



PEDRO SÁ MACHADO

OS “CRIMES DE DETENÇÃO” E A “DETENÇÃO-DE-UMA-COISA-MÓVEL” NO DIREITO PENAL PORTUGUÊS

Mestrado em Direito, Dissertação em Ciências Jurídico-Criminais

2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PEDRO SÁ MACHADO

Os “crimes de detenção” e a “detenção-de-uma-coisa-móvel” no direito penal português: problemas conceptuais, dogmáticos e político-criminais

*Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do
2.º Ciclo de Estudo em Direito (conducente ao grau
de Mestre), na Área de Especialização em Ciências
Jurídico-Criminais*

Orientador: Susana Maria Aires de Sousa

Coimbra, 2015

Nota: *a presente dissertação é escrita conforme o antigo acordo ortográfico da Língua Portuguesa.*

SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - parágrafo

al. – alínea

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGH – Bundesgerichtshof [Tribunal Federal Alemão]

CC – Código Civil

CCCP – Comentário Conimbricense do Código Penal

CEP – Código de Execução de Penas e Medidas Privativas da Liberdade

Cfr. – conferir

cit. – citado

CP – Código Penal

CPI – Código da Propriedade Industrial

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

MPC – Model Penal Code

p./pp. – página / páginas

p. ex. – por exemplo

RMP – Revista do Ministério Público

RPCC – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

s. / ss. – seguinte / seguintes

vol. – volume

LEGISLAÇÃO PRINCIPAL

- “Legislação de combate à droga”: Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, na 23ª versão, a alteração mais recente pela Lei n.º 77/2014, de 11 de Novembro
- “Lei antidopagem no desporto”: Lei n.º38/2012, de 28 de agosto, na 2ª versão, alterada pela Lei n.º33/2014, de 16 de Junho
- “Lei da caça”: Lei n.º173/99, de 21 de Setembro, na 3ª versão, a alteração mais recente pelo DL n.º2/2011, de 6 de Janeiro
- “Lei das comunicações electrónicas”: Lei n.º5/2004, de 10 de Fevereiro, na 11ª versão, a alteração mais recente pelo DL n.º35/2014, de 7 de Março
- “Lei do cibercrime”: Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro
- “Lei do jogo”: Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, na 8ª versão, a alteração mais recente pelo DL n.º64/2015, de 29 de Abril
- “Regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública”: Decreto-Lei n.º28/84, de 20 de Janeiro, na 11ª versão, a alteração mais recente pela Lei n.º20/2008, de 21 de Abril
- “Regime das infracções vitivinícolas”: Decreto-Lei, n.º 213/2004, de 23 de Agosto
- “Regime geral das infracções tributárias”: Lei n.º15/2001, de 5 de Junho, na 25ª versão, a alteração mais recente pela Lei n.º 82-E/2014, de 31 de Dezembro
- “Regime jurídico das armas e munições”: Lei n.º5/2006, de 23 de fevereiro, na 6ª versão, a alteração mais recente pela Lei n.º50/2013, de 24 de Julho

ÍNDICE-SUMÁRIO

Introdução: o “desígnio” da dissertação

1. Problemas conceptuais

- 1.1. “detenção” no direito civil
- 1.2. “detenção” no direito processual penal
- 1.3. “detenção” no direito penal

2. Problemas dogmáticos

- 2.1. O tipo objectivo de ilícito
 - 2.1.1. Delimitação dos “crimes de detenção” (de coisas)
 - 2.1.1.1. Delimitação negativa
 - 2.1.1.2. Delimitação positiva
 - 2.1.1.3. Classificação
 - a) puros ou simples
 - b) compostos
 - c) intencionais e intencionais-compostos
 - d) impróprios?
 - 2.1.2. Conceito de “detenção-de-uma-coisa-móvel”
 - 2.1.2.1. Conceito pré-jurídico
 - a) esfera de detenção directa
 - b) esfera de detenção indirecta
 - c) coincidência ou não com a esfera da privacidade
 - d) início e fim da detenção
 - 2.1.2.2. Detenção típica
 - a) conduta activa?
 - b) conduta omissiva?
 - c) um “estado de coisas”?
 - d) detenção duradoura
 - e) conflito com outras actividades típicas
 - f) detenção imprópria

- 2.1.2.3. Em síntese
- 2.1.3. O problema específico da detenção de pornografia de menores
- 2.2. O tipo subjectivo de ilícito
 - 2.2.1. Elemento intelectual
 - 2.2.1.1. Perspectiva de um observador externo: ligação objectiva
 - a) argumento da proximidade
 - b) argumento da propriedade
 - c) argumento do controlo exclusivo do espaço
 - d) argumento do passado recente
 - e) argumento da probabilidade
 - f) ligação objectiva
 - 2.2.1.2. Perspectiva do agente: ligação subjectiva
 - 2.2.1.3. Actualidade da consciência
 - 2.2.2. Elemento volitivo
 - 2.2.3. Detenção negligente?
 - 2.2.4. Em síntese
 - 2.2.5. O problema específico da detenção de pornografia de menores
 - a) Elemento intelectual
 - b) Elemento volitivo
- 2.3. Outras dimensões do problema: breves referências
 - 2.3.1. Tentativa de detenção?
 - 2.3.2. Comparticipação criminosa
 - 2.3.3. Responsabilidade das pessoas colectivas

3. Problemas político-criminais

- 3.1. Resolução de problemas processuais-penais
- 3.2. Falta de autorização ou de licença
- 3.3. A natureza da coisa detida
- 3.4. Lógica de criminalização antecipatória: crimes de perigo
- 3.5. Lógica de criminalização subsequente: crimes de dano

Conclusão: proposições finais

Bibliografia consultada

Jurisprudência consultada

Introdução: “o desígnio” da dissertação

As palavras-chave “detenção”, “detenção-de-uma-coisa-móvel” e “crimes de detenção” reclamam toda a nossa atenção no estudo que se segue. O seu ponto de partida deve ser a verificação de que, tradicionalmente, no âmbito do direito penal português, não têm uma identidade própria reconhecida. São conhecidos estudos relacionados em concreto, p. ex., com a detenção de armas ou com a detenção de estupefacientes, mas *o desígnio* de autonomizar, classificar e sistematizar um conjunto de tipos de crimes com características comuns, os “crimes de detenção”, e de interpretar o alcance do preâmbulo que os unifica, a “detenção”, particularmente a “detenção-de-uma-coisa-móvel”, não está materializado à extensão das ciências jurídico-criminais portuguesas. O significado de um tal desígnio – uma tentativa de “dizer algo um pouco mais novo”¹ – tem de ser visto como constitutivo de diferentes problemas de ordem conceptual, dogmática e político-criminal, obrigando-nos, quanto à estrutura formal da dissertação, a um esforço na separação de planos. *Conceptual*, numa perspectiva mais abrangente, considerando o significado jurídico-intencional que é dado à “detenção” em diferentes contextos normativos; *dogmática*, no espaço do direito penal substantivo, compondo um conceito de “crimes de detenção” e decompondo um conceito de “detenção-de-uma-coisa-móvel”; e *político-criminal*, pelos possíveis interesses subjacentes à criminalização da “detenção”. Uma conjuntura que adensa as mais diversas interrogações e que traduz a tópica fundamental de indiscutível relevância para o estudo que nos propomos a realizar.

Talvez seja importante começar por pôr em evidência alguns autores estrangeiros que, em nosso juízo, particularmente contribuiriam para o estado da investigação em que a temática actualmente se encontra. Na doutrina europeia-continental, especialmente na Alemanha, tenham-se em vista as propostas particulares de Cornelius Nestler (1994), Otto Ladogny (1996), Eberhard Struensee (1999), Ken Eckstein (2001), Friedrich-Christian Schroeder (2003), Walter Gropp (2007) e Claus Roxin (2008); na Áustria, igualmente com idioma alemão, pela voz de Grudun Hochmayr (2005); e, em Espanha, as importantes

¹ Que nos sirva a prosa de Fiódor Dostoiévski, *Crime e Castigo*, traduzido do russo por Filipe e Nina Guerra, Editorial Presença, 2001, p. 245: “Numa palavra, deduzo que todos os homens, e não só os grandes, que saem um pouco que seja dos limites normais, isto é, capazes de dizer algo um pouco mais novo, têm de ser, pela sua natureza, obrigatoriamente criminosos – mais ou menos criminosos, evidentemente. De outro modo, ser-lhes-á difícil sair dos limites, quando não podem aceitar ficar dentro deles, por força também da sua natureza, e, na minha opinião, têm mesmo a obrigação de não aceitar tais limites.”.

investigações de Nuria Pastor (2005) e de Juan Cox Leixelard (2012). Por seu turno, na doutrina anglo-americana, determinantes para a discussão foram Charles Whitebread e Ronald Stevens (1972), Markus Dubber (2005), Douglas Husak (2007), Michael S. Moore (2010), Jonathan Clough (2010) e Andrew Ashworth (2011). Revisitaremos, consoante a oportunidade, muitos destes contributos.

Seria contudo exagerado pensar que com estas influências teríamos as nossas interrogações respondidas ou que as eventuais soluções para os nossos problemas estariam indissolúvelmente ligadas a uma concessão ao pensamento jurídico estrangeiro. Como é evidente, não pretendemos preterir as particularidades do ordenamento jurídico português. Desde logo, a doutrina e a lei dos outros países falam antes em “posse”² e em “crimes de posse”³, ou melhor, a terminologia que o legislador português emprega diverge de todas as outras. Pelo que não seria exacto proceder à lograda transposição dos termos “dali” para “aqui” sem uma correspondência com o enunciado específico da lei penal portuguesa. Podemos até adiantar que os nossos “problemas conceptuais” não partem da “posse” no direito civil nem, tão-pouco, da “posse” no direito processual penal. Mas veja-se para além do sentido linguístico. O tipo incriminador português tem pressupostos objectivos e subjectivos próprios que não coincidem necessariamente nem presumivelmente com outros prescritos na legislação penal dos demais países. Significa isto que a discussão terá que assumir contornos exclusivos, p. ex., no momento de proceder à classificação dos “crimes de detenção” ou no momento de confrontar a “detenção” com outras “actividades típicas” do mesmo tipo de crime. Daí a necessária influência do pensamento jurídico português – por todos, o “Comentário Conimbricense do Código Penal”. Diga-se ainda que a doutrina europeia-continental tem o seu principal enfoque em elementos objectivos, enquanto que a doutrina anglo-americana sobretudo em elementos subjectivos. Quanto a nós, não deixaremos de procurar adaptar “o melhor dos dois mundos” à nossa forma de ver as coisas e à nossa realidade jurídica. Mais do que uma adaptação, uma reflexão ou, idealmente, uma reflexão crítica. Não se afigurará certamente uma “teoria geral da detenção jurídico-penal” mas apenas uma perspectiva de reflexão capaz de nos aproximar de um conceito autónomo de “detenção-de-uma-coisa-móvel” e que nos permita afirmar

² *Possession* (inglês), *posesión* (castelhano), *possesso* (italiano) e *besitz* (alemão). A excepção parte da legislação francesa que se refere à “*détention*” (proveniente do latim “*detentione*”).

³ “*Possession offences*” (inglês), “*delitos de posesión*” (castelhano), “*reati di possesso*” (italiano) e “*besitzdelikte*” (alemão).

uma ligação (objectiva ou subjectiva) entre o detentor e a coisa. E nesta base o que haverá de dizer-se ocupará grande parte do nosso estudo. Para além do mais, variadíssimas questões colocadas em segundo plano serão problematizadas, mesmo que de forma abreviada, como sejam a detenção de dados informáticos, a eventual tentativa de detenção, a detenção na comparticipação e a responsabilidade das pessoas colectivas pela detenção. Um campo de reflexão, ainda assim, reconhecemo-lo, demasiadamente amplo.

Restrinjamos, então, o nosso campo reflexivo. No quadro da exposição em geral faremos mínimas referências jurisprudenciais, dando-se uma clara prioridade ao labor dos juristas doutrinários. No quadro da exposição em especial, uma importante nota para o efeito parte da nossa abstenção no momento de sufragar uma teoria da infracção penal, particularmente no que diz respeito ao conceito de acção (em sentido lato). Ponderar sobre o conceito “geral” de acção e defender uma concepção dogmática implicaria extravasar largamente o objecto de estudo. Depois, não levaremos a cabo uma análise casuística e exaustiva para cada um dos “crimes de detenção” que iremos identificar. Bem pelo contrário, procuraremos analisar o vínculo de ligação, a forma de aparecimento do crime, comum a todos os ilícitos-típicos: a “detenção”. Por fim, não pretendemos oferecer uma solução político-criminal para as dificuldades com que nos iremos deparar, ou seja, deixaremos em aberto a legitimidade político-criminal dos “crimes de detenção”, afastando, desse modo, incursões jurídico-constitucionais determinantes para tal juízo.

Com este enquadramento teórico e metodológico, pode-se dizer que o “desígnio” centra-se num campo reflexivo “prudente” – ou “moderado”, se quisermos – de forma a não comprometer as premissas das proposições finais.

1. Problemas conceptuais

Implicar problemas de ordem conceptual à expressão “detenção” na específica área jurídico-penal não impede, antes reclama, que se procure o sentido jurídico-normativo que outras disciplinas do direito atribuam à mesma, cuja prévia compreensão deve ser obtida para um adequado enquadramento nos “crimes de detenção”. E isto quer dizer, por um lado, que o legislador, na mesma lei e em leis distintas, pode ligar a uma mesma palavra – no caso, à “detenção” – sentidos diferentes; mas também quer dizer, por outro lado, que o seu significado irá variar de acordo com os diferentes contextos do discurso normativo, dando-se conta de um *contexto de significação*⁴. Tais considerações, por transparência, alertam-nos para uma expressão com fungibilidade conceptual. Procuraremos, então, de forma não completamente exaustiva, tomar consciência do concurso de significados subjacente à terminologia adoptada, tendo como pano de fundo o direito penal (1.3.) e considerando as direcções do sentido empregue pelo direito civil (1.1.) e pelo direito processual penal (1.2.).

1.1. “detenção” no direito civil

⁴ Seguimos de perto: Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 113 e s.; e Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 1ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 370 e s.. Estamos a convocar a análise do sistema de normatividade e não o problema da justa decisão do caso concreto. Convocação que nos remete, forçosamente, para a norma-texto, enunciado linguístico, ou seja, desligados de um “contexto de aplicação” ou de um “contexto problemático”, no âmbito da interpretação jurídica “como momento da concreta e problemático-decisória realização do direito”, pensada por Neves, A. Castanheira, “Metodologia jurídica. Problemas fundamentais”, *Studia Iuridica*, 1, BFDUC, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 142-148, em que o autor postula o “caso jurídico como o prius metodológico”, com a respectiva ressalva de que “não terá todavia isso de levar a converter metodologicamente o pensamento jurídico numa casuística, pois que o problema concreto não deixa de convocar o sistema de normatividade que pressupõe (como problema jurídico de um certo contexto ou ordem normativa) e que vai, aliás, desde logo intencionado pela mediação da norma”. De outra forma, no âmbito do direito penal, confrontando o “texto-norma” com a “norma-texto”, sendo o primeiro “a palavra do legislador”, o texto da lei, e a segunda o “significado intrínseco da norma”, assente numa interpretação fundada em princípios basilares do ordenamento jurídico-penal, Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (fragmenta iuris poenalis), 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 136-138; considerando-se, ainda, a crítica feita por Bronze, Fernando José, “A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)”, *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 386-389, na medida em que a associação da norma a um texto é a primordial ideia em ambas as locuções, “texto-norma” e “norma-texto”, perdendo-se a específica intencionalidade que, segundo o autor, estaria bem compreendida e presente na “norma-texto” como “corpus semântico-sintáctico”, e na “norma-problema” como “corpus prático-pragmático”.

Não ignoramos que fazer referência à *detenção* em uma visão puramente civilística implica toda uma proporção e complexidade que são alheias ao objectivo por nós fixado⁵. Tomemos como prioridade o sistema positivo português vigente, enquanto perspectiva ideal, não denegando o problema, o das concepções subjectivista e objectivista, que se estendeu desde o direito romano clássico até aos dias de hoje. Remetemos para o disposto no artigo 1253.º do CC – de epígrafe “simples detenção” –, em que o legislador, apesar de se referir ao mesmo fenómeno, enumera diferentes situações de detenção⁶. E problemas suscita pela dificuldade de se interpretar um conceito que faz referência à “intenção de agir como beneficiário do direito” sem conceder uma resposta definitiva para, na perspectiva de um observador externo, se distinguir de forma clara um possuidor de um detentor⁷; ou pela dificuldade para resolver o problema de um “possuidor” que pode ser assim considerado por lei (cfr. 1251.º CC) sem ter a intenção de beneficiar do respectivo direito⁸. Dito isto, da leitura daquele preceito, algumas certezas convieram. A detenção, neste contexto de significação, exprime uma situação na qual uma pessoa exerce um poder de facto sobre uma coisa alheia. Por essa razão, verificamos que o direito civil tutela – inclusivamente através de *acções de defesa da detenção*⁹ – esta relação do titular do poder de facto com a coisa. Como teremos oportunidade de verificar, justamente o contrário poderá suceder no espaço do direito penal, nos casos em que, em determinadas circunstâncias, se *proíbe* o poder de facto sobre uma coisa, sendo totalmente irrelevante perceber se é coisa própria ou alheia. Por esse motivo, a perspectiva dogmática da detenção pensada pelo direito civil poderá não fazer sentido em sede jurídico-penal.

⁵ Inscrevendo as nossas preocupações na área das ciências jurídico-criminais, certamente que teremos que nos afastar de referências relacionadas com a história do instituto jurídico da “detenção” no direito civil.

⁶ Nestes termos, entre muitos outros exemplos, são susceptíveis de se subsumir *como detentores*, nas variadas circunstâncias, o trabalhador do proprietário do imóvel (alínea a), o amigo, parente ou vizinho do proprietário da coisa (alínea b), o locatário, comodatário, depositário, credor pignoratício, titular do direito de retenção ou o curador do proprietário da coisa (alínea c)). Exemplos em Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. III, 2ª edição revista e actualizada reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 9-11 (anotação ao artigo 1253.º).

⁷ Problema levantado por Silva, Paula e Costa e, *Posse ou Posses?*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 23, que, por assim dizer, acaba por ser respondida na p. 27 e s., “a intenção está intimamente ligada à actuação, ela não nos surge como um mero facto interno a que ninguém tem acesso. A intenção que aqui nos aparece é a intenção exteriorizada, através do comportamento de quem actua”, e na p. 30 e s., “... do nosso ponto de vista, possuidor e detentor não se comportam exactamente da mesma maneira porque ambos se colocam relativamente à coisa de forma distintas”.

⁸ Agora: Cordeiro, António Menezes, *A posse. Perspectivas dogmáticas actuais*, 3ª edição actualizada, Coimbra: Edições Almedina, 2014, p. 61, acabando por concluir pela natureza mista do sistema português, em que o legislador, no artigo 1253.º, alínea a), do CC, fez uma opção subjectivista (“intenção”), e nas restantes alíneas do artigo uma opção objectivista.

⁹ Cfr., p. ex., artigos: 1037.º, n.º2 (locação); 1133.º, n.º2 (comodato); e 1188.º, n.º2 (depósito); todos do CC.

E isto também nos associa a um outro problema relacionado com a noção jurídico-civil *de coisa*¹⁰, tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas (cfr. 202.º, CC). É, pois, peremptório precisar se uma qualquer coisa, atentando à sua própria natureza, pode ser detida à luz do direito penal. Ora, veja-se: em Portugal existe uma proibição absoluta para a detenção de pornografia de menores; se o direito penal, por um lado, proíbe *a mera detenção* de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores (cfr. 176.º, n.º4, CP), afigurar-se-á conveniente que, por outro lado, o direito civil tutele relações jurídicas sobre as mesmas? Certamente que determinadas “coisas” – agora *desconsideradas enquanto jurídico-civilmente relevantes* – não podem ser objecto de direitos privados. Ainda que haja uma relação de domínio e uma aptidão para quaisquer interesses humanos, são coisas cujo proveito a ordem jurídico-penal censura. Nesse caso, não se lhes reconhece, nem se lhes poderá reconhecer, a possibilidade de se celebrar um contrato que tenha por objecto essa mesma coisa (cfr. 280.º, n.º1, CC) e, nessa mesma senda, a possibilidade de uma detenção com efeitos civilísticos.

Convém, contudo, ter presente que na grande maioria dos casos haverá crime pela circunstância em que as coisas são detidas e já não pela mera natureza das próprias coisas, caso excepcional aquele. Neste contexto, as coisas que o tipo legal de crime prevê e identifica – como lhes iremos chamar, *coisas típicas* – são susceptíveis de ser jurídico-civilmente consideradas, negociadas e detidas. É o que sucede com a detenção, p. ex., por via de um contrato de comodato (cfr. 1129.º, CC), de qualquer aparelhagem também adequada a provocar incêndios ou explosões, censurável quando preparatória de ilícitos-típicos penais (cfr. 275.º, CP); ou com a detenção, p. ex., por via de contrato de depósito (cfr. 1185.º, CC), de materiais nucleares ou de outras substâncias perigosas sempre que *susceptíveis* de causar danos substanciais ao ambiente (cfr. 279.º, n.º3, CP); ou até com a detenção, p. ex. por via de contrato de locação (cfr. 1022.º, CC), de equipamento ou materiais que poderão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (cfr. 22.º, n.º2, legislação de combate à

¹⁰ Poderemos atender a vários sentidos do termo “coisa” por via de Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 3ª reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1972, p. 199 e ss.: em sentido filosófico, em sentido físico e em sentido jurídico. Respectivamente, “tudo aquilo de real ou fictício que pode ser pensado pela nossa mente”, “tudo aquilo que tem natureza corpórea, que faz parte do mundo exterior” e “tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas” (agora no artigo 202.º CC). A noção jurídico-penal de coisa tem ou pode ter, com efeito, autonomia em relação à noção homologa de direito civil no âmbito do *direito penal patrimonial* (cfr. 202.º a 235.º, CP). Para um desenvolvimento, cfr. Costa, José de Faria, *CCCP*, Parte especial, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora 1999, p. 35-41, §31-§48 (anotação ao artigo 203.º).

droga). E já aqui nos apercebemos de uma confusa sobreposição de conceitos, com a mesma terminologia, quando o direito civil reconhece a “detenção” de uma coisa por via de um negócio jurídico ao mesmo tempo que o direito penal poderá censurar a “detenção” dessa mesma coisa nas determinadas circunstâncias prescritas no tipo incriminador¹¹.

Com o que fica exposto não se deixe, por outro lado, de observar a possibilidade de o instituto jurídico da detenção jurídico-civil se afigurar operatório no tipo objectivo de ilícito penal. Tomemos o crime de abuso de confiança como exemplo (cfr. 205.º, CP). Considerando a apropriação de coisa móvel que tenha sido entregue por “título não translativo da propriedade”, aquando da *inversão do título da detenção*, a detenção de natureza cível – o depósito, a locação, o mandato, o comodato, etc. – poderá anteceder à respectiva apropriação¹². São os casos de apropriação do automóvel em depósito pelo garagista, do piano alugado pelo locatário, ou do dinheiro recebido para realizar uma aquisição pelo mandatário¹³. Na perspectiva do direito penal, começa por ser uma detenção juridicamente irrelevante, passando, depois, a uma detenção jurídico-penalmente relevante. Ou seja, convenhamos que a detenção com efeitos jurídico-privados também poderá traduzir-se num *pressuposto* para existir crime¹⁴.

Um último ponto: como é sabido no âmbito jurídico-civil *não se confunde* a “posse” com a “detenção”. Desde logo por tudo o que ficou dito mas também devido à produção de diferentes efeitos jurídicos por parte dos institutos. Entre os quais, excepto achando-se invertido o título da posse (cfr. 1265.º, CC), a detenção não permite adquirir a coisa por usucapião (cfr. 1290.º, CC). Uma distinção que, numa mera interpretação literal, parece não ser desconsiderada na linguagem legislativa do crime de “apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada” (cfr. 209.º, CP), na menção à “coisa alheia que

¹¹ Somos tentados a pensar que nada parece impedir a possibilidade de se separar a questão de facto, a detenção, e a questão de direito, civil ou penal, como consequência desse mesmo facto. Contudo, com esta afirmação, não queremos dar por resolvida a problemática da “natureza” da detenção nem no direito penal nem, muito menos, no direito civil. No âmbito cível, saber se a detenção é uma realidade fáctica ou de uma realidade de direito é uma discussão tão antiga quanto o desenho do instituto da posse. Cfr., a respeito, posições em Cordeiro, António Menezes, *A posse...* (cit.), 2014, p. 159-164.

¹² Todavia, para o crime de abuso de confiança não tem que ser necessariamente uma detenção com o conteúdo jurídico-civil. Nas palavras de Dias, Jorge de Figueiredo, *CCCP*, Parte especial, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 100, §14: “Ao referir-se a posse ou a detenção não se pretende, por esta forma, reenviar para o exacto conteúdo jurídico dos conceitos homólogos do direito civil, nomeadamente para o de posse: exigindo a lei a “entrega”, isso significa que os conceitos de posse e detenção, se valem seguramente em toda a extensão que lhes confere o direito civil, devem aqui ser entendidos mais latamente e fazer-se equivaler o recebimento de uma coisa móvel constitutivo de uma relação fáctica de domínio sobre ela”.

¹³ Exemplos pensados por Montovani, Ferrando, *Diritto penale, parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*, 4ª edição, Padova: Cedam, 2012, p. 46.

¹⁴ *Ibidem*, p. 45.

tenha entrado na sua posse ou detenção”. Ou, desconsiderada, o legislador penal servir-se-á de termos com aparente conotação jurídico-civil sem todavia coincidirem com os correspondentes conceitos. Problema que se levanta em vários outros tipos de crime. No crime de “abuso de cartão de garantia ou de crédito” (cfr. 225.º, CP) menciona-se a “posse de cartão de garantia ou de crédito”; no crime de “receptação” (cfr. 231.º, CP) faz-se referência não só a quem “detiver” como a quem “de qualquer forma assegurar, para si ou para outra pessoa, a sua posse”; e nos crimes de “peculato” (cfr. 375.º, CP) e de “peculato de uso” (cfr. 376.º, CP) prevê-se uma “posse”. Olhemos para o problema de duas formas: os tipos legais de crime ou dão importância ao título da posse jurídico-civil ou, pelo contrário, não sendo assim, a “posse” confunde-se com uma “detenção” susceptível de perpetrar o crime.

Porventura, a seu tempo, seremos capazes de admitir um conceito jurídico-penal de detenção que se poderá exprimir *e confundir*, entre outras formas, com uma “posse” de natureza penal.

1.2. “detenção” no direito processual penal

A partir da sensibilidade linguística, a primeira associação que fazemos em sede penal-adjectiva à expressão “detenção” está relacionada com a *detenção de pessoas*. Se até ao momento os domínios de aplicação do termo se limitavam a relações jurídicas com coisas, agora alcança-se um significado autónomo, desligado em larga medida do contexto de significação jurídico-civil. Pensemos na “detenção em flagrante delito” (cfr. 255.º, CPP) e na “detenção fora de flagrante delito” com “mandado de detenção” (cfr. 257.º e 258.º, CPP). São institutos jurídicos que, embora se refiram à privação da liberdade de pessoas (cfr. 27.º, n.º3, CRP), não se confundem nem com a prisão preventiva enquanto medida de coacção (cfr. 202.º, CPP)¹⁵, nem, menos ainda, com a execução da pena de prisão (cfr. 477.º e s., CPP, e 1.º CEP). E, além do mais, também não se confundem com outros institutos, com outras finalidades, como é o caso do “mandado de detenção europeu” (cfr. 1.º, Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto).

¹⁵ Distinção que poderá ser importante para conhecer do pedido de *habeas corpus*, nos termos do 220.º do CPP em virtude de detenção ilegal, e nos termos do artigo 222.º do CPP em virtude de prisão ilegal. Seguimos Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. II, Editorial Verbo, 1993, p. 179-199.

É certo, porém, que a terminologia adoptada pelo CPP nem sempre foi tão evidente a respeito da privação da liberdade de pessoas. O legislador, particularmente no CPP de 1929¹⁶, não fazendo precisas distinções, chegou a usar os termos “captura”, “prisão”, “detenção” e “custódia” para se referir a realidades idênticas¹⁷. O termo “prisão” era empregue ora no sentido de “captura”, ora no sentido de “detenção”; o termo “detenção”, por sua vez, ora no sentido de “detido por capturado”, ora no sentido de “detido por privado de liberdade”¹⁸; havendo ainda previsões, como a do artigo 256.º, que mencionavam a “captura” e o “mandado de captura”. Com estas opções, a redacção do artigo poderia culminar em algo como: “A falta de entrega do duplicado do mandado de captura ao detido não obsta à prisão...” (artigo 256.º, CPP/29).

1.3. “detenção” no direito penal

Não se pode afirmar com toda a certeza que a heterogeneidade da terminologia adoptada na actividade legiferante portuguesa seja consequência das (traduções das) fontes transnacionais. Os crimes que envolvem pornografia de menores, doping, droga e armas servem de exemplos para a comprovação.

O actual artigo 176.º do CP pune quem “detiver” fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores (cfr. n.º4), e para quem “detiver” esses mesmos materiais com o propósito de os “distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir, ou ceder” (cfr. n.º1, al. d)). A criminalização da detenção, imposta pela reforma de 2007¹⁹, decorreu dos mais variados instrumentos legislativos comunitários e internacionais, entre os quais o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia²⁰ e a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho²¹. Contudo, sobre esta questão, respectivamente, previam: “Todo o Estado Parte deverá

¹⁶ Cfr. Decreto n.º 16489, de 15 de Fevereiro de 1929.

¹⁷ Neste sentido, Bátista, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira, *Comentário do Código do Processo Penal Português*, 4º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1933, p. 5

¹⁸ *Ibidem*, p. 5-6. Com referência aos respectivos artigos que justificam a crítica.

¹⁹ Redacção do artigo introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, com entrada em vigor em 15 de Setembro de 2007. Trata-se, para Lopes, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 158, de mais uma “medida neo-criminalizadora, resultante de compromissos internacionais assumidos por Portugal...”.

²⁰ Ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 14/2003 – Resolução da Assembleia da República n.º 16/2003

²¹ De 22 de Dezembro de 2003, relativa “à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil”.

garantir que, no mínimo, os seguintes actos e actividades sejam plenamente abrangidos pelo seu direito penal.... c) a produção, distribuição, difusão, importação, exportação, oferta, venda ou *posse* para os anteriores fins de pornografia infantil....” (sublinhado nosso); e “Cada Estado-Membro deve tomar as medidas necessárias para garantir que os seguintes comportamentos intencionais, independentemente do facto de ser ou não utilizado em sistema informático, sejam puníveis.... d) aquisição ou *posse* de pornografia infantil...” (sublinhado nosso). A nomenclatura resultou da tradução da expressão em inglês “possessing” ou “possession”, mas o legislador português, como vimos, não fez prever no artigo 176.º do CP o sancionamento criminal para “quem possuir” pornografia infantil ou para “quem possuir” com o propósito de a disseminar.

Já com a finalidade de preservar valores característicos do desporto, a lei antidopagem no desporto, que adopta na ordem jurídica portuguesa as regras estabelecidas no Código Mundial Antidopagem, dispõe de ilícitos criminais que abrangem, no n.º1 do artigo 44.º, “quem, com intenção de violar ou violando as normas antidopagem, e sem para tal se encontrar autorizado...ilicitamente *detiver* substâncias e métodos constantes da lista de substâncias e métodos proibidos” (sublinhado nosso). A terminologia está de acordo com a Convenção Europeia contra o doping de 1989²², em que, da tradução do francês, se previa: “Conforme os casos, as Partes adoptarão uma legislação... nomeadamente mediante disposições que visem controlar a respectiva circulação, *detenção*, importação, distribuição e venda – bem assim a utilização no desporto de agentes de doping e de métodos de doping proibidos...” (sublinhado nosso). Mas, pelo contrário, já não está de acordo com o Código Mundial Antidopagem de 2003²³, traduzido do inglês, que considerava uma violação das normas antidopagem a “posse de substâncias e métodos proibidos”. Podemos avançar que a actual lei portuguesa de antidopagem no desporto não define o “detiver” do referido ilícito criminal (cfr. 44.º), mas a “posse” (cfr. 2.º, hh): “para efeitos da presente lei e demais legislação aplicável, entende-se por.... «Posse» a detenção actual, física, ou a

²² Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º2/94, de 20 de Janeiro

²³ “O Código Mundial Antidopagem foi aprovado pela primeira vez em 2003, entrou em vigor em 2004 e foi posteriormente revisto, tendo a versão revista entrado em vigor no dia 1 de janeiro de 2009.”. Em vigor, desde 1 de Janeiro de 2015, está o Código Mundial Antidopagem de 2015 que integra revisões aprovadas pelo Conselho de Fundadores da Agência Mundial Antidopagem, em Joanesburgo, na República da África do Sul, em 15 de novembro de 2013. Uma nota importante prevista no próprio documento : “O texto oficial do Código Mundial Antidopagem 2015 corresponde às versões em Inglês e Francês mantidas pela Agência Mundial Antidopagem e publicadas no seu sítio na Internet. Em caso de conflito entre versões, a versão Inglesa prevalece.”.

detenção de facto de qualquer substância ou método proibido”. Aliás, o faz de acordo com o Código Mundial de Antidopagem.

Por sua vez, a legislação de combate à droga em Portugal teve em consideração a importante Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988²⁴, cujo original em francês previa infracções relacionadas com a “détention”. As tipificações penais da lei portuguesa, coerentes com esta convenção, de facto punem quem ilicitamente *detiver* determinadas plantas, substâncias ou preparações (cfr. 21.º, n.º1), quem as *detiver* para “uso pessoal”²⁵ (cfr. 26.º, n.º1), ou quem *detiver* equipamento, materiais ou substâncias sabendo que são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas (cfr. 22.º, n.º2). Se dependesse, todavia, da Decisão-Quadro 2004/757/JAI do Conselho²⁶ certamente que punível seria a “posse”²⁷ (cfr. 2.º, n.º1, al. c)).

Finalmente, o caso específico do regime jurídico de armas e munições. O crime de detenção de arma proibida está previsto no artigo 86.º, “Quem...detiver”, embora singular seja a redacção do n.º1 do artigo 87.º, respeitante ao crime de “tráfico e mediação de armas”: “Quem... com intenção de transmitir a sua detenção, posse ou propriedade, adotar algum dos comportamentos previstos no artigo anterior...”. Considerando o “comportamento” previsto no artigo anterior, leia-se: quem “detiver” determinada arma proibida com a intenção de transmitir a “detenção, posse ou propriedade” é punido. Aparentemente, conceptologia de natureza jurídico-civil. Podemos acrescentar, ainda, que algumas medidas que proíbem a “detenção de armas de fogo” já haviam sido recomendadas pela Directiva 91/477/CEE do Conselho Europeu²⁸.

²⁴ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 45/91 – aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º29/91

²⁵ Confrontar com a Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, isto é, com o regime jurídico aplicável ao “consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas”. Prevê o n.º2 do artigo 2.º deste diploma legal: “2 - Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.”

²⁶ De 25 de Outubro de 2004, que “adopta regras mínimas quanto aos elementos constitutivos das infracções penais e às sanções aplicáveis no domínio do tráfico ilícito de droga”

²⁷ Uma “posse” com o objectivo de “produção, fabrico, extracção, preparação, oferta, comercialização, distribuição, venda ou fornecimento em quaisquer condições, intermediação, expedição, em trânsito, transporte, importação ou exportação”, ou seja, certamente qualquer “posse” que não tenha o objectivo de consumo.

²⁸ De 18 de Junho de 1991, relativa ao controlo da aquisição e da detenção de armas. Cfr. p. ex., artigos 5.º e 6.º.

Chega-se à conclusão que no ordenamento jurídico português a “detenção”, e não a “posse”, de pornografia infantil, doping, estupefacientes e armas, pode constituir ofensa criminal. Assim como pode, nas devidas circunstâncias – evidentemente, com o preenchimento de todos os requisitos do tipo –, a detenção de várias outras coisas (“Quem...detiver...”) ²⁹: documento falsificado ou contrafeito (cfr. 256.º, n.º1, al. f), CP); substância explosiva ou capaz de produzir explosão nuclear, radioactiva ou própria para fabricação de gases tóxicos ou asfixiantes (cfr. 275.º, CP); materiais nucleares ou outras substâncias radioactivas perigosas (cfr. 279.º, n.º3, CP); produtos tributáveis sem o cumprimento das formalidades exigidas (cfr. 96.º, n.º1, al. b), regime geral das infracções tributárias); dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado, para fins comerciais (cfr. 3.º, n.º4, lei do cibercrime); dispositivo ilícito que permita acesso a serviço protegido (cfr. 104.º, n.º1, al. a), da lei das comunicações electrónicas); furtos no exercício da caça (cfr. 26.º, n.º2, e 31.º, n.º2, da lei da caça); e espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens, para comercialização (cfr. 278.º, n.º2, CP).

Em comum, estas “detenções”, têm a incidência sobre *uma coisa móvel*. Relembramos que no âmbito do direito penal patrimonial (cfr., p. ex., 203.º, 205.º, 210.º, 212.º e 215.º, todos dos CP) a noção jurídico-penal de “coisa” foi entendida e desenvolvida pela doutrina portuguesa como sendo autónoma em relação à noção civilística ³⁰. No entanto, se o tipo de crime especifica as qualidades ou o género da coisa que está em causa – p. ex., documento, substância explosiva, produto tributável, géneros alimentícios, furtos, espécie protegida da fauna ou da flora –, prevemos, logo à partida, de forma taxativa, o conteúdo capaz de preencher o ilícito-típico penal. A própria lei até poderá remeter, de forma directa ou indirecta, para a coisa a que se está a referir através de definições legais, classificações, tabelas, etc. É o que se passa com as mais variadas definições e classificações de armas, munições ou outros acessórios (cfr. 2.º e 3.º do regime jurídico das armas e munições) e com as tabelas das plantas, substâncias e preparações sujeitas a controlo (cfr. 2.º, 3.º e 4.º da legislação de combate à droga). Ou seja, para todos estes crimes, quando nos referimos a uma coisa, em causa está uma *coisa típica-identificada*,

²⁹ Trata-se de uma enumeração não exaustiva.

³⁰ Cfr. *supra*, nota 10. Já nas *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal* (1966), parte especial, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 116, Figueiredo Dias havia considerado “que se deve manter a referência genérica a coisa móvel uma vez que os conceitos de direito civil não valem como autonomia no domínio do direito criminal”.

normativamente descrita ou definida. Mais ainda. Contrariamente ao que se possa entender no espaço do direito penal patrimonial, podemos considerar a fotografia, filme ou gravação de pornografia de menores *contidas em dispositivo informático* como “coisas” – porque podem ser detidas e fruídas – para efeito do respectivo crime³¹ (cfr. 176.º, n.º 4, CP). Com isto, neste contexto, justifica-se a nossa referência *a coisas*, que o tipo legal de crime delimita taxativamente, enquanto *coisas típicas*.

No que respeita ao significado intencional de “detenção”, em uma primeira aproximação, podemos desde logo observar que estamos perante uma expressão com um grau de abstracção bastante elevado – quando é que alguém está *a deter* uma coisa? –, o que nos permite subsumir, em abstracto, as mais diversas circunstâncias fácticas³². É que, de facto, a expressão “deter” não descreve necessariamente conduta alguma³³, podendo-se associar a um mero “estado de coisas”. Mas, pelo menos em parte, parece-nos uma referência à realidade sensorial – ontológica, fenomenológica, naturalística... como entendermos –, na qual reside o detentor e a coisa. Já com um substrato normativo, questionamos se estamos perante um conceito geral (p. ex., através de definição legal) para o aplicarmos às diferentes situações-tipo ou se, pelo contrário, recorremos aos particulares tipos legais de crime para vislumbrarmos a diferente intencionalidade jurídica, o “uso” jurídico que se dá à expressão³⁴.

³¹ Cfr., *infra*, 2.1.3., “o problema específico da detenção de pornografia de menores”.

