

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Escola de Lisboa

Faculdade de Direito

Mestrado Forense



**O CRIME DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA- ANÁLISE DA
INCRIMINAÇÃO**

Andreia Silva

Orientação: Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Agosto de 2022

Agradecimentos

Ao ilustre Professor Doutor Germano Marques da Silva por me ter dado o privilégio de o ter como orientador ao longo deste trabalho, por toda a disponibilidade que sempre demonstrou e por todo os ensinamentos que me facultou, os quais foram imprescindíveis para o desenvolvimento da dissertação.

À minha mãe, por todo o carinho, dedicação e força que sempre me deu ao longo do meu percurso académico e por sempre acreditar em mim, não me permitindo desistir dos meus objetivos, por muitos obstáculos que haja no caminho.

Ao meu pai, a quem devo o meu percurso no ensino superior, que me ensinou que desistir nunca é opção e que sem esforço e dedicação nada se consegue na vida e por quem nutro uma enorme admiração.

Aos meus irmãos, por sempre acreditarem em mim e por demonstrarem enorme orgulho em mim e por nunca me falharem.

Aos meus amigos que sempre estiveram presentes, por me darem força para lutar pelos meus objetivos, por compreenderem as minhas ausências e por estarem sempre presentes em todos os meus momentos.

À minha família por todo o apoio incansável que me deram durante todo este meu percurso académico.

Palavras-chave

- Tráfico
- Influência
- Corrupção

Lista de principais abreviaturas

Art.- artigo

Cfr.- conferir

Coord.- coordenador

CP- Código Penal

Ed.- edição

Nº- número

Ob. cit- obra citada

Org.- organização

P.- página

Pp- páginas

Proc- processo

Vol.- volume

Ss.- seguintes

Índice

I. Introdução	6
II. Evolução história do tráfico de influência.....	8
III. O bem jurídico protegido	16
IV. O tipo objetivo do crime de tráfico de influência.....	24
1. O agente do Crime.....	26
2. Entidade Pública.....	27
3. A Consumação	29
4. A vantagem solicitada ou aceite.....	30
5. Conceito de Influência	32
6. A decisão	34
V. O tipo subjetivo	37
7. O dolo.....	37
8. A tentativa	38
VI. A questão da influência suposta	40
VII. Problemas concursais	45
VIII. Conclusão.....	50

I. Introdução

A partir da década de 80, começa-se a dar muita importância às práticas corruptivas no seio das sociedades e a perceber que estas perturbavam o funcionamento das sociedades, enfraquecendo o Estado de Direito. Começa-se a perceber que não são crimes sem vítima, mas crimes que têm como vítimas toda a sociedade. Os crimes ligados à corrupção protegem bens jurídicos supraindividuais indispensáveis ao funcionamento da sociedade, tornando-se numa ameaça ao Estado de Direito. Resultado desta consciencialização social começou-se a legislar massivamente sobre este tipo de crimes, no panorama nacional e internacional.

Esta dissertação pretende fazer uma análise crítica sobre um dos crimes que perturbam gravemente o funcionamento do Estado de Direito- o crime de tráfico de influência. Começaremos pela análise da evolução histórica do tipo, depois tentaremos discernir qual o bem jurídico protegido, passando pela análise do tipo objetivo e subjetivo do crime em causa e focando depois na questão da influência suposta que tanta tinta fez correr na doutrina e terminando com a questão do concurso entre o crime de tráfico de influência e os crimes de burla e de corrupção.

Contrariamente ao crime de corrupção que tem vindo a ser muito estudado, no que diz respeito ao crime de tráfico de influência não há estudos tão vastos, o que cria muitas vezes dificuldades de interpretação e aplicação do tipo, pelo que a escolha deste tema pareceu-nos mais do que pertinente.

Num Estado de Direito Democrático, os crimes de corrupção apresentam-se como uma verdadeira praga que é necessário combater. O crime de tráfico de revela-se uma ameaça ao Estado de Direito, pelo que parece-nos fulcral analisar e perceber o tipo em questão.

Uma das questões mais debatidas acerca deste tipo legal é a questão do bem jurídico protegido, pelo que é fundamental perceber claramente qual é o bem jurídico em questão para que desta forma possamos identificar os comportamentos que o lesam.

Outra das questões que nos focamos ao longo deste trabalho é a questão da incriminação da influência suposta que tem sido vista por muitos autores como inconstitucional. Procuraremos assim esclarecer da compatibilidade ou não da incriminação da influência suposta com a Constituição da República Portuguesa.

Igualmente relevante são os problemas concursais que se colocam entre o crime de tráfico de influência e os crimes de burla e o de corrupção, cujas respostas variam consoante os autores.

Com a análise crítica que pretendemos levar a cabo ao longo desta dissertação com certeza contribuiremos para uma melhor compreensão do tipo em apreço, o qual cada vez mais tem relevância social e jurídica.

II. Evolução história do tráfico de influência

A primeira incriminação do tráfico de influência remonta ao Direito Romano, à denominada *vendita fumo*¹.

O crime enquadrava-se no âmbito das injúrias, tendo ficado conhecida a severa punição pelo imperador Alexandre Severo a Vetronio Torino, cidadão que alegava frequentar a Corte e receber dinheiro com o propósito de influenciar as decisões. Vetronio foi condenado à pena capital, tendo sido amarrado a um tronco e sob o seu corpo colocadas folhas e paus molhados, aos quais se ateou fogo, a fim de que o condenado sufocasse com o fumo².

Durante a execução, eram proferidas as palavras: *fimum punitur qui vendit fumum* (pune-se com fumo, aquele que vende fumo). Adveio daqui a expressão “venditio fumi”, que se refere à venda de uma imagem, de uma influência que na realidade não se tem. Ficou claro que o crime cometido por Vetronio seria complexo, já que consistiria não só em injuriar o Imperador, mas igualmente no seu enriquecimento, condutas que, irremediavelmente, punham em causa o prestígio de um soberano.

Em 228 D.C, a *vendita di fumo*, visava punir aqueles que comercializavam uma alegada influência junto do Governo. O crime estava incluído entre os crimes de injúria e corrupção contra a Autoridade, fosse esta identificada com o Príncipe ou com a Administração, visando proteger o seu prestígio e reputação.³

Em face do exposto, apesar de só incriminar a influência suposta, a venda de fumo romana era marcadamente pública, no sentido da proteção do prestígio da autoridade e do seu bom nome.⁴

Posteriormente, nas Ordenações Manuelinas punia-se o “concerto” ou acordo para conseguir negócios na Corte⁵.

¹ COSTA, Álvaro Mayrink da, «Criminalidade na Administração Pública – Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio», in Revista da EMERJ - vol. 13 n. 52 – 2010, n.º 37, disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf

² Sobre a origem do crime de tráfico de influência, cfr. Parecer do Prof. Dr. PRADO, Luiz Regis, disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_brasil.htm#_ftn89

³ PEREIRA, Margarida Silva, “Acerca do novo tipo de tráfico de influência”, in Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, PALMA, Maria Fernanda e BELEZA, Teresa Pizarro (org.), AAFDDL, 1998, [pp. 253 - 338], pp.271 e 272.

⁴ Cfr. PEREIRA, Margarida Silva, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 292.

⁵ Ordenações Manuelinas, Título LXX do Livro V: “Que os Conselhos nom façam concertos com os Senhores, e Fidalgos sobre suas rendas. E assi que ninhua pessoa se concerte com outro, por lhe fazer despachar em Nossa Corte alguu neguocio.”

Nas Ordenações Filipinas⁶, além de se punir os comportamentos de concerto, punia-se também a compra e venda de desembargos⁷. Referia no título 83 do Livro 5º o *Concerto criminoso para agência, solicitação ou vencimento de um negócio ou despacho*, aplicando ao traficante uma pena de degredo para África por dois anos e, ademais, pagar “anoveado” o que fora dado ou prometido.

Procurava-se combater o tráfico real de influência em nome da imparcialidade do Estado no exercício das suas funções.

PASCOAL DE MELO FREIRE⁸, sobre as incriminações constantes das Ordenações, referia-se aos *vendedores de fumo*, aos que *afetam valimento*, aludindo aos negócios de influência suposta. Contudo, o negócio de influência real, desprendido do propósito de enganar, também constituía crime.

Em 1823, PASCOAL DE MELO FREIRE, no Projeto de Código Criminal⁹, trata do crime de tráfico de influência, ainda que sem a tipificação que se reconhece atualmente, integrando-o no crime de Prevaricação.¹⁰

No Código Penal de 1852 manteve-se a ideia de que é crime “mercadejar influência”¹¹, contudo não se incriminava a influência real, mas apenas a suposta: («aquele que com pretexto de crédito ou influência sua...»). Assim, segundo este diploma, passava a ser incriminado quem “pretextasse”, isto é, alegasse contra a verdade, seja a influência junto de uma autoridade, ou a entrega do dinheiro recebido a um funcionário público, com vista à obtenção de uma certa decisão que de outro modo não conseguiria.

⁶ FERREIRA, Cavaleiro, Crimes de corrupção e de concussão, in *Scientia Iuridica*, tomo X, n.º 52, Março – Abril, 1961, Editorial Scientia & Ars, Braga, 1961, p. 209-211, pp. 13-18.

⁷ Ordenações Filipinas, Livro 4.º, Título 14 “Pessoa alguma de qualquer sorte não compre desembargos nossos, nem da Rainha, e do Príncipe a dinheiro, nem a mercadorias, nem a outros alguns partidos, ainda que se possa dizer que deu outro tanto como valião”.

⁸ “Instituições de Direito Criminal Português”, in *BMJ*, n.º 155, 1996, pp. 134-135

⁹ Cfr. Ensaio do Código Criminal, Lisboa, 1823, 17, p. 171

¹⁰ “Os parentes, criados ou estranhos, que sendo, ou fingindo-se amigos e validos dos ministros, e oficiais públicos de toda a ordem e graduação, receberem por esta causa dinheiros ou outras peitas, de algum litigante ou pretendente, com a promessa, ou na esperança de os servirem ou valerem na sua demanda, negocio ou pretensão, serão condenados a trabalhar nas obras públicas por três anos, e pagarão em dobro tudo o que assim houveram, e isto ainda no caso de ser efectiva a sua intercessão”

¹¹ Art. 452º do Código Penal de 1852: “Aquelle, que, com pretexto de credito, ou influencia sua, ou alheia para com alguma Autoridade pública, receber de outrem alguma cousa, ou aceitar promessa pelo despacho de qualquer negócio, ou pretensão”

Este artigo apresentava-se no código sem epígrafe e estava inserido nos crimes contra o património, apenas se separando formalmente do crime de burla.

Foram inúmeros os autores que comentaram esta norma. Silva Ferrão¹² considerava o tipo muito restritivo, entendendo que este também deveria abranger a influência verdadeira. Levy Maria Jordão¹³ destacava a gravidade deste crime, uma vez que desacreditava a autoridade e os funcionários públicos. Já Luís Osório¹⁴ sustentou que a *ratio* do preceito, sendo uma espécie de burla, assentava não na proteção da honra do funcionário público, mas na proteção do património individual, reenviando a proteção do funcionário público para os crimes de injúria e difamação e a boa administração da justiça para as incriminações de peita, suborno e corrupção.

No Direito Penal Liberal era a vertente privada que marcava a incriminação do tráfico de influência que aparecia integrada no capítulo dos crimes contra o património.

Visava-se a punição da influência suposta (e não da verdadeira) segundo a ótica de um Estado que tutela os interesses privados, protegendo os danos provocados ao enganado e não de tutelando a Administração.

O Código penal de 1886¹⁵ conservou a incriminação do crime de tráfico de influência, mas tal como o seu antecessor, punindo apenas a influência suposta e inserindo-o na secção das Burlas.

Cavaleiro de Ferreira¹⁶ denunciava a extrema restrição que o legislador imprimia ao crime de tráfico de influência que entendia apenas estar previsto como burla, propugnando por uma maior amplitude do tipo legal.

Todas estas incriminações visavam a defesa do prestígio do Estado, o bom nome da Administração, o que se assemelha ao bem jurídico que atualmente se entende que o crime de tráfico de influência visa proteger.

¹² Cfr. FERRÃO, F da Silva, *Theoria do Direito Penal Aplicado ao Código Penal Portuguez*, Vol. VI, 1856, 57, pp. 136-137

¹³ Cfr. JORDÃO, Levy Maria, *Commentário ao Código Penal Portuguez*, 1853-54, vol. 4º, p. 314

¹⁴ Cfr. OSÓRIO, Luís, *Notas ao Código Penal Português*, 2ª ed., Vol. IV, p. 202

¹⁵ Código Penal de 1886 – Artigo 452.º, § 2.º Aquele que, com o pretexto de crédito, ou influência sua ou alheia para com alguma autoridade pública, receber de outrem alguma coisa, ou aceitar promessa pelo despacho de qualquer negócio ou pretensão, e bem assim o que receber de outrem alguma coisa, ou aceitar promessa com pretexto de remuneração ou presente a algum empregado público, será punido com o máximo da prisão correcional e a multa até um ano, sem prejuízo da acção que compete ao empregado público pelo crime de injúria

¹⁶ FERREIRA, Cavaleiro de, in “Crimes de Corrupção e de Concussão”, Tomo X, Editorial Scientia, 1961, pp. 209 a 211

O Código Penal 1982 eliminou qualquer referência ao crime de tráfico de influência. O comportamento criminoso não se podia compreender na burla (artigo 217º), já que este pressupunha, já ao tempo, uma determinação astuciosa da vítima à prática de atos prejudiciais a si ou a terceiros, o que pressupunha que o enganado sofresse uma lesão patrimonial. Também não era acolhido por nenhuma norma dos crimes contra o Estado.

