

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2.º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

O Princípio da Culpa no Direito Penal Económico:

particularidades ou compressões?

Maria Inês Martins Marçal Ferreira Cotrim

Dissertação apresentada no âmbito do
2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade
de Direito da Universidade de Coimbra.

Secção:

Área de Especialização: Ciências Jurídico –
Forenses

Orientador: Prof. Doutor Pedro Caeiro

Coimbra

Abril de 2011

Abreviaturas

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPI – Código da Propriedade Industrial

CPP – Código de Processo Penal

CPPT – Código de Procedimento e Processo Tributário

DL – Decreto-Lei

LGT – Lei Geral Tributária

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

RJIFNA – Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

Introdução

“El principio de culpabilidad está siendo bombardeado.”

WINFRIED HASSEMER (1)

As alterações económicas e sociais do século XX impuseram ao direito penal a tutela de novos interesses relacionados com os imperativos éticos de solidariedade estatal, elevados à categoria de bens jurídicos fundamentais. Perante essas exigências, comportamentos anteriormente considerados irrelevantes para o direito penal, passaram a assumir relevância criminal, dispondo já o sistema jurídico português de um vasto leque de instrumentos de combate à criminalidade económica. O critério decisivo para averiguar da legitimidade de normas que neocriminalizam condutas sócio-económicas passa pela insuportabilidade das consequências que advêm desses comportamentos, de tal modo que apenas e só o direito penal aparece como adequado a proteger os bens jurídicos postos em perigo (2). Com efeito, face à subsidiariedade e *ultima ratio* da tutela penal, esta deve ser evitada sempre que haja um meio não criminal que satisfaça as necessidades de protecção.

Mas o crescimento deste tipo de criminalidade não estabilizou, o que tem levado o legislador a prever progressivamente novos tipos de crime e a facilitar os meios de prova. Devido à mutabilidade das normas incriminatórias e por razões técnico-sistemáticas de codificação, esse movimento de neocriminalização, apesar de não lhe ser indiferente, não se repercute de forma imediata no Código Penal. É essencialmente no campo do direito penal secundário que os crimes contra a economia se fazem tipificar, crescendo, simultaneamente, a legislação penal extravagante (3).

Foi exactamente no âmbito dessa legislação que identificámos três institutos que, face à situação do país e do mundo, nos sobressaíram pela sua flagrante relevância na actualidade: i) a perda de bens a favor do Estado, prevista nos artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada); ii) o

(1) Em *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.*, Editorial Temis, Colombia, 1999, p. 51.

(2) Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra Editora, 1997, p. 434-441.

(3) Veja-se a recente publicação de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/JOSÉ BRANCO, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I e II, Universidade Católica Editora, 2010. Sobre a distinção entre direito penal clássico e direito penal secundário, vide JOSÉ DE FARIA COSTA, *(Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis). Introdução.*, Coimbra Editora, 2007, p. 30-35.

abuso de confiança fiscal, nos termos do artigo 105.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho - Regime Geral das Infracções Tributárias); iii) o consumo de droga, conforme a interpretação conjunta dos artigos 2.º, n.ºs 1 e 2 e 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, e dos artigos 25.º e 40.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

A configuração destes artigos como nos aparecem hoje regulados é fruto de políticas criminais que, para dar satisfação às referidas necessidades de protecção sócio-económicas, vão provocando a erosão do princípio da culpa jurídico-penal, cuja importância é desvalorizada em períodos de acentuada criminalidade e, sobretudo, em relação à criminalidade organizada ⁽⁴⁾. Esta desvalorização pode ser levada a tal ponto que se chega mesmo a afirmar que há um esvaziamento da ideia de culpa ⁽⁵⁾ e poucos ainda acreditam que a culpa seja fundamento da pena ⁽⁶⁾.

Depois de uma breve exposição acerca da culpa no nosso ordenamento, ensaiaremos uma análise destas figuras, tentando manter sempre em vista o tratamento que lhe foi prestado pelo legislador. Não temos a pretensão de fazer juízos de mérito. Apenas lembrar a questão e reflectir com BECCARIA se “todo aquele que ler com olhos de filósofo os códigos das nações e os seus anais achará quase sempre as palavras *vício e virtude, bom cidadão e réu* variando com o curso dos séculos, não em razão das mutações que ocorrem nas circunstâncias dos países, e por consequência sempre conformes ao interesse comum, mas em razão das paixões e dos erros que sucessivamente agitaram os diferentes legisladores” ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Cfr. GERNAMO MARQUES DA SILVA, “Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)”, *Lusíada*, Direito, Série II, n.º 3, 2005, p. 74.

⁽⁵⁾ FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Almedina, 2005, p. 13 e ss.

⁽⁶⁾ WINFRIED HASSEMER, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, *ob. cit.*, p. 52.

⁽⁷⁾ CESARE BECCARIA, *Dos delitos e das penas*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de JOSÉ DE FARIA COSTA, 2009, p. 74.

Capítulo I: O princípio da culpa jurídico-penal

1. Evolução histórica e significado na actualidade

A história do princípio da culpa não se encontra claramente definida. A crescente relevância deste princípio verificou-se simultaneamente com o aprofundamento do conceito de culpa penal e a sua autonomização do conceito de ilicitude (antijuridicidade), desde o final do século XIX.

Pode dizer-se que a culpa em sentido moderno não pode ser compreendida sem ter presente o conceito de liberdade, esta concebida como autodeterminação da pessoa na sociedade, expressão da sua autonomia e inviolabilidade da regência da sua conduta pessoal. Numa abordagem de senso comum, a culpa pode ser descrita como uma censura jurídica dirigida ao agente pela prática de um facto. Mas esta descrição apresenta lacunas, na medida em que nada esclarece acerca daquilo que materialmente se censura: se o facto na sua revelação objectiva, se a inobservância da norma pelo agente quando podia cumpri-la, se a personalidade ou atitude interna manifestada no facto e que o fundamenta ou se a liberdade do agente de agir de outra forma⁽⁸⁾.

Assim, várias teses foram defendidas acerca do conceito material de culpa. Cumpre destacar algumas: i) segundo a tese da culpa da vontade, assente na liberdade e na capacidade de autodeterminação ética e responsável do homem, culpa só pode ser censurabilidade da acção, por o culpado ter optado por actuar contra o dever, de forma ilícita, quando podia ter actuado de acordo com ele, ou seja, quando podia ter agido conforme o direito – requisito fundamental do conceito de culpa aqui é o “poder de agir de outra maneira”; ii) as tentativas de “abstracção” ou “generalização” do “poder de agir de outra maneira” ligam a culpa àquilo que do agente se deve esperar ou exigir, seja ao indivíduo enquanto homem concreto, seja ao “homem médio”, partindo da seguinte premissa: “O agente, na situação em que se encontrava, teria podido agir de outra maneira, no sentido de que, segundo a nossa experiência de casos idênticos, *um outro no seu lugar* teria, nas circunstâncias concretas e com o emprego de uma força de vontade que, possivelmente, faltou ao agente, possivelmente agido de outra maneira”

⁽⁸⁾ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, “Questões fundamentais; a doutrina geral do crime”, 2.^a Edição, Coimbra editora, 2007, p. 509 – 515.

(⁹); iii) a tese da culpa como atitude interior, por sua vez, considera culpa a “censurabilidade do facto, atendendo à atitude interior, reprovada pelo direito, que nele se manifestou” (¹⁰); iv) a tese da culpa da pessoa substitui a vontade considerada nas teses anteriores por uma liberdade pessoal assente na *personalidade do ser*, no *carácter do agente*: materialmente, culpa jurídico-penal advirá da “violação pelo homem do *dever* de conformar a sua existência por forma tal que, na sua actuação na vida, não lese ou ponha em perigo bens jurídico-penais” (¹¹). Todavia, só será admissível basear na personalidade do ser a afirmação da existência de culpa, se ela se tiver revelado na realização do facto típico. Ou seja, a culpa existe somente no momento da realização do facto ilícito típico, não podendo recorrer-se a uma “culpa na condução da vida” ou a uma “culpa na decisão da vida”, referente ao passado e que se repercute naquilo que o agente é hoje, para aplicar uma pena. Só “uma realização culpada” do facto típico em concreto será punível (¹²). FIGUEIREDO DIAS (¹³) afirma, por isso, que “toda a culpa é materialmente, em direito penal, o ter que responder pelas qualidades juridicamente desvaliosas da personalidade que fundamentam um facto ilícito-típico e nele se exprimem”.

À luz desta última concepção de culpa como culpa da pessoa, é justificável a aceitação dos casos de inexigibilidade, ou seja, situações em que verificando-se uma desconformidade entre a censurabilidade externo-objectiva e a “essência de valor” da personalidade nela revelada, originada por inelutáveis pressões exteriores à própria pessoa que desviam o cumprimento normal das suas intenções fundamentais, será admissível a exclusão da culpa por inexigibilidade de um comportamento conforme o

(⁹) Jescheck *apud* CLAUS ROXIN, “Culpa e responsabilidade”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, fasc. 4.º, Out. – Dez. 1991, tradução por Maria da Conceição Valdágua, p. 515.

(¹⁰) Doutrina fundada por Gallas. Schmidhäuser, atribui à tese da culpa da atitude interior uma configuração autónoma: culpa é “atitude interior antijurídica, relativa ao facto concreto” - *apud* CLAUS ROXIN, “Culpa e responsabilidade”, *ob. cit.*, p. 515-416.

(¹¹) Esta última defendida por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, ob. cit.*, p. 522-526. O autor expõe as diversas teses e as suas fraquezas. Ver também, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001, p. 230-247. O autor defende uma configuração de culpa como “ter que responder pela personalidade que fundamenta um ilícito típico”, ou do homem culpado como aquele que “manifesta no facto qualidades pessoais jurídico-penalmente desvaliosas e, neste sentido, uma personalidade censurável” (*apud* CLAUS ROXIN, “Culpa e responsabilidade”, *ob. cit.*, p. 519 – este autor, por sua vez, defende uma doutrina da culpa como “actuação contrária ao direito, a despeito da existência de permeabilidade ao apelo normativo”, pretendendo isto significar que “a culpa de um agente deve ser afirmada quando ele, pela sua constituição mental e psíquica, estava, ao tempo do facto, disponível para o apelo da norma, ou seja, quando (ainda) tinha ao seu alcance, no plano psíquico, ‘possibilidades de se decidir pelo comportamento orientado no sentido da norma’. Ver p. 524, *ob. cit.*).

(¹²) CLAUS ROXIN, “Culpa e responsabilidade”, *ob. cit.*, p. 537-539.

(¹³) Em *Direito Penal, ob. cit.*, p. 525.

direito ⁽¹⁴⁾. Essencial será que a situação exterior seja de tal maneira imperiosa que permita afirmar que foi ultrapassado aquilo que se espera de uma personalidade “fiel ao direito”, de modo que a generalidade dos homens “honestos” ou “normalmente fiéis ao direito” teria provavelmente actuado da mesma maneira, e que as qualidades pessoais juridicamente relevantes reveladas no facto não sejam, apesar disso, juridicamente censuráveis. Estas situações estão expressamente previstas na lei, no artigo 35.º do CP, relativo ao estado de necessidade desculpante ⁽¹⁵⁾, que desculpa o facto quando, para além de preenchidos os elementos nele previstos, não seja razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.

Funcionalmente, no sistema de limitação do intervencionismo estatal, a culpa assume um papel de limite da medida da pena e de garantia do respeito pela dignidade da pessoa, dado que, como vimos, a liberdade da pessoa é o íntimo pressuposto comum a toda a consideração da culpa em sentido moderno. Daqui decorre também que, prevendo a lei diferentes molduras penais para o mesmo facto típico, conforme tenha sido cometido com dolo ou negligência, é possível reconhecer no ordenamento jurídico-penal a existência de uma graduação de conteúdos materiais de culpa. FIGUEIREDO DIAS ⁽¹⁶⁾ defende que, para além de elementos constitutivos do tipo de ilícito enquanto conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo e violação de um dever de cuidado ou criação de um risco não permitido, o dolo e a negligência são, respectivamente, expressão de uma atitude pessoal de contrariedade ou indiferença e expressão de descuido ou leviandade perante o dever jurídico-penal, e, deste modo, elementos constitutivos do tipo de culpa.

Tradicionalmente, tem sido identificado como correlato processual do princípio da culpa o princípio *in dubio pro reo*, uma vez que pretende garantir a não aplicação de

⁽¹⁴⁾ A doutrina alemã faz, através das expressões “exclusão da culpa” e “desculpa” uma distinção entre factores incidentes sobre os pressupostos da culpa e factores incidentes sobre a gravidade da culpa: no primeiro caso, a ausência dos pressupostos, ou seja, da capacidade de culpa e da consciência do ilícito, resultam numa verdadeira exclusão da culpa; no segundo, é afectado o juízo de censura, de modo que as causas de desculpa apenas diminuem a gravidade do ilícito, através do fim valorativo da acção, não se repercutindo no afastamento da ilicitude. Defensor desta diferenciação, JESCHECK concluiu que, ainda assim, nos casos de desculpa, haveria uma isenção da pena “porque os fundamentos da punibilidade não seriam alcançados”. *Apud* FERNANDA PALMA, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal, ob. cit.*, p. 26, nota 14. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, em *Direito Penal, ob. cit.*, p. 604 esclarece que as causas de desculpa são as derivadas na inexigibilidade.

⁽¹⁵⁾ Transcrevemos o n.º 1 do art. 35.º: “Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo actual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente.”

⁽¹⁶⁾ *Temas básicos da doutrina geral do crime, ob. cit.*, p. 243-247. Em coerência, o autor acrescenta um elemento emocional ao dolo do tipo, a *consciência do ilícito* (p. 245).

qualquer pena sem prova suficiente dos elementos objectivos e subjectivos do facto ilícito típico que a suporta. Assim, em caso de insuficiência de prova, face à dúvida que se instala relativamente à culpabilidade do arguido, deverá o tribunal decidir a favor deste, com uma justificação assente num sentido ético-jurídico inclinado para a preferência da absolvição de um culpado em vez da condenação de um inocente ⁽¹⁷⁾.

Mas nem sempre assim foi. Recuemos até à prova sobrenatural, em que a sujeição do acusado a actividades dolorosas revelava a então incontornável justiça das divindades, recaindo afinal a decisão de culpabilidade sobre a sorte ou factores físicos completamente alheias aos elementos objectivos e subjectivos do crime.

Nem precisamos de ir tão longe. Pense-se no processo penal de tipo inquisitório. Aí bastava a verificação de um leve indício ou a simples denúncia anónima da prática de um qualquer crime para se dar origem à instauração de um processo que se baseava *ab initio* numa presunção de culpa, contraposta a um *favor sociaetate*, recaindo sobre o arguido o “ónus” da demonstração da sua inocência, frequentemente frustrada, resultando as condenações injustificadas num lugar comum ⁽¹⁸⁾. O direito da Europa cristã entre o século XIII e o século XVIII baseava-se num plano de prova hierarquizado segundo graus de credibilidade, sem que o tribunal gozasse de qualquer margem para a livre apreciação da prova. Através de uma soma de provas legais, chegava-se a uma certeza de culpabilidade puramente objectiva, sem espaço para subjectivismos, dificilmente abalada por, ainda que plausíveis, contraprovas do arguido. Mesmo quando a prova legal não era lograda, sendo os indícios à partida insuficientes para a condenação do acusado, ainda assim era possível alcançar a certeza plena: por meio de tortura, era obtida a *confessio in iure*, que se tornou a *regina probationum*, a inilidível *probatio probatissima*. Aos olhos da mentalidade da época não seria admissível a “injustiça” de absolver um culpado, de deixar impune um criminoso, e a tortura surgia como um mal necessário à realização da justiça ⁽¹⁹⁾.

Só com a Revolução Francesa, de índole liberal, se sobrevalorizou o interesse do indivíduo face aos interesses colectivos, vindo o *favor sociaetate* a ser substituído pelo *favor rei*, e sucedendo à presunção de culpa a presunção de inocência, com as

⁽¹⁷⁾ Assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 24, 1997, Coimbra Editora, p. 10-11.

⁽¹⁸⁾ Assim, JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A questão da presunção de inocência do arguido”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 11, n.º 42, p. 31.

⁽¹⁹⁾ Deste modo, e mais aprofundadamente, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 23-33.

consequentes valoração da dúvida a favor do arguido e atribuição à acusação do “ônus” da prova, não necessitando aquele de provar a sua inocência ⁽²⁰⁾.

Consagrado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789, em que o art. 9.º estabelecia o seguinte: “*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi*”, o princípio da presunção de inocência está hoje previsto nos mais diversos diplomas de vinculação internacional: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, estatui no seu artigo 11º que “toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”; no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1976, estabelece-se, no artigo 14.º, n.º 1, que “qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida; na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950, prevê-se que “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (artigo 6.º, n.º 2).

De facto, nas suas origens, o princípio da presunção de inocência teve sobretudo o valor de reacção contra abusos do passado e o significado jurídico negativo de não presunção de culpa. Mas isto pouco nos esclarece acerca do seu conteúdo material. Quem vê no *in dubio pro reo* o reverso do princípio da culpa, atribui à presunção de inocência o papel de fundamento daquele, na medida em que é porque existe esta presunção que, em caso de dúvida razoável acerca dos factos, o juiz deverá decidir de modo favorável ao arguido. O *nulla poena sine culpa* perderia sentido e eficácia se não fosse acompanhado, lado a lado, por uma tutela de inocência a nível processual: “sem uma certeza sobre a culpabilidade do arguido, a pena a aplicar corre o risco de ser uma ‘pena sem culpa’” ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Contudo, este *favor rei* não era interpretado uniformemente: a ideia de eficiência levou os positivistas italianos a tratar pessoal e individualmente cada delincente, de tal modo que, mediante a consideração de factores como a perigosidade e a reincidência, uns beneficiavam da presunção de inocência, enquanto outros eram subordinados à presunção de culpabilidade. Constata-se facilmente que esta interpretação colide frontalmente com a ideia de igualdade perante a Lei e com as garantias base de um Estado de Direito. No entanto, a doutrina italiana parece manter alguma relutância face à contradição que identifica entre a consagração de uma presunção de inocência quando se está a “proceder contra alguém”.

⁽²¹⁾ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 62.

Em crítica à presunção de inocência, MANZINI ⁽²²⁾ questiona que o interesse acautelado pelas normas penais – em conflito com o interesse de repressão do crime – seja o de garantir a inocência, em vez do interesse relativo à liberdade individual. Mais: uma vez que foi acusado, durante o processo o arguido deverá ser presumido culpado. Sê-lo-á porque existe a dúvida quanto à prática ou não do crime pelo indiciado que melhor se justificam os direitos de defesa e a protecção da liberdade. O autor entende que não constitui tarefa própria do processo penal declarar a inocência do acusado: o que se pretende é comprovar se concorrem ou não as condições para punir, podendo dar-se o caso de alguém ser culpado e, apesar disso, não ser punido.

Nesta linha, embora discordando do autor italiano, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO salienta a não coincidência entre inocência e “não intervenção penal”, na medida em que “em direito criminal, é possível com culpa não punir e sem culpa intervir” ⁽²³⁾: no primeiro caso, o agente considerado culpado (embora sem força de caso julgado), não sofre qualquer reacção penal; no segundo, embora não exista certeza absoluta da culpa, o “inocente” sofrerá uma reacção do sistema criminal que restringirá a sua liberdade. Exemplificando, a autora refere os casos da dispensa de pena, da prescrição do procedimento penal e das medidas de segurança aplicáveis a inimputáveis.

Concluimos esta breve exposição acerca da evolução histórica e sentido do princípio da culpa na actualidade sublinhando que este princípio constitui hoje uma máxima fundamental do direito penal, sendo mesmo considerado, entre nós, um princípio implícito do sistema jurídico-constitucional. De facto, no nosso sistema, não basta que o agente pratique um facto ilícito-típico para que se lhe possa aplicar uma pena. A aplicação de uma sanção penal supõe sempre que o ilícito típico tenha sido praticado com culpa, conforme estabelece o n.º 2 do artigo 40.º do CP.

Constitucionalmente, o princípio da culpa está consagrado, conjuntamente, nos artigos 1.º e 25.º, n.º 1, da CRP: deriva da essencial dignidade da pessoa humana, que não pode ser tomada como simples meio para a prossecução de fins preventivos, e articula-se com a inviolável dignidade da pessoa ⁽²⁴⁾.

Por fim, essencialmente, este princípio exprime-se, em direito penal a diversos níveis: a) obsta à incriminação de condutas destituídas de qualquer ressonância ética; b)

⁽²²⁾ MANZINI, *Tratado de derecho procesal penal*, Vol. I, trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redín, Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1951, p. 250 e ss., *apud* CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *ob. cit.*, p. 62.

⁽²³⁾ *Ob. cit.*, p. 62.

⁽²⁴⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, de 06.11.1991, Proc. n.º 183/90, relator Sousa e Brito, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

impede a responsabilização objectiva, obrigando ao estabelecimento de um nexos subjectivo, a título de dolo ou de negligência, entre o agente e o seu facto, nos termos dos artigos 13.º e 18.º do Código Penal; c) eleva a culpa a fundamento e a critério de medida da pena, impedindo a punição sem culpa e a punição que exceda a medida da culpa – o que inclui a dupla valoração do mesmo facto e, conseqüentemente, a proibição de alguém ser condenado duas vezes pelo mesmo facto (*ne bis in idem*)⁽²⁵⁾.

2. Manifestações no processo penal

Do princípio da presunção de inocência decorrem conseqüências relevantes em termos processuais, sobretudo em matéria de prova, relevantes para efeitos de culpa⁽²⁶⁾:

- i) Inexistência do ónus probatório do arguido em processo penal, não tendo o arguido de provar a sua inocência para ser absolvido. O que carece é a prova da sua culpabilidade pela acusação, ou seja, a prova fica a cargo do MP e do tribunal, por via do princípio da investigação⁽²⁷⁾;
- ii) O arguido não é um mero objecto ou meio de prova, mas um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele. Em respeito da dignidade de pessoa humana, em matéria de prova, o arguido não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal e a sua confissão encontra-se rodeada de cuidados especiais;
- iii) A decisão a favor do arguido em caso de *non liquet*, ou seja, o já referido contraposto processual do princípio da culpa, o *in dubio pro reo*: em processo penal, ou se produz prova convincente sobre a realidade de um facto ou a dúvida sobre tal realidade funciona em favor do arguido; com isto

⁽²⁵⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 426/91, de 06.11.1991, Proc. n.º 183/90, relator Sousa e Brito, disponível em www.tribunalconstitucional.pt. ROXIN, “Culpa e responsabilidade”, *ob. cit.* p. 533, adverte: “A culpa como fundamento da pena respeita à questão de saber quais são os pressupostos de que depende a existência de culpa e, com ela, em regra, também a existência de responsabilidade penal. Na culpa como conceito sistemático de direito penal, (...), trata-se desta culpa como fundamento da pena, do ‘se’ da pena, da previsão legal a que está ligada a aplicação da pena. Diferentemente, a culpa como critério da medida da pena respeita à previsão legal a que está ligada a medida judicial da pena e, portanto, ao ‘conjunto dos factores que são relevantes para o grau da pena no caso concreto’”.

⁽²⁶⁾ J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 518-519. Sobre o “Ónus de alegar e de provar em processo penal?” ver FIGUEIREDO DIAS, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 105.º, n.º 3470, p. 124 -128 e n.ºs 3474 e 3475, p. 139-143. Cfr. também, sobre a estrutura do nosso processo penal, acusatória integrada por um princípio de investigação, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, reimpressão 2004, p. 239-300.

⁽²⁷⁾ Apesar de não ter o ónus de provar nada, terá todo o interesse em evitar que a presunção de inocência seja contrariada pelo Ministério Público ou pelo tribunal.

também se relaciona o princípio da livre apreciação da prova e o da fundamentação das decisões;

- iv) A preferência pela sentença de absolvição em vez do arquivamento do processo e a exclusão da fixação de culpa em despachos de arquivamento.
- v) A proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares ⁽²⁸⁾ e a natureza excepcional das medidas de coacção, especialmente as limitativas de liberdade;
- vi) A proibição de feitos automáticos da instauração do processo criminal;
- vii) A não incidência de custas sobre o arguido não condenado.

A CRP de 1976 dedica um conjunto de artigos ao processo penal, a que RUI PATRÍCIO chama “magna carta” do processo penal hodierno ⁽²⁹⁾: artigo 18.º e artigos 27.º a 32.º ⁽³⁰⁾. Em especial, o n.º 2 do artigo 32.º consagra a presunção de inocência. Note-se, todavia, que, apesar da denominação “presunção”, não estamos aqui perante uma verdadeira presunção em sentido técnico-jurídico ⁽³¹⁾, ou seja, não se faz nenhum exercício de inferência, não se faz um raciocínio indutivo, não se firma um facto desconhecido a partir de um facto conhecido ⁽³²⁾. Trata-se antes de um direito do

⁽²⁸⁾ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/90, de 07.06.1990, Proc. n.º 28/89, relator Conselheiro Monteiro Diniz, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁽²⁹⁾ In “O direito fundamental à presunção de inocência (Revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, Revista *Direito e Cidadania*, Ano III, n.º 22, 2005, Praia – Cabo Verde, p. 11, nota 7.

⁽³⁰⁾ Note-se que já esteve consagrada no nosso ordenamento jurídico uma presunção de culpa no artigo 169º do Código de Processo Penal de 1929: “ao dizer-se que os autos de notícia levantados nos termos do art. 166º do Código faziam fé em juízo até prova em contrário, mais se não estaria então do que a presumir o denunciado culpado, entregando-se-lhe o ónus da prova da respectiva inocência. E numa altura em que o citado art.º 169º do CPP de 1929 tinha que conviver com o n.º 2 do art.º 32º da Constituição é evidente que as dificuldades de compatibilização surgiram.” Na altura, a Comissão Constitucional entendeu que “o ‘fazer fé em juízo’ só representaria uma presunção de culpa, se dos factos do auto de notícia resultasse automaticamente o juízo de culpabilidade. Ora, como o relatado no auto de notícia podia ser ilidido, ou não levar só por si à condenação, daí não haver presunção de culpa.” – in JOSÉ SOUTO DE MOURA, *ob. cit.*, p. 41-42.