³² Os diferentes graus de abstracção dos conceitos e as operações de subsunção em Larenz, Karl, *Metodologia...* (cit), 1978, p. 506-511, considerando que “...não se conseguem determinações conceituais rigorosas de transições fugidias ou de fenómenos altamente complexos, muitas vezes incompatíveis com as próprias possibilidades expressivas da linguagem...”. A propósito, tenha-se também em consideração a *noção de vaguidade*, nas precisas palavras de Neves, A. Castanheira, “Metodologia jurídica...” (cit), 1993, p. 110 e s.: “As vaguidades têm a ver já com a extensão e verificam-se por não poderem quase nunca identificar-se os objectos concretos de referência de um modo absolutamente seguro ou rigorosamente certo, em virtude da assimetria ou incomensurabilidade entre a linguagem e a realidade – sempre mais específica, rica e complexa – e implicar isso que a intencionalidade significativa nunca deixe de revelar-se incompleta (quanto ao conteúdo) e aberta (quanto ao âmbito objectivo ou aos seus limites) relativamente à realidade referida.”.

³³ Já assim, Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenencia”, *Problema capitales del derecho penal moderno. Homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998, p. 107.

³⁴ Cfr. Costa, José de Faria, *CCCP*, I (cit.), 1999, p. 35, §31 (anotação ao artigo 203.º). Também Neves, A. Castanheira, “Metodologia jurídica...” (cit.), 1993, p. 118, já ensinava que o “contexto perspectivante será o contexto jurídico e a intencionalidade determinante será o «uso» jurídico, pois quaisquer outros seriam arbitrários para uma determinação de relevância jurídica.”. Diga-se que, com esta afirmação, associamos ao clássico autor da filosofia analítica, no campo da análise linguística, Ludwig Wittgenstein, na sua obra *Tractatus lógico-philosophicus*, quando refere que “amiúde acontece que a mesma palavra designa de modos diferentes – pertencendo, pois, a símbolos diferentes – ou ainda duas palavras, que designam de modos diferentes, são empregadas na proposição superficialmente da mesma maneira” (cfr. 3.323) e, adiante, “para reconhecer o símbolo no signo deve-se atentar para seu uso significativo” (cfr. 3.326). Dito isto, não pretendemos contrariar o *princípio da determinabilidade do tipo legal*, que deriva afinal da observância do princípio da legalidade da intervenção penal. Sobretudo porque, independentemente do contexto e intenção

Em contrapartida, a “detenção” terá que ter um outro tratamento jurídico quando interpretada em contexto análogo ao do processo penal. Atentemos, pois, ao crime de “sequestro” disposto no n.º1 do artigo 158.º do CP: “Quem *detiver*, prender, mantiver presa ou *detida* outra pessoa ou de qualquer forma a privar da liberdade é punido...” (sublinhado nosso). Sem prejuízo de aproveitamento posterior dos contornos deste “detiver”³⁵, basta evidenciar que neste tipo de ilícito não nos estamos a referir à detenção de coisas mas à detenção *de pessoas*, o que certamente altera o alcance conceptual da expressão.

Até ao momento a responsabilidade criminal resultou da “detenção”, punindo-se, por diferentes motivos, “quem detiver”. Mas lograremos questionar se o legislador português carece de utilizar forçosamente esse enunciado para manifestar a respectiva intencionalidade jurídica³⁶. Para uma resposta, procuremos, na multiplicidade de referências jurídico-penais do ordenamento jurídico português, “actividades típicas” eventualmente próximas.

Nos termos do n.º1 do artigo 271.º do CP, em contexto de crimes de falsificação, pune-se quem “preparar a execução dos actos referidos... *retendo*: a) formas, cunhos, clichés, prensas de cunhar...; ou b) papel, holograma ou outro elemento igual ou susceptível de se confundir...” (sublinhado nosso). Neste caso, em determinadas circunstâncias, uma responsabilidade criminal pela *retenção* de certos objectos. Questiona-se: quem retém não detém?

O artigo 281.º do CP, na alínea b) do n.º1, responsabiliza criminalmente “Quem... *armazenar*... alimentos ou forragens destinados a animais domésticos alheios... e criar

jurídicas, terá que haver (teoricamente) uma “determinabilidade objectiva” na enunciada detenção proibida. Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 2ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 185 e s.,

³⁵ Ainda que em um aspecto somente linguístico possamos acrescentar que Carvalho, Américo Taipa, *CCCP*, I, (cit.), p. 407, §13 (anotação ao artigo 158.º), pensa que “A conduta pode ser uma acção – «detiver, prender» (a distinção processual penal destas duas palavras é, aqui, irrelevante; neste contexto, estas duas palavras têm o mesmo significado; assim é que os códigos penais estrangeiros utilizam apenas uma palavra para significar o sequestro activo) – ou uma omissão – «mantiver presa ou detida».”

³⁶ Este problema que agora trazemos à colação não é um exclusivo do ordenamento jurídico português, naturalmente. Sobretudo os autores de língua alemã discutiram os termos linguísticos que podem referir-se a uma forma de “detenção”. Cfr, a respeito.: Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência” (cit.), 1998, p. 108; Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat*, Berlin: Duncker und Humblot, 2001, p. 22; Schroeder, Friedrich-Christian, “La Posesión como hecho punible”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º14, 2004, p. 155; nas conclusões, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz von Gegenständen. Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie etc*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, p. 144; e Roxin, Claus, “Crimes de Posse”, *Revista Libertades*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º12, janeiro-abril, 2013, p. 38.

deste modo perigo de dano...”; enquanto que o artigo 7.º do regime das infracções vitivinícolas criminaliza “Quem *tiver em depósito...* vinhos ou produtos vitivinícolas anormais...” (sublinhado nosso). Questiona-se: quem armazena ou tem em depósito não detém?

De acordo com o artigo 115.º da lei do jogo, “Quem, sem autorização da Inspeção-Geral de Jogos... *transportar...* material e utensílios que sejam caracterizadamente destinados à prática dos jogos de fortuna ou azar será punido...” (sublinhado nosso). Questiona-se: quem transporta não detém?

Na previsão do artigo 193.º do CP, por seu turno, é punido “Quem... *mantiver...* ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes a...” (sublinhado nosso). Questiona-se: quem mantém não detém?

Por fim, e para concluir o raciocínio, o já referido artigo 86.º do regime jurídico das armas e munições, prevê sanção criminal para “Quem, sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente... *guardar... ou trazer consigo...*” (sublinhado nosso) determinada arma. Questiona-se³⁷, finalmente: quem guarda ou traz consigo não detém?

Em um sentido puramente linguístico, o “possuir”, o “reter”, o “armazenar”, o “guardar”, o “ter em depósito”, o “manter”, o “transportar”, ou o “trazer”, podem ou não ter um sentido muito próximo. Mas em todas as situações poder-se-á dizer que há uma “detenção”. Quer dizer, a riqueza de expressão da “detenção” a nível descritivo-enunciativo evidencia-se pela tendência para absorver categorias que lhe estão próximas. Dir-se-á sem dificuldade que se trata de um “preâmbulo comum”³⁸.

Contudo, não ficam ainda considerados todos os aspectos do problema. As referências à “detenção” também podem ser pensadas enquanto *pressuposto* para se estabelecer responsabilidade criminal³⁹. Parece inegável, não excluindo outros exemplos,

³⁷ Independentemente de termos presentes as definições legais de “guardar” e de “porte”, previstas no artigo 2.º do próprio regime jurídico das armas e munições, daremos conta, a devido tempo, de uma sobreposição de conceitos.

³⁸ Ou de um “super-conceito conjunto” (“gemeinsamen Oberbegriff”) de acordo com Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...* (cit.), 2001, pp. 97 e 122

³⁹ Segundo Whitebread, Charles H./ Stevens, Ronald, “Constructive Possession in narcotic cases: to have and have not”, *Virginia Law Review*, vol. 58, n.º5, 1972, p. 752, a detenção pode resultar em responsabilidade criminal em uma de duas formas: a detenção de um específico objecto pode ser ilegal; ou a detenção pode ser usada como uma forma indirecta de se estabelecer responsabilidade criminal, como uma “presunção de culpa” de um crime distinto. Também, expressamente, Montovani, Ferrando, *Diritto penale...*(cit) 2012, p. 45, levantando o problema no direito italiano de a “possession” se afigurar como pressuposto da conduta no

que aquele que acabou de subtrair coisa móvel alheia (cfr. 203.º, CP), que se apropriou de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade (cfr. 205.º, CP), ou que constrangeu por meio de violência a que lhe seja entregue coisa móvel alheia (cfr. 210.º, CP), tem a detenção da coisa. E a partir daqui são folgados os limites para este raciocínio. Quem praticar contrafacção de moeda ou quem adquirir moeda falsa, com a intenção de a pôr em circulação (cfr. 262.º, n.º1 e 266.º, n.º1, CP), terá que, por consequência, a deter. Quem ocultar produtos contrafeitos, com conhecimento dessa situação, terá que, de alguma forma, deter tais produtos (cfr. 324.º, CPI). E também é possível pensarmos nas mais diversas coisas móveis detidas susceptíveis de preparar – preenchendo o artigo 344.º do CP – os crimes de “traição à pátria”, “violação e segredo de Estado”, “espionagem”, “alteração violenta do Estado de direito”, “incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de direito” e de “atentado contra o Presidente da República”.

Com efeito, é importante julgar uma detenção não só naqueles crimes em que directamente e em determinadas circunstâncias se pune “quem detiver”, como também em outros crimes que *indirectamente* pressupõem “quem detiver” para se imputar responsabilidade criminal. Aqui chegados, só através de uma delimitação precisa do que pretendemos é que nos podemos fazer entender.

crime de apropriação e de a “detenzione” estar prevista como pressuposto da conduta no crime de subtracção.

2.1. O tipo objectivo de ilícito

Começaremos por fazer uma delimitação negativa e positiva dos “crimes de detenção” (2.1.1.), passando depois a classificá-los de acordo com as diferentes exigências do tipo incriminador. Procuraremos, de seguida, o substrato que confere à “detenção” a qualificação de jurídico-penalmente relevante (2.1.2.), interrogando diferentes acepções e, também, não excluindo um eventual conflito com outras actividades típicas. Finalizaremos esta parte do estudo com o caso específico da detenção de pornografia de menores (2.1.3) por estar em causa uma detenção de fotografias, filmes ou gravações em dispositivo informático.

2.1.1. Delimitação dos “crimes de detenção” (de coisas)

Antes de procurarmos dar um sentido à modalidade típica “detenção” teremos que identificar o contexto problemático em que a mesma se insere na legislação penal-substantiva. Para tal, damos conta dos enunciados das prescrições legais que a possam prever, excluindo (2.1.1.1.) todos os crimes que não a autonomizem como actividade punível e positivamente (2.1.1.2.) circunscrevendo um grupo de ilícitos-típicos que possamos classificar como *crimes de detenção* (2.1.1.3.).

2.1.1.1. Delimitação negativa

Nem todos os tipos de crimes que têm como pressuposto a detenção de uma coisa se afiguram *crimes de detenção*. Se caracterizarmos os crimes de detenção como aqueles em que, nas determinadas circunstâncias, a detenção-de-uma-coisa constitui a actividade punível⁴⁰, logo damos conta que não são confundíveis com os tipos de crime enfocados na protecção de coisa alheia, no âmbito do direito penal patrimonial.

Não ignoramos que após a *subtracção* de coisa móvel alheia, o agente, com ilegítima intenção de apropriação, passe a ser detentor da coisa (cfr. 203.º, CP); ou que antes ou após a *apropriação ilegítima* de coisa móvel, entregue por título não translativo de propriedade, haja uma detenção da mesma (cfr. 205.º, CP); ou até que a aquisição da

⁴⁰ Por todos, Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência” (cit.), 1998, p. 107

detenção da coisa alheia tenha sido possível por meio de *erro ou engano* sobre factos que astuciosamente são provocados com intenção de obter enriquecimento (cfr. 217.º, CP). Mas em nenhuma destas situações se pode dizer que a nota distintiva do crime ou que a proibição penalmente sancionável seja a “detenção” de uma determinada coisa nas devidas circunstâncias. O que se pode dizer é que, nestes casos, a detenção é entendida como *um pressuposto*, em função de um *posterius*, e não de um *prius*, à “subtração”, à “apropriação” e ao “erro ou engano”⁴¹. Ou seja: nestes tipos de crime a detenção não é um requisito qualificante da *actividade ilícita*. Mesmo que, como já tivemos oportunidade de observar, se admita questão difícil a do crime de “abuso de confiança” quando se representa uma “detenção de natureza cível” e, posteriormente à *inversão do título de detenção*⁴², com a apropriação ilegítima, uma detenção jurídico-penalmente relevante. De todo o modo, ficou explícito, a *fattispecie* destes ilícitos-típicos não autonomiza a actividade “detenção” como sendo punível.

O mesmo poderá ser afirmado, com as necessárias adaptações, em relação aos *crimes contra o património* que a certo ponto possam envolver a detenção de uma coisa móvel por parte do agente, como seja o furto de uso de veículo (cfr. 208.º, CP), o roubo (cfr. 210.º, CP) ou a extorsão (cfr. 223.º, CP).

Já em relação aos crimes que, neste âmbito, façam menção expressa a uma “posse” ou a uma “detenção”, como são os casos da “apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada” (cfr. 209.º, CP) ou do “abuso de cartão de garantia ou de crédito” (cfr. 225.º, CP), o tratamento não deverá ser diferente.

No que diz respeito ao primeiro caso, é o *acto de apropriação*, e não a “posse ou detenção”, enquanto elemento normativo do tipo, que se identifica com a conduta ilícita: o agente pode deter a coisa alheia por a ter encontrado ou por “qualquer maneira independente da sua vontade” mas não praticar qualquer acto concludente de ilegítima apropriação. Nessa hipótese, não se preenche o tipo objectivo de ilícito⁴³. Não há crime pela mera detenção. E bem vistas as coisas, afigura-se, em qualquer das situações, havendo ou não intenção de apropriação, uma *inadvertida* aquisição da detenção. Por estas razões, inócua só pode ser a forma de expressão do legislador na referência à “posse ou detenção”.

⁴¹ Assim, referindo-se aos crimes de furto e de “apropriação”, mas sem se referir ao crime de burla, Montovani, Ferrando, *Diritto penale...* (cit.), 2012, p. 48.

⁴² Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *CCCP*, (cit.), 1999, p. 103, §23 (anotação ao artigo 205.º).

⁴³ Cfr. *Ibidem*, p. 154, §12 (anotação ao artigo 209.º).

O que importa neste caso, para o direito penal, é a possibilidade *efectiva* de se dispor da coisa alheia em termos puramente factuais, como pressuposto para o acto de apropriação, ou seja, importa que a coisa alheia “tenha entrado” – como requisito essencial – no poder de facto daquele que ilegitimamente se apropria⁴⁴. Sendo assim, “posse ou detenção”, neste contexto, não pode deixar de se traduzir em uma redundância. Parece-nos, em definitivo, que não faz sentido uma interpretação capaz de caracterizar aqui uma posse ou detenção de conotação jurídico-civil, pelo que o termo “detenção” bastava.

No que respeita ao segundo caso, menciona-se a “posse” de um cartão de garantia ou de crédito. Contudo, o tipo objectivo do n.º1 do artigo 225.º do CP requer *o abuso* de um cartão de garantia ou de crédito para haver crime, resultando desse modo prejuízo para o emitente do cartão ou para terceiro. Assim, a “posse” afigura-se como um elemento do tipo que *identifica o autor da acção* – aquele que possui. Está, por essa razão, afastada a possibilidade de estarmos perante um crime pela “posse” quando punível é a conduta “utilização” do cartão⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. raciocínio de Montovani, Ferrando, *Diritto penale...*(cit.), 2012, p. 48 e s., embora referindo-se ao crime de furto: “che, in conclusione, nei reati di furto il concetto di *detenzione*, sussistente in altri e mancante nell’agente, va inteso come *disponibilità materiale* della cosa o, secondo altra formula, come *autonomo potere materiale* sulla stessa. Sta, in altri termini, a designare lo *stato di mero fatto* (che prescinde cioè da qualsiasi qualificazione lecita o illecita), per il quale una persona si trova nella possibilità, *attuale ed immediata* o anche soltanto *virtuale*, ma pur sempre *effettiva*, di disporre, di signoreggiare fisicamente la cosa.” (sublinhado do autor).

⁴⁵ O que se poderia discutir por via desta “posse” é se estamos a falar de um *crime específico* ou de um *crime comum*. Se o legislador penal se referisse à “posse” como conceito do direito civil, isto é, referindo-se ao titular do direito de base (cfr. 1251.º, CC), nesse caso, dir-se-ia que o artigo 225.º do CP pretende *apenas* responsabilizar quem de título de posse: o titular do cartão. Seria, nesse caso, quanto ao autor, um crime específico. Diríamos ainda que a pretensão de abranger qualquer pessoa, o *detentor do cartão*, teria mais sentido se explicitada pela “detenção de cartão”, contrariamente à “posse de cartão” prevista. Acresce também que as incriminações por crime de burla (cfr. 217.º, CP) e crime de burla informática (cfr. 221.º, CP) poderiam ser idóneas a tutelar as condutas de utilização *por terceiro* do cartão de garantia ou de crédito não autorizadas (de acordo com Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 620, baseando-se em Trechsel e Bk-Fiolka). Pelo exposto, parece-nos fazer todo o sentido interpretar o crime como sendo específico ou próprio. É que, identificado o crime de “abuso de cartão de garantia ou de crédito” como *crime comum* quanto ao autor, também poderão levantar-se problemas a nível do concurso de crimes. De todo o modo, a própria Comissão Revisora do Código (DL n.º48/95, de 15 de Março) pendeu para o considerar *crime comum*. Também, nesse sentido, Cunha, J. M. Damião da, *CCCP*, II, (cit.) 1999, p. 376, §9-10, remetendo para a Comissão de Revisão do CP de 1989-1991, para justificar a solução proposta. De igual forma, Leal-Henriques, Manuel/ Santos, Manuel Simas, *Código Penal anotado*, 3ª edição, 2º vol., parte especial, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000, p. 950, defendem que, de acordo com explicações da Comissão Revisora do Código, ao se abranger não apenas o titular do cartão mas qualquer pessoa na “posse” do cartão, deita-se “por terra” a tese dos que atribuem natureza de crime próprio ao crime em causa (como era o caso de J. A. Barreiros). E, nesse caso, na qualidade de crime comum, não fará diferença alguma estar prevista a “posse” em vez da “detenção”, estando sempre a afirmar-se um exercício do poder de facto: uma “posse” em sentido jurídico-penal de cartão próprio ou alheio. Como não é objecto do nosso estudo – afastado está como *crime de detenção* –, acatamos tal interpretação.

O único crime no quadro do direito penal patrimonial que nos levanta particulares dificuldades no momento de o classificar ou não como um crime de detenção é o crime de receptação. Já por si intrincado, prevê: “Quem, com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial...coisa que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património... *a detiver...* é punido...” (sublinhado nosso) (cfr. n.º1 do artigo 231.º do CP). Assim, havendo *intenção* de obter vantagem patrimonial, a “detenção” de coisa que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património é punível. O que nos compulsa a dar conta de dois momentos distintos. Um primeiro em que a coisa encontra-se na detenção da pessoa que cometeu o “facto ilícito contra o património”⁴⁶; e um segundo momento – que a norma especificamente criminaliza – quando a coisa é detida pelo receptor. Conclusão esta que nos conduziria desde logo a pensar que se trata de um *crime de detenção*: o receptor é punido por deter, com intenção de obter vantagem patrimonial, para si ou para outra pessoa, coisa que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património. Com uma particularidade em relação aos restantes crimes de detenção que iremos classificar: a “coisa” não é típica-identificada e poderá traduzir-se numa coisa de qualquer natureza⁴⁷, até se admitindo que possa ser própria em vez de alheia, ou imóvel em vez de móvel⁴⁸. De certa maneira, este é um caso suficientemente particular que aparenta estar distante do que pretendemos para um grupo de crimes com características relativamente comuns, sobretudo e também pelo facto de este tipo de crime se enquadrar intra-sistematicamente na problemática do direito penal patrimonial. Ainda assim, ficará integrado no grupo de crimes que se segue.

Retomando a delimitação negativa, há que considerar que o legislador português faz referência expressa à “posse” nos crimes de “peculato” (cfr. 375.º, CP) e de “peculato de uso” (cfr. 376.º, CP), em contexto de crimes cometidos no exercício de funções públicas. Uma vez mais, a acção punível não é o facto de a coisa “estar na posse” de alguém, mas o facto de haver uma *apropriação ilegítima* ou de haver um *uso* para fins alheios àqueles a que se destina. E como estamos a falar da “posse” de coisa alheia ao funcionário (não havendo crime quando o funcionário se apropria de coisa sua⁴⁹), recusa-se correspondência com o conceito homólogo de direito civil. O que nos leva a questionar

⁴⁶ Neste primeiro momento, não é necessária uma detenção física, bastando que coisa esteja na disponibilidade fáctica do agente. Cfr. Caeiro, Pedro, *CCCP*, II (cit.), 1999, p. 478, §10

⁴⁷ Cfr., *supra*, nota 30.

⁴⁸ Cfr. desenvolvimento, Caeiro, Pedro, *CCCP*, II (cit.), 1999, pp. 476-467, §3-5

⁴⁹ Cfr. Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário...* (cit.), 2008, p. 890, n.º8.

as expressões “que lhe tenha sido entregue” e “que lhe seja acessível em razão das suas funções”, que a acompanham no tipo objectivo, visto que em todas as situações a coisa alheia está na esfera de disponibilidade do funcionário por ocasião do exercício das funções públicas.

A detenção de uma coisa, por outro lado, poderá assumir relevância como *elemento de qualificação* de um crime, particularmente frequente em relação aos crimes em que o agente, no momento do crime, traz uma arma consigo⁵⁰. Observemos o disposto no CP, nos crimes de “furto qualificado”, “roubo” e “participação em motim armado”, respectivamente: na alínea f) do n.º2 do artigo 204.º, “Quem furtar coisa móvel alheia:... f) trazendo, no momento do crime, arma aparente ou oculta...”; na alínea b) do n.º2 do artigo 210.º, “a pena é a de 3 a 15 anos se: ...b) se verificarem, singular ou cumulativamente, quaisquer requisitos referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 204.º...”; e no n.º1 do artigo 303.º, em que “os limites e máximo das penas previstas nos n.ºs 1 e 2 do artigo anterior são elevados ao dobro se o motim for armado”⁵¹. Digamo-lo de forma contundente: o facto de o agente trazer consigo uma “arma aparente ou oculta”, em todas estas situações, como factor intimidatório, consubstancia uma *circunstância do tipo qualificado* e não um autónomo crime de detenção de “arma”. É certo que a questão poderá traduzir-se confusa, não só pela necessária influência da detenção de “arma aparente ou oculta” no facto criminoso⁵², mas sobretudo porque não se pode ignorar a probabilidade ou a eventualidade de um *concurso efectivo de crimes* entre o crime qualificado e o crime de “detenção de arma proibida”⁵³.

⁵⁰ Também, Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession: the war on crime and the end of criminal law”, *The Journal of criminal law & Criminology*, vol.91, n.º 3, Northwestern University, School of Law, 2001, p. 63.

⁵¹ Considerando-se, nos termos do n.º2, “motim armado” casos em que um dos intervenientes é portador de arma de fogo ostensiva, ou casos em que vários dos participantes são portadores de armas de fogo, ostensivas ou ocultas.

⁵² A arma terá que ter alguma interferência, como meio para facilitar a prática do facto ilícito típico. Para uma noção de arma aparente e arma oculta, e para a importância da teoria da impressão, neste contexto, cfr. Costa, José de Faria, *CCCP*, I (cit.), 1999, p. 80 e s., §64-65 (anotação ao artigo 204.º)

⁵³ Paradigmático, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2013 (Maria Dolores Silva e Sousa), processo n.º 86/12.5GAAMM.P1, no próprio sumário: “O crime de roubo agravado p. e p. pelo art.º 210º, n.º 1, alínea b), por referência ao art.º 204º, n.º 2, alínea f), ambos os preceitos do C. Penal, está em concurso efectivo com o crime de detenção de arma proibida p. e p. pelo art.º 86º, n.º 1, alínea d), por referência aos art.ºs 2º, n.º 1, alíneas m) e av), 3º, n.º 2, alínea e), 4º, n.º 1, 97º, n.º 1, 2º e 3º, n.º 2, alínea g), 11º, 2 e 6, todos da Lei 5/2006, de 23/2.”; e nas conclusões, “o crime de detenção de arma proibida, como crime de perigo abstracto, fica integrado, autonomamente, logo com a detenção, independentemente do uso da arma que tenha sido feito posteriormente”...“ou seja, o arguido, quer antes de consumir o roubo quer depois dessa consumação transportou e deteve, as descritas armas, pelo menos, desde o local onde as guardava até ao da consumação do roubo e desde este até ao local onde foi interceptado pelas autoridades. E podia tê-las usado em várias circunstâncias desse percurso, quer antes e depois da consumação do roubo,

Por fim, não esqueçamos de excluir da nossa discussão a detenção de pessoas: todos os tipos de crimes em que a detenção tem por objecto pessoas-vítimas. Os pressupostos são substancialmente diferentes, a vários níveis, daqueles que implicam coisas. Veja-se que a forma de se privar a liberdade a uma pessoa, de se “deter uma pessoa”, embora de execução livre, não tem as potencialidades da forma de se “deter uma coisa”. Pensemos nos diferentes tamanhos-dimensões que uma coisa pode ter, nos diferentes locais onde se a pode encontrar ou esconder⁵⁴, e no atributo que a torna mais “vulnerável” a uma detenção, afigurar-se *inanimada* ou, no caso de se traduzir num animal, tendencialmente obsequente.

2.1.1.2. Delimitação positiva

Positivamente, quando o legislador português *expressamente* responsabiliza criminalmente quem “detiver” uma certa coisa, em determinadas circunstâncias, é porque estamos perante um *crime de detenção*. Mas nem sempre o fará de forma expressa. A punibilidade pela “detenção” de um coisa através de outra terminologia é verosímil e por nós será questionada, discutindo-se, a propósito, *crimes de detenção impróprios*. No geral, trata-se de um grupo extremamente diversificado de infracções, com diferentes requisitos ao nível do tipo incriminador. Daí, também, a necessidade de os sistematizar e classificar⁵⁵ nos seguintes termos: (a) crimes de detenção puros ou simples; (b) crimes de detenção compostos; (c) crimes de detenção intencionais e intencionais-compostos; e, com as devidas reservas, (d) crimes de detenção impróprios.

assim ofendendo efetivamente o bem jurídico respectivo, que, como se viu é de mero perigo abstrato, bastando-se o tipo com a mera detenção.”

⁵⁴ Fiquemos com as palavras elucidativas de Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...”(cit.), 2001, p. 27: “If it is a search for a possession offense, however, the scope of the search is virtually unlimited, given that the items possessed come in all shapes and sizes (especially drugs) and can be hidden in the smallest cavity, bodily or not.”

⁵⁵ Esta classificação parece-nos a mais adequada às exigências do tipo objetivo de ilícito criminal no ordenamento jurídico português. Autores que seguimos a fizeram de forma diversa: Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...* (cit.), 2001, p. 83 e s., divide-os em “meros crimes de posse” e “crimes de posse restritos”, sendo que estes últimos abarcam os crimes de “posse” restritos a determinado autor, restritos a determinada intenção e restritos a outros elementos constitutivos do tipo; por sua vez, Schroeder, Friedrich-Christian, “La Posesión...”(cit.), 2004, p. 159-162, sistematiza-os de acordo com as referências político-criminais, como “crimes puros de posse”, “posse com intenção de utilização”, “posse como preparação”, “posse como incentivo à produção” e “facilitação da prova”; já de forma mais simples, Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...”(cit.), 2001, p. 29, distingue dois tipos de “posse”, a “posse simples” e a “posse composta”, sendo que a primeira pode ou não requerer a prova de uma intenção, e a segunda traduz uma “posse” que, por si só, é inofensiva a menos que acompanhada da utilização do objecto.

Nesta conjuntura, damos conta de mais de trinta (30) crimes de detenção no ordenamento jurídico português. E note-se que recentemente temos vindo a assistir a uma crescente criminalização deste tipo de crimes. A Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro, que alterou pela 23.ª vez o CP, aditou quatro ilícitos-típicos de detenção: a mera detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores (176.º, n.º4); a detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder (176.º, n.º1, al. d)); a detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores, com o mesmo propósito de os distribuir, importar exportar, exhibir ou ceder, mas profissionalmente ou com intenção lucrativa (cfr. 176.º, n.º2); e a detenção de documento falsificado ou contrafeito (256.º, n.º1, al. f)). Por sua vez, a lei do cibercrime de 2009, de forma combater a “falsidade informática”, incrimina quem detiver, com fins comerciais, dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado. Já por via da Lei n.º 56/2011, de 15 de Novembro, a detenção de materiais nucleares ou de outras substâncias radioactivas perigosas, quando susceptíveis de causar danos substanciais à qualidade ambiente, passou a ser punível no âmbito do CP (cfr. 279.º, n.º3). E, como último exemplo, sinal dos tempos, a lei antidopagem no desporto de 2012 fez prever como ilícito criminal a detenção de substâncias e métodos proibidos (cfr. 44.º), no pressuposto da intenção de violar ou da própria violação das normas antidopagem, considerando ademais a falta de autorização.

Na verdade, o aumento que se tem verificado dos crimes de detenção de determinadas coisas também pode ser compreendido pela influência que os instrumentos internacionais têm na implementação de disposições penais⁵⁶. Mas é certo que, por outro lado, podemos falar em crimes de detenção “clássicos” quando nos referimos aos estupefacientes e às armas proibidas⁵⁷. O que é inequívoco é que o legislador, em todos os casos, identifica não só as respectivas circunstâncias como também as características ou a natureza da coisa. Em definitivo, os crimes de detenção têm pelo menos um “elemento

⁵⁶ Já assim, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 2. Cfr. também, *supra*, 1.3., “detenção no direito penal”.

⁵⁷ Tal qual Gropp, Walter, “Besitzdelikte und periphere Beteiligung. Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie”, *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann Verlag, 2007, p. 250

circunstancial atendente”: a natureza expressa da coisa móvel que não pode ser detida⁵⁸. Finalmente, ilustrativo deste grupo de crimes é também o facto de, à excepção do ilícito-típico previsto na alínea a) do n.º1 do artigo 104.º da lei das comunicações electrónicas, todos se traduzirem em *crimes públicos*.

2.1.1.3. Classificação

a) *puros ou simples*

Identificam-se como crimes de detenção puros ou simples aqueles em que a *mera detenção* de uma coisa é plenamente punível. Não podemos dizer que o recurso a esta particular técnica normativa seja frequente no ordenamento jurídico português uma vez que, de momento, só identificamos um único crime: a detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores (cfr. 176.º, n.º4, CP). Merecerá a nossa especial atenção em sede própria.

b) *compostos*

Crimes de detenção compostos são aqueles em que a construção do tipo incriminador afigurar-se-á complexa a nível dos elementos constitutivos objectivos, não bastando uma mera detenção. Ou seja, objectivamente o tipo especificará as circunstâncias em que a coisa não pode ser detida. O incumprimento de disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente poderá estar presente enquanto pressuposto do tipo objectivo. Passemos aos exemplos.

Vejamos os crimes de detenção “clássicos”. No regime jurídico de armas e munições identificamos quatro diferentes tipos de crime deste grupo (“detiver”), envolvendo os mais diversos equipamentos, engenhos, produtos, munições e armas, nos artigos 86.º, n.º1, 88.º, n.º1, 88.º, n.º2 e 89.º. Na legislação de combate à droga, por seu

⁵⁸ Nos mesmos termos de Dubber, Markus Dirk, “The Possession Paradigm. The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process”, *Defining Crimes*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 102. Já ressalvamos o caso particular do crime de receptação (cfr. 231.º, n.º1, CP), mas podemos lembrar que a natureza expressa da coisa que não pode ser detida passa pela locução “coisa que foi obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património”.

turno, consideremos o n.º1 do artigo 21.º (“detiver”), com a menção a plantas, substâncias ou preparações identificadas em tabela.

Num conjunto de crimes relacionados com espécies protegidas da fauna ou flora selvagens e com materiais nucleares ou outras substâncias ractioactivas perigosas para o meio ambiente, está prevista responsabilidade criminal para quem detiver, nas respectivas circunstâncias dos artigos 278.º, n.º2 (“detiver para comercialização”), 278.º, n.º3 (“detiver”), 279.º, n.º2, al. d) (“detenção”), e 279.º, n.º3 (“condutas descritas no número anterior”), todos do CP. No exercício da caça, para controlar as populações de coelho-bravo, não deixa de ser curiosa a criminalização da detenção de furões, só sendo permitida aos serviços competentes do Ministério da Agricultura, do Desenvolvimento Rural e das Pescas e às entidades gestoras de caça, quando autorizadas, de acordo com a conjugação do disposto nos artigos 26.º n.º2 e 31.º n.º2 da lei da caça.

Por fim, consultemos um agrupado de crimes relacionados com a detenção de alimentos, mercadorias e dispositivos, para *fins comerciais*: artigos 24.º, n.º1 (“detiver em depósito”) e 25.º, n.º1 (“detiver em depósito”) do regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública; artigo 94.º (“detiver”) do regime geral das infracções tributárias; artigo 3.º, n.º4 (“detiver”), da lei do cibercrime; e artigo 104.º, n.º1, al. a) (“detenção”), da lei das comunicações electrónicas.

c) *Intencionais e intencionais-compostos*

Denominamos *crimes de detenção intencionais* todos os crimes em que o tipo, para além de prever a detenção como actividade punível, contém como elemento subjectivo uma intenção de realização de um determinado resultado. Uma vez que este resultado não faz parte do tipo, bastando a detenção e a intenção, estamos perante os denominados *crimes de resultado cortado*. Deparar-nos-emos, por outro lado, com crimes de detenção intencionais que fazem acrescer requisitos ao nível do tipo objectivo, isto é, mais exigentes por incluírem outros elementos constitutivos: titulados como crimes de detenção *intencionais-compostos*. Ilustremos pela respectiva ordem.

Nos termos da alínea d) do n.º1 do artigo 176.º do CP, responsabiliza-se criminalmente quem detiver fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores *com o propósito* de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder. Este “propósito”,

neste contexto, não deixa de configurar uma intenção de provocar determinado resultado que, a final, não é necessário que se verifique⁵⁹. O mesmo poderá ser dito em relação às circunstâncias do n.º2 do mesmo artigo, em que se *qualifica* esse propósito caso a intenção seja lucrativa ou a actividade seja profissional. Na mesma construção, pode incorrer em sanção penal, de acordo com a alínea f) do n.º1 do artigo 256.º do CP, quem detiver documento falsificado ou contrafeito, desde que observando o proémio que inclui ainda um elemento típico subjectivo: a “intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, ou de preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime”. Atentando, por sua vez, ao disposto no artigo 275.º do CP, “Quem, para preparar a execução de um dos crimes previstos nos artigos 272.º a 274.º... detiver... substância explosiva ou capaz de produzir explosão nuclear, radioativa ou própria para fabricação de gases tóxicos ou asfixiantes, ou aparelhagem necessária para a execução de tais crimes...”, apercebemo-nos que está presente uma intenção de preparar a execução de certos crimes, não sendo sequer necessário a execução dos mesmos⁶⁰. Sendo assim, um crime de detenção intencional.

Consideremos, agora, um grupo de crimes de detenção intencionais que fazem acrescer o *incumprimento de formalidades legalmente exigidas* – licenciamentos, condicionamentos, autorizações, etc. – para que o facto seja punível. Neste sentido, não basta a detenção e a intenção, logo, designados intencionais-compostos.

É o caso do crime aduaneiro de “introdução fraudulenta no consumo”, previsto no n.º1 do artigo 96.º do regime geral das infracções tributárias, em que está em causa a detenção de álcool e bebidas alcoólicas, produtos petrolíferos e energéticos ou tabaco, cuja finalidade é a protecção dos impostos especiais sobre o consumo destes bens. O tipo legal exige que o agente tenha *a intenção* de se subtrair ao pagamento dos impostos especiais⁶¹, mas também exige, em diferentes circunstâncias e de forma alternativa, uma detenção de

⁵⁹ Também classificada como “detenção intencional” em Lopes, José Mouraz, *Os crimes contra...*(cit.), 2008, p. 154 e s., informando-nos que “na primeira versão da proposta de lei que deu origem ao tipo de crime incriminava-se a detenção «com intenção» de exhibir ou ceder”. Por seu turno, considerando-o “crime de acto cortado”, Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário...*(cit.), 2008, p. 488, n.º13 (anotação ao artigo 176.º)

⁶⁰ Decisivo, Costa, José de Faria, *CCCP*, II, (cit.), 1999, p. 886, §6 (anotação ao artigo 274.º).

⁶¹ Em valor superior a €15.000 ou, não havendo lugar a prestação tributária, os produtos objecto da infracção forem de valor líquido de imposto superior a €50.000.

acordo com as alíneas b)⁶², c), d) e e). Na verdade, estamos perante quatro diferentes tipos de ilícito com a mesma estrutura a nível dos elementos objectivos e subjectivos.

Na legislação referente à droga, ao doping e às armas e munições igualmente encontramos crimes de detenção com estas características. O n.º2 do artigo 22.º da legislação de combate à droga responsabiliza quem, “sem se encontrar autorizado”, detiver equipamento, materiais ou substâncias determinadas, “sabendo que são ou vão ser utilizados no cultivo, produção ou fabrico ilícitos de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas”. Este “saber”, que não é mais do que um elemento subjectivo especial do tipo, e aquela “necessária autorização”, perfazem a *intenção-composta*. Na mesma estrutura, o n.º1 do artigo 44.º da lei antidopagem no desporto prevê: “Quem, com intenção de violar ou violando as normas antidopagem, e sem para tal se encontrar autorizado... ilicitamente detiver substâncias e métodos da lista de substâncias e métodos proibidos...”⁶³. Também, como crime caracterizador deste conjunto, o n.º1 do artigo 87.º do regime jurídico das armas e munições, refere-se a quem detiver (comportamento previsto no artigo anterior) determinados equipamentos, meios militares, material de guerra, armas, engenhos, instrumentos, mecanismos, munições, substâncias ou produtos, com “intenção de transmitir a sua detenção, posse ou propriedade”, “sem se encontrar autorizado, fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente”.

Num outro contexto, a detenção de “instrumentos ou aparelhagem especificamente destinados à montagem de escuta telefónica, ou à violação de correspondência ou de telecomunicações”, adquire autonomia enquanto actividade típica quando “fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente”, de acordo com o artigo 276.º do CP⁶⁴.

⁶² De acordo com a Directiva 2008/118/CE do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa ao regime geral dos impostos especiais de consumo, entende-se por “«Regime de suspensão» do imposto, um regime fiscal aplicável à...detenção... dos produtos sujeitos ao imposto especial de consumo não abrangidos por um procedimento ou regime aduaneiro suspensivo, em que a cobrança do imposto especial de consumo é suspensa”. Prevê, ainda, o n.º1 do artigo 21.º da mesma directiva: “A circulação dos produtos sujeitos a impostos especiais de consumo só poderá ser considerada como tendo lugar em regime de suspensivo do imposto se for coberta por um documento administrativo electrónico processado nos termos dos n.ºs 2 e 3.”

⁶³ Cfr. Portaria n.º9/2014, de 17 de Janeiro, que aprova a lista de substâncias e métodos proibidos.

⁶⁴ Pela natureza neutra ou inócua da coisa, por razões político-criminais, somos levados a pensar que a locução “especificamente destinados” deverá ser entendida como um elemento do tipo subjectivo – como uma *intenção* de “montagem de escuta telefónica, ou à violação de...” – e não como uma mera referência à funcionalidade objectiva dos instrumentos ou da aparelhagem. Sem tomar posição, a questão é-nos colocada por Faria, Paula Ribeiro de, *CCCP*, II, (cit.), 1999, p. 908, §15. A nossa forma de ver, melhor enquadrada *infra*, nos problemas político-criminais, na referência à “a natureza da coisa detida”, em especial coisas neutras que através de uma “mediação psíquica” se tornam perigosas (cfr., *infra*, nota 318).

Por fim, embora não esteja em causa o incumprimento de formalidades legalmente exigidas, o crime de receptação (cfr. 231.º, CP) acima discutido terá que se integrar neste âmbito da detenção intencional-composta, determinada pela “intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial” e pela “coisa obtida por outrem mediante facto ilícito típico contra o património”.

d) impróprios?