Ressurgiu no Código Penal de 1995¹⁷, sob a influência dos recentes códigos francês e espanhol. A origem do crime de tráfico de influência no Código de 1995 não encontra paralelo com os restantes preceitos que foram introduzidos ou alterados pela Reforma de 1995. Enquanto estes provieram do Projeto elaborado pela Comissão Revisora do Código Penal, presidida pelo Professor Jorge de Figueiredo Dias, e acolhida em larga medida pela Lei nº35/94 de 15 de setembro, e depois pelo Decreto-Lei nº48/95, de 15 de março, o tráfico de influência nasceu na Assembleia da República, fruto do acordo dos partidos com assento aí.

A Lei da Autorização remetia para o Governo a estruturação de um tipo autónomo de tráfico de influência¹⁸, bem como da correspondente sanção aplicada no caso do seu cometimento, na proporção das existentes para outros tipos conexos, como sejam, as de corrupção ativa e passiva. Por conseguinte, o Governo introduziu o crime de tráfico de influência no Decreto-Lei n.º48/95.

Contudo, o Governo decidiu não cumprir integralmente o comando parlamentar, modificando as orientações emanadas daquela Assembleia, aquando da elaboração da versão final do preceito. A alteração promovida pelo Governo traduziu-se numa versão

¹⁷ Artigo 335.º - “Tráfico de influência” Quem obtiver, sem que lhe seja devida, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou a sua promessa, para, abusando da sua influência, conseguir de entidade pública decisão ilegal sobre encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções ou outros benefícios é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

¹⁸ Este tinha de ter por base “o comportamento de quem solicitasse ou aceitasse, para si ou para terceiro, sem que lhe fosse devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma entidade pública encomendas, benefícios ou outras decisões favoráveis” (Ponto 192 do artigo 3.º da Lei de Autorização).”

restritiva do comando parlamentar¹⁹ e evidencia um pendor político²⁰ e uma terminologia que contrasta com as usadas pelo Código nos tipos mais próximos deste²¹.

Neste sentido, eram várias as discrepâncias entre o texto inicial da Assembleia da República e o que foi aprovado pelo Governo. O texto inicial do Parlamento previa o crime de tráfico de influência como um crime formal (englobava não só o recebimento, a promessa de bens, como a sua solicitação), em que o objeto do acordo podiam ser bens patrimoniais e não patrimoniais, a influência do agente podia ser real ou suposta e as decisões a influenciar podiam ser legais ou ilegais. Por sua vez, o artigo 335º aprovado pelo Governo previa o crime de tráfico de influência como um crime de resultado (apenas subsumia ao tipo o recebimento de bens ou a sua promessa, já não a sua solicitação), o objeto do acordo apenas podiam ser bens patrimoniais, o agente tinha de detetivamente influência (influência real) e as decisões que se visavam influenciar só podiam ser as ilegais. Conclui-se assim que o artigo 335º aprovado pelo Governo era uma norma bastante mais restrita e, vale dizer, sob a perspetiva do Governo, só deveria haver punição no caso de haver acordo com um agente que detivesse efetivamente influência, ficando impunes os casos em que o agente proclama uma influência que não detém e recebe ainda assim uma contrapartida. Nesta como naquela o prestígio das instituições do Estado fica igualmente comprometido.

Em virtude destas divergências, a Lei n.º65/98²² pretendeu tornar o preceito mais abrangente, passando a incluir na sua previsão tanto a influência real, como a suposta, a

¹⁹ O não cumprimento na íntegra das orientações da Assembleia da República suscitou problemas de inconstitucionalidade em virtude da discrepância entre o âmbito da autorização legislativa e o âmbito da norma emanada do Governo, mais restritiva. Alguns autores consideraram a norma inconstitucional em virtude dessa discrepância enquanto outros o não consideraram tendo em conta que a norma emanada do Governo era mais restrita. Cfr. PEREIRA, Margarida Silva, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência», in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, PALMA, Maria Fernanda e BELEZA, Teresa Pizarro (coord.), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998, p. 263, nota 18

²⁰ Efetivamente, a Reforma de 1995 pretendeu intervir perante comportamentos rejeitados pela sociedade no geral, mas que ficavam impunes ao tempo e ainda, tendo em vista os ganhos eleitorais. Cfr PEREIRA, Margarida Silva, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência», in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, PALMA, Maria Fernanda e BELEZA, Teresa Pizarro (coord.), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998, p. 263

²¹ PEREIRA, Margarida Silva «Acerca do novo tipo de tráfico de influência», in Jornadas sobre a revisão do Código Penal, PALMA, Maria Fernanda e BELEZA, Teresa Pizarro (coord.), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998, p. 254

²² Artigo 335.º - “Tráfico de influência” Quem, 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 abusar da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de entidade pública encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções, benefícios ou outras decisões ilegais favoráveis, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

interposição de pessoas, bem como a possibilidade de a vantagem solicitada ou prometida ter carácter patrimonial ou não patrimonial. Porém, como salienta Pedro Caieiro, o legislador mantém o recurso à enumeração exemplificativa (diversa da técnica dos exemplos-padrão), pelo que não é punido o tráfico de influência impróprio (para obtenção de decisões lícitas), não havendo razão para se distinguir a «ilegalidade» da decisão pretendida da «ilicitude» do ato.²³

Em 2001, a redação do texto do artigo 335.º do Código Penal viria novamente a ser alterada²⁴, tendo como base a Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em 30 de abril de 1999²⁵. O artigo 12º da Convenção²⁶, dedicada ao tráfico de influência ativo e passivo, impôs a previsão deste crime aos Estados Aderentes.

Assim, com a Lei n.º108/2001 o legislador abandonou a enumeração exemplificativa dos atos visados com o tráfico da influência, já que tal enumeração limitava a incriminação apenas aos casos de decisões ilegais, passando também a ser típica a venda de influência para obtenção de decisão lícita. Além disso, procedeu à distinção entre o tráfico de influência ativo e passivo, passando a ser punido não só o vendedor de influência (o traficante da influência), como o comprador dessa mesma influência.

²³ CAEIRO, Pedro, «Comentário Conimbricense do Código Penal-Parte Especial», Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 283.

²⁴ Artigo 335.º - “Tráfico de influência” 1 - Quem, 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 abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer entidade pública, é punido: a) Com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão ilícita favorável; b) Com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão lícita favorável. 2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial às pessoas referidas no número anterior para os fins previstos na alínea a) é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

²⁵ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 68/2001 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 56/2001 (D. R. I-A, de 20/10/2001)

²⁶ Artigo 12.º Tráfico de influências: Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, prometer, oferecer ou entregar, directa ou indirectamente, quaisquer vantagens indevidas a título de remuneração a quem afirmar ou confirmar que tem capacidade para exercer influência sobre a tomada de decisão de qualquer pessoa referida nos artigos 2.º, 4.º a 6.º e 9.º a 11.º, quer essa vantagem se destine a si próprio ou a terceiros, bem como solicitar, receber ou aceitar a oferta ou a promessa de oferta, a título de remuneração pela referida influência, quer venha ou não a ser exercida ou a suposta influência conduzir ou não ao resultado pretendido.

Por fim, a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril²⁷, surge com o propósito de dar cumprimento às recomendações em matéria de corrupção do Grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO), da Organização das Nações Unidas (ONU) no contexto da aplicação da Convenção Contra a Corrupção de 2003 (ou Convenção de Mérida)²⁸ e da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico (OCDE) no quadro da aplicação da Convenção contra a Corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais de 1997²⁹.

O legislador de modo a dar cumprimento às recomendações do Grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO) agravou as penas aplicáveis ao crime de tráfico de influência, tendo aumentando de seis meses para um ano o limite mínimo da moldura penal do crime de tráfico de influência para ato ilícito e o limite máximo de 6 meses para três anos da moldura penal do crime de tráfico de influência para ato lícito³⁰. Esta agravação das sanções penais no crime de tráfico de influência traduz o empenho dos Estados na repressão da corrupção.

Como salienta Dâmaso Simões, ficou aquém o cumprimento das recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) pelo legislador português, já que este não consagrou a punição na forma tentada de todos os crimes previstos na Convenção de Mérida. Para pleno cumprimento de tais recomendações, deveria ter-se consagrado expressamente a punibilidade da tentativa, face ao disposto no artigo 23º do Código penal e à pena máxima prevista para o tráfico de influência para ato ilícito. Além disso, continua

²⁷ Introduziu alterações ao Código Penal, à lei relativa a crimes da responsabilidade de cargos políticos e altos cargos públicos (Lei n.º 34/87), à lei respeitante à corrupção no comércio internacional e no sector privado (Lei n.º 20/2008), à lei respeitante à corrupção na atividade desportiva (Lei n.º 50/2007) e à lei respeitante à garantia de denunciadores em matéria de corrupção (Lei n.º 19/2008).

²⁸ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 97/2007 (D. R., 1.ª Série, de 21/09/2007).

²⁹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2000 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2000 (D. R. I-A, de 31/3/2000).

³⁰ Redação dada pela Lei nº30/2015 Artigo 335.º - “Tráfico de influência” 1 - Quem, 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 abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer entidade pública, é punido: a) Com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão ilícita favorável; b) 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, se o fim for o de obter uma qualquer decisão lícita favorável. 2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial às pessoas referidas no número anterior para os fins previstos na alínea a) é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa

ainda por tipificar o crime de tráfico de influência ativo para ato lícito, propugnado pelo Grupo de Estados Contra a Corrupção (GRECO).³¹

A evolução histórica do tipo legal do crime de tráfico de influência reflete a progressiva consciencialização da danosidade social deste tipo de crimes que enfraquecem a democracia e atentam contra a imparcialidade Estado de Direito, pondo em causa a imagem e prestígio do Estado e das suas instituições. Vemos aqui refletidos propósitos de moralização do Estado.

³¹ DÂMASO SIMÕES, Euclides «Breves notas à Lei n.º 30/2015, contra a corrupção», Revista Julgar online, maio de 2015, disponível in <http://julgar.pt/breves-notas-a-lei-n-o-302015-contr-a-corrupcao/>

III. O bem jurídico protegido

Cumprir começar por esclarecer o conceito de bem jurídico para que, posteriormente, se possa apreender qual o bem jurídico tutelado no crime de tráfico de influência.

De referir que a noção de bem jurídico não é um conceito fechado, havendo vários entendimentos doutrinários do que seja o bem jurídico-penal, todavia há um consenso em torno do seu núcleo essencial que permite defini-lo como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”³²

Bem jurídico é, portanto, todo o bem vital e indispensável para a convivência das pessoas em comunidade e que, por essa razão, o Estado deve proteger com o seu poder coercivo através do Direito Penal, com a sanção própria que é a pena criminal. O Direito Penal é subsidiário, pelo que a sua intervenção se deve limitar à proteção de bens jurídicos fundamentais quando a lesão dos mesmos seja grave e não possam ser tutelados por outros meios.

Portanto, por detrás de cada incriminação existe um bem jurídico-penal que, dada a importância que assume para a sociedade é merecedor de tutela. Desta forma, é fundamental identificar o bem jurídico por detrás da norma para que possamos perceber bem o que está em causa nesta incriminação. A identificação do bem jurídico dificilmente se poderá fazer num momento prévio ao da interpretação da norma, pois o interesse protegido será, em larga escala, um resultado dessa interpretação.³³

A norma que prevê o tráfico de influência surge em Portugal em 1995 para responder às necessidades de punição sentidas pela sociedade.

Com o enorme desenvolvimento económico a que se assistiu na década de 80 em toda a Europa começaram a surgir vários escândalos políticos ligados à corrupção, pelo queurgia uma regulação adequada das condutas de quem exerce funções no Estado, pelo que se criou nova legislação. As práticas corruptivas até então praticadas por particulares e insignificantes ganham nova e maior dimensão, o que levou a que a opinião pública

³² DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal Geral”, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 114

³³ CAEIRO, Pedro, “Comentário ao artigo 335.º do Código Penal”, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 276

manifestasse a necessidade de punir este tipo de comportamentos que perturbam o funcionamento da Administração Pública e enfraquecem o Estado de Direito Democrático.

É também nesta altura que se começa a reconhecer a importância da proteção de bens jurídicos coletivos, supraindividuais, bens que pertencem a cada cidadão e são indispensáveis à convivência em sociedade e à proteção do Estado de Direito Democrático³⁴. Foi este reconhecimento que levou a que não se tolerassem certos comportamentos que põe em causa esses mesmos bens jurídicos supraindividuais, como é o caso do tráfico de influência.

Além disso, a conduta de tráfico de influência não estava abrangida na previsão do tipo legal relativo à corrupção, o que conduziu à urgência na criação de um novo tipo legal, autónomo de todos os outros já existentes.