⁽³¹⁾ Conforme definida no artigo 349º do Código Civil (doravante, CC): ilação que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.

⁽³²⁾ Relativamente a esta questão, JOSÉ SOUTO DE MOURA diz o seguinte: “Como é sabido, a presunção é uma manifestação do raciocínio indutivo assente na ideia de probabilidade. A partir de um facto conhecido (“A” é arguido no processo “X”) aceito um facto desconhecido (como não há sentença transitada “A” é um inocente), sem necessidade de verificação ou prova directa do facto presumido (no caso, a inocência). Mas o fundamento lógico da indução (...), tal fundamento é a probabilidade racional de vir a acontecer o facto presumido, uma vez verificado o facto real. Sem tal probabilidade, que no fundo assenta nas regras da experiência, não há qualquer legitimidade para induzir ou presumir. E quer abordemos as presunções judiciais (“está a chover, presumo que a estrada está molhada”), quer abordemos as presunções legais (“a posse titulada presume-se de boa-fé”), sempre estaremos a dispensar prova do facto presumido, única e exclusivamente porque nos socorremos “do que normalmente sucede”. § Ora, no tocante à presunção de inocência, as dificuldades advêm exactamente de não haver regra de experiência, normalidade de ocorrência ou probabilidade racional alguma, que permita inferir da condição de arguido

arguido, de um comando imposto ao legislador no sentido da não previsão de normas penais que impliquem presunções de culpa ou que façam decorrer a responsabilidade penal de factos apenas presumidos ⁽³³⁾. O tratamento do arguido como inocente ao longo do processo é ainda justificado pela sua protecção face a actos ofensivos que, até à decisão final, podem ser infligidos para com um inocente, provocando lesões de interesses imerecidas e incorrigíveis: “se a pena só se executa depois da condenação, está certo que o arguido no processo tenha sofrido o menos possível. Mas se o arguido não tem de cumprir qualquer pena porque foi absolvido, está errado que já tenha sofrido durante o processo” ⁽³⁴⁾.

Efectivamente, se o princípio da presunção de inocência representa uma reacção aos abusos do passado, também representa, hoje, um “acto de fé no valor ético da pessoa” ⁽³⁵⁾.

3. Relação com o direito penal económico

A relação entre direito penal e economia nem sempre se afigura fácil: “não é difícil reconhecer o paradigma social do homem de negócios que vê no jurista o burocrata inimigo do progresso e do jurista que considera o homem de negócios como espécie de alquimista empenhado em transformar os metais à margem da lei” ⁽³⁶⁾.

Mas desde a denúncia criminológica de Sutherland, em 1949, que alertou para a impunidade do “*white collar crime*”, o crime praticado por uma pessoa de elevado *status* social, um criminoso socialmente inserido, motivado pelo desejo de enriquecer e com qualidades (e não raro, qualificações) admiradas e respeitadas socialmente, que nos encontramos perante uma nova abordagem à relação direito penal-economia.

o estado de inocência. Muito pelo contrário. O que parece que a experiência nos diz, é que a partir da constituição de arguido e sobretudo a partir da acusação, a probabilidade de absolvição por se ter provado a inocência é bastante menor do que a condenação por se ter provado a culpa. Mais, a própria lei processual assinala como pressuposto da acusação a “probabilidade razoável” de condenação. Nunca de absolvição, como é evidente... § Isto significa que os factos revelam, que se alguém é acusado, o que é normal é ser condenado. E se falta no caso em apreço o enlace racional entre causa (facto real) e consequência normal (facto presumido), é absurdo falarmos de presunção. § A “presunção de inocência” se o fosse, seria evidentemente uma presunção legal.” Por tudo isto, o autor aproxima a presunção de inocência da figura jurídica da ficção. *Ob. cit.*, p. 37-40.

⁽³³⁾ Assim, RUI PATRÍCIO, *ob. cit.*, p. 19.

⁽³⁴⁾ O que não deixa de suscitar dificuldades quando em confronto com outros interesses: seja ao nível da prisão preventiva, da publicidade do processo ou da imparcialidade do juiz. Citação e desenvolvimentos em JOSÉ SOUTO DE MOURA, *ob. cit.*, p. 36.

⁽³⁵⁾ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 5.^a Edição, Verbo, 2008, p. 82. Neste sentido, também A. CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, p. 26.

⁽³⁶⁾ CUNHA RODRIGUES, “Os senhores do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 1, Jan. – Mar. 2009, Coimbra Editora, p. 8.

Sabemos hoje que a criminalidade económica é potenciada pela supressão dos controlos nacionais sobre os capitais em benefício do desenvolvimento de mercados financeiros globais, pelo aumento do investimento estrangeiro, pelo desenvolvimento das tecnologias e dos meios de transporte, numa palavra, pela globalização, que permite a organização e articulação de grupos em rede, adoptando relações de cumplicidade e solidariedade. O crime organizado deixou de respeitar fronteiras. Pense-se nas máfias siciliana, americana e russa, na *yakusa* japonesa, nos cartéis colombianos ou nas tríades chinesas. A criminalidade económica deixou de ser nacional, para passar a ser transnacional. O crime internacional adquiriu uma enorme capacidade de diversificação, explorando campos tão diferentes como o jogo, o proxenetismo, o tráfico de pessoas, de drogas e de armas, furto de obras de arte, aparecendo invariavelmente o branqueamento de capitais como complemento natural dessas actividades.

Se nos anos setenta, a ideia de crime contra a economia se fundava numa concepção rígida e estável dos sistemas económicos, em que despontava a “criminalidade de negócios”, em que o agente do crime actuava no quadro de uma empresa, hoje a noção irradia por áreas tão diversas áreas como a financeira, social, qualidade de vida, propriedade, fé pública ou integridade física.

O direito penal encontra múltiplos e diversificados obstáculos no combate a esta hodierna sofisticada criminalidade económica: dificuldade em acompanhar o *modus operandi*, necessidade de constante actualização e tipificação de novos crimes, dificuldades de coordenação entre sistemas jurídicos, problemas de determinação do local do crime e questões de incompatibilidade com princípios jurídicos.

No caso concreto do sistema português, no âmbito dos crimes contra a economia, o DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, continua a ser uma referência, mas à excepção dos casos de fraude e de desvios no domínio dos subsídios, subvenções ou créditos, limita-se aos crimes que, de certo modo, correspondiam a formas de lesão da economia clássicas: açambarcamento, desobediência à requisição de bens, destruição de bens, exportação ilícita, violação de normas sobre informações empresariais e especulação. Enferma, por isso, de uma inadequação à actual noção de criminalidade económica.

O legislador nacional, incentivado por normas e directivas comunitárias, tem, por isso, vindo a alargar a sua acção codificadora a vários níveis: no domínio fiscal e da Segurança Social, acompanhou a tendência internacional e deixou de se considerar esta forma de ilicitude como “delito de luva branca”, abandonando os sentimentos de

respeito e de admiração, para a tipificar como infracção criminal, de tal modo que a fraude, o abuso de confiança, a frustração de créditos ou a violação do sigilo importaram os elementos dos correspondentes tipos do Código Penal, sugerindo o mesmo grau de censura e reprovação social; no campo da criminalidade informática, criminalizou, entre outras actividades, o dano relativo a dados e programas de computadores, a sabotagem e a reprodução ilegítima; no sector da propriedade industrial⁽³⁷⁾, sancionou a concorrência desleal⁽³⁸⁾, a contrafacção, a imitação ou uso ilegal de marca, a violação de exclusivo de invenção (da patente, modelo de utilidade ou topografia de produtos semicondutores e de desenho ou modelo) e a patente, modelo de utilidade, desenho ou modelo obtidos de má fé ou com abuso de direito; no domínio da actividade bancária e financeira, fortaleceu o regime de informação e controlo sobre o branqueamento de capitais e enfraqueceu regras de sigilo bancário; finalmente, no que concerne às sociedades e ao mercado de valores mobiliários, especificou alguns tipos de negócios ilícitos, tipificou o abuso de informação privilegiada (*insider trading*), a manipulação do mercado e a desobediência.

Área específica de incriminação do direito penal, à semelhança do direito penal informático, do direito penal do consumo ou do direito penal do ambiente⁽³⁹⁾, podemos encontrar manifestações da disciplina de direito penal económico nas mais diversas fontes: tratados, leis nacionais, linhas de orientação e reflexão dos órgãos comunitários. De facto, assiste-se a uma assinalável proliferação de normas incriminadoras referentes à criminalidade económica, que sistematicamente se dividem em: a) normas incriminadoras para protecção da economia financeira pública ou estadual; b) normas incriminadoras para protecção da economia nacional *latu sensu*; c) normas incriminadoras para protecção da economia da empresa; d) normas para protecção da colectividade e do consumidor em particular. Deste modo, o direito penal económico, enquanto direito penal secundário, inclui normas que vão desde o direito fiscal, financeiro, da segurança social até ao tráfico de droga e ao abuso de informação e à responsabilidade das pessoas colectivas. Pretende-se, assim, tutelar todas as áreas

⁽³⁷⁾ Artigos 321.º e 55.º do Código da Propriedade Industrial (DL n.º 36/2003, de 5 de Março, alteração mais recente: Lei n.º 52/2008, de 28/08).

⁽³⁸⁾ Ilícito contraordenacional, nos termos do artigo 331.º do CPI.

⁽³⁹⁾ Para uma abordagem acerca desta qualificação, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Quarteto Editora, Coimbra, 2003, p. 13-29.

consideradas fulcrais para assegurar o “jogo claro e límpido em que a economia, enquanto valor instrumental, se traduz” (40).

Quanto ao bem jurídico tutelado, pode dizer-se que o direito penal económico protege bens jurídicos supra-individuais, pelo que o legislador prefere uma antecipação preventiva da tutela, optando por consagrar, maioritariamente, crimes de perigo, concreto e abstracto (41). Apesar de ser questionada a constitucionalidade dos crimes de perigo abstracto, por se considerar serem postos em causa os princípios da legalidade e da culpa, o TC tem-se pronunciado pela sua não inconstitucionalidade sempre que é identificável com clareza o bem jurídico objecto de tutela e a conduta típica aparece descrita de forma precisa (42).

Ademais, encontram-se dificuldades na própria concretização do direito penal económico por diversos motivos: i) devido à indeterminação dos agentes da infracção – forma organizada; ii) conhecem-se os resultados mas não os autores - recursos financeiros e de dissimulação, imagem aparentemente “séria” dos agentes (*white collar crime*); iii) indeterminação das vítimas; iv) carácter repetitivo e sistemático das agressões.

A prova encontra-se, por isso, em terreno acidentado, pelo que o legislador tem necessidade de contornar os problemas de eficácia penal daí resultantes. Sucede que, apoiando-se no postulado de que a protecção de bens supra individuais pode implicar a

(40) JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, *ob. cit.*, p. 28. Como explicava MANUEL DA COSTA ANDRADE a propósito do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro, “numa perspectiva genética, os *bens jurídicos* do Direito Penal Económico são em grande medida um produto histórico do intervencionismo do Estado moderno na vida económica. Eles resultam da projecção de um sistema mais ou menos ideologicamente condicionado sobre o sistema ‘espontâneo’ do fluir ‘natural’ da economia. Daí que lhes não seja alheia uma certa intencionalidade normativa traduzida na vocação para plasmar a realidade sócio-económica.” Em “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 26/84 de 20 de Janeiro) à luz do conceito de ‘bem jurídico’”, *Direito Penal Económico*, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos, Coimbra, 1985, p. 93.

(41) Relembremos, com FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal*, *ob. cit.*, p. 309, que nos crimes de perigo concreto o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha efectivamente sido posto em perigo. Nos crimes de perigo abstracto a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efectivo para o bem jurídico (“há como que uma presunção inelidível de perigo”). Para uma abordagem crítica ao direito penal preventivo e à eficácia dos crimes de perigo, *vide* EDUARDO SANZ DE OLIVEIRA E SILVA, “Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito”, *Temas de Direito Penal Económico*, coordenação de José de Faria Costa, Coimbra Editora, 2005, 251 – 283.

(42) Cfr. Acórdão do TC n.º 426/91, Processo: n.º 183/90, Relator: Conselheiro Sousa e Brito, disponível em www.tribunalconstitucional.pt: “se a incriminação de perigo abstracto é admissível constitucionalmente, ante os princípios da necessidade e da culpa, então não faz sentido referir uma inversão do ónus da prova; o cometimento do crime deve ser, naturalmente, provado pela acusação, no plano das imputações objectiva e subjectiva; o que se não requer é a comprovação de que foi criado um perigo ou de que o meio de cometimento do crime foi perigoso, precisamente porque a incriminação não se funda no perigo concreto causado, mas na perigosidade geral da acção, isto é, na sua aptidão causal para causar perigos de certa espécie, abstraindo de outras circunstâncias também necessárias para que algum destes perigos se produza realmente; e, da mesma sorte, não se exige que o dolo abarque o perigo.”

violação de direitos individuais, pode ter-se levado longe demais os meios de tutela desses bens.

Como afirma FARIA COSTA, “a doutrina e o pensamento penais continuam a afirmar a importância do axioma de *ultima ratio* para um bom, racional e justo funcionamento do ordenamento penal. Todavia, tais motes de razoabilidade parecem resvalar na total indiferença das entidades legiferantes. Porquê? Porque a política criminal se faz ao sabor das circunstâncias que a política sem rasgo e mediana vai construindo para a gestão do quotidiano”⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, ob. cit., p. 25-26.

Capítulo II: Análise do tratamento do princípio da culpa em casos exemplares

1. Perda de bens a favor do Estado: o confisco alargado previsto nos artigos 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada)

1.1. Origem e sentido político-criminal da medida

A criminalidade organizada não é um fenómeno moderno. Pensemos nos crimes de corrupção, tráfico e contrabando. Pensemos na antiga Roma ou no século XVI e encontraremos os *gangs* de Clodius e Milo - “*Clodius, an extraordinary character, was perhaps the world’s very first godfather*”⁽⁴⁴⁾ - e as tripulações piratas de Blackbeard ou de Captain Kidd. Já então conseguimos identificar características comumente apontadas como qualificadoras de organizações criminosas: estrutura hierarquizada, integração restrita, recurso à violência, autoridade de reputação, negócios ilícitos, corrupção, estabilidade e continuidade ao longo dos tempos⁽⁴⁵⁾. No entanto, é do conhecimento geral que este tipo de criminalidade cresceu exponencialmente ao longo do século XX, tendo mudado drasticamente a partir dos anos 70: a globalização da economia, a facilidade de transporte, a mobilidade dos cidadãos e o desenvolvimento tecnológico levaram a criminalidade organizada a tais dimensões e sofisticação que estamos hoje perante um problema de magnitude global, a chamada “criminalidade organizada transnacional”⁽⁴⁶⁾.

Não é, por isso, fácil definir criminalidade organizada. Depois de várias tentativas, na Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 2000, foi alcançada uma plausível definição de grupo criminoso

⁽⁴⁴⁾ JAMES O. FINCKENAUER, *Mafia and Organized Crime: a beginner’s guide*, Oneworld Publications, Oxford, 2007, p. 1.

⁽⁴⁵⁾ Para um maior desenvolvimento acerca das características das organizações criminosas, cfr. JAMES O. FINCKENAUER, *ob. cit.*, p. 5-9 e 20-21.

⁽⁴⁶⁾ JAMES O. FINCKENAUER dá-nos a seguinte visão: “*Organized crime is both more and less than the average person understands it to be. It is more persuasive, more dangerous, and more diverse; a worldwide problem, closely linked to concerns about global terrorism and much more than the mafia of the popular media. It is less romantic, much less “what I don’t know won’t hurt me” in its impact and lot less “Italian” in its appearance. Perhaps most surprisingly, to a considerable degree it owes its existence to people who consider they are upstanding, law-abiding citizens. In the words Walt Kelly put into the mouth of his cartoon character Pogo: “We have met the enemy, and he is us!” So it is with much of organized crime.*”, *ob. cit.*, p. 1.

organizado: “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existindo durante um período de tempo e actuando concertadamente com a finalidade de cometer um ou mais crimes graves ou infracções estabelecidas na presente Convenção, com a intenção de obter, directa ou indirectamente, um benefício económico ou outro benefício material”, sendo um crime grave “um acto que constitua uma infracção punível com uma pena privativa de liberdade não inferior a quatro anos ou com pena superior”.

Mas mais que uma definição, a criminalidade organizada é uma realidade em crescendo: os grupos organizados estão a construir redes internacionais e a acumular lucros substanciais de várias actividades criminosas, que são branqueados e reinvestidos nas economias locais. Representam, por isso, uma ameaça para a sociedade, pondo em risco economias legítimas e gerando desestabilização social e democrática.

Em consequência, a União Europeia ⁽⁴⁷⁾, sob a égide da liberdade, segurança e justiça, tem incentivado e imposto a adopção de iniciativas legislativas e não legislativas com vista à prevenção e luta contra a criminalidade organizada. Estas iniciativas vão desde a elaboração de conceitos estratégicos para combater este tipo de criminalidade, o reforço da recolha de informação e o incentivo à cooperação e à comunicação interinstitucionais e interjurisdicionais, à melhoria da legislação.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, veio introduzir, no ordenamento jurídico-penal português, um conjunto de medidas especiais de combate à criminalidade organizada e económico-financeira para o catálogo de crimes enunciados no n.º 1 do artigo 1.º, entre os quais tráfico de estupefacientes, terrorismo ⁽⁴⁸⁾, corrupção e branqueamento de capitais ⁽⁴⁹⁾. Este conjunto especial é composto pelas seguintes medidas: i) quebra de sigilo das entidades financeira e da administração fiscal, para uma mais rápida e eficiente descoberta da verdade, nos termos dos artigos 2.º a 5.º; ii) regime especial de prova relativo ao registo de voz e imagem, previsto no artigo 6.º; iii) mecanismo de perda de bens a favor do estado, constante dos artigos 7.º a 12.º. Este último - perda de bens a favor do Estado - será o objecto principal do nosso estudo, no

⁽⁴⁷⁾ *Ad exemplum*, *Joint Action 98/699/JHA*, de 3 de Dezembro de 1998 e *Decisão do Conselho 2001/500/JHA*, de 26 de Junho de 2001. E também a Organização das Nações Unidas. Veja-se, por exemplo, *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes*, de 1988. As iniciativas sofreram um forte impulso após os acontecimentos do 11 de Setembro de 2001.

⁽⁴⁸⁾ Inicialmente, o crime de terrorismo não era integrado no conceito de criminalidade organizada, por se considerar que os grupos organizados não tinham uma vertente ideológica ou política assumida. Hoje em dia, dada a colaboração entre os grupos organizados e os grupos terroristas, sobretudo no tráfico de droga (meio de financiamento), a distinção tornou-se desnecessária. Assim, JAMES O. FINCKENAUER, *ob. cit.*, p. 5-6.

⁽⁴⁹⁾ Sabemos já que a criminalidade organizada não pode ser restrita a uma lista de crimes, mas o legislador português entendeu subordinar a este diploma apenas os crimes constantes deste catálogo.

âmbito do tema que nos propusemos tratar, e, ao contrário dos restantes instrumentos aqui previsto que são considerados exclusivamente processuais, constitui, *de per si*, uma forma sancionatória, tratando-se, portanto, de um mecanismo não só relativo à prova processual, mas também substantivo-repressivo ⁽⁵⁰⁾.

A perspectiva de lucro é um motor da criminalidade organizada e é geralmente aceite que a eliminação das possibilidades de branqueamento de capitais e de financiamento das actividades criminosas desincentiva e fragiliza os meios de que os grupos organizados dispõem.

A jurisprudência e a doutrina têm constatado que a prova da proveniência ilícita dos bens patrimoniais dos arguidos em certos crimes organizados ou económico-financeiros não se afigura fácil, consistindo não raras vezes numa verdadeira *probatio diabolica*, não sendo subsumíveis nos artigos 109.º a 111.º do Código Penal, que apenas prevêm a perda de bens a favor do estado quando se prove, no processo, a ligação entre a prática do facto ilícito e o correspondente proveito.

Revelando-se essencial aumentar as possibilidades de apreender ou de confiscar os produtos do crime, o legislador português procurou preencher esta lacuna de punibilidade proporcionada pela mera aparência ou pela dúvida de legalidade quanto à proveniência do património destes arguidos, estabelecendo a presunção do n.º 1 do artigo 7.º do diploma em análise: “Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, *presume-se* ⁽⁵¹⁾ constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”.

Com esta uma presunção de origem ilícita dos bens que se encontram na titularidade dos arguidos acusados pelos crimes do catálogo, e em relação aos quais não existe um título legítimo, pretende o legislador prevenir e reprimir a criminalidade caracterizada pela facilidade de obtenção de grandes lucros, evitando que, condenado por um desses crimes, o agente possa, ainda assim, conservar as vantagens dele derivadas, seja na sua titularidade, seja nas “mãos dos criminosos” da “organização”, e, eventualmente, retomar um modo de vida caracterizado pela “actividade criminosa” ⁽⁵²⁾. Sob o lema de que “o crime não compensa”, pretende-se alcançar um duplo escopo: por um lado, de um ponto de vista retrospectivo, desapropriar vantagens cuja origem

⁽⁵⁰⁾ Neste sentido, J. M. DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de bens a favor do Estado”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra Ed. 2009, p. 125 – 127.

⁽⁵¹⁾ O sublinhado é nosso.

⁽⁵²⁾ Conforme exposição de motivos na proposta de lei 94/VIII.

(presuntivamente) ilícita não foi possível provar; e, por outro lado, de um ponto de vista prospectivo, impedir a proliferação de actividades ilícitas sustentadas por essas mesmas vantagens.

Esta presunção resulta na expropriação dos bens do condenado a favor do poder público, constituindo, por isso, uma verdadeira forma sancionatória patrimonial de reposição das normas violadas e de apropriação das vantagens obtidas com essa violação.

Sucedem, porém, que este regime está, *ab initio*, envolto numa aura problemática e controversa ⁽⁵³⁾, porque desafia direitos constitucionalmente protegidos, como a dignidade de pessoa humana e a presunção de inocência, e os seus corolários, os princípios da culpa e *in dubio pro reo*. Apesar das vozes dissonantes e de alerta para os problemas de violação constitucional e transversão do processo penal, a perda de bens a favor do Estado foi aprovada.

1.2. Regime jurídico da medida: conteúdo, âmbito e efeitos. A questão terminológica

Estabelecida a regra primária no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, os números seguintes apontam para um conjunto de pressupostos de aplicação da presunção e de regras de prova que densificam este regime.

A base imprescindível para a aplicação da perda de bens a favor do Estado prevista neste diploma, é a condenação do agente por um dos crimes constantes no catálogo enunciado no artigo 1.º ⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾. Há, no entanto, que distinguir os crimes que dão sempre origem à aplicação da presunção, e que são os constantes das alíneas a) a i) do n.º 1 do artigo 1.º, daqueles que só lhe dão origem quando cometidos de “forma organizada”, os enunciados nas alíneas j) a n), conforme o disposto no n.º 2 do artigo 1.º.

⁽⁵³⁾ Apesar da consensualidade em torno da necessidade de uma medida desta índole, mais visível sobretudo a partir dos acontecimentos do 11 de Setembro de 2001, a eventual inconstitucionalidade já era discutida aquando da apresentação da Proposta de Lei 94/VIII.

⁽⁵⁴⁾ Cujas últimas alterações se deu pela Lei n.º 19/2008, de 21 de Abril, que aditou os crimes de tráfico de influência, corrupção activa e participação económica em negócio - alíneas d), e) e g), respectivamente.

⁽⁵⁵⁾ Crimes que, como já referimos, se caracterizam pela facilidade de obtenção de lucros e de cujo mérito de integração no catálogo não nos ocuparemos neste trabalho. Sobre o assunto, cfr. JORGE A. F. GODINHO, “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., 2003, p. 1339-1342.

Este pressuposto de acusação do arguido da prática de um dos crimes do catálogo, parece impor que seja proferida a efectiva condenação do agente, com a necessária comprovação da actividade criminosa ⁽⁵⁶⁾, não podendo “a perda de bens” ser definitivamente decretada sem que o arguido seja condenado por sentença transitada em julgado ⁽⁵⁷⁾. Assim sendo, podemos concluir que são submetidas a tribunal duas questões: uma principal, que consiste na punição pela prática de um crime do catálogo; e uma outra, prejudicial e dependente da primeira, que é a aplicação da sanção de “perda de bens a favor do Estado”.

Verificado *in casu* este requisito primário, há que apurar acerca da “incongruência” entre o valor do património do arguido e o seu rendimento lícito. Note-se que a lei faz incidir a presunção sobre “a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”, considerando “património do arguido” os bens que estejam na sua titularidade, ou em relação aos quais o agente tenha o domínio e o benefício à data da constituição como arguido (al. a) do n.º 2 do artigo 7.º), assim como os bens por si transferidos para terceiros a título gratuito ou através de prestação irrisória e os recebidos, nos 5 anos anteriores à constituição como arguido (al. b) e c) do n.º 2 do artigo 7.º) ⁽⁵⁸⁾.

No artigo 9.º, a lei diz que a presunção pode ser ilidida *se se provar* que os bens resultam de actividade lícita ou que foram adquiridos há mais de cinco anos, prevendo a hipótese de contraprova e supondo “que a fonte do património é sempre ilícita e, além disso, que todo o património é ilícito” ⁽⁵⁹⁾. O âmbito da presunção parece, assim, abarcar *todo* o património do arguido. O que isto quererá significar é que no caso de condenação por um dos crimes do catálogo do artigo 1.º, presume-se que *todo* o património do agente tem fonte criminosa. Só interpretando a lei com este sentido se pode justificar a previsão dessa *possibilidade* de o “arguido” provar a origem lícita dos bens, nos termos em que o dispõe o artigo 9.º.