Até ao momento olhámos para *crimes de detenção* que expressamente incriminam quem “detiver”. Problema diverso que agora trazemos à colação é o dos *crimes de detenção impróprios*, pelo facto de a detenção não estar explícita no ilícito-típico mas eventualmente identificada e implícita em outras expressões que o legislador emprega de forma recorrente. Vagamente diríamos que são utilizadas diferentes expressões típicas linguisticamente equivalentes à detenção típica, ou que são ilícitos-típicos que se ligam materialmente à punibilidade pela detenção de uma coisa, ou diríamos mesmo que importa o processo de desencadeamento das consequências jurídicas e não a escolha das palavras⁶⁵. São os casos em que se pune, p. ex.: o “retendo” objectos que, pela sua natureza, são utilizáveis para falsificar documentos (cfr. 271.º, CP); o “armazenar” alimentos perigosos destinados a animais domésticos alheios (cfr. 281.º, n.º1, al. b), CP); o “mantiver” ficheiro automatizado (cfr. 193.º, CP); o “transportar” material de jogo (cfr. 115.º, lei do jogo); o “tiver em depósito” alimentos em determinadas situações (cfr. 23.º, n.º1, regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública); o “tiver em depósito para venda” substâncias alimentares ou medicinais em determinadas circunstâncias (cfr. 282.º, n.º1, al. b), CP); e o “ocultar” produtos contrafeitos (cfr. 324.º, CPI).

Deixemos um ponto de interrogação em relação aos mesmos pelo facto de não pretendermos resolver a questão sem primeiro procurarmos os contornos da própria *detenção jurídico-penalmente relevante*.

2.1.2. Conceito de “detenção-de-uma-coisa-móvel”

⁶⁵ Neste sentido, Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência” (cit.), 1998, p. 108; Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 22.; e, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 8.

O compromisso teórico de circunscrever um conceito que nos parece amplamente expressivo-enunciativo é da ordem mais complexa. Por essa mesma razão, impõem-se breves advertências acerca do arranjo metodológico.

A primeira para sublinhar que esta parte do nosso estudo (2.1.2.) limita-se a uma análise na perspectiva de um só agente, de um só detentor, havendo uma *exclusividade* na detenção: assim tornaremos a decomposição mais clara. As questões relacionadas com a comparticipação criminosa serão tratadas em momento próprio.

A segunda advertência para assentar que não vamos tomar uma posição em relação ao conceito de acção (em sentido lato) no âmbito do sistema categorial-classificatório⁶⁶. O que não nos impedirá de pensar a detenção enquanto *detenção típica*, integrada no ilícito-típico, susceptível de ser interpretada e discutida: questiona-se precisamente a sua forma de aparecimento, se se subsume um comportamento (activo ou omissivo) ou um mero estado de coisas.

Como advertência que deriva desta anterior, para relembrar que a teoria da infracção penal traduz-se numa construção dogmática que facilita a analítica do facto concreto. Pressuposto que não deve ser esquecido no momento em que levamos a cabo observações que incidem sobre uma “detenção”, cuja expressão implica sempre um

⁶⁶ Decerto que não vamos aqui expor o longo percurso histórico da teoria da acção, mas parece-nos essencial olhar para três posições contrastantes, actuais, no ordenamento jurídico português. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*(cit.), 2011, p. 259-261, defende o conceito de acção como um elemento integrante do tipo de ilícito, ou seja, como uma *acção típica*: em causa a absorção da acção pelo tipo, abandonando-se um conceito de acção (pré-típico) com validade geral, como base autónoma da construção do sistema. Note-se que não se renuncia à função de delimitação (cfr. p. 252) e, na conjuntura, a ilicitude (o tipo de ilícito) e a culpa (o tipo de culpa) são as categorias dogmáticas mais importantes. Posição diferente defendida por Carvalho, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 249-256, em que a acção é entendida como conceito *normativo-social de conduta*, pré-jurídico, base para qualquer modalidade de crime, cumprindo a função de classificação, e compatível na função de ligação com a tipicidade, ilicitude e culpa. Das reflexões do autor entendemos em relação à função de delimitação que a conduta activa ou omissiva é ou não objecto de reprovação social segundo critérios éticos-sociais, considerando inclusivamente o princípio da adequação social, com reflexos necessários na reprovação jurídico-penal e na tipicidade da conduta. Com estes pressupostos, refuta a teoria da acção típica de Figueiredo Dias, visto que, com a absorção da acção pelo tipo, sem a autonomia do conceito de acção, não é possível valorar o que deve ou não ser considerado abrangido pelo tipo legal, ou o que deve ou não ser restringido e interpretado à luz do princípio da adequação social. Por outras palavras: se a acção é típica, então, não pode funcionar como critério de interpretação e de valoração, mas apenas como objecto de valoração, como uma mera expressão formal-legal do ilícito penal. Por fim, em termos sintéticos, Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*(cit.), 2012, p. 184-186, entende a acção como uma categoria essencial da dogmática legal, sem valoração jurídico-penal, pré-jurídica, fundamentada na “relação comunicacional entre homens” de “raiz onto-antropológica”. Segundo o autor, uma vez integrada a noção de acção na normatividade penal, na qualidade de acção jurídico-penalmente relevante, significa que se violou a “relação de cuidado-de-perigo”. Por esta via, na sua óptica, cobre-se também os crimes omissivos e negligentes, cumprindo-se as funções de ligação, de classificação e de delimitação.

substrato subjectivo⁶⁷, quer dizer, não se logrando uma noção em termos puramente objectivos. No extremo diríamos – citando Ingeborg Puppe – que “a distinção entre tipo objecto e tipo subjectivo é antinatural e, em rigor, impraticável porque qualquer descrição de uma acção que se possa utilizar no tipo objectivo tem uma conotação subjectiva”⁶⁸. Razão pela qual, incorporando um elemento subjectivo na definição, só poderíamos pressupor e afirmar a detenção de uma coisa no momento em que houvesse *conhecimento* da situação por parte do detentor (tese restrita)⁶⁹. Contudo, quanto a nós, damos preferência a uma forma de ver as coisas que não dificulte a demarcação entre o tipo objectivo e o tipo subjectivo. Então, para nos fazermos entender, teremos de tomar uma outra posição: a detenção objectivamente abarca também os casos em que o detentor *desconhece* que a coisa está na sua esfera de disponibilidade (tese ampla)⁷⁰; deste modo, restringimos os casos puníveis a partir de considerações do tipo subjectivo (2.2.).

Finalmente, será vantajoso ter presente alguns termos cujo significado é claro. Seja dado como sinónimo de “controlo” as coisas que estão sob “domínio” ou sob “poder”. Assim, ter o “controlo” da coisa poderá ser reformulado em ter o “domínio” ou ter o “poder”, e vice-versa. Não se confundindo com o que está na esfera de “disponibilidade”, podendo estar ou não sob “controlo” do agente.

Fixando-nos nestes pressupostos, para um conceito de “detenção-de-uma-coisa-móvel” – no contexto dos demarcados *crimes de detenção* – procuraremos questionar uma aceção pré-jurídica (2.1.2.1.) e uma detenção típica (2.1.2.2.).

2.1.2.1. Conceito pré-jurídico

⁶⁷ Implícita uma expressão da *mens rea* (elemento subjectivo), dado que algum *conhecimento* é necessário para se afirmar que uma pessoa está a deter, de acordo com Koh, Kheng Lian, “Possession and Absolute Liability – Degree of Knowledge”, *Modern Law Review*, n.º 32, 1969, p. 205

⁶⁸ Assim, dando como exemplo a “apropriação indevida”, Puppe, Ingeborg, *El Derecho penal como ciência. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, Colección de Estudios y debates en Derecho penal, n.º 9, (Dirigida por Jesús María Silva Sánchez), Montevideo: Editorial Bdef., 2014, p. 193.

⁶⁹ Agora, de acordo com Muñoz, Nuria Pastor, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación politico-criminal y dogmática*, Colección Justicia Penal, n.º7, Atelier Libros Jurídicos, 2005, p. 34 e s.

⁷⁰ Poderíamos pensar que a diferença não é substancial. Ora, vejamos o seguinte exemplo: no preciso momento em que “A” está a dormir, “B” coloca na sua caixa de correio um envelope com cocaína. Se seguirmos a tese ampla, a detenção afirma-se no tipo objectivo; contudo, pelo contrário, seguindo a tese restrita não há detenção típica. Perspectiva e exemplo em Muñoz, Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, p. 34.

No âmbito do direito penal não há vantagem alguma em se recorrer a uma expressão cujo escopo é demasiadamente ambíguo. A teorização do que se poderá entender pela dimensão expressiva-enunciativa da “detenção”, formando (ou idealizando) uma ordem pré-jurídica, demonstrá-lo-á. Para clarificar o porquê de procurarmos um conceito “pré-jurídico”, depurado de uma valoração jurídica, veja-se que a ideia da “detenção-de-uma-coisa-móvel” começa por estar ligada à relação de uma pessoa com a coisa na “dimensão ontológica” – ou na “realidade fáctica”, ou no “mundo exterior” ou em qualquer outra forma de expressão que traduza a verificação sensorial. De momento é esta perspectiva que pretendemos adoptar e descrever.

A ideia básica da detenção de uma coisa móvel? As possibilidades são desmedidas. Deter implica, quanto menos, uma relação estática ou interactiva de um indivíduo com uma coisa. Mas uma relação de domínio⁷¹, directa ou indirecta, em que importa o âmbito espacial onde a coisa se encontra, privado ou público. Identificamos, deste modo, *esferas de detenção*⁷², em coincidência ou não com uma esfera de privacidade. Passemos ao desenvolvimento destas ideias, tendo presente que não partimos para a caracterização de esferas necessariamente estanques ou rígidas mas, em geral, flexíveis e entrecruzadas.

a) esfera de detenção directa

As coisas podem estar em maior ou menor proximidade física. Se alguém “traz consigo”, suponhamos, uma arma de fogo, estupefacientes ou documentos falsificados, com o seu controlo directo, a coisa está ao seu alcance imediato e disponível para uso, podendo rapidamente exercer-se um contacto físico com a mesma⁷³. Neste sentido, com o domínio ou controlo físico directo da coisa, está aqui em causa uma *detenção física* (portador). Mas, naturalmente, as coisas também se podem encontrar a uma determinada proximidade física. Não necessariamente uma detenção visual, em que a coisa está à vista do agente, suficiente será uma detenção por presença, em que se reconhece um acesso

⁷¹ Um dos elementos que constituem a “posse”, por todos Whitebread, Charles H./ Stevens, Ronald, “Constructive Possession ...”(cit.), 1972, p. 759. O outro elemento é de âmbito subjectivo.

⁷² (“Gewahrsamssphären”) cfr. Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 67.

⁷³ Aproveitamos, de forma adaptada para os crimes de detenção, os ensinamentos de Lifschitz, Sergio Politoff, *El delito de apropiación indebida*, nueva edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 135. O autor constrói uma órbita de custódia, vigilância e de actividade para desconstruir o crime de “apropriação indevida”.

directo à coisa que permanece disponível no mesmo espaço em que se a deixou⁷⁴. Fala-se, a propósito desta permanência da coisa no espaço de referência, num “mínimo de *corpus*”⁷⁵. São os exemplos das coisas que se encontram no interior do automóvel enquanto se conduz, ou que estão “à mão” em qualquer ponto de referência no apartamento. Há, assim, uma *relação de proximidade física directa*⁷⁶ com a coisa.

À luz desta esfera de detenção directa, verifica-se que não se trata forçosamente de uma relação estática. Bem pelo contrário, poderá implicar uma *relação de interacção* com a coisa. Se é assim, o agente poderá exercer todo um conjunto de actos sobre a coisa *móvel*, visando, nomeadamente, a conservação, a dissimulação ou o seu transporte de um local para o outro⁷⁷. Por outras palavras: a relação entre o detentor e o objecto poderá manifestar-se por várias formas de actividade e controlo⁷⁸. Com efeito, o detentor traz consigo, utiliza, consome, esconde, vigia ou transporta a coisa, procurando conservar continuamente a sua detenção⁷⁹; considerando também que, ao manter a coisa em seu poder, omite descartar ou destruir a coisa, o que também traduz uma relação de controlo.

Já na perspectiva de um observador externo, a coisa poderá não estar à vista, convenientemente de presença oculta ou dissimulada.

b) esfera de detenção indirecta

Não se estranhará, por outro lado, que a relação de controlo não implique somente uma detenção física ou uma relação de proximidade física directa com a coisa. Ou seja, não é necessário o acto de “trazer consigo” ou de “estar próximo” de uma arma de fogo,

⁷⁴ Custodia visual” versus “Custodia por presencia”, cfr. *Ibidem*, p. 136 e s.

⁷⁵ Sendo certo que o “ponto espacial de referência” remete-nos para o conhecimento do agente e, por conseguinte, para o elemento subjectivo, *infra*, 2.2.1.2.. Uma consideração que terá certamente mais relevância na esfera de detenção indirecta. Essencial, Montovani, Ferrando, *Diritto penale...*(cit.), 2012, p. 49, embora em contexto de crime de furto, ao referir-se ao agente que furtou e aos pressupostos do poder de disposição.

⁷⁶ (“körperlichen Naheverhältnisses”) De acordo com Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p.71

⁷⁷ Assim, os *Comentarios al Convenio sobre substancias sicotropicas*, Naciones Unidas, Nueva York, 1977, p. 351-352 : “... la «posesión» no se refiere sólo a una *situación* de control efectivo sobre la substancia de que se trate, sino también a todo el processo de *tener* la substancia, lo cual entraña conservarla, ocultarla o trasladarla de un lugar a otro, es decir, un «hacer» o «actuar».”.

⁷⁸ Em especial, Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Colección de Estudios y debates en Derecho penal, n.º 6, (Dirigida por Jesús Maria Silva Sánchez), Montevideo: Editorial Bdef, 2012, p. 182 e s.

⁷⁹ “Conservar” na qualidade de “detenção continuada” em Caeiro, Pedro, *CCCP*, II, (cit.), 1999, p. 483, §29 (anotação ao crime de receptação).

documentos falsificados ou estupefacientes para se considerar que há uma “detenção”: o controlo não pode significar, puramente, um contacto corporal ou uma proximidade com a coisa. Poder-se-á falar, também, em uma *esfera de detenção indirecta*⁸⁰ e, conseqüentemente, em uma detenção de facto.

Acarretará um acesso mediato configurado de forma a que a coisa conservada não seja susceptível de usufruto imediato, como sejam aqueles casos em que a coisa está armazenada, depositada, guardada, retida, ou mantida em determinado local, mais ou menos longínquo, considerado seguro para os desígnios do detentor. No fundo, neste âmbito, o domínio sobre a coisa irá depender de um *controlo sobre uma determinada área*⁸¹. Com este pressuposto, não se duvide da possibilidade de se deter a uma distância considerável: no porta-luvas de um carro que está longinquamente estacionado; no cacifo de uma estação ferroviária; no armário de um apartamento de férias situado em outra região ou em outro país; enterrada no jardim de uma propriedade privada, num parque público ou numa floresta; no cofre oculto que se encontra na cave da moradia; ou no afastado armazém arrendado.

Nestes termos, prevalecerá conforme um exercício de controlo indirecto que deverá precludir a detenção visual e por presença⁸². De facto, a coisa está algures presente mas não próxima do detentor, permanecendo no local onde foi colocada e no qual se pretende que continue, predominando uma *relação estática*. Assim, é essencial que haja sempre um “mínimo de *corpus*”, materializado na presença física da coisa no ponto espacial de referência onde seja possível, por opção, exercer o contacto material⁸³.

Considere-se ainda uma relação em que se mantém a possibilidade de acesso (p. ex. através de uma chave), pese embora se vislumbrem casos em que por alguma razão a coisa está temporariamente inacessível, o que, em nosso juízo, desde que a coisa permaneça no mesmo local, não exclui necessariamente uma relação de detenção⁸⁴.

⁸⁰ Ver Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 122, quando conclui, considerando o “armazenamento”, que a detenção pode ser, para além de imediata, também indirecta.

⁸¹ É nestes termos que a doutrina anglo-americana fala em “constructive possession”. Por todos, Dubber, Markus Dirk, “The Possession Paradigm...” (cit.), 2005, p. 110-111.

⁸² Cfr. Lifschitz, Sergio Politoff, *El delito de apropiacion...*(cit.), 1992, p. 137 e s.

⁸³ Cfr., *supra*, nota 75

⁸⁴ Repare-se: a qualquer momento poder-se-ão canalizar os meios para se aceder à coisa. Com imaginação, porque se encontra na copa de uma árvore, porque são necessários utensílios especiais para escavar, porque está conservada num barril no meio de um lago, ou porque se perdeu a chave de acesso à esfera privada. Não se confunde com os casos em que a coisa está definitivamente inacessível, em que não se respeita um “mínimo de *corpus*”, p. ex., porque a coisa foi levada pela corrente do rio, ou porque a coisa está perdida e

Em relação à perspectiva de um observador externo, a coisa poderá estar dissimulada ou oculta.

Feitas estas observações, na indagação expressiva-enunciativa, não se pretende esgotar todos os meios de “detenção” neste contexto significativo. A forma como se detém é de *execução livre*, visto que uma pessoa detém por todo e qualquer meio, desde que adequado ao domínio ou controlo sobre a coisa⁸⁵.

c) coincidência ou não com a esfera da privacidade

O que também denotamos é que poderá ou não haver uma coincidência da esfera da detenção com a esfera da privacidade⁸⁶. Teremos, pois, que atentar ao *contexto espacial específico* em que a coisa é detida. É uma consideração da maior importância precisamente por estar em causa o acesso e os meios pelos quais adequadamente se domina ou controla a coisa.

Por um lado, a coisa poderá ser detida em uma área confinada que pertence à privacidade e à titularidade exclusivas de acesso do detentor (p. ex., propriedade, arrendamento, aluguer): nos bolsos da própria roupa, no automóvel parqueado, no apartamento, no terreno vedado, no armazém, no cofre, no cacifo, etc.. Nestes casos, o detentor oculta ou dissimula a coisa na sua pessoa ou em lugar reservado não livremente acessível ao público⁸⁷. Impressivo e elucidativo é que os objectos estão (relativamente) escudados pelos direitos relacionados com a reserva da vida privada, resguardados do exterior, como se não existissem. No fundo, a *privacidade na sua expressão espacial* é particularmente adequada a esconder a existência de uma coisa⁸⁸. Repare-se: afastada da visão indesejável de terceiros, somente através da transgressão dessa área privada se vislumbra chegar à presença da mesma. Porventura com a violação de domicílio (cfr.

não há forma de conhecer a sua localização e de se exercer um contacto material com mesma. Importante, também, *infra*, 2.2.2., “elemento volitivo”

⁸⁵ Não é estranha a analogia que procuramos e que fazemos com o crime de sequestro, quando Carvalho, Américo Taipa, *CCCP*, I, (cit.) 1999, p. 407, §14 (anotação ao artigo 158.º), afirma que “são relevantes e, portanto, subsumíveis ao tipo legal todo e qualquer meio, desde que adequado a impedir a liberdade de deslocação”.

⁸⁶ Questão pensada por Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 65-83. Embora autores como Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...” (cit.), 2001, p. 69, entendam que a primeira vantagem da “possession” é não ser praticada em público e não se afigurar como uma “ofensa pública”.

⁸⁷ Não se exclui, como é evidente, o acesso que outras pessoas – familiares, amigos, vizinhos, etc. – possam ter a esse mesmo espaço. Cfr., *infra*, 2.3.2., “comparticipação criminosa”.

⁸⁸ Assim, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 68

190.º, CP), com a introdução em lugar vedado ao público (cfr. 191.º, CP) ou através de um crime dano (cfr. 212.º, CP). Numa outra perspectiva, podemos ainda atentar às restrições de direito adjectivo para as revistas (cfr. 174.º, CPP) e buscas (cfr. 174.º e 177.º, CPP)⁸⁹.

Por outro lado, a coisa poderá estar a ser detida em uma esfera privada de várias pessoas ou em contexto laboral⁹⁰. Se pensarmos nos casos em que a coisa é detida numa área comum de uma moradia partilhada por várias pessoas, numa gaveta da secretária de um escritório, num armazém de um estabelecimento comercial, ou até em uma área móvel (num contentor ou num camião, onde se transportam outras mercadorias com fins comerciais), nestas circunstâncias, não podemos dizer com toda a certeza que o detentor decide em última análise quem tem acesso ao espaço específico. São áreas privadas ou áreas de trabalho demarcadas que, em princípio, não são acessíveis ao público mas a um determinado círculo de pessoas⁹¹. Relembramos, ainda, as exigências processuais penais, p. ex., para as buscas em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário (cfr. 268.º, n.º1, al. c), CPP).

Por fim, identificamos uma esfera de detenção que não está na esfera da privacidade de ninguém por se encontrar num espaço de acesso público⁹². O contexto espacial é manifestamente diferente daquele que há um controlo mínimo do acesso. Em algumas situações o detentor procurará o melhor “esconderijo” para a coisa, em outras a detenção poderá estar relacionada com a “exposição para venda”. Para a primeira situação antevemos casos de dissimulação da coisa num jardim público, numa floresta próxima de uma área de habitação, nas instalações sanitárias de um restaurante, ou em circunstâncias análogas. Os motivos para uma detenção desta natureza poderão relacionar-se com a *transmissão*. Com a mesma finalidade, embora com lógica oposta à dissimulação, a

⁸⁹ Podemos dizer, numa outra direcção, juntamente com Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...” (cit.), 2001, p. 69: “Isto significa que o Estado, por via de uma suspeição de posse, ganha entrada no domicílio da fonte de perigo suspeita ou, enquanto lá, pode detectar prova de posse. Como vimos, os agentes de polícia são muito bons a encontrar objectos ilegalmente possuídos que estejam à vista, sempre que entram em uma residência ou dando uma vista de olhos adentro de um carro.” (tradução livre).

⁹⁰ Desenvolvido, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...* (cit.), 2005, p. 75-78.

⁹¹ Levantar-se-ão problemas relacionados com a *comparticipação criminosa* e, em relação ao local de trabalho, não fica excluída a possibilidade de se imputar *responsabilidade nas pessoas colectivas e entidades equiparadas* pela detenção, por parte de pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança ou por pessoas que actuem sob a autoridade destas últimas, de material pornográfico de menores, documento falsificado ou contrafeito, instrumento de escuta telefónica, entre outras coisas. Cfr., *infra*, nota 276.

⁹² Cfr. Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...* (cit.), 2005, p. 82 e s.

exposição ao público para comercialização implica que a coisa esteja em um espaço de acesso público (que até pode ser virtual, na Internet)⁹³.

Mas, na verdade, a detenção em uma esfera pública não tem que ser sempre talhada nestes termos, relacionada com a transmissão. Se uma pessoa detém a coisa em uma esfera da sua privacidade, p. ex., na sua própria indumentária ou no seu próprio veículo, mas se expõe em esfera pública, encontra-se, evidentemente, em uma espaço de *acesso* público. Basta pensar agora na susceptibilidade de fiscalização por parte de autoridade pública⁹⁴. A vulnerabilidade em esfera pública é assim comprovada pela possibilidade de os órgãos de polícia criminal poderem proceder, sem prévia autorização de autoridade judiciária, à revista de pessoas ou à busca em determinado espaço – p. ex. ao veículo automóvel em circulação – sempre que houver fundada razão para crer que neles se ocultam objectos relacionados com crime (cfr. 251.º, CPP)⁹⁵.

d) início e fim da detenção

Outro ponto ainda que merece a nossa atenção diz respeito à delimitação do início e do fim da detenção. De uma forma geral, a detenção inicia-se com a obtenção e termina quando o detentor deixa de ter a disponibilidade fáctica sobre a coisa. Uma tal observação que preza pela evidência não deixa de resultar em várias formas especificadas – também aqui por qualquer meio – de se obter ou de se perder a detenção da coisa.

Fazendo referência à nomenclatura utilizada nos próprios tipos de crime, poderá obter a coisa quem a fabricar, produzir, cultivar, importar, adquirir ou receber. Expressões que deverão ser entendidas como formas gratuitas ou onerosas de se obter a disponibilidade fáctica da coisa e que não pressupõe uma detenção física ou de facto,

⁹³ A respeito, entre outras, consideremos as espécies protegidas da fauna ou flora (cfr. 278.º, n.º2, CP), os dispositivos que permitam o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado (cfr. 3.º, n.º4, lei do cibercrime) e dispositivo ilícito que permita acesso a serviço protegido (cfr. 104.º, n.º1, al. a), da lei das comunicações electrónicas).

⁹⁴ Consideremos, p. ex., que a chapa de matrícula de um automóvel é juridicamente considerado um documento, susceptível de ser falsificado e detido (cfr. 256.º, n.º1, al. f), CP). Outros exemplos de detenção em esfera pública, que dizem respeito especificamente aos crimes de detenção: a detenção, em uma floresta, de furão no exercício da caça (cfr. 26.º, n.º2, e 31.º, n.º2, lei da caça); ou a detenção de materiais nucleares ou de outras substâncias radioactivas no momento em que são depositadas ilegalmente em território público de acesso livre (cfr. 279.º, n.º2, al. d), e n.º3, CP).

⁹⁵ Cfr. desenvolvimento, *infra*, 3.1., “resolução de problemas processuais-penais”

podendo não estar assegurado o domínio ou controlo efectivo sobre a mesma⁹⁶. Não obstante, importante é ter presente que a obtenção e a detenção poderão coincidir temporalmente⁹⁷.

Relativamente à forma como se põe termo à relação com a coisa, damos conta da possibilidade de se a descartar, destruir, oferecer, ceder, vender, distribuir, exportar, entregar ou transmitir, onerosa ou gratuitamente. E aqui referimo-nos a formas definitivas de se terminar com a disponibilidade fáctica.

2.1.2.2. Detenção típica

Se nos referirmos à detenção típica como uma opção por um conceito conformado de detenção, nesse caso, só nos referimos a um *conceito de detenção jurídico-penalmente relevante*. Deste ponto de vista, não pretendemos negar que exista uma ligação fáctica de um indivíduo com a coisa, pelo contrário, afirmamos que o conceito “pré-jurídico” por nós fixado poderá operar como base para um conceito jurídico de detenção: recebido pelo direito penal, integrado no tipo de ilícito, e “moldado” em um *sentido determinado*⁹⁸. Não nos parece, deste modo, que a “detenção” possa ser entendida como um elemento típico que dispense uma valoração jurídica⁹⁹. Várias razões concorrem para esta asserção.

Desde logo porque, naturalmente, o que faz parte da “dimensão ontológica”, logo sensorialmente perceptível, é o detentor e a coisa. A “detenção”, por si só, parece ser uma ligação fáctica, um juízo cognitivo, que fazemos para relacionar ambos, o detentor e a coisa. Ora, em um juízo jurídico-penal, a detenção, enquanto elemento do tipo que

⁹⁶ É certo que *todos* os crimes que punem “quem detiver”, punem de igual forma as várias formas de se obter a coisa. Mas há, por outro lado, tipos de crime que punem de forma singela a aquisição e, aparentemente, preferem não alargar a punibilidade à detenção. É o caso do crime de “aquisição de moeda falsa para ser posta em circulação” (cfr. 266.º, CP).

⁹⁷ Neste sentido, Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência” (cit.), 1998, p. 111

⁹⁸ Cfr, Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento...*(cit.), 1977, p. 173, a respeito dos “conceitos naturalísticos” que são recebidos pelo Direito. Repare-se também que a dimensão expressiva-enunciativa da “detenção”, por via de uma definição legal, poderá estar normativamente demarcada e, nesse caso, discute-se um sentido mais preciso no contexto de significação. Relembremos as palavras de Neves, A. Castanheira, “Metodologia jurídica...” (cit.), 1993, p. 132, a propósito das “definições legais”: “a definição só logrará conferir uma significação mais precisa ou uma pretensa univocidade aos signos expressivos no linguístico «contexto de significação», mas não poderá com isso eliminar os problemas específicos da jurídica realização concreta ou os problemas de constitutiva concretização postos pelo «contexto de aplicação».”

⁹⁹ Por outro lado, atentemos às palavras de Puppe, Ingeborg, *El Derecho penal como ciência...*(cit.), 2014, p. 137: “Ahora bien, dado que toda afirmación normativa, si es que pretende tener algún sentido, ha de tener un contenido descriptivo, cuando en el nivel descriptivo no sea posible alcanzar la univocidad, ello tampoco será posible en el nivel normativo.”

concretiza a ilicitude, considerando as premissas e as ligações (com outras normas) da própria norma penal incriminadora, poderá estar *delimitada*. Veja-se deste modo: se olharmos para o conceito “pré-jurídico” como uma descrição “ambígua”, olhemos para o conceito jurídico-penal como uma possível descrição “definida”. Sabemo-lo, pretende-se *evitar a situação normativamente desvaliosa*. Quer dizer que, independentemente do conceito de acção (em sentido lato) defendido, procuramos um enquadramento jurídico-penal na interpretação dos factos concretos que envolvam a “detenção-de-uma-coisa-móvel”. Por assim ser, através da própria estrutura dos tipos de crimes de detenção – compostos, intencionais, e intencionais-compostos –, delimita-se o específico escopo pelo qual o facto é punível, não bastando uma mera “ligação fáctica” ou um mero “juízo cognitivo” entre a pessoa e a coisa. E mesmo no caso de crime de detenção puro ou simples, a fonte da responsabilidade penal está perfeitamente circunscrita à particularidade da *coisa típica*. Ou seja, também o facto de a coisa se afigurar típica-identificada sintomatiza que nos crimes de detenção a “fonte de perigo” para a sociedade não reside na neutralidade de uma detenção, mas na soma desta com a valoração da natureza da coisa para a lesão de bens jurídicos¹⁰⁰. Tocámos, por fim, em uma importante diferença em relação ao que ficou dito ao idealizar um conceito “pré-jurídico”. Visando o direito penal a protecção de bens jurídicos (cfr. 40.º, n.º1, CP), não está somente em causa uma relação entre um indivíduo e uma coisa: *dever-se-á incluir a sociedade na relação de detenção*¹⁰¹. Portanto, nesta perspectiva, uma ligação triangular, um juízo lógico-legal, entre detentor-coisa-sociedade¹⁰².

¹⁰⁰ cfr., desenvolvimento, *infra*, 3.3., “a natureza da coisa detida”.

¹⁰¹ Neste sentido, Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 206, nota 3

¹⁰² Relembramos que os crimes de detenção identificados, *supra*, 2.1.1.3., são todos *crimes públicos* à excepção da detenção de dispositivo ilícito à luz da lei das comunicações electrónicas, na qualidade de crime semi-público, nos termos da alínea a) do n.º1 do artigo 104.º. As coisas normativamente descritas ou definidas nos tipos de crime de detenção, com ou sem detentor identificado, antes ou depois da prolação de sentença em processo penal, podem ser objecto de medidas que salvaguardem a relação detentor-coisa-sociedade, na defesa de bens jurídicos, naturalmente. Veja-se logo enquanto medida de coacção, se houver fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos, em que o juiz pode proibir a não aquisição ou utilização e impor a entrega de “armas ou outros objectos e utensílios” susceptíveis de “facilitar a prática de outro crime” (cfr. 200.º, n.º1, al e), CPP). São, pois, as características particulares das coisas que despoletam estas medidas. Coisas que também se afiguram “instrumentos” que servem para a prática de crimes: veja-se agora como medida impositiva, a perda de coisas a favor do Estado (cfr. 109.º e 110.º, CP). Por servirem a prática de crimes ou por se considerarem *perigosas*, o juiz pode ordenar que as coisas sejam total ou parcialmente destruídas ou postas fora do comércio, se outra não fora a intenção da lei. Isto porque na legislação penal extravagante há disposições relacionadas com o destino *especial* dado às coisas. Em contexto dos crimes de detenção, cfr.: armas declaradas perdidas a favor do Estado, que podem ser destruídas, vendidas, utilizadas pela forças de segurança ou afectadas a museus públicos ou privados (cfr. 78.º, regime jurídico das armas e munições); bens, objectos ou instrumentos

Com as considerações que já expendemos também demos conta que neste contexto de significação deter uma coisa não implica conformidade dogmática com a posse-detenção de natureza jurídico-civil ou com o direito de propriedade. À luz desta forma de abordar o problema, torna-se imperativo questionar as formas possíveis de aparecimento da “detenção” que realiza o tipo de ilícito, no contexto significativo dos crimes de detenção. Em causa está a cabal operacionalidade do conceito pré-jurídico, configurando-se agora um conceito *delimitado* ou *definido* em forma de comportamento activo, em forma de comportamento omissivo, próprio ou impróprio, ou como uma categoria que desafia esta lógica binária, um certo “estado de coisas”. Dito de outra forma, pretendemos determinar a “detenção concreta” à qual se atribui a qualificação de típica na composição do facto punível. E, embora perante diferentes concepções a nível da construção do conceito de acção (em sentido lato) e da própria doutrina do crime, de tradição europeia-continental ou anglo-americana, procuraremos absorver os respectivos contributos teórico-doutrinários para nos consciencializarmos da densidade do problema.

a) conduta activa?

relacionados com estupefacientes ou substâncias psicotrópicas que não são destruídos caso ofereçam “interesse criminalístico, científico ou didático” (cfr. 39.º, n.º3, legislação de combate à droga); a “inutilização” dos bens apreendidos sempre que não for possível aproveitá-los, em relação às infracções antieconómicas e contra a saúde pública (cfr. 47.º, n.º5, regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública); as mercadorias objecto de infracção tributária perdidas a favor da Fazenda Nacional, podendo ser revertidas a favor de interessados desde que paga uma importância igual ao seu valor (cfr. 18.º, n.º5, Regime geral das infracções tributárias); a possibilidade de utilizar ou alienar dispositivo que permita acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado (cfr. 10.º lei do cibercrime); a possibilidade de, com o consentimento do ofendido, dar outra finalidade aos produtos contrafeitos, desde que seja possível eliminar o sinal distintivo nele apostado que constitua a violação do direito (cfr. 330.º CPI). Aliás, caso o momento temporal seja o da sentença, está legalmente previsto no conteúdo do dispositivo “a indicação do destino a dar a coisas ou objectos relacionados com o crime” (cfr. 374.º, n.º3, al. c), CPP). Mais ainda. Não sendo a pena de prisão aplicada em medida superior a cinco anos, decidindo o tribunal suspender a execução da mesma (cfr. 50.º n.º1 CP), poderá ser julgado conveniente subordinar essa mesma suspensão à observância de regras de conduta (cfr. 50.º n.º2 CP); ora, nesse caso, está contemplado, como medida proibitiva, “não ter em seu poder objectos capazes de facilitar a prática de crimes” (cfr. 52.º, n.º2, al. f), CP). Já em fase de execução de pena de prisão, a “posse de objectos” está detalhadamente regulamentada (cfr. 37.º e 198.º, DL n.º51/2011, de 11 de Abril) de modo a que o recluso não tenha em seu poder objectos que possam pôr em causa a ordem, a segurança (“a integridade física de terceiros ou do próprio”) e o bem-estar (cfr. 28.º CEP) no estabelecimento prisional. Razão pela qual, p. ex., se controla a correspondência (69.º, n.º4, CEP). Os objectos cuja detenção não seja permitida no estabelecimento prisional e que constituam ilícito penal são “entregues ao órgão de polícia criminal competente, acompanhados do auto respectivo” (cfr. 38.º, n.º2, DL n.º51/2011, de 11 de Abril).

De acordo com o que se sugere em epígrafe, presente está o intento de se formular a detenção como um conceito causal-naturalístico, isto é, como uma “aquisição da coisa”, “manutenção da coisa” ou “utilização da coisa”.

Nos Estados Unidos da América, formalmente, nos termos do disposto no §2.01.(4) do artigo 2.º do MPC¹⁰³, a detenção é definida de modo a traduzir-se em um comportamento activo: “Possession is an act, within the meaning of this Section, if the possessor knowingly procure or received the thing possessed...”¹⁰⁴. Um “acto positivo” quando o agente *obtem ou recebe* a coisa através de uma conduta voluntária¹⁰⁵. Mas também um “acto” que se identifica com um movimento corporal, aliás, de acordo com o §.1.13(2) do MPC que prevê: “«act» or «action» means a bodily movement...”.

Seja dito desde já e de forma clara que em nada o “acto positivo”, enquanto forma de aparecimento do crime, se confunde com o “act requirement” – análogo ao conceito de acção (em sentido lato) na tradição europeia-continental –, como pressuposto para se imputar responsabilidade criminal¹⁰⁶.

No ponto de vista de Michael S. Moore, a compatibilidade da detenção com o “act requirement” é uma questão meramente formal e, estando definida legalmente como uma conduta positiva, formalmente não pode deixar de ser compatível; considera por essa razão que não se está a punir a aquisição, bem pelo contrário, pune-se a detenção em si mesma¹⁰⁷. Este é, porém, um entendimento contra o qual se têm feito ouvir algumas vozes. Críticos como Douglas Husak consideram aquela definição legal sem qualquer sentido

¹⁰³ O objetivo do MPC, completo e promulgado em 1962, foi reformar e codificar o direito criminal substantivo dos Estados Unidos da América, influenciando as jurisdições dos vários Estados. De acordo com o prefácio do *Model Penal Code, Official draft and explanatory notes*, Philadelphia, PA: The American Law Institute, 1985. Cfr., ainda, os princípios ou propósitos de construção previstos na §1.02. do artigo 1.º.

¹⁰⁴ Segundo Douglas Husak, a secção da detenção que aqui analisamos contém duas cláusulas disjuntivas, sendo a da conduta activa a primeira, e considerando na segunda parte uma conduta omissiva, pelo que remetemos a sua análise para o segmento seguinte. Cfr. Husak, Douglas, “Rethinking the act requirement”, *Cardozo Law Review*, vol. 28, n.º.6, 2007, p. 2443

¹⁰⁵ *Model Penal Code, Official draft and explanatory notes*, Philadelphia, PA: The American Law Institute, 1985, p. 20, remetendo para §2.01.(1) em que se fala da responsabilidade por acto voluntário ou por uma omissão.

¹⁰⁶ A natureza na *common law* do *act requirement* é também contenciosa. Segundo Husak, Douglas, “Rethinking the act...” (cit.), 2007, p. 2438 e ss., há duas formulações possíveis. Para uma posição tradicional ou ortodoxa está em causa uma concepção naturalística, identificada com um movimento corporal, tal qual o conceito causal-naturalístico de acção do sistema clássico de Liszt e Beling. Autores como Moore, Michael *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 22, seguem esta concepção. Para uma posição heterodoxa, o “act requirement” para além de puramente factual também é descritivo e normativo, fazendo-se incluir os todos os “actos” que estão sob o controlo do agente, abrangendo-se, agora, a detenção e a omissão. A respeito, um dos principais defensores, Husak, Douglas, “Rethinking the act...” (cit.) 2007, p. 2454 e s.

¹⁰⁷ Cfr. Moore, Michael S., *Act and Crime...*(cit.), 2010, p. 21 e s.

quando interpretada literalmente: o estado em que se detém uma coisa não se transforma (“magicamente”) em um “acto” positivo simplesmente porque se a adquiriu no passado¹⁰⁸. Convergente, Markus Dubber, pendendo para discutir um estado de coisas, contesta que a detenção possa entender-se como um “acto” pelo simples facto de a codificação o firmar¹⁰⁹. Partindo daqui, também Andrew Ashworth defende que a definição do MPC empreende um esforço considerável ao levar os crimes de detenção para dentro do “act requirement”, evidenciando que o requisito legal a ser comprovado para que a detenção se afigure punível é, por conveniência, o “acto” de se adquirir a coisa¹¹⁰.

Se transpússemos a problemática para a tradição europeia-continental, o que estaria em causa era justamente a possibilidade de se definir a detenção enquanto aquisição, como forma de aparecimento do crime, para uma compatibilidade com o conceito de acção (em sentido lato).

Por outro lado, a principal teoria da detenção enquanto conduta activa de *manutenção* ou, mais concretamente, como uma “forma de comissão predominantemente activa”, deve-se ao autor espanhol Cox Leixelard. Começa por distinguir, metodologicamente, o “carácter da acção” do “sentido da acção”: o primeiro questiona se um determinado facto pode ser qualificado como uma acção (em sentido lato), enquanto que o segundo interroga a sua entidade, activa ou omissiva. Em relação ao “carácter da acção”, a tese central que defende pode sintetizar-se ao entendimento da detenção como uma forma de se exercer um certo controlo sobre uma coisa, sendo esse exercício de controlo compatível com o que se entende por acção (em sentido lato). Trata-se de uma interpretação normativa do conceito de acção – “uma expressão do modo de agir moral do indivíduo”¹¹¹ – que não faz depender o facto punível de puros fenómenos naturalísticos. Deste modo, visto que se procura manter em controlo uma coisa de detenção proibida, quanto ao “sentido da acção”, considera que é a *actividade de manter* que constitui genuinamente a detenção¹¹². Ou seja, o estado relacional entre o sujeito e a coisa, a relação

¹⁰⁸ Husak, Douglas, “Rethinking the act requirement” (cit.), 2007, p. 2440

¹⁰⁹ Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...” (cit.), 2001, p. 140.