Relativamente ao crime de tráfico de influência, o bem jurídico oscilou ao longo da história entre a proteção da legalidade e imparcialidade da Administração (o mercadejar de uma influência real afeta a imparcialidade e a autonomia do decisor e prejudica o interesse público), aproximando-se desta forma do crime de corrupção e a proteção do património do comprador de influência (mercadejar de uma falsa influência- *vendita di fumo*- defrauda o património do terceiro), já mais próximo do crime de burla.

Deve desde logo afastar-se a possibilidade de a lei pretender proteger o património do comprador de influência, não só pela colocação sistemática da norma, mas também pelo facto da proteção deste bem jurídico contra tal tipo de fraudes estar plenamente assegurada pelo tipo de burla e, relevante ainda, é o propósito expresso da lei em abarcar situações em que o agente mercadeja uma influência real, casos em que o comprador não vê o seu património prejudicado.

De destacar ainda que crime tráfico de influência está, atualmente, inserido na Secção II (Dos crimes contra a realização do Estado de Direito) do Capítulo I (Dos crimes contra a Segurança do Estado) do Título V (Dos crimes contra o Estado) do Livro II do Código Penal e, embora haja uma disparidade material entre o art. 335.º e os outros tipos de crime constantes da secção, não deixa de ser a preservação do Estado de Direito que se pretende salvaguardar com a incriminação, e não o património de um particular.

³⁴ Para um aprofundamento sobre os bens jurídicos supra-individuais consultar ANDRADE, Costa, «A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico», in *Direito Penal Económico e Europeu - Textos Doutrinários*, I (1998), pp. 387-411

O bem jurídico que se pretende proteger está intimamente ligado à preservação do Estado de Direito tal como ele se encontra plasmado na Constituição da República Portuguesa. Visa-se portanto, a proteção da liberdade de ação das entidades públicas, bem como a integridade das funções dos funcionários. Com este tipo legal pretende-se proteger a imagem pública da Administração Pública, a qual é posta em causa quando se proclama a ideia de uma Administração que funciona consoante as influências sobre si exercidas. No Estado de Direito todos se submetem ao direito, incluindo a Administração Pública na tomada das suas decisões, pelo que proclamar a ideia de uma Administração suscetível a influências dos particulares coloca em causa a força do Estado Democrático de Direito. É essa a imagem que o artigo 335º visa salvaguardar, incriminando todos os comportamentos que ponham em causa a submissão do Estado ao Direito. A salvaguarda dessa imagem reflete-se na confiança dos cidadãos no funcionamento da Administração Pública.

A Constituição da República Portuguesa prevê no nº2 do artigo 266.º a submissão da Administração Pública à lei e a igualdade de todos os cidadãos, não devendo estes ser tratados de modo discriminatório.

A Administração Pública deve ser imparcial nas suas decisões, prosseguir o interesse público e não quaisquer tipo de interesses particulares em virtude de vantagens oferecidas pelos particulares, isso mesmo está plasmado no artigo 269º da Constituição da República Portuguesa. A transparência e a imparcialidade das decisões por parte da função pública é o que leva a que os cidadãos confiem no funcionamento das instituições públicas, que é o que se pretende num Estado de Direito Democrático.

O Direito é o limite e pressuposto de todos os poderes do Estado, portanto a difusão da imagem de uma Administração que decide em função dos interesses de um determinado particular, não se submetendo ao direito nem à prossecução do interesse público coloca em causa a credibilidade do próprio Estado de Direito.

Ao longo do tempo, têm sido vários os entendimentos da doutrina sobre esta questão, sendo de destacar alguns deles.

Assim, para o Professor Paulo Pinto de Albuquerque, o bem jurídico protegido no crime em apreço é a preservação do Estado de Direito, na vertente de liberdade de ação

das entidades públicas, bem como a integridade do exercício das funções dos funcionários estrangeiros e dos funcionários de organizações de direito internacional público.³⁵

Também o Professor, Professor Germano Marques da Silva, entende que é o Estado de Direito, na sua liberdade de ação das entidades públicas, bem como a integridade das funções dos funcionários e a imagem pública da administração que está em causa na incriminação do tráfico de influência. Ao criar-se a ideia de que administração não se submete ao Direito, mas é suscetível de influências várias que a levam decidir contra o Direito, enfraquece-se a própria força do Estado democrático de Direito, enquanto pressuposto e limite de todos os poderes do Estado. É essa imagem que é necessário preservar e que o artigo 335º tutela ao incriminar também os comportamentos que a põem em causa, que pretendem desmentir a submissão do Estado ao Direito.

Próxima à posição anterior é a sufragada por Manuel Cavaleiro de Ferreira para quem estaria em causa a seriedade do funcionamento da Administração, o seu descrédito e prestígio. Descrédito esse que é “*fonte rendosa de proventos*” e que tem lugar, quer quando o intermediário é apenas um pretense intermediário (influência suposta), quer quando tal influência, por virtude da qualidade da pessoa ou do seu cargo ou posição, efetivamente existe (influência real)³⁶. Acompanhando esta posição, é de referir a posição de Álvaro Mayrink da Costa e de Cezar Roberto Bitencourt, segundo a qual o bem jurídico protegido seria o interesse da Administração Pública em “*preservar o bom andamento, prestígio, confiança e moralidade, na proteção da legalidade e imparcialidade do seu efetivo exercício*”.³⁷ Como nos diz Cezar Roberto Bitencourt aquele que se vangloria de desfrutar de influência perante a Administração Pública, “*lesa o bom nome, o conceito e o prestígio que esta deve ter junto à comunidade, difundindo a ideia de que tudo se resolve segundo a importância ou influência de quem desfruta de poder.*”³⁸

³⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2º ed, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 1085

³⁶ Cfr. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, «Crimes de Corrupção e de Concussão...», p. 210.

³⁷ DA COSTA, Álvaro Mayrink «Criminalidade na Administração Pública. Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio», in Revista da EMERJ, vol. 13, n.º 52, 2010, p. 64, disponível em www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf.

³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto In “Uma revisão conceitual do crime de tráfico de influência”, Criminologia e Sistemas Jurídico-penais contemporâneos, EDIPURCS, 2008, pp. 182 e 183 disponível em

Na doutrina portuguesa, há quem rejeite a ideia de o bem jurídico protegido pelo crime de tráfico de influência ser o prestígio da Administração. É o caso da Professora Margarida Silva Pereira³⁹. Na sua perspetiva, se essa fosse a intenção do legislador, tal significaria que o crime de difamação a ente público não se submeteria aos ditames da *exceptio veritatis*, o que não corresponde à atual opção do Código Penal. Para demonstrar tal afirmação, a autora refere o artigo 187.º do Código penal que dispõe sobre a ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva e sufraga a já mencionada *exceptio veritatis*. Ora, nunca estaria em causa proteger o prestígio da Administração já que sempre ficaria impune o agente que “*perora pela palavra e pela escrita, acusando de venalidade e de corrupção a Administração Pública*”, contanto que provasse tal acusação. Não podemos porém acompanhar este entendimento, já que no tráfico de influência não está apenas em causa acusar a Administração de ser corrupta (*latu sensu*), mas sim, comportamentos dos seus funcionários que se revelam corruptos (*latu sensu*), os quais tomam decisões movidos por pressões externas, comprometendo inevitavelmente a imparcialidade que deve guiar a Administração na sua atuação, bem como o igual tratamento que todos os cidadãos devem receber da mesma. Ora, daqui depreende-se a necessidade de uma tutela penal autónoma da imagem pública da Administração.

A maioria da Jurisprudência⁴⁰ e a doutrina dominante, como é o caso de Margarida Silva Pereira⁴¹, Pedro Caeiro⁴², Almeida Costa⁴³, Victor de Sá Pereira, Alexandre Lafayette⁴⁴ e José Mouraz Lopes⁴⁵, vão no sentido de o bem jurídico aqui tutelado ser a autonomia intencional do Estado. Consideram estes autores que a disponibilidade do agente para, mediante a entrega ou promessa de uma vantagem, abusar da sua influência

<https://books.google.pt/books?id=ZbPffQmfy3IC&pg=PA184&lpg=PA184&dq=cezar+roberto+bitencourt+rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativo#v=onepage&q=cezar%20roberto%20bitencourt%20rela%C3%A7%C3%A3o%20triangular%20entre%20sujeito%20ativo&f=false>

³⁹ PEREIRA, Margarida Silva, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», pp. 302 e 303

⁴⁰ Cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de abril de 2010, Proc.nº 31/08. 2TAEVR.E1; do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de setembro de 2011, Proc.nº 169/03.2JACBR.C1 disponível em www.dgsi.pt

⁴¹ Cfr. PEREIRA, Margarida Silva, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», pp. 302 e 303

⁴² Cfr. CAEIRO, Pedro, Anotação ao artigo 335º do Código Penal, pp. 276 e 277

⁴³ Cfr. ALMEIDA COSTA, António Manuel de, «Sobre o Crime de Corrupção», in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Vol. I, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, pp. 141 e 144.

⁴⁴ Cfr. PEREIRA, Victor de Sá e LAFAYETTE, ALEXANDRE Código Penal. Anotado e Comentado. Legislação Conexa e Complementar, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2014, pp. 898 e 899.

⁴⁵ Cfr. LOPES, José Mouraz «Sobre o novo tipo de tráfico de influência (artigo 335.º do Código Penal)», in Revista do Ministério Público, n.º 64, ano 16, Outubro-Dezembro, 1995, p. 63

junto de um decisor público, de forma a obter dele uma decisão ilegal, cria um perigo abstrato de que a influência venha a ser exercida e, conseqüentemente, o decisor coloque os seus poderes funcionais ao serviço de interesses diferentes do interesse público. Estaríamos assim perante um crime de perigo já que o dano ao bem jurídico só ocorreria no momento em que o traficante exercesse a influência sobre o decisor público, pois no momento da celebração do “acordo” ainda não haveria lugar a tal dano. Entendem estes autores que os funcionários públicos devem atuar de forma independente e sem pressões de qualquer natureza, atendendo sempre ao interesse público e não a interesses privados. A sua atuação deve ser desinteressada, não devendo abusar da sua posição de funcionários do Estado para manipular a máquina Estatal, obtendo com isso vantagens que não lhe são devidas e ainda infringindo as exigências de independência e legalidade que se lhes impõe no exercício da sua atividade.

A jurisprudência portuguesa vai no mesmo sentido, entendendo que a incriminação do tráfico de influência pretende tutelar o princípio da imparcialidade e objetividade no exercício das funções públicas, evitando interferências no processo de motivação das decisões públicas. “O bem jurídico protegido no crime de tráfico de influência é a autonomia intencional do Estado, procurando-se evitar que o agente, contra a entrega ou promessa de uma vantagem, abuse da sua influência junto de um decisor público, de forma a obter dele uma decisão, criando assim o perigo de que a influência abusiva venha a ser exercida e, conseqüentemente, de que o decisor venha a colocar os seus poderes funcionais ao serviço de interesses diversos do interesse público”.⁴⁶ Deste modo, com a incriminação do tráfico de influência pretende-se acautelar que nos processos de tomada de decisão, os funcionários públicos não cedam a influências a troco de vantagens, garantindo deste modo a independência da Administração face a interesses privados.

Acompanhamos os entendimentos do professores Germano Marques da Silva e Paulo Pinto de Albuquerque quando referem que a incriminação do tráfico de influência pretende proteger o Estado Direito no sentido de as entidades públicas atuarem com liberdade, sem pressões exteriores, pautadas por imparcialidade e na prossecução do interesse público.

⁴⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de setembro de 2011, Proc.nº 169/03.2JACBR.C1 disponível em www.dgsi.pt

Os autores que identificam a autonomia intencional do Estado como o bem jurídico protegido pela incriminação entendem que punir, a título de consumação, a mera solicitação de vantagem- a mera disponibilidade para celebrar o *pactum sceleris*- quando o próprio pacto apenas provoca um perigo abstrato para o bem jurídico, significa estender a punibilidade muito para além daquilo que é consentido pelo princípio da necessidade da lei penal⁴⁷. Crítica idêntica estendem à previsão da influência suposta por entenderem ser inócua para o bem jurídico, já que a incriminação da “afetação de valimento” inexistente sempre se ligou à proteção de outros bens jurídicos, como sejam, o património do comprador e o prestígio da Administração⁴⁸.

Em nosso sentido e, em sentido contrário ao perfilhado pela maioria da doutrina e jurisprudência, como o que a incriminação visa tutelar é o Estado de Direito tal como ele se encontra plasmado no artigo 2º da Constituição, a imagem de uma Administração imparcial que se submete ao direito e ao interesse público, esta é desde logo comprometida quando se solicita uma vantagem para influenciar um processo decisório, mesmo que a vantagem acabe por não ser recebida, o mesmo se passa quando se proclama que se tem poder para influenciar os decisores públicos, mesmo que tal influência não exista. E é assim porque, quer num caso, quer noutro, difunde-se a imagem de uma Administração que funciona consoante as influências exercidas, não se submetendo ao Direito.

Concluimos assim que o bem jurídico protegido com a incriminação do tráfico de influência é a realização do Estado de Direito Democrático e a sua imagem, o qual tem assento constitucional no artigo 3.º da Constituição da República Portuguesa, visando-se antecipar a tutela penal para o ato do negócio sobre o poder de influenciar a entidade pública⁴⁹. Para o nosso entendimento aponta, desde logo, a inserção sistemática do preceito na secção II “*Crimes contra a realização do Estado de Direito*”, do Capítulo I, do Título V do Código Penal.