⁽⁵⁶⁾ Apesar de ser certo que, para que se aplique esta sanção, tem de haver uma condenação por um dos crimes do catálogo, o legislador não foi claro acerca da necessidade de demonstração da “actividade criminosa”. A interpretação pode variar entre uma actividade criminosa meramente presumida e a condenação por um conjunto de crimes que seja suficiente para estabelecer uma actividade continuada. Cfr. JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 135-136.

⁽⁵⁷⁾ Esta interpretação não é, todavia, unânime. Isto porque, apesar de o confisco só produzir efeitos após o trânsito em julgado da sentença de condenação, todo o processo tendente à limitação patrimonial começa muito antes, com o requerimento de caução económica e, no caso de não ser prestada, o arresto.

⁽⁵⁸⁾ A inclusão destas alíneas pelo legislador visa evitar que escapem “às malhas da lei” aqueles bens que constem apenas formalmente da titularidade de terceiros, o que vai colocar, no entanto, problemas quanto à garantia de execução prevista na lei – o arresto – e em relação à extensão da reacção a terceiros. Questões que desenvolveremos mais à frente.

⁽⁵⁹⁾ JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 136.

Quanto à determinação quantitativa da sanção, a lei atribui a competência da liquidação do valor “a perder a favor do Estado” ao MP, no momento da acusação (ou posteriormente, em caso de impossibilidade, com o limite do trigésimo dia anterior à data de realização da primeira audiência de discussão e julgamento) ⁽⁶⁰⁾. Em concordância com o exposto acerca do âmbito da presunção, só se pode concluir que o MP vai liquidar na acusação será *todo* o património do arguido, dependendo o excesso desta liquidação da contraprova da legalidade da fonte do património, contraprova esta que competirá ao arguido.

A liquidação resulta assim, para o MP, num mero cálculo matemático, na soma e subtracção de um conjunto de parcelas patrimoniais, não só as constituídas pelos bens na titularidade do arguido, mas também aquelas compostas pelos bens de onde este retire vantagens (ainda que não estejam na sua titularidade) e pelos bens transmitidos ou recebidos gratuitamente ou mediante quantias irrisórias nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido, imputando-se, desta maneira, no património do arguido bens que já não fazem “actualmente” parte dele ⁽⁶¹⁾.

No que concerne as vantagens que nada têm a ver com o crime pelo qual o agente foi condenado mas cuja origem criminal é conhecida, tais vantagens não podem caber na previsão da Lei n.º 5/2002. Falamos das vantagens declaradas perdidas a favor do Estado nos termos dos artigos 109.º e 111.º do Código Penal ⁽⁶²⁾, que têm regimes

⁽⁶⁰⁾ Artigo 8.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro.

⁽⁶¹⁾ Quanto ao método de liquidação e avaliação dos bens, a lei não estabelece qualquer regra, não se sabendo se deverá ser feita por estimativa ou ser totalmente documentada pelo MP; nem a lei esclarece se devem ser contabilizados apenas os bens de valor relevante ou, pelo contrário, todos os bens, ainda que de valor pouco significativo. Na opinião de JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA não se justifica que os bens de utilização quotidiana e de valor reduzido sejam incluídos na presunção. Revela-se, por outro lado, incompreensível a adopção da formalidade da liquidação no tratamento de uma sanção patrimonial: os bens “incongruentes” identificados no património do arguido não necessitam de ser avaliados, podendo eles mesmos, *res*, ser declarados perdidos. No caso de transferência gratuita ou quase gratuita, ou na hipótese de recebimento sem determinação do destino, aqui sim, já faz sentido a declaração de perda pelo valor (*ob. cit.*, p. 141, nota de rodapé 11 e p. 139, nota 10).

⁽⁶²⁾ Dispõe assim o n.º 1 do artigo 109.º do CP: “São declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido ou estivessem destinados a servir para a prática de um facto lícito típico, ou que por este tiverem sido produzidos, quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem públicas, ou oferecerem sério risco de ser utilizados para cometimento de novos factos ilícitos típicos.” Conforme parecer da Câmara Corporativa sobre a Proposta de Lei n.º 9/X, há que fazer aqui, portanto, uma distinção entre instrumentos do crime e produtos do crime. Os primeiros, *instrumenta sceleris*, correspondem à primeira parte do número transcrito e são a causa do crime; os segundos, são os descritos na segunda parte do mesmo preceito e são efeito do crime. A perda destes últimos a favor do Estado justifica-se pela sua ilicitude da sua origem e pelo perigo que podem constituir para a prática de outros crimes, razão esta de prevenção que se sobrepõe aos limites à sanção normalmente impostos pelo dolo e pelo mínimo de gravidade da pena e que permitem classificar esta medida como de segurança, e distanciá-la da figura da apreensão em processo penal. Para MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES (in “Código Penal Português anotado e comentado – legislação complementar”, 17ª Ed., Almedina, 2005, p. 392-394), pressuposto fundamental para a aplicação desta

próprios, bastando a prova de um ilícito típico para serem objecto de apreensão e que, na opinião de DAMIÃO DA CUNHA ⁽⁶³⁾, devem ser apreciadas antes da medida que estamos aqui a tratar, por serem “efectivas” e “reais”, não meramente presumidas. De facto, no n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, o legislador considera *sempre* como vantagens da actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam previstos no artigo 111.º do CP, se deva salientar que não se trata aqui dos bens em si do crime *in concreto* por que o agente é condenado nos termos do CP, mas dos benefícios daí derivados. Note-se que se assim não fosse, correr-se-ia o risco de violar o princípio *ne bis in idem*.

No que respeita à execução desta medida especial, para garantir uma efectiva aplicação do mecanismo, o legislador recorreu à figura do arresto (artigo 10.º da Lei 5/2002) ⁽⁶⁴⁾, com a clara intenção de fazer face à possível resistência de entrega

medida é a prática de um crime. Já JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, entende que tais bens devem ser declarados perdidos a favor do Estado, mesmo quando nenhuma pessoa concreta seja condenada pela prática de um crime (in “Perdidos a favor do Estado: E se os bens forem de terceiro?”, consultado na página da internet www.verbojuridico.com/doutrina/artigos/oadvogado_68.html, e publicado na *Revista O Advogado*, II Série, Setembro 2006.)

Quanto às vantagens do crime o artigo 111.º estabelece que “toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Estado”, assim como os “direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes e representem uma vantagem patrimonial de qualquer espécie”, incluindo os adquiridos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do crime. Não sendo possível a apropriação pelo Estado dos bens em espécie, a perda é substituída pelo pagamento do respectivo valor. Este artigo aplica-se a casos não abrangidos pelo artigo 109.º e constituiu uma “válvula de segurança” contra possíveis evasões ou fraudes. Está especialmente relacionado com o branqueamento de capitais, e foi posteriormente complementado pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, com o objectivo de retirar aos criminosos o produto proveniente da sua actividade ilícita.

MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, “Código Penal Português anotado e comentado – legislação complementar”, 17ª Ed., Almedina, 2005, p. 403-405.

⁽⁶³⁾ *Ob. cit.*, p. 139.

⁽⁶⁴⁾ Relativamente ao arresto, o n.º 1 do artigo 228.º do CPP dispõe o seguinte: “A requerimento do Ministério Público ou do lesado, pode o juiz decretar o arresto, nos termos da lei do processo civil; se tiver sido previamente fixada e não prestada caução económica, fica o requerente dispensado da prova do fundado receio de perda de garantia patrimonial.” Apesar da remissão do CPP para a lei do processo civil, registam-se diferenças entre o regime deste instituto nos dois processos: nos termos do direito processual civil, o arresto consiste numa apreensão judicial de bens do devedor, mas admissível apenas quando haja justificado receio de o credor perder a garantia patrimonial do seu crédito (artigo 406.º e ss. do CPC). Pelo contrário, no processo penal existe uma providência cautelar necessariamente prévia ao arresto que é a caução económica, não tendo o juiz penal, quando o decreta, de apreciar factos que justifiquem o receio de perda de garantia patrimonial, mas limitar-se à verificação do cumprimento da prestação de caução. O arresto como que assume aqui uma forma de consequência pela falta de prestação da caução, de medida substitutiva desta. Depois de decretado o arresto, pode este mesmo vir a ser revogado, a todo o tempo, desde que o arguido preste a caução (a subsidiariedade do arresto em processo penal implica que o juiz só possa decretar o arresto caso o arguido não pague preste caução económica, enquanto medida substitutiva desta). Deste modo, a remissão do n.º 1 do artigo 228.º do CPP para a lei do processo civil, deve ser entendida restritivamente, como referindo-se apenas à tramitação processual do arresto e não aos pressupostos de que depende a aplicação da providência. A finalidade desta providência cautelar é, contudo, a mesma: acautelar o *periculum in mora*, ou seja evitar que no momento da execução da

voluntária dos bens por parte do arguido. Acontece que o recurso a esta medida cautelar se revela de eficácia bastante duvidosa, por duas ordens de razão: primeiro porque, tendo em conta o tipo de criminalidade aqui em causa – relembramos que se trata, maioritariamente, de criminalidade organizada –, a rápida capacidade de dissimulação e/ou disseminação das vantagens dela provenientes pode resultar num arresto desconforme com as reais vantagens obtidas pelo arguido ⁽⁶⁵⁾; e segundo porque a inclusão na contabilização do património do arguido, através do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de bens que não estão actualmente (ou seja, à data da condenação) na sua titularidade implica a interferência na esfera jurídica de terceiros ⁽⁶⁶⁾, proibida pela intransmissibilidade das reacções penais, e sendo a propriedade privada um direito constitucionalmente reconhecido no artigo 62º da CRP ⁽⁶⁷⁾, não são esses bens susceptíveis de serem arrestados ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.

sentença, esta já não produza qualquer efeito útil. Neste sentido, RITA BARBOSA DA CRUZ, “O arresto”, Revista *O Direito*, ano 132.º, 2000, I-II (Jan. – Jun.), p. 171-173.

A intervenção do juiz não deve, no entanto, ser resumida à mera decretação acrítica do arresto nos exactos termos propostos pelo MP. Apesar de a lei facilitar a situação ao requerente quase que com uma “presunção de justificado receio de perda de garantia patrimonial, a mesma é-o *ius tantum*, pois ao juiz penal cabe sindicar a *adequação* e a *proporcionalidade* do valor dos bens a arrestar, em função do montante putativamente em dívida” (RODRIGO SANTIAGO “As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal de 1987”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., 2003, p. 1550). E deve ainda, ao arguido, ser facultada a possibilidade do contraditório, nos termos do n.º 1 do art. 408.º do CPC. Estes princípios não parecem, contudo, ser considerados no específico arresto previsto na Lei n.º 5/2002, como veremos já de seguida.

⁽⁶⁵⁾ Situação directamente relacionada com o problema do momento em que deve ser decretado o arresto, analisada no parágrafo seguinte.

⁽⁶⁶⁾ Atente-se no regime do artigo 110.º do CP: o n.º 1 descarta a perda de bens a favor do Estado se os mesmos não pertencerem, à data dos factos, a nenhum dos agentes ou beneficiários do facto ilícito ou se lhes não pertencerem no momento em que a perda for decretada. Mas o n.º 2 prevê a possibilidade de bens de terceiros serem declarados perdidos, se o titular tiver concorrido, de forma censurável, para a utilização desses bens no crime, assim como, se do facto criminoso, essa pessoa vier a retirar vantagens. A perda de bens de terceiro pode ainda ser declarada se o titular os adquiriu conhecendo a sua proveniência ilícita ou a sua utilização na prática de um facto criminoso. Assim, JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *ob. cit.*. O autor lembra o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24.05.2006, em que se entende que o CPP não prevê nenhum processo autónomo para que terceiros assegurem os seus direitos sobre bens declarados perdidos a favor do Estado, pelo que ficam limitados a uma intervenção incidental espontânea ou provocada no próprio processo (à excepção do incidente, processado por apenso, previsto no art. 36-A do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, para terceiros de boa fé). Mas esses bens não poderão ser confiscados sem que a autoridade judiciária ordene a audição do interessado, antes de ser proferida qualquer decisão, em conformidade com o n.º 7 do artigo 178º e com o n.º 1 do artigo 340.º, ambos do CPP, sob pena de revogação do despacho da declaração de perda, se atempadamente arguida, nos termos do artigo 123º.

⁽⁶⁷⁾ E no n.º 2 do artigo 17º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁽⁶⁸⁾ Será oportuno fazer aqui, apenas quanto aos fins, uma breve distinção entre o arresto, a cuja caracterização e breve explicação do regime jurídico procedemos na nota anterior, e a figura da apreensão: esta, também de natureza processual, inserida no CPP no capítulo das medidas cautelares e de polícia, pode ser determinada como “medida cautelar” quanto a meios de prova, nos termos da al. c) do n.º 2 do art. 249.º. Ora, já vimos que, pelo contrário, com o arresto não se pretende salvaguardar qualquer meio de prova em si, mas antes minorar os prejuízos que podem resultar da duração do processo, ou seja, evitar que o arguido disperse os bens presumidamente oriundos de fonte criminoso, resultando a “perda de bens a favor do Estado” numa sanção virtual. Para mais desenvolvimentos sobre as figuras da

A isto acresce o problema da determinação exacta do momento em que deve ser decretado o arresto. Como garantia de um determinado valor, o arresto pode ser requerido a todo o tempo pelo MP, sendo decretado se existirem fortes indícios da prática de um crime ⁽⁷⁰⁾. O legislador não esclarece se o arresto deve recair sobre todo o património do arguido ou só sobre determinados bens. Não constando da lei qualquer obrigatoriedade de revogação do arresto, sempre que os fundamentos que o justificam percam a “força”, parece que esta medida cautelar é compatível com a *possibilidade* de uma absolvição, a final ⁽⁷¹⁾. Daí que alguma doutrina avance com a regra de que o arresto só poder ser decretado no início da fase de julgamento, na dependência da liquidação ⁽⁷²⁾ efectuada pelo MP, de modo a não recair sobre todo o património, o que permitirá ao arguido provar a legitimidade de determinados bens relevantes para o cálculo, e impedir que venha a ver esses mesmos bens declarados perdidos a favor do Estado. Esta interpretação coloca, no entanto, obstáculos à utilidade da providência: desde o momento da constituição como arguido até ao momento da liquidação, o agente pode dispersar o seu património, de tal modo que se pode verificar uma grande diferença entre o montante determinado pelo MP na acusação e o real património do agente aquando do arresto ⁽⁷³⁾.

apreensão e do arresto, cfr. RODRIGO SANTIAGO, “As medidas de garantia patrimonial no *Código de Processo Penal de 1987*”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., 2003, p. 1532-1533 e 1539-1553.

⁽⁶⁹⁾ JORGE GODINHO lembra que há um pressuposto fáctico de que depende a aplicação da sanção: a titularidade ou disponibilidade de bens. Se o MP não identificar quaisquer bens susceptíveis de serem “perdidos a favor do Estado” não será possível executar a medida, por falta de objecto (*ob. cit.*, p.1342).

⁽⁷⁰⁾ No requerimento inicial, o MP tem obrigatoriamente de requerer prestação de uma caução económica, de alegar factos que criem no juiz a convicção de perigo de perda da garantia e ainda de demonstrar a existência de indícios da prática de um crime, exigida pelo n.º 2 do artigo 192.º do CPP. Caso o arguido não pague a caução, no requerimento seguinte, o de arresto, o MP já não terá de alegar quaisquer factos que fundamentem o justificado receio de perda da garantia, uma vez que esta apreciação é considerada assegurada pelo carácter de subsidiariedade do arresto. Assim, RITA BARBOSA DA CRUZ, “O arresto”, *Revista O Direito*, ano 132.º, 2000, I-II (Janeiro – Junho), p. 172-173.

⁽⁷¹⁾ Esta solução afigura-se inaceitável, na opinião de JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.* p. 147, nota 14. No entanto, o autor verifica que apesar da comum referência aos “fortes indícios” em ambas as situações, também não terá estado no espírito do legislador aplicar aqui o regime das medidas de coacção: a ser essa a intenção, o arresto seria revogável sempre que desaparecessem os factos que o justificam, aplicando-se o artigo 214.º com as necessárias adaptações.

⁽⁷²⁾ Liquidação que pode ser provisória até ao 30.º dia anterior à data designada para a primeira audiência, altura em que se torna definitiva.

⁽⁷³⁾ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA sugere, por isso, a criação de um meio processual que, embora sujeito a decisão judicial, permita ao MP actuar no momento de constituição de arguido por um dos crimes do catálogo e que limite ou impeça o poder de disposição do agente quanto ao seu património. A tal mecanismo aplicar-se-iam as regras dos meios de coacção, adaptadas (em especial, artigos 192.º, 193.º, 212.º e 214.º do CPP). O arresto deveria estar de acordo com os bens que o MP considerasse incongruentes e o arguido teria a possibilidade de, já em fase anterior ao julgamento, provar que certos bens não cabiam no âmbito da presunção, por não se enquadrarem na noção de *património* adiantada pela Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro. Outras legislações optaram pela medida de prisão subsidiária.

Além – e apesar – desta inadequação à situação em análise, a tarefa do MP afigura-se claramente facilitada no regime da Lei n.º 5/2002: basta ao requerente evidenciar alguns indícios da prática de um dos crimes do catálogo para que o juiz decrete o arresto dos bens, sem qualquer apreciação de proporcionalidade e não sendo necessária a prévia audição do arguido, ao contrário do que acontece com qualquer outra medida de coacção ou de garantia patrimonial, nos termos do n.º 3 do artigo 194.º do CPP ⁽⁷⁴⁾.

Posto isto, chegamos a um ponto em que cumpre questionar acerca da terminologia adoptada pelo legislador para designar a medida especial que temos vindo a analisar. Nos termos da Lei n.º 5/2002, os “bens perdidos” são os bens que são arrestados, não se confirmando se são benefícios da actividade criminosa ou se estão simplesmente na disposição do condenado sem que nada tenham a ver com essa presumida actividade criminosa. Note-se que o arresto é uma garantia de execução, por isso a expressão “perda de bens” não denomina a sanção, mas antes a “execução da sanção” pela força, caso não seja voluntariamente cumprida.

Socorrendo-nos, mais uma vez, da análise de DAMIÃO DA CUNHA ⁽⁷⁵⁾, somos levados a considerar a expressão escolhida pelo legislador duplamente incorrecta: por um lado, dada a diferença entre esta “perda de bens” e a apreensão seguida de declaração de perda prevista no CP, verifica-se que, no caso da Lei n.º 5/2002, não há qualquer ligação entre o crime pelo qual o agente é condenado, não sendo os bens declarados perdidos por conexão com esse mesmo crime; por outro lado, a própria lei afirma que tanto o MP, quando liquida, como o juiz, quando decide, estão a determinar o “montante” que deve ser declarado perdido a favor do Estado, tratando-se, portanto, de uma *perda de valor* – a perda do *valor* incongruente, não justificado. *Perda de valor* essa inexistente no nosso ordenamento jurídico-penal, na perspectiva do autor, uma vez que toda a declaração de perda se refere sempre a certos e determinados objectos, traduzíveis em sanções *pecuniárias*.

Considerando tratar-se, afinal, a perda de bens a favor do Estado de uma sanção pecuniária que consiste no pagamento de uma quantia em dinheiro correspondente ao valor das vantagens do crime de que o agente presumivelmente beneficiou, a generalidade da doutrina nacional, à semelhança da lei, doutrina e jurisprudência

⁽⁷⁴⁾ Assim, RODRIGO SANTIAGO, *ob. cit.*, p. 1552.

⁽⁷⁵⁾ *Ob. Cit.*, p. 137-139.

estrangeiras, tem preferido utilizar a expressão “confisco alargado” ⁽⁷⁶⁾ para denominar esta figura. Esmiuçando a expressão, JORGE GODINHO ⁽⁷⁷⁾ aponta mesmo ao termo “perda” um carácter equívoco por entender que aqui nada se “perder”, nem nada se “achar”. Do que se trata é de uma reacção que se traduz numa aquisição, em benefício de entidades públicas, transferindo-se a titularidade (ou outra forma de domínio, nos termos da lei) dos bens da esfera jurídica do agente para o “fisco”, situação esta facilmente compreendida por leigos, que o termo “confisco”, melhor transmite.

Apesar das críticas à epígrafe do artigo 7.º da Lei 5/2002, numa tentativa de justificar a escolha do *nomen legis* “perda de bens” pelo legislador, têm sido apontadas duas razões para esta denominação: i) uma intenção de pragmatismo, pela previsibilidade de que o valor apurado pelo MP será de tal maneira elevado que dificilmente o condenado disporá dos meios para cumprir voluntariamente a sanção – o que redundaria no reconhecimento, por parte do próprio legislador, de que se limitou a prever, apenas e tão só, teoricamente a possibilidade de o arguido prestar caução ⁽⁷⁸⁾ ou pagar *ex volunta* ⁽⁷⁹⁾; ii) razões históricas ⁽⁸⁰⁾, assentes na proibição constitucional de *confisco geral* ⁽⁸¹⁾ (por estender os seus efeitos à família do condenado), figura em que, afinal, acaba por se enquadrar esta sanção, por se aplicar, logo *ab initius*, a todo o património do arguido, podendo até suceder, como vimos, que o montante liquidado pelo MP ultrapasse o seu património “actual” à data da execução da medida.

⁽⁷⁶⁾ No artigo 1 da Decisão 2005/212/JHA do Conselho Europeu, de 24 de Fevereiro de 2005, é avançada a definição de confisco: “*confiscation*” means a penalty or measure, ordered by a court following proceedings in relation to a criminal offence or criminal offences, resulting in the final deprivation of property. Atente-se também na epígrafe do art. 3: *Extended powers of confiscation*.

⁽⁷⁷⁾ *Ob. cit.*, p. 1356 (em especial, nota de rodapé 126).

⁽⁷⁸⁾ Possibilidade prevista no n.º1 do art. 11.º.

⁽⁷⁹⁾ Neste sentido, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 139. E o autor vai ainda mais longe quando afirma que “no processo penal, o arresto é efectuado caso o arguido não preste caução económica; nesta lei, a ordem é a inversa.” P. 146, nota 13.

⁽⁸⁰⁾ Desde o direito romano que o confisco geral era utilizado para fins políticos, financeiros e criminais. Instituto largamente utilizado por toda a Europa durante o Ancien Régime, para efeitos de retribuição criminal aos quais eram alheias todas e quaisquer formas de ressocialização, foi retirado dos ordenamentos jurídicos após a revolução liberal, como consequência da proibição de transmissibilidade das reacções criminais. O confisco geral, à semelhança de outros textos constitucionais europeus, estava expressamente proibido nas Constituição Portuguesa de 1822, na Carta Constitucional de 1826, e nas Constituições de 1838 e 1933, tendo desaparecido da redacção constitucional de 1976. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, cfr. JORGE GODINHO, *ob. cit.*, p. 1355 a 1357 (em especial, nota de rodapé 126).

⁽⁸¹⁾ O confisco geral distingue-se do confisco especial por o primeiro visar todo o património do agente, ou uma parte alíquota dele, enquanto o segundo está direccionado para certos e determinados bens do condenado – confisco especial este que, no caso que temos vindo a analisar, não seria, de todo, desenquadrado se se tratasse de confiscar apenas e somente as vantagens presumidas do crime por que o agente é acusado.

1.3. “Confisco alargado”, regras de prova e princípio da culpa

Essencialmente, pode-se dizer que o regime do “confisco alargado” consiste na presunção da origem ilícita dos bens de pessoas condenadas pela prática dos crimes descritos no artigo 1.º, com vista a proporcionar a expropriação a favor do Estado das presumidas vantagens de suposta actividade criminosa anterior. Tecnicamente, estamos perante uma verdadeira presunção: de certo facto conhecido e comprovado (a prática de um ou mais crimes do catálogo) inferem-se outros factos desconhecidos e não comprovados (a ilicitude da origem de certo património) ⁽⁸²⁾.

Esta presunção permite contornar a *probatio diabolica* da origem ilícita dos bens destes agentes, que normalmente caberia à acusação. Mas referimos já ao longo da nossa exposição que a presunção prevista no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, pode ser ilidida. Resta-nos agora explicar de que modo a lei previu essa possibilidade.

Nos termos do n.º 3 do artigo 9.º do diploma, a presunção *iuris tantum* do artigo 7.º é ilidida se se provar que os bens: a) resultam de rendimentos de actividade lícita; b) estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior.

A redacção deste preceito só faz sentido se atribuirmos à presunção o âmbito que lhe demos no ponto anterior, ou seja, no sentido de que “o que o legislador quis é que o MP, para avaliar o montante apurado, presuma que *todo* o património tem origem na (presumida) actividade criminosa e, além disso, todos os bens que o agente tem na sua titularidade (benefício ou domínio) no momento de constituição de arguido presumem-se dentro do prazo de validade para efeitos de cálculo de vantagens de actividade criminosa” ⁽⁸³⁾.

Tem-se geralmente considerado que estamos aqui perante uma “inversão do ónus da prova” que exonera o MP do dever de provar a “incongruência” e a fonte ilícita do património do arguido e da sua aquisição, limitando-se o dever de tal demonstração aos bens que já não fazem parte do património do arguido e cuja transmissão ocorreu

⁽⁸²⁾ Conforme a noção de presunção legal do artigo 349.º do CC: “ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.”

⁽⁸³⁾ JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 144 (o itálico é nosso).

dentro do prazo dos cinco anos anteriores ⁽⁸⁴⁾. Ao contrário do que se passaria normalmente num processo de natureza penal em que, como tivemos oportunidade de expor *supra* no Capítulo I, o MP actua *a charge et a décharge*, procurando a verdade material, seja ela a confirmação do que consta da acusação ou, pelo contrário, a prova da inocência do arguido, a ilisão da presunção cabe aqui ao arguido, presumido culpado *ab initio* ⁽⁸⁵⁾.