¹¹⁰ Cfr. Ashworth, Andrew, “The Unfairness of Risk-Based Possession Offences”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 5, n.º3, 2011, p. 241 e s.

¹¹¹ Cfr. Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, pp. 113 e 261-262. Encontramos semelhanças com o “conceito pessoal de acção” de Roxin. Cfr. crítica, *infra*, nota 146.

¹¹² Cfr. Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 133 e ss. e p. 263.

de detenção, neste sentido, é essencialmente expressão do comportamento activo (causal-naturalístico) que mantém o *status quo*¹¹³.

Pensar a detenção enquanto forma de empregar ou *utilizar a coisa*, faculdade do próprio poder de facto, também não está descartada deste âmbito do “fazer positivo”. Basta supor que as coisas são fruídas pelo detentor mediante a sua utilização, como sucede com os estupefacientes, com as substâncias dopantes ou com os documentos falsificados. Nestes casos, não se duvida que a relação de detenção poderá implicar e caracterizar-se com a utilização da coisa. Ainda assim, não estariam aqui incluídos os crimes que autonomizam a “utilização” face à “detenção”, como sucede no regime jurídico de armas e munições português que restringe normativamente os diferentes “comportamentos” (cfr. 2.º, n.º5, al. g) e s); e 86.º, n.º1, regime jurídico das armas e munições).

Perante esta forma de se interpretar o sentido da detenção – como uma aquisição, manutenção ou utilização –, sinalizam-se múltiplas críticas. A primeira de todas relacionada com o próprio alcance gramatical: se o legislador quisesse limitar ou estender a punibilidade ao comportamento positivo de “aquisição”, “manutenção” ou “utilização”, não teria descrito a actividade típica como uma “detenção”¹¹⁴.

Por outra parte, em relação à *aquisição*, Otto Ladogny é imperativo a considerar que se trata de um acto prévio e de um pressuposto da detenção, uma vez que a comprovação desta é posterior e em nenhum caso pode ser punível na forma de “aquisição”¹¹⁵. O que corrobora esta observação é o facto dos crimes de detenção autonomizarem a punibilidade pela aquisição – o que também sucede no ordenamento jurídico português. De forma similar, a posição subscrita por Eberhard Struensee também julga a aquisição como um acto que precede a detenção, embora admita a possibilidade de coincidirem temporalmente¹¹⁶. Observa também que a aquisição da detenção seria

¹¹³ Com o mesmo sentido, num outro quadro legal, pondere-se ainda que o Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão já havia em 1994 sufragado a criminalização da detenção (no caso, de cannabis) em conformidade com os princípios constitucionais alemães, destacando que a detenção “não é um estado, mas um comportamento causal” e que “a criação ou manutenção desta condição deve ser criminalizada (tradução livre). BGHSt 27, 380, 381; confirmada por uma decisão do mesmo Senado em 29 de Junho de 2006. Cfr., a propósito, Gropp, Walter, “Besitzdelikte...” (cit.), 2007, p. 250

¹¹⁴ Neste sentido, Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência” (cit.), 1998, p. 113

¹¹⁵ Cfr. Lagodny, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1ª Auflage, Mohr Siebeck, 1996, p. 325

¹¹⁶ Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência” (cit.), 1998, p. 111. As razão que encontra para se encontrarem autonomizadas parte da *dificuldade probatória* de se demonstrar a aquisição ilegal da coisa objecto de detenção. Cfr., *infra*, 3.1., “resolução de problemas processuais-penais”.

representável através de um comprar, um receber, uma subtracção, mas já a própria detenção não suporia qualquer forma de comportamento, activo ou omissivo.

Por seu turno, com base na ideia que a detenção deve ser definida como “um todo” equivalente a um *facto complexo*, Ken Eckstein discorda com uma análise capaz de a desintegrar em “comportamentos”, quando em causa está um “comportamento ambivalente”¹¹⁷: o detentor adquire os estupefacientes num certo dia, leva-os consigo no seu bolso ou no seu veículo automóvel, esconde-os em seu domicílio por debaixo da sua cama ou em qualquer armário, deixa-os lá ficar no dia seguinte enquanto vai às compras, e consome-os quando bem lhe aprouver. Como manifestações do controlo, o detentor pode aceder à coisa, tem a possibilidade de a guardar, transportar, usar ou gozar dela, sem que em caso algum esvazie a relação de detenção. Pela mesma razão, no que diz respeito à manutenção e à utilização como pressupostos, Nuria Pastor Muñoz é categórica a afastar a essencialidade de ambas por não esgotarem e nem sempre acompanharem a detenção¹¹⁸.

Em definitivo, ao mesmo tempo em que se admite um “exercício da detenção”, pode-se pressupor uma “detenção sem exercício”¹¹⁹.

b) *conduta omissiva?*

Em vista dos resultados insatisfatórios das considerações anteriores, a doutrina procurou teorizar os crimes de detenção como *crimes de omissão*, impróprios e próprios.

A primeira posição origina de uma cláusula geral de equiparação da omissão à acção (cfr. 10.º, n.º1 e 2, CP), em que os crimes de detenção teriam como finalidade regular ou impor comportamentos – autênticos *deveres de garantia*. Nas palavras de Pastor Muñoz, “se castiga al autor de la posesión porque ha incumplido el deber que deriva de la posición de garante que ocupa, a saber, el deber de poner fin a la posesión de ese objecto”¹²⁰. Deste modo, exigir-se-ia do detentor a destruição, o descartar ou a obrigação de restituir a coisa à autoridade pública¹²¹.

¹¹⁷ (“Besitzen als ambivalentes Verhalten”) Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 141; cfr. também p. 210, em que o autor afirma categoricamente: “a possessão não é uma acção”.

¹¹⁸ Muñoz, Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, p. 38 e s.

¹¹⁹ Próximo, Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenencia” (cit.), 1998, p. 113, embora pendendo para considerar que a detenção descreve melhor a relação de “detenção sem exercício”.

¹²⁰ Muñoz, Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, p. 39

¹²¹ Neste sentido, Lagodny, Otto, *Strafrecht vor...*(cit.), 1996, p. 328 e ss.

À primeira vista, obrigar à *destruição da coisa* poderia ser a forma mais segura de resolver o problema. Até porque, uma vez apreendida pelas autoridades, lavrado o auto de destruição, poderá ser esse o destino da coisa. Pense-se na incineração das substâncias estupefacientes (cfr. 62.º do legislação de combate à droga), na destruição de armas, independentemente do motivo da entrega ou decisão (75.º, n.º3 e 78.º, n.º2 do regime jurídico das armas e munições), nos produtos contrafeitos total ou parcialmente destruídos (cfr. 330.º, n.º2, CPI), ou no material de jogo apreendido e destruído (cfr. 116.º, lei do jogo). Ainda assim, ponderemos a possibilidade de ser o próprio detentor a destruir a coisa. O que faz levantar várias outras questões¹²²: um eventual crime de dano por se tratar de coisa alheia; um possível consentimento-justificante do proprietário; e a hipótese de existirem disposições específicas que conciliem a exclusão da punibilidade com a destruição. Umhas breves notas a respeito justificam-se.

Em relação à primeira questão, no contexto dos crimes de detenção, as coisas objecto do direito de propriedade do próprio detentor em princípio poderão ser destruídas sem haver qualquer conflito com o crime de dano – limitado à “coisa alheia” (cfr. 212.º, CP). Todavia, tratando-se de coisas com valor económico¹²³, sabemos que aquele que (onerosamente) adquire, produz ou fabrica a coisa dificilmente será constrangido a destruí-la por livre vontade. E mesmo que fosse essa a vontade, não poderíamos ignorar a dificuldade prática em se desmantelar totalmente algumas das coisas objecto dos crimes de detenção.

Suponhamos, por outro lado, que o detentor não é proprietário da coisa. Levantar-se-iam sérios problemas na conciliação entre o dever de agir, de destruição, e a obrigação negativa de não destruir, sob pena de crime de dano¹²⁴. O que nos remete para a segunda questão: e caso o titular do direito de propriedade dê autorização para a destruição da

¹²² Levantadas, de forma cabal, por Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 109-117. Cfr., ainda, Lagodny, Otto, *Strafrecht vor...*(cit.), 1996, p. 328 e s.

¹²³ A questão do direito de propriedade não se chega sequer a colocar em relação à pornografia de menores dado que, como já deixamos assente, não se vislumbra a faculdade de serem objecto de direitos privados. Embora saibamos que a pornografia infantil tem valor económico em circuitos de pedofilia. Já assim, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 112

¹²⁴ No ordenamento jurídico português, o conflito de deveres ficaria afastado uma vez que só é susceptível de conduzir à justificação nos casos em que “colidem distintos deveres de acção, dos quais só um pode ser cumprido”, isto é, “fora ficam por isso os casos em que o conflito se dá entre um dever de acção e um dever de omissão”. Cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*(cit.), 2011, p. 466. Lagodny chega a colocar a hipótese de o crime de dano se revelar justificado pelo direito de necessidade, mas, de igual forma, parece ser impraticável face aos requisitos da norma portuguesa (cfr. 34.º, CP) conjugados com os requisitos dos crimes de detenção.

coisa? O consentimento (até mesmo presumido) dado pelo portador do bem jurídico ao detentor poderá, de facto, excluir o crime de dano¹²⁵.

Portanto, estas brevíssimas observações demonstram que em determinadas circunstâncias, em relação a algumas coisas, não haverá qualquer conflito legal ao se procurar destruir a coisa. O que todavia não serve como critério geral.

Possivelmente a terceira questão resolveria o problema. Vale como paradigma o disposto na alínea b) do n.º2 do artigo 271.º do CP, em relação aos actos preparatórios dos crimes de falsificação (“retendo”): “Não é punível pelos números anteriores quem voluntariamente:...b) Destruir ou inutilizar os meios ou objectos referidos nos números anteriores, ou der à autoridade pública conhecimento deles ou a ela os entregar”.

Com efeito, embora não expressamente previstas, as *causas pessoais de exclusão de pena*¹²⁶ poderiam ter um interesse prático-jurídico relevante para a grande maioria dos crimes de detenção, contribuindo como factor motivador. Contudo, a pergunta permanece: autorizar-se a destruição de coisa alheia?

Caso a destruição esteja fora de questão, questiona-se a possibilidade de se *descartar a coisa*. No entanto, encontram-se também aqui dificuldades práticas na exequibilidade de um tal dever em relação a algumas coisas. É o exemplo da arma proibida num contentor do lixo que poderá ser encontrada por terceira pessoa, ou da substância radioactiva ou própria para fabricação de gases tóxicos ou asfixiantes que poderá gerar poluição quando depositada em local não apropriado. Uma outra dificuldade surge, tal como quando é destruída, caso se trate de coisa alheia: o proprietário deixará de ter acesso à mesma. Mais ainda. Em muitos casos parece ser um contra-senso obrigar uma pessoa a descartar uma coisa perante o risco de a colocar em circulação e preencher os ilícitos-típicos respectivos que proíbem a transmissão¹²⁷. Por outro lado, poderia ser contemplada

¹²⁵ Cfr. desenvolvimento, Andrade, Manuel da Costa, *CCCP*, II, (cit.), 1999, p. 228-231, §61-69

¹²⁶ Não se confundem com as *causas materiais de exclusão da pena* (face às condições objectivas de punibilidade). A respeito destas últimas, veja-se o disposto no n.º4 do artigo 278.º do CP: “a conduta referida no número anterior – detiver – não é punível quando: a) a quantidade de exemplares detidos não for significativa; e b) o impacto sobre a conservação das espécies em causa não for significativo”. Numa outra questão, repare-se que tanto as *causas pessoais de exclusão de pena* como as *causas materiais de exclusão de pena* não se confundem com os casos de *dispensa de pena* (cfr. p. ex., 74.º, 143.º, n.º3, 148.º, n.º2 e 186.º, todos do CP, e 280.º CPP): as decisões de dispensa de pena estão sujeitas a registo criminal nos termos da alínea c) do n.º1 do artigo 6.º da Lei n.º 37/2015, de 5 de Maio. Temos possíveis casos de dispensa de pena, p. ex., no crime de detenção de materiais nucleares ou outras substâncias radioactivas perigosas quando susceptíveis de causar danos substanciais ao ambiente (cfr. 279.º, n.º 3, CP), no caso de o agente voluntariamente remover o perigo antes de se ter verificado dano substancial (cfr. 286.º, CP).

¹²⁷ Já assim, Schroeder, Friedrich-Christian, “La Posesión...” (cit.), 2004, p. 168

a hipótese de se entregar a coisa de acordo com a sua natureza em locais apropriados – p. ex., os estupefacientes em uma farmácia –, evitando-se, desse modo, a transmissão ou o tráfico¹²⁸. Hipótese que não está legalmente prescrita no ordenamento jurídico português.

Sobrevém a obrigação de retorno da coisa à autoridade pública. O que nos encaminha logo à partida para um confronto com o princípio (adjectivo) *nemo tenetur se ipsum accusare*: a entrega pessoal da coisa à autoridade traduzir-se-ia numa participação activa na própria acusação¹²⁹? Seria estranho que uma disposição de carácter substantivo instigasse à “auto-acusação”¹³⁰. De qualquer forma, para “aliviar as preocupações” do princípio *nemo tenetur*, considere-se a possibilidade de um retorno ou entrega *anónima* da coisa às autoridades públicas, sem prejuízo de remanescer o risco de uma possível identificação do remetente¹³¹. É ainda relevante perceber se a sanção pelo crime de detenção opera caso a restituição não esteja concluída (incompleta) ou caso a intenção do agente seja mesmo essa, entregar a coisa às autoridades.

Pois bem, veja-se como disposição-paradigma capaz de resolver algumas destas últimas questões, o artigo 26.º do regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública: “se o agente, antes de qualquer intervenção da autoridade ou denúncia de particular, retirar do mercado os géneros e aditivos... e... a) declarar às autoridades policiais, fiscais ou administrativas a existência dos mesmos, respectivas quantidades e local em que se encontram... ficará isento de responsabilidade criminal”¹³².

Sem resolver a problemática – insatisfatória, portanto –, a definição legal do MPC fixa a detenção como uma conduta omissiva, na segunda parte do §2.01(4) do artigo 2.º, caso o agente esteja em controlo da coisa por período suficiente para pôr termo à situação: “...was aware of his control thereof for a sufficient period to have been able to terminate his possession”. A crítica à disposição redundante em conclusões semelhantes aquelas outras: o descarte e consequente distribuição da coisa objecto dos crimes de detenção tende a ser

¹²⁸ Contudo, em determinados casos não nos parece isento de contraordenação (cfr., p. ex., 65.º, n.º1, legislação de combate à droga), contribuindo certamente como factor desmotivador.

¹²⁹ Encontramos excepções à pergunta em relação à coisa “achada”. P. ex. há um dever legal expresso de entregar às autoridades policiais no caso de se tratar de uma arma encontrada ou “achada”, nos termos do artigo 82.º do regime jurídico das armas e munições.

¹³⁰ Neste sentido, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, pp. 119-120

¹³¹ Tal qual Lagodny, Otto, *Strafrecht vor...*(cit.), 1996, p. 330

¹³² A “isenção de responsabilidade criminal”, como categoria dogmática, desapareceu totalmente do CP, afirmando-se a causa pessoal de exclusão de pena como figura mais próxima. Mais próxima porque a “isenção de responsabilidade criminal” não está sujeita a registo criminal nos termos da Lei n.º37/2015, de 5 de Maio, ao passo que, como vimos (*supra*, nota 126), as decisões de dispensa de pena estão.

crime¹³³; caso se vislumbre um dever de entrega da coisa às autoridades para que a ameaça seja neutralizada, falta um pressuposto legal adequado para o impor¹³⁴; e o poder de facto não se transmuda em uma conduta omissiva simplesmente porque se controla a coisa por um período de tempo suficiente para terminar com a detenção¹³⁵.

Porventura tenha sido este um esforço em vão. As conjecturas que apontam para um crime de omissão imprópria afiguram-se ineficientes, no âmbito do ordenamento jurídico português, perante a ausência de base jurídica em relação à obrigação legal de destruir, descartar ou entregar a coisa. A partir do que fica dito, não nos deparamos perante nenhum dever jurídico – dever de acção positiva – que pessoalmente obrigue o detentor a evitar o “resultado” detenção (cfr. 10.º, n.º2, CP); e, assim sendo, não vemos como este se possa deparar em uma *posição de garante* da não verificação do resultado típico¹³⁶. Acresce um eventual vício de raciocínio logo de início: os crimes de detenção dificilmente podem ser aceites como tipos de ilícito de acção (em sentido estrito) – até pelo que se fundamentou acima –, e mesmo que assim considerados o comportamento activo não teria correspondente forma omissiva capaz de preencher a cláusula geral de equiparação¹³⁷ (cfr. n.º 1 do artigo 10.º do CP).

Resta atentar à concepção que interpreta os crimes de detenção como *crimes de omissão próprios* (em que não existe correspondência entre a omissão e a acção), pressupondo a descrição do dever jurídico no próprio tipo de crime.

Segundo Nuria Pastor Muñoz, poder-se-ia vislumbrar um dever de solicitar ao Estado autorização para deter a coisa, enquanto dever de carácter institucional delegado no cidadão¹³⁸. O que não será, de todo, descabido. Nos termos da legislação substantiva portuguesa, diversos crimes de detenção estão dependentes do requisito do tipo objectivo “sem se encontrar autorizado”, “fora das condições legais” ou “em contrário das prescrições da autoridade competente”, enquanto deveres de obediência com natureza

¹³³ Cfr. Dubber, Markus Dirk, “The Possession Paradigm. The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process”, *Defining Crimes*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 101

¹³⁴ Cfr. Ashworth, Andrew, “The Unfairness...” (cit.), 2011, p. 243

¹³⁵ Cfr. Husak, Douglas, “Rethinking the act...” (cit.), 2007, p. 2440

¹³⁶ Alertando ainda para a determinabilidade suficiente dos deveres de garantia jurídico-penalmente relevantes, para se responder às exigências do princípio *nullum crimen sine lege*, Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...* (cit.), 2011, p. 933.

¹³⁷ Lagodny, Otto, *Strafrecht vor...*(cit.), 1996, p. 326.; cfr., ainda, a teoria da equiparação da omissão à acção nos crimes impróprios de omissão, em especial Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*(cit.), 2011, p. 919-920.

¹³⁸ Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, p. 43

administrativa¹³⁹. Embora, por outro lado, *a omissão de solicitar ao Estado autorização*, enquanto pressuposto do tipo objectivo, não se traduza na actividade típica punível. Para além do mais, há crimes de detenção que não tipificam esse pressuposto, não sendo possível determinar a conduta que o detentor deveria levar a cabo.

Podemos ainda acrescentar uma proposta marcada pelo dever implícito de abandonar o controlo sobre a coisa. E, nesse caso, dizemo-lo com Struensee, dado que a expressão “deter” descreve uma “relação de coordenação” entre a pessoa e a coisa, não se a pode conceber materialmente como um dever de abandonar a detenção¹⁴⁰.

De forma implícita fica uma outra questão por resolver face a esta problemática avocada pelos crimes omissivos, impróprios ou próprios: a detenção como um “resultado” ou como uma “mera actividade”?

c) um “estado de coisas”?

Postular a presença de uma categoria que desafia a lógica binária acção-omissão, como forma de realização do tipo, não pode deixar de contrariar a visão modelar das formas básicas de aparecimento do crime. No entanto, quando nos referimos a *crimes de detenção* que responsabilizam um certo estado de coisas, as dificuldades sobem notoriamente de tom. Vincenzo Manzini já teria dado conta: “Nenhum de nós havia advertido que existem crimes não comissivos nem omissivos, enquanto não consistem em um facto, nem positivo nem negativo, mas simplesmente em um estado individual (...) a posse não é uma acção nem uma omissão, mas um evento, um estado...”¹⁴¹. Isto vale por dizer que a detenção de um objecto poderá ser reconduzível a um “estado de coisas”, e não a uma acção ou omissão, imputável ao detentor.

No contexto europeu-continental, um dos primeiros autores a debater a forma de aparecimento da detenção terá sido Otto Ladogny¹⁴². Negando peremptoriamente a sua

¹³⁹ Cfr., p. ex., 21.º, n.º1, e 22.º, n.º2, da legislação combate à droga; 44.º, n.º1, da lei antidopagem no desporto; 86.º, n.º1 e 87.º, n.º1, e 89.º, n.º1, do regime jurídico das armas e munições; e 276.º (“Instrumentos de escuta telefónica”), 278.º, n.º2 (“Danos contra a natureza”), 279.º, n.º2, al. d) (“Poluição”), todos do CP. A propósito, *infra*, 3.2, “falta de autorização ou de licença”, nos problemas político-criminais.

¹⁴⁰ Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenencia” (cit.), 1998, p. 114

¹⁴¹ (tradução livre), Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho penal*, Teorias generales, tomo II (1ª parte), vol. II, Buenos Aires: Ediar, 1948, p. 96 e s.

¹⁴² Anteriormente (1994), o alemão Cornelius Nestler havia investigado a problemática da punibilidade da detenção na relação com bens jurídicos, embora não tenha analisado a forma de aparecimento do crime de detenção. Cfr. Nestler, Cornelius “La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de

configuração como acção positiva e não logrando interpretá-la como uma omissão, acabou por concluir que não é necessário qualquer comportamento para haver um relacionamento com a coisa¹⁴³. Mas o problema já o havia antecipado: não se vincula a carga criminosa a um comportamento humano mas a um estado enquanto tal, o que se afigura – segundo o autor – inconciliável com a necessidade ou pressuposto de uma conduta para a reprovação criminal¹⁴⁴. Trata-se, de facto, de um problema de peso este que procura integrar no conceito de acção (em sentido lato) a detenção como um “estado de coisas”.

Sem embargo, Claus Roxin, junto das formas “convencionais” de comportamento, que implicam ou não um movimento corporal, defende a “detenção e o exercício do domínio da coisa como formas independentes de acção exteriorizadas da personalidade”¹⁴⁵ – seguindo a sua própria construção do conceito geral de acção, o *conceito pessoal de acção*¹⁴⁶. Com base neste conceito normativo de acção, a detenção de uma coisa é uma *manifestação da personalidade do detentor*, em que, p. ex., o acto de conservar armas, estupefacientes ou publicações de pornografia infantil, não é mais do que uma manifestação característica da personalidade. O que de proveitoso se pode retirar desta discussão é uma eventual nova forma de aparecimento do crime, ao lado da conduta activa e omissiva: um estado de coisas de *domínio humano*. Aliás, em tempos relativamente próximos têm alguns autores procurado consolidar esta teoria, particularmente Ken Eckstein.

De forma aprofundada, Eckstein referiu-se a um “estado de existência” como uma nova forma autónoma de responsabilidade criminal, materializada nos crimes de detenção¹⁴⁷. Da sua análise resulta a possibilidade de se caracterizar aquele estado conforme uma “ambivalência”, por sua vez dividida em blocos de comportamento,

armas de fuego y de sustancias estupeficientes”, *La insostenible situación del derecho penal*, Estudios de derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, n.º15, Granada: Editorial Comares, 2000, p. 63 ss.

¹⁴³ Lagodny, Otto, *Strafrecht vor* (cit.), 1996, p. 321 e s. (acção e omissão debatidas) e p. 335 (resultado: crimes de detenção não necessitam de comportamento).

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 322 e s.

¹⁴⁵ Roxin, Claus, “Crimes de Posse”(cit.), 2013, p. 42

¹⁴⁶ Que não está isento de críticas. Cfr. Dias., Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...(cit.)*, 2011, p. 258 e s., que aponta algumas reservas à construção, entendendo que tal conceito de acção poderá não cumprir as funções de ligação e de delimitação, essenciais para uma (ambiciosa) acção como base autónoma e unitária da construção da teoria da infracção penal. Já Schroeder, Friedrich-Christian, “La Posesión...” (cit.), 2004, p. 166, negava que as ampliações ao conceito de acção se executem em condições de incluir a detenção como um “estado de domínio”, em uma alusão ao conceito social de acção (“a conduta humana socialmente relevante”) e ao conceito pessoal de acção definido por Roxin.

¹⁴⁷ (“Besitzdelikte als Zustandsdelikte”) Eckstein, *Besitz als Straftat...(cit.)*, 2001, p. 123

movimentos e abstenções, que estabelecem e preservam a detenção¹⁴⁸. O que fica dito – na tese de Eckstein – é conciliável com uma definição normativa de acção (em sentido lato), independente de uma conduta, que abarque a *capacidade de controlo* subjacente à relação de uma pessoa com um objecto¹⁴⁹.

Mais ainda se dirá a favor de um estado de coisas juridicamente relevante que vários autores que aqui estudamos avocam o argumento de outros ilícitos-típicos que aparentemente não comportam acções ou omissões e que são puníveis, como seja a imputação por “fazer parte” de crime de associação criminosa (cfr. 299.º, CP) ou de organização terrorista (cfr. 2.º, n.º2, da Lei n.º52/2003, de 22 de Agosto). De outro modo, não nos parece desadequado lembrar duas *definições legais* que estão abertas à interpretação do mero estado de coisas, partindo do ponto de vista de prescrições (de legislação extravagante) no ordenamento jurídico português. Na actual alínea g) do n.º4 do artigo 2.º do regime jurídico das armas e munições: “«Detenção de arma» o facto de ter em seu poder ou disponível para uso imediato pelo seu detentor”¹⁵⁰. E também a disposição relacionada com as substâncias dopantes, a alínea hh) do artigo 2.º da lei antidopagem no desporto: “«posse» a detenção actual, física, ou a detenção de facto de qualquer substância ou método proibido”¹⁵¹.

Ainda assim, a posição que até agora se defendeu não se isenta de controvérsia. Eberhard Struensee julgou o ponto nevrálgico da questão na forma gramatical “detiver” que não descreve em absoluto uma forma de conduta humana e que declara punível um

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 141 e ss.

¹⁴⁹ (“steuerungsfähigkeit”) *Ibidem*, p. 206 e s., procurando uma definição de acção em termos de consenso mínimo na doutrina alemã, com extensas referências bibliográficas, p. 200, nota 346.

¹⁵⁰ A anterior redacção, todavia: «Detenção de arma», o facto de ter em seu poder ou na sua esfera de disponibilidade uma arma”. Assim postas as coisas, parece possível afirmar uma limitação normativa ao alcance fáctico da vigente “detenção” face à anterior.

¹⁵¹ Em uma perspectiva geral, questiona-se se será compatível um *estado de coisas típico* com o conceito de facto punível no ordenamento jurídico português e, para uma pergunta ambiciosa, uma resposta cabal não poderia ser pensada sem antecipar uma *valoração* fundada em proposições político-criminais e jurídico-constitucionais. Não pretendemos aqui fazê-lo. Chamá-riamos apenas à atenção que no pressuposto da doutrina da acção típica (defendida por Figueiredo Dias) dá-se a *desnecessidade de conciliação do conceito de detenção com um conceito de acção* (em sentido lato). Admitamos, porém, que em termos estritamente formais levantam-se-nos dificuldades. Embora diversas disposições da parte geral do CP façam referência a um *facto punível* (cfr. artigos 1.º n.º1, 2.º n.º 2, 13.º, 14.º n.º1, 26.º e 31.º), artigos como o 3.º (momento da prática do facto) e o 10.º (comissão por acção e por omissão) só se referem a condutas, acções ou omissões, como integrantes desse mesmo facto. O que nos parece é que se admitíssemos a detenção típica como um estado de coisas, alheio a uma conduta, seria por referência a um *facto altamente complexo* (a propósito, “tatsachenkomplex”, Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 141) em que, naturalmente, não bastava objectivamente o mero estado: era ainda necessário o *exercício de um domínio humano*, ou seja, um elemento subjectivo implícito (a discutir). Ficam, no entanto, as nossas reservas.

mero estado de coisas, designando-a como um “equívoco legislativo”¹⁵². No extremo, para Cox Leixelard é evidente que os crimes de detenção não são crimes de estado, negando uma terceira classe de crimes, e refutando a teoria de Eckstein: a detenção de uma coisa, no âmbito de uma determinada esfera de domínio, supõe o exercício de uma actividade e dá lugar a um processo dinâmico que se traduz em uma *conduta* que mantém o dito estado¹⁵³.

Quanto às concepções anglo-americanas, há uma clara maioria que entende a detenção como um estado de coisas e não como uma forma de comportamento, sendo todavia a doutrina aplicável aos crimes de detenção inconsistente com a noção tradicional de “act requirement” (análogo à acção em sentido lato). Autores como Paul Robinson e William Wilson não têm dúvidas que a responsabilidade criminal pode ser imposta na ausência de um acto se o agente estiver na detenção de uma coisa, dado que em causa está um “state of affairs”¹⁵⁴. Por seu turno, Markus Dubber é peremptório ao afirmar que a detenção não requer uma conduta mas um estado capaz de definir uma relação entre uma pessoa e um objecto, razão pela qual a detenção é, afinal de tudo, um crime de estado¹⁵⁵. No que respeita à sua compatibilidade com o “act requirement”, Dubber assume posição semelhante à de Struensee: trata-se de uma categoria *sui generis* de responsabilidade que não se coaduna nem com um comportamento activo nem com um comportamento omissivo, ignorando-se as regras e princípios básicos de direito penal¹⁵⁶.

Procurando evitar uma tal contenda, na formulação de Douglas Husak o “act requirement” é defendido normativamente, associado a uma teoria alternativa: *o controlo*. No que diz respeito à sua forma de ver as coisas, a questão crucial não está em saber se uma pessoa actua ou não, mas se uma pessoa tinha ou não um nível de controlo suficiente sobre o evento capaz de a responsabilizar¹⁵⁷. Sendo assim, por via deste “requerimento de controlo”, é possível afirmar que a responsabilidade criminal é imposta pelo estado de

¹⁵² Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenencia” (cit.), 1998, pp. 111, 115 e 124

¹⁵³ Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, pp. 172 e 175.

¹⁵⁴ Robinson, Paul H., “Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus-Mens Rea Distinction?”, *Action and Value in Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 190; Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine and Theory*, Longman law series, third edition, Pearson Longman, 2008, p. 73

¹⁵⁵ Dubber, Markus Dirk, “The Possession Paradigm...”, (cit.) 2005, p. 109

¹⁵⁶ Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession” (cit.), 2001, p. 76-78

¹⁵⁷ Husak, Douglas, “Rethinking the act...”(cit.), 2007, p. 2459. As dificuldades desta tese são apontadas pelo próprio: o que é exactamente controlar? Qual o grau de controlo suficiente sobre um estado de coisas? Como é que o requerimento de controlo se relaciona com os princípios fundamentais do direito penal? E, finalmente: como é que precisamente deve ser formulado este “requerimento de controlo”?

detenção. Trata-se de uma construção expressamente aceite por Andrew Ashworth¹⁵⁸, e que já havia sido pensada por Charles Withebread e Ronald Stevens para resolver problemáticas relacionadas com a detenção de estupefacientes. Sustentavam, também, estes últimos, já no ano de 1972: “the word «possession», though frequently used in both ordinary speech and at law, remains one of the most elusive and ambiguous of legal constructs (...) the creation of such liability is at odds with the notion that the criminal law should proscribe only an act or the failure to perform an act which is was physically possible to perform – in short, an act or omission. Strictly speaking, possession is neither”¹⁵⁹. Parece ser este o problema recorrente.

d) *detenção duradoura*

A classificação dos crimes de detenção na qualidade de *crimes duradouros* nada acrescenta à questão de saber se está em causa uma conduta ou um mero estado de coisas. Pelo contrário, intensifica a discussão.

Se entendermos a detenção como um mero estado de coisas que persiste no tempo, então, afirma-se um estado cuja duração é duradoura. Contudo, nesta perspectiva, uma vez criado o estado de coisas, a conduta não se prolonga a par do estado, não existindo conduta relevante¹⁶⁰. Vale por dizer: se o início da detenção depende sempre de um comportamento de obtenção da coisa (fabricar, produzir, cultivar, importar, adquirir, receber, etc.), face ao posterior estado de coisas, não há conduta que se prolongue no tempo, esgotando-se num primeiro momento, no momento da obtenção. Há, assim, uma disjunção abrupta, de um comportamento para um estado, com dois momentos distintos. Por essa razão, autores como Otto Ladogny e Ken Eckstein admitem a possibilidade de o estado de coisas – a detenção – se afigurar um resultado¹⁶¹. E porque falta uma “conduta posterior”, entende Struensee que não há forma de conciliar os crimes de detenção com os crimes duradouros¹⁶².

¹⁵⁸ Ashworth, Andrew, “The Unfairness...” (cit.), 2011, p. 241 e s.

¹⁵⁹ Whitebread, Charles H./ Stevens, Ronald, “Constructive Possession...” (cit.), 1972, pp. 751 e 753.

¹⁶⁰ Sobre a questão, aprofundadamente, Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 180-186.

¹⁶¹ (“Zustandsdelikts”...“Erfolgsdelikt”) Lagodny, Otto, *Strafrecht vor...*(cit.),1996, p. 325 e s.; Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.) 2001, p. 264 (nas conclusões)

¹⁶² Assim, Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência” (cit.), 1998, pp. 116 e 124. Sobre os crimes duradouros, considera: em primeiro lugar que só estão pensados para condutas; em segundo lugar que a figura criminosa não está determinada nem reconhecida legalmente; em terceiro lugar, que não se encontra

Por outro lado, assumindo outra perspectiva, entendendo a detenção como uma conduta, admite-se continuidade entre a conduta que obteve a disponibilidade da coisa e os eventos que materializam a manutenção da detenção. Nesse caso, a actividade dinâmica que dá continuidade à detenção é entendida como uma “unidade típica de acção”, compatível com o que entende por crime duradouro¹⁶³. Poder-se-ia pensar agora a detenção como uma *mera actividade* – p. ex., em analogia com o crime de violação de domicílio –, uma vez que o agente leva a cabo uma “conduta” que mantém a coisa na sua esfera de controlo. Todavia, na formulação de Hochmayr, há um *resultado* “detenção” causado pela conduta anterior que, conectado ao elemento temporal de permanência, se traduz num *resultado duradouro*¹⁶⁴. Ou seja, fica ressalvada a possibilidade de se admitir a detenção enquanto resultado.

O que não duvidamos, em qualquer um dos quadros interpretativos, é que o evento “detenção” assume um *carácter unitário*. Com efeito, a detenção se prolonga no tempo até ao momento em que o detentor se livra da coisa (transmitindo, descartando, destruindo, etc.). E, mesmo que caracterizada como um resultado, não vemos como se possa negar um exercício de domínio *temporalmente prolongado*¹⁶⁵. Identifica-se, assim, um evento com uma certa estabilidade ou permanência.

Por outro lado, parece também fundamental o pressuposto de um mínimo lapso de tempo – tal qual o crime de sequestro¹⁶⁶ – para que se firme a detenção típica¹⁶⁷, afastando-se a possibilidade de se falar em um evento instantâneo. Dito de outro modo: torna-se indispensável uma certa duração, um domínio *temporalmente significativo*.

Creemos também que são razões que nos levam a reconduzir a pluralidade de actos próprios do poder de disposição a uma *unidade de realização típica*¹⁶⁸. O agente pode em momentos temporais diferentes “deter”, “transportar”, “guardar”, “trazer consigo” e “usar”

suficientemente determinada na jurisprudência e na doutrina, afigurando-se heterógena; e, por último, que não se deve legitimar um conceito extralegal tão pouco esclarecido. Acompanhamos algumas das preocupações do autor, embora no ordenamento jurídico português, pelo menos de forma implícita, admite-se a figura dogmática dos crimes duradouros ou permanentes. Pensemos, p. ex., no disposto no n.º3 do artigo 256.º do CPP: “em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar”.

¹⁶³ Cfr. Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 225 e s.

¹⁶⁴ (“Erfolgs-Dauerdelikt”) Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 146.

¹⁶⁵ Também assim, Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 103; e Roxin, Claus, “Crimes de Posse” (cit.), 2013, p. 43.

¹⁶⁶ Cfr. Carvalho, Américo Taipa, *CCCP*, I, (cit.), 1999, p. 408-409, §19 (anotação ao artigo 158.º)

¹⁶⁷ Corroborado no tipo subjectivo, no elemento volitivo. Cfr., *infra*, 2.2.2.

¹⁶⁸ Que nos refere Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*(cit.), 2011, p. 985, em referência à “unidade típica de acção”, conforme com a teoria da acção típica. Cfr., ainda, nota *supra* 163

a coisa, e o preenchimento das várias modalidades típicas não significar necessariamente pluralidade de infracções. Diríamos que, efeito da própria relação de interacção, a actividade criminosa do agente enquanto detiver a coisa pode assumir várias expressões típicas do mesmo crime mas remeter-se a uma única realização típica. Por outras palavras ainda: não se pode defender uma infracção por cada comportamento que se englobe na relação de interacção com a mesma coisa típica. Porventura podemos-lhe chamar *unidade jurídica de detenção*, com as necessárias repercussões na teoria do concurso de crimes¹⁶⁹.

Outra nota que podemos retirar de toda esta discussão prende-se com a consumação do próprio crime de detenção. Por entendermos que está em causa um evento duradouro, parece-nos que a consumação opera no momento em que se preenchem todos os elementos típicos e permanece enquanto a detenção durar, traduzindo-se, na verdade, em uma *consumação formal*.

Sob esta forma de ver as coisas, se ao *evento duradouro com carácter unitário* chamamos “estado” ou “conduta”, “resultado duradouro” ou “mera actividade”, é para nós duvidoso. Se bem que não se possa furtar das implicações jurídicas próprias dos crimes duradouros, sobretudo as relacionadas com o concurso de crimes, a tentativa¹⁷⁰, a autoria e cumplicidade¹⁷¹, a prescrição do procedimento criminal¹⁷², e o flagrante delito¹⁷³.

e) conflito com outras actividades típicas

A todas as dificuldades apontadas acresce o facto de o legislador ter prescrito a “detenção” em tipos de crime que também implicam a punibilidade por outras “actividades típicas” que com aquela se confundem ou sobrepõem. Desta forma, se pensarmos a detenção típica como um “preâmbulo comum”, vamos encontrar uma variedade de termos ou expressões que necessariamente a especificam, enquanto espécies do mesmo género.

¹⁶⁹ O autor que mais se aproxima desta forma de ver as coisas é Eckstein, Ken, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 117, n.º1, 2005, p. 135 e s., na medida em que considera a detenção como um “estado de controlo físico” em que o estado, durante o período da sua existência, se funde através de uma unidade. Segundo o autor alemão, o crime de detenção não depende de um comportamento humano subjacente e, por essa razão, não há consequências legais para a multiplicidade de actos e omissões que perpetuam essa unidade criminosa.

¹⁷⁰ Cfr., *infra*, 2.3.1. (“tentativa de detenção?”)

¹⁷¹ Cfr., *infra*, 2.3.2. (“comparticipação criminosa”)

¹⁷² Cfr., *infra*, 3.1. (“resolução de problemas processuais-penais”)

¹⁷³ Cfr., *infra*, 3.1. (“resolução de problemas processuais-penais”)

Assim, no tipo de crime em que faz prever expressamente a detenção, o legislador português vem *especificar* ou *vincular* os meios pelos quais se pode deter uma coisa – dissimulando, guardando, transportando, armazenando, trazendo consigo, etc. –, como se aditasse algo à actividade típica punível. Fica a dúvida: a forma como se detém um objecto é ou não de *execução livre*? O alcance da “detenção”, no tipo objectivo do ilícito, poderá, das duas uma: ou depender de uma qualquer intenção jurídica que possamos interpretar da norma penal específica; ou esvaziar, fundamentalmente em uma consumpção, o alcance das restantes actividades típicas congéneres que a especifiquem. Significa, a menos que perante uma definição legal, alguma dificuldade em precisar os contornos de um conceito de detenção tipicamente conformado. Demonstremos o que fica dito.