Na verdade, o bem jurídico que sustentamos ser o tutelado parece ser o único que abarca tanto as hipóteses de influência real como de influência suposta. Efetivamente, o

⁴⁷ Cfr. CAEIRO, Pedro Anotação ao artigo 335º do Código Penal, pp. 278

⁴⁸ Cfr. CAEIRO, Pedro Anotação ao artigo 335º do Código Penal, pp. 278

⁴⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2º ed, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 1085

conhecimento pela sociedade da prática do crime de tráfico de influência real ou suposta conduz a que os cidadãos não confiem no regular funcionamento das instituições que fazem parte da Administração Pública. Esta circunstância conduz ao descrédito e desconfiança dos cidadãos relativamente ao Estado, na medida que tais condutas transparecem a ideia de permeabilidade, por parte da Administração Pública, a influências externas ao processo decisório, a troco de vantagens patrimoniais ou não patrimoniais.

Deste modo, é indiferente que os cidadãos saibam se o traficante tem ou não influência sobre o decisor público, porquanto, quer num caso quer noutra, passarão a ver os processos decisórios públicos como viciados, à revelia das regras e princípios a que se subordina o Estado de Direito, como o princípio da imparcialidade, da legalidade da decisão administrativa e da igualdade de todos os cidadãos perante a lei. Cada vez que este crime é cometido prejudica-se a dignidade do Estado e o prestígio social dos entes públicos e, conseqüentemente, mancha-se a sua imagem, bom nome e reputação.

Relativamente ao modo de ofensa ao bem jurídico defendido, entendemos que se trata de um crime de dano, uma vez que o dano no bem jurídico verifica-se com a mera proclamação do poder de influência, quer ela exista ou não. Não existe apenas perigo para o bem jurídico, o dano verifica-se de imediato quando alguém vangloria-se de deter um poder de influenciar as decisões de um ente público, independentemente de deter ou não esse poder.

IV. O tipo objetivo do crime de tráfico de influência

O crime de tráfico de influência está previsto no artigo 335.º do Código Penal Português⁵⁰ e encontra-se sistematicamente inserido no Título V do Código referente aos Crimes contra o Estado, mais concretamente, na Secção II relativa aos Crimes contra a Realização do Estado de Direito.

Esta sistematização escolhida pelo legislador é objeto de muitas críticas por parte da doutrina que entende que este crime deveria estar inserido no Capítulo referente aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, como é o caso do crime de corrupção⁵¹. Porém, apesar da diferença entre o crime que agora nos ocupa e os restantes inseridos no Capítulo em causa, compreende-se que aí esteja situado, já que se trata de um crime que lesa o Estado de Direito Democrático, viola os princípios de igualdade e imparcialidade que devem pautar a Administração no exercício das suas funções. A proclamação de um poder de influência, ainda que suposto, sobre qualquer entidade pública conduzindo à crença de que esta se desviará dos deveres que lhe são impostos pelo Estado de Direito constitui um ultraje à República que, de acordo com o artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, bem como aos servidores públicos⁵².

Assim, sem desconsiderar a diferença em termos materiais e em termos de conduta do agente entre o crime de Tráfico de Influência e os restantes crimes previstos na Secção II do Título V do Código Penal, a razão que justifica esta sistematização é o bem jurídico protegido por eles ser o mesmo, é o Estado de Direito na sua imagem e realização.

Atendendo ao critério da ofensa do bem jurídico, os crimes podem ser de dano ou de perigo. Nos crimes de dano a realização do tipo incriminador tem como consequência uma efetiva lesão do bem jurídico. Nos crimes de perigo a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico.⁵³

⁵⁰ Redação dada pela Lei nº30/2015, de 22-04

⁵¹ Cfr PEREIRA, Margarida Silva, in ob.cit., p. 317 que discordando da inserção do crime, entende que “o legislador poderia ter abrigado o tráfico de influência nesta Secção I do Capítulo IV, sem que isso representasse quebra da sua coerência sistemática.”

Também discordando, CAEIRO, Pedro in ob.cit, p. 277

⁵² Apresentando semelhanças com o crime previsto no artigo 332.º do CP que prevê o crime de Ultraje de Símbolos nacionais e regionais.

⁵³ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, “Direito Penal Geral”, Tomo I, 2º Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 309

De acordo com o entendimento perfilhado, o crime de Tráfico de Influência visando tutelar o Estado de Direito Democrático na sua realização e imagem trata-se de um crime de dano, verificando-se o dano no bem jurídico com a mera proclamação de um poder de influência sob qualquer entidade pública. Basta alguém invocar que tem influência sob qualquer entidade pública, mesmo que não a tenha, e se mostre disponível para mercadejar com o cargo em troca de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, para que a imagem de imparcialidade da Administração e a integridade e liberdade no exercício das funções públicas, sejam automaticamente lesados. A imagem do Estado de Direito fica desde logo prejudicada com a proclamação da imagem de um Estado que funciona consoante as várias influências exercidas e que, por sua vez, não se submete ao Direito.

Discordamos, portanto, da doutrina majoritária que entende tratar-se de um crime de perigo abstrato, já que não concordamos com o entendimento de acordo com o qual estamos perante um comportamento que gera um perigo de realização de um evento futuro, esse sim suscetível de lesar o bem jurídico tutelado. Estamos sim perante uma atuação do agente que lesa efetivamente o bem jurídico em causa. Margarida Silva Pereira entende que o negócio específico não é suscetível de provocar um tal dano, a violação da legalidade administrativa, mas que o negócio é potencialmente muito perigoso já que alicerça a probabilidade de que ele realize o abuso sobre a entidade pública a que se propõe⁵⁴. Contrariamente, entendemos que bem jurídico é desde logo lesado com a celebração do negócio, não se tratando apenas de um perigo de lesão para o mesmo, não se exigindo sequer que a influência venha efetivamente a ser exercida ou sequer exista.

No que diz respeito ao objeto da ação, é possível distinguir entre crimes de mera atividade e crimes de resultado. Os crimes de mera atividade ou formais são aqueles em que a mera conduta típica consuma imediatamente o crime, esgotando-se na própria ação ou omissão, punindo-se quer a ação adequada a produzi-lo, quer a omissão adequada a evitá-lo. Já os crimes de resultado ou materiais são aqueles em que o tipo exige a verificação de um certo resultado para que se verifique a consumação do crime em causa, exige-se, portanto, a produção de um evento material.

⁵⁴ Cfr in ob. cit pp. 306 e 307

Consideramos que o crime em causa é um crime de mera atividade ou formal, uma vez que a mera adoção da conduta tipificada- solicitar ou aceitar, dar ou prometer é suficiente para que o crime se considere consumado.

1. O agente do Crime

O crime de Tráfico de Influência é um crime comum, ou seja, ao contrário dos crimes próprios que só podem ser cometidos por determinadas pessoas, às quais pertence uma certa qualidade ou sobre as quais recai um dever especial⁵⁵, aquele pode ser cometido por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer qualidade ao agente. O agente é, portanto, um *extraneus*, embora não se exclua a possibilidade de um *intraneus*, no exercício da sua atividade profissional, praticar o crime previsto no artigo 335.⁵⁶

Assim, o agente que *solicita ou aceita vantagem* para abusar da sua influência e aquele que *dá ou promete vantagem*, não têm de possuir qualquer qualidade especial para o fazerem, não têm de ter nenhum cargo específico ou exercer funções públicas⁵⁷.

O artigo 335.º do Código Penal, no seu nº1, prevê a punição do agente que vende a influência, ou seja, aquele que, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicita ou aceita, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial ou a sua promessa, para abusar da sua influência, seja com o fim de obter uma decisão ilícita ou uma decisão lícita favorável. A pena prevista no nº1 varia consoante se trate de tráfico de influência próprio, ou seja, venda de influência para obtenção de uma decisão ilícita favorável ou de tráfico de influência impróprio em que se vende influência com o intuito de obter uma decisão lícita favorável, sendo a pena prevista para o primeiro caso mais elevada do que no segundo.

Já o nº2 do artigo 335.º do Código Penal prevê a punição do comprador de influência, ou seja, aquele que, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, dá ou promete vantagem patrimonial ou não patrimonial ao vendedor de influência, mas apenas e só quando o fizer com intenção de obter decisão ilícita favorável.

Desta forma, tanto se pune o agente que vende a influência, como aquele que compra a influência, o que não se verificava na versão anterior da lei. Apesar desta

⁵⁵ Cfr. DIAS, Figueiredo, “Direito Penal Geral”, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 304

⁵⁶ Cfr. PEREIRA, Margarida Silva in ob.cit p. 318

⁵⁷ Ao contrário do crime de corrupção.

novidade, talvez por opção do legislador, o comprador de influência apenas é punido quando com a compra de influência vise obter uma decisão ilícita favorável.

Não conseguimos encontrar justificação para dissemelhante tratamento, uma vez que se está a permitir um comportamento que colide igualmente com o Direito e põe em causa o bem jurídico tutelado pelo tipo legal. De facto, a imagem do Estado de Direito, a liberdade de ação das entidades públicas, a imparcialidade da Administração Pública são igualmente postos em causa mesmo quando o comprador dá ou promete uma vantagem patrimonial ou não patrimonial em troca do exercício de influência com vista à obtenção de uma decisão lícita. Ainda que o pretendido pelo comprador de influência seja um resultado lícito, a celebração do acordo em troca de uma vantagem, para a obtenção de uma decisão administrativa favorável causa já um dano no bem jurídico defendido. Defendemos por isso que a punição do comprador nessas circunstâncias deveria existir, ainda que fosse mais branda⁵⁸.

O crime em causa visa punir o comportamento quer do traficante/vendedor de influência, quer do beneficiário/comprador dessa influência, que pretendem manipular o regular funcionamento das instituições públicas, o primeiro aproveitando-se de uma influência que em virtude de qualquer razão, pessoal ou profissional, detém perante certa entidade pública e o último colocando a Administração Pública a funcionar de acordo com o seu interesse particular. É, portanto, irrelevante que o comprador da influência compre a influência para obter uma decisão ilícita ou lícita, o desvalor da ação é o mesmo, em ambos os casos põe-se em causa o funcionamento regular das instituições do Estado de Direito, transmite-se a imagem de uma Administração permeável a influências externas, o que compromete o seu prestígio e imparcialidade.

2. Entidade Pública

O acordo entre o traficante e o comprador de influência tem por escopo o exercício de influência sobre uma entidade pública.

⁵⁸ O relatório do GRECO (Group of States against Corruption) de 1 de abril de 2015 que avaliou a adoção e eficácia da Convenção Criminal contra Corrupção em Portugal, recomenda a Portugal a criminalização do tráfico de influência ativo para obtenção de uma decisão lícita favorável, de acordo com o artigo 12.º da Convenção Penal sobre a Corrupção.

Por entidade pública deve-se entender qualquer pessoa física ou coletiva que exerça funções estaduais (políticas, legislativas, governativas, administrativas, empresariais ou jurisdicionais), incluindo as funções atribuídas por concessão, bem como os funcionários equiparados nos termos do nº3 do artigo 386.⁵⁹. No fundo, entidade pública será toda aquela cuja atividade se rege essencialmente pela prossecução do interesse público, não podendo as decisões dos seus funcionários estar ao serviço de interesses privados⁶⁰.

As entidades públicas são as entidades servidas pelos agentes descritos nos artigos 386.º do Código Penal, devendo ainda incluir-se neste conceito os órgãos políticos e a magistratura. Trata-se de um conceito mais abrangente que o conceito de funcionário previsto no artigo 386º do Código Penal, bastando para que o tipo se preencha que o traficante celebre o acordo com o comprador ou solicite uma vantagem e que o primeiro proclame que tem influência sobre uma entidade pública, sem necessidade de identificar uma concreta pessoa humana passível de ser influenciada, o que já seria necessário se o tipo utilizasse o vocábulo “funcionário” ao invés de “entidade pública”.

Este conceito de entidade pública é o defendido por Paulo Pinto de Albuquerque⁶¹ e Pedro Caeiro⁶². Já Margarida Silva Pereira entende que “é para o conceito jurídico-penal de funcionário que compete remeter, excluindo a magistratura, por entender que a exemplificação do tipo não se afeiçoa às decisões judiciais”⁶³. Divergimos deste último entendimento por entendermos que não há razões para não incluir no conceito a magistratura, já que o tipo também estará preenchido quando a influência que se vise exercer o seja sob um magistrado.

Referir ainda que, com a Reforma Penal de 2007 operada através da Lei n.º48/2007 de 29 de Agosto se passou a incluir no conceito de funcionário entidades públicas internacionais.

Bastará, portanto, que o agente se encontre numa posição de superioridade face ao decisor público, ou seja, que a posição que ocupa lhe permita ter um ascendente sobre

⁵⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2º ed, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 1086

⁶⁰ Cfr. CAEIRO, Pedro, Anotação ao artigo 335º do Código Penal, p. 282

⁶¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, in ob.cit, p. 1086

⁶² Cfr. CAEIRO, Pedro, in ob.cit, p. 282

⁶³ PEREIRA, Margarida Silva, in ob cit, p. 328

a entidade pública, de modo a mover influência sobre esta, conduzindo-a a atuar consoante interesses privados. Tal como diz Margarida Silva Pereira, “o traficante estará em condições de exercer um influxo que desperte a venalidade ou medo do funcionário”⁶⁴.