Apenas no que concerne à prova, no caso de a titularidade dos bens “incongruentes” pertencer a um terceiro, como previsto na al. b) do n.º 2 do artigo 7.º, caberá à acusação provar que, apesar disso, os respectivos domínio e benefício, pertencem ao arguido ⁽⁸⁶⁾. Note-se que aqui a demonstração terá de incidir sobre a titularidade, e não sobre a origem dos bens, e, uma vez que a titularidade não se presume, especialmente contra terceiros, isto poderá implicar a necessidade de o MP arguir a simulação de negócios jurídicos pelo arguido.

Assim sendo, esta “inversão do ónus da prova”, para além de colocar um órgão de justiça, por definição imparcial, o MP, na posição de “parte adversária”, observando-se uma clara transversão do processo penal, coloca ainda em causa os princípios constitucionalmente reconhecidos da presunção de inocência e da garantia da plenitude dos direitos de defesa ⁽⁸⁷⁾.

Ora vejamos.

A presunção de inocência está consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP, e desempenha no processo, essencialmente, duas funções: de regra de tratamento do arguido, protegendo a dignidade de pessoa humana e limitando as restrições à liberdade; de critério de decisão em relação à prova. Daqui resultam três consequências: i) a presunção de inocência do arguido, salvo prova concreta em contrário; ii) a desoneração do arguido de demonstração dos factos e a insusceptibilidade de ser prejudicado pelo seu silêncio; iii) em caso de incerteza, de *non liquet*, a decisão do tribunal a favor do arguido, ou seja, *in dubio pro reo*.

⁽⁸⁴⁾ O estabelecimento do prazo “curto” de cinco anos é justificado na exposição de motivos como razoavelmente a favor do arguido, considerando que quanto maior for o hiato de tempo que vai desde a aquisição até à condenação, mais difícil será para o arguido explicar a proveniência dos bens.

⁽⁸⁵⁾ Esta “inversão do ónus da prova”, embora não altere o princípio de que toda a decisão judicial deve ser fundamentada, também vai influenciar o sentido dessa decisão, na medida em que, enquanto na questão principal o tribunal terá de justificar com elementos de prova por que condenou o arguido, na questão sobre a “declaração de perda”, terá de justificar por que se convenceu que a presunção não se verifica. Assim, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *ob. cit.*, p. 152.

⁽⁸⁶⁾ Aqui como no regime do artigo 110.º do CP, supletivo deste, a perda não tem lugar se os objectos não pertencerem ao agente à data do facto, ou não lhe pertencerem no momento em que a perda foi decretada.

⁽⁸⁷⁾ Artigo 32.º da CRP, em especial, os números 2 e 1, respectivamente.

Sucedo que o legislador da Lei n.º 5/2002 parte, logo de início, de uma presunção de ilicitude que exonera o MP de qualquer dever de prova, tanto da existência de actividade criminosa originária do património do agente, como da “incongruência” dos rendimentos deste. A lei exige como pressuposto da aplicação da sanção uma condenação, mas a fundamentar essa condenação apenas e tão só será necessário à acusação demonstrar a culpa do agente quanto à prática de um dos crimes do catálogo, nunca quanto à fonte ilícita dos bens “liquidados”.

Se fosse inteiramente respeitado o espírito da presunção de inocência, ao arguido não caberia demonstrar nem a aquisição dos bens há mais de cinco anos, nem a legitimidade do seu património ⁽⁸⁸⁾, e muito menos que a sua fonte nada tem a ver com a actividade criminosa por que vem acusado. Respeitado o princípio da presunção de inocência, o agente não veria os seus bens expropriados pelo *ius puniendi* sem que a sua culpa fosse, em relação à origem criminosa do seu património, efectivamente provada. O que leva JORGE GODINHO a considerar que “o regime assenta numa *suspeita*, que conduz a uma *presunção de culpa*” ⁽⁸⁹⁾.

Daí a interpretação de alguma doutrina que considera de suma importância um terceiro requisito para a aplicação da presunção do n.º 1 do artigo 7.º, a acrescentar à prática de um crime do catálogo e à “incongruência” entre o património do agente e os seus rendimentos lícitos: um provado nexos de causalidade entre o património a confiscar e a prática de crimes. Alguns autores, entre os quais DAMIÃO DA CUNHA ⁽⁹⁰⁾, consideram que “deve existir pelo menos uma probabilidade de a fonte das vantagens estar em associação com o crime do catálogo”, de modo a garantir que a fonte dos bens patrimoniais retirados ao agente tem, de facto, uma ligação directa com o tipo de actividade criminosa por que o agente é condenado. É que as vantagens obtidas pelo agente podem não ter nada a ver com o crime, por isso será necessário demonstrar a probabilidade de serem provenientes de actividade criminosa anterior à prática do crime, actividade essa que terá de se referir aos tipos de crime previstos no catálogo ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁾ O que, aos olhos de JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, é chocante, por ser facilmente possível ao MP e ao Tribunal ter acesso à situação económica do arguido, que pode, simultaneamente com a (presumida) actividade criminosa exercer outra actividade ou profissão lícita. *Ob. cit.*, p. 141, nota 11.

⁽⁸⁹⁾ *Ob. cit.*, p. 1359.

⁽⁹⁰⁾ *Ob. cit.*, p. 136.

⁽⁹¹⁾ Segundo o mesmo autor, em relação ao crime descrito na acusação e que constitui a questão principal, valem integralmente as regras do processo penal; já quanto à inferência da existência de outros actos similares, concomitantes com ou anteriores a esse, a prova não terá de ser tão concludente, bastando identificar indícios que permitam tornar plausível tal dedução. Imperativo será que essa inferência seja feita após a prova do crime por que o agente vai acusado. *Ob. cit.*, p. 129.

Uma vez demonstrada, para além de dúvida razoável, a prática de um dos crimes do catálogo, a prova da existência dessa actividade criminosa bastar-se-ia com um juízo de probabilidade. Bastaria ao MP demonstrar agora a existência de “incongruências” com o rendimento normal do condenado, para se presumir tratarem-se de vantagens dessa actividade, sem necessidade de prova adicional. Como contraprova, o arguido poderia explicar razoavelmente a origem dos bens, demonstrar que não têm como causa provável aquela concreta actividade criminosa, que têm outra fonte. Deste modo garantir-se-ia um mínimo de certeza quanto à existência de uma actividade criminosa e a ligação directa dos bens a confiscar com o tipo de criminalidade que o legislador entendeu sancionar e submeter a este regime, não outra ⁽⁹²⁾.

Segundo o mesmo autor, a situação torna-se ainda mais complexa se considerarmos o momento da liquidação do “valor a perder a favor do Estado”, que, como vimos, pode ser apresentada antes da audiência de discussão de julgamento: “a discussão sobre esta sanção é realizada sendo ainda incerta a condenação – quem a discute é o arguido enquanto arguido e não como condenado” ⁽⁹³⁾.

De facto, segundo as regras do processo penal, não só cabe ao arguido carrear as provas para o processo, como nessa altura ainda não é certo que o arguido venha a ser condenado, nem que a sanção do confisco lhe venha a ser aplicada. Limitar a liberdade patrimonial a uma pessoa presumida inocente e impor-lhe que apresente prova (resultando tanto o seu silêncio em seu desfavor), ou permitir que o MP apresente liquidação antes mesmo de sustentar a acusação, quando os efeitos da liquidação dependem de uma sentença condenatória, levanta dúvidas acerca da constitucionalidade de tal solução.

Por isso ⁽⁹⁴⁾, o autor sugere que o momento do acto definitivo da liquidação deverá ser o da condenação, uma vez demonstrada em audiência de julgamento a culpabilidade do arguido ⁽⁹⁵⁾. Só quando convicto da culpabilidade do arguido é que o MP deveria promover a “perda de bens”, assim como o tribunal só se deveria ocupar da

⁽⁹²⁾ Esta interpretação não é, contudo, unânime. Outros, apoiados na letra da lei, defendem a não exigência de qualquer prova adicional a cargo do MP, em concordância com a noção de presunção legal. Veja-se JORGE GODINHO, *ob. cit.*, p. 1343.

⁽⁹³⁾ *Ob. cit.*, p. 150. Relembre-se ainda a facilitação ao requerimento de arresto. Como já dissemos, o legislador apenas exige um “receio” de que os bens venham a ser dispersados.

⁽⁹⁴⁾ E por também se poder argumentar que “o conhecimento antecipado do valor do montante apurado e uma vez que ele se presume produto de uma actividade criminosa, poderia colocar em causa a imparcialidade do tribunal, na medida em que ele traduz um juízo de suspeita, tanto mais forte quanto o montante apurado seja elevado”, cuja solução passaria pela cisão da questão penal perante esta sanção. *Ob. cit.*, p. 151.

⁽⁹⁵⁾ *Ob. cit.*, p. 147.

questão da declaração de perda quando tivesse certezas acerca da condenação na questão principal. No caso de o MP, segundo o seu dever de objectividade, ou de o tribunal, ao abrigo do seu poder de decisão, entenderem que o arguido devesse ser absolvido, não haveria que produzir prova sobre esta sanção, nem de existir qualquer deliberação acerca da questão subordinada, “não só porque não poderá haver qualquer base de cálculo, como porque seria inaceitável que uma decisão absolutória se pudesse, em recurso, deduzir de uma anterior actividade criminosa (mesmo que presumida)”⁽⁹⁶⁾.

Admitir-se um “juízo de probabilidade” fundado em indícios credíveis para fazer aplicar uma sanção, já constituiu, *de per se*, uma derrogação às regras do processo penal. Fazer recair sobre o acusado a prova negativa é, mais que violação de regras processuais penais, uma violação dos direitos de defesa de qualquer arguido. *In casu*, com esta presunção, o arguido vê-se confrontado com a necessidade de se defender numa questão acessória, enquanto corre, também contra si e em simultâneo, o processo da questão principal, podendo sentir-se obrigado a prestar declarações ou provas acerca daquela que lhe podem vir a ser prejudiciais nesta, estando inclusivamente impossibilitado de se remeter ao silêncio, se quiser evitar o confisco.

Mas nem só no sentido de corolário da presunção de inocência, lado a lado com o princípio *in dubio pro reo*, ousou o legislador desafiar o princípio da culpa: o confisco alargado aparece aos olhos de qualquer destinatário como uma sanção puramente objectiva, não relevando para a determinação da sua medida, nem a gravidade do ilícito, nem a gravidade da pena principal, nem o grau de participação do condenado no crime (ou na “actividade criminosa”)⁽⁹⁷⁾. Trata-se, portanto, de uma quantificação baseada num cálculo matemático, puramente objectivo, sem que seja tido em consideração qualquer elemento de subjectividade, nem mesmo quanto aos efeitos que possa provocar na esfera pessoal do arguido, e além dela, da sua família. Não se verifica na redacção das normas do regime de perda a favor do Estado da Lei n.º 5/2002 qualquer preocupação de proporcionalidade na determinação da medida da sanção, resultando num verdadeiro procedimento *in rem*, digno da apreciação crítica de JOHN VERVAELE: “*Il est impensable de détacher la procédure in rem de la question penal*

⁽⁹⁶⁾ *Ob. cit.*, p. 152. Com esta opinião concorda JORGE GODINHO: “Em geral, parece pouco razoável a exigência da justificação – em prazo apertado – da origem do património de uma pessoa, sem haver certeza sobre a existência dos pressupostos de que depende tal medida, pois se o processo principal culminar na absolvição, o procedimento com vista ao confisco ter-se-á revelado inútil.” – *ob. cit.*, p. 1360.

⁽⁹⁷⁾ É, por isso, inconfundível com a pena de multa. Apesar de o confisco ser também uma sanção patrimonial, as regras para a sua determinação/quantificação nada têm a ver com as da multa penal.

de la culpabilité et des règles valables en la matière pour la répartition de la charge de la preuve et pour la force probante, donc d'abandonner l'approche ad personam” (98).

Podemos assim concluir com DAMIÃO DA CUNHA que, não está aqui em causa apenas o princípio de presunção de inocência e os seus corolários, os princípios da culpa e *in dubio pro reo*, mas a própria legitimidade do processo e da sanção nos quadros de um Estado de Direito: “Ao arguido devem ser concedidos todos os direitos de defesa quanto à questão principal – só assim se garante que o juízo de culpabilidade seja um juízo sobre o concreto facto descrito na acusação e com prova que ilida a presunção de inocência, como só assim se garante que a pena que é aplicada seja adequada em relação ao facto cometido. Só depois disso é que se deve discutir a questão “acessória” e só aí se pode impor algum dever probatório ao (verdadeiramente) culpado” (99). A solução passaria pela “autonomização” do processo de “declaração de perda”.

Resta-nos expor a posição do STJ no Acórdão de 12 de Novembro de 2008 (100), em que se entendeu que o regime da “perda de bens a favor do Estado” conforme previsto na Lei que temos vindo a analisar, assente na presunção de ilicitude da proveniência dos bens do arguido, não viola qualquer direito fundamental pelas seguintes razões: por um lado, em primeiro lugar, opera apenas no âmbito de crimes de catálogo (os mencionados no seu artigo 1.º) e a presunção, base do confisco, supõe a prévia condenação por um daqueles crimes; por outro lado, a presunção é direccionada, apenas, à ilicitude da proveniência de bens ou *prodata sceleris*, não já ao conteúdo material do crime. Além disso, este regime assenta num propósito de prevenção da criminalidade global, reafirmando a vigência da norma não só sobre o agente do facto ilícito típico (prevenção especial individual), mas também sobre a sociedade em geral, (prevenção geral positiva ou de integração); por último, argumenta-se que o arguido pode afastar a presunção exercendo plenamente o seu direito de contraditório e demonstrando a proveniência lícita dos bens ou vantagens liquidados pelo MP como supostamente ilícitos.

Acrescenta-se ainda, no mesmo acórdão, que, primeiramente, o julgador deverá socorrer-se da prova produzida em tribunal e, só depois, fazer funcionar a presunção,

(98) JOHN A. E. VERVAELE, “Les sanctions de confiscation en droit penal: un intrus issu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu’elle revêt pour le droit (procédural) penal néerlandais”, in *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, n.º 1, janvier-mars, 1998, p. 56.

(99) *Ob. cit.*, p. 153.

(100) Sumário disponível em www.dgsi.pt.

fixando o facto legalmente presumido, na esteira de que quem usufrui de uma presunção está dispensado de provar os factos a que ela conduz, nos termos do artigo 344.º, n.º 1, do CC (quanto ao exacto quantitativo daqueles rege o poder-dever de o tribunal, como figurino dos sujeitos processuais, proceder à sua indagação).

1.4. Natureza jurídica e caracterização geral do confisco penal

A intenção pragmática do legislador levou à criação de um regime jurídico incoerente com as regras do processo penal e com características civilísticas, razão pela qual a natureza jurídica do “confisco alargado” tem sido, por diversas razões, objecto de discussão na doutrina.

Se atentarmos nos trabalhos preparatórios, parece que o legislador quis instituir uma sanção típica do direito civil. A esta aparência acrescem a natureza patrimonial e objectiva deste confisco e a introdução de uma figura em tudo semelhante ao ónus da prova característica do processo civil, não se exigindo à acusação a demonstração da ilicitude da origem dos bens, que podem levar a uma inclinação para uma natureza civil. Mas note-se que até na lide civilística, quem invoca um direito deve fazer prova dos factos constitutivos desse direito. Embora a parte contrária tenha o ónus de demonstrar a existência de factos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão do autor, este tem de alegar e demonstrar os factos de onde brotam o seu direito, só assim presumindo o legislador, caso o réu não apresente contraprova, a manutenção desse direito ⁽¹⁰¹⁾.

JORGE GODINHO ⁽¹⁰²⁾ aponta-lhe uma natureza penal por quatro razões: i) a aplicação da medida depende de uma condenação penal; ii) teleologicamente estão em causa fins de prevenção criminal; iii) o regime subsidiário é constituído pelas regras gerais sobre confisco das vantagens constantes do CP; iv) a prova faz-se nos termos do processo penal.

Já DAMIÃO DA CUNHA, não considera que se trate de um sancionamento penal: “primeiro, porque nada tem a ver com crime; segundo, porque escapa, na sua determinação, a factores relacionados com o crime” ⁽¹⁰³⁾. Para este autor, o confisco alargado é um processo autónomo desencadeado por uma liquidação, que se assemelha a uma forma de impugnação contenciosa (não dependendo, contudo, da acção do

⁽¹⁰¹⁾ Artigo 342.º do CC.

⁽¹⁰²⁾ *Ob. cit.*, p. 1348.

⁽¹⁰³⁾ *Ob. cit.*, p. 146.

interessado). Mais: é um processo “administrativo-fiscal”, prejudicado por uma condenação, que visa um confisco. O autor sugere ainda que o próprio legislador indicou esta analogia às regras do contencioso tributário na Exposição de Motivos da Lei n.º 5/2002, ao referir por diversas vezes as regras de impostos sobre rendimentos. E conclui que não é por acaso que no âmbito desta sanção não existe qualquer imparcialidade do MP na liquidação. Tal deriva do fato de ter as suas origens no modelo administrativo anglo-saxónico, que assenta num entendimento radicalmente distinto de conflito entre Estado e cidadão, ao qual se aplicam as mesmas regras dos conflitos entre privados, de tal modo que o processo penal é denominado de *adversary system*. Para justificar a analogia “fiscal”, o autor relembra que historicamente o MP tem as suas origens no fisco, na figura do “Procurador-Geral da República e da Fazenda” da monarquia constitucional ⁽¹⁰⁴⁾. DAMIÃO DA CUNHA ⁽¹⁰⁵⁾ aponta, assim, à sanção um carácter puramente objectivo (“quase fiscal”), de acordo com a apreciação de VERVAELE: “*Le saisie-confiscation est, d’un point de vue procédural, fortement orientée vers l’objet (in rem); le lien avec la personne (ad personam) et le fait penal (mens rea – actus reus) est souvent réduit au minimum*” ⁽¹⁰⁶⁾.

O confisco alargado é hoje uma reacção penal substantiva de elevada importância, mas durante um longo período histórico, como atentador dos direitos patrimoniais que é, desempenhou um papel secundário. Como explica, mais uma vez, JOHN VERVAELE, “*l’atteinte au patrimoine constituait une aide, à aucun moment une sanction indépendante*” ⁽¹⁰⁷⁾. É uma sanção patrimonial mas não se pode confundir com a pena de multa, uma vez que a sua determinação tem uma matriz totalmente diversa.

1.5. Direito comparado

A introdução do confisco alargado em direito penal insere-se numa tendência internacional, iniciada em meados da década de oitenta do século XX, de aplicação de sanções novas e especiais a determinadas formas de grande criminalidade, como o tráfico de droga, corrupção e crime organizado, de acordo com a convicção de que, dada a sua gravidade, tais crimes justificam medidas especiais, inclusivamente a redução de direitos. A sanção limitada ao autor enquanto indivíduo tem, desde então, vindo a ser

⁽¹⁰⁴⁾ *Ob. cit.*, p. 149, nota 15.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ob. Cit.*, p. 141.

⁽¹⁰⁶⁾ JOHN A. E. VERVAELE, *ob. cit.*, p. 40.

⁽¹⁰⁷⁾ JOHN A. E. VERVAELE, *ob. cit.*, p. 39.

acompanhada de sanções patrimoniais, alicerçadas em interesses de prova e de ordem pública, que põem em causa princípios constitucionais e a base do direito processual penal, como analisámos no ponto anterior.

No âmbito das Nações Unidas, a Convenção de Viena de 1988 contra o tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas incentiva mesmo as Partes Contratantes à introdução da “inversão do ónus da prova” nos regimes nacionais, para efeitos de confisco, no artigo 5.º, n.º 7, do seguinte modo: “As Partes podem considerar a possibilidade de inverter o ónus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objecto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros o permitam”.

O Plano de Acção contra o Crime Organizado da Comissão Europeia, de 28 de Abril de 1997, pelo contrário, não menciona a questão de “inversão do ónus da prova” para efeito de confisco penal. O assunto é identificado claramente como de interesse comunitário, mas as iniciativas têm-se limitado à estipulação de *standards* mínimos de repressão, deixando uma margem de escolha aos Estados quanto ao conteúdo processual das sanções. O carácter altamente problemático da matéria tem coibido quer o Conselho da Europa quer a União Europeia de avançar com iniciativas tendentes à aprovação de textos vinculativos.

Daí que, apesar de ser considerada uma figura de elevada relevância no combate à grande criminalidade e, por isso, existente em grande parte dos países europeus e nos Estados Unidos da América, a verdade é que, uma vez que se trata de uma matéria controversa e de natureza polémica, estamos ainda longe de atingir uma uniformização legislativa internacional, mantendo-se o tema sob a soberania de cada Estado. Cumpre, por isso, fazer referência a alguns ordenamentos jurídicos.

Os regimes italiano e britânico de confisco apresentam várias semelhanças com o estabelecido na nossa Lei n.º 5/2002. No caso italiano, depois de alguma polémica em torno da primeira versão da figura introduzida em 1994 que implicava, para além do confisco, uma pena de prisão de dois a cinco anos, vigora agora a presunção de origem ilícita dos bens dos arguidos por certos crimes que, tendo um património desproporcional aos rendimentos declarados ou à sua actividade económica “legal”, não demonstrem a origem lícita de tal património, dependendo o confisco (a pena de prisão foi retirada) do requisito de uma efectiva condenação, não sendo suficiente a mera

constituição como arguido para o juiz decretar a sanção ⁽¹⁰⁸⁾. Há ainda que salientar que, no âmbito da legislação anti-máfia, a ordem de confisco pode ser dirigida também contra terceiros ⁽¹⁰⁹⁾.

No Reino Unido, o *Proceeds of Crime Act* de 2002, anteriormente precedido pelo *Drug Trafficking Offences Act* de 1986 e pelo *Drug Trafficking Act* de 1994, estabelece uma presunção de origem ilícita do património adquirido nos últimos seis anos, mas apenas em caso de condenação por tráfico de estupefacientes. Para tal, os tribunais recorrem a *assumptions* ⁽¹¹⁰⁾, considerando que os bens adquiridos durante esse período consistem em vantagens do tráfico, cabendo ao arguido demonstrar o contrário ⁽¹¹¹⁾. O “modo de vida criminoso” tem de ser provado pelo Estado e o que se presume será a origem criminosa do património ⁽¹¹²⁾.

Na Alemanha foi introduzido um regime de “confisco alargado” ⁽¹¹³⁾ com a lei de 15 de Julho de 1992, a ser decretado pelo juiz quando estejam em causa certos tipos de ilícito e as circunstâncias de facto levem a crer que certos bens têm proveniência ilícita, sendo necessário que se verifiquem indícios objectivos da mesma.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. JORGE GODINHO, “Brandos costumes?...”, *ob. cit.*, p. 1322 – 1323.

⁽¹⁰⁹⁾ MICHAEL KILCHLING, “Comparative Perspectives on Forfeiture Legislation in Europe and the United States”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 5, 1997, Kluwer Academic Publishers, p. 355.

⁽¹¹⁰⁾ Vale a pena transcrever a *Section 10* do *Proceeds of Crime Act 2002*:

“Assumptions to be made in case of criminal lifestyle:

1 - If the court decides under section 6 that the defendant has a criminal lifestyle it must make the following four assumptions for the purpose of:

(a) deciding whether he has benefited from his general criminal conduct, and

(b) deciding his benefit from the conduct.

2 - The first assumption is that any property transferred to the defendant at any time after the relevant day was obtained by him:

(a) as a result of his general criminal conduct, and

(b) at the earliest time he appears to have held it.

3 - The second assumption is that any property held by the defendant at any time after the date of conviction was obtained by him:

(a) as a result of his general criminal conduct, and

(b) at the earliest time he appears to have held it.

4 - The third assumption is that any expenditure incurred by the defendant at any time after the relevant day was met from property obtained by him as a result of his general criminal conduct.

5 - The fourth assumption is that, for the purpose of valuing any property obtained (or assumed to have been obtained) by the defendant, he obtained it free of any other interests in it.

6 - But the court must not make a required assumption in relation to particular property or expenditure if:

(a) the assumption is shown to be incorrect, or

(b) there would be a serious risk of injustice if the assumption were made.

7 - If the court does not make one or more of the required assumptions it must state its reasons.”

Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/29/part/2/crossheading/confiscation-orders>.

⁽¹¹¹⁾ Ver JORGE GODINHO, “Brandos costumes?...”, *ob. cit.*, p. 1323.

⁽¹¹²⁾ Conforme a Exposição de Motivos do *Proceeds of Crime Act 2002*.

⁽¹¹³⁾ *Erweiterer Verfall*, § 73d StGB.

Posteriormente à entrada em vigor da lei, a jurisprudência alemã restringiu o âmbito de aplicação da norma ao exigir a quase certeza da origem ilícita desse património.

O regime suíço apresenta características mais severas: o art. 59-3 do Código Penal estende o confisco a todos os valores sobre os quais uma organização criminosa tenha poder de disposição. Estando o tribunal razoavelmente convencido de que uma pessoa pertenceu ou apoiou tal organização, presumem-se também submetidos ao seu poder de disposição os bens dessa pessoa, salvo produção de contraprova pelo visado. O confisco é ainda alargado também aos bens de origem lícita da organização. Esta inversão da prova só se dá, todavia, no caso especificado ⁽¹¹⁴⁾. STRATEMWERTH ⁽¹¹⁵⁾ alerta que, por exemplo, no quadro do tipo de ilícito do branqueamento de capitais, para que a presunção do poder de disposição opere, os valores patrimoniais têm realmente de provir de um crime. De salientar que, mesmo assentando numa condenação assente numa presunção, os resultados de aplicação desta cláusula têm sido escassos ou mesmo nulos.

Na Áustria é possível identificar uma fusão de elementos dos regimes alemão e suíço, embora com uma vertente mais garantística. É possível o decretamento do confisco em caso de crime repetido e continuado e em caso de pertença a uma associação criminosa ou terrorista, bastando para esta última modalidade a prova da disponibilidade dos bens, não sendo necessário provar a origem ilícita. Sucede, porém, que ao contrário do que vimos nos sistemas anteriores, aqui, e em ambos os casos, é necessária a prova, para além do cometimento continuado do crime, que as vantagens obtidas estão cronologicamente ligadas a esses crimes e que se pode razoavelmente assumir que tiveram origem em ulteriores crimes da mesma natureza. As exigências de prova são, no entanto, compensadas com um afrouxamento da conexão requerida. O confisco opera, já à semelhança dos outros regimes, se o visado não demonstrar a fonte lícita dos bens em causa.