No artigo 275.º do CP, para além de outras modalidades, pune-se o “detiver” e o “dissimular”. Prematuro será pensar: nesse caso, quem dissimula ou dá encobrimento a uma substância explosiva com intenção de provocar um incêndio em floresta não a detém; ou, por outro lado, quem detém substância explosiva com intenção de provocar um incêndio em floresta não a dissimula. Então, será que não se detém a coisa quando se a esconde de forma astuciosa dos outros? Ou o legislador pretende dar autonomia e relevância àqueles casos em que alguém faz passar uma substância explosiva por aquilo que verdadeiramente não é, criando a ilusão de que a coisa não se encontra em seu poder, para atingir os desígnios criminosos? Não será também esse o objectivo de todos aqueles que têm a detenção de uma *coisa incriminadora* em determinadas circunstâncias, questionamos ainda¹⁷⁴. Seja como for, se partimos do pressuposto que a “detenção”, embora restrita à coisa específica (“substância explosiva ou capaz...”) e à particular intenção (“para preparar a execução de um dos crimes previstos nos artigos 272.º a 274.º”), tem na sua base um sentido descritivo-amplo, nesse caso, a “dissimulação” em sentido fáctico nada acrescenta à incriminação daquela¹⁷⁵.

O artigo 276.º do CP, por sua vez, responsabiliza quem “guardar”, “transportar” ou “detiver” instrumento ou aparelhagem especificamente destinados à montagem de

¹⁷⁴ Vale a pena considerar que Leal-Henriques e Simas Santos chegaram a definir aqui a “detenção” como um processo executivo que implica uma “retenção em poder próprio”, e a “dissimulação” como uma “ocultação, disfarce, encobrimento”. Cfr. Leal-Henriques, Manuel/ Santos, Manuel Simas, *Código Penal anotado...*(cit.), 2000, p. 1213 (anotação ao ex-artigo 274.º, redacção do DL, n.º 48/95, de 15 de Março, “actos preparatórios”). Assim sendo, poderá fazer sentido autonomizar a “detenção” da “dissimulação”.

¹⁷⁵ O mesmo não se poderá dizer em relação ao crime de receptação, integrado no problema do direito penal patrimonial, em que terá que se considerar uma dissimulação em sentido jurídico. Dissimulação fáctica (física) e dissimulação jurídica em Caiero, Pedro, *CCCP*, II, (cit.), 1999, p. 489, §20 (anotação ao crime de receptação). A dissimulação jurídica, quando, p. ex., “o agente simula a venda da coisa a um terceiro”.

escuta telefónica, ou à violação de correspondência ou de telecomunicações. Note-se bem que não estamos a falar *da montagem* ou da *utilização* destes instrumentos ou aparelhagem. Por esta via, aparenta ser assim, a esfera da detenção não envolve nem o “guardar” nem o “transportar”. Caso o agente transfira de um local para o outro os instrumentos ou aparelhagem deverá preencher o “transportar”, caso os preserve em determinado local deverá preencher o “guardar”¹⁷⁶ e, muito provavelmente, nos casos restantes está a “deter”. Tudo balanceado, temos sérias dúvidas que a autonomização do “guardar” e do “transportar” se justifiquem na qualidade de actividades puníveis enquanto a esfera da detenção os englobar, como nos parece ser interpretável. Caso assim não se entenda, dada necessidade de sublinhar e especificar determinados momentos puníveis em que se detém a coisa – quando se a guarda ou quando se a transporta – estaremos perante uma detenção que abarca os restantes casos. O que não podemos negar, conciliável portanto, é que quem “guarda” ou quem “transporta” detém a coisa.

Já o caso particular da “detenção” de materiais nucleares ou de outras substâncias radioactivas susceptível de causar poluição (cfr. 279.º, n.º3, CP), não se confunde – parece entender assim o legislador – com o “armazenamento”, nem, tão-pouco, com o “transporte” dos mesmos. Armazenar poderá, neste contexto normativo, significar “conservar” ou “guardar” aqueles materiais ou substâncias em grandes quantidades e em espaços característicos; o “transporte”, por seu turno, limitar-se-á à transferência da coisa de um local para o outro do território. Interrogamo-nos, contudo, acerca de lacunas de punibilidade se só estivesse prevista a “detenção”, como de facto está, no lugar de ambas as modalidades típicas¹⁷⁷. Como em causa estão materiais nucleares, poderá ser importante individualizar as situações fácticas susceptíveis de provocar poluição, muito embora nas circunstâncias em que se armazena e transporta não deixe de se verificar a detenção da coisa.

¹⁷⁶ Pese embora se possa entender o termo “guarda” no sentido de controlo à vista ou fiscalização e não como o acto de depositar a coisa em determinado local. Tal interpretação poderá fazer sentido quando sobre o detentor recaia o dever de vigilância de uma *coisa em si mesmo perigosa*, o que não nos parece que seja o caso da coisa do artigo 276.º do CP. Cfr., em sentido contrário, Faria, Paula Ribeiro de, *CCCP*, II, (cit.), 1999, p. 907, §12, quando remete para aquela primeira noção com as necessárias adaptações. Aliás, remete para a interpretação pensada para a guarda de “substâncias explosivas ou análogas e armas” por Leal-Henriques, Manuel/ Santos, Manuel Simas, *Código Penal anotado...*(cit.), 2000, p. 1216 (anotação ao ex-artigo 275.º, redacção do DL, n.º 48/95, de 15 de Março, “substâncias explosivas ou análogas e armas”).

¹⁷⁷ Como é evidente não nos referimos às restantes a que o artigo prevê (“as condutas descritas nos números anteriores”): à “produção”, ao “tratamento”, “à manipulação”, à “utilização”, à “importação”, “à exportação” ou à “eliminação”.

De outra forma, bastante mais abrangente deverá ser a “detenção” de fotografia, filme ou gravação de pornografia de menores e a “detenção” de documento falsificado ou contrafeito, segundo, respectivamente, os artigos 176.º, n.º4 e 256.º, n.º1, alínea f), ambos do CP¹⁷⁸. Aqui, face à ausência de outras actividades típicas, se deve incluir uma esfera de controlo que comporta toda a actividade necessária para o detentor manter o objecto incriminador – a “dissimulação”, o “guardar”, o “transporte”, etc. – subsumindo-se toda a relação de interacção própria da detenção. Mais ainda. No caso específico do documento falsificado ou contrafeito está expressamente prevista a detenção “por qualquer meio”, não deixando grandes margens para limitar o seu alcance expressivo-amplio.

Por outro lado, restrita só pode ser a acepção da “detenção” prevista no artigo 86.º, n.º1, do regime jurídico de armas e munições, em que também se incrimina quem “transportar”, “guardar”, “usar” ou “trouzer consigo” arma proibida. Olhemos, então, para as respectivas definições legais (cfr. 2.º, n.º4), como metodologia para uma “uniformização conceptual” anunciada pelo legislador: g) “«Detenção de arma» o facto de ter em seu poder ou disponível para uso imediato pelo seu detentor”¹⁷⁹; r) “«Transporte de arma» o acto de transferência de uma arma descarregada e desmuniada ou desmontada de um local para o outro, de forma não ser suscetível de uso imediato”; o) “«Guarda de arma» o acto de depositar a arma, no domicílio ou outro local autorizado, em cofre ou armário de segurança não portáteis, casa-forte ou fortificada, bem como a aplicação de cadeado, acionamento de mecanismo ou remoção de peça que impossibilite disparar a mesma”; s) “«Uso de arma» o acto de empunhar, apontar ou disparar uma arma”; p) “«Porte da arma» o acto de trazer consigo uma arma branca ou uma arma muniada ou carregada ou em condições de o ser para uso imediato”.

É certo que, recorrendo a esta terminologia, com o correspondente conteúdo conceptual, várias dificuldades se levantam. Começa por se afigurar difícil distinguir o “trouzer consigo”, que está explícito na definição de “porte”, com a “detenção”¹⁸⁰. Nos termos oferecidos, se alguém tem disponível para uso imediato arma proibida (cfr. alínea g); e 2ª parte alínea p)), diríamos que, em simultâneo, “detém” e “traz consigo”. Mas o

¹⁷⁸ Não é de estranhar que o legislador tenha sido o mesmo, com ambas as redacções a serem introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

¹⁷⁹ Redacção da Lei n.º 12/2011, de 27 de Abril.

¹⁸⁰ Dificuldade que Morais, Teresa, “Lei das Armas: algumas perplexidades”, *RMP*, n.º 127, Junho-Setembro, 2011, p. 208, já nos havia alertado. Pensa a autora que “o legislador veio agora restringir a definição de «detenção» de arma que, na versão anterior, não pressupunha o requisito «uso imediato» - criando, quanto a nós, confusão ou sobreposição de conceitos entre «detenção» e «porte».”.

facto de a arma proibida estar “em seu poder para uso imediato”, do detentor, não parece ser suficiente para se estabelecer uma “detenção” ou um “traz consigo”, uma vez que, p. ex., basta haver “acionamento de mecanismo” que impossibilite disparar a mesma para se considerar que se está a “guardar” (cfr. 2ª parte, alínea o)); assim como basta o “acto de empunhar” para se considerar que se “usou” a arma (cfr. 1ª parte, alínea s)). Num outro aspecto, ainda que fenomenologicamente esteja a ser transportada, poderá preencher a “detenção de arma” o acto de transferência de uma *arma carregada* de um local para o outro, e já não preencher o “transporte de arma” que está limitado para arma que esteja descarregada e desmuniada ou desmontada.

Ora, face ao esperado *dinamismo* do detentor ao lidar com a arma proibida, em qualquer caso, como poderemos denegar uma relação de interacção com a mesma¹⁸¹? Não vamos discutir se estas distinções deveriam ou não existir para o capítulo relacionado com a responsabilidade criminal. Basta concluir que a “detenção”, neste caso, se caracteriza pela presença de *notas fácticas normativamente delimitadas*¹⁸², circunscrita a uma esfera de controlo directo (“para uso imediato”).

De forma mais ampla do que neste último caso, sem o recurso a definições legais, veja-se a “detenção” de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, prevista no tipo objectivo do n.º1 do artigo 21.º da legislação de combate à droga. À excepção do “transportar” prescrito, poderá ter um conteúdo capaz de imputar responsabilidade criminal a todas as actividades subsumíveis em uma relação de detenção, e por referência a todas as esferas de controlo (directa ou indirecta, pública ou privada). Porventura seja por uma razão de cautela que o “transporte” está explícito, mas continuamos a não encontrar justificação para uma tal autonomização enquanto o “preâmbulo comum” estiver prescrito no mesmo tipo de crime. No mesmo sentido, a lei antidopagem no desporto, no n.º1 do artigo 44.º, responsabiliza criminalmente, para além de outras actividades, nas determinadas circunstâncias, quem “transportar” ou “detiver” substância dopante¹⁸³.

¹⁸¹ Cfr., *supra*, “d) detenção duradoura”, 2.1.2.2., na menção à *unidade de realização típica*.

¹⁸² Na forma de expressão de Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 206

¹⁸³ Curioso é verificar que nas definições legais desta lei (cfr. 2.º) não constam, de forma directa, as noções de “detenção” e de “transporte”, mas, respectivamente, integradas nas definições de “posse” e “tráfico”. Ora, vejamos. Entende-se por “*hh*) «posse» “a detenção actual, física, ou a detenção de facto de qualquer substância ou método proibido”; e por “*pp*) «tráfico»...o transporte...de uma substância proibida ou de qualquer outra forma de dopagem por meios interditos”. Sendo assim, a “detenção”, neste contexto significativo, afigurar-se-á com um conteúdo que não abarca o “transporte” que, descaracterizado, se representa como uma presunção de “tráfico” (*transmissão*). Tal raciocínio poderá fazer sentido mas, atendendo à própria epígrafe do respectivo artigo 44.º, quando estabelece “Tráfico de substâncias e métodos

Mais restritas, por definição, parecem ser as associações linguísticas a um “detiver para comercialização” (cfr. 278.º, n.º2, CP¹⁸⁴), a um “detiver para fins comerciais” (cfr. 3.º, n.º4, lei do cibercrime) e a um “detiver em depósito” (cfr. 24.º, n.1, do regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública). Ao se procurar *definir* a detenção poder-se-á entender que se restringe não só a intenção significativa do enunciado como as próprias subsunções fácticas. Ainda assim, as locuções “para comercialização” e “para fins comerciais” não são mais do que requisitos do tipo objectivo adicionais¹⁸⁵, característica dos crimes de detenção compostos. Em ambos os casos as coisas podem ser detidas em qualquer contexto espacial ou em qualquer esfera de detenção. O mesmo não se pode dizer em relação ao “detiver em depósito”, entendido, de facto, como uma restrição ao alcance da relação de detenção, que só parece valer enquanto as coisas estiverem depositadas. Ou seja, como é de meridiana clareza, o “detiver em depósito” deverá ser *uma forma especificada ou definida de detenção* que a restringe a um contexto espacial específico: “em depósito”. Contudo, tal ordem de ideias, no nosso entender, obrigaria o legislador a referir-se, em outros casos, ao “detiver armazenando”, ao “detiver em transporte”, ao “detiver a guardar”, ao “detiver em dissimulação”, e assim por diante.

f) *detenção imprópria*

A propósito, procuremos deixar umas notas concisas acerca dos crimes de detenção que denominámos *impróprios*: todos aqueles casos em que a “detenção” não está expressa no ilícito-típico mas identificada em meios ou formas de se deter uma coisa, tais como “mantiver”, “retendo”, “transportar”, “ocultar”, “tiver em depósito”, “tiver em depósito para venda”, “tiver em exposição”, ou “armazenar”.

Para uma devassa por meio de informática, de acordo com o artigo 193.º do CP, é bastante “manter” ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis e referentes às mais variadas convicções. O que se questiona neste contexto é se podemos

proibidos”, perguntamos se a *detenção* também não poderá ser entendida como uma presunção de tráfico... Cfr. *infra*, 3.1. e 3.4., nos “problemas político-criminais”.

¹⁸⁴ Redacção da Lei n.º59/2007, de 4 de Setembro. Acrescente-se que esta forma de expressão “detiver para comercialização” é única em todo o CP: perguntamos se não será análoga ao “puser à venda” (cfr. 281.º n.º1, al. b), CP) ou à “exposição à venda (cfr. 266.º, n.º1, CP), em que não se pode negar que haja uma detenção para comercialização.

¹⁸⁵ O desígnio de comercializar a coisa poderá ser indiciável, p. ex., através das etiquetas ou dos registos com os preços.

falar em uma *detenção* de ficheiro automatizado que se confunda com a *manutenção* do mesmo. E a nossa resposta não pode deixar de ser positiva, remetendo-nos para o disposto no crime de detenção de pornografia de menores em que, de facto, se pune quem “detiver” fotografia, filme ou gravação pornográficos, *independentemente do seu suporte*¹⁸⁶. Voltaremos ao assunto adiante.

A responsabilidade criminal pela *retenção* está prevista no n.º1 e no n.º2 do artigo 271.º do CP (“Actos preparatórios”). Questionamos o que significa o “reter” ou o “retendo” que não a “manutenção” de uma coisa em poder próprio. Certamente uma forma de se “deter” uma coisa, sem prejuízo das particularidades do ilícito-típico. De facto, trata-se de uma “retenção” de objectos específicos para preparar a execução de vários crimes relacionados com os crimes de falsificação¹⁸⁷. Imagina-se uma área de trabalho ou um local privado (como o próprio domicílio) onde se possam reunir os objectos e as condições para uma *relação de interacção*, em que o agente procurará exercer todo um conjunto de actos necessários às resoluções criminosas. O que denota que não se irá “reter” numa área de acesso público ou numa área de privacidade compartilhada com sujeitos que não sejam participantes. E é certo que muitos destes objectos especializados, como as “prensas de cunhar”, devido ao seu tamanho, não têm apetência para serem “retidos” e escondidos, p. ex., na indumentária da própria pessoa. Todavia, dito isto, não duvidamos que estamos perante mais um *crime de detenção intencional*¹⁸⁸.

No artigo 115.º (“Material de jogo”) da lei do jogo prevê-se: “Quem, sem autorização da Inspecção-Geral de Jogos... transportar... material e utensílios que sejam caracterizadamente destinados à prática dos jogos de fortuna ou azar será punido...”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Contra a possibilidade de se falar aqui em um crime de detenção, por faltar a característica da “fiscalidade” ou da “propriedade física”, Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 21. Não colhemos a visão do autor.

¹⁸⁷ Quais sejam: crimes de falsificação ou contrafacção de documento (256.º, CP), contrafacção de moeda (262.º, CP), depreciação do valor de moeda metálica (263.º, CP), contrafacção de valores selados ou timbrados (268.º, n.º1, CP), falsificação de selos, chunhos, marcas ou chancelas de qualquer autoridade ou repartição pública (269.º, n.º1, CP), de pesos e medidas falsos (cfr. 270.º, CP), ou de outros títulos equiparados a moeda (cfr. 267.º, CP).

¹⁸⁸ Cfr., *supra*, nota 60.

¹⁸⁹ No presente, a fiscalização, o acompanhamento e supervisão da actividade está sob competência do Serviço de Inspecção de Jogos do Instituto de Turismo de Portugal, nos termos do artigo 4.º, n.º2, al. j) e 9.º do DL n.º 141/2007, de 27 de Abril. Quanto ao “material de jogo”, considerar Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Fevereiro de 2008 (Henriques Gaspar): “No caso dos autos, a infracção penal por que o recorrente foi condenado – art. 115.º do DL 422/89, de 02-12 – exige, como elemento essencial, uma ligação instrumental directa, imediata e inequívoca («caracterizadamente») entre o «material e utensílios» e a prática de jogos de fortuna ou azar. Material e utensílios que não tenham relação directa e específica com este tipo de jogos, normativamente descritos e definidos, não integram a previsão da referida disposição penal.” No

Como já o defendemos, qualquer tipo legal de crime ao prever o “transportar” supõe, irremediavelmente, um detentor com poder de disponibilidade. No entanto, não negamos, trata-se de um detentor que de alguma forma tem um comportamento particular: está a transportar o material de jogo, de um local para o outro do território, em uma relação dinâmica com a coisa e com o exterior. Ou seja, uma detenção contrária às situações em que a coisa se encontra em uma esfera indirecta, “depositada” ou “guardada”, no domicílio, no armazém, ou em um qualquer local distante do detentor. Mesmo assim, em nosso juízo, dado que as coisas estão a ser detidas (p. ex., no interior do veículo), este “transportar” pode ser interpretado enquanto relação de detenção; com um sentido mais estrito, é certo, mas sempre com um grau de implicação para o detentor. O mesmo poderá ser dito em relação a dois outros casos análogos a este último: o “transportar” moeda falsa para ser posta em circulação (cfr. 266.º, CP) e o “transportar” vinhos ou produtos vitivinícolas anormais ou com natureza, qualidade ou quantidades diferentes da anunciada (cfr. 7.º do regime das infracções vitivinícolas).

Um outro exemplo bem claro do que se pretende aqui demonstrar consta no artigo 324.º do CPI, com vista à protecção da propriedade industrial, em que, para além de quem “vender” ou “puser em circulação”, se pune quem “ocultar” produtos contrafeitos¹⁹⁰ (artigos de vestuário, calçado, perfumes, etc.). A respeito, ficam perguntas por fazer ao legislador. Se a mera ocultação dos produtos contrafeitos é criminalizada, ou se é uma “ocultação para venda” que vale aqui, ou ainda, sabendo que poderão estar em causa quantidades substanciais de produtos contrafeitos, se seríamos capazes de pensar, a *contrariu sensu*, como válida a proposição “quem não ocultar produtos contrafeitos não é punido”. O que nos parece incontestável, por um lado, é que toda a *coisa incriminadora*, a menos que esteja à vista em um espaço público para transacção ou comercialização, tem tendência para se encontrar oculta em uma esfera particular ou de acesso privado. Por

n.º 4 da lei do jogo estão previstos vários tipos de jogos de fortuna ou azar, mas, p. ex., no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Março de 2012 (Vasques Osório) entendeu-se que “Vinte conjuntos compostos, cada um, por uma mala com os dizeres impressos «Maletín de póquer - Set Gioco - Poker», contendo, além do mais, dois baralhos de cartas e vários conjuntos de fichas semelhantes às utilizadas nos locais de jogo autorizado, colocados á venda ao público em loja com o leiteiro « conj. de poker em mala (Cada conj.) 19,99?», apontam imediata, directa e inequivocamente no sentido de se destinarem á prática do póquer sendo por isso, material caracterizadamente destinado á prática de jogos de fortuna ou azar”.

¹⁹⁰ Por qualquer dos modos e nas condições referidas nos 321.º a 323.º da mesma legislação: p. ex., fabricar produtos objecto de patente, aplicar processos objecto de patente, reproduzir ou explorar desenho ou modelo registado, contrafazer ou reproduzir marca registada, imitar características de marca registada ou usar marcas contrafeitas ou imitadas, produtos ou serviços sem identidade.

outro lado, todo o produto contrafeito que se considere oculto está de alguma forma a ser detido, pois expressamente relembra o artigo aqui em causa, como (redundante) elemento subjectivo do tipo, o “conhecimento da situação”. Não temos dúvidas: punir a ocultação é alargar a punibilidade a uma relação de detenção.

Finalmente, no que diz respeito às menções ao “tiver em depósito” (cfr. 23.º, n.º1, regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública), ao “tiver em depósito para venda” (cfr. 7.º, n.º1, regime das infracções vitivinícolas) e ao “armazenar” (cfr. 281.º, n.º2, al. b), CP), numa palavra: em todas as situações predomina uma relação estática com a coisa, tratando-se, com efeito, de *formas especificadas de se deter uma coisa*, restringidas a um contexto específico, em que, por princípio, preenchida a totalidade dos elementos do tipo, não se deixa de punir uma situação de facto enquanto detenção em depósito, detenção em depósito para venda e detenção em armazenamento.

2.1.2.3. Em síntese

É tempo de dar uma visão geral do nosso campo de reflexão, justificada pela variedade de nódulos problemáticos com que nos deparamos.

Procurámos, antes de mais, mostrar o que se quer significar com a referência à “detenção-de-uma-coisa-móvel” num contexto pré-jurídico, partindo de uma dimensão enunciativa-expressiva. Entendemos que a forma como se detém uma coisa é de execução livre, podendo-se deter por todo e qualquer meio, desde que adequado ao domínio ou controlo sobre a coisa. Identificámos, assim, uma esfera de controlo directa e uma esfera de controlo indirecta, considerando que a ideia da detenção começa por estar ligada à relação de uma pessoa com uma coisa. Observámos também que há um “mínimo de *corpus*” materializado na presença física da coisa no ponto espacial de referência onde se possa exercer o contacto material com a mesma. Depois, demos conta da circunstância espacial específica em que a coisa poderá ser detida, na coincidência ou não com a esfera da privacidade, e delimitámos ainda o que nos pareceu ser o início e o fim do poder de disponibilidade.

O problema estava bem de ver: no direito penal não há vantagem alguma em se recorrer a um significado cujo escopo é demasiadamente ambíguo, sobretudo porque, independentemente do contexto e intenção jurídicas, pressupondo o princípio da legalidade

da intervenção penal, deverá haver uma “determinabilidade objectiva” na detenção proibida que aqui tratamos. Por essa mesma razão, as nossas pretensões passaram por fixar um conceito de detenção através de uma valoração jurídica, fazendo incluir premissas normativas. No fundo, pareceu-nos que a detenção subsumível no tipo de crime de detenção também terá que se relacionar com diversos elementos normativos que só ao direito penal cumpre determinar, com vista à protecção de bens jurídicos, na perspectiva detentor-coisa-sociedade. Mas tal conclusão não facilitou a resposta em encontro da forma de aparecimento da detenção jurídico-penalmente significativa.

Propusemo-nos, então, a confrontar concepções com diferentes tradições a nível do conceito de acção (em sentido lato) e da doutrina do crime, em que a detenção se poderia afigurar interpretável como uma conduta, activa ou omissiva, ou com um mero estado de coisas. O resultado sintetiza-se da seguinte forma: dificilmente podemos interpretar a detenção como uma *conduta activa*, de aquisição, manutenção ou utilização, por não a esgotarem e nem sempre a acompanharem; as conjecturas que apontam para um crime de *omissão imprópria* afiguram-se ineficientes, no âmbito do ordenamento jurídico português, perante a ausência de dever jurídico em relação à obrigação legal de destruir, descartar ou entregar a coisa; ineficientes, do mesmo modo, na verificação de que um comportamento activo não teria correspondente forma omissiva capaz de preencher a cláusula geral de equiparação; e também não vislumbrámos a detenção enquanto *omissão própria*, pressupondo a descrição do dever jurídico no próprio tipo de crime, pelo facto de não concebermos a sua expressão-enunciação como um dever de abandonar a coisa, e pelo facto de a omissão do cumprimento do dever de obediência administrativa não se traduzir na actividade típica punível; finalmente, tivemos algumas reservas em admitir uma categoria de aparecimento do crime que desafie a lógica binária acção-omissão, quando se aclarou que a necessária actividade que configura a relação entre uma pessoa e uma coisa (visível no conceito pré-jurídico) não é um puro “estado de coisas” desconectado da actividade do detentor.

O que não duvidámos é que se trata de um *evento duradouro com carácter unitário*, considerando que a detenção se prolonga no tempo até ao momento em que o detentor deixa de ter o controlo sobre a coisa. Reconhecemos, assim, um domínio *temporalmente prolongado* e um domínio *temporalmente significativo*. Mais ainda se considerou: por se tratar de um evento duradouro, a pluralidade de actos próprios do poder

de disposição, preenchendo várias actividades típicas do mesmo tipo de crime, reconduzem-nos a uma *unidade de realização típica*, ou àquilo que denominámos de *unidade jurídica de detenção*. Aqui chegados, se o detentor é ou não responsável por este evento, parece tudo depender de um elemento subjectivo ainda não discutido.

Por fim, vimos que o legislador português veio *vincular os meios pelos quais se pode deter uma coisa*: “dissimulando”, “guardando”, “transportando”, “armazenando”, “trazendo consigo”, etc. No caso de estes processos executivos típicos estarem prescritos conjuntamente com a detenção no mesmo ilícito-típico, defendemos uma consumpção, isto é, entendemos que acabam por ser absorvidos pelo significado expressivo-amplio da própria, particularmente considerando a relação de interacção com a coisa. No caso de não estarem, discutem-se *crimes de detenção impróprios*, tratando-se, com efeito, de formas especificadas de se deter uma coisa, restringidas a um contexto específico: deter a transportar, deter a ocultar, deter em depósito, deter a armazenar, e assim por diante. As excepções ao que fica dito partem de definições legais que normativamente delimitam as notas fácticas do denominado “preâmbulo comum”.

2.1.3. O problema específico da detenção de pornografia de menores

As questões respeitantes à *pornografia de menores*¹⁹¹ anunciam especiais problemas pela possibilidade de se discutir a detenção de ficheiro de imagem ou vídeo em dispositivo informático. Ninguém duvida das vantagens da Internet para a disseminação de material pornográfico em comparação com o cenário físico, providenciando uma nova plataforma tendencialmente anónima e gratuita para os produtores, distribuidores e

¹⁹¹Note-se que a noção de “pornografia de menores” remete-nos para menores de 18 anos, incluindo-se “crianças”, “adolescentes” e “menores” (em sentido estrito). Da leitura dos crimes contra a autodeterminação sexual no CP podemos considerar “crianças” os menores de 14 anos, “adolescentes” os menores entre 14 e 16 anos, e “menores” (em sentido estrito) os menores entre 14 e 18 anos. Estas distinções poderão ter relevância nomeadamente para efeitos de agravação das penas (cfr. 177.º, CP). Considere-se ainda que da legislação internacional provém a expressão “infantil”. Noção de “pornografia infantil” no Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia, artigo 2.º, al.c): “Pornografia infantil designa qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de actividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais. E na Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho: “b) «Pornografia infantil», qualquer material pornográfico que descreva ou represente visualmente: i) crianças reais envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos ou entregando-se a tais comportamentos, incluindo a exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou partes púbicas, ou ii) pessoas reais com aspecto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos, ou iii) imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos.”

detentores. Repare-se que anteriormente à proliferação da tecnologia informatizada a produção estava limitada à necessidade de mandar revelar os negativos das fotografias, o equipamento de filmagem era caro, difícil de utilizar ou de transportar, e a distribuição estava circunscrita ao cliente e mercado locais¹⁹². A alteração destas circunstâncias, facilitando-as, traduziu-se em um aspecto corrupto das novas tecnologias.

Relembramos que do artigo 176.º do CP logramos subtrair três tipos de crime de detenção distintos: a mera detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores (176.º n.º4); a detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder (176.º, n.º1, al. d))¹⁹³; e a detenção de fotografia, filme ou gravação pornográficos de menores, com o mesmo propósito de os distribuir, importar exportar, exhibir ou ceder, mas profissionalmente ou com intenção lucrativa (cfr. 176.º, n.º2).

Relevante é começar por considerar que todas estas disposições nos remetem para a locução “independentemente do seu suporte” (176.º, n.º1, al. b)). Daí justificar-se a autonomização do problema. Salientamos que o problema que concretamente nos ocupa está exclusivamente relacionado com os elementos objectivos da detenção neste contexto significativo, e não com elementos subjectivos (conhecimento e vontade), bens jurídicos protegidos ou considerações de natureza político-criminal¹⁹⁴. Desde já e de forma clara, a nossa problemática prende-se com a distinção entre a detenção de *coisas tangíveis*, a detenção de *ficheiros informáticos*¹⁹⁵ e a mera *visualização* de pornografia de menores.

¹⁹² Convergente com Michaels, Rebecca, “Criminal law – the insufficiency of possession in prohibition of child pornography statutes. Why viewing a crime scene should be a criminal”, *Western New England Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2008, p. 824 e s.; e Valverde, Patricia Esquinas, “El tipo de mera posesión de pornografia infantil en el código penal español (art. 189.2). razones para su destipificación”, *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n.º18, 2006, p. 171 e s.

¹⁹³ Considerar que a disposição do n.º3 do artigo 176.º, em relação a esta alínea d) do n.º1, alarga a punibilidade ao material pornográfico com *representação realista de menor*. Segundo Lopes, José Mouraz, *Os crimes contra...* (cit.), 2008, p. 158, não se incluem aqui representações realistas de menor relacionadas com “áreas expressamente tidas como expressão artística ou que, na dúvida, se possam vir a considerar como tal”, dando o exemplo da “banda-desenhada erótica”. Vale a pena, neste contexto, dar conta de três grupos diferentes de pornografia de menores: a *pornografia real*, elaborada mediante a utilização efectiva de menores; a *pornografia simulada*, que pode ser *artificial*, quando criada unicamente através de meios tecnológicos de manipulação de imagem, ou que pode ser *técnica*, com a participação de adultos caracterizados como crianças; e a *pornografia virtual*, com imagens fictícias, parcialmente utilizando menores reais e identificáveis. De acordo com Valverde, Patricia Esquinas, “El tipo de mera posesión de pornografia infantil...”(cit.), 2006, p.177

¹⁹⁴ Para uma análise portuguesa acerca dos bens jurídicos, das razões político-criminais, e algumas questões de ordem constitucional, cfr. Albergaria, Pedro Soares de / Lima, Pedro Mendes, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?”, *Revista Julgar*, n.º12 (especial), 2010, p. 197 e ss..

¹⁹⁵ Mais amplo do que “ficheiro informático”, a noção de “dados informáticos” na alínea b) do artigo 2.º da Lei n.º109/2009, de 15 de Setembro: “qualquer representação de factos, informações ou conceitos sob uma

Em relação às *coisas tangíveis*, já o sabemos, podemos estar perante uma detenção física ou de proximidade física, com um controlo directo, ou perante uma detenção de facto, com um controlo indirecto. O nosso primeiro ponto de reflexão prende-se com as faculdades da própria coisa detida, agora com aptidão para conter ficheiros informáticos. Falamos, p. ex., de computadores portáteis, telemóveis de terceira geração, cartões de memória ou câmaras de filmar. Deste modo, por via de controlo directo ou indirecto, a pessoa detém uma coisa tangível que pode conter fotografias, filmes ou gravações¹⁹⁶. O que levanta uma importante distinção: não se confunde a detenção da coisa tangível com a detenção dos ficheiros informáticos aí contidos, ainda que objectivamente relacionados¹⁹⁷.

No que diz respeito à detenção dos próprios *ficheiros informáticos*, pressupomos um controlo directo ou indirecto sobre as fotografias, filmes ou gravações pornográficas de menores por meios informáticos. Neste contexto, para a mera detenção basta uma *relação estática* com os ficheiros informáticos. Relação possível quando, sob controlo directo, os ficheiros estão simplesmente gravados e armazenados na memória de um dispositivo (p. ex. no disco rígido do computador) ou em qualquer outro suporte ou meio permanente de conservação de dados. De outro modo, o controlo directo também se poderá estabelecer quando se viabiliza uma *relação de interacção*, isto é, com uma qualquer manifestação de controlo, como seja copiar, manipular, imprimir ou transmitir (p. ex., por correio electrónico) a fotografia, filme ou gravação pornográficos¹⁹⁸. Na dimensão informática há ainda a faculdade de os dados se encontrarem armazenados em servidores de arquivo da internet (as chamadas “nuvens”), onde o detentor pode copiar ou manipular os ficheiros *remotamente*¹⁹⁹; a propósito poder-se-á falar de um controlo indirecto.

forma susceptível de processamento num sistema informático, incluindo os programas aptos a fazerem um sistema informático executar uma função”.

¹⁹⁶ Seguimos de perto Cloug, Jonathan, *Principles of Cybercrime*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 302.

¹⁹⁷ É evidente que deste modo se ilumina o tão importante elemento subjectivo: o detentor pode saber que detém a coisa tangível mas não ter conhecimento da presença dos dados informáticos detidos ou da sua própria natureza. Cfr. *infra*, 2.2.5., o elemento subjectivo do “problema específico da detenção de pornografia de menores”. Problemas análogos a este que iremos tratar adiante, p. ex., o detentor de um recipiente fechado que não tem conhecimento da coisa que está no seu interior.

¹⁹⁸ Cfr. Cloug, Jonathan, *Principles of Cybercrime...*(cit.), 2010, p. 303.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 310. Problemas significativos se levantam com este tipo de operação, pois não se sabe muito bem se em causa não estará um *detenção extraterritorial*, como sendo um facto praticado fora do território português. Cfr. 5.º, n.º1, al. c), CP, no qual consta o artigo 176.º relativo à pornografia de menores.

Não podemos dizer, contudo, que tudo seja tão linear quanto se caracteriza. Como é evidente, os critérios de carácter técnico permitem entrar em discussões cada vez mais complexas. Algumas das quais relevam para a detenção de pornografia de menores e, quanto a nós, as mais importantes relacionadas com o armazenamento *automático* de imagens na porção de memória de trabalho (“RAM”) e na porção da memória temporária da Internet (“cache”). O que nos remete, por sua vez, para dois problemas distintos: para o início e fim da detenção de ficheiro informático e para a visualização de pornografia de menores.

A detenção – neste contexto significativa – inicia-se com a obtenção do ficheiro informático. A forma de obtenção mais comum dever-se-á prender com o descarregar (“download”) do ficheiro através da Internet, seja por via de um sistema colectivo de arquivos, seja em virtude de transmissão individual dos conteúdos por parte de um outro detentor (p. ex. via correio electrónico)²⁰⁰.

Um dos problemas mais discutidos na doutrina diz respeito à *visualização* de pornografia de menores na Internet. Precisamente relaciona-se com a obtenção do ficheiro pelo facto de a generalidade dos navegadores de internet (os “browsers”) gravarem automaticamente no registo “chace” uma cópia de todas as páginas da internet visualizadas, facilitando um mais célere acesso a essas mesmas páginas no futuro²⁰¹. Ora, estando a pasta “cache” localizada no próprio disco rígido e podendo ser acedida (com o “know how” suficiente²⁰²) a qualquer momento, argumenta-se que houve obtenção e que poderá haver detenção. Mas a discussão não se fica por aqui. Suficiente seria que os dados fossem descarregados na memória de trabalhado do computador (“RAM”), ainda que não gravados na memória permanente, possibilitando o controlo dos respectivos conteúdos: aquele que visualiza a imagem ou o vídeo no ecrã do dispositivo e que tem a possibilidade de controlar ou de manifestar uma qualquer forma de controlo, p. ex., aumentando o tamanho no ecrã ou manipulando nos termos facilitados, seria também punido.

²⁰⁰ Neste sentido, Valverde, Patricia Esquinas, “El tipo de mera posesión...” (cit.), 2006, p. 209. Situações problemáticas poderão surgir aqui: caso se comece a fazer o “download” de pornografia de menores mas por alguma razão não seja concluído, pode ser argumentado que não há detenção; contudo, poderia depender do facto de o ficheiro poder ou não ser convertido numa imagem ou vídeo, ainda que parcialmente, com representação visual. Sobre o problema Cloug, Jonathan, *Principles of Cybercrime...*(cit.), 2010, p. 308.

²⁰¹ O processo acelera o carregamento de páginas de internet porque, quando o utilizador regressa à página, o navegador da Internet recupera a página do “cache” em vez de o fazer por via da Internet. Cfr. Michaels, Rebecca, “Criminal law – the insufficiency of possession...” (cit.), 2008, p. 833.

²⁰² Parece certo que a discussão resolve-se, uma vez mais, com o preenchimento do tipo subjectivo. Cfr., *infra*, 2.2.5., “o problema específico da detenção de pornografia de menores” no tipo subjectivo.

Na verdade, se bem virmos, a lei portuguesa abre a porta a interpretações abrangentes com a já referida locução “independentemente do seu suporte”, podendo-se incluir aqui a memória de trabalho (“RAM”) que “suporta os dados”²⁰³. Mas é discutível que assim seja.

O que todas as formas de pornografia de menores têm em comum é o facto de poderem ser visualizadas. O que não impede, antes reclama, que separemos a *memória temporária* (“RAM”) que permite visualizar uma imagem ou um vídeo, da *memória permanente* (um servidor na internet, o disco rígido, a pasta “cache”, etc.) que armazena esses mesmos dados. São questões que devem permanecer tecnicamente e objectivamente independentes e que podem até estar em “mãos diferentes”²⁰⁴. Assim, parece-nos que, por via regra, a visualização e o “armazenamento” na memória de trabalho do computador (“RAM”), que implique ou não um mínimo controlo (da imagem ou do vídeo), *não se traduz em uma actividade típica criminosa*, pelo menos enquanto não estiver legalmente prevista.

Como falamos de uma regra, encontramos sempre excepções. Deveriam ser julgadas nos casos de visualização por videoconferência em tempo real (“online”) de menor a ser sexualmente explorado²⁰⁵. Ou seja, embora de difícil subsunção na detenção de filme ou vídeo de pornografia de menores, quem assiste à “cena do crime” em tempo real por videoconferência *deveria ser punido como autor de um (qualquer) crime*²⁰⁶.

Retomando as questões relacionadas com o início da detenção, dentro deste quadro reflexivo, diga-se que a obtenção dos ficheiros informáticos não emana exclusivamente de uma rede de computadores. Basta receber uma coisa tangível que os contenha (p. ex., simples transmissão de um “cartão de memória”), ou até utilizar o menor em fotografia, filme ou gravação e, desse modo, produzir esses mesmos materiais, adquirindo-os originariamente²⁰⁷.

²⁰³ Contra, Valverde, Patricia Esquinas, “El tipo de mera posesión...” (cit.), 2006, p. 212, argumentando que a memória de trabalho (“RAM”) não pode ser considerado um verdadeiro “suporte de dados” por não se equiparar a uma relação de domínio duradoura. Questiona-se: e com uma *visualização duradoura*, não se domina ou controla de alguma forma a fotografia ou o filme?

²⁰⁴ Neste sentido, Eckstein, Ken, “Grundlagen und aktuelle Probleme ...” (cit.), 2005, p. 117

²⁰⁵ Alertados por Michaels, Rebecca, “Criminal law – the insufficiency of possession...” (cit.), 2008, p. 854

²⁰⁶ Temos sérias dificuldades em subsumir este caso no artigo 200.º do CP. Estaremos perante uma lacuna na lei? Não necessariamente. No mínimo, poder-se-á entender que quem visualiza em tempo real presta auxílio moral àquele que utiliza o menor nos termos do 176.º do CP, podendo haver punibilidade por *cumplicidade* (cfr. 27.º, CP).

