arts. 24.º e 25.º, do Código de Trabalho).

3 A DUDH estabelece que ninguém pode ser obrigado a pertencer a uma associação (art. 20.º, n.º 2) e, para além disso, que toda a pessoa tem direito a fundar sindicatos e a filiar-se neles para protecção dos seus interesses (art. 23.º, n.º 4). Ainda no plano das normas internacionais atente-se na Convenção dos Direitos do Homem, aprovada para ratificação, com reservas, pela Lei n.º 65/78, de 13.10, refere no art. 11.º, que toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade

de associação, incluindo o direito de fundar, com outros, sindicatos e filiar-se em sindicatos para defesa dos seus interesses.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado para ratificação pela Lei n.º 29/78, de 12.6, dispõe no seu art. 22.º, n.º 1, que toda a pessoa tem direito de se associar livremente com outras, incluindo o direito de fundar sindicatos e de filiar-se neles para protecção dos seus interesses. O mesmo se diga quanto ao art. 8.º, n.º 1, al.ª a), da Lei n.º 45/78, de 11.7, que aprovou para ratificação o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. **4**

Finalmente, a Convenção n.º 87 da OIT, aprovada pela Lei n.º 45/77, de 7.7, relativa à liberdade sindical e protecção do direito sindical (art. 2.º). **5**

Corresponde ao art. 611.º, do Código do Trabalho de 2003 e, por sua vez, ao art. 38.º, n.º 1 a 3, do Decreto-Lei n.º 215-B/75, de 30.4. **6**

Parece claro que se pretende tutelar toda a actividade sindical, no fundamento do seu regular funcionamento na prossecução dos seus objectivos. E assim, valores da liberdade sindical e de associação e de autonomia e independência dos sindicatos surgem como um todo tutelado pela norma incriminadora. São princípios basilares, próprios dum Estado de Direito Democrático que não podem ser afectados. Nas palavras de FERNANDO SILVA, ob. cit. p. 132/133, pretende-se salvaguardar "qualquer tipo de proibição, limitação, condicionamento ou discriminação em função da participação do trabalhador nas actividades sindicais". No mesmo sentido GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit. p. 35. **7**

A norma incriminatória sanciona a violação das disposições legais contidas nos arts. 405.º e 406.º, do Código do Trabalho. Mostram-se, assim, previstas várias condutas típicas respeitantes a cada um dos interesses tutelados. **8**

O n.º 1 do art. 405.º, de forma clara, ainda que bastante genérica, destaca a independência das estruturas de representação colectiva dos trabalhadores relativamente às entidades que ali se mostram elencadas, proibindo a ingerência daquelas na organização e daquelas estruturas, bem como o seu recíproco financiamento. **9**

O n.º 2 do art. 405.º proíbe a prática de quaisquer tipo de actos que coloquem em causa a autonomia dos sindicatos, correspondendo a um crime específico, cometido pelos empregadores que, de alguma forma, interfiram com as estruturas representantes dos trabalhadores, particularmente quando promovem a constituição, mantendo ou financiando o seu funcionamento ou ainda intervindo na sua organização. As modalidades de actuação são bem abrangentes porquanto impedem por qualquer forma a ingerência patronal, conflituante, com estruturas representativas dos trabalhadores. **10**

Estas modalidades de actuação, como facilmente se percebe, não exigem formas de execução vinculada. **11**

No que diz respeito ao art. 406.º, apelando-se à liberdade sindical, pune-se quem, por acordo e por qualquer modo, interfira na liberdade do trabalhador em se filiar ou não no sindicato que ele próprio escolha, assim como quem condicionar a livre filiação do trabalhador, fazendo depender a sua admissibilidade ou manutenção do posto de trabalho na inscrição num ou noutro sindicato, nomeadamente a imposição ou proibição de filiação ou a retirada de determinada estrutura. **12**

Preenche a conduta típica, quem ainda prejudicar o trabalhador por pertencer a determinada estrutura sindical, seja como dirigente ou simplesmente como associado, designadamente quando haja despedimento ou transferência por esse mesmo motivo. **13**

Estamos, em qualquer uma das modalidades, perante **crimes de dano** com um resultado bem definido. **14**

15 Da análise dos normativos há que chamar à colação o círculo de autores que podem incorrer na prática deste ilícito Penal. Parece claro que os agentes deste crime poderão ser não apenas as entidades empregadoras, bem como as pessoas singulares que pratiquem os factos proibidos pela lei e todas as entidades ou organizações elencadas no n.º 1 do art. 405.º e ainda os respectivos administradores, directores ou gerentes e trabalhadores que ocupem lugares de chefia (n.º 2). O legislador assumiu aqui uma posição de excepção no plano dos denominados crimes laborais. E percebe-se porque o fez. Com efeito, apesar do respeito à autonomia e liberdade sindicais ser mais facilmente configurável, em termos de violação, por parte das estruturas patronais, certo é que quem está mais perto de o concretizar na realidade prática, são os representantes legais das estruturas. É a assunção clara da teoria do domínio do facto.

16 Nestes termos, a responsabilidade da pessoa colectiva e dos seus órgãos ou representantes será cumulada com a responsabilidade individual dos seus agentes que levaram a cabo os actos materiais de execução e que integram os elementos típicos do crime.

17 Só assim não sucederá quando se demonstre que os titulares do órgão representativo da pessoa colectiva actuaram contrariando ordens expressas daquela ou porque o fizeram em seu (particular) exclusivo interesse.

18 Os agentes assinalados no n.º 2, do art. 407.º, são pessoas que, em função da posição jurídica que ocupam na relação laboral complexa, têm um especial dever, uma exigência superior, de respeitarem a liberdade e autonomia sindicais.

19 Merece particular relevo o facto do próprio Estado poder ser agente activo do crime em análise. Nesta parte cumpre chamar à colação que o art. 405.º prevê a responsabilidade contra-ordenacional por violação dos n.ºs 1 e 2. Ora, de acordo com o Parecer da PGR n.º 102/89, *in* DR, II, de 7.03.1991, o Estado não pode ser responsabilizado em termos contra-ordenacionais.

20 É discutível que a responsabilidade penal do Estado seja aqui permitida, designadamente pelo confronto com a norma do art. 11.º, n.º 2, do Código Penal. Ainda assim, cremos que a distinção se justifica, designadamente pelo teor da norma contida no n.º 1, do art. 11.º, do Código Penal, ressalvando os casos especialmente previstos na lei.

21 É usual, em termos da vida real, que estruturas empresariais multinacionais tendam, aquando da sua implementação em território nacional, a criar, *rectius*, a promover de forma encapotada, estruturas sindicais como forma de conflituarem com as existentes no mercado sectorial em que a sua actividade se desenvolve. Se a prova objectiva do facto é facilmente demonstrável, será difícil recolher prova pessoal, pela via testemunhal, que permita demonstrar que o objectivo é a de dificultar a liberdade sindical e acima de tudo o fenómeno discriminatório sancionado pelo art. 406.º O alerta probatório terá que ir mais além na busca de prova indiciária, complexa na sua obtenção (correspondência, reuniões particulares, estrutura organizativa sindical, etc.) que permita ao julgador perceber que as circunstâncias instrumentais são, tão-só, direccionadas para o objectivo ilícito previsto e punido pela norma em anotação.