3. A Consumação

O crime de tráfico de influência consuma-se, da parte do vendedor de influência quando este solicita ou aceita para si uma qualquer vantagem, enquanto do lado do comprador consuma-se quando este dá ou promete uma qualquer vantagem.

Desta forma, estas duas atuações são independentes uma da outra, podendo haver duas punições diversas. Assim, o agente que solicita uma vantagem, independentemente da existência de uma vantagem dada ou prometida, pratica o crime de tráfico de influência ativo. Pelo contrário, o agente que dá ou promete uma vantagem, independentemente de haver aceitação ou solicitação, incorre no crime de tráfico de influência passivo. Trata-se assim de condutas unilaterais, não se exigindo qualquer pacto entre o traficante passivo e o traficante ativo.

Além disso, é também irrelevante para a consumação do crime que a influência seja efetivamente exercida⁶⁵ e que a entidade pública emita ou não a decisão favorável, visto que o que se pune é o tráfico de influência e não a efetiva influência.

O bem jurídico tutelado pela norma incriminadora é violado com a simples solicitação ou aceitação da vantagem, assim como com a simples oferta ou promessa de vantagem, pois estas colocam desde logo em causa a imparcialidade e prestígio das instituições do Estado de Direito e, conseqüentemente, a confiança dos cidadãos no funcionamento da Administração Pública. E tal acontece porque difunde-se entre os cidadãos a ideia de que, a troco das mais variadas contrapartidas, é possível alguém interferir junto de um decisor público no processo de tomada de uma decisão que se deveria pautar por padrões de imparcialidade.

O crime de tráfico de influência não exige o acordo entre os dois agentes, caso contrário tratar-se-ia de um crime de participação necessária, o que não entendemos ser a

⁶⁴ PEREIRA, Margarida Silva, in ob cit, p. 328

⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de abril de 2020, disponível em <https://jurisprudencia.csm.org.pt/ecli/ECLI:PT:TRE:2010:31.08.2TAEVR.E1.00/>

intenção do legislador. A mera solicitação ou aceitação de vantagem e a oferta/promessa de vantagem são suficientes para que o prestígio das instituições do Estado de Direito sejam colocados em causa e, conseqüentemente, o crime se tenha por consumado.

Em sentido contrário, Pedro Caeiro entende que punir a título de consumação a simples solicitação de vantagem, a mera disponibilidade para celebrar o *pactum sceleris* é estender a punibilidade para além daquilo que é consentido pelo princípio da necessidade da lei penal⁶⁶. No mesmo sentido vai Margarida Silva Pereira que vê o fundamento incriminatório do tráfico de influência no desvalor de um pacto ilícito criador de perigo para o funcionamento isento da Administração⁶⁷.

Como já referimos supra, entendemos que a imagem do Estado de Direito e das suas instituições é comprometida assim que há uma solicitação ou aceitação de vantagem, bem como uma oferta ou promessa de vantagem, pelo que se justifica a sua incriminação, só se assim se alcançando o seu efeito útil. Valores como a transparência, imparcialidade, igualdade de tratamento de todos os cidadãos que devem pautar a Administração Pública na sua atuação são colocados em descrédito e, juntamente com eles, o próprio Estado de Direito.

Sendo celebrado o acordo para o abuso de influência, tal como refere Paulo Pinto de Albuquerque o acordo deve anteceder a decisão da entidade pública, ficando de fora do âmbito do tipo as condutas de tráfico “desinteressado” de influência, isto é, as que não sejam acompanhadas de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial ou da promessa de vantagem para o traficante, bem como as condutas de atribuição de vantagem ao traficante após a decisão tomada, no caso de não ter existido um acordo prévio nesse sentido entre o traficante e o comprador de influência⁶⁸.

4. A vantagem solicitada ou aceite

Do exposto resulta que o crime de tráfico de influência só se consume se existir para o traficante uma vantagem solicitada ou aceite, resultante da proposta de um terceiro.

⁶⁶ Cfr. CAEIRO, Pedro, Anotação ao artigo 335º do Código Penal, p. 278

⁶⁷ PEREIRA, Margarida Silva, in ob cit, p. 323

⁶⁸ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2º ed, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 1086.

Seguindo a mesma posição, Caiero, Pedro in ob.cit, p. 282

Esta vantagem pode ter como destinatário o traficante ou um terceiro e pode consistir numa oferta ou promessa futura (desde que determinada), patrimonial ou não patrimonial⁶⁹.

Assim, o traficante sempre terá de beneficiar de uma vantagem para abusar da sua influência junto de um decisor público, de modo a obter uma decisão favorável para outrem. A vantagem será a contrapartida pelo exercício da sua influência. Tal como já referimos, não serão punidos as condutas de tráfico “desinteressado” de influência, ou seja, em que não há uma vantagem ou promessa de vantagem para o traficante, bem como os casos em que a vantagem é posterior à decisão tomada.

Além disso, a vantagem terá de ser indevida, ou seja, nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque⁷⁰ não deve corresponder “a uma prestação devida ao funcionário nos termos da lei”, apenas existindo porque o traficante está a mercadejar com o seu cargo. É fundamental que exista uma conexão entre a influência e a vantagem, de modo que a vantagem corresponda a um sinalagma, a uma contraprestação, por uma conduta concreta do funcionário, não tendo de ser, todavia, proporcionais⁷¹.

Outro requisito da vantagem é que esta esteja previamente definida e determinada, ou seja, a influência tem de ser exercida como contrapartida de uma vantagem pré-definida e não de uma vantagem que apenas futuramente se estipulará.

Por fim, é necessário que a vantagem tenha relevância penal, ou seja, não seja considerada “socialmente adequada”. Portanto, a conduta não poderá consistir numa conduta que é tolerada pela sociedade, por esta considerar que o bem jurídico tutelado pela incriminação não é posto em causa. É preciso ter em conta os costumes e tradição da comunidade, os quais variam no tempo.

É importante atender à teoria da adequação social para delimitar as condutas dignas de censura penal das que são consideradas socialmente adequadas, respeitantes a ofertas insignificantes ou permitidas pela praxe social, as quais não configuram ilícitos típicos.

⁶⁹ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de vantagem consultar ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2º ed, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp 1181 e 1182

⁷⁰ Para maiores desenvolvimentos sobre o conceito de vantagem consultar ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2º ed, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, pp.1182 anotação 16 ao crime de recebimento indevido de vantagem

⁷¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in ob.cit p. 1186

Imperativo é fazer-se um juízo de valoração casuística, tendo em conta a situação social, profissional e patrimonial dos agentes, tendo sempre presentes parâmetros de proporcionalidade. Tem de haver proporcionalidade entre o valor recebido e o negócio efetuado, caso em que sendo o valor excessivamente reduzido carecerá de relevância penal, portanto o valor da vantagem recebida deve ser proporcional em relação ao alcance da decisão pretendida. Seguindo o critério sugerido por Margarida Silva Pereira⁷², haverá relevância penal para efeitos de tráfico de influência quando o agente que recebe a vantagem retira dela uma utilidade concreta.

5. Conceito de Influência

A influência consiste num poder, ascendência, preponderância ou superioridade que uma pessoa detém em relação a outra, pelas mais variadas razões, sejam elas de natureza familiar, profissional, creditícia, religiosa, afetiva ou de qualquer outra natureza.

No crime de tráfico de influência exige-se que o traficante abuse da sua influência junto de uma entidade pública. Abusar da influência implica utilizá-la para além dos limites, excessivamente, sem que tal implique o recurso a coação ou ameaças. Assim, o traficante aproveitar-se-á de circunstâncias que o colocam numa situação de preponderância sobre o decisor público com o intuito de obter deste uma decisão que de outra forma, isto é, de forma livre e sem pressões, não obteria.

Como ensina Mouraz Lopes “influenciar alguém será atuar sobre ela, induzindo-a ou determinando-a à prática de determinados atos. Abusar dessa influência será prevalecer-se desse facto- relação pessoal familiar, profissional ou outra- para obtenção de uma vantagem que, de outro modo, não seria possível obter⁷³.”

Assim sendo, para efeitos penais, influenciar é um conceito distinto dos conceitos de ameaçar ou coagir. Como esclarece Margarida Silva Pereira⁷⁴, não se trata de uma verdadeira luta de vontades opostas, mas antes uma adesão por constrangimento do decisor ao traficante de influência.

⁷² PEREIRA, Margarida Silva in ob cit, pp. 327

⁷³ Cfr. LOPES, José Mouraz «Sobre o novo tipo de tráfico de influência (artigo 335.º do Código Penal)», in Revista do Ministério Público, n.º 64, ano 16, Outubro-Dezembro, 1995, p. 64

⁷⁴ PEREIRA, Margarida Silva ob cit, p. 295

Assim, para que se verifique o abuso de influência exigido para que o tipo se preencha, o traficante terá de ter uma posição de ascendente sobre a entidade pública e utilizá-la de molde a alcançar uma decisão favorável para um terceiro.

Discutido na doutrina é a questão da natureza da influência que o traficante possui, ou seja, discute-se se a influência que o traficante detém junto da entidade pública pode advir também de relações pessoais ou se se deve restringir às relações profissionais.

Segundo Margarida Silva Pereira⁷⁵ não chega, para que se preencha o tipo de abuso de influência, que se verifique uma qualquer relação objetivamente desigual entre as duas partes, como é o caso de diferenças de idade, dependência económica, parentesco e tire a parte mais forte partido disso. Portanto, segundo a autora, não haverá tráfico de influência quando o decisor público acede a um pedido de um amigo, pai ou mesmo credor por entender que apesar destes poderem constrangê-lo, não poderão por causa dessa relação pessoal instilar venalidade. No mesmo sentido vai a posição defendida por Pedro Caeiro⁷⁶ que considera que o constrangimento tem de ter um nexos com a situação profissional do decisor. Segundo a posição destes dois autores, o fator de ascendência que o traficante detém sobre a entidade pública não poderá resultar de uma relação de parentesco ou amizade, terá de ter necessariamente como causa a situação profissional do decisor.

Em sentido contrário é a opinião sufragada por Paulo Pinto de Albuquerque⁷⁷ que considera que a influência “pode resultar de qualquer tipo de ascendente sobre o decisor, seja de natureza familiar, profissional, creditícia, religiosa, afetiva ou outra natureza”.

Concordamos com a posição de Paulo Pinto de Albuquerque, uma vez que entendemos que a influência que o traficante detém pode advir de qualquer tipo de relação, seja ela de natureza familiar, afetiva, profissional ou qualquer outra. De facto, o relevante é que existe uma influência do traficante sobre o decisor e não a origem dessa influência. Mesmo nos casos em que a influência é exercida em virtude de uma relação de parentesco que o traficante detém sobre o decisor, o bem jurídico tutelado, a imagem do Estado de Direito e o prestígio das suas instituições é igualmente afetado. *Per si* o ato de influenciar a entidade pública coloca em descrédito toda a Administração Pública.

⁷⁵ PEREIRA, Margarida SILVA in ob cit, p. 297

⁷⁶ Cfr. CAEIRO, Pedro, Anotação ao artigo 335º do Código Penal, p. 281

⁷⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto in ob.cit p. 1086

Acrescente-se que quando os traficantes de influência são amigos ou familiares do decisor público têm, tal como aqueles que apenas mantêm com este último uma relação profissional, igual ou mesmo maior capacidade de influenciarem nas suas decisões, constringendo-o a tomar a decisão que pretendem. Não se vislumbra qualquer razão nem a letra da lei restringe a punição apenas aos casos em que a influência do traficante resulta de uma relação profissional com o decisor público.

A relevância penal é a mesma, em ambos os casos o decisor público decide em virtude da influência que sobre ele foi exercida, pelo que não se compreenderia que as condutas influenciadoras resultantes de relações pessoais ficassem impunes, ao passo que as resultantes de relações profissionais não, até porque o bem jurídico é, da mesma forma, lesado. O que se pretende proteger é a imagem do Estado de Direito e de uma Administração Pública imparcial que não cede a pressões exteriores, o que não sucede se o decisor público se deixa influenciar, seja qual for a origem da influência sobre si exercida.

6. A decisão

A influência exercida pelo traficante pretende alcançar uma decisão favorável, lícita ou ilícita. Tal decisão tem que se obter de forma ilegal, isto é, através do exercício de influência junto da entidade pública.

Estamos aqui sempre a falar de uma decisão que se deve apresentar coincidente com os interesses do comprador de influência⁷⁸, revelando-se-lhe favorável. Esta decisão pode traduzir-se numa contratação, num parecer positivo a um projeto, entre muitos outros atos.

A decisão a tomar não pode ser uma decisão livre, consciente e voluntária, ou seja, tem de resultar do exercício da influência, da pressão, constringimento do traficante. Não estaremos perante um caso de tráfico de influência quando a decisão é tomada sem ter existido um acordo prévio para o exercício da influência. Portanto, mesmo que decisão que vem a ser tomada seja favorável, não existe crime se a decisão se baseou noutras razões que não a influência exercida pelo traficante.

⁷⁸ Cfr. CAEIRO, Pedro, Anotação ao artigo 335º do Código Penal, p. 283

O tráfico de influência é punido quer seja para obter uma decisão ilícita, em que falamos de tráfico de influência próprio, quer seja para obter uma decisão lícita, o designado tráfico de influência impróprio, apenas variando a moldura penal prevista para cada um, à semelhança do que sucede no crime de corrupção para ato ilícito ou lícito. A tomada de uma decisão ilícita impõe que a entidade pública pratique ou omita um ato em violação aos deveres do seu cargo⁷⁹.