²⁰⁷ Sem pretendermos entrar em densificações teóricas, tenha-se em conta uma importante consequência deste facto a nível da teoria do concurso de crimes: pela natureza pessoal do crime, quem utiliza menores

Quanto ao fim da detenção, poderá suceder quando os ficheiros são eliminados e, definitivamente, não podem ser recuperados (considere-se, ainda assim, a existência de programas de recuperação de ficheiros²⁰⁸).

Face ao que fica dito, finalizamos com uma brevíssima menção ao artigo 193.º do CP (“devassa por meio de informática”), na parte em que prevê punibilidade para quem “mantiver” ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis de diversa natureza²⁰⁹. A detenção de ficheiro automatizado implica ou abrange um evento minimamente duradouro para assim se considerar, quer dizer, dá-se sempre a *manutenção* do mesmo em memória permanente de conservação de dados. Por outro lado, não se confunde a “manutenção” com a “criação” ou com a “transmissão” do ficheiro informático. Sendo assim, nesta lógica, quem detém mantém e quem mantém detém, identificando-se, decisivamente, como um (segundo) *crime de detenção puro ou simples*.

2.2. O tipo subjectivo de ilícito

Com as observações precedentes adoptamos uma posição que possibilita desenredar o conceito de detenção do conhecimento do detentor (tese ampla²¹⁰), desconsiderando o elemento subjectivo, isto é, incluindo inconvenientemente casos em que o detentor desconhece que a coisa está na sua esfera de disponibilidade. O que agora pretendemos é precisamente incorporar um elemento subjectivo na definição. Não sem deixar três breves notas preliminares. A primeira para sublinhar, sobretudo neste âmbito, a opção por um conceito de “disponibilidade” que não significa necessariamente ter o “controlo”, o “domínio” ou o “poder” sobre a coisa. Uma segunda para deixar claro que, para além do problema da “detenção negligente” (2.2.3.), somente vamos procurar preencher os elementos intelectual (2.2.1.) e volitivo (2.2.2.) de detenção: não nos iremos

para produzir fotografia, filme ou gravação pornográficos, comete tantos crimes quanto o número de menores envolvidos. Sendo assim, o número de fotografias, filmes ou gravações, poderá traduzir-se no número de crimes, podendo-se, potencialmente, falar em milhares de crimes. Mas será esta a solução defendida no caso de o agente não utilizar o menor e se afigurar um mero detentor?

²⁰⁸ Com probabilidade faz-se prova da detenção caso os órgãos de polícia criminal, em fase de investigação, depois da apreensão da coisa tangível (cfr. 178.º, CPP), recuperem os ficheiros informáticos eliminados através de técnicas e programas especializados.

²⁰⁹ “Ficheiro de dados pessoais” na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, artigo 3.º, al. c): “Qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessíveis segundo critérios determinados, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico”.

²¹⁰ Cfr., *supra*, notas 69 e 70

debruçar sobre os eventuais elementos subjectivos adicionais dos tipos de crime (intencionais e intencionais-compostos). A terceira nota para alertar que com a análise de “um observador externo” (2.2.1.1.), no elemento intelectual do dolo, corremos o risco de misturar o requisito subjectivo com questões probatórias de direito adjectivo. Não obstante, parece-nos ser uma perspectiva essencial. As nossas dificuldades estão à vista: como se pode dizer que alguém detém, com dolo ou negligência, sem se estabelecer um qualquer tipo de ligação à coisa?

2.2.1. Elemento intelectual

O curso da nossa exposição trouxe-nos a novos problemas. Dificilmente podemos argumentar que a mera presença da coisa numa esfera de disponibilidade seja suficiente para sustentar uma detenção típica; se o putativo detentor ignora que a coisa aí se encontra, como se pode afirmar que do ponto de vista típico a detém²¹¹? Mais ainda. Ninguém contesta seriamente a possibilidade de alguém deter uma coisa incriminadora sem ter o conhecimento da natureza (qualidade ou conteúdo) do que detém. E, assim sendo, como se pode firmar a tipicidade? É pois necessário introduzir um *elemento subjectivo* no problema, requisito básico para se estabelecer uma intenção de domínio ou controlo sobre a coisa. Nesse sentido, podemos distinguir um conhecimento mais genérico, *a presença da coisa*, de um conhecimento mais específico, *a natureza da coisa*, questionando a essencialidade de ambos para o tipo subjectivo²¹². De forma a encontrarmos um critério que nos permita firmar este elemento intelectual, passamos a desenvolver o que fica dito partindo da problematização de duas perspectivas: a perspectiva (objectiva) de um observador externo e a perspectiva (subjectiva) do próprio agente.

2.2.1.1. Perspectiva de um observador externo: ligação objectiva

Avocamos aqui vários argumentos – “proximidade”, “propriedade”, “controlo exclusivo”, “passado recente” e “probabilidade” – susceptíveis de indiciar uma ligação objectiva entre uma pessoa e uma coisa, importantes para nos enquadrarmos no problema.

²¹¹ Exacta questão em Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 124

²¹² Já assim, também recorrendo à doutrina e jurisprudência anglo-americana, Ambos, Kai, “Posse como delito e a função do elemento subjectivo”, *RPCC*, ano 24, n.º1, janeiro-março, 2014, p. 23

a) argumento da proximidade

A nossa tarefa não fica facilitada pelo simples facto de se estabelecer uma relação de *proximidade física directa* com a coisa. Com efeito, ficaria resolvida a questão se pensássemos que bastava uma pessoa estar na mesma área – no mesmo contexto espacial específico – onde a coisa se encontra para haver conhecimento. Diríamos que poderá ser relevante mas que não é decisivo. Será relevante nos casos em que, em uma perspectiva actual, a coisa típica está de tal forma próxima e à vista (detecção visual) da pessoa, em esfera privada ou pública, que dificilmente se equaciona que não tenha conhecimento da sua presença e natureza. Pense-se em armas de fogo, substâncias explosivas para provocar incêndio florestal, plantas psicotrópicas, espécies selvagens protegidas da fauna, ou no conjunto do material necessário para falsificar documentos. Ainda assim, trata-se de um argumento que não é decisivo a vários níveis.

Desde logo não é idóneo para a esfera de detecção indirecta, em que a coisa está guardada ou depositada em local distante. Mas também, com toda a proximidade possível, não se pode deter uma coisa sem o conhecimento da sua *presença física*. Por se encontrar oculta ou dissimulada, qualquer pessoa pode estar próxima de uma coisa proscrita sem consciência da sua presença²¹³. Por outro lado, naqueles casos em que se tem noção da sua presença e proximidade, poderá ser entendida como uma coisa de natureza inócua. Nem sempre é fácil distinguir – e aqui parece operar a “impressão” – um documento falso de um documento verdadeiro, ou estupefacientes e doping de um produto farmacêutico. Ou seja, poderão ser casos em que temos fundadas dúvidas acerca de uma ligação segura entre o detentor e o conhecimento da *qualidade* da coisa presente e próxima.

b) argumento da propriedade

O argumento que avoca o direito de propriedade poderá afigurar-se suficiente quando há exclusividade de acesso a determinado contexto espacial, encontrando-se a

²¹³ Imagine-se que “B” é convidado por um amigo para passar vários dias em sua casa. Numa tarde, B está sozinho em casa quando órgãos da polícia criminal fazem uma busca. Acabam por encontrar estupefacientes escondidos dentro do armário, próximo de onde B dormia. Exemplo semelhante em Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 103.

coisa em uma esfera privada cujo domínio pertence à titularidade de uma pessoa. Até porque, já o dissemos, a *privacidade na sua expressão espacial* é particularmente adequada a esconder a existência de uma coisa. Nesse caso, sobejam poucas dúvidas que o proprietário é o único que terá conhecimento que a coisa existe, p. ex., no apartamento, no automóvel ou no cofre.

No entanto, o direito de propriedade, neste contexto, não demonstra necessariamente (nem presumivelmente) o conhecimento da existência da coisa no respectivo contexto espacial privado²¹⁴. Logo à partida porque em muitos casos uma pessoa não tem acesso exclusivo a determinado espaço que lhe pertence. Nesse sentido, poderá tratar-se de um argumento insuficiente quando o proprietário esteja acompanhado no seu próprio espaço, de forma temporária (p. ex. no automóvel) ou até de forma tendencialmente duradoura (p. ex. no apartamento). Mas também, em um raciocínio mais geral, do direito de propriedade de um determinado espaço privado não se pode inferir o conhecimento por parte do seu titular de todas as coisas que lá se encontrem²¹⁵. Finalmente, refutar-se-á que tal argumento não resolve o problema das coisas típicas que se encontrem em contexto espacial público.

c) *argumento do controlo exclusivo do espaço*

Não se chegando a um resultado frutífero com os esforços anteriores, poder-se-á entender que há conhecimento sempre que houver um *controlo exclusivo* sobre o contexto espacial específico, privado ou público, seja como proprietário, arrendatário, locatário ou mero “ocupante”. Se no momento em que se analisa o problema – na “actualidade” – a coisa concreta está numa área de domínio exclusivo de uma pessoa, estabelece-se a ligação do conhecimento com a sua presença física e natureza. Aparentemente um critério minimamente válido que tem a vantagem de englobar a esfera de detenção indirecta (p. ex., no cacifo de uma estação ferroviária), que o argumento da proximidade não permite, e toda a esfera privada (p. ex., na viatura locada) ou pública (p. ex., escondida na floresta),

²¹⁴ Já assim, Whitebread, Charles H./ Stevens, Ronald, “Constructive Possession ...” (cit.), 1972, p. 763.

²¹⁵ P. ex., “C” tem uma casa de férias com jardim e um dia alguém esconde um pacote de estupefacientes num canto desse jardim. Ou o já referido exemplo: no preciso momento em que “D” está a dormir, alguém coloca na sua caixa de correio um envelope com estupefacientes. Por fim, como caso prático decisivo, repare-se: um proprietário de um imóvel pode ter vários apartamentos ou quartos arrendados o que não significa conhecimento das coisas que ocupam esse mesmo espaço arrendado.

contrariamente ao que sucede com o argumento da propriedade. É que, com efeito, no argumento da proximidade o enfoque estava na pessoa mais próxima da coisa, no argumento da propriedade importava o titular do direito de propriedade do contexto espacial e, agora, com o argumento do controlo exclusivo, o eixo matricial parte da *específica localização da coisa concreta*, nas dadas circunstâncias de facto, em que a única questão a julgar é a exclusividade do controlo desse espaço²¹⁶.

Contudo, as considerações que se acabam de fazer devem ser vistas com algum cepticismo. Primeiramente, não se libertam das críticas relacionadas com a possibilidade de estarem várias pessoas no mesmo local, uma em controlo exclusivo da coisa por conhecimento e outras não²¹⁷. Na perspectiva de um observador externo, como se as distinguem? Além do mais, não é por a coisa se encontrar na esfera de disponibilidade de uma pessoa que vamos presumir, sem mais, que há um controlo exclusivo. Embora com a disponibilidade, em causa poderá estar o desconhecimento da sua *presença física*. Basta pensar naqueles casos em que se impinge estupefacientes dentro da mala viagem de alguém sem o seu conhecimento, ou nos casos em que se transporta um recipiente fechado conjecturando-se que está vazio quando, de facto, contém uma coisa incriminadora²¹⁸. Poderá também consolidar-se um controlo exclusivo sobre a coisa sem todavia se conhecer a sua verdadeira *natureza*. É ilustrativo o caso do desportista que tem consciência que controla exclusivamente o medicamento prescrito e não o doping que se vem a revelar ser (desconhecimento quanto à qualidade); ou o caso em que pensa que se está transportar uma caixa de chocolates quando na verdade transporta-se uma caixa de estupefacientes (desconhecimento quanto ao conteúdo)²¹⁹. Ou seja: à luz destes últimos casos, tem todo o sentido afirmar que a ligação que se faz por via de um controlo exclusivo entre uma pessoa e um determinado espaço não é suficiente para se afirmar que há uma ligação entre a pessoa e a coisa concreta que se encontra nesse mesmo espaço.

d) argumento do passado recente

²¹⁶ Cfr. Whitebread, Charles H./ Stevens, Ronald, “Constructive Possession ...” (cit.), 1972, p. 770.

²¹⁷ Se estiverem cinco pessoas numa sala de um apartamento e os estupefacientes se encontrarem debaixo do sofá, nesse caso, quem tem o controlo exclusivo? Cfr., também, *infra*, 2.3.2., “comparticipação criminosa”.

²¹⁸ Casos vistos em Koh, Kheng Lian, “Possession and Absolute Liability...” (cit.), 1969, p. 203.

²¹⁹ Veja-se também o caso Warner v. Metropolitan Police Commissioner ([1968] 2 W. L.R. 1303; [1968] 2 All E. R. 356 H. L.): “D” costumava recolher perfumes de “F” e este, naquele dia, deu-lhe dois pacotes, tendo aquele assumido que ambos continham perfume. Sucede, porém, que um dos pacotes continha estupefacientes (sulfato de anfetaminas). “D” tinha conhecimento do controlo exclusivo que tinha sobre o pacote mas não tinha conhecimento do seu conteúdo (da sua natureza).

No caso de não se comprovar um controlo exclusivo sobre a área ou sobre a coisa, Charles Whitebread e Ronald Stevens desconsideraram uma detenção *actual* – em “flagrante delito” – e partem para a demonstração de um conhecimento num passado recente. Para comunicar o detentor e a coisa concreta procuraríamos a *exteriorização desse mesmo conhecimento*, inferindo-o. Assim, na perspectiva de um observador externo, seria bastante – decisivamente afirmando-se como um problema processual penal – a corroboração de testemunhas, impressões digitais, escutas telefónicas ou condutas incriminatórias por parte do detentor²²⁰.

e) argumento da probabilidade

Finalmente, poder-se-á considerar um argumento de probabilidade. As análises estatísticas não nos parecem de todo particularmente adequadas para um juízo jurídico-penal, no entanto podem esclarecer, como precedente, a probabilidade de algo acontecer. Destacamos o estudo de David Caudill que, confrontando o número de processos-crime com o número de condenações, anuncia um catálogo de factores operantes de peso, por ordem decrescente, que contribuíram para consolidar a “comunicação” (“affirmative link”) entre o conhecimento do detentor e a coisa proscrita (no caso, estupefacientes)²²¹: uma só pessoa tem acesso ao espaço (controlo exclusivo); a coisa está à vista da pessoa (detenção visual); objectos pessoais da pessoa agrupados com a própria coisa ilícita²²²; a pessoa é proprietária, arrendatária ou locatária do espaço; a proximidade com a coisa que está oculta ou dissimulada; existência de materiais ou equipamentos relacionados com a coisa ilícita²²³; e aparato no local, dado que várias pessoas são vistas a entrar e a sair do mesmo.

²²⁰ Cfr. desenvolvimento, (sem todavia se referir às escutas telefónicas), Whitebread, Charles H./ Stevens, Ronald, “Constructive Possession ...” (cit.), 1972, p. 771-774.

²²¹ Não se trata de um estudo recente: Caudill, David, “Probability theory and constructive possession of narcotics: on finding that winning combination”, *Houston Law Review*, n.º. 17, 1981, p. 253.

²²² P. ex., caso uma arma proibida esteja no armário do quarto em onde também se encontram roupas e outros objetos pessoais, poderá ser suficiente, combinando com o argumento do controlo exclusivo do local, para se dizer que a pessoa que lá dorme tem conhecimento da coisa incriminadora. Seguindo, Caudill, David, “Probability theory...” (cit.), 1981, p. 235

²²³ A propósito, cfr. n.º2 do artigo 22.º da legislação combate à droga, referente aos equipamentos, materiais ou substâncias que podem ser utilizadas para o cultivo ou produção de estupefacientes.

Como o próprio autor afirma, a teoria da probabilidade não é válida para o julgamento do caso concreto e nunca pode demonstrar para além da dúvida razoável que a ligação entre a pessoa e a coisa, de facto, existiu.

f) ligação objectiva

A perspectiva de um observador externo permite-nos sinalizar referências para uma ligação objectiva ente o agente e a coisa. Pela natureza do que se discute, procurar uma “comunicação” entre o conhecimento (interiorizado) e a coisa (exteriorizada) é procurar um conjunto de circunstâncias que tendem a demonstrar que num caso concreto uma pessoa tem conhecimento da existência ou da natureza de uma determinada coisa. Ora, esta “comunicação” desafia um critério conciso por serem quase infinitas as possíveis situações factuais²²⁴. Mais importante ainda, a “comunicação” demonstra a complexidade da exteriorização de um conhecimento puramente interno que tem para si a localização ou a natureza de uma determinada coisa. Por essa razão, não duvidamos que os argumentos que expusemos, vistos de forma individual ou combinados entre si, podem contribuir para inferências que indiciam esse mesmo conhecimento.

É por influência mais ou menos directa destes argumentos que damos conta da existência de critérios gerais susceptíveis de solucionar os casos mais duvidosos relacionados com o desconhecimento da presença física ou da natureza da coisa. Podemos questionar, consoante o caso concreto, *se o agente tinha os meios ou o dever de conhecer a presença ou a natureza da coisa que se encontra na sua esfera de disponibilidade*²²⁵; ou questionar se é razoável imputar responsabilidade ao detentor por *falhar o comportamento que um homem razoável na sua posição teria tomado para ter o conhecimento da presença ou da natureza da coisa que está na sua esfera de disponibilidade*²²⁶. Todavia, se bem vemos a questão, não é a perspectiva de um observador externo que nos preocupa para um diálogo centrado nos requisitos do momento intelectual do dolo.

2.2.1.2. Perspectiva do agente: ligação subjectiva

²²⁴ No mesmo sentido que Caudill, David, “Probability theory...” (cit.), 1981, p. 242

²²⁵ Essencial, Koh, Kheng Lian, “Possession and...” (cit), 1969, p. 205.; e Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 124, que nos fala do *dever* de conhecimento.

²²⁶ Essencial, Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine...*(cit.), 2008, p. 72.

Para uma “ligação subjectiva” o que pretendemos é saber qual o conhecimento necessário, quais os requisitos, na perspectiva do agente, para afirmar que houve uma representação suficiente da coisa que se encontra na esfera de disponibilidade. Façamos o que nos parece ser uma essencial separação entre o conhecimento genérico da *presença física* de uma coisa e o conhecimento específico da *natureza* (conteúdo e qualidade) dessa mesma coisa. E olhemos para estas duas principais questões como se tratassem de critérios para o preenchimento do momento intelectual do dolo, a ponderar e a aplicar consoante o caso concreto.

Atentemos ao primeiro critério. Podemos dizer de forma apodíctica que sem o conhecimento da existência física da coisa não há detenção penalmente relevante. Isto porque temos sérias dúvidas que a sociedade possa forçar responsabilidade penal àquele que desconheça que uma coisa existe sua esfera de disponibilidade. Então, em nosso juízo, deve neste domínio pôr-se em relevo a essencialidade do *conhecimento da presença física de “alguma coisa” que está na esfera de disponibilidade*²²⁷. É a esta luz que entendemos dever ser ponderado um “conhecimento genérico”.

Preenchido este primeiro critério, parece-nos que os cidadãos devem ser responsáveis pelo que permitem (autorizam, consentem tacitamente, etc.) estar na sua esfera de disponibilidade, podendo fazer sentido impor responsabilidade *mesmo àqueles que desconheçam a qualidade ou o conteúdo da coisa*. Por outras palavras, julgamos que há circunstâncias em que o conhecimento da presença física “de algo” é suficiente para o preenchimento do elemento intelectual do dolo. Eminente relevo assume a seguinte asserção: com a consciência da presença física de “alguma coisa” surge, em princípio, a *oportunidade* de se conhecer a sua própria natureza²²⁸. Ora, a preterição de uma tal oportunidade – que, na verdade, é quase um *dever de informação*, um dever de o agente se

²²⁷ Cfr., *supra*, nota 212

²²⁸ Contundente, Lord Morris of Borth-Y-Gest: “But in such circumstances, on becoming aware of the presence of the newly discovered article, there would be opportunity to see what the article was: whether the opportunity was availed of or not, if the article was deliberately retained there would be possession of it. (...) Something is placed in a man’s stable without his knowledge. He is not in possession of it. If he goes to his stable and sees the unexpected presence of the article, then, according to the particular circumstances, he might with knowledge so act as to assume control of it. He would then be in possession of the article.”, em Warner v. Metropolitan Police Commissioner ([1968] 2 W. L.R. 1303; [1968] 2 All E. R. 356 H. L.).

assegurar da legítima qualidade ou conteúdo da coisa – não pode legitimar o desconhecimento da natureza da coisa²²⁹. Vejamos bem o segundo critério.

Passamos para a outra parte das nossas preocupações, o conhecimento específico da *natureza* da coisa que está na esfera de disponibilidade. Os argumentos acima discutidos aproximaram-nos dos principais problemas que aqui podem ser dispostos. Ou, por um lado, desconhece-se a *qualidade* da coisa, ou, por outro lado, desconhece-se o *conteúdo* da coisa.

Em relação à qualidade da coisa, não é adequado interpretar a representação em termos tão restritos que se possa exigir um conhecimento total da nomenclatura ou da essência da coisa em causa²³⁰. Não se espera que o agente saiba que detém “Erythroxilon coca” composto por, entre outros sais, “éster metílico de benzoilecgonina”, para se lhe imputar o crime previsto no n.º1 do artigo 21.º da legislação de combate à droga²³¹. E também não fará diferença alguma que o detentor pense que detém uma determinada qualidade de estupefacientes quando, efectivamente, detém outra. No outro extremo, também poderá ser desadequado interpretar a representação em termos tão amplos – “alguma coisa” – que se possam criar injustiças no caso concreto²³². A propósito, será útil distinguir coisas de diferente “género” de coisas de diferente “qualidade” (cfr. 207.º, CC). Admite-se que não é o facto de a coisa se encontrar na esfera de disponibilidade que se afirma o conhecimento da *qualidade* do que se detém; mas, na grande maioria dos casos, há uma representação do *género* da coisa que se detém (pó branco, documentos, plantas, fauna, armas, etc.). Quanto a nós, por via de regra, poder-se-á considerar satisfeito o elemento intelectual *pelo conhecimento do próprio género da coisa*, e não pela representação da sua específica qualidade. Com este critério basta ter consciência da presença de uma coisa com um determinado “género-típico” para se firmar o conhecimento. Em casos com um maior grau de exigência, porém, não excluimos a

²²⁹ Note-se a diferença entre os seguintes exemplos: 1) estranhamente, “D” pede ao seu amigo “E” que leve uma das suas malas no aeroporto; 2) “D” esconde na mala de “E”, sem o seu conhecimento, um pacote com estupefacientes. Parece certo que no caso 1) há a legítima expectativa que “E” se reassegure acerca do conteúdo da mala pois, não o fazendo, a sua conduta poderá traduzir-se em uma ameaça para a sociedade, pelo que será razoável imputar consequências jurídicas caso nela se encontre um objecto incriminador. Já no caso 2) “E” não chega a ter conhecimento da presença física de “algo” na mala. Decisivo, Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine...*(cit.), 2008, p. 73

²³⁰ Já assim, Koh, Kheng Lian, “Possession and ...” (cit.), 1969, p. 205

²³¹ Que remete para a tabela I-B, na qual consta o nome científico e os sais compostos da “Cocaína”.

²³² Fundamental, Neves, A. Castanheira, “Metodologia jurídica...” (cit.), 1993, p. 165, no esforço de ter como *prius* metodológico o caso como *caso jurídico*, dado que “a selecção do critério jurídico não pode desligar-se totalmente do sentido de solução que o caso solicita”.

possibilidade de se considerar, face à consciência do género da coisa específica, o adicional conhecimento da sua qualidade²³³. Poderá ou deverá depender da *forma como a coisa faz razoavelmente suspeitar a sua própria qualidade*.

Considerem-se ainda situações pontuais e problemáticas nas quais a pessoa desconhece a natureza da coisa detida pelo facto de se encontrar no interior de uma outra. Dito de outra forma, são os casos em que se representa a existência física de um determinado objecto na esfera de detenção – envelope, recipiente, pacote, mala de viagem, caixa, caixote, contentor, etc. – mas não se tem conhecimento que a coisa típica faz parte do seu *conteúdo*. O facto de se estar no poder de um receptáculo significa também ter conhecimento do seu específico conteúdo, dir-se-á. Não nos parece que seja assim. Poderá logo à partida e de forma decisiva depender da oportunidade que o agente teve para conferir o seu conteúdo. E mesmo que dada a oportunidade, interpretando o conhecimento com maior rigidez, para sustentar o elemento intelectual, necessário será a consciência de que uma coisa de uma certa *qualidade* faz parte do conteúdo do objecto. Todavia, pelo contrário, com um menor grau de rigidez bastante será o conhecimento de que o objecto contém uma coisa que poderá ser de um determinado “género-típico”²³⁴. Levantar-se-ão dúvidas legítimas em qualquer um dos contextos, pelo que pensamos que dependerá da *forma como a coisa faz razoavelmente suspeitar o seu próprio conteúdo*.

2.2.1.3. Actualidade da consciência

Um ponto essencial sobre o qual não costuma haver discussão é o que assegura uma actualização da consciência do agente no momento em que se verificam as circunstâncias de facto que integram o tipo objectivo – no caso, no momento em que se detém uma coisa. Todavia, vislumbram-se situações em que, na perspectiva do agente, não

²³³ Por exemplo, os casos mais difíceis como nos parecem ser os da detenção de documentos (género) que são contrafeitos ou falsificados (qualidade): dificilmente um detentor leigo distinguirá o original do falsificado. Note-se, também, o seguinte exemplo: “F” tinha na sua esfera de detenção uma substância que razoavelmente pensava tratar-se de orégãos mas que, muito para surpresa sua, acabou por revelar-se ser “canábis”; já “G” deliberadamente tinha na sua esfera de detenção uma substância que conhecia ser “canábis”. Pode-se dizer que ambos conheciam a presença física e o género da coisa (ervas), mas, na verdade, só “G” conhecia as verdadeiras qualidades da coisa que detinha. Exemplo análogo em Husak, Douglas, “Rethinking the act...” (cit.), 2007, p. 2444-2445

²³⁴ Entra aqui o exemplo de “H”, com antecedentes criminais, que pede ao amigo “I” que guarde durante umas semanas um pacote selado que, pelo peso e forma, poderá conter uma arma de fogo. “I” tem conhecimento que o pacote contém uma coisa que poderá ser do género “arma”.

há uma consciência actual no momento em que se detém uma coisa. Considerando que uma detenção duradoura se pode estender por dias, semanas ou meses, é inevitável que se considerem períodos de inconsciência²³⁵.

Exemplificativo do que pretendemos discutir é *o esquecimento*. Se a coisa estiver em uma esfera de controlo directo é certo que o agente poderá “actualizar” constantemente a consciência da sua presença física. Agora, caso se encontre em uma esfera de controlo indirecto, escondida ou dissimulada, haverá uma hipótese – ainda que remota – de a coisa cair no esquecimento daquele que tem a disponibilidade sobre a mesma²³⁶. O que se questiona é se a detenção da coisa também cai no “esquecimento típico”, ainda que esteja fisicamente presente na esfera de disponibilidade, ou se, pelo contrário, a consciência no passado das circunstâncias de facto é suficiente.

Por um lado, seríamos levados a pensar que uma pessoa não pode deter uma coisa se no momento presente, na “consciência actual”, não tem conhecimento da sua existência. Parece ser semelhante ao caso em que uma coisa é impingida na esfera de disponibilidade de uma pessoa sem o seu conhecimento. Por outro lado, temos que salientar que a detenção não pode depender dos poderes de memória do detentor²³⁷. Como já se deu no passado o (primeiro) conhecimento do controlo da coisa-típica, então parece haver um “permanente saber acompanhante” que é suficiente para afirmar o elemento intelectual²³⁸. A grande diferença para aquele caso em que alguém coloca a coisa na esfera de disponibilidade de outra, é que esta última nunca chegou a ter o (primeiro) conhecimento da presença da coisa, dando-lhe, a partir desse momento, p. ex., a oportunidade de descartar, destruir ou entregar a coisa às autoridades.

Repare-se, no entanto, que não afastamos dúvidas no tratamento de uma coisa esquecida que se encontre numa *esfera pública*. É que, de facto, questionar-se-á, em uma perspectiva objectiva, se não se trata de uma situação análoga a um descarte ou a um abandono. Parece-nos, ainda assim, que o tratamento é tal qual estivesse na esfera

²³⁵ Assim, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 127-128. Será este um argumento que pende a favor da interpretação da detenção como um “estado de coisas” e não como uma “conduta”?

²³⁶ Exemplo de alguém que se esquece de fotografias ou filmes de pornografia de menores adquiridos há algum tempo e escondidos na arrecadação do próprio domicílio.

²³⁷ Veja-se, decisivamente, “Regina – v – Marindale, [1986] 84 Cr App R 31, Lord Lane CJ: “Possession does not depend upon the alleged possessor’s powers of memory. Nor does possession come and go as memory revives or fails. If it were to do so, a man with a poor memory would be acquitted. He with the good memory would be convicted.”

²³⁸ Expressão e enquadramento, para outros exemplos, em Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...* (cit.), 2011, p. 356. Pensamos que se aplica por analogia ao nosso caso.

privada²³⁹: há sempre a possibilidade de se reprimar, com a “actualização” do conhecimento, o contacto material com a coisa uma vez que esta se encontra no mesmo local onde se a deixou (respeitando-se o “mínimo de *corpus*”)²⁴⁰.

Com o mesmo raciocínio, resolvidos ficam também os casos em que o detentor está a dormir, está a ser sujeito a uma intervenção cirúrgica, em coma ou em qualquer outro estado inconsciente temporário²⁴¹.

2.2.2. Elemento volitivo

O que vai dito implicou que considerássemos o elemento intelectual do dolo de detenção, materializado no conhecimento (mais ou menos actual) da existência e ou da natureza de uma coisa na esfera de disponibilidade. Apesar da afinidade e aparente simultaneidade, tudo indica que o conhecimento precede a *vontade* de se estabelecer uma relação de detenção com a coisa. É este momento volitivo que pretendemos agora enunciar. Em última análise, o entrever da afinidade entre conhecimento e vontade permite uma perspectiva privilegiada do lado subjectivo do conceito doloso de detenção típica.

A forma mais incisiva de introduzir este elemento subjectivo é começar por afirmar que não há detenção sem um “mínimo discernimento da vontade”²⁴². Seja a detenção entendida como um “estado de coisas” ou como uma “conduta”, como se trata sempre de um exercício de domínio temporalmente significativo, a *vontade na manutenção da coisa* parece ser essencial para a imputação de responsabilidade criminal²⁴³.

Em algumas situações, com o propósito declarado do agente, tal vontade é distintamente manifestada (cfr. 14.º, n.º1, CP), p. ex., ocultando a coisa em determinado espaço na esfera privada. Em outras, inversamente, logo após a consciência da coisa típica na esfera de disponibilidade, não há vontade de detenção, p. ex., procedendo-se à denúncia do facto às autoridades policiais. Isto porque, no fundo, com o elemento intelectual vem o

²³⁹ Aqui pensemos, p. ex., no esquecimento de uma mochila com uma quantidade substancial de estupefacientes num jardim público, depois de uma noite em que o detentor se coloca num estado de embriaguez profundo.

²⁴⁰ Cfr. Montovani, Ferrando, *Diritto penale...*(cit.), 2012, p. 49. Seguindo a linha de pensamento do autor, se a coisa já não se encontrar na mesma localização espacial, não se podendo exercer o contracto material, não há detenção por faltar o mínimo de “corpus”.

²⁴¹ Desenvolvimento em Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 128-130

²⁴² Na expressão de Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 239

²⁴³ Neste sentido, Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine...*(cit.), 2008, p. 72

conhecimento das possibilidades de actuação próprias do poder de disposição, entre as quais a manutenção ou não da coisa²⁴⁴. Dentro deste quadro de representações, julgamos que entre o conhecimento e a vontade há um lapso de tempo em que o agente decide as suas intenções, firmando ou não a detenção típica²⁴⁵. O que, aliás, é convergente com a premissa “domínio temporalmente significativo”.

Sucedem, porém, que a “decisão de intenções” não isenta situações duvidosas. Em nosso juízo, se uma pessoa se *conforma* com a presença “de alguma coisa” na sua esfera de disponibilidade que faz razoavelmente suspeitar que é de conteúdo ou de qualidade ilícita, ao não remediar a situação eventualmente nociva, arrisca-se em a adoptar como sua²⁴⁶. São determinados contextos circunstanciais que nos remetem para o mínimo volitivo, na representação da natureza da coisa como possível, em uma habilidade de *conformação* (cfr. 14.º, n.º3, CP).

Por outro lado, segundo esta forma de abordar o “dolo de detenção”, com o conhecimento da exacta localização da coisa e com o mínimo de vontade de manutenção em poder próprio no local pretendido, *não se torna essencial uma detenção física (portador) ou de proximidade física, nem, tão-pouco, uma efectiva forma de acesso à coisa*. A primeira asserção sugere o reconhecimento da esfera de detenção indirecta. De outro modo, apercebemo-nos novamente que não é suficiente um vínculo puramente psíquico em relação a um ponto espacial de referência, é ainda necessário considerar um “mínimo de *corpus*”, a presença física da coisa no local onde se a mantém por vontade própria²⁴⁷. Quanto à segunda asserção: com efeito, por alguma razão, a coisa até poderá estar *inacessível* na esfera directa ou indirecta de detenção e, ainda assim, com a intenção de a manter (ou de não a descartar, destruir ou denunciar às autoridades policiais), haver

²⁴⁴ De acordo com Muñoz, Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, p. 41

²⁴⁵ Em termos análogos o “requerimento da voluntariedade” no direito anglo-americano. Para assegurar que a detenção seja voluntária, os códigos tipicamente requerem que o arguido tenha o conhecimento que controla a coisa por um período suficiente de tempo para poder terminar com a detenção. Cfr. MPC §1.13 (3), §2.01.(4); e, por todos, Robinson, Paul H., “Should the Criminal Law...” (cit.), 1993, p. 195. Repare-se, ainda, no seguinte exemplo: uma pessoa encontra um pacote na entrada da sua casa e ao abrir descobre (conhecimento) que se trata de uma quantidade substancial de estupefacientes, podendo decidir (vontade) ficar com ele ou decidir (vontade) descartá-lo ou denunciá-lo e entregá-lo às autoridades policiais.

²⁴⁶ Veja-se Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine...*(cit.), 2008, p. 72. Consideremos alguns exemplos. “J” guardou um caixa a pedido de um amigo sem lhe perguntar pelo conteúdo, mas desconfiando que se tratava de algo ilegal. Nesse caso, “J”, representando a presença de “alguma coisa” na caixa que o amigo lhe pediu para guardar, mantendo-a na sua esfera de detenção, conformou-se com a possibilidade de se tratar de um conteúdo de natureza ilícita. Outro caso ainda: “K” desconfia que lhe acabaram de entregar uma chapa de matrícula falsificada mas, como lhe é útil naquele momento, decide fixá-la no seu veículo automóvel.

²⁴⁷ Cfr, *supra*, nota 240

dolo de detenção. Somos da opinião que um exercício de controlo que se prolonga no tempo providencia a possibilidade de a qualquer momento se canalizarem meios para se aceder à coisa, que deverá permanecer no mesmo local por vontade própria²⁴⁸.

Uma outra questão que nos poderá levantar problemas neste âmbito prende-se com a própria interpretação que fazemos da natureza jurídico-penal da detenção. Se a entendermos como uma conduta activa (causal-naturalística), a vontade ou a decisão é ou está exteriorizada. No entanto, se a entendermos como conduta omissiva ou como um estado de coisas levantam-se-nos dificuldades. O problema está bem de ver: uma vez que numa perspectiva ontológica (naturalística) é possível que uma coisa esteja inanimada num local, parada onde se a deixou, também a vontade de detenção se poderá reconduzir a um elemento intelectual (não exteriorizado)²⁴⁹. Não queremos com isto dizer que a coisa aparece na esfera de disponibilidade por vontade própria, queremos assegurar que (com a energia de outrem) a coisa pode lá aparecer e, tomando consciência de tal facto, o titular da esfera decidir manter a coisa *permanecendo inactivo*. Por essa razão, a decisão de omitir a acção esperada ou de controlar a coisa não depende necessariamente de qualquer actividade, o que só poderá dificultar, na perspectiva de um observador externo, a afirmação da vontade dirigida à detenção.

2.2.3. Detenção negligente?²⁵⁰

Em abstracto seria pensável um estado de coisas negligente em relação à *presença física* da coisa. O titular de uma esfera de disponibilidade poderia não chegar sequer a representar a presença física de uma coisa por não proceder com o cuidado a que, segundo

²⁴⁸ É manifesto que em uma perspectiva objectiva, a menos que a coisa esteja numa esfera privada, não estamos isentos de dificuldades no momento de separar um descarte ou abandono da coisa de um caso de inacessibilidade.

²⁴⁹ Considere-se o seguinte exemplo: na caixa de correio de “L”, deliberadamente, foi colocado um pacote com uma quantidade substancial de “cocaína”, tendo-lhe sido informado por telefone do facto. “L” começou por ter a coisa na sua esfera de detenção sem ter conhecimento da sua presença física; a partir do momento em que foi informado, passou a ter conhecimento da existência e da natureza da coisa, estando agora a detenção da coisa dependente da vontade na *manutenção* da coisa. Todavia, não nos parece que uma manifestação do elemento volitivo dependa de uma conduta de “L”. Ou seja, parece-nos que “L” não tem de recolher o pacote com os estupefacientes para afirmar a sua vontade de o deter. O pacote até pode ficar horas ou dias na caixa do correio tendo já havido uma decisão de o manter. Caso semelhante em Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 220 e s.

²⁵⁰ Não queremos com tomar uma posição quanto à localização sistemática da negligência na teoria da infracção penal, como que garantindo uma natureza subjectiva do ilícito negligente. Até podíamos ter tratado a questão no tipo objectivo de ilícito, contudo, por razões de conveniência, entendemos por bem olhar para a questão seguida do dolo.

as circunstâncias, estaria obrigado; ou poderia representar a presença física da coisa como possível mas não conformar-se com esse facto, preterindo um dever de cuidado. Seria também pensável discutir a possibilidade de negligência de detenção por referência à *natureza* da coisa, quanto às qualidades ou conteúdo²⁵¹.

É certo, no entanto, que nenhuma destas situações é enquadrável nos crimes de detenção *que punem* a negligência. A inclusão da punibilidade da negligência verifica-se em crimes relacionados com a poluição (cfr. 279.º, n.º4 e n.º5, CP), com espécies protegidas de fauna ou da flora selvagens (cfr. 278.º, n.º6, CP), com alimentos (cfr. 281.º, n.º3, e 282.º, n.º3, do CP; 24.º, n.º1 e 25.º, n.º1, do regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública) e com armas (cfr. 88.º, n.º1 e n.º2, regime jurídico das armas e munições). Sublinhe-se que para a afirmação da negligência exige-se o preenchimento da totalidade dos elementos constitutivos do respectivo tipo de crime. E, se bem vimos, não há no ordenamento jurídico português um crime de detenção puro ou simples punível por negligência. Precisão que contribui para o esclarecimento do problema que aqui se levanta: é por alusão a determinadas circunstâncias enquanto se detém-uma-coisa que se fala em negligência e não por alusão à própria detenção. Examinemos com mais cuidado.

No crime de poluição (“detenção”) terá que se provocar danos substanciais ao ambiente; no crime de perigo relativo a animais ou vegetais (“armazenar”) terá que se criar perigo de dano a número considerável de animais, culturas, plantações ou florestas alheias; no crime de corrupção de substâncias alimentares ou medicinais (“tiver em depósito para venda”) terá que se criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem; e no crime de danos contra a natureza (“detiver para comercialização” e “detiver”) terá que se considerar uma violação de disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente. Em todos estes casos não está em causa uma negligência em relação à presença física ou à natureza da coisa, bem pelo contrário, há “dolo” de detenção da coisa específica, na representação e conformação de que a coisa está subjugada ao próprio poder de disposição. Com efeito, são crimes negligentes que exigem em relação a determinados elementos constitutivos do tipo – em relação à detenção da coisa – um

²⁵¹ Atentar às palavras de Schroeder, Friedrich-Christian, “La Posesión...” (cit.), 2004, p. 165.: “Antes bien, la posibilidad de la imprudencia debería restringirse por las especiales características de los objetos cuya posesión se prohíbe”.

conhecimento e uma vontade, um “dolo”, por assim dizer²⁵². Numa palavra: a negligência advém enquanto uma coisa está na esfera de controlo. Se dúvidas restassem, atentemos ao disposto no artigo 88.º do regime das armas e munições— “uso e porte de arma sob efeito de álcool e substâncias estupefacientes ou psicotrópicas”. Em causa está uma *negligência enquanto se detém a coisa, e não uma detenção negligente da coisa*. Nesse caso, há sempre conhecimento e vontade da detenção de uma arma²⁵³, pelo que a negligência diz respeito à conduta do agente em relação aos níveis de alcoolemia ou em relação à influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas: quando o agente parte do princípio que não atingiu esses valores elevados ou que não se encontra perturbado pelas substâncias, e quando o agente nem sequer coloca essa possibilidade por ter perdido a noção do seu estado²⁵⁴. Com isto, em relação à própria detenção da coisa, *não se afigura um exercício de domínio negligente*²⁵⁵.