22 O ilícito penal que nos ocupa é um tipo doloso, em qualquer uma das suas modalidades (art. 14.º, do Código Penal).

23 Serão punidas segundo as regras do **concurso** efectivo todas as práticas relacionadas com a coacção dirigida a qualquer trabalhador que vise e atinja o bem jurídico aqui tutelado. O mesmo se diga quanto a eventuais ilícitos que tutelem a honra e dignidade pessoal dos visados.

As incriminações elencadas podem ser alvo de agravação em função da qualidade dos agentes. Assim, se os autores forem aqueles que se mostram identificados no n.º 2, as penas serão agravadas até um ano de prisão. **24**

O n.º 3 prevê ainda a aplicação de sanções acessórias para o dirigente ou delegado sindical que seja punido pela prática deste crime. Perda dos direitos específicos atribuídos pela lei laboral, em função do seu estatuto. Ao contrário daquilo que parece ser a intenção do legislador, a aplicação desta sanção acessória não será de funcionamento automático mas será dificilmente compreendido que não se prefigure como um efeito necessário da pena principal (neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit. p. 36. O bem jurídico tutelado pela norma incriminatória parece justificar, de forma plena, que assim seja. Com efeito, o atentado efectuado contra a autonomia e liberdade sindical será dificilmente compreendido dentro da estrutura sindical quando à manutenção do estatuto de pessoas que ocupam lugares de relevo na sua própria organização. **25**

Artigo 459.º
Retenção da quota sindical

O empregador que retiver e não entregar à associação sindical a quota sindical cobrada é punido com pena prevista para o crime de abuso de confiança.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotações 3 e 4)
O tipo objectivo (anotações 5 a 10)
O tipo subjectivo (anotação 11)
As causas de justificação ou de desculpa (anotação 12)
A tentativa (anotação 13)
O concurso (anotação 14)
A pena (anotação 15)

As **fontes** são exactamente as mesmas daquelas que fizemos enunciar na anotação que antecede. A liberdade sindical e a sua autonomia existem, de forma plena, e assumem-se através de receitas próprias, neste caso, reconduzidas às quotizações mensais dos seus associados. **1**

A presente norma corresponde ao artigo 612.º, do Código do Trabalho de 2003 e, por sua vez, ao art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 81/2001, de 28.7. **2**

O **bem jurídico** protegido não é a propriedade como o é no abuso de confiança clássico, mas antes uma das componentes materiais da liberdade e autonomia da estrutura sindical (GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit. p. 36). É o interesse económico do sindicato que é aqui tutelado (FERNANDO SILVA, ob. cit. 134). **3**

A norma em causa titula um verdadeiro abuso de confiança, que tem de ser interpretado de acordo com as disposições legais que regulam a forma como a cobrança da quota sindical é efectuada pelo empregador (arts. 457.º e 458.º do mesmo diploma que nos ocupa). O empregador tem a obrigação de cobrar quotas sindicais aos trabalhadores, a deduzir na sua retribuição mensal, e de a entregar à respectiva associação sindical até ao dia 15 de cada mês seguinte (art. 458.º, n.º 3). **4**

Não integra a prática do crime a situação em que o empregador, devidamente autorizado a realizá-la, não efectua a retenção mensal da quota sindical, estando esta actuação cominada com responsabilidade contra-ordenacional (n.º 6, do art. 458.º). **5**

Pune-se o incumprimento de uma obrigação, a do empregador cobrar e entregar à organização sindical as quotas cobradas aos trabalhadores sindicalizados. **6**

7 O elemento apropriação não é aqui exigido, basta-se com a actuação de cobrança e não entrega, ainda que colocada à disposição da associação sindical (GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit.). Em sentido contrário, ao que nos parece, veja-se FERNANDO SILVA, ob. cit. p. 134.

8 Trata-se de um **crime de resultado**, pois exige-se para o seu preenchimento a efectiva retenção e não entrega do montante monetário correspondente à quota.

9 No que respeita ao círculo de autores do crime em anotação, JOÃO SOARES RIBEIRO, *in* ob. cit. p. 207, concretiza que "a não retenção e entrega da quota sindical parece ser imputável não à pessoa colectiva mas, antes, ao empregador, ou seja ao seu representante que tenha praticado o facto. É que não faria qualquer sentido uma interpretação que tivesse em conta uma distinção entre empregadores titulares de empresas em nome individual e os restantes, cujas empresas são tituladas por uma sociedade. Além de não fazer sentido, era contraditória, na exacta medida em que eram agravadamente penalizados aqueles (com penas de prisão) que estes (que responderiam com penas de multa)".

10 No campo da ilicitude, em jeito de dúvida, questiona-se aqui se será possível enquadrar o comportamento típico no âmbito da qualificativa a que se refere o n.º 5, do art. 205.º, do Código Penal. Isto é, estarmos perante uma retenção de quota sindical em função da especificidade do título de recebimento. À partida não nos repugnaria que assim fosse (claro está que a moldura penal abstracta seria manifestamente exagerada e assim de difícil congruência valorativa do ponto de vista constitucional). Porém, uma análise mais atenta leva-nos para uma resposta negativa. E o nosso principal fundamento reside na natureza disponível do regime jurídico que permite ao trabalhador sindicalizado optar não efectuar o pagamento da sua quota sindical através da sua entidade empregadora. Ou seja, o fundamento jurídico que preside ao abuso de confiança qualificado está assim afastado porquanto o depósito não é assim imposto por lei enquanto um dever especialíssimo que constitui o agente na também obrigatoriedade especial de não apropriação da coisa depositada.

11 O crime é apenas punível, em termos de **imputação subjectiva**, a título doloso.

12 Quanto às **causas de justificação ou de desculpa,** não cremos que sejam operantes nenhumas. Com efeito, ainda que teoricamente possível a alegação de um conflito de deveres ou de um qualquer estado de necessidade, ainda assim, face aos montantes que estão em causa, não será de considerar que o dever sacrificado ou um qualquer interesse juridicamente relevante seja atendível. Aliás, na esteira da Jurisprudência maioritária aquando da resolução da questão que se tem vindo a suscitar no âmbito do crime de abuso de confiança fiscal e/ou à segurança social.

13 Apesar da remissão legislativa operada para o crime de abuso de confiança do Código Penal, uma breve referência para se afirmar que a **tentativa** deste crime, ao contrário do de abuso de confiança (n.º 2, do art. 205.º, do Código Penal) não é punível, por força do disposto no art. 23.º, n.º 1, do Código Penal. A remissão efectuada cinge-se, tão só, à pena prevista para o abuso de confiança. Em sentido contrário a esta nossa posição veja-se JOSÉ MANUEL VILALONGA (ob. cit. p. 1060), defendendo que este normativo "é de duvidosa utilidade, já que na ausência da norma do Código do Trabalho, a conduta em questão já seria qualificável como abuso de confiança. Nessa medida pode sustentar-se que a remissão para o art. 205.º, do Código Penal abrange todos os aspectos do respectivo regime". Discordamos em absoluto desta posição pelos fundamentos que acima enunciamos.