A punição do tráfico de influência quando se visa obter uma decisão lícita protege também o bem jurídico em causa, pois o traficante ao influenciar o processo de tomada de decisão da entidade pública, faz com que esta tome uma decisão “viciada”, atendendo a interesses particulares ao invés de atender ao interesse público e aos critérios legais que devem guiar a sua decisão. Claro está que estes casos serão punidos com uma moldura penal menor uma vez que o que é ilícito aqui é apenas o exercício da influência para obter uma decisão favorável, e não também a decisão.

A incriminação do exercício de influência para obtenção de decisão lícita é acompanhada por algumas dificuldades, sobretudo no que diz respeito aos casos abrangidos pela discricionariedade administrativa, os quais muitas vezes envolvendo outros participantes, o que torna a prova da existência de influência do terceiro muito complexa, principalmente pela aplicação do *princípio in dubio pro reo*⁸⁰. Em campos em que há discricionariedade é difícil discernir a decisão tomada com base em interesses pessoais do decisor ou de terceiro da decisão tomada na prossecução do interesse público.

A lei não prevê o tráfico de influência ativo impróprio, ou seja, o comprador de influência apenas é punido se a decisão que pretende obter é ilícita. Como já se referiu supra, discordamos da não punição do comprador de influência nessas circunstâncias porque, apesar de o comprador visar acelerar o processo administrativo para a obtenção de uma decisão lícita e, portanto, a que sempre teria direito, a simples celebração desse acordo coloca em causa a imagem da Administração Pública e do Estado de Direito. Em ambos os casos transmite-se uma imagem de uma Administração permeável a pressões exteriores e de que tudo funciona com base em influências. Ainda que o comprador de influência pretenda obter uma decisão lícita e que, portanto, obteria mesmo sem o tráfico de influência, está a contornar os trâmites legais do processo de decisão. Coloca-se ainda

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto in ob.cit p. 1190

⁸⁰ Neste sentido, PEREIRA, Margarida Silva in ob.cit, p.324

em causa o princípio da igualdade de tratamento de todos os cidadãos perante o Estado, pois aqueles que podem comprar influência verão os seus processos e interesses atendidos mais celeremente. Não releva só a licitude da decisão final, mas também os meios usados para a atingir. Sustentamos que, de *jure condendo*, deve ser punido também o comprador no tráfico de influência impróprio, ou seja, quando o que se visa lograr é uma decisão lícita, já que só assim se dará pleno cumprimento à intenção do legislador quando incriminou a conduta em causa.

V. O tipo subjetivo

7. O dolo

O crime de tráfico de influência é um crime necessariamente doloso⁸¹. Dolo esse que se pode apresentar sob qualquer modalidade: dolo direto, dolo necessário ou dolo eventual⁸². O vendedor apresenta-se com uma vontade consciente, livre e esclarecida orientada para a obtenção de uma qualquer vantagem ou promessa de vantagem, como pagamento pela influência que exerceu junto de uma entidade pública. Do outro lado, o comprador apresenta essa vontade dirigida à influência que adquiriu mediante uma contrapartida que deu ou prometeu dar e que, por conseguinte, o traficante virá a exercer.

Não se pode, assim, falar de crime de tráfico de influência negligente, dado que o traficante tem de pretender exercer influência em troca de uma vontade e, por sua vez, o comprador tem de oferecer ou prometer uma vantagem com a intenção de obter uma decisão vantajosa para si.

Relativamente ao erro previsto no previsto no artigo 16.º do Código Penal que exclui o dolo, este ocorre quando falta ao agente o conhecimento da totalidade das circunstâncias, de facto ou de direito, descritivas ou normativas, do facto⁸³.

O agente pode invocar o desconhecimento da proibição legal, o que excluirá o dolo, quando existam “condutas em que a relevância axiológica é pouco significativa, ou seja, quando for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto”⁸⁴

No caso do crime de tráfico de influência, atualmente o bem jurídico protegido já é manifestamente conhecido e aceite pela comunidade e, igualmente reconhecido o desvalor da conduta em causa, pelo que o agente não poderá invocar o desconhecimento da sua proibição legal. Ao cometer o crime de tráfico de influência o agente sabe que está a praticar um crime, que a sua conduta é proibida por lei e que dessa forma está a lesar a imagem do Estado de Direito e o funcionamento das suas instituições que deverá pautar-se pela imparcialidade e igualdade de todos os cidadãos.

⁸¹ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito de dolo e suas modalidades consultar DIAS, Jorge de Figueiredo *in ob cit* p.349 e SILVA, Germano Marques da *in* Direito Penal Português, Parte II Teoria do Crime, Editorial Verbo, 2005, pp.176

⁸² Artigo 14º Código Penal

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo, *in ob.cit*, pp.356

⁸⁴ Dias, Jorge de Figueiredo *in ob.cit*, pp.363

Existem, porém casos complexos de erro, basta pensar na distinção entre o tráfico de influência e o *lobbying* lícito que nem sempre é clara. Haverá ainda casos em que apesar do agente conhecer a lei, desconhece a ilicitude, o que excluirá a culpa do agente, nos termos do artigo 17º do Código Penal.

8. A tentativa

A tentativa, segundo o artigo 22º do Código Penal, é a prática de atos de execução do crime, sem que se verifique a consumação do mesmo.

A tentativa é a realização incompleta do comportamento típico de um determinado tipo de crime previsto na lei.⁸⁵

O crime de tráfico de influência previsto no n.º1 do artigo 335.º do Código Penal consuma-se com a solicitação ou aceitação da vantagem pelo traficante de influência. Já o crime de tráfico de influência previsto no n.º2 do artigo 335.º do Código Penal consuma-se com a dádiva ou promessa da dádiva da vantagem patrimonial ou não patrimonial pelo comprador da influência.

O artigo 23º, n.º1 do Código penal preceitua que “a tentativa só é punível se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

Tendo em conta as molduras penais abstratamente aplicáveis, apenas a tentativa de solicitação ou aceitação de vantagem para o exercício de influência junto de decisor público para a obtenção de uma decisão ilícita favorável é punível já que apenas neste caso temos uma moldura penal superior a 3 anos ⁸⁶.

Se, aquando da celebração do negócio para o tráfico de influência, a decisão já ocorreu, estaremos a falar de um caso de tentativa impossível.

A desistência do crime tem relevância penal, não sendo o agente objeto de qualquer responsabilidade penal, nos termos do artigo 24.º do Código Penal. Haverá desistência relevante se o traficante voluntariamente desistir do acordo, ainda que os motivos sejam insindicáveis: é suficiente que o acordo não se celebre porque as partes

⁸⁵ SILVA, Germano Marques da in Direito Penal Português, Parte II Teoria do Crime, Editorial Verbo, 2005, pp.255

⁸⁶GARCIA, Miguez e RIO, Castela, Código Penal- Parte Geral e Especial (com notas e comentários), Coimbra, Almedina, 2015, anotação 10 ao artigo 335º

não chegam a consenso, por exemplo, sobre o montante ou a espécie da vantagem em causa⁸⁷.

A não punibilidade do agente justifica-se porque as necessidades de prevenção geral e especial que fundamentam a aplicação das penas já não se fazem sentir⁸⁸.

⁸⁷ CAEIRO, Pedro in ob,cit, p.284

⁸⁸ Dias, Jorge de Figueiredo in ob.cit, p.731

VI. A questão da influência suposta

Concluída a análise do crime de tráfico de influência, cumpre focar no ponto central desta da dissertação que se prende com o problema do tráfico de influência suposta.

A influência suposta (“pretextada”) não estava prevista na versão inicial do Código Penal, tendo sido introduzida em 1998 com a revisão operada ao Código Penal⁸⁹ e desde aí objeto de controvérsias na doutrina.

Estamos perante uma influência suposta quando o traficante alardeia possuir uma influência sobre uma entidade pública que na realidade não detém, fazendo uso de artifícios destinados a convencer o comprador da existência dessa influência, de modo a negociar com este a presumida influência a troco de uma vantagem. Assim, o traficante receberá uma vantagem para exercer uma influência que não tem, nem no momento da celebração do negócio, nem terá no futuro.

A norma atual que prevê o tráfico de influência incrimina de forma clara, quer a influência real, quer a influência suposta. A introdução deste elemento do tipo não é isenta de críticas, sendo objeto de discussão por parte da doutrina portuguesa. Os vários autores que se têm debruçado sobre esta questão têm procurado encontrar qual a justificação para a punição do tráfico de uma influência suposta, ou seja, até que ponto a celebração de um acordo para o exercício de uma influência que nem sequer existe lesa o bem jurídico protegido pela incriminação.

Manifestando-se contra a punição do tráfico de uma influência meramente suposta, inexistente podemos identificar Margarida Silva Pereira e Pedro Caeiro. Margarida Silva Pereira⁹⁰, ao tempo, entendia que a *ratio* da incriminação do tráfico de influência residia no perigo de se comprometer o funcionamento isento da Administração pelo que os casos de influência suposta não seriam suficientemente lesivos para merecerem dignidade penal porquanto o traficante não seria dotado de especiais poderes para constranger o decisor público e, dessa forma, desencadear uma decisão injusta, contrária à legalidade administrativa, por parte da Administração.

Também Pedro Caeiro rejeita a incriminação da influência suposta, por a reputar inconstitucional uma vez que aquela não afeta o bem jurídico protegido e, por conseguinte

⁸⁹ Lei n.º 65/98, de 2 de setembro

⁹⁰ Neste sentido, PEREIRA, Margarida Silva, in ob.cit, p.323

violar o princípio da necessidade da lei criminal, previsto no artigo 18.º n.º2 da Constituição da República Portuguesa. Nos casos em que o agente não detém verdadeira influência falar-se-ia, quando muito, de um caso de tentativa impossível de tráfico de influência. O autor refere que a incriminação da influência inexistente esteve sempre ligada à proteção de outros bens jurídicos, nomeadamente o património do comprador e o prestígio da Administração. Deste modo, para o autor é “necessário que o agente realmente detenha influência sobre o decisor no momento em que celebra o acordo (não importa se vem a perdê-la, num momento posterior, antes de poder exercê-la), não bastando que a alardeie”.⁹¹.

Para a doutrina que sustenta que a influência deve efetivamente existir, ser real, exigindo que agente aquando da celebração do acordo possua efetivamente uma influência junto do decisor, incluir a influência suposta no âmbito do tipo de tráfico de influência é inconstitucional por violação do princípio da necessidade da lei criminal, previsto no artigo 18.º n.º2 da Constituição da República Portuguesa. Entendem os defensores da inconstitucionalidade que não se vislumbra qualquer perigo para o funcionamento da Administração. Ora, prescreve o princípio da necessidade da lei penal que a lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias, dentro dos limites do que se afigura necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Seguindo o entendimento dos autores supramencionados, não sendo colocado em perigo o bem jurídico que se pretende proteger com a incriminação, a lei estaria a extravasar os limites da sua atuação.

Salvo o devido respeito, sufragamos uma posição distinta. As condutas que consistem em influência suposta, as designadas “*simulações de influência*” por Margarida Silva Pereira, são dotadas de dignidade penal, dada a danosidade social que apresentam, a qual é idónea a lesar o valor jurídico-constitucional da imagem e realização do Estado de Direito, constante do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, nos termos já explicados. O bem jurídico protegido pelo crime de tráfico de influência é lesado mesmo quando a influência prometida é inexistente, dado que a imagem que se transmite aos cidadãos é de uma Administração corrupta, o que redundará na falta de confiança dos cidadãos e na descrença nos valores do Estado de Direito.

⁹¹ CAEIRO, Pedro in ob,cit, p.281

Também não acompanhamos o entendimento de Pedro Caeiro quando refere que a incriminação do “valimento inexistente” esteve sempre associado, ao longo da História, à proteção do património do comprador de influência. Este argumento é desde logo refutado se tivermos em linha de conta a inserção sistemática do crime de tráfico de influência no Código Penal Português na secção dos Crimes Contra Realização do Estado de Direito, diferentemente do que sucede, por exemplo, com o crime de burla previsto no artigo 217.º do Código Penal, situado no capítulo dos Crimes contra o Património e que visa a tutela do património da vítima/burlado. Para a refutação deste raciocínio concorre também o facto de a norma abarcar as situações de influência real, casos em que o património do comprador não é lesado. Acresce a isto o facto de o comprador de influência nunca surge como vítima no crime em apreço, mas sim como autor, nos termos do nº2 do artigo 335.º, pelo que o seu património não é, em caso algum, tutelado pelo crime em análise.

Intimamente ligada à questão da inconstitucionalidade da incriminação da influência suposta está a problemática do bem jurídico que se pretende tutelar com a incriminação objeto de análise. Tal como já anteriormente defendido, entendemos que o bem jurídico protegido é a realização Estado de Direito, na vertente de dignidade do Estado.

Desta forma, é irrelevante se a influência é real ou suposta já que em ambos os casos o bem jurídico é ferido. Isto porque a mera proclamação por parte do traficante de um poder de influenciar a entidade pública na tomada da sua decisão é o suficiente para manchar a imagem do Estado de Direito, o prestígio das suas instituições e a imparcialidade que deve pautar a função pública. Transmite-se a imagem de uma Administração que cede a pressões e que, ao invés de prosseguir o interesse público, satisfaz interesses particulares. Tudo isto conduz à falta de confiança dos cidadãos no justo funcionamento da Administração.