2.2.4. Em síntese

Antes de avançarmos será vantajoso considerar por momentos o que discutimos até agora no “tipo subjectivo de ilícito”.

Em jeito de síntese, dir-se-á que o dolo de detenção não está isento de um elemento intelectual e de um elemento volitivo.

Em relação ao primeiro elemento, procurámos demonstrar a sua complexidade através da perspectiva de um observador externo, estabelecendo uma ligação objectiva do agente com a coisa através de vários argumentos que inferem, individualmente ou combinados entre si, um conhecimento da presença física ou da natureza da coisa. Esta solução não era porém aquela que procurávamos para uma análise teórico-dogmática do elemento intelectual em sede substantiva. Então, seguimos para uma análise na perspectiva

²⁵² *Idem*: “Se reconoce que algunos tipos penales imprudentes con respecto a los particulares elementos del tipo exigen el dolo”.

²⁵³ Relembramos que para efeitos do regime jurídico das armas e munições a “detenção de arma” é entendida como “o facto de ter em seu poder ou disponível para uso imediato pelo seu detentor”. Em causa está uma esfera de disponibilidade directa.

²⁵⁴ Análogo ao crime de condução de veículo em estado de embriaguez (cfr. 292.º, CP). Cfr. a anotação de Faria, Paula Ribeiro de, *CCCP*, II, (cit.) 1999, p. 1096, §10.

²⁵⁵ Para Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.) 2001, p. 36, a palavra “detenção” representa de um modo geral uma forma de *poder de domínio humano*, pelo que reconhecer uma negligência seria uma contradição em relação a esse mesmo poder. É o tal substrato subjectivo inerente à detenção, o *means rea* implícito segundo a doutrina anglo-americana, a que já nos referimos, p. ex., *supra*, nota 67.

do agente, procurando estabelecer os requisitos necessários para uma ligação subjectiva entre o agente e a coisa. Sob esta perspectiva, observámos que, em uma análise casuística, o agente deve ter conhecimento da presença física de “alguma coisa” na esfera de detenção ou deve ter o conhecimento que a coisa é de determinada natureza (género, qualidade ou conteúdo), dependendo da forma como a coisa faz razoavelmente suspeitar a sua própria natureza. Por outra parte, também não ignorámos a discussão relacionada com a actualidade da consciência – ilustrando o problema com casos de inconsciência temporária –, pendendo para uma resposta que julgasse um “permanente saber acompanhante” a partir do (primeiro) conhecimento da presença ou natureza da coisa típica.

Em relação ao segundo elemento, pareceu-nos que é decisivo para determinar as verdadeiras intenções daquele que tem a coisa na sua disponibilidade, tendo sido defendido que entre o conhecimento e a vontade há um mínimo lapso de tempo em que o agente decide se pretende ou não manter a coisa, firmando ou não a detenção típica. Com esta opção sublinhámos a importância de um exercício de domínio temporalmente significativo e tornámos manifesto que, para haver detenção, não basta um vínculo puramente psíquico, sendo ainda necessário a presença física da coisa em determinado local por vontade própria. Importante foi também dar conta que, em determinados casos, enquanto houver conhecimento da exacta localização da coisa e vontade de manutenção em poder próprio, nem sempre se torna essencial uma detenção física ou de proximidade física, nem, tão-pouco, uma efectiva forma de acesso a essa mesma coisa.

Num último ponto, tendo em conta os pressupostos do dolo de detenção, admitimos que é possível uma detenção negligente. Contudo, fundamental foi concluir que a “detenção negligente” em relação à presença física ou à natureza da coisa não se confunde com uma qualquer negligência enquanto se detém a coisa com conhecimento e vontade, uma vez que em causa estão outros elementos constitutivos do respectivo tipo de crime. Assim, por expressamente prevista, só a negligência enquanto se detém a coisa (com conhecimento e vontade) é punível em determinados ilícitos-típicos, nomeadamente relacionados com o meio ambiente, espécies protegidas, substâncias alimentares e armas.

2.2.5. O problema específico da detenção de pornografia de menores

Enquadramo-nos agora em um diferente contexto problemático visto que se trata de um crime de detenção susceptível de ser praticado em ambiente informatizado. É necessário prosseguir com a distinção entre os elementos intelectual e volitivo:

a) elemento intelectual

Os nossos problemas não deixam de ser análogos aos enunciados a respeito do elemento intelectual para as coisas tangíveis. Continuamos orientados por dois critérios: o conhecimento da *presença* do ficheiro informático e o conhecimento da *natureza* do ficheiro informático.

Em relação ao primeiro, em uma dimensão informatizada, sobretudo considerando a interacção com a Internet, é difícil argumentar que não há casos de desconhecimento da presença dos ficheiros informáticos na memória permanente de um dispositivo tangível. Como já demos conta no âmbito do tipo objectivo, basta a mera visualização de imagens de pornografia de menores na Internet para se dar um armazenamento *automático* na pasta “cache” localizada na memória permanente do dispositivo. Ora, se o agente que visualiza ignora ou desconhece que o programa informático automaticamente grava as imagens visionadas, por faltar a consciência de como os navegadores de internet (os “browsers”) funcionam, não se pode dizer que haja conhecimento da presença ou da localização das imagens no dispositivo informático²⁵⁶. Até porque o “internauta médio” ignora esses aspectos técnicos relacionados com a obtenção automática de dados²⁵⁷.

De outra forma, não sendo uma operação automatizada, os ficheiros informáticos encontrados em uma coisa tangível na esfera de detenção de uma pessoa podem ser lá colocados sem o seu próprio conhecimento por operação humana, p. ex., por alguém com noções para explorar “brechas” nos sistemas de segurança informáticos (o “hacker”), por alguém com acesso à rede local, ou por alguém com acesso ao dispositivo tangível.

²⁵⁶ Cfr. Cloug, Jonathan, *Principles of Cybercrime...*(cit.), 2010, p. 313

²⁵⁷ Assim, Valverde, Patricia Esquinas, “El tipo de mera posesión...” (cit.), 2006, p 214. Por outro lado, em alusão ao conhecimento, repara-se na análise forense em “United States of America, Palintiff-Appelle, v. Stuart Romm, Defendand-Appellant”, n.º 04-10648 de 24 de Julho de 2006: “A user who knows how to find the internet cache can view the images stored there. Once the user views the image, the user “can print, rename, [or] save [it] elsewhere, the same thing you can do with any other file.”.

Havendo, no entanto, conhecimento da localização de “um ficheiro informático”, com a oportunidade de se conhecer a sua natureza, seguimos para o segundo critério. A questão prende-se com o conhecimento da *natureza* do ficheiro informático enquanto pornografia de menores. É que, de facto, não se pode excluir a possibilidade de se dispor do ficheiro – fotografia, filme ou gravação – sem o conhecimento ou compreensão da sua própria natureza. Especifiquemos um pouco mais esta ideia a partir de dois problemas distintos: o desconhecimento quanto à *qualidade* ilícita da representação ou o desconhecimento quanto ao *conteúdo* do ficheiro informático.

Diga-se de forma redundante que o elemento intelectual da detenção de pornografia de menores implica que o agente tenha consciência da qualidade explícita do material que expõe menores de idade²⁵⁸. Parece evidente que para se fazer a ligação subjectiva do agente com a representação ilícita basta a consciência que está em causa um menor de 18 anos. Mas o desconhecimento quanto à natureza do material pornográfico de menores é possível – poder-se-á invocar, à luz da “impressão”, que o menor representado aparentava ter mais de 17 anos – ainda que, objectivamente, não seja frequente pelo número de ficheiros informáticos que normalmente está associado a este tipo de crime²⁵⁹.

Quanto ao conhecimento do conteúdo do ficheiro informático, essencial para se chegar à visualização, é também um requisito para se firmar o elemento intelectual. O desconhecimento será raríssimo, embora possível. Basta pensar que o descarregamento (“download”) de ficheiros na Internet (p. ex., do próprio correio electrónico) não significa ter a certeza quanto ao seu conteúdo e menos ainda significa abrir o seu conteúdo (considerar, p. ex., ficheiros “zip.” ou “rar.”).

Uma última nota em relação à *actualidade* da consciência. Tal como o problematizamos em contexto de coisas físicas, poderá, na perspectiva do agente, não haver poder de controlo actual por esquecimento da localização do ficheiro informático que contém pornografia de menores. Por razões já expostas relacionadas com o “poder de

²⁵⁸ O disposto no n.º3 do artigo 176.º do CP, alarga a punibilidade, da detenção para comercialização de material pornográfico, à *representação realista de menor*. Não parece ser o caso do crime de detenção do n.º4 do artigo 176.º do CP.

²⁵⁹ Para fazer uma “ligação objectiva” entre o estado mental do agente e a natureza do ficheiro informático poderá ser relevante: a aparência das imagens; o número de ficheiros; a natureza e a “linguagem” dos próprios sítios da Internet e o número de vezes a que se acederam; a duração das sessões de “download”; o detalhe do ficheiro (podemos ver a data de criação, a última vez que se acedeu ao mesmo, etc.); o título dado aos ficheiros ou às pastas em que se encontram; e poderá revelar se o agente procurou ou não esclarecer se a pessoa representada tinha ou não 18 anos. Cfr., Cloug, Jonathan, *Principles of Cybercrime...*(cit.), 2010, p. 318-320.

memória”, mesmo que se diga que não há uma “consciência actual”, defendemos um “permanente saber acompanhante” emanado do conhecimento passado, suficiente para se firmar o elemento intelectual^{260 261}.

b) elemento volitivo

Para se afirmar o momento volitivo do dolo de detenção procuremos discutir um exercício de domínio *temporalmente significativo*. Liga-se a este problema o lapso de tempo que decorre entre o conhecimento da localização de ficheiro informático de pornografia de menores e a vontade de detenção. Isto porque, na nossa forma de ver as coisas, não há detenção típica quando as intenções do agente logo após o momento em que toma consciência da natureza do ficheiro são dirigidas à eliminação ou denúncia do ficheiro informático.

Como se tornou claro, em ambiente informático, e sobretudo com o acesso à Internet, no mais das vezes descarrega-se ou grava-se propositadamente na memória permanente ficheiro informático sem o conhecimento do seu conteúdo. A partir do momento em que se toma consciência que se trata de pornografia de menores, dever-se-á distinguir a pessoa que toma passos imediatos para eliminar ou denunciar o ficheiro informático, da pessoa que se *conforma* ou se decide pela manutenção do mesmo. Uma distinção que não dispensa uma análise casuística.

Em determinados casos haverá uma eliminação do ficheiro muito tempo depois de se ter consciência da sua natureza ilícita. Ora, parece certo que não é por o agente as ter eliminado que vai contrariar a vontade de as deter durante o tempo que decorreu entre o conhecimento e a supressão das fotografias, filmes ou gravações²⁶². Por outro lado, estar na detenção do ficheiro informático por um breve período de tempo após a consciencialização, procurando até, em último caso, denunciar o facto às autoridades policíacas, não deverá assegurar o dolo do tipo. Pensemos agora em casos em que o próprio

²⁶⁰ Para se demonstrar que objectivamente este conhecimento existiu basta recorrer, p. ex., aos detalhes do próprio ficheiro: data de criação, data de modificação, data da última vez que foi aberto, nome do ficheiro, local onde está armazenado, etc..

²⁶¹ Cfr., *supra*, notas 237 e 238

²⁶² Cada vez mais os técnicos forenses estão habilitados a recuperar ficheiros eliminados e a fazer uma análise detalhada dos momentos temporais em que se criou, modificou, visualizou ou eliminou a fotografia, filme ou gravação. No fundo, o momento volitivo do dolo de detenção de coisas intangíveis, em ambiente informatizado, poder-se-á tornar mais evidente pela informação providenciada pela legibilidade dos próprios ficheiros informáticos. Algo que, como sabemos, não sucede com as coisas físicas ou tangíveis.

“fornecedor de acesso à internet” (“ISP”) fica ciente que há pornografia de menores no seu servidor, ou em casos em que o reparador de computadores dá-se conta que o cliente tem pornografia de menores no computador²⁶³.

Note-se, por fim, que com o conhecimento da localização e vontade de detenção de pornografia de menores torna-se irrelevante que o ficheiro informático esteja a partir de certo momento, de forma temporária, inacessível ao próprio detentor; p. ex., porque o hardware do computador não permite iniciar o software do mesmo. Em um exercício de domínio *temporalmente significativo*, estar inacessível não representa o abandonar do poder de disponibilidade, nem, menos ainda, a intenção de eliminar o ficheiro informático. Todavia, excepções poderão ser consideradas no caso de os ficheiros se encontrarem a ser detidos remotamente, num controlo indirecto, p. ex., em servidores de arquivo da internet, dado que a acessibilidade poderá não depender da vontade do titular da conta de armazenamento.

2.3. Outras dimensões do problema: breves referências²⁶⁴

Com razões mais do que suficientes para nos preocuparmos com outras dimensões do problema, entendemos importante deixar breves referências não só acerca das formas “especiais” de aparecimento do crime de detenção, tentativa (2.3.1.) e comparticipação (2.3.2.), como também acerca da responsabilidade das pessoas colectivas (2.3.3.).

2.3.1. Tentativa de detenção?

A pergunta que se acaba de formular poderá induzir em erro. Ninguém contesta que a tentativa é punível em muitos dos crimes de detenção que identificámos²⁶⁵. Não se

²⁶³ Exemplos em Cloug, Jonathan, *Principles of Cybercrime...*(cit.), 2010, p. 322

²⁶⁴ Com o rigor analítico desejado certamente que iríamos exceder com largueza o pretendido com o nosso estudo. Por essa razão, também, excluímos por completo as referências ao “curso de crimes” na qualidade “especial” de aparecimento do crime, visto que já deixamos uma brevíssima menção do nosso ponto de vista no âmbito da “detenção duradoura”, *supra*, 2.1.2.2., d)

²⁶⁵ Considerando o disposto no artigo 23.º, n.º1, do CP e a própria previsão das normas e diplomas, a tentativa é punível nos seguintes crimes de detenção: pornografia de menores (cfr. 176.º, n.º5, CP); devassa por meio de informática (cfr. 193.º, n.º2, CP); falsificação ou contrafacção de documento (cfr. 256.º, n.º2, CP); tráfico e outras actividades ilícitas (cfr. 21.º, legislação de combate à droga); tráfico de substâncias e métodos proibidos (cfr. 44.º, n.º2, lei antidopagem no desporto); detenção de arma proibida e tráfico e

questiona se a tentativa é punível ou por que razão é punível, questiona-se, em uma perspectiva dogmática, se podemos ou não falar numa “tentativa de detenção”.

É importante começar por relembrar que há crimes de detenção que punem *actos preparatórios* (cfr. 21.º, CP). É o que se verifica nas disposições dos artigos 271.º, n.º1 e 275.º do CP, referentes, respectivamente, às coisas aptas à preparação de crimes de falsificação ou contrafacção de documentos e às coisas aptas à preparação de crimes de incêndios, explosões e análogos. Significa isto que, do ponto de vista subjectivo, a detenção não é vista enquanto acto de execução de um crime que se decidiu cometer, mas enquanto “estado” ou “acto” que prepara ou facilita a execução desse mesmo crime. A coisa está na esfera de disponibilidade do detentor, acessível no espaço em que se a deixou, disponível para uma relação de interacção com energia criminosa. Diríamos mais. A coisa, com a respectiva “mediação psíquica”, mesmo em uma relação estática, tem um substrato *funcional* susceptível de preparar crimes²⁶⁶. Raciocínio este que tem por referência uma coisa típica-identificada e a preparação da execução dos crimes objectivamente indicados pelas respectivas normas penais.

Se estas observações acerca da detenção enquanto acto preparatório têm sentido e vêm a propósito, então, julgamos poder adiantar, o desafio está em admitir uma realização incompleta da própria detenção, denegando uma detenção cujo sentido é consumado. Aparentemente, *no caminho para o crime*, estaríamos em um estágio anterior àqueles actos preparatórios. Com efeito, parece que há tipos legais de crime que a preveem como actividade típica tentada. Nada ou tudo impede tal interpretação. Em nosso entender, não se compreende como poderá haver uma tentativa de detenção²⁶⁷. Interroga-se: como se poderá tentar deter uma arma, tentar deter estupefacientes, tentar deter documentos falsificados ou tentar deter pornografia de menores? Quem tenta deter ainda não detém a coisa em seu domínio. Quem tenta deter procura *adquirir* a coisa. E a aquisição, como sabemos, dá início à detenção. Assim, com este pressuposto, é inadiável afirmar – juntamente com Cox Leixelard – que “o acto de estar a adquirir a detenção corresponde-se,

mediação de armas (86.º, n.º1, e 87.º, n.º1, regime jurídico das armas e munições); contra a genuidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares (24.º, n.º1 e 25.º, n.º1, ex. vi. 4.º, regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública); falsidade informática (3.º, n.º4, Lei do cibercrime); dispositivos ilícitos (104.º, n.º4, lei das comunicações electrónicas); e introdução fraudulenta no consumo (cfr. 96.º, n.º3, regime geral das infracções tributárias).

²⁶⁶ Cfr., *infra*, 3.3. “natureza da coisa detida”

²⁶⁷ Já assim, referindo-se ao crime de detenção de arma, Morais, Teresa, “Lei das Armas...” (cit.), 2011, p. 207

na nomenclatura dogmática da parte geral, com a tentativa, enquanto a actividade que consiste em estar a deter, com a consumação”²⁶⁸. Organizemos, então, as nossas ideias.

Por um lado, se o agente não detém a coisa em seu poder e decide procurar deter, como lógica necessária, terá que a obter. O estágio prévio à detenção, os “actos preparatórios” ou os “actos de execução” idóneos a estabelecer um poder de facto sobre a coisa relacionam-se com a obtenção (traduzida, p. ex., em “fabricar”, “produzir”, “cultivar”, “importar”, “adquirir” ou “receber”). Nesta óptica, visto que, nas devidas circunstâncias, a aquisição da coisa-típica é punível em todos os tipos de crime que também punem a detenção, *não faz sentido falar em tentativa de detenção*. Faria sim, seguramente, em tentativa de obtenção ou de aquisição.

Por outro lado, se o agente já (obteve e) detém a coisa em seu poder e decide cometer um crime, a detenção da coisa ou é um meio para preparar o crime (acto preparatório), ou é um meio para executar o crime (acto de execução), ou é um fim em si mesma (“consumação formal”). Em todas estas situações, em princípio, a relação de detenção é “perfeita” ou “completa”. No primeiro caso já vimos exemplos nos crimes previstos nos artigos 271.º, n.º1 e 275.º do CP. No segundo caso, a detenção de uma coisa é um acto de execução de um outro crime, quer dizer, o agente para além de ter conhecimento e vontade ao deter uma coisa tem a intenção de praticar um determinado crime com a mesma. Uma situação que até pode ser punível enquanto crime consumado, pois considere-se o crime da detenção de documento falsificado com intenção de executar outro crime (cfr. 256.º, n.º1, proémio, e al. f), CP). No terceiro caso, estão em causa a grande maioria dos crimes de detenção, com especial relevância para os crimes puros ou simples, em que basta a mera detenção, e para os crimes “clássicos” relacionados com armas e estupefacientes.

2.3.2. Comparticipação criminosa

Todas as precedentes considerações do nosso estudo sugeriram um poder exclusivo, uma exclusividade na “detenção-de-uma-coisa-móvel”. Eis-nos chegados a um dos pontos conceptualmente mais complexos, considerando intervenções provenientes de múltiplos agentes. Complexo por admitirmos que não é necessário uma conduta activa

²⁶⁸ Tradução livre: Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 229.

para haver detenção; complexo, também, pelo carácter duradouro da detenção que se traduz na possibilidade de intervenção enquanto o evento se prolongar; complexo, ainda, por se enxergarem vários autores (cfr. 26.º, CP) e participantes (cfr. 27.º, CP), com intervenções que podem ser activas e ou omissivas; complexo, finalmente, pelo contexto espacial específico em que a coisa se poderá encontrar. A respeito destas questões, um ou outro ponto de reflexão.

Partindo das nossas dúvidas acerca da própria natureza dogmática da detenção – conduta activa, conduta omissiva ou um estado de coisas de domínio humano? –, começamos por encontrar inconvenientes em uma distinção conceptual, à luz das diferentes teorias, entre autores e participantes. Motivo esse que nos impede tomar por princípio, p. ex., a teoria do “domínio do facto”, pensada, como é sabido, para crimes dolosos de acção.

Por outro lado, não temos dificuldades em afirmar que a relação de detenção, na qualidade de evento duradouro, admite intervenções de “terceiros” a partir do momento em que se dá a obtenção da coisa até ao momento em que coisa é transmitida, descartada, destruída, etc. Desta forma, enquanto perdurar esta janela temporal, nada impede a intervenção sucessiva de novos participantes, autores ou meros participantes, com interesses ou motivos conformes aos do “primitivo detentor”. Que não seja uma participação sucessiva, que seja originária: com o controlo conjunto da coisa (co-autoria), com o controlo da coisa por intermédio de outrem (autoria mediata), determinando outra pessoa ao controlo da coisa (instigação), ou com o controlo da coisa com auxílio material ou moral de outrem (cumplicidade). E que não seja uma participação “activa”, que seja “permissiva” ou “omissiva”²⁶⁹. Tudo ponderado, tendo sempre presente a diversidade dos pressupostos constitutivos de cada tipo de crime, podemos olhar para os crimes de detenção colocando a hipótese de uma participação criminosa.

Em uma outra óptica, a expressão espacial onde a coisa se encontra dá-nos uma perspectiva de apreciação do problema. Na esfera de detenção directa, caso o agente seja

²⁶⁹ Exemplos em Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión...*(cit.), 2012, p. 246: contribuições activas daquele que dá suporte tecnológico para o “armazenamento” de pornografia infantil, ou daquele que dá auxílio material à guarda dos estupefacientes; contribuições omissivas do trabalhador de uma loja de armas que permite que um terceiro leve uma arma e que passe exercer a detenção.

portador da coisa (“traz consigo”) poderá ser difícil falar numa comparticipação²⁷⁰. Mas caso a coisa se encontre em uma relação de proximidade física directa com várias pessoas, não se exclui um sentido comunicativo com todos aqueles que se apercebiam da sua presença física ou da sua natureza²⁷¹. Na verdade, o facto de a coisa típica se encontrar em uma esfera de disponibilidade privada na qual orbitam várias pessoas com acesso, certamente que ajuda a detenção a tornar-se em um assunto de grupo. De outra forma, várias pessoas podem partilhar uma área privada comum (p. ex., um apartamento) e existirem áreas privadas independentes no âmbito da mesma (p. ex., a divisão da habitação onde se dorme)²⁷². Assim, se a coisa se encontra em um local que é destinado a ser utilizado por todos (p. ex., a sala de convívio) ou que está à vista de todos (p. ex., no jardim) será mais fácil pensar em comparticipação; mas caso se encontre em um espaço de acesso de um só indivíduo poderá, de facto, afigurar-se uma detenção exclusiva.

Outros problemas são pensáveis neste contexto da privacidade, p. ex., quando falamos de relações jurídicas familiares. É uma discussão de interesse a que procura saber se o cônjuge ou os progenitores devem ou não ser considerados (no mínimo) participantes no caso de terem conhecimento da localização e da natureza da coisa típica e, ainda assim, permanecerem inactivos (p. ex., não denunciando o facto às autoridades) de modo a evitar que o detentor seja sujeito a consequências jurídicas do crime²⁷³.

²⁷⁰ Assim se poderá explicar porque é que o proprietário de um imóvel não tem a detenção da arma proibida que se encontra no bolso do casaco do seu convidado. Em exemplo semelhante: alguém que tem no bolso da camisa um saco de heroína e que se encontra no apartamento de outrem. Segundo Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 71, o facto que a coisa estar ligada ao bolso da camisa, fundamentando a sua própria detenção, poderá “cancelar” a detenção do proprietário do apartamento.

²⁷¹ Será o caso de uma festa privada em que está à vista de todos uma quantidade substancial de cocaína para consumo dos convidados. Se aquele que frequenta a festa, embora raro visitante desse tipo de ambiente e do próprio local, tem a oportunidade de se familiarizar com a natureza ilícita da coisa, então arrisca-se a ser considerado (no mínimo) “participante” na detenção dos estupefacientes. Neste sentido, baseado em jurisprudência, Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine...*(cit.), 2008, p. 73. Diríamos também que, em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, qualquer pessoa que durante uma busca (cfr. 174.º e 177.º, CPP) esteja presente poderá ser “ligada” ou “comunicada” à coisa de natureza ilícita. Assim, na maioria dos casos, através da prova de que uma pessoa estava no mesmo veículo ou no mesmo compartimento do que a coisa de natureza ilícita, poderá “saltar-se” para a presunção de que a pessoa (no mínimo) participava na detenção. Também, neste sentido, Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...”(cit.), 2001, p. 31.

²⁷² Sobre o problema, com detalhe, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 75 e s.

²⁷³ Estamos a pensar nas disposições de atenuação especial ou de dispensa de pena, p. ex., nos termos da alínea b) do artigo 364.º do CP, quando “o facto tiver sido praticado para evitar que o agente, o cônjuge, um adotante ou adotado, os parentes ou afins até ao 2.º grau, ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que com aquele viva em condições análogas às dos cônjuges, se expusessem ao perigo de virem a ser sujeitos a pena ou a medida de segurança”.

Em contexto laboral também poderemos antever uma grande variedade de situações de difícil análise²⁷⁴. Trabalhadores que têm uma esfera relativamente privada (p. ex., uma oficina) no local de trabalho, embora também acessível ao supervisor; coisas que fazem parte do conteúdo de outras que estão armazenadas, considerando que o processo até ao armazenamento poderá passar por vários trabalhadores; e casos em que, sob responsabilidade de várias pessoas, as que dão as ordens ou os próprios trabalhadores, verifica-se uma dinâmica de transporte (contentor, vagão, camião, etc.) onde as coisas poderão estar escondidas ou dissimuladas entre outras mercadorias.

Já no caso de a coisa se encontrar em uma esfera de detenção indirecta, considerem-se casos em que o agente deixa uma coisa típica disponível em determinado local para outro a recolher, quando ambos conhecem a localização da coisa e ambos têm vontade de detenção²⁷⁵. Nesse caso, uma vez recolhida, poderá traduzir-se em circunstância na qual um agente tem a *detenção física* (portador) e outro a *detenção de facto*, por decisão conjunta. Com esta ilustração, por um lado, se volta a verificar que a vontade de detenção não significa necessariamente a vontade de fisicamente deter a coisa, mas a vontade de a coisa se localizar e manter em determinado local ou, neste caso, a vontade de a coisa se encontrar e manter no controlo de determinada pessoa, por consentimento (expresso ou tácito) ou autorização (p. ex, em lógica de hierarquia, considerando ordens ou requisições). Por outro lado, nestes termos, visto que o detentor de facto não tem a coisa disponível no espaço em que a deixou, poder-se-ia pensar excluída a regra do “mínimo de *corpus*”, estando o controlo exclusivamente dependente da actuação do agente que tem a detenção física (portador). Contudo, não acompanhamos este raciocínio. Deverá estar salvaguardada a possibilidade de, por opção, em uma dinâmica com o participante, se exercer o contacto material ou o usufruto nos termos combinados. Portanto, nada obsta que a detenção física seja exercida de forma alternativa: basta pressupor um exercício de controlo conjunto, combinado (por acordo) de modo a que o detentor de facto tenha sempre um “mínimo de *corpus*”. O que acaba por contrariar a nossa primeira asserção em que afirmámos que na esfera de detenção directa, caso o agente seja portador da coisa (“traz consigo”), poderá ser difícil falar em participação.

²⁷⁴ Também, Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz...*(cit.), 2005, p. 76-78

²⁷⁵ Na perspectiva de um observador externo, nem sempre será fácil separar uma detenção conjunta de uma transmissão da coisa.

Um brevíssimo ponto em relação à detenção em ambiente informatizado. Voltamos a realçar a importante distinção entre o dispositivo tangível, que poderá estar a ser detido por várias pessoas, e o ficheiro informatizado (intangível), que poderá até estar a ser detido por uma só pessoa daquelas. Falamos em comparticipação quando outros factores sejam introduzidos no problema, p. ex., o facto de várias pessoas terem conhecimento da existência dos ficheiros de natureza ilícita, com acesso aos mesmos por via de uma palavra-chave; ou o facto de, com conhecimento, determinadas pessoas providenciarem as condições para os ficheiros serem detidos por outras.

2.3.3. Responsabilidade das pessoas colectivas

Norteados pela legislação extravagante e pela actual redacção do artigo 11.º do CP, preenchidos todos os pressupostos formais e materiais, afigura-se possível imputar responsabilidade nas pessoas colectivas e entidades equiparadas *pela detenção-de-uma-coisa-móvel*²⁷⁶. Não falamos da capacidade de detenção da pessoa colectiva, porém, por força das palavras, podemos sustentar que uma coisa está a ser detida na esfera de disponibilidade da qual o ente colectivo é titular, p. ex., considerando que o imóvel onde a coisa se encontra está registado em nome da sociedade comercial. E também não podemos recusar a ideia de uma coisa abandonada ou perdida no espaço físico pertencente à pessoa colectiva. Poder-se-ia pensar, nesse caso, que a pessoa colectiva tem a “detenção” da coisa, mais que não seja por ficção legal. Mas pensar deste modo não deixa de ser inconsequente para a verificação de que o crime parte sempre de pessoas singulares, isto é,

²⁷⁶ Em jeito meramente enunciativo, pela detenção de: material pornográfico de menores (176.º, *ex vi*, 11.º, n.º2, CP); documento falsificado ou contrafeito (256.º, n.º1, al. f), *ex vi*, 11.º, n.º2, CP); objectos que, pela sua natureza, são utilizáveis para falsificar documentos (271.º, *ex vi*, 11.º, n.º2, CP); materiais nucleares ou outras substâncias radioactivas perigosas (275.º, *ex vi*, 11.º, n.º2 CP); instrumento ou aparelhagem destinados à montagem escuta telefónica ou à violação de correspondência ou de telecomunicações (276.º, *ex vi*, 11.º, n.º2, CP); exemplar de espécies protegidas da fauna ou da flora selvagens, vivo ou morto, bem como qualquer parte ou produto obtido a partir daquele (278.º, *ex vi*, 11.º, n.º2, CP); estupefacientes, substâncias psicotrópicas e precursores (21.º e 22.º, *ex vi*, 33.º-A, legislação de combate à droga); substâncias e métodos relacionados com doping (cfr. 44.º, *ex vi*, 47.º, lei antidopagem no desporto); equipamentos, engenhos, produtos, munições e armas (86.º, n.º1, 88.º, n.º1, 88.º, n.º2 e 89.º, *ex vi*, 95.º, regime jurídico das armas e munições); géneros alimentícios ou aditivos alimentares (24.º, n.º1 e 25.º, n.º1, *ex vi*, 3.º, regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública); mercadorias (94.º, *ex vi*, 7.º, do regime geral das infracções tributárias); dispositivo que permita o acesso a sistema ou meio de pagamento, a sistema de comunicações ou a serviço de acesso condicionado (3.º, n.º4, *ex vi*, 9.º, da lei do cibercrime); e produtos contrafeitos (324.º, *ex vi*, 320.º, CPI).

pelo menos a “conduta” ou o “estado de coisas” emana de um exercício ou de um domínio humano²⁷⁷.

3. Problemas político-criminais

Em certo sentido muito do que ficou exposto até ao momento não contestou a escolha de criminalizar a “detenção” nas circunstâncias previstas na norma-texto²⁷⁸. Porventura tenha ficado uma ideia de contestação aquando do confronto da sua dimensão expressiva-ampla com outras actividades típicas congéneres, no que poderá ser interpretado como uma redundância do legislador. Agora, com um enfoque exclusivo na política criminal, seríamos tentados a fazê-lo, a contestar²⁷⁹. Todavia, assumiremos uma visão algo mais redutora. Desde logo porque não temos qualquer pretensão em confirmar se estão ou não respeitadas as garantias de “Estado de Direito”²⁸⁰. Mas principalmente porque teríamos um longo caminho a percorrer se as nossas pretensões partissem de uma análise individualizada com vista à validação de cada um dos crimes de detenção. Então, resta-nos e compete-nos demonstrar o porquê de nos referirmos a “problemas político-criminais”, expondo os eventuais interesses que terão levado o legislador a criminalizar a detenção, interesses legítimos ou não – aí reside o problema –, relacionados com o direito processual penal (3.1.), com o direito de mera ordenação social (3.2.), com a natureza da

²⁷⁷ Mesmo considerando que existem diferenças entre o modelo de imputação previsto no artigo 11.º alínea b) do CP (auto-imputação) e o modelo previsto em legislação extravagante (hetero-imputação), nomeadamente no regime geral das infracções tributárias e no regime das infracções antieconómicas e contra a saúde pública.

²⁷⁸ Sobre a dicotomia “norma-texto”- “norma-problema”, cfr., *supra*, nota 4.

²⁷⁹ Bem sabemos que este contexto problemático obrigar-nos-ia a valorar determinados princípios político-criminais ou político-constitucionais característicos: última ratio, fragmentariedade, proporcionalidade, efectividade, culpa, ofensividade, etc.. Cfr. Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais...*(cit.), 2012, p. 69. O confronto dos crimes de detenção com estes parâmetros foi estudado por muitos dos autores que aqui tratámos. Veja-se: Gropp, Walter, “Besitzdelikte...” (cit.), 2007, p. 252, que fala da última ratio e da limitação, por imposição constitucional, da criminalização da detenção pura ou simples; Lagodny, Otto, *Strafrecht vor...*(cit.), 1996, pp. 335 e ss., defendendo que os crimes de detenção traduzem-se inconstitucionais quando ausentes de elemento subjectivo adicional (intenção específica) ou, também, na sua opinião, quando a detenção não implica a prática de uma acção humana; Eckstein, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 189-241, de forma contrária, considerando-os legítimos, sobretudo porque falamos de um ilícito pessoal (dolo e negligência), avocando princípios constitucionais, em especial o princípio da proporcionalidade; e, ainda, Nestler, Cornelius “La protección de bienes jurídicos...” (cit.), 2000, p. 72-77, em especial a detenção de estupefacientes, concluindo a norma inconstitucional quando em causa uma criminalização da detenção para consumo, por ser inconciliável com uma concepção liberal da protecção de bens jurídicos.

²⁸⁰ Temos sempre alguma dificuldade nas referências ao “Estado de Direito”, quer pelo seu significado ambíguo, quer pelos seus diversos significados restritos. Neste contexto estaria em causa a sua vertente de base antropológica relacionada com os direitos fundamentais dos cidadãos.

coisa (3.3.) e com o perigo abstracto (3.4.) ou com o dano (3.5.) de bens jurídicos protegidos.

3.1. Resolução de problemas processuais-penais

Na relação estreita entre direito substantivo e direito adjectivo, o aparecimento da punibilidade da detenção – ou, se quisermos, a criação de tipos penais de detenção – poderá estar intencionalmente ligada à resolução de problemas processuais-penais.

A fundamentação para se recorrer a esta técnica desde logo parece relacionar-se com a manifesta dificuldade em se produzir prova de factos relativos à *aquisição* da coisa²⁸¹. Assim, as hipóteses fácticas que dizem respeito à aquisição, objecto de proibição penal, serão sempre provadas através da detenção, cuja comprovação, por via de um exercício temporalmente prolongado e significativo, é inequivocamente mais acessível. De modo que se afasta a longa investigação normalmente associada à origem da coisa e, em simultâneo, presume-se a prática prévia de um ilícito-típico de aquisição (fabrico, importação, compra, etc.). Ou seja, a detenção como uma presunção de ilegal obtenção, em uma visão retrospectiva²⁸². Mas não exclusivamente.

Com equivalente raciocínio o mesmo poderá ser dito em relação à *transmissão* da coisa, em uma visão prospectiva. Presume-se que aquele que detém uma coisa em grandes quantidades pretende transmiti-la a qualquer título (distribuir, ceder, vender, etc.) e, assim, a prova da detenção poderá providenciar uma autêntica *presunção de tráfico*²⁸³.

Nesta conjuntura, a detenção ou é uma procuração de actos passados, que dificilmente se conseguem provar, ou é uma procuração para desígnios futuros, que não podem ainda ser provados²⁸⁴.

De outro modo, a punibilidade da detenção vislumbra-se como um mecanismo útil para solucionar problemas relacionados com a *prescrição* do procedimento criminal do crime de aquisição da coisa²⁸⁵. Basta pensar que a obtenção esgota-se no momento em que se verifica o resultado, enquanto que a detenção, entendida como o evento duradouro que

²⁸¹ Cfr. Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, p. 26-28; e Eckstein, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 79 e s.

²⁸² Já assim, Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...” (cit.), 2001, p. 67

²⁸³ Cfr., *infra*, 3.4. “lógica de criminalização antecipatória: crimes de perigo abstracto”.

²⁸⁴ Assim, Moore, Michael S., *Act and Crime...*(cit.), 2010, p. 22

²⁸⁵ Por todos, Schroeder, Friedrich-Christian, “La Posesión...” (cit.), 2004, p. 162

dá continuidade à obtenção, prolonga-se no tempo. Em definitivo: o prazo de prescrição só começa a correr quando a detenção cessa e, dessa forma, não opera enquanto a detenção perdura. Com esta perspectiva, decerto, com utilidade para se perseguir criminalmente o facto ilícito-típico.

Em uma outra óptica, ao circunscrevermos a punibilidade à relação duradoura de uma pessoa com a coisa, e não ao evento instantâneo de aquisição, podemos defender um “estado de flagrante delito” capaz de conferir *actualidade* ao poder de disposição²⁸⁶. Característica temporal que permite às autoridades policiais procederem a revistas e buscas sem autorização de autoridade judiciária competente²⁸⁷, e que ademais permite proceder à “captura” – na terminologia legal, à “detenção” – do agente enquanto a infracção durar²⁸⁸. Nem sempre em uma subsunção simetricamente feita nestes termos. Foi já por nós compreendido que amiúde a “detenção-de-uma-coisa-móvel” carece, na perspectiva de um observador externo, de “sinais claros”. O que poderá impedir a identificação de um “estado duradouro de flagrante delito”.

Em prejuízo dos “sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e que o agente está nele a participar”²⁸⁹, teremos casos em que as revistas e buscas dependem de outros pressupostos. Por um lado, sem prévia autorização de autoridade judiciária mas antevendo posterior validação, com “fundadas razões” para crer que se ocultam “objectos” relacionados com o crime, poder-se-á proceder a busca²⁹⁰; também, com “razões para crer” que se ocultam “armas ou outros objectos” com os quais se possam praticar actos de violência, poder-se-á proceder a revista²⁹¹. Note-se a forma cada vez mais especializada com que os órgãos de polícia criminal procedem à revista de suspeitos, aptos a detectar coisas dissimuladas em artigos de roupa ou até ocultas no próprio organismo²⁹².