14 Do ponto de vista teórico será viável considerar que a quota sindical ganha a natureza de prestação parafiscal, conforme preceitua o n.º 3, do art. 105.º, do Regime Geral das Infracções Tributárias? – Não cremos que assim seja. O regime

específico previsto para a relação jurídica que permite ao empregador a retenção passa sempre pela vontade expressa do trabalhador sindicalizado, consentimento esse que não sucede no âmbito das prestações fiscais, parafiscais ou mesmo de qualquer outra natureza contributiva estatal.

As **penas** cominadas no art. 205.º, n.º 1, do Código Penal são as de prisão até 3 anos ou multa. **15**

Artigo 543.º

Responsabilidade penal em matéria de greve

A violação do disposto no n.º 1 ou 2 do artigo 535.º ou no n.º 1 do artigo 540.º é punida com pena de multa até 120 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
O bem jurídico (anotação 3)
O tipo objectivo (anotações 4 a 13)
O tipo subjectivo (anotação 14)
As causas de justificação (anotações 15 a 21)
A comparticipação (anotações 22 e 23)
O concurso (anotações 24 e 25)

A natureza constitucional do direito à greve como fundamental encontra-se consagrada no art. 57.º, da Constituição da República Portuguesa. Da mesma forma, a consagração no art. 8.º, n.º 2, do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, do direito à greve, sempre que exercido em conformidade com as leis estabelecidas (aprovado para ratificação pelo art. único da Lei n.º 45/78, de 17.7). **1**

A disposição corresponde ao art. 613.º, n.º 1, do anterior Código do Trabalho, e, por sua vez, ao art. 15.º, da Lei n.º 65/77, de 26.8. Aliás, com a reforma de 2009, o legislador autonomizou, em termos de sistematização, o artigo que previa a reacção criminal no que concerne ao direito à greve e à proibição de *lock-out*, actualmente, este, com previsão no art. 545.º, do Código do Trabalho. **2**

O bem jurídico é facilmente apreensível. Garante este tipo penal o constitucionalmente previsto direito fundamental à greve. Trata-se, como é consabido, de um direito individual dos trabalhadores de exercício colectivo. **3**

A lei laboral não define o conceito de greve e, assim, parece-nos, desde logo, de primordial importância para a compreensão do tipo legal adiantar e estabilizar um conceito. Assim, MONTEIRO FERNANDES, *in* "Direito do Trabalho", p. 687, ensina que: "Do lado dos trabalhadores a greve consiste na abstenção colectiva de trabalho, resultante de acordo no seio dum grupo ou categoria de trabalhadores, com o propósito de forçar a aceitação, por parte da entidade patronal, de um benefício exigido anterior ou simultaneamente" (…). E conclui: "a ausência de uma noção legal de greve pode servir para a demonstração de postulados tão contrastantes como estes: todo o tipo de "perturbação" colectiva do trabalho cabe no direito de greve: só a abstenção colectiva de trabalho com fins "contratuais" merece a cobertura desse direito" (ob. cit. p. 870). **4**

As condutas tipicamente relevantes estão, por via da técnica remissiva frequentemente utilizada pelo legislador do Código do Trabalho (e para a parte que nos interessa no âmbito dos crimes laborais), bem definidas no texto da lei. **5**

Temos então que preenche o **tipo objectivo**: a substituição dos trabalhadores grevistas, durante o período da greve, por pessoas que à data do aviso prévio **6**

(comunicação das entidades com legitimidade para promoverem a greve à entidade empregadora – *vide* art. 531.º) não trabalhavam no estabelecimento ou serviço, ou na admissão de novos trabalhadores para aquele efeito, ou ainda na contratação de empresa especialmente vocacionada para substituir os trabalhadores. Percebe-se que assim seja, pois, doutra forma, facilmente se descaracterizaria a função e o objectivo da greve enquanto forma de reivindicação de direitos de natureza laboral.

7 Está, em nome do bem jurídico tutelado e dos objectivos da greve, igualmente vedada a possibilidade de existir uma deslocação de trabalhadores sujeitos ao domínio do mesmo empregador.

8 A proibição legal que recai sobre o empregador retroage à data do aviso prévio (n.º 1, 1.ª parte, do art. 535.º).

9 "Em relação às empresas cuja actividade é a prestação de serviços de segurança privada a terceiros, atenta a especificidade da organização dessas empresas, deve-se entender, para efeitos da proibição constante do art. 6.º da Lei 65/77, de 26 de Agosto, como "estabelecimento" ou "serviço" o local onde, de acordo com a distribuição de serviço organizada pela entidade patronal, estava prevista a apresentação do trabalhador para prestar a sua actividade durante a greve. II - Assim, verifica-se a violação daquele art. 6.º com a substituição de um trabalhador que aderiu à greve por outro, que, à data do pré-aviso de greve e até ao termo desta, não estava previsto trabalhar naquele local" (Ac. do STJ de 30.11.2000, proc. n.º 00S086).

10 O Ac. do TRE de 1.7.2008, proc. n.º 2725/07-2, definiu um concreto caso sobre os requisitos do aviso prévio quanto aos serviços mínimos, cujo sumário reza: "a proposta de definição de serviços mínimos, prevista no art.º 595.º, n.º 3, do Código do Trabalho, a incluir no aviso prévio de greve declarada por associações sindicais inseridas em sectores de actividade que satisfaçam 'necessidades sociais impreteríveis', visa garantir que essas associações, apesar de envolvidas num conflito laboral agudo, como é a greve, não deixem de assumir uma postura de responsabilidade no que toca à satisfação de necessidades básicas da população. Não será assim de considerar por essa razão ilegal, à luz do princípio enunciado no art.º 604.º, n.º 1, do referido Código, uma greve cujo aviso prévio não foi acompanhado de uma proposta concreta e minuciosa de definição de serviços mínimos, mas na qual se manifesta inequivocamente a disponibilidade dos trabalhadores para assegurar esses serviços mínimos, e para fazê-lo à semelhança do sucedido por ocasião de anteriores greves.".

11 Uma outra conduta típica reconduz-se na discriminação do trabalhador devida à greve, correspondendo a uma proibição direccionada não apenas para as entidades empregadoras mas para qualquer outra, podendo mesmo ser os trabalhadores, ou os seus representantes. A conduta ilícita consiste, pois, em qualquer actuação que implique coacção, prejuízo ou discriminação sobre qualquer trabalhador por motivo de adesão ou não à greve decretada. Estamos, pois, no domínio da protecção do trabalhador, da sua livre iniciativa à greve ou não. É uma salvaguarda do exercício livre da greve e simultaneamente a sua protecção enquanto direito fundamental.