Em França mantém-se o confisco geral, já abolido e restabelecida duas vezes e com um âmbito cada vez mais restrito. O Código Penal de 1994 regula-o para os casos

⁽¹¹⁴⁾ MICHAEL KILCHLING, “Comparative Perspectives on Forfeiture Legislation in Europe and the United States”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 5, 1997, Kluwer Academic Publishers, p. 349.

⁽¹¹⁵⁾ GÜNTER STRATENWERTH, “A luta contra o branqueamento de capitais por meio do direito penal: o exemplo da Suíça”, *Lusíada*, Série II, n.º 3 (2005), Lisboa, p. 90 – 91.

de tráfico de drogas, crimes contra a humanidade e branqueamento de capitais (artigos 222-49, 213-1, 324-7-12, respectivamente) ⁽¹¹⁶⁾.

Nos Estados Unidos existe quer o confisco penal, quer o confisco civil. O regime de combate ao abuso de drogas ⁽¹¹⁷⁾ é de natureza civil e depende de prova (*probable cause*) da origem ilícita, mas não é exigida a demonstração da derivação ilícita dos bens *beyond reasonable doubt*, normalmente requerida nos casos criminais. Feita essa ténue prova, o ónus passa para os suspeitos, a quem cabe demonstrar que a origem não é ilícita.

Por sua vez, e finalmente, em Espanha não foi introduzida esta forma alargada de confisco, mas para certos crimes está prevista no Código Penal uma multa proporcional às vantagens obtidas ⁽¹¹⁸⁾.

Resumindo, em Portugal, Itália, Reino Unido e Irlanda, temos uma inversão pura e simples do ónus da prova: na sequência de uma condenação por certos crimes, presume-se que todo o património do condenado resulta de condutas criminosas. Se não for ilidida, a presunção é condição suficiente do confisco, que se baseia na mera suspeita de origem ilícita. Nos casos da Alemanha e Áustria, há uma flexibilização do ónus da prova que deve, em todo o caso, ser suportada por indícios adicionais, que sustentem a afirmação de uma provável origem ilícita dos bens a confiscar; nestas hipóteses, o confisco não exige a prova da concreta origem ilícita, como no regime geral, mas também não se basta com a mera presunção, sendo também exigida a prova de factos dos quais resulta o pleno convencimento do tribunal em relação à origem ilícita do património, representando uma via intermédia entre inversão pura e simples do ónus da prova e o regime geral ⁽¹¹⁹⁾.

1.6. Conclusão

A gravidade e o desafio que o tipo de criminalidade coloca ao Estado de Direito democrático pode justificar alguma limitação aos princípios tradicionais. Mas isso não deve implicar uma “abolição” desses princípios, mas tão só uma restrição “adequada” e constitucionalmente fundamentada.

⁽¹¹⁶⁾ *Apud* JORGE GODINHO, “Brandos Costumes?...”, *ob. cit.*, p.1326.

⁽¹¹⁷⁾ O *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act*, de 1970, corrigido pelo *Civil Asset Forfeiture Act* de 2000.

⁽¹¹⁸⁾ O que, nas palavras de JORGE GODINHO, “pode configurar uma forma velada de confisco geral”.

⁽¹¹⁹⁾ Assim, JORGE GODINHO, “Brandos Costumes?...”, *ob. cit.*, p.1327.

No caso português, não fica garantido que o Estado, e no caso os órgãos que devam exercer funções do Estado, se assegurem de que a sanção, que deve ser aplicada, corresponde aos fins que com ela se visa e à dimensão constitucional de proporcionalidade e adequação; por outro lado, e entrando agora no próprio processo, é evidente que o princípio de presunção de inocência (tanto na sua vertente subjectiva, como objectiva) não está assegurado.

O regime nacional de “confisco alargado” actua com base em presunções e na inversão do ónus da prova, incorrendo numa série de violações do princípio da presunção de inocência: i) presume a existência dos pressupostos de que depende a sua aplicação; ii) atribui o ónus da prova ao arguido; iii) suprime o direito ao silêncio; iv) e resolve o *non liquet* contra o arguido.

O regime suscita dificuldades de interpretação e de aplicação prática. Seria preferível uma sanção mais realista na sua aplicação, suficientemente legitimada, que permita realizar a ideia de que o crime não compensa, segundo regras mais razoáveis e mais eficazes, mas também de uniformidade mínima ⁽¹²⁰⁾.

A evolução tecnológica e a globalização crescente criam novas oportunidades para as organizações criminosas e dificuldades de prova por parte das autoridades. Para prevenir e combater a criminalidade organizada hoje, é necessário reunir e actualizar os conhecimentos sobre a mesma, os seus grupos criminosos e os pontos vulneráveis dos sectores legítimos, a fim de elaborar instrumentos de melhor qualidade de combate a este flagelo, tal como se reconhece em muitos dos documentos estratégicos mencionados, em especial o programa da Haia.

Apesar das dificuldades de investigação e de prova, a UE acredita que os bens de membros de organizações criminosas podem ainda ser identificados através da análise e investigação financeiras, apreendidos e recuperados, de forma a impedir que sirvam de financiamento a outras actividades criminosas, comprometendo a confiança nos sistemas financeiros e corrompendo a sociedade legítima. Nalguns casos, as medidas de confisco do produto do crime permitirão mesmo atingir os líderes dessas organizações, que, de outro modo, dificilmente seriam investigados e processados.

⁽¹²⁰⁾ GERMANO MARQUES DA SILVA propõe, como alternativa à presunção de culpa que tem assento, ainda que limitado, no sistema processual penal português: a imposição a todos os cidadãos, por lei tributária, da obrigação de manutenção de um inventário de todos os seus bens. Em “Meios processuais expeditos...”, *ob. cit.*, p. 74.

Apesar de um estudo de 2007 sobre o tráfico ilegal de estupefacientes realizado pelo Ministério da Administração Interna do Reino Unido ter revelado que o confisco é considerado pelos criminosos um importante meio de dissuasão, até agora, os resultados do número global de confisco na UE são relativamente reduzidos, e os montantes recuperados oriundos da criminalidade organizada são ainda pouco significativos, nomeadamente se comparados com as receitas estimadas dos grupos de criminalidade organizada.

Assim, a UE continua a insistir na prevenção e a incentivar a aplicação da sanção do confisco. Neste sentido, foram adoptadas quatro decisões-quadro do Conselho sobre o congelamento e o confisco de bens que prevêm competências alargadas em matéria de confisco, embora uma delas continue a ser objecto de reserva: i) a Decisão-Quadro 2001/500/JAI, de 26 de Junho de 2001, que harmonizou algumas disposições dos Estados-Membros sobre o confisco e sanções no domínio do branqueamento de capitais; ii) a Decisão-Quadro 2003/577/JAI, de 22 de Julho de 2003, que estabelece o reconhecimento mútuo das decisões de congelamento de bens ou de provas; iii) a Decisão-Quadro 2005/212/JAI, de 24 de Fevereiro de 2005, que visa garantir a introdução pelos Estados-Membros de regras eficazes de confisco, incluindo regras de prova quanto à origem dos bens em causa; iv) a Decisão-Quadro 2006/783/JAI, de 6 de Outubro de 2006, de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo das decisões de confisco. Para além das decisões-quadro, o Segundo Protocolo da Convenção relativa à Protecção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias, prevê medidas de confisco, assim, como uma cooperação operacional com os Estados-Membros na luta contra a fraude e branqueamento de capitais.

Sucedo, porém, que os textos legislativos apenas têm sido transpostos parcialmente e de forma desigual. As disposições comunitárias são pouco claras e a possibilidade de adopção de critérios alternativos pelos Estados-Membros para o alargamento do confisco tem colocado problemas de ordem prática e de reconhecimento mútuo, uma vez que, para além de a Decisão Quadro 2005/212/JAI parecer apenas aplicável ao confisco no âmbito de processos penais, ficando por executar as decisões no âmbito de processos civis, as autoridades nacionais competentes só executarão decisões de confisco de outros Estados-Membros se estas forem emitidas de acordo com o mesmo ou os mesmos fundamentos para o confisco estabelecidos pelo Estado-Membro que deve executar a decisão.

A decisão-quadro relativa ao confisco de produtos do crime prevê que quando os Estados-Membros utilizem os seus poderes de confisco alargados podem recorrer a procedimentos diferentes dos penais. Os seus Considerandos fazem igualmente referência à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada, nos termos da qual os Estados Partes podem exigir que o autor da infracção demonstre a origem lícita do produto presumido do crime, mediante a inversão do ónus da prova e/ou simplificando os requisitos em matéria de prova.

Mas alerta: “Para combater este flagelo, todos os intervenientes devem encontrar um justo equilíbrio entre, por um lado, medidas eficazes de repressão e de acção penal contra a criminalidade organizada e, por outro, a protecção dos direitos e das liberdades fundamentais” ⁽¹²¹⁾.

Na Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Produto da criminalidade organizada: garantir que o “crime não compensa”, de 20 de Novembro de 2008 – é feita uma apreciação dos problemas actualmente colocados pelo quadro legislativo da UE. Como vimos, nos Estados-Membros co-existem diferentes processos legais para efectuar o confisco do produto de actividades criminosas, suportados por diferentes critérios, o que resulta numa desarmonia legislativa e numa falta de coordenação que afectam a eficácia do confisco alargado no combate à criminalidade organizada.

Reconhecendo que os regimes de confisco podem afectar direitos fundamentais, nomeadamente quando prevista a inversão do ónus da prova, é salientada a necessidade de previsão de salvaguardas adequadas. Atente-se no artigo 5 da Decisão-Quadro 2005/212/JHA: *This Framework Decision shall not have the effect of altering the obligation to respect fundamental rights and fundamental principles, including in particular the presumption of innocence, as enshrined in Article 6 of the Treaty on European Union.*

Nessa mesma Comunicação, a Comissão Europeia, dá um passo em direcção à harmonização e ao aperfeiçoamento da medida de confisco, e lança o debate acerca das seguintes ideias:

- a) Previsão de um confisco civil, sem necessidade de uma condenação prévia no âmbito de um processo penal, com inversão do ónus da prova, designadamente,

⁽¹²¹⁾ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – “Elaboração de um conceito estratégico para combater a criminalidade organizada” (2005), 1.Introdução, ponto 4, consultada em www.eur-lex.eu.

- nas situações de desproporção dos bens de um proprietário em relação ao rendimento declarado e contacto habitual com criminosos conhecidos ⁽¹²²⁾;
- b) Estabelecimento de uma nova infracção penal por detenção “injustificada” de bens, diferente do confisco civil referido *supra* em a) por se desenrolar perante um tribunal penal e sem ser inteiramente invertido o ónus da prova ⁽¹²³⁾;
 - c) Introdução do confisco obrigatório na sequência de condenação por certas infracções penais graves;
 - d) Garantir o reconhecimento mútuo das decisões de congelamento e de confisco, apesar das diferenças de procedimentos e fundamentos em cada um dos Estados-Membros;
 - e) Fomentar a cooperação entre as autoridades nacionais através da criação de gabinetes de recuperação de bens e da colaboração com países terceiros.

2. O abuso de confiança fiscal e contra a Segurança Social (artigos 105.º e 107.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho – Regime Geral das Infracções Tributárias)

2.1. Evolução histórica

A criminalização da não entrega à administração fiscal, total ou parcialmente, de prestação tributária deduzida nos termos da lei e que se estava legalmente obrigado a entregar, veio responder à necessidade de tutela do património tributário do Estado, instrumento de política financeira e distributiva, largamente afectado pela incompletude do cumprimento dos contribuintes, e correspondente insuficiente obtenção por parte da administração fiscal dos valores das prestações tributárias. Foi face a estas ofensas dirigidas às receitas fiscais do Estado, provenientes da violação de deveres de colaboração, verdade e lealdade fiscal do contribuinte, respeitantes às obrigações tributárias, que o legislador estruturou o ilícito penal fiscal.

Com efeito, a ordem tributária pressupõe uma relação fiduciária entre o Estado Social Fiscal de Direito e os contribuintes que implica a existência de um complexo de

⁽¹²²⁾ E também quando uma pessoa suspeita de certos crimes graves tiver morrido, estiver em fuga ou não puder, por qualquer outra razão, ser objecto de um processo, e no caso de evasão fiscal.

⁽¹²³⁾ Este tipo de infracção foi introduzido em França e tem-se revelado eficaz.

direitos e deveres. O núcleo central da relação jurídica fiscal é composto pela obrigação fiscal ou de imposto, que se caracteriza por ser uma obrigação legal, pública, exequível e executiva, semi-executória, indisponível e irrenunciável, autotitulada e especialmente garantida ⁽¹²⁴⁾. A Administração encontra-se numa relação de supremacia face ao contribuinte subordinado, que se fundamenta no interesse da colectividade e que se traduz na legalidade dos actos tributários e dos actos de fiscalização que suportam o dever de todos contribuírem para as despesas públicas. Daí que a obrigação fiscal seja acompanhada por um conjunto de deveres acessórios, que preparam e asseguram a execução da prestação, e por deveres de conduta baseados no princípio da boa-fé.

Pode-se considerar que o bem jurídico que se tem aqui em vista proteger é constituído por dois elementos: i) o erário público, ou seja, o património fiscal e o interesse do Estado na integral obtenção das receitas tributárias; ii) e os deveres de cooperação do sujeito passivo para com o credor tributário. A generalidade da doutrina entende que a tutela deste bem jurídico é comum a toda a infracção fiscal, mas aqui, especificamente, pretende-se prevenir o desvio de créditos tributários através da punição do agente que “violou a específica relação de confiança pelo facto de não entregar à Administração Fiscal as quantias que recebeu e deduziu” ⁽¹²⁵⁾.

O regime dos ilícitos fiscais introduzido pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, veio aplicar à situação fiscal conceitos e modelos de actuação originários do direito penal ⁽¹²⁶⁾. O crime de abuso de confiança fiscal ⁽¹²⁷⁾ foi introduzido no Regime

⁽¹²⁴⁾ *Legal* porque tem por fonte a lei; *pública* por integrar o direito público, o que se traduz, nomeadamente, na presunção de legalidade do acto de liquidação; *exequível* e *executiva* porque carece de execução mas não carece de outra pronúncia para além do acto tributário; *semi-executória* por a sua execução caber à administração tributária, e, nos termos do artigo 151.º do CPPT, aos Tribunais Tributários; *indisponível* e *irrenunciável* por, salvo previsão legal, não caberem ao credor poderes para conceder moratórias, admitir pagamentos em prestações ou perdoar a dívida; *autotitulada* por ser a administração fiscal a criar os seus próprios títulos; e, finalmente, *especialmente garantida* porque o crédito tributário está rodeado de garantias especiais que o colocam numa posição mais vantajosa face ao crédito comum. Assim, e para mais desenvolvimentos, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 4.ª edição, 2.ª reimpressão da edição de Setembro de 2006, Almedina, 2008, p. 240-256.

⁽¹²⁵⁾ PEDRO LOMBA e JOAQUIM SHEARMAN DE MACEDO, “O crime de abuso de confiança fiscal no novo Regime Geral das Infracções Tributárias”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, III, Lisboa, Dezembro 2007, p. 1214. Esta concepção patrimonialista do crime fiscal é refutada por NUNO SÁ GOMES: “esta formulação é excessiva, pois outros crimes não estritamente fiscais ofendem o património fiscal”. In “O princípio *non bis in idem* face à criminalização das infracções fiscais não aduaneiras”, Estudos em Homenagem à Dra. Maria de Lurdes Órfão de Matos Correia e Vale, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 171, Ministério das Finanças, Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa 1995, p. 475 *apud* PAULO MARQUES, *Crime de Abuso de Confiança Fiscal – Problemas do Actual Direito Penal Tributário*, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, Janeiro 2011, p. 38.

⁽¹²⁶⁾ Não nos ocuparemos aqui do problema da entrada em vigor deste diploma, ferida de inconstitucionalidade, referido por AUGUSTO SILVA DIAS em “O novo direito penal fiscal não aduaneiro (Dec.-Lei n.º 20-A/90 de 15 de Janeiro) – considerações dogmáticas e político-criminais”, *Fisco*, n.º 22, Julho, 1990, p. 16-17.

Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras ⁽¹²⁸⁾, constando do n.º 1 do artigo 24.º o seguinte teor: “Quem, com intenção de obter para si ou para outrem vantagem patrimonial indevida e estando legalmente obrigado a entregar ao credor tributário a prestação tributária que nos termos da lei deduziu, não efectua tal entrega total ou parcialmente será punido com pena de multa até 1000 dias.” ⁽¹²⁹⁾.

Apesar da utilização do termo “quem”, preferencialmente escolhido pelo legislador para a tipificação dos crimes gerais ou comuns, estamos aqui perante um crime específico, assente numa relação jurídica tributária. Na relação aqui em causa, o sujeito passivo é o substituto do contribuinte originário, ou seja o substituto de quem detém a capacidade contributiva relativamente ao facto tributário em questão, investido no papel de depositário, em consequência da existência entre ambos de uma relação de direito privado, e, por isso, detentor temporário da prestação a ser entregue à administração fiscal ⁽¹³⁰⁾.

Aplicando o que expusemos acerca das relações de confiança às situações de substituição tributária, aqui essa relação assenta no facto de a prestação deduzida ou retida ter sido legalmente confiada à entidade substituta para que ela a entregue

⁽¹²⁷⁾ Este crime filia-se na figura de abuso de confiança criada pelo Código Francês de 1791, e “absorveu o essencial da doutrina de sobre abuso de confiança, designadamente a lição de EDUARDO CORREIA (*Ver. Dir. Est. Soc., VII, n.º 1, 62*), transposta para o CP e que se pode desenhar como a ilegítima apropriação de coisa móvel que foi entregue por título não translativo de propriedade” – JORGE LOPES DE SOUSA/MANUEL SIMAS SANTOS, *Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, 3.ª edição, Coleção Direito, Áreas Editora, 2008, p. 742.

⁽¹²⁸⁾ Doravante, RJFNA.

⁽¹²⁹⁾ Os restantes números do artigo dispunham:

“2. Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja.

3. É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza parafiscal e desde que possa ser entregue autonomamente.

4. Se no caso previsto nos números anteriores a entrega não efectuada for inferior a 50 000\$, a pena será a de multa até 180 dias, e se for superior a 1 000 000\$, a pena não será inferior a 700 dias de multa.

5. Para instauração do procedimento criminal pelos factos previstos nos números anteriores é necessário que tenham decorrido 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação.

6. Se a obrigação de entrega da prestação for de natureza periódica, haverá tantos crimes quantos os períodos a que respeita tal obrigação.”

⁽¹³⁰⁾ Nos termos do n.º 1 do artigo 20.º da Lei Geral Tributária, “a substituição tributária verifica-se quando, por imposição da lei, a prestação tributária for exigida a pessoa diferente do contribuinte”. O n.º 2 do mesmo artigo reconduz a substituição tributária aos casos em que é efectuada através do mecanismo de retenção na fonte do imposto devido. A doutrina, por sua vez, distingue entre substituição total e substituição parcial consoante a substituição abranja a obrigação de imposto e a generalidade dos deveres acessórios ou deixe ao substituído o cumprimento da generalidade ou de alguns deveres fiscais acessórios, respectivamente. A definição legal e a definição doutrinal de substituição tributária não são, portanto, totalmente coincidentes. Como observa JOSÉ CASALTA NABAIS, a lei reduz o substituto a um retentor de imposto, quando, na verdade, é possível haver substituição tributária sem retenção e, do mesmo modo que pode haver retenção sem substituição tributária em sentido próprio (*Direito Fiscal, ob. cit.*, p. 273-276).

posteriormente ao fisco. Esta mesma relação de confiança vai ela própria constituir um elemento objectivo deste tipo de ilícito criminal. A autoria do ilícito de abuso de confiança fiscal é atribuída, portanto, ao substituto, sendo delimitada pelo dever de retenção que sobre ele recai ⁽¹³¹⁾.

Os elementos do tipo de ilícito do abuso de confiança fiscal na formulação originária de 1990 podiam distinguir-se da seguinte maneira: a) por um lado, quanto ao tipo objectivo, bastava a não entrega total ou parcial da prestação devida; b) por outro, quanto ao tipo subjectivo, para além do dolo-do-tipo (conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo), exigia-se uma especial intenção de enriquecimento ⁽¹³²⁾. A consumação do facto típico não exigia, assim, a apropriação da coisa. Centrava-se, sobretudo, na não entrega – “para a consumação típica bastava que o agente não entregasse a prestação que estava obrigado a entregar ao credor tributário” ⁽¹³³⁾ –, embora também não se bastasse com a simples mora na entrega, que, por sua vez, correspondia à contra-ordenação regulada no artigo 29.º do mesmo diploma ⁽¹³⁴⁾.

Nos n.º 2 e 3 do artigo 24.º, o legislador estendia o conceito de prestação tributária, de forma a abarcar as prestações deduzidas por conta, as prestações que tendo sido recebidas haja obrigação legal de liquidar e as prestações de natureza parafiscal, incluindo as prestações devidas à Segurança Social.

O n.º 4 prescrevia uma atenuação especial e uma agravação da pena em função do valor do prejuízo patrimonial causado ao Estado, enquanto o n.º 5 estabelecia a

⁽¹³¹⁾ Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, “Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal: alguns aspectos dogmáticos e político-criminais”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 394, Abril-Junho de 1999, Boletim da Direcção-Geral dos Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa, p. 64. A título de exemplo de substitutos fiscais, o autor indica o caso do IRS.

⁽¹³²⁾ COSTA ANDRADE enquadra o abuso de confiança fiscal assim previsto nos chamados “*crimes de intenção ou de tendência interna transcendente*”: “Para se preencher a factualidade típica era indispensável que o agente almejasse um resultado que, todavia, não tinha de concretizar” (“O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza de um acórdão do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 134.º, n.ºs 3931 e 3932, Março e Fevereiro de 2002, Coimbra, p. 308). O autor cita ainda ROXIN (*Derecho Penal. Parte General*, T. I. Madrid, 1997, p. 397) que caracteriza os delitos de intenção como aqueles em que a “intenção subjectiva do agente tem de se dirigir a um resultado que está para além do tipo objectivo”.

⁽¹³³⁾ AUGUSTO SILVA DIAS, “Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal: alguns aspectos dogmáticos e político – criminais”, *ob. cit.*, p. 64.

⁽¹³⁴⁾ Apesar da proximidade das figuras, AUGUSTO SILVA DIAS esclarece a distinção entre o abuso de confiança fiscal e a falta de entrega de prestação tributária do artigo 29.º: “naquele o não pagamento é acompanhado de actos que exteriorizam e indiciam a intenção de obter uma vantagem patrimonial indevida, ao passo que nesta última o autor atrasa, por período até noventa dias, a entrega da prestação, violando dolosa (n.º1) ou negligentemente (n.º 2) o dever de observar o prazo estabelecido. A ausência daquela intenção e dos actos que a revelam significa que o interesse jurídico protegido não é lesado ou que, pelo menos, não o é de uma forma grave.” Na opinião do autor, porém, teria sido preferível fixar “um limite temporal cuja superação representasse um momento objectivo de lesão do bem jurídico justificativo da intervenção do Direito Penal.” In “O novo direito...”, *ob. cit.*, p. 36-37.

condição de ultrapassagem de 90 dias após o termo do prazo legal para entrega da prestação deduzida ou retida, pois até esse limite a falta ainda era considerada mora na entrega.

O n.º 6, por sua vez, regulava os casos das prestações resultantes de obrigações periódicas (a obrigação é que é periódica, não a prestação enquanto tal) através do concurso de crimes, de modo a evitar a violação dos princípios *ne bis in idem* e da igualdade das penas ⁽¹³⁵⁾.

A redacção deste artigo sofreu alterações com a entrada em vigor do DL n.º 394/93, de 24 de Novembro, iniciando-se uma segunda fase evolutiva desta infracção, passando o n.º 1 a dispor da seguinte forma: “Quem se apropriar, total ou parcialmente, de prestação tributária deduzida nos termos da lei e que estava legalmente obrigado a entregar ao credor tributário será punido com pena de prisão até três anos ou multa não inferior ao valor da prestação em falta nem superior ao dobro sem que possa ultrapassar o limite máximo abstractamente estabelecido” ⁽¹³⁶⁾.

Esta alteração, aparentemente apenas textual, veio a ter implicações na configuração do regime: com a introdução do elemento *apropriação*, a quebra da relação de confiança assumiria relevância típica apenas quando acompanhada desta apropriação da quantia deduzida ou retida, revelada na sua dimensão objectiva e subjectiva, e consequente reivindicação da coisa com estatuto de *dominus*. Deste modo, o elemento subjectivo esgotava-se no dolo, não só dirigido à relação de confiança, mas também à apropriação, podendo assumir qualquer das formas do artigo 14.º do CP.

Os números 2 e 3 mantinham o mesmo conteúdo de extensão do conceito de prestação tributária da versão originária, mas foi introduzido no RJFNA um artigo especial, o artigo 27.º - B, aplicável às prestações devidas à Segurança Social ⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁵⁾ Assim, NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança fiscal no Regime Geral das Infracções Tributárias”, *Fiscalidade*, n.º 13/14, 2003., p. 103.

⁽¹³⁶⁾ Dispondo os restantes números do artigo 24.º da seguinte forma:

“2. Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja.

3. É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza para-fiscal e desde que possa ser entregue autonomamente.

4. Se no caso previsto nos números anteriores a entrega não efectuada for inferior a 250 000\$, o agente será punido com multa até 120 dias.

5. Se no caso previsto nos números anteriores a entrega não efectuada for superior a 5 000 000\$, o crime será punido com prisão de um até cinco anos.