Neste sentido, entendemos que o simples facto de o traficante se mostrar disponível para mercadejar uma influência com o comprador, mesmo que inexistente, é suficiente para que, a comunidade passe a ver a Administração Pública e os seus funcionários como facilmente corrompíveis. O Estado de Direito passa a ser visto como um Estado corrupto, é a própria credibilidade do Estado de Direito e os seus valores que

são postos em causa e nisto reside a necessidade da incriminação da influência suposta e, consequentemente, a sua constitucionalidade.

Miriam Cugat Mauri⁹² refere que quem identifica como o bem jurídico aqui tutelado o prestígio da Administração Pública, a sua violação sucede também em casos de influência suposta ou que não se pretendem exercer, já que mesmo nesses casos se transmitirá a imagem de que os funcionários em geral são corrompíveis.

Ora, indubitavelmente a posição que se toma em relação à incriminação da influência suposta estará sempre correlacionada com o entendimento que se tem do bem jurídico tutelado pela norma em estudo.

Tal como já referido, a doutrina maioritária, ilustrada pelas opiniões de Margarida Silva Pereira e Pedro Caeiro, entende que o bem jurídico tutelado pela incriminação do tráfico de influência é a autonomia intencional do estado. A razão da incriminação residiria no “desvalor de um pacto ilícito criador de perigo para o funcionamento isento da administração⁹³”. Ou seja, a norma penal apenas existiria para evitar que a função pública seja influenciada a tomar decisões que privilegiem interesses privados, ao invés do interesse público, o que não sucederá se a influência que o traficante proclama não existe. Assim, a incriminação da influência suposta, por não colocar em perigo o bem jurídico defendido não é aceite por estes autores.

Reforçamos de novo a nossa posição, segundo a qual a autonomia intencional não é o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do tráfico de influência, mas sim a imagem e realização do Estado de Direito, colocado em causa quer pela influência real, quer pela influência suposta.

Contudo, impõe-se ainda determinar se a influência suposta, *per si*, será sempre suscetível de punição, ou se, carece de ser acompanhada de uma aparência tal que leve o comprador de influência a crer que a mesma é real. Trata-se, no fundo, de perceber se é suficiente a mera proclamação de uma influência, sem que a mesma aparente ser real ou se é exigível um conjunto de circunstâncias que transmitam credibilidade ao traficante e à influência por si invocada.

Embora a letra da lei não o refira, parece ser de exigir mais do que a simples invocação de influência pelo agente, é necessário que esta se apresente como real, tenha

⁹² MAURI, Miriam Cugat, “El tráfico de influencias en cuatro sentencias”, p.82, disponível em [file:///C:/Users/andre/Downloads/Dialnet-ElTráficoDeInfluenciasEnCuatroSentencias-174690%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/andre/Downloads/Dialnet-ElTráficoDeInfluenciasEnCuatroSentencias-174690%20(1).pdf)

⁹³ Neste sentido, PEREIRA, Margarida Silva, in ob.cit, p.323

credibilidade o suficiente para justificar a crença do comprador na sua existência de tal modo que um homem médio colocado na mesma situação acreditaria na existência da influência. É fundamental que a influência se revista de um conjunto de circunstâncias que credibilizem a sua invocação e que sejam suficientemente persuasivas para que o outro compre a influência. Isto porque se o agente invocar uma influência, desacompanhada de quaisquer fundamentos, não se compreende que o comprador tenha motivos para acreditar na sua existência ou veracidade, caso em que não se coloca em causa o Estado de Direito e as instituições que o compõe.

Deste modo, a influência, ainda que inexistente, deve mostrar-se possível de ser real, só assim levará a que quer o comprador, quer o resto da comunidade acreditem na existência dessa influência e, conseqüentemente, se ponham em causa os mais fundamentais valores do Estado de Direito. Caso contrário, seria incompatível com o princípio da proporcionalidade, punir alguém que se limita a proclamar uma influência junto de um decisor público, sem que tal influência seja acompanhada de circunstâncias que lhe confirmem credibilidade, já que neste caso não se lesaria o bem jurídico em causa.

Em suma, perfilhamos a opinião de que a incriminação da influência suposta não é inconstitucional, já que não fere o princípio da necessidade penal, pois mesmo nos casos de influência suposta o bem jurídico tutelado pela incriminação é lesado. Porém, é necessário que essa influência suposta aparente credibilidade, ou seja, é necessário que o traficante aparente gozar efetivamente de influência junto de uma entidade pública, caso contrário estaríamos e elevar a intervenção do Direito Penal a um extremo inaceitável, dado o seu caráter subsidiário.

VII. Problemas concursais

9. O crime de Burla

Outra questão que tem vindo a ser discutida pela doutrina é a ligação entre a incriminação da influência suposta no crime de tráfico de influência e o crime de burla. Quando o traficante invoca a existência de uma influência que na realidade não detém e celebra com o interessado um negócio para o seu exercício em troca de uma vantagem, estabelece com o comprador uma relação que se assemelha bastante à estabelecida no crime de burla constante do artigo 217.º do Código Penal.

Em ambos os casos, há uma parte que é induzida em erro e que vê a sua expectativa frustrada.

Assim, quando alguém proclama e vende a outrem uma influência, em troca de cujo exercício exige uma vantagem patrimonial ou não, induz essa pessoa em erro. Aqui vislumbramos desde logo a semelhança com o crime de burla em que o agente do crime, com o intuito de obter para si um enriquecimento ilegítimo, induz a vítima em erro, à custa do prejuízo que lhe causa.

Apesar das semelhanças que unem as duas figuras, existem vários aspetos distintivos.

O primeiro aspeto que os separa é desde logo o bem jurídico tutelado que, no caso do crime de burla é o património do burlado, vítima do crime, o que como vimos não é o que sucede no crime de tráfico de influência em que se tutela o Estado de Direito Democrático na sua realização e imagem. Enquanto no crime de burla se tutelam interesses particulares- património do particular burlado, no crime de tráfico de influência, mesmo no caso de influência meramente suposta, tutelam-se interesses públicos, mais concretamente, tutela-se a imagem do Estado de Direito Democrático.

Por outro lado, enquanto no crime de burla existe uma vítima- o burlado, no tráfico de influência suposta não conseguimos identificar uma vítima, já que o comprador de influência é também ele autor nos termos do nº2 do artigo 335º. Portanto, o “presumido” enganado no caso do tráfico de influência suposta que seria o comprador de influência participa ele também no cometimento do crime já que com a celebração do acordo visava obter para si um decisão favorável por parte da Administração Pública, não respeitando os trâmites legais, sabendo que tal era ilícito. Pelo contrário, no crime de burla, o burlado que é a vítima do crime não participa ativamente no cometimento do crime.

Por fim, o crime de tráfico de influência “prescinde da verificação de um dano na esfera patrimonial do comprador da influência pretextada”⁹⁴ enquanto a burla exige a concretização do dano patrimonial.

Cumprе salientar que, no âmbito do tráfico de influência meramente suposta, o comprador da influência quando celebra o negócio acreditando que se trata de influência verdadeira tem em vista um fim ilícito e, como tal, vendo frustrada a sua expectativa não poderá pedir proteção pelo Direito quando o que ele pretendia era cometer um crime.

Não se pode colocar a máquina do Estado a defender aqueles que viram os seus crimes frustrados. Desta forma, afasta-se a proteção do comprador de influência enganado através do tipo de burla, previsto no artigo 217.º do Código Penal, uma vez que não há bem jurídico digno de tutela dado que se trata de alguém que foi autor de um outro crime que, no entanto, resultou frustrado.

Conclui-se assim que há uma relação de concurso aparente, consunção⁹⁵, entre o crime de burla e o tráfico de influência nos casos em que o traficante de influência não detinha qualquer influência sobre o decisor e usou de artifícios para convencer o comprador da influência do contrário ou, tendo a influência, a não exerceu.

10. O crime de corrupção

O crime de tráfico de influência apresenta algumas semelhanças com o crime de corrupção⁹⁶, previsto nos artigos 373.º e 374.º do Código Penal Português, contudo dele se distingue em vários aspetos.

O crime de corrupção passiva ocorre quando o funcionário se predispõe a mercadejar com o seu cargo, desviando-se dos deveres adstritos ao cargo que exerce, em

⁹⁴ PEREIRA, Margarida Silva in ob.cit, p.280

⁹⁵ Neste Sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in.ob.cit pp.1087

No sentido de ser uma relação de alternatividade, Pedro Caeiro in ob. cit pp.286, por entender a norma inconstitucional no que diz respeito à incriminação da influência suposta.

⁹⁶ Art. 373º CP- Corrupção Passiva: “1- O funcionário que 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 um a oito anos.”

Art. 374º CP- Corrupção activa: “ 1- Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim indicado no n.º1 do artigo 373.º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.”

benefício próprio ou de terceiro e a corrupção ativa ocorre quando um agente oferece uma vantagem ao funcionário para que ele utilize os poderes do cargo em seu benefício.

O crime de corrupção passiva é um crime cometido no exercício das funções públicas, ou seja, é um crime específico próprio, só podendo ser cometido por determinadas pessoas, no caso funcionários públicos na aceção do artigo 386.º do Código Penal. Pelo contrário, o crime de tráfico de influência é um crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa, não se exigindo qualquer qualidade específica.

Outra grande diferença que separa os dois crimes é o bem jurídico tutelado. O crime de tráfico de influência visa a proteção do Estado de Direito, proteção da imagem da Administração Pública e a confiança que os cidadãos têm no funcionamento democrático das suas instituições. Já no crime de corrupção o bem jurídico que está na sua base é a integridade do exercício das funções públicas⁹⁷.

Outra diferença entre os dois crimes é a moldura penal aplicável ao agente. O crime de corrupção passiva para ato ou omissão contrário aos deveres do cargo prevê a moldura penal mais elevada entre os crimes de corrupção, entre um e oito anos e, no caso de corrupção passiva para ato ou omissão não contrário aos deveres do cargo, a moldura é entre um e cinco anos. No crime de tráfico de influência “passivo” (usando a mesma terminologia usada nos artigos da corrupção) a pena vai de um a 5 anos se a decisão que se pretende obter é ilícita e, caso a decisão a obter seja lícita a moldura penal vai até 3 anos.

Quanto à vantagem, no crime de tráfico de influência, como no crime de corrupção pode ser patrimonial ou não patrimonial, tem de ser indevida e uma contraprestação da conduta do funcionário público, sendo necessário ter em atenção o critério da adequação social. Ambos os crimes se consumam com a solicitação ou aceitação da vantagem, não sendo necessário que o funcionário receba qualquer vantagem.

Quer no tráfico de influência passivo, quer na corrupção passiva se prevê a punição quando se visa uma decisão lícita ou ato ou omissão não contrários aos deveres do cargo, isto porque os funcionários devem atuar seguindo os critérios legais e não com base em motivações externas e o único pagamento que devem receber é o que advém só e apenas da sua retribuição pelo seu trabalho.

⁹⁷ ALBURQUERQUE, Paulo Pinto de, in ob.cit, pp. 1185 e 1190.

No fundo, o crime de tráfico de influência traduz uma tutela antecipada dos crimes de corrupção, pretende-se evitar que se verifiquem os crimes de corrupção, pelo que é natural existirem aspetos comuns entre os mesmos.

Dada essa tutela antecipatória do crime de tráfico de influência, poderão existir situações de concursos entre os dois crimes.

Assim, o traficante de influência que venha a corromper um decisor público comete, em concurso efetivo, o crime de corrupção ativa previsto no artigo 374.º do Código Penal, se ocorrerem os elementos constitutivos deste tipo de crime, e o crime de tráfico de influência. A solução passa pelo concurso efetivo, pois como diz Margarida Silva Pereira “a corrupção entra em cena após a consumação do tráfico de influência, e não há como reconduzir todo o comportamento a uma unidade típica.”⁹⁸.

No que diz respeito ao comprador, nesta primeira hipótese, este será punido por tráfico de influência se apenas previu e quis que o traficante exercesse influência, pelo contrário, já será punido por corrupção ativa a título de instigador se desde o início sabia e quis que o traficante corrompesse o funcionário público.

Já na hipótese de o traficante ser funcionário colocam-se questões bem mais complexas. Se considerarmos que o ato de não influenciar não cabe no âmbito dos deveres do cargo do funcionário público, estaremos perante um concurso real entre o crime de tráfico de influência e o crime de corrupção ativa. Já se partirmos do pressuposto de que exercer influência sob outrem constitui sempre um ato contrário aos deveres do cargo e a celebração do acordo se subsumir ao tipo de corrupção passiva para ato ilícito, estaremos perante um concurso aparente de normas. Trata-se de um concurso aparente de normas em que existe uma relação de subsidiariedade entre o crime de tráfico de influência e o crime de corrupção passiva, ou seja, há entre estas normas um campo de aplicação comum, embora cada uma delas tenha também um campo de aplicação diferenciado não abrangido pela outra⁹⁹. Resolve-se estes casos aplicando-se a norma que pune mais gravemente o facto, a qual melhor cumpre os fins da ordem jurídica penal, o que no caso se traduz na punição do agente pelo crime de corrupção passiva.