12 Cremos que a autoria deste ilícito penal (violação do art. 535.º), de natureza **específica**, apenas poderá recair sobre a pessoa do empregador não estando, nos termos do próprio Código do Trabalho, vedada a responsabilidade das pessoas colectivas.

13 A violação do art. 540.º reveste a natureza de **crime comum**. Qualquer pessoa que praticar actos de coacção, de discriminação ou que cause prejuízo a trabalhador por motivo de adesão ou não à greve será autor deste crime (neste sentido GERMANO MARQUES DA SILVA, ob. cit. p. 38).

14 O crime é de natureza dolosa.

Mostra-se **justificada** a conduta do empregador quando ocorrer incumprimento dos serviços mínimos (art. 537.º), prevendo-se, então, a possibilidade de substituição dos trabalhadores em greve para a realização das tarefas que lhes estavam distribuídas, e na estreita medida necessária à prestação desses serviços. **15**

O n.º 2, do art. 535.º permite ainda que a substituição a operar nos casos em que não estão garantidas a satisfação das necessidades sociais impreteríveis ou os serviços necessários à segurança e manutenção do equipamento e instalações e, mais uma vez, na estreita medida necessária à prestação desses serviços. **16**

O anterior art. 596.º, no seu n.º 2, falava em "concreta" tarefa. Sobre o sentido a conferir, ROMANO MARTINEZ *in* "Código do Trabalho", p. 856, esclarecia que: "não se permite a substituição na efectiva actividade desempenhada pelo trabalhador grevista, mas é lícita a substituição quanto ao resultado da sua prestação. Deste modo, nada obsta a que uma empresa de *catering*, cujos trabalhadores estão em greve, contrate outra empresa para fornecer refeições à companhia de aviação cliente da primeira; ou que uma fábrica de tecidos, em caso de greve, encomende idênticos tecidos no mercado (por exemplo a outra fábrica de tecidos) para não quebrar o fornecimento aos seus clientes". O mesmo autor, *in* Prontuário de Direito do Trabalho, CEJ, Janeiro/Abril 2009, p. 157, refere que com a alteração legislativa operada em 2009 que, aliás, apelida de "sub-reptícia por surgir sem ter sido anunciada ou discutida" aquele mesmo exemplo deixa de ser operante. **17**

Cremos que, à luz do bem jurídico tutelado pela norma, os exemplos conferidos não podem ser considerados válidos para o preenchimento da excepção prevista. Compreende-se que, ainda assim, a entidade empregadora tenha um prejuízo financeiro com a contratação, directamente provocado pela greve que está a sofrer. Mas não será esse um dos objectivos lícitos da greve? – Estamos convictos que a imposição justificada pelo legislador não pode ser entendida de forma tão benévola, pois que, facilmente, estaríamos perante o desvirtuar do direito fundamental que é aqui tutelado pela norma incriminadora. **18**

Admite-se, isso sim, justamente nos casos de imperiosa necessidade para a manutenção e funcionamento da empresa, e nos casos de serviços mínimos, em si mesmos legitimados por dizerem respeito a actividades vitais para a vivência em sociedade. **19**

Ainda assim, cumprirá deixar consignado que a consideração de um serviço mínimo não pode levar à supressão do direito à greve dos trabalhadores que o têm a seu cargo, mas apenas à necessidade de assegurar a sua manutenção no mínimo estritamente indispensável à cobertura dos direitos dos cidadãos que tal serviço satisfaz – e, mesmo assim, de modo a que o exercício da greve não seja absolutamente sacrificado em função da satisfação desses outros interesses e bens constitucionalmente protegidos. *Vide* a afirmação constante do Ac. do Tribunal Constitucional Espanhol (n.º 26/81, de 17-11-1981): "a limitação do direito (de greve) é uma excepção ao seu normal exercício, como tal sujeita ao princípio da restrição menos gravosa. **20**

Sobre a temática dos limites da greve, veja-se o artigo de JOSÉ JOÃO ABRANTES, *in* "A greve no novo Código do Trabalho", A Reforma do Código do Trabalho, CEJ, p. 651 e ss. **21**

O Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA, *in* ob. cit. p. 37, interroga-se se existirá responsabilidade criminal dos trabalhadores e das empresas que participem na violação do direito à greve, substituindo trabalhadores em greve. O Ilustre Catedrático responde a essa mesma questão no sentido negativo, afirmando que "o destinatário das normas é o empregador e não o trabalhador". Deixa, no entanto, a dúvida de se poder considerar que a empresa especialmente contratada para **22**

desempenhar tarefa do trabalhador em greve não seja de responsabilizar (ob. cit. p. 38). A interrogação quanto a nós merece resposta em sentido positivo, chamando a intervir o disposto no art. 28.º, do Código Penal.

23 Atente-se que os piquetes de greve têm de respeitar a liberdade de trabalho dos trabalhadores não aderentes à greve (art. 533.º). E assim, não podem impedir o trabalhador de não aderir, da mesma maneira que são proibidos os actos de coacção para que não adira.

24 Cremos que nada impede a verificação do **concurso efectivo** com o crime previsto no art. 545.º, em matéria de *lock-out*. Os conflitos sociais legitimados pelas relações laborais em questão possuem modalidades de actuação diferentes que são perfeitamente subsumíveis a comportamentos distintos em termos de responsabilização criminal.

25 O mesmo se diga relativamente ao crime de coacção previsto e punido no Código Penal.

Artigo 545.º

Responsabilidade penal em matéria de lock-out

A violação do disposto no n.º 2 do artigo 544.º é punida com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 a 11)
O bem jurídico (anotação 12))
O tipo objectivo (anotações 13 a 32)
O tipo subjectivo (anotação 33)
O concurso (anotação 34)

1 As **fontes** legitimadoras da incriminação são em tudo as mesmas que fizemos constar da anotação ao artigo anterior.

2 O presente artigo corresponde ao art. 613.º, n.º 2, do anterior Código do Trabalho, o qual, por sua vez, correspondia ao art. 15.º, da Lei n.º 65/77, de 26.8.

3 O sentido legal do conceito de *lock-out* assume maior clareza se recuarmos nos seus antecedentes legislativos. O Código Penal de 1852 veio, pela primeira vez entre nós, punir "toda a coligação entre aqueles que empregam quaisquer trabalhadores, que tiver por fim produzir abusivamente a diminuição do salário, se for seguida do começo de execução" art.º 277 n.º 1. E punia também "toda a coligação entre os indivíduos de uma profissão, ou de empregados em qualquer serviço, ou de quaisquer trabalhadores, que tiver por fim suspender, ou impedir, ou fazer subir o preço do trabalho regulando as suas condições, ou de qualquer outro modo, se houver começo de execução" art.º 277.º n.º 2.

4 Por sua vez, o Código Penal de 1886 continuou a punir as condutas descritas no art.º 277.º do Código Penal de 1852, mas sob a nova designação de greve e *lock-out* art.º 277.º O Decreto de 6 de Dezembro de 1910, revogou o art.º 277.º do Código Penal e garantiu tanto aos operários, como aos patrões, o direito de se coligarem para a cessação simultânea do trabalho.