6. Para instauração do procedimento criminal pelos factos previstos nos números anteriores é necessário que tenham decorrido 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação.

⁽¹³⁷⁾ Na opinião de AUGUSTO SILVA DIAS, a introdução deste artigo retirou significado ao n.º 3 do art. 24.º, “Os crimes de fraude...”, *ob. cit.*, p. 66.

Os números 4 e 5 referiam-se à matéria do anterior n.º 4, com uma actualização de valores e agravamento das penas. E, por último, o n.º 6 manteve a “condição de procedibilidade” ⁽¹³⁸⁾ do n.º 5 da redacção anterior: o decurso do prazo de 90 após a data limite em que a prestação deveria ter sido entregue à Administração Fiscal.

Esta nova redacção veio ainda delimitar a infracção criminal do artigo 24.º face à contra-ordenação do artigo 29.º que se esgotava na omissão *de per se*, sem relevar qualquer contestação da titularidade ou qualquer *animus rem sibi habendi*, e aproximar a configuração do abuso de confiança fiscal à figura do abuso de confiança previsto no artigo 205.º do CP, ao incluir o elemento *apropriação* ⁽¹³⁹⁾.

De facto, o abuso de confiança comum do CP exige a apropriação ilegítima da coisa móvel alheia que tenha sido entregue ao agente por título não translativo de propriedade: “entende-se para o crime de abuso de confiança comum que a inversão do título de posse, em princípio, surge com o acto de apropriação, na ideia que o momento da consumação é o da negativa de restituição, ainda que verdadeiramente tenha sido outro, quando o agente, devidamente solicitado, se recusa a devolver coisa possuída ou detida em nome alheio e não se determinou um acto material anterior iniludivelmente indicativo da arbitrária apropriação” ⁽¹⁴⁰⁾. Com efeito, ambos os casos de crime de abuso de confiança integram, entre os pressupostos da factualidade típica, efectivas lesões dos bens jurídicos da propriedade e da confiança e, como tal, portadores de dignidade penal e, inclusivamente, puníveis com pena de prisão. Entre as duas incriminações identifica-se uma relação de especialidade, estando o abuso de confiança fiscal circunscrito, como vimos, às relações jurídicas tributárias ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁸⁾ Assim considerada por AUGUSTO SILVA DIAS, “Os crimes de fraude...”, *ob. cit.*, p. 67. NUNO LUMBRALES, em “O abuso de confiança fiscal no Regime Geral das Infracções Tributárias”, *Fiscalidade*, n.º 13/14, 2003, p. 93, entende tratar-se de uma condição de punibilidade.

⁽¹³⁹⁾ Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, “Os crimes de fraude...”, *ob. cit.* p. 64-65 e MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 309.

⁽¹⁴⁰⁾ JORGE LOPES DE SOUSA/MANUEL SIMAS SANTOS, *Regime Geral...*, *ob. cit.*, p. 742.

⁽¹⁴¹⁾ Assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários.*, Vol. II, *Problemas Especiais*, Coimbra Editora, 1999, p. 436. Os autores acrescentam que a relação que medeia entre as duas incriminações, a do CP e a da versão do RJFNA de 1993, é de sobreposição, tanto do ponto de vista do desvalor de acção como do de desvalor de resultado, e de especialidade, resultando num concurso legal ou aparente. Assim, em caso de subsunção da conduta do agente em ambas as factualidades típicas, a aplicação da segunda afastava a aplicação da primeira (*lex specialis derogat legi generali*), de tal modo que “nunca o autor do crime de *Abuso de confiança fiscal* estará sujeito às penas particularmente drásticas e previstas no Código Penal para o *Abuso de Confiança*.” Hoje, as sanções da lei penal fiscal não são mais brandas do que as do CP.

2.2. Regime actual

Actualmente, o regime do crime de abuso de confiança fiscal está estabelecido no artigo 105.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho, inserido no Capítulo III (Crimes Fiscais) do diploma que prevê o Regime Geral das Infracções Tributárias ⁽¹⁴²⁾, diploma que revogou, substituiu e unificou os anteriores regimes jurídicos das infracções fiscais, aduaneiras e não aduaneiras ⁽¹⁴³⁾.

Com a manutenção da previsão deste tipo de ilícito no ordenamento jurídico, o legislador continua a visar a tutela do sistema fiscal do ponto de vista patrimonial, através da arrecadação dos tributos recebidos ou retidos nas situações de substituição tributária, e mantêm-se as prestações pecuniárias cuja não entrega faz recair sobre o agente a responsabilidade penal pela prática de abuso de confiança fiscal que, relembramos, podem ser de três tipos: i) prestação tributária deduzida nos termos da lei e que o agente estava obrigado a legalmente a entregar; ii) prestação deduzida por conta de uma prestação tributária ⁽¹⁴⁴⁾; iii) prestação parafiscal que possa ser entregue autonomamente ⁽¹⁴⁵⁾.

No entanto, o RGIT alterou de forma significativa o tipo legal do crime, que tem hoje a seguinte redacção:

Artigo 105.º - Abuso de confiança fiscal

1 - Quem não entregar à administração tributária, total ou parcialmente, prestação tributária de valor superior a (Euro) 7500, deduzida nos termos da lei e que estava

⁽¹⁴²⁾ Doravante, RGIT.

⁽¹⁴³⁾ O Regime Geral das Infracções Fiscais Aduaneiras e o Regime Geral das Infracções Fiscais Não Aduaneiras. Assim, NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança...”, *ob. cit.*, p. 86.

⁽¹⁴⁴⁾ SUSANA AIRES DE SOUSA esclarece acerca da razão desta equiparação à prestação tributária daquela prestação acessória que foi deduzida por conta dela: “o legislador penal (...) quis deixar claro que também as situações que a doutrina designa por substituição imprópria cabem no âmbito do abuso de confiança fiscal, uma vez que a violação das obrigações e deveres tributários constitui um meio de prejudicar as receitas tributárias. A dedução do montante do imposto, seja de forma definitiva, seja por conta da prestação tributária que no futuro se liquidará, permite abreviar e assegurar a obtenção de receitas tributárias. Todavia, a completa ilustração do tipo pressupõe um reenvio para as normas fiscais que contemplam os casos de substituição tributária, seja ela própria ou imprópria.” In *Os Crimes Fiscais*, *ob. cit.*, p. 126. Este entendimento parece também estar de acordo com os conceitos de retenção na fonte e de pagamento por conta constantes dos artigos 34.º e 33.º.

⁽¹⁴⁵⁾ Para o RGIT transitou o artigo introduzido para regular especialmente as prestações devidas à Segurança Social, o actual artigo 107.º, que acompanhou as alterações do abuso de confiança fiscal e para o qual valem, *mutatis mutandis*, a análise que temos vindo a desenvolver e as considerações *infra* no ponto 2.3. Do n.º 1 do artigo 107.º consta o seguinte teor: “As entidades empregadoras que, tendo deduzido do valor das remunerações devidas a trabalhadores e membros dos órgãos sociais o montante das contribuições por estes legalmente devidas, não o entreguem, total ou parcialmente, às instituições de segurança social, são punidas com as penas previstas nos n.ºs 1 e 5 do artigo 105.º.”

legalmente obrigado a entregar é punido com pena de prisão até três anos ou multa até 360 dias. ⁽¹⁴⁶⁾

2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, considera-se também prestação tributária a que foi deduzida por conta daquela, bem como aquela que, tendo sido recebida, haja obrigação legal de a liquidar, nos casos em que a lei o preveja.

3 - É aplicável o disposto no número anterior ainda que a prestação deduzida tenha natureza parafiscal e desde que possa ser entregue autonomamente.

4 - Os factos descritos nos números anteriores só são puníveis se:

a) Tiverem decorrido mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal de entrega da prestação; ⁽¹⁴⁷⁾

b) A prestação comunicada à administração tributária através da correspondente declaração não for paga, acrescida dos juros respectivos e do valor da coima aplicável, no prazo de 30 dias após notificação para o efeito.

5 - Nos casos previstos nos números anteriores, quando a entrega não efectuada for superior a (euro) 50 000, a pena é a de prisão de um a cinco anos e de multa de 240 a 1 200 dias para as pessoas colectivas.⁽¹⁴⁸⁾

6 – Revogado pela Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro.

7 - Para efeitos do disposto nos números anteriores, os valores a considerar são os que, nos termos da legislação aplicável, devam constar de cada declaração a apresentar à administração tributária. ⁽¹⁴⁹⁾

As inovações que sobressaem claramente numa primeira impressão são a introdução da alínea b) do n.º 4 e o estabelecimento do limite mínimo de €7500 no n.º 1.

Aquando da entrada em vigor da al. b) do n.º 4, introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, levantaram-se algumas dúvidas quanto à sua interpretação, o que levou o Ministério das Finanças e da Administração Pública a emitir um comunicado de esclarecimento, a 2 de Fevereiro de 2007, em que se realça que, conforme descrito no relatório do Orçamento Geral de Estado para 2007, o que o

⁽¹⁴⁶⁾ No caso de pessoas colectivas, a pena será a de multa, elevada ao dobro, conforme disposto no n.º 3 do artigo 12.º do RGIT.

⁽¹⁴⁷⁾ A propósito desta alínea, o artigo deve ser lido em conjugação com o n.º 1 do artigo 114.º do capítulo das contra-ordenações fiscais: “a não entrega total ou parcial, pelo período até 90 dias ou por período superior, desde que os factos não constituam crime, ao credor tributário, da prestação tributária deduzida nos termos da lei é punível com coima...”.

⁽¹⁴⁸⁾ Trata-se de um agravamento da moldura penal que tem em consideração o valor da prestação tributária em falta, sendo a multa de 240 a 1200 dias apenas aplicável às pessoas colectivas.

⁽¹⁴⁹⁾ Este número visa apenas esclarecer que os valores a considerar são os que deveriam constar das declarações de impostos por força da lei fiscal, e não os que foram efectivamente declarados. Neste sentido, NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança...”, *ob. cit.*, p. 94.

legislador pretendeu não foi descriminalizar os crimes de abuso de confiança fiscal em termos genéricos, mas somente os casos em que *tendo havido declaração* da prestação não acompanhada do pagamento, este vem a ser efectuado após notificação do contribuinte ⁽¹⁵⁰⁾ para a regularização da situação tributária, ou seja, para pagar o montante em falta em novo prazo fixado, como condição de não accionamento do procedimento criminal pelo crime de abuso de confiança fiscal, passando a lei a considerar que, nestas situações, existe apenas uma contra-ordenação ⁽¹⁵¹⁾. Nesta linha, esclareceu-se também a diferença entre as alíneas do n.º 4, que não devem ser entendidas como cumulativas, reportando-se cada uma delas a diferentes situações: a al. a) abrange os casos de ocultação, considerados sempre criminosos; a al. b) refere-se ao mero atraso na entrega, que apenas será considerado crime caso essa entrega não seja efectuada no prazo constante da notificação enviada ao sujeito passivo ⁽¹⁵²⁾. No entanto, TIAGO MILHEIRO esclarece que, se no primeiro caso basta a verificação do decurso do prazo de 90 dias para a conduta ser punível, na segunda hipótese, aquela em que as prestações foram *declaradas*, os pressupostos das duas alíneas são cumulativos e sucessivos temporalmente, sem que com isto se excluam situações em que não seja necessário o cumprimento do estabelecido na al. b) ⁽¹⁵³⁾.

Deste modo, alínea b) veio acrescentar a exigência directamente conexas com a omissão da entrega da prestação tributária, sendo co-fundamentadora da responsabilidade criminal desta omissão: a notificação do sujeito passivo tributário e da sua persistência na omissão da entrega da prestação. Dogmaticamente, a doutrina considera esta intimação uma condição objectiva de punibilidade, o que significa que, caso a Administração não pratique o facto aqui exigido, o sujeito passivo será absolvido ⁽¹⁵⁴⁾. E foi neste mesmo sentido que, depois de alguma controvérsia na lide forense, o

⁽¹⁵⁰⁾ Para mais desenvolvimentos acerca da notificação (entidade competente, concretização da quantia em dívida, formalidades, destinatário da notificação) ver TIAGO MILHEIRO, “Da punibilidade nos crimes de abuso de confiança fiscal e de abuso de confiança contra a Segurança Social”, *Julgar*, n.º 11, Maio - Agosto de 2010, p.71-89.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. página 56 do Relatório disponível em <http://www.dgo.pt/oe/2007/proposta/Relatorio/rel-2007.pdf>.

⁽¹⁵²⁾ Comunicado disponível em:

www.min-financas.pt/download.asp?num_links=0&link=comunicados/2007/070202.pdf.

⁽¹⁵³⁾ O autor refere-se aos casos em que o arguido vem aos autos renunciar à prática da notificação e da concessão de novo prazo para pagamento, por não pretender pagar. Em “Da punibilidade...”, *ob. cit.*, p. 84-85.

⁽¹⁵⁴⁾ Assim, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *O crime de abuso de confiança fiscal. As consequências jurídico-penais da alteração introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro*, Coimbra Editora, 2007, p. 19-20.

STJ fixou jurisprudência no acórdão n.º 6/2008, proferido em 9 de Abril de 2008 ⁽¹⁵⁵⁾. Efectuada a notificação, se o infractor liquidar a dívida dentro do prazo, far-se-á operar a causa de exclusão de punibilidade; se não pagar, o processo seguirá a tramitação legal.

A Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para o ano de 2009, introduziu um elemento quantitativo no ilícito típico, que estabelece um limiar mínimo de ilicitude. Ou seja, actualmente, o facto só é punível criminalmente se a prestação em falta for de valor superior a €7500 ⁽¹⁵⁶⁾.

Mas as alterações não se ficam, de todo, por aqui. Com efeito, na versão actualmente em vigor sob a epígrafe de *Abuso de confiança fiscal* não há nenhuma referência expressa a qualquer elemento subjectivo específico, seja à apropriação total ou parcial das quantias deduzidas, seja à intenção de obter vantagem patrimonial, seja a qualquer outro. A conduta incriminada consiste na mera não entrega à administração fiscal, dentro de determinado prazo, das quantias pecuniárias envolvidas, traduzindo-se a conduta prevista no tipo legal numa omissão pura ⁽¹⁵⁷⁾, comportamento que COSTA ANDRADE qualifica como “passivo e formal, desligado de qualquer resultado lesivo ou, mesmo, de qualquer *referência subjectiva* ao resultado” ⁽¹⁵⁸⁾. As consequências desta renúncia à *apropriação* fazem-se sentir de tal modo que, não só se reduzem drasticamente os momentos de comunicabilidade com o regime previsto no RJFNA, mas também parece já não ser possível qualificar esta infracção como um crime de resultado, uma vez que aquela constituía o momento essencial da conduta e do resultado típicos ⁽¹⁵⁹⁾.

Por outro lado, disposta assim a infracção fiscal, verifica-se já um distanciamento em relação ao crime de *abuso de confiança* previsto no artigo 205.º do CP, pois a ilegítima apropriação é um dos elementos típicos que traduz a violação da relação de fidúcia: o crime consuma-se quando o agente exterioriza o *animus* de inversão do título da posse ou detenção, passando a comportar-se como *dominus*

⁽¹⁵⁵⁾ Publicado no DR, 1ª série, n.º 94, em 15 de Maio de 2008.

⁽¹⁵⁶⁾ Não é consensual a aplicação deste limiar ao crime de abuso de confiança contra a Segurança Social. Sobre o assunto ver TIAGO MILHEIRO “Da punibilidade...”, *ob. cit.*, p. 90-95.

⁽¹⁵⁷⁾ Assim, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais – Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra Editora, reimpressão, 2009, p. 122-123. E também NUNO LUMBRALES, “O abuso de confiança fiscal no Regime Geral das Infracções Tributárias”, *Fiscalidade*, n.º 13/14, 2003, p. 86.

⁽¹⁵⁸⁾ Em “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 311.

⁽¹⁵⁹⁾ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 311-312.

relativamente à coisa que recebera *uti alieno* ⁽¹⁶⁰⁾. Essa intenção subjectiva deve ser demonstrada exteriormente de forma inequívoca, uma vez que as condutas objectivas poderão induzir uma aparência de apropriação, mas, na verdade, a vontade do agente será a de restituir. Com efeito, enquanto no abuso de confiança comum do CP se exige a apropriação ilegítima de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo de propriedade, o abuso de confiança fiscal do RGIT basta-se com a *não entrega total ou parcial de prestação tributária ou para-fiscal*.

Cumpra ainda referir que a moldura penal do crime de abuso de confiança fiscal é menos gravosa que a do crime comum, de forma que se considera ter um carácter privilegiado, mas a comparação só poderá ser feita em relação à versão agravada deste último, ou seja, quando o agente está na posição de depositário ⁽¹⁶¹⁾.

Assim, esbate-se a fronteira material entre o crime de abuso de confiança fiscal previsto no artigo 105.º e a contra-ordenação de mora na entrega constante do artigo 114.º do RGIT, num verdadeiro retrocesso que restabeleceu as soluções da versão originária de 1990 e que pode mesmo levar à confusão das duas figuras. Num e noutro caso, o que se incrimina agora é a mera mora, independentemente de o ilícito criminal só ser punível se decorrerem mais de 90 dias sobre o termo do prazo legal da prestação ⁽¹⁶²⁾ e da notificação da Administração. Importante para a distinção é que a prestação em causa tenha sido efectivamente deduzida ou recebida pelo substituto tributário, porque se o agente não chegou sequer a deduzi-la, não se preenche o tipo do artigo 105.º, e ao não realizar a entrega por violação do dever de dedução incorrerá, no ilícito de contra-ordenação fiscal prevista no n.º 4 do artigo 14.º Só a não entrega ao credor

⁽¹⁶⁰⁾ De acordo com a lição de EDUARDO CORREIA, “O crime de abuso de confiança (alguns problemas)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 93.º, p. 35 - 39. Neste sentido também, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Os crimes fiscais...”, *ob. cit.*, p. 123. Ver também JORGE DE FIGUEIREDO DIAS *ed al.*, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, p. 94 – 114, em especial p. 103-104.

⁽¹⁶¹⁾ As justificações para a atribuição deste carácter privilegiado ao crime de abuso de confiança fiscal variam. NUNO LUMBRALES assenta a motivação no facto de a consciência social dominante atribuir menor censurabilidade às infracções fiscais do que à tentativa de obter um enriquecimento ilegítimo à custa de outrem. SUSANA AIRES DE SOUSA, por sua vez, entende que essa ideia está a ser afastada da consciência social e que a fuga aos deveres fiscais já não é vista como uma defesa perante o Estado (ver *Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 242).

⁽¹⁶²⁾ Não é pacífica a posição de que o decurso de tal prazo seja um pressuposto de punibilidade ou de um elemento do tipo de ilícito. Consideram tratar-se de uma condição objectiva de punibilidade TIAGO MILHEIRO (“Da punibilidade nos crimes de abuso de confiança fiscal e de abuso de confiança contra a Segurança Social”, *Julgar*, n.º 11, Maio - Agosto de 2010, p. 60), NUNO LUMBRALES (“O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 93), JORGE LOPES DE SOUSA e MANUEL SIMAS SANTOS (*Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, *ob. cit.*, p. 645). Entende tratar-se de uma causa de exclusão da punição SUSANA AIRES DE SOUSA (*Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 137).

tributário de prestação, total ou parcialmente, deduzida constituirá uma infracção criminal de abuso de confiança fiscal ⁽¹⁶³⁾.

As vantagens destas alterações parecem reconduzir-se à introdução de um limiar mínimo de dignidade penal e à determinação do momento da consumação deste crime de omissão pura, situado, por força do n.º 2 do artigo 5.º do RGIT, na data em que termine o prazo para a entrega da prestação, tratando-se o decurso de 90 dias sobre o termo desse prazo previsto n.º 4 do artigo 105.º de condição de punibilidade, como vimos. Isto porque a apropriação tornava configurável a prática do crime de abuso de confiança fiscal mediante uma conduta comissiva, podia levar a que se considerasse que a infracção criminal tinha sido cometida antes do termo do prazo de entrega, nomeadamente quando o agente despendia as quantias a ser entregues ao Fisco noutros fins, ficando impossibilitado de realizar atempadamente o seu dever tributário ⁽¹⁶⁴⁾.

2.3. Dignidade penal, relevância ética e princípio da culpa

Vimos já que, de acordo com a actual redacção do artigo 105.º do RGIT, o agente que, de forma dolosa, não entregar ao fisco as importâncias por si deduzidas, enquanto substituto fiscal, preenche o tipo objectivo de *abuso de confiança fiscal*, ultrapassados 90 dias após o prazo legal para pagamento da prestação tributária em causa e devidamente notificado pela Administração Fiscal para o efeito.

Sucedo que o n.º 1 do artigo que incrimina actualmente o abuso de confiança fiscal, viu já questionada a sua constitucionalidade, à semelhança do que sucedeu com o n.º 1 do artigo 24 do RJIFNA, com a justificação de que se prescreve uma “prisão por dívidas”, ou seja, uma punição com fundamento na mera impossibilidade de cumprimento de uma obrigação. Colocada esta questão ao Tribunal Constitucional, no acórdão do TC n.º 54/04, defende-se a constitucionalidade do artigo 105.º considerando-se que, embora o não cumprimento da obrigação de entrega seja elemento do crime, “o que importa para a punibilidade do comportamento é a *falta dolosa da entrega*”.

⁽¹⁶³⁾ Neste sentido, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Os crimes fiscais...”, *ob. cit.*, p. 126, e também a jurisprudência constante dos acórdãos do STJ de 2 de Julho de 1998: “O crime de abuso de confiança fiscal só pode existir quando o agente, encarregado da cobrança e retenção de importâncias de imposto, as cobra em função de factores tributários adequadamente deduzidos, mas não as entrega ao credor tributário” (sumário disponível em www.dgsi.pt).

⁽¹⁶⁴⁾ Neste sentido, NUNO LUMBRALES, “O crime de abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 86-87 e, também, JORGE LOPES DE SOUSA e MANUEL SIMAS SANTOS (*Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, *ob. cit.*, p. 742).

Para NUNO LUMBRALES, a supressão da apropriação como elemento do tipo insere-se numa tendência legislativa de direito penal económico de remoção de determinados elementos eticamente mais relevantes das condutas incriminadas, em especial ao nível dos elementos subjectivos, relacionadas, com razões pragmáticas e de política criminal ⁽¹⁶⁵⁾.

De facto, como sublinha COSTA ANDRADE, ao renunciar ao momento nuclear da facticidade típica – a *apropriação* – o legislador do RGIT abdicou daquilo que até aí vinha atribuindo *dignidade penal* ⁽¹⁶⁶⁾ aos abusos de confiança tributários, a sua diferença qualitativa em relação aos comportamentos puníveis a título de contra-ordenação. Todas as condutas, quer as puníveis como crime, quer as puníveis como contra-ordenação, surgem agora reconduzíveis a um comportamento formal, meramente omissivo, ou seja, a não entrega ⁽¹⁶⁷⁾. Pode-se inclusivamente acrescentar que a introdução do prazo de 90 dias não revela qualquer distinção qualitativa, mas obedece meramente a razões de política criminal: incentivar o pagamento das prestações em falta pretendendo pôr, o mais rapidamente possível, fim ao prejuízo patrimonial do Estado provocado pelo agente e evitar os custos que o procedimento criminal acarreta, assim como permitir à Administração Fiscal dispor do tempo necessário para tratamento das informações relativas ao (não) cumprimento dos deveres tributários ⁽¹⁶⁸⁾.

Estas considerações estão de acordo com o critério material proposto por FIGUEIREDO DIAS ⁽¹⁶⁹⁾, para a distinção entre crimes e contra-ordenações, baseado no desvalor moral, cultural e social da conduta: no direito de mera contra-ordenação social, a conduta é, em si mesma e independentemente da sua proibição legal, axiológico-socialmente neutra; no direito criminal, a conduta divorciada da proibição legal é já axiológico-socialmente relevante. E o que atribuía à conduta de abuso de confiança fiscal este carácter axiológico-socialmente relevante era exactamente a

⁽¹⁶⁵⁾ “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 87.

⁽¹⁶⁶⁾ Definida pelo autor como “expressão de um *juízo de qualificado de intolerabilidade social*, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva da sua criminalização e punibilidade”. Assim, e para maiores desenvolvimentos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, Jan-Mar 1992, p. 173 e ss.

⁽¹⁶⁷⁾ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O crime de abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 315. Na jurisprudência podemos encontrar este mesmo entendimento nos acórdãos da Relação de Coimbra de 19 de Março de 2003 (Proc. n.º 251/03, relator Santos Cabral) e de 21 de Outubro de 2009 (Proc. n.º 12/08, relator Gomes de Sousa) e o aresto da Relação do Porto de 14 de Dezembro de 2005 (Proc. n.º 0541858, relator Luís Gominho), todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽¹⁶⁸⁾ Assim, SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 136-137.

⁽¹⁶⁹⁾ FIGUEIREDO DIAS *apud* SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 306.

apropriação das quantias deduzidas, diminuindo, por essa via, as receitas fiscais e lesando, conseqüentemente, o objecto de tutela da norma ⁽¹⁷⁰⁾.

Alguma doutrina e jurisprudência tem defendido que a apropriação está ainda presente no tipo legal de abuso de confiança fiscal, por a norma incriminadora, pressupor, por um lado, a dedução de prestação tributária pelo agente e, por outro, a não entrega dolosa à administração fiscal das mesmas prestações no prazo legalmente estabelecido, de tal modo que parece difícil configurar situações em que o agente não proceda àquela entrega e daí não resulte uma apropriação daquelas quantias ⁽¹⁷¹⁾. Todavia, SUSANA AIRES DE SOUSA considera que uma “concepção deste tipo corresponde a uma presunção inelidível da apropriação daquelas quantias, ao desconsiderar o elemento subjectivo da apropriação, ou seja, ao desmerecer o *animus* de apropriação do agente. Com efeito, se a apropriação supõe um acto objectivo capaz de a revelar e exteriorizar, ela não pode dispensar o correspondente fenómeno interior da apropriação” ⁽¹⁷²⁾.