⁹⁸ PEREIRA, Margarida Silva in ob.cit, p.333

⁹⁹ Para mais desenvolvimento sobre o concurso de crimes, SILVA, Germano Marques da, Direito Penal Português Parte Geral I- Introdução e Teoria da Lei Penal, Editorial Verbo, 2001, pp. 325 e ss

Desta forma, o comprador deverá responder por um crime de corrupção ativa como autor imediato, constituindo o funcionário- traficante a “interposta pessoa” nos termos do artigo 374º.

VIII. Conclusão

Chegados ao fim desta dissertação em que nos procuramos focar nos aspetos mais importantes acerca do crime de tráfico de influência, mostra-se pertinente retirar dela algumas conclusões.

Após décadas desaparecido, o crime de tráfico de influência voltou ao Código Penal Português em 1995, tendo sido fruto do acordo dos partidos com assento na Assembleia da República.

A sua incriminação impôs-se fruto de algumas condutas que, por não se subsumirem ao tipo da corrupção resultavam impunes, o que era repudiado pela sociedade. Tratava-se de práticas que colocavam em causa a força do Estado de Direito, causando nos cidadãos um enorme descrédito no seu funcionamento, pelo queurgia uma reação por parte do legislador.

Sustentamos que o bem jurídico protegido com a incriminação é, não a autonomia intencional do Estado como advoga a maioria da jurisprudência e doutrina, mas sim a realização do Estado de Direito na vertente da dignidade do Estado, na medida em que, trate-se de uma influência real ou suposta, aquele verá a sua imagem desacreditada perante os cidadãos, que passarão a perspetivar a atuação da Administração Pública como não se submetendo ao Direito, nomeadamente aos princípios da imparcialidade, da legalidade da decisão administrativa e da igualdade dos cidadãos perante a lei. É a imagem do Estado de Direito que se pretende salvaguardar com este tipo legal, incriminando-se as condutas que a põe em causa.

Este crime, contrariamente ao crime de corrupção que só pode ser praticado por funcionários públicos, pode ser praticado por qualquer pessoa, tratando-se por isso de um crime comum. Com a prática deste crime visa-se o exercício de influência sobre uma entidade pública que é toda aquela cuja atividade se pauta pela prossecução do interesse público. As entidades públicas são as entidades servidas pelos agentes descritos nos artigos 386.º do Código Penal, às quais entendemos acrescentar os órgãos políticos e a magistratura.

O crime de tráfico de influência consuma-se, da parte do vendedor de influência quando este solicita ou aceita para si uma qualquer vantagem, enquanto do lado do comprador consuma-se quando este dá ou promete uma qualquer vantagem. Trata-se,

portanto, de atuações que são independentes uma da outra, podendo dar lugar e, muitas vezes darão, a punições diversas.

Para a consumação é indiferente se a influência é efetivamente exercida ou se a entidade pública emite ou não a decisão favorável, visto que o que se pune é o traficar da influência e não a efetiva influência. A simples solicitação ou aceitação da vantagem, assim como a simples oferta ou promessa de vantagem violam o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, já que a imagem da Administração Pública é desde logo comprometida. A simples possibilidade de um particular poder interferir num processo de decisão público ou de se oferecer tal possibilidade a um terceiro difunde a imagem de um Estado Corrupto permeável às influências dos cidadãos.

No tráfico de influência, tal como na corrupção, tem de existir sempre uma vantagem, seja ela patrimonial ou não patrimonial, destine-se ela ao traficante ou a um terceiro, já que não falaremos de tráfico de influência se esta não existir, serão os chamados casos de “tráfico desinteressado”. Essa vantagem traduzirá a contrapartida pelo exercício da influência, não lhe poderá ser devida por lei pelo exercício do seu trabalho, mas sim resultar do mercadejar do cargo. Fundamental é que a vantagem tenha relevância penal, sendo necessário proceder a um juízo de adequação social, ficando excluídas as vantagens socialmente adequadas, e por sua vez não preenchido o tipo legal.

Quanto à influência que se traduz num poder, ascendência, superioridade que alguém detém em relação a outrem, esta pode ter na sua origem o mais variado tipo de relações, desde relações profissionais a familiares ou afetivas. Não se antevê na lei qualquer intenção de restringir a influência apenas aos casos de relação profissional, como sustentam alguns autores, até porque a capacidade de influenciar em casos de relação pessoal pode ser igual ou até maior e, ademais, verifica-se na mesma a lesão da imagem do Estado de Direito.

Defendemos ainda que se pode tratar de uma influência meramente suposta, inexistente desde que esta seja acompanhada de um circunstancialismo tal que leve o comprador a acreditar na sua existência, de tal modo que um homem médio colocado na mesma posição também acreditaria. E assim é porque, caso contrário, não se antevia qualquer lesão no bem jurídico em causa, o que por sua vez afastaria a necessidade de intervenção do Direito. A influência suposta não é, no nosso entender, inconstitucional porque mesmo nesse caso verifica-se um dano no bem jurídico já que a mera proclamação

de um poder de influenciar as entidades públicas lesa a imagem do Estado de Direito Democrático. Exista ou não a influência por parte do agente, difunde-se a imagem de um Estado que funciona consoante as influências sobre si exercidas, o que justifica a necessidade da pena. Quer num caso, que noutro, o Estado de Direito passa a ser visto como um Estado corrupto e é isso que se pretende evitar também com a incriminação da influência suposta.

No que diz respeito aos casos em que o traficante alardeia ter uma influência que, na verdade, não possui, entendemos não se tratar de um crime de burla, previsto no artigo 217.º do Código Penal, já que já que o agente visava cometer um crime e, portanto, vendo frustrado essa sua intenção, não pode vir reclamar proteção ao Direito. Verifica-se uma relação de concurso aparente, consunção entre o crime de burla e o tráfico de influência nos casos em que o traficante, sabendo não possuir qualquer influência sobre o decisor, utilizou artifícios para convencer o comprador da influência do contrário ou, tendo a influência, a não exerceu. Não se vislumbra nestes casos um bem jurídico digno de tutela penal.

No que diz respeito ao concurso com o crime de corrupção, são vários os aspetos que os unem, pelo que situações de concurso entre os dois crimes são muito frequentes e, por vezes, de difícil resolução. Assim, o traficante de influência que exerça influência junto de um decisor público comete, em concurso efetivo, o crime de corrupção ativa previsto no artigo 374.º, caso se verifiquem os elementos constitutivos deste tipo crime, e o crime de tráfico de influência previsto no artigo 335.º. A solução passará pelo concurso efetivo porque teremos uma pluralidade de sentidos sociais autónomos dos ilícitos típicos cometidos, e portanto, uma pluralidade de factos puníveis¹⁰⁰. Já no caso de o traficante ser também ele funcionário e o acordo celebrado se subsumir ao tipo da corrupção passiva para ato ilícito, já que o ato de exercer influência é um ato que vai contra os deveres do cargo, o agente será punido pelo crime de corrupção passiva previsto no artigo 373º, uma vez que é a norma que pune mais gravemente o facto. No que respeita ao comprador de influência, sendo o traficante funcionário, será punido como autor imediato do crime de corrupção ativa previsto no artigo 374º, uma vez que o funcionário-traficante se constitui como “interposta pessoa”.

¹⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, “Direito Penal Geral”, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007, p. 114

Concluimos assim que o crime de tráfico de influência é cada vez mais importante no contexto social em que vivemos, merecendo cada vez mais a atenção da opinião pública que vê este tipo de crimes como nefastos para toda a sociedade e para o funcionamento do Estado de Direito. As condenações por este tipo de crimes, sobretudo no meio político, causam o descrédito da sociedade no Estado de Direito e naqueles que nos governam, pelo que se mostra fundamental prevenir este tipo de práticas.

IX. Bibliografia

- 1) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, «Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», 3.^a Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015
- 2) ANDRADE, Costa, A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico», in Direito Penal Económico e Europeu - Textos Doutrinários, I (1985)
- 3) CAEIRO, Pedro, “Tráfico de influência – artigo 335.º”, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, tomo III, Figueiredo Dias (dir.), Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 275-287
- 4) COSTA, António Manuel de Almeida, “Sobre o crime de corrupção”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º especial, Coimbra, 1984
- 5) DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal: Parte Geral, Tomo. I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- 6) FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, “Crimes de corrupção e de concussão”, in Scientia Iuridica, tomo X, n.º 52, Março – Abril, 1961, Editorial Scientia & Ars, Braga, 1961 [pp.205 – 229]
- 7) FERRÃO, Fernando da Silva, «Theoria do Direito Penal Applicado ao Código Penal Portuguez», Vol. VI, 1856, 57.
- 8) FREIRE, Pascoal Mello de, «Ensaio do Código Criminal», Lisboa, 1823
- 9) GONÇALVES, M. Maia, «Código Penal Português: Anotado e comentado e Legislação Complementar», 13^a Ed., Almedina, Coimbra, 2007
- 10) JORDÃO, Levy Maria, «, Commentário ao Código Penal Portuguez», 1853-54, vol. 4º
- 11) LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, e SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, «Código Penal», 2.^a Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 1997
- 12) LOPES, José Mouraz, “Sobre o novo crime de tráfico de influência (artigo 335.º do Código Penal)” in Revista do Ministério Público nº64, Ano 16.º, 1995.
- 13) MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, in Constituição da República Portuguesa Anotada, 3^a Edição, Tomo 2010,
- 14) OSÓRIO, Luís, «Notas ao Código Penal Português», 2^a ed., Vol. IV

- 15) PEREIRA, Margarida Silva, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência», in Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, MARIA FERNANDA PALMA e TERESA PIZARRO BELEZA (org.), Lisboa, AAFDL, 1998
- 16) PEREIRA, Victor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre, Código Penal. Anotado e Comentado. Legislação Conexa e Complementar, 2.^a ed., Quid Juris, Lisboa, 2014
- 17) PLANAS, Gabriel Garcías, «El nuevo delito de tráfico de influencias», in Poder Judicial, 2.^a época, n.º 29, Marzo 1993, Madrid, Consejo General del Poder Judicial [pp. 21 – 33]
- 18) PRATS, Fermín Morales Y PUERTA, María José Rodríguez, in Comentários a la Parte Especial del Derecho Penal, OLIVARES, Gonzalo Quintero, 2.^a edición, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- 19) PRATA, Ana; VEIGA, Catarina; PIZARRO DE ALMEIDA, Carlota- *Dicionário Jurídico*- Vol II- Direito Penal e Processual Penal, 3.ed. Coimbra, Almedina, 2018
- 20) SILVA, Germano Marques da, Direito Penal Português- Parte Geral II Teoria do Crime, 2.^a Edição, Editorial Verbo, 2005
- 21) SILVA, Germano Marques da, Responsabilidade Penal dos Dirigentes das Sociedades, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021

DOCUMENTOS CONSULTADOS ONLNE

BITENCOURT, Cezar Roberto , *Uma revisão conceitual do crime de tráfico de influência*, in Criminologia e Sistemas Jurídico-penais contemporâneos, RUTH MARIA CHITTÓ GAUER (org), EDIPURCS, 2008, disponível para consulta em <https://books.google.pt/books?id=ZbPffQmfy3IC&pg=PA184&lpg=PA184&dq=cezar+roberto+bitencourt+rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativo#v=onepage&q=cezar%20roberto%20bitencourt%20rela%C3%A7%C3%A3o%20triangular%20entre%20sujeito%20ativo&f=false>

Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, disponível para consulta em https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf

Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, disponível para consulta em http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_penal_sobre_corrucao.pdf

Convenção contra a Corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais

http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/convencao_luta_contra_corrupcao_agentes_publici_estrang_transacoes_comerciais_internac.pdf

Crime de Tráfico de Influência- Enquadramento jurídico, prática e gestão processual, Trabalhos do 2.º Ciclo do 34º Curso, Abril 2021, Centro de Estudos Judiciários, disponível para consulta em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_Trafico_Influencia_MP.pdf

COSTA, Álvaro Mayrink da , *Criminalidade na Administração Pública – Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio*, in Revista da EMERJ - v. 13 n. 52 – 2010, disponível para consulta em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf

DELGADO, Julio A. Rodriguez, *El Solicitante En Las Influencias Traficadas: ¿todos son culpables?*, disponível para consulta em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16184/16601>

MAURI, Miriam Cugat, *El tráfico de influencias en cuatro sentencias*, disponível para consulta em [file:///C:/Users/andre/Downloads/Dialnet-ElTraficoDeInfluenciasEnCuatroSentencias-174690%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/andre/Downloads/Dialnet-ElTraficoDeInfluenciasEnCuatroSentencias-174690%20(1).pdf)

EUCLIDES, DÂMSO SIMÕES, *Breves notas à Lei n.º 30/2015, contra a corrupção*, in Revista Julgar online, maio de 2015, disponível para consulta em <http://julgar.pt/breves-notas-a-lei-n-o-302015-contra-a-corrupcao/>

LORENTE, José Muñoz, *Delito de trafico de influencias*, in Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad, fevereiro de 2015, disponível para consulta em <file:///C:/Users/andre/Downloads/2247-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1912-1-10-20140926.pdf>

PRADO, Luiz Regis, *Revista de Derecho Penal y criminologia*, 3ª Época nº1, 2009, disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_brasil.htm#_ftn89