5 A esta problemática ficou alheia a Constituição Republicana. Nas Constituintes de 1911 discutiu-se se a nova Constituição deveria consagrar o direito à greve. Prevaleceu, contudo, o entendimento de que dos textos constitucionais só deveriam constar os direitos que respeitassem a todos os cidadãos, e não apenas a determinadas classes.

A Constituição de 1933 veio dispor que os "diferendos colectivos nas relações de trabalho" passavam a ser dirimidos "por conciliação ou por arbitragem, não sendo permitida a suspensão da actividade por qualquer das partes com o fim de fazer vingar os respectivos interesses", art.º 39.º **6**

O Decreto-lei n.º 23870, de 18.5.1934, reuniu num único diploma as matérias greve e *lock-out*, continuando a punir a greve e o *lock-out*. **7**

O art.º 170.º do Código Penal, na redacção do Decreto Lei n.º 41.736, de 17 de Julho de 1958, continuou a punir com prisão "o encerramento de estabelecimentos comerciais ou industriais e a suspensão ou cessação de trabalho em qualquer serviço do Estado, serviços concessionários ou em outros de interesse público, bem como de qualquer actividade económica, sem causa legítima". **8**

O Decreto-lei n.º 392/74, de 27 de Agosto, veio revogar os arts. 170.º e 277.º do Código Penal de 1886, assim como Decreto-lei n.º 23 870, de 18 de Maio de 1934. Quanto ao *lock-out*, o Decreto-lei n.º 392/74 veio permiti-lo, mas apenas na modalidade de *lock-out* defensivo, proibindo-o, no entanto, nas empresas de utilidade pública. **9**

Na Constituição actual, dispõe o seu art.º 57.º n.º 4 que é proibido o *lock-out*. **10**

Com a reforma de 2009, o legislador sentiu necessidade de, em termos sistemáticos, distinguir os conceitos de greve e de *lock-out*. Fê-lo, a nosso ver, bem, e, aliás, na esteira da jurisprudência constitucional (Ac. do TC n.º 480/89, de 13.7.89, *in* BMJ 389.º 236). Tal decisão não julgou inconstitucional a norma do art. 58.º, n.º 3, da CRP, que proíbe o lock-out, nem as normas dos arts. 14.º, n.os 1 e 2, e 15.º, da Lei n.º 65/77, de 26.8, que proíbem o *lock-out*. Tal decisão, em curta síntese, assentou sobre a problemática de se saber se existem normas constitucionais que possam ser inconstitucionais e concluiu que a consagração no texto fundamental de tal proibição não viola o princípio da igualdade justamente porque não se pode equiparar o direito à greve com a justa proibição do *lock-out.* **11**

Ao contrário daquilo que sucede quanto à definição do conceito de greve, o legislador ordinário fez constar do texto da lei a definição de *lock-out* (art. 544.º, n.º 1). E, cremos que com esta se poderá concluir que o bem jurídico tutelado pela norma que nos ocupa é justamente o direito ao trabalho, numa dimensão claramente protectora dos direitos individuais dos trabalhadores, onde se destaca, como não poderia deixar de ser a garantia do direito à greve. Como se refere no Ac. do Tribunal Constitucional acima assinalado "se, para a solução dos conflitos colectivos de trabalho, se reconhecesse aos patrões o direito de lançar mão de uma arma de peso idêntico ao da greve – ou seja, se se lhes reconhecesse o direito de recorrer ao *lock-out* –, o mais provável seria que o conflito se concluísse, se não sempre, ao menos as mais das vezes, pela imposição da vontade patronal. A greve deixaria de poder desempenhar o seu papel de contrapeso, pois não cumpriria a sua função de "poder de organizar-se para o dissenso". **12**

As modalidades de actuação constantes da definição legal de *lock-out* parecem ser claras no sentido da integração de qualquer conduta, consubstanciada numa decisão unilateral por parte do empregador que determine a paralisação total ou parcial da laboração que, em qualquer caso, vise atingir finalidades alheias à normal actividade da empresa. **13**

A doutrina e a jurisprudência têm, no entanto, entendido que o *lock-out* proibido tem ainda de ser qualificado como "um meio de luta entre patrões e trabalhadores" e entendem que "necessário se torna que o encerramento do estabelecimento tenha a sua origem num conflito de ordem laboral (Ac. do TRC de 1.12.81, *in* CJ, V, 1981, p. 91 e do TRL de 4.2.82, *in* CJ I, 1982, p. 163 e do STJ de 16.12.87, *in* BMJ, 372, p. 286, também disponível na Internet com o n.º de proc. 039078). **14**

15 O Ac. do TRL de 20.6.90, *in* CJ, III, 1990, p. 168, discorreu ainda que "parece seguro que a lei concebe a proibição do *lock-out* no contexto do conflito de trabalho, fundamentalmente como uma garantia do direito à greve".

16 E a jurisprudência do nosso mais alto Tribunal tem seguido esta posição, tal como se pode ler, com maior rigor no já citado Ac. de 1987: "Só se configura como *lock-out* o encerramento de um estabelecimento ou a impossibilitação de acesso dos trabalhadores ao mesmo, sem se providenciar pela manutenção dos postos de trabalho, se tal ocorrer tendo por origem um conflito de ordem laboral, e no intuito de, exercendo coacção sobre os trabalhadores afectados pela paralisação, obter determinada vantagem nesse conflito". Prosseguindo: "Não se verifica a infracção ao disposto nos artigos 14.º e 15.º, n.º 2, da Lei n.º 65/77, de 26 de Agosto, quando o encerramento de um estabelecimento de ensino, com substituição das fechaduras, esteve directamente relacionado com razões de saúde da sua gestora e directora e depois de esta não ter conseguido acordo com os trabalhadores por divergências na determinação do preço, no sentido de lhes transmitir o estabelecimento, os quais chegam a celebrar escritura de constituição de uma cooperativa, para esse efeito".

17 É assim unânime que o encerramento da empresa só configura um crime de *lock-out* quando inserido num contexto de conflito laboral, sendo o meio usado pela entidade patronal para coagir os trabalhadores a desistirem das suas reivindicações ou a aceitarem as condições que aquela quer impor-lhes (é um meio de coacção directa da entidade patronal sobre os trabalhadores, em contraposição com a greve).

18 Daí que, também tenha que ser um encerramento temporário, pois só durará enquanto se mantiver tal conflito.

19 Não basta, pois, qualquer decisão unilateral da entidade patronal no sentido de paralisar a empresa ou impedir o acesso aos locais de trabalho para se poder falar em *lock-out*.

20 A este propósito MONTEIRO FERNANDES, *in* "lock-out", Polis, III Vol. p. 1247 e Direito de Greve, Coimbra 1982, p. 78 "que a proibição do *lock-out* surge, no nosso ordenamento, como testemunho da rejeição do princípio da paridade no conflito ou de igualdade das armas, como instrumento de garantia do direito de greve".