Por outro lado, havendo um mero “suspeito” de deter-uma-coisa, qualquer coisa típica, com despacho de autoridade judiciária poder-se-á proceder à busca ou à revista²⁹³. E mesmo não se sabendo muito bem o que irá emanar do poder de disposição do “suspeito”, a qualidade ou as quantidades da coisa concreta, será provável a existência de

²⁸⁶ cfr. 256.º, n.º3, CPP

²⁸⁷ cfr. 174.º, n.º5, al. c), CPP

²⁸⁸ cfr. 255.º, CPP

²⁸⁹ cfr. 256.º, n.º3, CPP

²⁹⁰ cfr. 251.º, n.º1, al. a), CPP

²⁹¹ cfr. 251.º, n.º1, al. b), CPP

²⁹² Cfr. Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...” (cit.), 2001, p. 27

²⁹³ cfr. 174.º, n.ºs 1, 2 e 3, e 1.º, e), CPP

uma coisa de um determinado “género-típico”, precisamente devido aos indícios de prova²⁹⁴. Mais ainda. A busca que tenha por objecto uma determinada coisa, seja estupefacientes, poderá, porventura, dar lugar à descoberta de uma outra coisa, diga-se, armas proibidas²⁹⁵. Sabe-se, assim, que há coisas que se associam e que se complementam em determinados núcleos ou tipos de criminalidade²⁹⁶. Volta-se a sublinhar: estamos a falar de uma clara maioria de crimes públicos, o que, certamente, facilita a formalidade do procedimento adjectivo.

Em todo este contexto, com a afirmação ou não de um “estado duradouro de flagrante delito”, a punibilidade da detenção, enquanto escolha político-criminal, não deixará de se traduzir em uma inequívoca vantagem para a persecução penal.

3.2. Falta de autorização ou de licença

Para um grupo significativo de crimes²⁹⁷ – relacionados, p. ex., com droga, doping, armas, espécies protegidas de fauna e flora selvagens, e instrumentos de escuta telefónica –, no pressuposto de licença ou autorização, a punibilidade da detenção estará indissolúvelmente relacionada com a desobediência a um dever de natureza administrativa. Resulta, assim, o crime de detenção enquanto lei de carácter jurídico-administrativo, elevado à categoria de ilícito penal, por dignidade penal e necessidade de pena, através de uma valoração político-criminal. Como uma autêntica extensão do direito de mera ordenação social. Uma extensão que, em certo sentido, resultou do confronto com *ilícitos de mera ordenação social de detenção*, que resultou do confronto com outras coisas típicas, considerando “novas” substâncias psicoactivas²⁹⁸, substâncias dopantes²⁹⁹,

²⁹⁴ P. ex., considerando que as intercepções telefónicas assim o indicaram. Cfr. 187.º, n.º 1, CPP: note-se que consta no catálogo de crimes das escutas telefónicas o “tráfico de estupefacientes” e a “detenção de arma proibida”.

²⁹⁵ Neste sentido, Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...” (cit.), 2001, p. 27

²⁹⁶ P. ex., na “criminalidade altamente organizada”, cfr. artigo 1.º, alínea m), CPP.

²⁹⁷ Cfr., *supra*, nota 139

²⁹⁸ Excepto quando destinadas a fins industriais ou uso farmacêutico, desde que devidamente autorizados pelo INFARMED, I.P., de acordo com o n.º1 do artigo 4.º; com contraordenação prevista no artigo 10.º, ambos do DL, n.º54/2013, de 17 de Abril; definição de “novas substâncias psicoactivas” no artigo 2.º do mesmo diploma legal.

²⁹⁹ Diferente do ilícito criminal por bastar a mera “posse em competição” ou a mera “posse fora de competição” de substância interdita, por parte de praticante de desporto ou de um membro do pessoal de apoio a este. Nos termos da al. c) do art. 49.º, com coima prevista n.º1 do artigo 50.º, da lei antidopagem no desporto.

medicamentos³⁰⁰, armas de ar comprimido³⁰¹, animais perigosos ou potencialmente perigosos³⁰², determinados utensílios de captura de peixe a bordo de embarcação de recreio³⁰³, determinadas flechas e virotões no exercício da caça³⁰⁴, fontes radioactivas seladas ou equipamento que as incorpore³⁰⁵, e assim por diante.

E porque em qualquer caso falamos da ilicitude da “detenção-de-uma-coisa-móvel” em determinadas circunstâncias, não se procure o conteúdo capaz de diferenciar o ilícito penal do ilícito contra-ordenacional, a diferenciação qualitativa, procure-se antes o conteúdo que os converge: o dever de colaborar com o Estado-administração nas suas funções de controlo. Várias razões especulativas poderíamos levantar para o facto de se prescrever um tal dever³⁰⁶: a licença ou a autorização concebe-se como um âmbito de risco permitido expressamente definido pelo Estado; só um particular grupo de pessoas que o Estado considera qualificado para a detenção é que deve ter acesso à coisa específica, as restantes são presumidas inábeis e, porventura, perigosas para bens jurídicos protegidos; quem não solicita uma licença ou uma autorização é porque provavelmente pretende fazer

³⁰⁰ Constitui contraordenação a detenção “em instalações não possuidoras de licenciamento adequado emitido pelo INFARMED, I.P”, segundo o disposto na alínea o), do n.º2 do artigo 181.º do DL n.º176/2006, de 30 de Agosto.

³⁰¹ Entre muitas outras armas, da classe F e G. Cfr. n.ºs 8 e 9 do artigo 3.º, com responsabilidade contraordenacional pela detenção ilegal no artigo 97.º, n.º1, do regime jurídico das armas e munições.

³⁰² Licença nos termos do artigo 5.º, n.º1, e contraordenação de acordo com o 38.º, n.º1, al. a), ambos do DL n.º315/2009, de 29 de outubro, que aprovou o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, como animais de companhia. Considerar também o disposto no artigo 33.º-A do mesmo diploma que incrimina o detentor sob efeito de álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas, e o disposto na alínea f) do artigo 3.º que define “Detentor” como “qualquer pessoa singular, maior de 16 anos, sobre a qual recai o dever de vigilância de um animal perigoso ou potencialmente perigoso para efeitos de criação, reprodução, manutenção, acomodação ou utilização, com ou sem fins comerciais, ou que o tenha sob a sua guarda, mesmo que a título temporário”. Mais ainda se dirá a respeito que cão “perigoso” e “potencialmente perigoso” está definido também no artigo 3.º, alíneas b) e c), respectivamente, e que, para efeitos da Portaria n.º422/2004, de 24 de Abril, as raças “dogue argentino”, “pit bull terrier”, “rottweiler”, “cão de fila brasileiro”, “staffordshire terrier americano”, “staffordshire bull terrier” e “Tosa inu”, já haviam sido consideradas perigosas.

³⁰³ Cfr. n.º4 do artigo 3.º, Portaria 14/2014, de 23 de janeiro, que determina que é proibido deter a bordo, artes de pesca ou utensílios distintos dos previstos. Cfr., ainda, DL n.º246/2000, de 29 de setembro, em que se prevê, nos artigos 2.º-A, n.º1, al. c) e n.º2, a pesca lúdica embarcada, com contraordenação pela detenção dos utensílios no artigo 14.º, n.º1, al. h) deste último diploma.

³⁰⁴ Não são autorizadas quando envenenadas ou portadoras de qualquer produto destinado a acelerar a captura dos animais, com pontas explosivas, com barbelas ou com farpa, com menos de duas lâminas na ponta e quando com uma largura de corte inferior a 25 mm, na caça às espécies maiores, de acordo com o artigo 80.º, n.º1, considerando a contraordenação na alínea u) do n.º1 do artigo 137.º, ambos do DL n.º202/2004, de 18 de Agosto.

³⁰⁵ Sujeita a autorização pelo Instituto Tecnológico e Nuclear, como se depreende do n.º1 do artigo 4.º, e sujeito a contraordenação pelo incumprimento com bem se vê no n.º1 do artigo 17.º, ambos do DL n.º38/2007, de 19 de Fevereiro.

³⁰⁶ No essencial, Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, p. 101-103, e Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession...” (cit.), 2001, p. 84-86

um uso ilícito ou uma transmissão ilícita da coisa; o Estado considera-se o “original proprietário” de todas as coisas que classifica de perigosas para os seus interesses, declarando-as coisas ou substâncias controladas; e o licenciamento e a autorização têm um efeito dissuasório para todos os cidadãos estrangeiros, mantendo estrategicamente as coisas nas mãos dos cidadãos nacionais.

Independentemente do fundamento para a existência do dever, se a essência dos crimes de detenção é a desobediência à autoridade do Estado, temos sérias reservas em afirmá-lo; afirmando-o, nada ou pouco o diferenciaria do ilícito contra-ordenacional de detenção.

3.3. A natureza da coisa detida

A natureza da coisa detida poderá representar uma decisiva influência para a criminalização dos factos ilícitos-típicos de detenção. As mais diversas classificações são aqui possíveis de entrever.

Coisas por si só perigosas, objectivamente perigosas, sob o ponto de vista da sua qualidade intrínseca, justificam certamente um cuidado político-criminal³⁰⁷. Pense-se, p. ex., em armas de fogo, estupefacientes, substâncias psicotrópicas, materiais nucleares ou outras substâncias radioactivas perigosas. Efectivamente, a segurança da comunidade exigirá que as armas sejam classificadas de acordo com a sua própria “perigosidade”³⁰⁸; a saúde pública reclamará que as plantas, substâncias e preparações estejam minuciosamente identificadas e actualizadas, qualitativamente e quantitativamente³⁰⁹; e a tutela do ambiente urgirá a uma conduta responsável por parte daqueles que lidam com recursos naturais susceptíveis de emitir radiações³¹⁰. Isto porque, com a mera disposição da coisa

³⁰⁷ Cfr., num outro contexto (perda de coisas), perigosidade sob o ponto de vista objectivo, Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993, p. 622. Cfr., ainda, Ambos, Kai, “Posse como delito...”, (cit), 2014, p. 8, e Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 70-72

³⁰⁸ Como se prevê no n.º1 do artigo 3.º do regime jurídico de armas e munições: “as armas e munições são classificadas nas classes “A, B, B1, C, D, E, F e G, de acordo com o grau de perigosidade, o fim a que se destinam e a sua utilização”.

³⁰⁹ Aliás, considere-se o n.º1 e 2 do artigo 71.º da legislação de combate à droga em que se prevê a possibilidade de os Ministros da Justiça e da Saúde (ouvido o Conselho Superior de Medicina Legal) regularem, mediante portaria, p. ex., os limites quantitativos máximos de princípio activo para a dose média individual diária de algumas substâncias ou preparações, com actualizações “sempre que a evolução dos conhecimentos científicos o justifique”.

³¹⁰ Aqui referimo-nos ao n.º3 do artigo 279.º do CP.

julgada *perigosa* pelo próprio conhecimento científico comum (saber nomológico), teremos circunstâncias em que não será necessário um comportamento adicional para se desencadear um perigo para bens jurídicos protegidos³¹¹. E certamente que são circunstâncias agravadas ou qualificadas pelo incumprimento das formalidades administrativas que licenciam ou autorizam a sua detenção.

Por outro lado, não se ignore que as coisas objectivamente perigosas podem ser utilizadas, em comportamento futuro, na prática crimes. Paradigma na substância explosiva ou capaz de produzir explosão nuclear, radioactiva ou própria para fabricação de gases tóxicos ou asfixiantes, quando preparatória de crimes relacionados com incêndios, explosões, desabamento de construções, inundações, emissão de radiações, libertação de energia nuclear, entre outros resultados especialmente perigosos³¹². Em qualquer caso, falamos de coisas que são perigosas para todos aqueles que entrem em contacto com as mesmas, para além do próprio detentor. Não se exclui também a eventualidade de uma utilização da coisa por parte de terceiro, resultando em danos para si mesmo (p. ex., consumindo os estupefacientes) ou para outros (p. ex., disparando a arma de fogo)³¹³. Razões pelas quais a detenção de *coisas perigosas* gera desconforto, imprevisibilidade e, no limite, medo à comunidade: aqui temos uma eventual motivação do legislador para criminalizar um espaço de medo que vai da esfera de controlo do detentor até à esfera de disponibilidade de terceiros. No fundo, reivindicar-se-á um direito penal com uma vertente *seguradora*, capaz de proporcionar alguma segurança e confiança, neutralizando ou minimizando um conjunto específico de perigos que poderão emanar de determinados objectos³¹⁴.

³¹¹ A introdução do “perigo para bens jurídicos” obriga-nos a um esforço adicional em toda a nossa exposição. Ainda que aqui só se fale da natureza da coisa detida, não podemos deixar de ter como pano de fundo a relação triangular a que nos referimos anteriormente, a relação detentor-coisa-sociedade. Com este pressuposto em vista, necessariamente vamos olhar para a forma como o crime de detenção põe em causa os bens jurídicos protegidos pelas próprias normas incriminadoras, na qualidade de crime de perigo ou crime de dano. Cfr. estudo de Nuria Pastor, *Los delitos de posesión...*(cit.), 2005, pp. 48 e ss. para a sistematização das diferentes estruturas.

³¹² Cfr. 275.º, CP

³¹³ Desenvolvido em Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 74-79.

³¹⁴ Na perspectiva jurídico-penal, associamos de imediato a “segurança” às ideias de Kindhauser, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, Traducción de Nuria Pastor Muñoz, Barcelona, 2009, p. 15 e s., relativamente ao estado de insegurança, à restrição ao livre desenvolvimento de bens jurídicos através da insegurança (os “danos *sui generis*” dos crimes de perigo abstracto) e aos standards de segurança exigíveis.

Consideremos, agora, coisas por si só neutras, irrelevantes do ponto de vista da sua perigosidade, mas que através de uma “mediação psíquica” se tornam perigosas³¹⁵. Vale por dizer: coisas inócuas que passam a afigurar-se “perigosas” quando detidas com determinadas intenções. Enquanto típicas, p. ex., os instrumentos ou aparelhagem para a montagem de escuta telefónica ou para a violação de correspondência ou de telecomunicações, os equipamentos ou materiais para o cultivo, produção ou fabrico de estupefacientes, e as prensas de cunhar, cunhos e outros instrumentos particularmente destinados à falsificação de documentos. Não sendo típicas, coisas atípicas, a discussão toma proporções desmedidas: com a correspondente intenção qualquer coisa está funcionalmente apta à prática de crimes. É evidente que há objectos (funcionalmente) especializados ou específicos para a prática de determinados crimes. Mas sabemos que “o objecto mais anódino – um lençol, uma meia de seda, um lápis ou uma caneta – pode tornar-se *hoc sensu* «perigoso» quando detido por um indivíduo perigoso”³¹⁶. Assim como sabemos que, naturalmente, tudo dependerá do “contexto de planificação” do detentor, sendo difícil de relacionar, na perspectiva de um observador externo, a coisa mais inócua com a prática de um qualquer crime, p. ex., a compra de um escadote com um crime de furto³¹⁷.

Podemos também dizer com isto que a fundamentação político-criminal incidente sobre a *vocação danosa das coisas neutras ou inócuas* poderá avocar as mais sérias dúvidas. Não só pela incalculabilidade do uso que se poderá dar às mesmas mas, também, pela preterição a um certo princípio de confiança que se deverá ter para com os detentores e para com as próprias coisas de natureza não perigosa. Daí que se reclame, no mínimo, a presença de um elemento subjectivo no tipo de crime de “detenção-de-uma-coisa-neutra”, isto é, uma intenção direccionada a um determinado resultado lesivo de bens jurídicos protegidos³¹⁸. O que não significa, no futuro, com esta opção de política criminal, redundar

³¹⁵ Cfr. *supra*, bib. cit. nota 307

³¹⁶ Citado, Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II...*(cit.), 1993, p. 622

³¹⁷ Dificilmente nos esquecemos das palavras de Jakobs: “Para a crítica basta provavelmente realizar uma remissão à polémica de Zacharia sobre a compra de um escadote com a intenção de cometer um furto. Em crimes desta índole se abusa da possibilidade de definir, pela sua perigosidade, como conduta externa um comportamento em si mesmo interno, pois tal comportamento não é desprivatizado pela sua perigosidade geral mas pelo contexto de planificação em que se encontra...” Tradução livre: Jakobs, Gunther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Edit, Civitas, 1997, p. 313.

³¹⁸ Argumentos decisivos para classificarmos o crime de detenção de instrumentos de escuta telefónica (cfr. 276.º CP) como intencional-composto, afastando uma interpretação capaz de imputar responsabilidade criminal pela mera detenção de instrumentos ou aparelhagem de escuta telefónica ou de violação de

em disposição análoga à do MPC norte-americano: “*quem detiver qualquer instrumento de crime com o propósito de o utilizar criminalmente é punido (...); considera-se «instrumento de crime»: a) qualquer coisa especialmente produzida ou especialmente adaptada para uso criminoso; ou b) qualquer coisa comumente utilizada para propósitos criminosos*”³¹⁹. No fundo, dito isto, questionam-se os limites para o legislador penal assegurar uma certa *segurança ontológica*, uma sensação de fidedignidade – tão importante para a confiança de *ser-e-estar-no-mundo*³²⁰ – entre detentor, coisa e sociedade³²¹.

Olhemos ainda de forma sintetizada para outras classificações: coisas provenientes de facto ilícito-típico, tendo sido, p. ex., furtadas ou extorquidas, ilegalmente fabricadas, produzidas ou cultivadas, e que agora são detidas por pessoa diversa do “adquirente originário”; coisas perigosas para o consumo, como os alimentos e os vinhos anormais; coisas perigosas para a reserva da vida privada, p. ex., os ficheiros de dados individualmente identificáveis; e coisas que não podem ser objecto de comercialização pela sua própria natureza funcional, como sejam os dispositivos que permitem o acesso a serviço protegido, serviço de acesso condicionado ou a sistema ou meio de pagamento.

3.4. Lógica de criminalização antecipatória: crimes de perigo abstracto

É precisamente ao tomarmos consciência da natureza da coisa que comprovamos que a generalidade dos crimes de detenção afiguram-se *crimes de perigo abstracto*³²²,

correspondência ou telecomunicações fora das condições legais ou em contrário das prescrições da autoridade competente.

³¹⁹ Cfr. MPC §5.06, de epígrafe “Possessing Instruments of Crime; Weapons”.

³²⁰ Ou tão importante para a relação onto-antropológica de *cuidado-de-perigo*, na esteia de Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal...*(cit.), 2012, p. 10.

³²¹ Essencial para o raciocínio, com uma perspectiva sociológica, Giddens, Anthony, *As consequências da modernidade*, 5ª reimpressão, São Paulo: Editora UNESP fundação, 1991, p. 84, em que o autor faz referência à fidedignidade de pessoas e coisas, no capítulo da “Confiança e Segurança Ontológica”.

³²² A natureza jurídica dos crimes de perigo abstracto traduz-se, quanto menos, heterógena na doutrina. Eduardo Correia e Figueiredo Dias ensinam que, neste tipo de crimes, não se exige uma verificação concreta de perigo porque este não faz parte do tipo, sendo, simplesmente, *motivo* da incriminação. Entendem os autores, respectivamente, que o perigo é suposto *iuris et de iure* pela lei ou como que há uma *presunção inelidível* de perigo (cfr. Cfr. Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, vol I, reimpressão, Coimbra: livraria Almedina, 1971, p. 287 e s.; Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*(cit.), 2011, p. 309-311). Trata-se de uma *presunção* problemática face à possibilidade de o comportamento carecer de perigosidade para o bem jurídico. Blanca Buergo, dando conta desta possibilidade, propõe a produção de prova da “perigosidade efectiva *ex ante*”, fundada numa criação de perigo não permitida pelo alcance do tipo (cft. Buergo, Blanca Mendoza, “La configuración del injusto (objectivo) de los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º 9, 2002, p. 39-82). Contudo, neste caso, porventura, estaríamos a

admitindo que assim se legitime, enquanto opção político-criminal, pela *probabilidade* da lesão de um bem jurídico protegido³²³. Por isso não é de estranhar que, com uma lógica de criminalização antecipatória, se pretenda evitar a *utilização* ou a *transmissão* da coisa, quer dizer, abreviar a probabilidade de um comportamento futuro de carácter danoso. E isto mesmo já em linha de consideração que este grupo de crimes de detenção visa fins eminentemente *preventivos*³²⁴. Suponhamos, pretende-se evitar ou prevenir a *utilização* de substâncias explosivas, radioactivas ou tóxicas, de instrumentos próprios para fabricar documentos, de equipamentos próprios para montar escutas telefónicas, de materiais próprios para plantar substâncias psicotrópicas, de furões no exercício da caça, entre outras coisas; senão, também, evitar ou prevenir a *transmissão* de estupefacientes, de armas proibidas, de vinhos anormais, de material de jogo, e assim por diante.

3.5. Lógica de criminalização subsequente: crimes de dano

converter a figura dos crimes de perigo abstracto em crimes de “aptidão” (cfr. Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal...*(cit.), 2011, p. 310), ou seja, o órgão acusador teria que provar que em concreto existiu perigo para o bem jurídico. Opinião semelhante à de Claus Roxin que relembra que ao exigir do tribunal a comprovação que o objecto de protecção foi posto em perigo, então, transformar-se-á o crime de perigo abstracto em crime de perigo concreto. O penalista alemão, em relação aos clássicos crimes de perigo abstracto, propõe fazer depender a punibilidade de uma lesão do cuidado devido, tal qual os crimes negligentes, exigindo-se “um perigo de resultado sem necessidade de um resultado de perigo” (cfr. Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, 1997, p. 407-411). Posição refutada por Cerezo Mir ao afirmar que desta forma se está, de forma subreptícia, a acrescentar requisitos ao crime de perigo abstracto. O autor espanhol acaba por admitir que há crimes em que se deve punir a simples realização da acção descrita no tipo, por serem acções que geralmente põe em perigo o bem jurídico: exige-se para uma *legitimação político-criminal* que a produção da lesão do bem jurídico apareça do ponto de vista *ex ante*, de acordo com o saber científico-causal da época, como uma consequência não absolutamente improvável da acção (cfr. Mir, José Cerezo, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y criminología*, 2ª Época, n.º10, 2002, p. 47-72). De igual forma, Hans Joachim Hirsch afirma que nos crimes de perigosidade abstracta não pode estar em causa uma colocação em perigo concreto, uma vez que a perigosidade abstracta de determinados comportamentos indesejados que estorvam a vida social são suficientes para configurar a tipicidade: considera-os de natureza muito excepcional (cfr. Hirsch, Hans Joachim, “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Ano V, n.º 9-10, Janeiro-Dezembro, 2008, pp. 157-181). José de Faria Costa, por seu turno, entende que este tipo de crimes é sustentado por uma relação onto-antropológica de *cuidado-de-perigo*, pressupondo uma valoração que pertence ao “reino da política criminal” e pressupondo, além do mais, o princípio da ofensividade com o respectivo desvalor de cuidado-de-perigo, relativamente ao cuidado do “eu” para com o “outro” (cfr. Costa, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 620 e ss.). Em comum a todas estas posições parece estar o entendimento que o conteúdo material do ilícito, nos crimes de perigo abstracto, incide sobre o *desvalor de acção* (já assim, Blanca Buergo).

³²³ Veja-se, Kindhauser, Urs, “Estructura y legitimación ...” (cit.), 2009, p. 3: “o conceito de perigo se põe habitualmente em relação à probabilidade da lesão de um bem jurídico” (tradução nossa); cfr., também, Costa, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal...*(cit.), 2000, p. 584, “o perigo em direito penal é constituído por dois elementos: a probabilidade de um acontecer e o carácter danoso do mesmo”.

³²⁴ Assim, sobretudo, a doutrina anglo-americana: Ashworth, Andrew, “The Unfairness...” (cit.), 2011, p. 249; Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession” (cit.), 2001, pp. 11 e ss.; ou Moore, Michael S., *Act and Crime...*(cit.), 2010, p. 21.

Não se pense, por outro lado, que fica excluída a criminalização da detenção depois de afrontado um bem jurídico protegido. Se aquele que detém o documento falso não é o autor da sua elaboração ou falsificação, então o documento já foi posto em circulação e o bem jurídico “segurança e credibilidade na força probatória de documento destinado ao tráfico jurídico” já foi lesado³²⁵; se o detentor de pornografia de menores não é quem utilizou o menor na fotografia, filme ou gravação, nesse caso, já foi prejudicada a “autodeterminação sexual dos menores”³²⁶; na desobediência às prescrições administrativas, a mera detenção de exemplar de espécies protegidas da fauna ou flora selvagens traduz-se num dano contra a natureza na sua correspondente vertente³²⁷; já a manutenção de ficheiro automatizado de dados individualmente identificáveis pressupõe um crime de dano para o bem jurídico “autodeterminação informacional”³²⁸; enfim, falando-se num receptor-detentor é sinal de lesão efectiva para o património de outra pessoa.

Se bem virmos, com uma lógica de criminalização subsequente, em causa estão crimes determinados por um *facto referencial passado*³²⁹. Mas, também, um grupo de crimes com finalidades *preventivas*: pretende-se evitar ou prevenir a *obtenção*³³⁰, gratuita ou onerosa, sob qualquer modalidade.

³²⁵ Cfr. 256.º, n.º1, al. f), CP. Neste sentido Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário...*(cit.), 2008, p. 672, n.º4.

³²⁶ Cfr. 176.º, n.º 4, CP. Esta norma, de facto, terá como principal objectivo impedir ou diminuir a procura de pornografia de menores e, consequentemente, impedir ou diminuir os abusos à autodeterminação sexual dos menores. Deste modo, a criminalização da detenção será sempre um complemento à criminalização da aquisição. Cfr., no mesmo sentido, embora focado na importância da criminalização da aquisição, Roxin, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, *RPCC*, ano 23, n.º1, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 24.

³²⁷ Cfr. 278.º, n.º3. Cfr. Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário...*(cit.), 2008, p. 718, n.ºs 2 e 3.

³²⁸ Consideração em Cunha, J.M. Damião da, *CCCP*, I, (cit.) 1999, p. 744, §3-6 (anotação ao artigo 193.º).

³²⁹ Paradigma, como é sabido, o crime de receptação (cfr. 231.º, CP.). Referência a este grupo de crimes de detenção relacionados com o passado, Ashworth, Andrew, “The Unfairness...” (cit.), 2011, p. 239

³³⁰ Assim, por todos, Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat...*(cit.), 2001, p. 67

Conclusão: proposições finais

Como síntese de tudo quanto precede, retomamos as questões principais agregadoras do nosso estudo de forma a clarificar um pouco melhor os aspectos conceptuais, dogmáticos e político-criminais determinantes:

1. Em um sentido puramente linguístico a “detenção” tende a absorver expressões que lhe estão próximas, como o “possuir”, o “reter”, o “armazenar”, o “guardar”, o “ter em depósito”, o “manter”, o “transportar”, ou o “trazer”, traduzindo-se, com efeito, num autêntico *preâmbulo comum*.

2. O significado jurídico-intencional da “detenção”, no ordenamento jurídico português, varia de acordo com o respectivo contexto normativo, assumindo uma *fungibilidade conceptual*: no direito civil em associação ao instituto jurídico da “posse”, no direito processual penal em associação à “detenção de pessoas” e no direito penal em associação à “detenção de coisas ou de pessoas”.

3. No âmbito do direito penal substantivo é notório que não se confunde o alcance conceptual da “detenção-de-uma-coisa-móvel” com o da “detenção-de-uma-pessoa”, considerando as diferentes dimensões-tamanhos, os locais onde se podem encontrar-ocultar, e a dicotomia inanimada-animada.

4. *Crimes de detenção*, tal como os denominamos, são todos os ilícitos-típicos em que a *fattispecie* autonomiza a punibilidade da “detenção-de-uma-coisa”, em determinadas circunstâncias, na medida dos diferentes requisitos ao nível do tipo incriminador, atendendo à classificação que os sistematiza em (a) crimes de detenção puros ou simples, (b) crimes de detenção compostos, (c) crimes de detenção intencionais-compostos e (d) crimes de detenção impróprios.

5. A “detenção-de-uma-coisa-móvel” é, dogmaticamente, uma categoria autónoma no âmbito do direito penal.

5.1. Enquanto conceito pré-jurídico, identifica-se na “dimensão ontológica” uma *relação de domínio ou de controlo* entre uma pessoa e uma coisa, particularmente uma relação estática ou interactiva, directa ou indirecta (respeitando sempre um “mínimo de *corpus*”), na coincidência ou não com uma esfera de privacidade; relação essa que tem início com a obtenção (fabricar, produzir, cultivar, importar, adquirir, etc.) e que termina quando o detentor deixa

definitivamente de ter o poder de controlo sobre a coisa (transmitida, descartada, destruída, etc.).

5.2. Enquanto conceito jurídico-penalmente relevante, visando o direito penal a protecção de bens jurídicos, a relação de detenção implica também a sociedade, ou seja, uma ligação triangular entre *detentor-coisa-sociedade*.

5.3. A “detenção típica” poderá vislumbrar-se delimitada ou definida como um comportamento activo, como um comportamento omissivo, próprio ou impróprio, ou como um mero estado de coisas.

5.4. Em qualquer um dos quadros interpretativos, enquanto temporalmente prolongada e significativa, a “detenção” afigura-se *um evento duradouro com carácter unitário*.

5.5. Enquanto “evento duradouro”, as actividades próprias do poder de disposição ou da relação de interacção – “trazer consigo”, “mantiver”, “ocultar”, “dissimular”, “transportar”, “guardar”, “armazenar”, “tiver em depósito”, etc. – reconduzem-nos a uma *unidade jurídica de detenção*, com consequências para os tipos de crime que as tipifiquem juntamente com a própria “detenção”, já que são absorvidas em uma verdadeira consumpção; no caso destas actividades típicas não estarem prescritas juntamente com a “detenção” no mesmo ilícito-típico, discutem-se formas especificadas de se deter uma coisa (detenção imprópria), restringidas a um contexto específico, enquanto *crimes de detenção impróprios*.

6. No que diz respeito ao “dolo de detenção” a problemática agudiza-se pela dificuldade em se estabelecer uma ligação entre o detentor e a coisa.

6.1. Na perspectiva de um observador externo, há vários argumentos que, avocados de forma individual ou combinados entre si, podem contribuir para inferências que indiciam um conhecimento em relação à presença física ou à natureza da coisa; nos casos mais duvidosos, questiona-se se o agente tinha os meios ou o dever de conhecer a presença ou a natureza da coisa que se encontra na sua esfera de disponibilidade, e questiona-se se é admissível imputar responsabilidade ao detentor por falhar o comportamento que um homem razoável na sua posição teria tomado para ter conhecimento da presença ou da natureza da coisa que está na sua esfera de disponibilidade.

6.2. Na perspectiva do agente, poderá bastar o conhecimento genérico da *presença física* “de alguma coisa” que se encontra na esfera de disponibilidade para se firmar o elemento intelectual, visto que, em princípio, está subjacente a oportunidade de se conhecer a sua própria *natureza*; por outro lado, há circunstâncias em que se faz crescer o conhecimento específico do *género*, da *qualidade* ou do *conteúdo* da coisa, dependendo da forma como a coisa faz razoavelmente suspeitar a sua natureza no caso concreto.

6.3. Em relação à actualidade do elemento intelectual, a detenção não depende dos poderes de memória do detentor, postulando-se um “permanente saber acompanhante” face à possibilidade de se repriminar, com a “actualização” do conhecimento, o contacto material com a coisa que se encontra no mesmo local onde se a deixou.

6.4. O elemento volitivo, cristalizado em um exercício de domínio temporalmente significativo, traduz-se na *vontade de manter a coisa na esfera de disponibilidade*, uma vez que entre o conhecimento e a vontade há um lapso de tempo em que o agente decide as suas intenções, firmando ou não a detenção típica.

6.5. Segundo esta forma de pensar o “dolo de detenção”, com o conhecimento da presença física da coisa específica e com o mínimo de vontade de manutenção em poder próprio no local pretendido, não se torna essencial uma detenção física ou de proximidade física, nem, tão-pouco, uma efectiva forma de acesso à coisa.

7. Na negligência, a “detenção negligente em relação à presença física ou à natureza da coisa” não se confunde com uma “negligência enquanto se detém a coisa com conhecimento e vontade”.

8. A “tentativa de detenção”, embora prevista e punível em diversos tipos de crime, não se afigura verosímil por verdadeiramente estar em causa uma “tentativa de aquisição”, considerando a asserção lógica “se o agente não detém a coisa em seu poder e decide procurar deter, como lógica necessária, terá que a obter”.

9. Na comparticipação, a partir do momento em que se dá a obtenção da coisa até ao momento em que coisa é transmitida, descartada, destruída, etc., é

possível admitir intervenções, originárias ou sucessivas, activas ou omissivas, de autores ou participantes.

10. A responsabilidade das pessoas colectivas pela *detenção-de-uma-coisa-móvel* parte de uma pessoa singular e está prevista para um circunscrito grupo de crimes de detenção.

11. No âmbito político-criminal, o legislador penal português poderá ter combinado vários propósitos ou interesses ao optar pela criminalização da “detenção”: facilitando a obtenção de prova em relação à aquisição ou à transmissão; evitando a prescrição do crime de aquisição; reconhecendo um “estado duradouro de flagrante delito”; monopolizando licenças ou autorizações; determinando “standards de segurança exigíveis”; prevenindo a utilização ou o tráfico da coisa; e, também, prevenindo a aquisição da coisa.

Bibliografia consultada

- *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal* (1966), parte especial, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1979
- Albergaria, Pedro Soares de / Lima, Pedro Mendes, “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?”, *Revista Julgar*, n.º12 (especial), 2010
- Albuquerque, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008
- Ambos, Kai, “Posse como delito e a função do elemento subjectivo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 24, n.º1, janeiro-março, 2014
- Andrade, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, 3ª reimpressão, Coimbra: Livraria Almedina, 1972
- Ashworth, Andrew, “The Unfairness of Risk-Based Possession Offences”, *Criminal Law and Philosophy*, vol. 5, n.º3, 2011
- Bátista, Luís Osório da Gama e Castro de Oliveira, *Comentário do Código do Processo Penal Português*, 4º volume, Coimbra: Coimbra Editora, 1933
- Bronze, Fernando José, “A equação metodonomológica (as incógnitas que articula e o modo como se resolve)”, *Analogias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- Buergo, Blanca Mendoza, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º. 9, 2002, p. 39-82
- Carvalho, Américo Taipa de, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008
- Caudill, David, “Probability theory and constructive possession of narcotics: on finding that winning combination”, *Houston Law Review*, n.º. 17, 1981
- Cloug, Jonathan, *Principles of Cybercrime*, Cambridge: Cambridge University Press, 2010
- *Comentarios al Convenio sobre substancias sicotropicas*, Naciones Unidas, Nueva York, 1977

- *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora 1999
- *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte especial, tomo II, Coimbra: Coimbra Editora 1999
- Cordeiro, António Menezes, *A posse. Perspectivas dogmáticas actuais*, 3ª edição actualizada, Coimbra: Edições Almedina, 2014
- Correia, Eduardo, *Direito Criminal*, vol I, reimpressão, Coimbra: livraria Almedina, 1971
- Costa, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal* (fragmenta iuris poenalis), 3ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- Costa, José Francisco de Faria, *O Perigo em Direito Penal*, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000,
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I, 2ª edição (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português, Parte Geral II: As consequências jurídicas do crime*, Lisboa: Aequitas/ Editorial Notícias, 1993
- Dubber, Markus Dirk, “Policing Possession: the war on crime and the end of criminal law”, *The Journal of criminal law & Criminology*, vol.91, no. 3, Northwestern University, School of Law, 2001
- Dubber, Markus Dirk, “The Possession Paradigm. The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process”, *Defining Crimes*, Oxford: Oxford University Press, 2005
- Eckstein, Ken, *Besitz als Straftat*, Berlin: Duncker und Humblot, 2001
- Eckstein, Ken, “Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volume 117, n.º1, 2005
- Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977
- Giddens, Anthony, *As consequências da modernidade*, 5ª reimpressão, São Paulo: Editora UNESP fundação, 1991

- Gropp, Walter, “Besitzdelikte und periphere Beteiligung. Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie”, *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymann Verlag, 2007
- Hirsch, Hans Joachim, “Sistemática y límites de los delitos de peligro”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año V, n.º 9-10, Janeiro-Dezembro, 2008
- Hochmayr, Gudrun, *Strafbarer Besitz von Gegenständen. Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (bloßen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie etc.*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2005, p. 144
- Husak, Douglas, “Rethinking the act requirement”, *Cardozo Law Review*, vol. 28, n.º.6, 2007
- Jakobs, Gunther, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, Estudios de Derecho Penal, UAM Ediciones, Edit, Civitas, 1997
- Kindhauser, Urs, “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, Traducción de Nuria Pastor Muñoz, Barcelona, 2009
- Koh, Kheng Lian, “Possession and Absolute Liability – Degree of Knowledge”, *Modern Law Review*, n.º 32, 1969
- Lagodny, Otto, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1ª Auflage, Mohr Siebeck, 1996
- Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 1ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978
- Leal-Henriques, Manuel/ Santos, Manuel Simas, *Código Penal anotado*, 3ª edição, 2ª volume, parte especial, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000
- Leixelard, Juan Pablo Cox, *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Colección de Estudios y debates en Derecho penal, n.º 6, (Dirigida por Jesús María Silva Sánchez), Montevideo: Editorial Bdef, 2012
- Lifschitz, Sergio Politoff, *El delito de apropiación indebida*, nueva edición, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1992
- Lopes, José Mouraz, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2008

- Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho penal, Teorias generales*, tomo II (1ª parte), vol. II, Buenos Aires: Ediar, 1948
- Michaels, Rebecca, “Criminal law – the insufficiency of possession in prohibition of child pornography statutes. Why viewing a crime scene should be a criminal”, *Western New England Law Review*, Volume 30, n.º 3, 2008
- Mir, José Cerezo, “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y criminología*, 2ª Época, n.º10, 2002
- *Model Penal Code, Official draft and explanatory notes*, Philadelphia, PA: The American Law Institute, 1985
- Montovani, Ferrando, *Diritto penale, parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*, 4ª ed., Padova: Cedam, 2012
- Moore, Michael *Act and Crime. The Philosophy of Action and its Implications for Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010
- Morais, Teresa, “Lei das Armas: algumas perplexidades”, *Revista do Ministério Público*, n.º 127, Junho-Setembro, 2011
- Muñoz, Nuria Pastor, *Los delitos de posesión y los delitos de estatus: una aproximación politico-criminal y dogmática*, Colección Justicia Penal, n.º7, Atelier Libros Jurídicos, 2005
- Nestler, Cornelius “La protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, *La insostenible situación del derecho penal*, Estudios de derecho Penal dirigidos por Carlos María Romeo Casabona, n.º15, Granada: Editorial Comares, 2000
- Neves, A. Castanheira, “Metodologia jurídica. Problemas fundamentais”, *Studia Iuridica*, 1, Coimbra: Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, BFD, 1993
- Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol III, 2ª edição revista e actualizada reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2011
- Puppe, Ingeborg, *El Derecho penal como ciência. Método, teoria del delito, tipicidad y justificación*, Colección de Estudios y debates en Derecho penal, n.º 9, (Dirigida por Jesús Maria Silva Sánchez), Montevideo: Editorial Bdef., 2014
- Robinson, Paul H., “Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus-Mens Rea Distinction?”, *Action an Value in Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1993

- Roxin, Claus, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Traducción de la 2ª edición alemana, Civitas, 1997
- Roxin, Claus, “Crimes de Posse”, *Revista Liberdades*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º12, janeiro-abril, 2013
- Roxin, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 23, n.º1, Coimbra: Coimbra Editora, 2013
- Silva, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol II, Editorial Verbo, 1993
- Silva, Paula e Costa e, *Posse ou Posses?*, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2005
- Schroeder, Friedrich-Christian, “La Posesión como hecho punible”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n.º14, 2004
- Struensee, Eberhard, “Los delitos de tenência”, *Problema capitales del derecho penal moderno. Homenaje a Hans Welzel*, Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1998
- Valverde, Patricia Esquinas, “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (art. 189.2). razones para su destipificación”, *Revista de derecho penal y criminología*, 2ª época, n.º18, 2006
- Whitebread, Charles H./ Stevens, Ronald, “Constructive Possession in narcotic cases: to have and have not”, *Virginia Law Review*, volume 58, n.º5, 1972
- Wilson, William, *Criminal Law. Doctrine and Theory*, Longman law series, third edition, Pearson Longman, 2008

Jurisprudência consultada

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11 de Setembro de 2013 (Maria Dolores Silva e Sousa), processo n.º 86/12.5GAAMM.P1
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Fevereiro de 2008 (Henriques Gaspar)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Março de 2012 (Vasques Osório)

- BGHSt 27, 380, 381 [Tribunal Federal Alemão]

- Warner v. Metropolitan Police Commissioner ([1968] 2 W. L.R. 1303; [1968] 2 All E. R. 356 H. L.
- Regina – v – Marindale, [1986] 84 Cr App R 31
- United States of America, Palintiff-Appelle, v. Stuart Romm, Defendand-Appellant”, n.º 04-10648 de 24 de Julho de 2006