Sempre foi muito discutida na doutrina a questão de saber se a prestação retida pode ser gerida pelo substituto e utilizada, por ex., por razões de conveniência de gestão para comprar equipamentos e pagar a credores, até que chegue o momento de a entregar ao Estado. Utilizando o exemplo de uma empresa, uns pronunciam-se contra essa possibilidade por considerarem que os montantes retidos são meios economicamente estranhos à empresa (que aqui, *in casu*, é o substituto), tendo esta a função de fiel depositária dos mesmos com vista à sua entrega ao fisco. Outros, a maioria da doutrina, defendem essa possibilidade, com base no argumento de que os montantes em causa não são meios alheios à empresa, pois o contribuinte originário nunca esteve na posse deles, nem são sua propriedade, mantendo apenas a expectativa de que até ao limite do prazo legal de entrega, a prestação seja apresentada à Administração.

⁽¹⁷⁰⁾ SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 306-307.

⁽¹⁷¹⁾ Citando o Acórdão do STJ, de 23/4/2003, proc. n.º 03P620: “não parece que entre os dois normativos haja essa diferença substantiva que os recorrentes lhe conferem. Na verdade, se bem interpretamos o que neles se contém, chegaremos sem esforço à conclusão de que as diferenças são apenas literais que não de fundo, tudo não passando de uma mera diferença de redacção, sem qualquer significado essencial. É certo que no anterior regime o acento tónico da conduta do agente recai na apropriação, enquanto que no actual não se utiliza essa expressão. Todavia, o regime continua a ser o mesmo. Com efeito, embora agora se não faça referência expressa à apropriação, ela está contida no espírito do texto, pois se o agente não entrega à administração tributária as prestações que deduziu e era obrigado a entregar, é porque se apropriou delas, dando-lhes assim um destino diferente do que era imposto por lei” (disponível em www.dgsi.pt). No mesmo sentido, desta vez em relação ao artigo 107.º (abuso de confiança contra a Segurança Social) ver Acórdão do STJ, de 10/1/2007, Proc. n.º 4099/06, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=24641&codarea=2.

⁽¹⁷²⁾ *Os crimes fiscais...*, p. 124.

Segundo o entendimento hoje sufragado pela doutrina acerca da apropriação de coisas fungíveis como o dinheiro, a simples confusão das quantias no património do agente, e inclusivamente o seu uso para fins próprios, não basta para, sem mais, se poder dar como verificada a apropriação. De acordo com o *Comentário de Conimbricense* ao artigo 205.º do CP, direccionado a coisas fungíveis: quando o objecto é uma soma de dinheiro, o detentor está obrigado a devolver não “determinadas notas, moedas” mas “dinheiro numa certa medida ou quantidade” ⁽¹⁷³⁾. Com efeito, “em relação às coisas fungíveis, não há apropriação enquanto se verificarem, cumulativamente, dois pressupostos: um de índole subjectiva, traduzido no reconhecimento da propriedade alheia ou da sua própria dívida e no propósito de posterior pagamento ou entrega; um segundo momento de natureza objectiva, significando a possibilidade efectiva de realizar a entrega ou o pagamento da dívida. Noutros termos, o propósito de restituição só exclui a apropriação se o agente não se tiver colocado na situação de impossibilidade fáctica – expressa, nomeadamente, na falta ou insuficiência de meios patrimoniais – de pagar, entregar ou restituir” ⁽¹⁷⁴⁾.

Aquando da análise do regime instituído pelo DL n.º 394/93, de 24 de Novembro, SILVA DIAS justifica a sua posição por considerar ser a solução mais interessante em termos económicos e a mais aceitável dogmaticamente: “já no âmbito do abuso de confiança do CP a doutrina defende que tendo a entrega (material ou jurídica) por objecto, não coisa certa, mas prestação fungível, como é o caso de importâncias pecuniárias, o detentor está obrigado a devolver num prazo determinado, um valor equivalente e não o mesmo pecúnio. Neste quadro, haverá falta de restituição se, vencido o prazo, o equivalente da importância detida não for entregue. Assim sendo, o ‘desencaminho’ que o detentor der à importância detida até ao prazo da sua restituição não constitui abuso de confiança, a menos que seja acompanhado de dolo de apropriação e possa ser visto como acto de execução desta, caso em que haverá tentativa de abuso de confiança – hipótese que, no abuso de confiança fiscal, só releva para a punibilidade no âmbito do n.º 5 do artigo 24.º” ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷³⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ed. al., Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999 p. 105.

⁽¹⁷⁴⁾ Era este o sentido adoptado no RJFNA. MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 317.

⁽¹⁷⁵⁾ O autor suporta esta posição também com a de SOUSA BRITO, para quem “não é por se gastar uma coisa fungível que ela se desencaminhou, se há capacidade para apresentar equivalente no tempo de cumprimento”, *Direito Penal II – crimes contra o património*, s/d, p. 82 e s., *apud* AUGUSTO SILVA DIAS, “Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal: alguns aspectos dogmáticos e político – criminais”, *ob. cit.*, p. 65. Da mesma opinião partilham, NUNO LUMBRALES, “O abuso de

A questão ganha novos contornos se for ultrapassado o prazo previsto para entrega da prestação, não só até 90 dias depois da data limite para entrega das quantias deduzidas e recebidas – considerando-se simples mora na entrega –, mas para lá desse período, incorrendo objectivamente o agente, como vimos, na infracção criminal de abuso de confiança fiscal.

É aqui que surge o sumo conflito da penalização da não entrega dolosa das quantias deduzidas com a culpa do agente.

O abuso de confiança fiscal é um crime doloso ⁽¹⁷⁶⁾: o agente tem de representar os elementos do tipo, designadamente a violação da relação de confiança pelo incumprimento dos deveres de colaboração e cooperação com a administração fiscal que a lei lhe impõe. No entanto, para a violação daquela relação de confiança, não é necessário, ao abrigo do RGIT, que o agente se aproprie da quantia retida ou deduzida. Basta que, conhecendo o dever de entregar aquela quantia dentro de determinado prazo, o não cumpra, de tal modo que, nas palavras de SUSANA AIRES DE SOUSA, “o legislador parece ter presumido que a não entrega daquilo que se deduziu no tempo legalmente devido tem por reverso necessário a apropriação das quantias” ⁽¹⁷⁷⁾. Sucede que a apropriação não pode consistir numa pura manifestação exterior, esvaziada de qualquer vontade interior.

A dúvida que se levanta é a seguinte: o que sucederá então se um empresário obrigado a entregar ao fisco ou à segurança social as somas que recebeu ou deduziu, se encontra em dificuldades financeiras e as não entrega dentro dos prazos estabelecidos na lei? O contribuinte é alertado pela Administração Fiscal para fazer as devidas entregas; reconhece as dívidas, tenta acordar formas de pagamento e tem comprovadas possibilidades objectivas de vir, posteriormente, a efectuar as entregas. Neste contexto, o substituto *não entrega dolosamente, tem conhecimento do facto e vontade de praticá-lo*, preenchendo a factualidade típica do crime de abuso de confiança fiscal previsto no artigo 105.º do RGIT ⁽¹⁷⁸⁾.

confiança...”, *ob. cit.*, p. 99-102 e J. L. SALDANHA SANCHES/RUI BARRERA, “Culpa no incumprimento e responsabilidade dos gerentes”, *Fisco*, N.º 70/71, Ano VII, Maio-Junho de 1995, p. 102: “as empresas não têm o dever legal de manter, no fundo da gaveta o imposto cobrado por mandato legal, para depois o entregarem nos cofres públicos: têm apenas o dever de, atingido o prazo legal previsto na lei, entregar a quantia cobrada, nos cofres do Estado, podendo entretanto dispor dela para a normal gestão financeira de entrada e saída de fundos na empresa”.

⁽¹⁷⁶⁾ Se a actuação for meramente negligente, o agente comete o crime de contra-ordenação fiscal do artigo 114.º do RGIT.

⁽¹⁷⁷⁾ In *Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 132.

⁽¹⁷⁸⁾ Se esta factualidade ocorrer entre credores e devedores privados, não haveria responsabilidade criminal. Haveria apenas mora do devedor, sujeito aos meios de reacção civis. Mas sendo o credor o

No âmbito do RJIFNA, o empresário que se encontrasse nesta situação, que por dificuldades de liquidez não efectuasse a entrega tempestiva das importâncias e, ao mesmo tempo, reconhecesse a dívida e tivesse o intuito e a possibilidade objectiva de proceder posteriormente à entrega não incorria, só por isso, em responsabilidade criminal, por aquele comportamento omissivo não estar acompanhado do *animus* de apropriação, acompanhado por um comportamento exterior revelador do estatuto de *dominus*. Quando muito, poderia ser sancionado a título de contra-ordenação, sem embargo dos meios de execução ao dispor do Fisco e da Segurança Social. Nesta linha, estaria fora do alcance da incriminação do abuso de confiança o empresário devedor que tivesse acordado com as Finanças um plano de pagamento da dívida – DL n.º 124/96, de 10 de Agosto.

Não é este o quadro no contexto do RGIT. A situação agrava-se com as dificuldades de aplicação das causas de justificação e exclusão da culpa aos casos abrangidos pelo artigo 105.º.

Tem-se geralmente considerado que, no que respeita à exclusão da ilicitude e da culpa, valem os princípios gerais. Todavia, tem-se verificado que as questões suscitadas na *praxis* relativamente às situações em que a conduta do agente é motivada por dificuldades económicas – designadamente pela necessidade de manter a empresa em laboração e de assegurar o pagamento dos salários dos trabalhadores -, contendem com a aplicabilidade quer do direito de necessidade e do conflito de deveres justificadores da ilicitude, quer do estado de necessidade desculpante, de tal modo que a aplicação de tais institutos à situação conjecturada não têm tido acolhimento jurisprudencial ⁽¹⁷⁹⁾.

Com efeito, no caso do direito de necessidade, previsto no artigo 34.º do CP ⁽¹⁸⁰⁾, não só será difícil provar que a situação de perigo actual não foi criada pelo agente (*al. a*)), mas mais difícil ainda será demonstrar a superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado (*al. b*)). Excepcionalmente, foi,

Fisco ou a Segurança Social, estamos perante um crime. Assim, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 322.

⁽¹⁷⁹⁾ A título de exemplo, cfr. Acórdão da Relação do Porto de 6 de Março 2002 (Processo 0141241), disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽¹⁸⁰⁾ Relembramos aqui o teor do artigo 34.º do CP:

“Não é ilícito o facto praticado como meio adequado para afastar um perigo actual que ameace interesses juridicamente protegidos do agente ou de terceiro, quando se verificarem os seguintes requisitos:

a) Não ter sido voluntariamente criada pelo agente a situação de perigo, salvo tratando-se de proteger o interesse de terceiro;

b) Haver sensível superioridade do interesse a salvaguardar relativamente ao interesse sacrificado; e

c) Ser razoável impor ao lesado o sacrifício do seu interesse em atenção à natureza ou ao valor do interesse ameaçado.”

todavia, aplicado no acórdão do Círculo Judicial de Santarém de 22 de Novembro de 2006 ⁽¹⁸¹⁾, com uma fundamentação baseada na posição de FIGUEIREDO DIAS: “só um ‘inadmissível doutrinarismo pretensamente ético’, só uma “santificação” do bem jurídico-penal património do Estado pode conduzir à negação da justificação da conduta do arguido com base no art. 34.º do CP”.

Já no que respeita ao conflito de deveres, constante do artigo 36.º do CP, que exclui a ilicitude do facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar, as opiniões divergem. Considerando-se de igual dignidade tanto o dever de pagar impostos como o dever de pagar salários, ambos reconhecidos constitucionalmente nos artigos 103.º e 104.º, e 59.º, n.º 1, al. a), respectivamente, a defesa é sustentada, muitas vezes, com a exclusão da ilicitude por via do conflito de deveres, mas o STJ e os tribunais de segunda instância têm-se pronunciado em sentido negativo, “dado que a obrigação de pagar impostos é uma imposição legal, logo de plano superior à obrigação de cumprir contratos” ⁽¹⁸²⁾. NUNO LUMBRALES aponta para o mesmo sentido, mas utiliza argumentação diferente: esta figura exige que se faça uma ponderação dos interesses ou valores em questão. Ora, em primeiro lugar, estando ambos consagrados constitucionalmente e conjugando essa consagração com a doutrina que considera a igualdade abstracta de todos os princípios e valores constitucionais, não é na CRP que encontramos a resposta; em segundo lugar, não se poderia dar prevalência ao facto de a violação do dever de pagar impostos estar penalizada porque também a Lei n.º 17/86, de 14 de Junho ⁽¹⁸³⁾, previa pena de prisão até três anos para o gerente que efectuasse pagamentos a credores não titulares de créditos com garantia ou privilégio oponível aos créditos dos trabalhadores. Assim, a solução do autor passa pelas normas reguladoras da graduação dos créditos, prevalecendo os créditos salariais – mas apenas estes, não os restantes créditos laborais – sobre os créditos tributários ⁽¹⁸⁴⁾.

⁽¹⁸¹⁾ Proc.n.º 59/05.4.

⁽¹⁸²⁾ No aresto de 18 de Junho de 2003 (Proc. 02P3723). De igual modo decidem os acórdãos de 13 de Dezembro de 2001 (proc. 01P2448), de 15 de Janeiro de 1997 (proc. 96P982). Decidiu-se no mesmo sentido no acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 9 de Junho de 2004 (proc. 0440771, no acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 11 de Novembro de 2002 (proc. 283/02-1) e 25 de Maio de 2005 (proc. 1039/04-1), no acórdão de 15 de Dezembro (proc. 24/06.4IDGRD.C1) do Tribunal da Relação de Coimbra, e no acórdão de 22 de Setembro de 2004 (proc. 4855/2004-3) do Tribunal da Relação de Lisboa. Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁽¹⁸³⁾ Hoje revogada.

⁽¹⁸⁴⁾ Para chegar a esta conclusão o autor invoca um conjunto de normas, desde o CC ao Código do IRS e ao regime de insolvência. “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 106-111.

SUSANA AIRES DE SOUSA perspectiva o problema de modo diferente: por um lado, a autora chama a atenção para o facto de nas situações de substituição tributária as importâncias deduzidas não se confundirem com o património do substituto, mero detentor (não proprietário) das mesmas, que não pode delas dispor para gerir, ainda que de forma que considere adequada, a actividade empresarial, por não lhe pertencerem; por outro lado, relembra que o dever que recai sobre o agente não é o de “pagar os *seus* impostos”, mas antes a imposição legal de não se apropriar das quantias deduzidas – de não se apropriar de valores patrimoniais alheios – e o dever de as entregar à Administração Fiscal, o que gera, afinal, um conflito entre o dever de acção de pagar os salários e o dever geral de omissão de não apropriação dos valores que lhe foram confiados, o que não traduz um verdadeiro conflito de deveres mas sim uma colisão de interesses que deveria ser resolvida através do estado de necessidade justificante ⁽¹⁸⁵⁾.

SILVA DIAS, por sua vez admite a aplicação da figura do conflito de deveres, mas dentro de determinado circunstancialismo: i) não dispor a empresa em dificuldades de meios económicos que lhe permitam suportar, simultaneamente, o pagamento de salários e a entrega das prestações retidas a título de IRS no momento em que ambas as obrigações devam ser satisfeitas; ii) a utilização das prestações, total ou parcialmente, no pagamento de salários, admitindo que parte delas possam ser utilizadas também em valores que sustentem o dever de pagamento desses mesmo salários (v. g. aquisição de equipamentos e de matéria prima) ⁽¹⁸⁶⁾.

Resta-nos analisar a hipótese de aplicação do estado de necessidade desculpante. O estado de necessidade, enquanto circunstância de exclusão da culpa, pretende abranger aquelas situações em que se encontra enfraquecido, de forma significativa, o

⁽¹⁸⁵⁾ *Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 134-135. Do mesmo ponto de vista partilhou Tribunal da Relação do Porto no acórdão de 22 de Setembro de 2004 (Proc. n.º 0412635), disponível em www.dgsi.pt: “Os montantes de IVA não entregues à administração tributária eram propriedade do Fisco e não dos recorrentes, que apenas os tinham recebido a título não translativo de propriedade, sendo apenas seus depositários. Ou seja, a alternativa dos recorrentes nunca foi entre, com dinheiro que lhes pertencia, pagarem aos trabalhadores ou pagarem uma dívida ao Fisco. Mesmo a aceitar-se a versão do recurso, a sua opção foi diferente: teriam pago aos trabalhadores com dinheiro que não lhe pertencia, de que apenas eram fiéis depositários e tinham de entregar à administração tributária. Isto altera significativamente o quadro de ponderação dos valores conflituantes que os recorrentes pretendem invocar. Os recorrentes não foram condenados por não pagarem uma dívida, mas por descaminharem dinheiro de outrem. De outra maneira, estaríamos perante uma «prisão por dívidas», o que repugna à nossa ordem jurídica. Dentro dos parâmetros agora fixados, não se vê qual a norma ou princípio da ordem jurídica que exclui a ilicitude do comportamento de quem dispõe de bens que não lhe pertencem. Aliás, na própria ordem jurídica encontra-se resposta para a «gradação» dos valores em causa, pois, ao contrário do que acontece com a não entrega do IVA deduzido, o não pagamento de salários aos trabalhadores não é crime.”

⁽¹⁸⁶⁾ “Crimes e contra-ordenações fiscais”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. Vol. II, Coimbra Editora, 1999, p. 462 – 463.

desvalor da acção ilícita através de situações de estados emocionais que colidem com o processo de formação da vontade, de tal forma que não é exigível ao agente outro comportamento. Como estabelece o artigo 35.º do CP, age sem culpa quem praticar um facto ilícito *adequado* a afastar um perigo actual e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente. No n.º 1 deste mesmo artigo, dirigido à defesa de bens jurídicos eminentemente pessoais do agente ou de terceiro, exige-se, além do mais, que a conduta adoptada pelo agente seja o *único* modo de remover o perigo que ameaça aqueles bens, pelo que havendo outro ou outros meios para afastar o perigo, o agente terá que optar pelo lícito ou pelo menos ilícito. Assim, num tal condicionalismo, reconduzível a uma situação de não exigibilidade total de comportamento diferente, tendo agido sem culpa, o agente terá, naturalmente, de ser absolvido ⁽¹⁸⁷⁾.

Já nos termos do n.º 2, referente a outros interesses jurídicos (como na nossa hipótese), o caso será, já e tão-só, de não exigibilidade parcial, susceptível apenas de conduzir à atenuação especial da pena ou, excepcionalmente, à dispensa de pena, tendo subjacente, pois, a existência de culpa, ainda que em grau substancialmente ou muito reduzido, mas já se não configurando aí uma causa de exclusão da culpa.

Aqui as opiniões divergem: para alguns, apesar da dificuldade em identificar um *perigo actual* para os bens jurídicos delimitados naquela norma, parece ser admissível a hipótese de aplicação do n.º 2 do artigo 35.º, tendo em conta que o pagamento de salários e a laboração da empresa são interesses considerados juridicamente relevantes e que são os interesses imediatamente salvaguardados pelo substituto, será possível recorrer a uma atenuação especial de pena ou mesmo à dispensa de pena. Isto porque consideram que o desvalor de conduta do substituto que incorre na prática do crime de abuso de confiança fiscal pelos motivos apontados será sempre menor do que o desvalor da conduta daquele que pretende unicamente enriquecer às custas do Estado ⁽¹⁸⁸⁾. Para

⁽¹⁸⁷⁾ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 2 de Abril de 2003 (Proc. n.º 0210027).

Para TAIPA DE CARVALHO, “a causa de exclusão de culpa do ‘estado de necessidade desculpante’ pressupõe uma situação de conflito entre bens jurídicos, em que a salvaguarda do bem jurídico só é possível mediante o sacrifício de um bem jurídico alheio, quer ao próprio titular do bem em perigo quer ao próprio agente da acção salvadora, quando este agente não é a pessoa cujo bem está em perigo”, em Direito Penal – Parte Geral, vol. II, Teoria Geral do Crime, Publicações Universidade Católica, Porto, 2004, p. 360.

⁽¹⁸⁸⁾ Neste sentido, SUSANA AIRES DE SOUSA, Os crimes fiscais..., ob. cit., p. 135; NUNO LUMBRALES, “Abuso de confiança...”, ob. cit., p. 111-112; HUGO BRITO MACHADO, “Algumas

outros, o não pagamento dos salários não pode ser considerado um perigo *actual*, podendo os trabalhadores, face ao atraso dos pagamentos salariais, fazer cessar o vínculo laboral por justa causa e intentar contra o empregador as acções judiciais tendentes à cobrança dos seus créditos: é o caso de PAULO MARQUES ⁽¹⁸⁹⁾ que não vê nas situações de não entrega de imposto motivada por dificuldades económicas e financeiras o preenchimento de quaisquer requisitos do estado de necessidade desculpante. O autor sustenta a sua posição com os argumentos invocados no acórdão da Relação de Guimarães de 14 de Março de 2005 (Proc. n.º 131/05-1) que decidiu no mesmo sentido, fundamentando a decisão considerando que “não há fundamento para considerar o não pagamento de salários como um perigo actual, devendo notar-se que, se os arguidos tivessem deixado de pagar os salários os trabalhadores poderiam fazer cessar, por justa causa, os seus contratos de trabalho e intentar contra a sociedade arguida as competentes acções. Por outro lado, também não há qualquer elemento que aponte no sentido de que o único meio de que o arguido dispunha para efectuar o pagamento dos salários passasse pela assunção de um comportamento delituoso” ⁽¹⁹⁰⁾.

Assim, parece-nos que não existe na lei nenhuma hipótese validamente aplicável às situações que “imaginamos” e que permita evitar a punibilidade do agente.

Diz-se, geralmente, que o dever legal de pagar os impostos tem um valor superior ao dever de efectuar os pagamentos laborais e de manter a empresa em actividade, por só ser possível ao Estado satisfazer os interesses sociais e económicos da sociedade através das receitas obtidas com o cumprimento das obrigações fiscais dos contribuintes. Apontada como especialmente ilustrativa da supremacia e especificidade do interesse público fiscal é a indisponibilidade do crédito tributário, só podendo a Administração fixar condições para a sua redução ou extinção observado o respeito pelos princípios da igualdade e da legalidade tributárias (artigo 20.º da LGT).

Assim, perante este princípio da irrenunciabilidade do crédito tributário parece difícil sustentar que o substituto possa dispor, enquanto depositário, do montante de

questões relativas aos crimes contra a ordem tributária”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 394, 1999, p. 106, a propósito da art. 2.º da Lei brasileira n.º 8.137/90.

⁽¹⁸⁹⁾ Em *Crime de abuso de confiança fiscal*, *ob. cit.*, p. 72.

⁽¹⁹⁰⁾ No mesmo sentido da não procedência do estado de necessidade desculpante se decidiu no Acórdão da Relação de Coimbra, de 17/10/2001, CJ, XXVI, 4º, 61: “...considerássemos que em todas as situações de dificuldade económica e financeira, o único meio ou recurso de as superar passasse pela assunção de comportamentos delituosos, designadamente da natureza do assumido pela sociedade arguida e arguidos, o que, evidentemente, colide com as mais elementares regras da experiência e do senso comum, bem como com o consentimento ético-jurídico da sociedade”. Não podem, pois, as razões que levaram os arguidos a assim ilicitamente proceder ter a força atenuativa da culpa que pretendem e, pela via do citado artº 35º, levar à impetrada atenuação especial, senão mesmo à dispensa, da pena”.

imposto que reteve ou deduziu e que pertence à comunidade, ultrapassando as próprias prerrogativas das autoridades tributárias. Como assinalam ALFREDO SOUSA e SILVA PAIXÃO, “não podem, com efeito, os órgãos da Administração Tributária – contrariamente ao que acontece com a generalidade dos credores privados – negociar sobre as dívidas de imposto, renunciar a elas ou perdoá-las, no todo ou em parte, nem tão-pouco, conceder moratórias para o seu pagamento ou sequer aceitar que este se faça antecipada ou parcialmente – a menos, claro, que o próprio legislador o consinta” (191). Daqui decorre o carácter coactivo da prestação tributária, a qual em caso de não cumprimento, dá lugar necessariamente à instauração de um processo de execução fiscal (artigo 148.º e ss. do CPPT).

TIAGO MILHEIRO considera que o legislador, entendendo que o contribuinte que declarou as prestações e demonstrou através de tal atitude uma colaboração com a Administração, não obstante não pagar atempadamente, merece uma notificação posteriormente ao decurso do prazo de 90 dias, concedeu-lhe, logo à partida, uma oportunidade de não ser punido criminalmente. Mas, ainda assim, o autor não põe de parte a hipótese de o agente se encontrar economicamente impossibilitado de cumprir a obrigação tributária: “efectuada a notificação, cabe ao arguido optar pelo pagamento segundo os *montantes* que no entender da administração tributária ou da segurança social estão em *dívida* ou não efectuar o mesmo, por vários motivos que podem ir desde a impossibilidade financeira até estratégia de defesa, prosseguindo o processo os seus trâmites legais” (192).

Seja como for, a verdade é que dificilmente na lide forense são admitidas as causas de justificação nos casos em apreço. O STJ já sustentou, inclusivamente, que “a exculpação levaria – levou – ao amolecimento ósseo da obrigação de pagar impostos, ao seu aviltamento, à difícilíssima sustentabilidade da Segurança Social e ao desfalque do património fiscal do Estado” (193). A Relação do Porto, por sua vez, já defendeu que o perigo de universalização das condutas impede o funcionamento da desculpa (194). Assim, há quem entenda que perante dificuldades económicas apenas resta à empresa pedir a declaração de insolvência, em vez de distribuir o dinheiro de forma não permitida pelas regras jurídicas ou reter as verbas que não lhe pertencem com a mesma

(191) *Código de Procedimento e Processo Tributário Comentado e Anotado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 196.

(192) Em “Da punibilidade nos crimes...”, *ob. cit.*, p. 62 e 77.