21 Por sua vez, JOÃO CAUPERS, *in* "Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição", 1985, p. 173, sustenta que "o fundamento mais importante do reconhecimento do direito à greve é exactamente a tentativa de contrabalançar as vantagens materiais dos empresários, vantagens que os tornam particularmente aptos a suportar prolongados conflitos laborais. Se fosse reconhecido o direito patronal ao lock-out, a pretexto de se concederem "armas iguais" aos empresários, o que se estaria a fazer era repor as vantagens destes.".

22 GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA *in* "Constituição da República Anotada", 3.ª ed. 1993, p. 312, depois de afirmarem que a proibição do *lock out*, embora venha associada ao direito à greve (e seja efectivamente uma garantia deste), referem que "também possui um valor autónomo pois ela visa em geral vedar às entidades patronais o recurso ao encerramento da empresa (suspensão da laboração, interdição de acesso dos trabalhadores à empresa, etc.) não apenas como meio de luta contra os trabalhadores nas também como meio de pressão política."

23 Também JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *in* "Constituição Portuguesa Anotada", 2005, p. 583, entendem que "atendendo ao sentido legal do *lock-out* e à teleologia do preceito constitucional, o *lock-out* pressupõe uma decisão unilateral do empregador, motivada por um conflito laboral, que imponha a suspensão total ou parcial da actividade laboral. Para que se esteja perante um *lock-out*, constitucionalmente interdito, é preciso que a decisão do empregador surja e seja motivada por motivo laboral. A inserção sistemática, num artigo que consagra também o direito

à greve, e a teleologia do art.º 57.º n.º 4, apontam nesse sentido. A lei fundamental nega designadamente ao empregador a possibilidade de invocar um pretenso princípio de igualdade de armas para reagir, através do *lock-out*, a uma greve lícita dos trabalhadores. O legislador ao contrário já não impede decisões do empregador que, no exercício da sua liberdade de dirigir e de desenvolver autonomamente a empresa, determinem, por razões objectivas (v.g. motivos de mercado, estruturais ou tecnológicos), a suspensão ou o encerramento da respectiva actividade".

24 JORGE LEITE, *in* "Colectânea de Leis do Trabalho", p. 473, sustenta que "do conceito de *lock-out* depreende-se que o integram um elemento objectivo – paralisação da empresa, ou acesso interdito aos locais de trabalho, ou recusa em receber trabalho – e outro subjectivo – intenção de infringir prejuízos relativamente aos trabalhadores, num processo de confronto –, concluindo que podem aparecer casos que não são de *lock-out*, sendo *lock-out* um comportamento da entidade patronal que se pretende contrapor à greve."

25 Já na vigência do Código de Trabalho de 2003, sustenta PEDRO MARTINEZ, *in* "Código do Trabalho anotado", p. 942., que a ilicitude do *lock-out* deriva de corresponder a um meio de reacção do empregador a um conflito laboral.

26 No mesmo sentido se pronunciou o Ac. do TRL de 6.1.88 (CJ, Ano XIII, Tomo 1, p. 150) ao sustentar que a comissão de um crime de *lock-out* pressupõe a existência de uma situação de conflito laboral entre a entidade patronal e os trabalhadores e o encerramento do local de trabalho por aquela com impedimento de acesso ao mesmo dos operários e paralisação da actividade normal da empresa, motivados por aquela situação.

27 Mais recentemente, veja-se ainda e no mesmo sentido os Ac. do TRP de 21.12.2005, proc. n.º 0540974, e ainda do TRL de 4.2.87, proc. n.º 0021911. Este último determinando que o crime de *lock-out* só pode existir quando a paralisação da empresa, a interdição de acesso aos locais de trabalho, ou a recusa de fornecer trabalho que o caracterizam estejam intimamente ligados à relação de trabalho. Não se verifica o crime de *lock-out* quando o encerramento do local de trabalho, por determinação da entidade patronal, surge na sequência de um conflito contratual sobre a aquisição, por compra, pelos trabalhadores, do estabelecimento em que desempenham as suas funções, para poderem passar à condição de "entidade patronal". (Ac. do TRL de 4.2.87, proc. n.º 0021911).

28 E ainda "o despedimento colectivo litigioso (*lock out*) é um modo de luta laboral dos empregadores proibido na lei portuguesa. Só se configura com o *lock out* o encerramento de um estabelecimento ou a impossibilidade de acesso dos trabalhadores ao mesmo sem se providenciar pela manutenção dos postos de trabalho se a origem do conflito for de ordem laboral e o intuito da entidade patronal for o de exercer coacção sobre os trabalhadores, afectados pela paralisação. Não configura um verdadeiro *lock out* uma transferência de instalações e de local de trabalho pelos trabalhadores não aceites, estando previamente informados da data e local dessa transferência. Assim, a apresentação desses trabalhadores, no dia indicado pela entidade patronal para a transferência para as novas instalações, junto das antigas, onde encontraram as instalações encerradas, vazias de mobiliário e de equipamento, não configura o *lock out*. Não está, pois, vedado às empresas a transferência dos seus trabalhadores do local de trabalho, em caso de mudança, total ou parcial, de um estabelecimento onde prestam serviço para outro" (Ac. do TRL de 28.6.95, proc. n.º 0099534).

29 Contra esta exigência veja-se a posição frontalmente discordante de JOÃO PALLA LIZARDO, *in* "Existem, no nosso País, "crimes laborais"?", RMP, Ano 17.º, Jul/ /Set, 1996, 67, pp. 128/129, argumentando, por um lado, "que a jurisprudência e

a doutrina têm permanecido fortemente dependentes do conceito tradicional de *lock-out*, herdado do século passado, sem atentarem minimamente no conteúdo do texto legal". Sendo que "quem leia a norma dificilmente compreenderá que a expressão paralisação em qualquer caso pode ser vista como se limitando à estrita ideia de existência de um prévio conflito laboral que se reconduz à contra-greve".

30 Perfilhando desta posição, a minoritária, atente-se no Ac. do TRL de 6.1.88, *in* CJ, I, 1988, p. 150.

31 Pois que, em jeito de conclusão daquilo que são os entendimentos deixados expressos, o *lock-out* por parte da entidade patronal só configura ilícito penalmente relevante quando constitui forma de exercer pressão sobre os trabalhadores para tentar solucionar um conflito colectivo de trabalho. É esta a interpretação que nos parece consentânea com os elementos interpretativos do conceito de *lock-out*, com o fundamento constitucional que legitima a incriminação e que respeitam o princípio da intervenção mínima da reacção punitiva criminal.

32 Trata-se de um **crime específico** quanto ao círculo de autores, sendo ainda punida a pessoa colectiva nos termos gerais.

33 Como parece ser a regra nos crimes de natureza laboral, o facto típico só é punível, em termos de imputação subjectiva, a título doloso.

34 Reproduzimos aqui a anotação que fizemos anteriormente quanto ao crime de violação do direito à greve. No mais, parece não existir grandes dúvidas quanto à ocorrência de **concurso** entre o crime de encerramento ilícito com o da ocorrência do fenómeno de *lock-out*. E, atente-se, se considerarmos, na esteira da jurisprudência maioritária, o conteúdo dos bens jurídicos tutelados pelos ilícitos em concurso nada nos repugna que estejamos perante um verdadeiro concurso efectivo de crimes.

Artigo 546.º

Responsabilidade de pessoas colectivas e equiparadas

As pessoas colectivas e entidades equiparadas são responsáveis, nos termos gerais, pelos crimes previstos no presente Código.

Sumário da anotação:
A fonte (anotações 1 e 2)
A responsabilidade de pessoas colectivas (anotações 3 a 8)

1 **Fonte:** Este artigo corresponde ao anterior 607.º, do Código do Trabalho de 2003, o qual havia sido alterado pela Lei n.º 59/2007, de 4.9. A alteração realizada comportou ainda a substituição de "respondem" por "são responsáveis", e ainda à inclusão da expressão "e entidades equiparadas" e à remissão para os "termos gerais".

2 As leis laborais já manifestavam esta intenção punitiva. Veja-se, de forma clara, o art. 128.º, n.º 3, da LCT, que responsabilizava as pessoas colectivas pelos crimes de desobediência quando cometidos pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome ou no interesse colectivo.

3 Como se sabe, a responsabilidade das pessoas colectivas constituía uma excepção, situação que foi alvo de inversão com a reforma penal operada em 2007. Não cuidaremos aqui de dar eco às questões relacionadas com a legitimidade ou não da responsabilização criminal das pessoas colectivas. Trata-se de assunto sobejamente debatido pela Doutrina e que, na economia desta anotação, redundaria num mero elencar de opiniões de autores de todos conhecidos.

Certo é que, e bem (aliás não se compreenderia que assim não fosse), também no direito penal laboral, a responsabilidade também poderá recair sobre as pessoas colectivas. **4**

O legislador em 2009 sentiu a necessidade de clarificar que a responsabilidade penal das pessoas colectivas se estende a todo e qualquer ilícito penal previsto no Código do Trabalho. Cremos que essa posição se ficou a dever à circunstância de, em termos sistemáticos, na anterior redacção, a previsão surgir a seguir aos crimes por violação do trabalho de menores e antes dos demais ilícitos. Para além disso, antes da Lei n.º 7/2009, o legislador laboral previu a existência de disposições criminais fora do Código do Trabalho. Referimo-nos, em concreto, aos crimes então previstos nos arts. 465.º a 468.º do Regulamento do Código do Trabalho. Poder-se-á colocar aqui a questão, aliás como faz GERMANO MARQUES DA SILVA, *in* ob. cit. p. 24, se anteriormente os crimes de encerramento ilícito, da prática de actos proibidos em caso de encerramento temporário e em caso de incumprimento de contrato, e de desobediência qualificada poderiam ou não ser cometidos pelas pessoas colectivas. A esta questão responde aquele Ilustre catedrático no sentido de que "o regulamento não dispõe sobre a responsabilidade das pessoas colectivas e não parece que a regra do art. 607.º do Código do Trabalho lhe seja subsidiariamente aplicável". Assim parece, uma vez que aquela anterior disposição era inequívoca em estabelecer que o seu âmbito é reservado aos crimes previstos no Código do Trabalho e, para além disso, no Regulamento não se previa qualquer norma que o fizesse. **5**

A questão, apesar de actualmente ultrapassada, ou seja, todos os crimes laborais anteriormente previstos no Regulamento constam agora do texto do Código do Trabalho, certo é que, em termos de legalidade e de aplicação da lei penal no tempo está expressamente vedado ao intérprete e ao aplicador estender a responsabilidade criminal (art. 1.º e 2.º do Código Penal). **6**

No mais, remete-se para o regime geral previsto nos art. 11.º e 12.º do Código Penal. **7**

Da mesma e quanto a cada um dos ilícitos, remete-se para considerações tecidas na anotação a cada um dos ilícitos. **8**

Artigo 547.º
Desobediência qualificada

Incorre no crime de desobediência qualificada o empregador que:

a) Não apresentar ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral documento ou outro registo por este requisitado que interesse ao esclarecimento de qualquer situação laboral;

b) Ocultar, destruir ou danificar documento ou outro registo que tenha sido requisitado pelo serviço referido na alínea anterior.

Sumário da anotação:
A fonte (anotação 1)
O bem jurídico (anotação 2)
O tipo objectivo (anotações 3 a 14)
O tipo subjectivo (anotação 15)
O concurso (anotações 16 e 17)

Ainda que, com algumas rectificações literais, corresponde ao art. 468.º, do Regulamento do Código do Trabalho, o qual foi revogado pelo art. 12.º, al.ª b), da Lei n.º 7/2009, de 12.2. Corresponde, por sua vez, ao art. 128.º, n.º 1, da LCT, com a redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 118/99, de 11.8. **1**

2 O **bem jurídico** tutelado assenta na protecção da autonomia intencional do Estado pela não colocação de obstáculos ao normal desenvolvimento da actividade da administração por parte dos destinatários dos seus actos (*vide* CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* "Comentário Conimbricense ao Código Penal", III, p. 350). Será interessante aqui perspectivar que a autonomia funcional do Estado aqui tutelada tem uma vertente probatória bem vincada.

3 A Autoridade Administrativa é hoje denominada de Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), criada pelo Decreto-lei n.º 211/2006, de 27.10 e é o novo organismo que vem suceder ao Instituto para a Segurança, Higiene e Saúde no Trabalho (ISHST) e à Inspecção-Geral do Trabalho (IGT), entretanto extintos.

4 Estamos perante um **crime de dano** (CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *in* ob. cit. p. 350).

5 O crime pode ainda ser cometido por **acção ou omissão**. No tipo que nos ocupa, na al.ª a) pune-se a conduta omissiva traduzida no deixar de fazer aquilo que foi legitimamente ordenado, independentemente das consequências ou do resultado: omissão pura. Na alínea b), estamos perante uma modalidade activa. Isto é, o agente depois de regularmente notificado actua no sentido de criar um resultado danoso, ocultar, destruir ou danificar, contrariando desse modo o pretendido pela autoridade.

6 Na primeira das modalidades previstas para a desobediência a verificação do tipo objectivo pressupõe uma prévia notificação por parte da ACT com o seguinte conteúdo: a requisição dos documentos tem de assumir a forma de ordem inequívoca e precisa quanto aos elementos pretendidos, a ordem tem de ser dada por quem de direito, a transmissão terá que ser efectuada na forma legalmente prevista e, naturalmente, a necessidade de nessa mesma comunicação constar expressamente a cominação legal relacionada com a prática do crime de desobediência qualificada, caso não cumpra com o que ali vai determinado.

7 A segunda tipologia elencada comporta três distintas modalidades de actuação. A ocultação, a destruição ou o danificar o documento ou registo que tenha sido alvo de requisição (sobre o que se deve entender sobre as concretas modalidades veja-se a anotação de MANUEL DA COSTA ANDRADE, *in* "Comentário Conimbricense ao Código Penal", Tomo II, p. 221 a 224).

8 Cremos que a destruição ou o danificar podem apenas ser parciais, desde que, a função do documento ou registo perda a sua utilidade para o fim a que se destina.

9 Ocultar será subtrair ou impedir, escondendo, o objecto da acção. Não cremos que existam diferenças significativas relativamente à subtracção que é pensada para os crimes patrimoniais ou mesmo para o crime de descaminho.

10 Importa, quanto a esta segunda situação, definir que sai fora do âmbito normativo, todas aquelas situações em que legalmente o empregador não está legalmente obrigado a guardar determinados documentos ou registos da sua actividade. No dizer de JOÃO SOARES RIBEIRO (ob. cit. 211), "na falta de norma geral ou de aplicação supletiva, só naqueles casos em que a lei determina concretamente esse período de tempo se poderá imputar o crime quando for invocada pelo empregador a sua destruição". No mesmo sentido, veja-se CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, ob. cit. p. 352 e 357, "só se deve obediência a ordens possíveis de cumprir".

11 A título exemplificativo, atente-se nalgumas dessas situações previstas no próprio Código do Trabalho: registo de trabalho suplementar (art. 231.º) e dos trabalhadores em regime de turno (art. 221.º, n.º 6), entre outros.

12 Anteriormente à reforma de 2009, e ao contrário daquilo que parecia ser a regra, este crime apenas era susceptível de ser cometido pela pessoa singular do empregador (neste sentido JOÃO SOARES RIBEIRO, ob. cit. p. 212).

Com a reforma de 2009, e como já tivemos oportunidade de analisar, essa dúvida interpretativa está afastada. Também as pessoas colectivas podem ser autoras deste crime. **13**

Estamos perante um **crime específico** quanto ao círculo de autores. **14**

O crime é de natureza dolosa quanto à sua imputação subjectiva, em qualquer uma das suas modalidades. **15**

Poder-se-ia pensar na possibilidade de **concurso** entre as modalidades de actuação previstas na al.ª b) com o crime de dano qualificado, necessariamente, face à sua natureza pública (art. 213.º, n.º 1, al.ª c) do Código Penal). No entanto, está afastada essa possibilidade porquanto não existe o carácter alheio da coisa. **16**

Cremos, isso sim, que será de perspectivar no sentido positivo, o concurso efectivo com o crime de danificação ou subtracção de documento, previsto e punido pelo art. n.º 259.º, do Código Penal. A noção de documento prevista no art. 255.º, do Código Penal, não é aqui afastada, sendo que, encontrando-se verificada o elemento especial da ilicitude ali mencionado será, de sancionar. Aliás, a intenção de obter para si um benefício ilegítimo e/ou de causar ao Estado um prejuízo está consubstanciado na falta à obediência devida. Concurso efectivo porquanto os bens jurídicos tutelados pelas normas em concurso são distintos. **17**

MIGUEL ÂNGELO GOMES EUGÉNIO CARMO

Índice da Obra

VOLUME I

TÍTULO I
PRINCÍPIOS GERAIS

CAPÍTULO I – RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Lei n.º 11/2002, de 16 de Fevereiro 41

CAPÍTULO II – PROTECÇÃO DOS ESTRANGEIROS

Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho 48

CAPÍTULO III – SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITOS

Lei n.º 44/86, de 30 de Setembro 143

CAPÍTULO IV – ACESSO AO DIREITO E TUTELA JURISDICIONAL

Decreto-Lei n.º 387-A/87, de 29 de Dezembro 147

Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto 150

Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto 152

Lei n.º 93/99, de 14 de Julho 155

Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro 157

Lei n.º 49/2004, de 24 de Agosto 161

Lei n.º 15/2009, de 12 de Outubro 169

TÍTULO II
DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS PESSOAIS

CAPÍTULO I – DIREITO À IDENTIDADE CIVIL

Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de Junho 173

Lei n.º 57/98, de 11 de Agosto 183

Lei n.º 33/99, de 18 de Maio 186

Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11 de Maio 189

Lei n.º 7/2007, de 5 de Fevereiro 191

CAPÍTULO II – DIREITO À SEGURANÇA

Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto 193

Decreto-Lei n.º 35/2004, de 21 de Fevereiro 233

Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro 238

Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho 255

Lei n.º 42/2006, de 25 de Agosto 262

Decreto-Lei n.º 75/2007, de 29 de Março 264

Lei n.º 104/2009, de 14 de Setembro 269

Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de Outubro 275

CAPÍTULO III – DIREITO DE DESLOCAÇÃO

Decreto-Lei n.º 33.252, de 20 de Novembro de 1943 321

Decreto-Lei n.º 114/94, de 3 de Maio 384

Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro 409

Decreto-Lei n.º 310/98, de 14 de Outubro 415

Decreto-Lei n.º 318/99, de 11 de Agosto 419

Decreto-Lei n.º 254/2003, de 18 de Outubro 422

Decreto-Lei n.º 10/2004, de 9 de Janeiro 426

Decreto-Lei n.º 238/2004, de 18 de Dezembro 428

Decreto-Lei n.º 257/2007, de 16 de Julho 431

CAPÍTULO IV – DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

Decreto-Lei n.º 252/94, de 20 de Outubro 434

Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro 438

Decreto-Lei n.º 122/2000, de 4 de Julho 459

Lei n.º 5/2004, de 10 de Fevereiro..... 465

Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho 470

Lei n.º 34/2009 de 14 de Julho..... 476

Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro 505

CAPÍTULO V – LIBERDADE DE IMPRENSA E COMUNICAÇÃO SOCIAL

Lei n.º 1/99, de 13 de Janeiro..... 524

Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro..... 527

Lei n.º 10/2000, de 21 de Junho..... 542

Lei n.º 4/2001, de 23 de Fevereiro 545

Lei n.º 53/2005, de 8 de Novembro 556

Lei n.º 27/2007, de 30 de Julho 558

Lei n.º 99/2009, de 4 de Setembro 575

CAPÍTULO VI – LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA

Lei n.º 7/92, de 12 de Maio 578

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

CAPÍTULO I – ELEIÇÕES

Leis Eleitorais..... 583

CAPÍTULO II – ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Lei n.º 43/90, de 10 de Agosto..... 693

Lei n.º 9/91, de 9 de Abril 696

Decreto-Lei n.º 252/92, de 19 de Novembro 701

Lei n.º 5/93, de 1 de Março 704

Lei n.º 169/99, de 18 de Setembro 706

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE DE TITULARES DE CARGOS POLÌTICOS

Lei n.º 34/87, de 16 de Julho 709

TÍTULO IV
DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS DOS TRABALHADORES

Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro 867

ISBN 978-972-54-0282-5 C.I. 611156
9 789725 402825

Comentário das Leis Penais Extravagantes

P. Pinto de Albuquerque
José Branco