(193) Acórdão do STJ de 18 de Outubro de 2006 (proc. 06P2935), disponível em www.dgsi.pt.

(194) Aresto de 2 de Abril de 2003 (proc. 0210027), disponível www.dgsi.pt, que rejeita a aplicação do direito de necessidade e do estado de necessidade desculpante.

intenção. Mais. Levada às últimas consequências, a pretendida equiparação entre deveres implicaria uma grave distorção das regras da concorrência, o que resultaria numa desigualdade de vantagens inadmissível em relação às empresas que têm uma atitude de respeito para com o direito, para além de evitarem a perseguição criminal.

Face a estas situações, FERNANDA PALMA ⁽¹⁹⁵⁾ dirigiu uma crítica àqueles que se refugiam na hierarquia dos valores para sustentar a improcedibilidade da desculpa nestas situações, confundindo esta figura com a ausência de liberdade por afectação da vontade e que não ponderam o facto de se tratar de um conflito entre um bem colectivo e o perigo, ou até o dano, para a situação familiar e existencial dos trabalhadores, sendo irrelevante a concorrência entre empresas quando está em causa o pagamento de salários.

Pode argumentar-se que os crimes acumulativos são utilizados na defesa da estabilidade/vigência da norma fiscal mediante reacções contrafacticas ⁽¹⁹⁶⁾. O que é justificável face à indiscutível relevância atribuída pelo nosso ordenamento jurídico aos crimes fiscais. Todavia, o esvaziamento ético do tipo em sede de crimes tributário não tem a ver com as características do bem jurídico tutelado, mas antes com razões pragmáticas e de política criminal, assentes em necessidade de prevenção que não têm sido satisfeitas, em parte devido ao reduzido número de condenações verificadas em casos de crimes económicos, especialmente fiscais. E foram estas razões de política criminal que conduziram à configuração do artigo 105.º do RGIT como nos aparece hoje, bastando ao MP provar a não entrega dolosa da prestação tributária à administração tributária, sem ter que se referir às circunstâncias que motivaram a conduta do autor.

Acontece que, como defende MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO, o reforço da vigência da norma não pode ser conseguido à custa da culpa do agente. Em épocas de exasperação punitiva, muitas vezes sob o pretexto do interesse colectivo e de exigências de eficiência, surgem discrepâncias entre a previsão legal e a realidade.

As causas de desculpação têm aqui um importante papel a desempenhar em tempos de desmedida expansão da intervenção penal, podendo inclusive ser uma via alternativa à declaração de inconstitucionalidade de certos tipos de crime.

⁽¹⁹⁵⁾ *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Almedina, 2005, p.221.

⁽¹⁹⁶⁾ Sobre a figura da acumulação, vide AUGUSTO SILVA DIAS, “‘What if everybody did it?’: sobre a ‘(in)capacidade de ressonância’ do direito penal à figura da acumulação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 3, Jul. – Set. 2003, p. 303-345.

Como ensinava CAVALEIRO FERREIRA, a desculpabilidade terá lugar quando não seja razoável exigir do agente, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente ⁽¹⁹⁷⁾. E acrescentava: “A lei renuncia a fixar em abstracto o grau de culpabilidade; terá de ser fixado só no caso concreto. E para tanto dever-se-á atender não apenas à ponderação do valor do motivo determinante, do fim subjectivo do agente, em confronto com o desvalor objectivo do crime praticado, mas ainda a todas as circunstâncias do caso concreto e em particular ao estado emotivo do agente.”

GERMANO MARQUES DA SILVA, em discurso sobre a ética e a moralidade no direito penal tributário expressa a seguinte posição que, apesar da extensão, não podemos deixar de citar: “embora aceite a legitimidade democrática do imposto votado legalmente, não admito e estou convencido que o povo também não entende nem aceita como possa ser menos grave o furto ou a burla à defraudação do fisco e não aceita que aquele que deixou de pagar o IVA, o IRS ou a contribuição para a segurança social para pagar os salários aos seus trabalhadores, tantas vezes num derradeiro esforço para tentar manter em laboração a sua pequena empresa, deva ir parar à prisão enquanto o ladrão e o burlão beneficiam de suspensão da execução da pena. É o efeito da prevenção geral, diz-se, como se o puro utilitarismo se deva impor à moralidade, base que é do juízo de censura jurídica. O povo não entende como é que o que só é devido porque é ‘imposto’ possa prevalecer juridicamente sobre o que é devido por imposição moral. Mas o que é mais grave é que neste combate exemplar, são quase sempre só os pequenos a cair na alçada da justiça tributária, não sei se por questão de malhagem das redes ou por inabilidade dos pescadores!” E mais adiante o autor acrescenta: “Mas mais grave porque revela a imoralidade da Administração e é causa da grande maioria dos crimes de abuso de confiança fiscal e contra a segurança social é que tendo a Administração conhecimento da falta da entrega dos tributos devidos aguarde meses, as mais das vezes anos, até proceder a acção inspectiva em ordem à instauração do correspondente processo. (...) Ora, se a Administração, verificada a falta de entrega do imposto, intervém prontamente, as mais das vezes ainda o responsável poderá cumprir a obrigação, mas, se não intervém e deixa arrastar a situação por meses a fio o mais certo é que afinal a dificuldade no pagamento se volva em impossibilidade, com a destruição da empresa, a reversão para os gerentes e a condenação destes a penas efectivas de prisão. (...) As grandes empresas terão informação e gestão esclarecida e sabem que

⁽¹⁹⁷⁾ Em *Lições de Direito Penal I*, Editorial Verbo, Lisboa, 1987, p. 164 *apud* PAULO MARQUES, *ob. cit.*, p. 71.

antes dos trabalhadores, dos bancos e dos fornecedores, paga-se ao Estado. Mas os pequenos, senhores? A grande maioria das empresas portuguesas são pequeninas empresas em que os seus gerentes em pouco ou nada se distinguem dos seus operários. A lei nada exige para que alguém seja empresário e até o estimula, porque a empresa gera impostos e postos de trabalho, mas depois... (...) Ou seja, em muitíssimos casos, a culpa não existe, ou é diminuta e os delinquentes estão plenamente integrados na sociedade. São motivadas por valores e valores morais, mas a que se sobrepõem as razões tributárias!!!” (198).

Suponhamos ainda, para finalizar, que a mesma situação acontece num tempo em que o próprio Estado e os seus serviços e organismos se constituem em mora sistemática em relação aos fornecedores, desencadeando um efeito sistémico. Pode o Estado, em mora perante um agente económico, que ele próprio colocou em dificuldades e lhe retirou a possibilidade de continuar a cumprir compromissos salariais e fiscais e, por isso, opta por utilizar temporariamente as prestações para pagar salários e fornecimentos, puni-lo criminalmente? Urge referir também os recentes casos de incumprimento da própria Administração noticiados em diversos órgãos de comunicação social: “vários organismos do Ministério da Administração Interna não estão a entregar ao Estado a retenção de IRS dos funcionários, nem os descontos para a Caixa Geral de Aposentações e para a Segurança Social” (199). Mais. “A suspensão temporária do pagamento destas contribuições por falta de liquidez para pagar salários e suplementos foi a solução encontrada através de um acordo entre o ministério de Rui Pereira e o ministério de Teixeira dos Santos. Desta forma, todas as verbas são canalizadas para pagar salários e na polícia estão em causa suplementos de turnos, de patrulha, entre outros. A GNR já tinha reconhecido uma situação semelhante no passado mês de Fevereiro, com os descontos para a Caixa Geral de Aposentações e para a Segurança Social” (200). Em entrevista à Lusa, o fiscalista Tiago Caiado Guerreiro esclareceu, no sentido que temos vindo a expor: “De acordo com a lei, se não forem entregues as retenções de IRS e para a Segurança Social no prazo de 90 dias, comete-se o crime de abuso de confiança fiscal, o que, pelo montante em causa, dará uma pena de

(198) GERMANO MARQUES DA SILVA, “Ética, imposto e crime ou o princípio da moralidade no Direito Penal Económico”, em <http://www.afp.pt/Conf3-05.doc>, *apud* MANUEL JOSÉ PEDRO MIRANDA, “Justificação do facto...”, *ob. cit.*, p. 11.

(199) Jornal Público, disponível em http://economia.publico.pt/Noticia/servico-de-estrangeiros-e-fronteiras-nega-que-esteja-a-atrasar-pagamentos-ao-estado_1489594.

(200) Disponível em http://economia.publico.pt/Noticia/policia-esta-sem-dinheiro-e-deixou-de-pagar-descontos-de-irs-ao-estado_1489557.

prisão até cinco anos.” E em relação ao noticiado acordo entre os ministros: “não é válido porque, de acordo com a lei geral tributária, não existe a possibilidade de dispor do acto tributário e assim temos uma segunda violação da lei” (201).

2.4. Direito comparado

Face ao que temos vindo a expor, resta-nos verificar que a “criminalização da mera não entrega dolosa, desacompanhada da apropriação”, com o sentido e alcance que temos vindo a analisar, não colhe frequente aceitação noutros ordenamentos jurídicos europeus.

Em Espanha, os artigos 305.º e 307.º do Código Penal de 1995, integrados no capítulo dos delitos contra a Fazenda Pública e contra a Segurança Social, prevêm os crimes que atentem contra o património destas entidades. Diferentemente do regime português de abuso de confiança que temos vindo a analisar, estas incriminações são definidas por um “prejuízo patrimonial mediante um engano” (202), o que conduz a uma aproximação destas infracções, não aos crimes de *Abuso de confiança fiscal* e *Abuso de confiança contra a Segurança Social* do RGIT, mas antes aos crimes de *Fraude Fiscal* e de *Fraude contra a Segurança Social*, previstas nos artigos 103.º e 106.º do mesmo diploma (203).

Apesar de o quadro legal espanhol não ser claro – levantam-se dúvidas, nomeadamente, quanto ao âmbito de tutela do artigo 307.º (204) e quanto à aplicação temporal da lei (205) – uma coisa parece certa: não é criminalmente punido o empregador que não faz a entrega das prestações fiscais ou da segurança social, desde que não acompanhadas de apropriação, isto é, desde que o agente reconheça integralmente a dívida e tenha condições objectivas de a pagar, solução unanimemente

(201) Disponível em http://diariodigital.sapo.pt/dinheiro_digital/news.asp?section_id=1&id_news=156700.

(202) MORILLAS CUEVA, in CARMONA SALGADO/CONZÁLEZ RUS/MORILLAS CUEVA/POLAINO NAVARRETE/PORTILLA CONTRERAS, *Curso de derecho penal español. Parte especial*, I, Madrid, 1996, p. 868, *apud* MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O crime de abuso de confiança...”, *ob. cit.*, p. 325.

(203) Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O crime de abuso de confiança...”, *ob. cit.*, p. 324 – 325.

(204) São levantadas dúvidas acerca, por exemplo, da inclusão das cotizações dos trabalhadores no artigo 307.º, e, caso a resposta seja negativa, se estas cotizações serão tuteladas pelo artigo 252.º (abuso de confiança) ou se não estarão de modo algum protegidas.

(205) ENRIQUE BACIGALUPO, “El delito fiscal”, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., 1998, p. 217-221.

aceite na doutrina e jurisprudência espanholas. Nem será punida, de um modo geral, a mera não entrega dolosa desacompanhada da apropriação.

No entanto, a nível jurisprudencial, também no país vizinho se têm encontrado dificuldades em aplicar a figura do estado de necessidade nas situações de “crise empresarial, dificuldades de tesouraria ou de precária situação financeira”⁽²⁰⁶⁾.

A doutrina espanhola tem-se dividido quanto à aplicação do estado de necessidade justificante ou desculpante à infracção fiscal criminalizada no artigo 305.º do Código Penal.

Antes de mais, ENRIQUE BACIGALUPO⁽²⁰⁷⁾ para a insuficiência da mera falta de declaração para se dar uma omissão típica: a omissão da satisfação da dívida fiscal só será típica se o omitente a reconhecer. Ou seja, o artigo 305.º não sanciona o dever de declarar, mas sim o dever de contribuir⁽²⁰⁸⁾.

Para os autores MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ e SILVINA BACIGALUPO⁽²⁰⁹⁾ poderá ser aplicável o estado de necessidade quando o crime é cometido como consequência de grave crise económica ou como único meio de competir face a outras condutas defraudatórias. Todavia, a rigidez dos seus pressupostos não dificultam a sua aplicação. Em relação ao IVA em particular, consideram que a conduta ficará impune, mas não por causa do estado de necessidade: antes porque a simples falta de entrega deste imposto não constitui qualquer ilícito penal, o qual exige um engano.

No âmbito do crime de fraude contra a segurança social (artigo 307.º do Código Penal espanhol), JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ LUCAS admite a aplicação do estado de necessidade justificante quando o pagamento da cotização social não seja possível, nomeadamente nos casos de conflito entre o cumprimento desta obrigação e o pagamento das despesas inerentes à continuidade da actividade empresarial (ex. água, luz ou matérias-primas). Em tal circunstancialismo, a não entrega da cotização social afigura-se como um mal menor e o carácter supra-individual do bem jurídico não obstará à aplicação da causa de justificação⁽²¹⁰⁾.

⁽²⁰⁶⁾ ISAAC MERINO JARA e J. L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Delito Fiscal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, p. 118 e ss. *apud* SUSANA AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais...*, *ob. cit.*, p. 133-134, nota 259.

⁽²⁰⁷⁾ “El delito fiscal”, *ob. cit.*, p. 217.

⁽²⁰⁸⁾ MARIA ASUNCIÓN RANCAÑO MARTÍN lembra que, da tipificação deste delito como delito especial, resulta que apenas as pessoas obrigadas a pagar a dívida tributária podem realizar a conduta típica (*El delito de defraudación tributaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 1997, p. 45).

⁽²⁰⁹⁾ *Apud* MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO, “Justificação do facto...”, *ob. cit.*, p. 7.

⁽²¹⁰⁾ *Apud* MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO, “Justificação do facto...”, *ob. cit.*, p. 7-8.

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, considera que, no ordenamento espanhol, o recurso às causas de justificação ou de exclusão da culpa não se faz sentir com tanta intensidade como sucede entre nós: sendo a mera falta de pagamento da cotização social um comportamento penalmente atípico, configurando apenas um ilícito administrativo, não será necessário procurar a impunidade em nenhuma causa de justificação ou de exclusão da culpa fundamentada em dificuldades económicas. É com base nestes argumentos que o autor sustenta a não aplicação do estado de necessidade justificante ao crime previsto no artigo 307.º do Código Penal espanhol ⁽²¹¹⁾.

A solução do direito alemão passa pela subsunção das condutas que constituem o nosso crime de abuso de confiança fiscal no crime de abuso de confiança do Código Penal ⁽²¹²⁾. Todavia, a lei penal alemã integra um conjunto de dispositivos suplementares que acabam por não ditar a punibilidade da não entrega desacompanhada de apropriação: quando o agente reconhece a dívida, comunicando-a à entidade competente e esclarecendo os motivos da não entrega, e mantém o propósito objectivamente comprovado de a pagar, para o qual é fixado judicialmente um prazo ⁽²¹³⁾. Estas condições determinam a renúncia obrigatória à pena ⁽²¹⁴⁾.

Também a Lei Geral de Segurança Social austríaca prevê a não punibilidade da não entrega em casos de dificuldades de tesouraria, sob condições semelhante às da lei alemã, mas acautela o incumprimento do segundo prazo concedido, desta vez, pela Segurança Social ao omitente com o ressurgimento da responsabilidade penal ⁽²¹⁵⁾.

2.5. Conclusão

Mais uma vez estamos perante uma relação de tensão entre o Direito e a Economia. Em causa estão consequências do funcionamento dos mercados e regras jurídicas, mas, sobretudo, direitos.

Sabemos que o legislador utiliza na letra da lei a expressão “entrega” e não “pagamento”, o que é sintomático do reconhecimento da consensual “proibição de

⁽²¹¹⁾ *Apud* MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO, “Justificação do facto...”, *ob. cit.*, p. 8.

⁽²¹²⁾ Assim, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04.12.2008, disponível em www.dgsi.pt.

⁽²¹³⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O abuso de confiança fiscal...”, *ob. cit.*, p. 324.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, “La criminalización de las defraudaciones a la Seguridad social en ámbito del derecho comparado: luces y sombras”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, p. 186.

⁽²¹⁵⁾ JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA, “La criminalización de las defraudaciones a la Seguridad social en ámbito del derecho comparado: luces y sombras”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, p. 186, nota 74.

prisão por dívidas”. Assim como sabemos que no espírito do legislador não estaria a falta de pagamento em si, ou melhor, da entrega, para a qual previu a utilização de mecanismos coercivos em sede de execução fiscal (artigos 148.º e ss do CPPT), mas apenas o sancionamento criminal de comportamentos dolosos do contribuinte que atentem com gravidade contra a lealdade e cooperação que é devida na relação jurídica tributária, prejudicando de modo especialmente censurável os contribuintes cumpridores.

Acontece que, por imperativo constitucional, a criminalização passa necessariamente pela dignidade penal da conduta e pela sua carência de tutela penal ou necessidade penal, ou seja, por um lado, a danosidade dos bens jurídicos é absolutamente intolerável, por outro, a sociedade não dispõe de outro meio menos gravoso que garanta a eficácia e idoneidade da tutela desses bens (*ultima ratio* do direito penal). Quando, aos olhos do legislador, as condutas a sancionar não têm a dignidade e a carência da tutela penal, a alternativa passa pelas sanções do direito das contra-ordenações.

Reconhece-se que, em abstracto, não se afigura desadequado, desproporcionado ou mesmo inconstitucional a previsão de uma pena de prisão no âmbito de um crime tributário, quanto a mesma se dirige à tutela de bens supra-individuais. Mas, na verdade, afigura-se desproporcionado prever uma situação de privação de liberdade que pode exceder manifestamente os limites da culpa, sem que esteja previsto qualquer mecanismo que permita contornar esta penalização face à concreta e débil situação do agente ⁽²¹⁶⁾. E, sobretudo, parece-nos violada a dimensão ética.

MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO ⁽²¹⁷⁾ sublinha que da concepção liberal do Direito Penal decorre que os bens jurídicos supra-individuais ou colectivos, pelo menos na sua maioria, não podem deixar de ter uma base personalista. A protecção de bens jurídicos como o património estatal, o ambiente, as regras do mercado e a administração da justiça só adquire funcionalidade e com isso legitimidade se estiverem ao serviço da pessoa humana. Mais: o autor entende que “ao explicar as causas de exclusão da culpa a partir da finalidade preventiva da pena, a doutrina funcionalista mais radical introduz na culpabilidade questões de política criminal que são alheias ao conteúdo daquela. E se a isto juntarmos tipos de crime que constituem uma feroz antecipação da tutela penal, a

⁽²¹⁶⁾ Cfr. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. Vol. II, Coimbra Editora, 1999, p. 481 – 489.

⁽²¹⁷⁾ “Justificação do facto e exclusão da culpa...”, *ob. cit.*, p. 14 -15.

natureza de *ultima ratio* do Direito Penal pode ficar comprometida. Tudo a conjugar para uma inconstitucionalidade material do preceito incriminador, por violação do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, se interpretado com aquele sentido.”

Na verdade, como a doutrina tem salientado, a negação da ilicitude ou da culpa não significa necessariamente a aceitação da conduta, mas apenas que o facto não é digno de pena. Nas causas de desculpa, derivadas da inexigibilidade, o legislador é livre de estabelecer casos relativamente aos quais pretende renunciar à punição ⁽²¹⁸⁾. Assim, fazendo uso dessa possibilidade, mesmo estipulando uma pena criminal para os casos de abuso de confiança, o legislador deveria prever um mecanismo que permitisse, nas situações que conjecturámos, excluir a culpa, ou, pelo menos, a punibilidade dos agentes colocados em tais situações limite. Para averiguar acerca da veracidade das situações, o tribunal poderá sempre socorrer-se do apoio de peritos, consultores e assessores.

3. O Consumo de Drogas e o Tráfico de Menor Gravidade

(Interpretação conjunta dos artigos 2.º, n.ºs 1 e 2, e 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, e dos artigos 25.º e 40.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro)

3.1. A controvérsia acerca da penalização - despenalização

Até à entrada em vigor da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, em 1 de Julho de 2001, o consumo de drogas era considerado pelo legislador português como “crime de consumo ilícito de estupefacientes”, por força do artigo 40º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro. O delito de consumo incluía não só o mero acto de consumir, mas também a aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio. Este ilícito criminal era caracterizado pelo propósito do consumo, sendo irrelevante a quantidade adquirida ou detida para afastar a conduta do âmbito de aplicação do art. 40.º. A lei estabelecia um patamar quantitativo apenas para possibilitar uma punição mais leve quando a quantidade de droga na posse do infractor não ultrapassasse a dose necessária para 3 dias de consumo.

⁽²¹⁸⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, ob. cit.*, p. 604.

Paralelamente, “fora dos casos do artigo 40.º”, a lei previa o crime de tráfico para “quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fazer transitar, ou ilicitamente detiver” estupefacientes (artigo 21.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro). Tráfico e consumo eram tipos criminais alternativos, de modo que a subsunção da conduta num dos tipos afastava a subsunção no outro e vice-versa. Assim, quem adquirisse ou detivesse droga destinada ao consumo próprio, fosse em que quantidade fosse, nunca seria punido por tráfico, sendo este punido com penas mais severas, posto serem os traficantes considerados exploradores das fraquezas alheias e destruidores de personalidades com fins lucrativos.

Cumpram ainda referir que a lei fazia distinção entre aquele que trafica para lucrar e aquele que trafica para arranjar meios para sustentar a sua dependência. Para concretizar tal distinção estava prevista a figura do traficante-consumidor, caracterizada por aquele segundo fim e pela detenção de uma quantidade de droga para consumo médio individual durante 5 dias, que era punível com uma pena mais branda do que a do “mero” traficante ⁽²¹⁹⁾. Havia, portanto, uma ordem crescente de gravidade, do consumo ao tráfico, graduada em função da intenção do infractor e coadjuvada pela quantidade de substâncias consumidas ou traficadas ⁽²²⁰⁾.

A criminalização do consumo fundamentava-se na necessidade de protecção dos bens jurídicos saúde, desenvolvimento integral da personalidade do homem e segurança pública. No entanto, tal criminalização sempre foi controversa: primeiro por ser discutível a real necessidade da intervenção do direito penal em relação a condutas que provoquem “lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento de cada homem” ⁽²²¹⁾; e depois, em consequência daquela, porque não é absolutamente certo que, com a criminalização destas condutas, esteja assegurado o respeito pelos princípios da subsidiariedade e *ultima ratio* do direito

⁽²¹⁹⁾ Como nota FERNANDO GAMA LOBO (em *Droga. Legislação. Notas. Doutrina. Jurisprudência*, Quid Juris Sociedade Editora, 2006, p. 68), “reconhece-se assim implicitamente, uma culpa diminuída nos consumidores agentes deste crime, que todavia cessa quando os produtos detidos excederem o necessário para o consumo individual durante o período de cinco dias”.

⁽²²⁰⁾ Cfr. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “O consumo de droga na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n.º 30/2000”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, Fasc. 1.º, Janeiro-Março de 2011, p. 86-90. Para uma leitura do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, anotado cfr. RUI MOREIRA CHAVES, *Regime Jurídico do Tráfico e do Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, Almedina, Coimbra, 1994, em especial, p. 59-126.

⁽²²¹⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários*. Vol. I.P. 22-23.

penal, assim como do princípio da proporcionalidade e dos seus corolários, os princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso ⁽²²²⁾.

Em consequência, a comissão da Estratégia Nacional da Luta Contra a Droga ⁽²²³⁾, por influências do princípio humanista, que preconiza exactamente a prossecução destes princípios, concluiu ser preferível a não criminalização do consumo de estupefacientes “por não ser (esse) o meio absolutamente necessário ou sequer adequado para enfrentar o problema do consumo de drogas e seus efeitos”. Em alternativa, propugnou pela inclusão da conduta no direito contra-ordenacional, por entender que não só permite melhor satisfazer os objectivos da política criminal, como favorece a aplicação do princípio da oportunidade ⁽²²⁴⁾, possibilitando “um melhor tratamento processual do caso concreto” ⁽²²⁵⁾. Esta posição acompanhou as tendências de descriminalização assentes na defesa da liberdade individual, que pretendem limitar a intervenção estatal nos casos de condutas ofendedoras da moral social e que provocam danos na própria pessoa, sem que lesem a esfera jurídica de terceiros ⁽²²⁶⁾.

Face à controvérsia, o legislador nacional optou por alterar o regime legal do consumo de drogas e consagrar um *tertium genus*: em sentido técnico estrito operou-se uma *descriminalização*, mantendo-se, todavia, uma *penalização* da conduta de consumo ⁽²²⁷⁾. De facto, o regime aprovado pela Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, assenta nas

⁽²²²⁾ Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Consumo de Drogas. Reflexões sobre o quadro legal*. 3.ª Edição Revista e aumentada, Almedina, 2006, p. 22.

⁽²²³⁾ *Estratégia Nacional de Luta Contra a Droga*, Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio, Imprensa Nacional Casa da Moeda, p. 49, 50, 94. Esta Estratégia Nacional foi revista pelo Plano de Acção Nacional de Luta Contra a Droga e a Toxicodependência, aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 39/2001, de 9 de Abril.

⁽²²⁴⁾ Sobre os princípios da legalidade e da oportunidade, ver PEDRO CAEIRO, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, *Revista do Ministério Público*, n.º 84, p. 31 – 47.

⁽²²⁵⁾ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO chama a atenção para o facto de o parecer da Comissão da Estratégia da Luta Nacional Contra a Droga referido não ser rigoroso no que concerne a aplicação do princípio da oportunidade. Note-se que o artigo 43.º da lei-quadro, o DL n.º 433/82, de 27 de Outubro, condiciona expressamente o processo contra - ordenacional ao princípio da legalidade. Daqui resulta que, tal como no processo penal, sempre que tenham notícia da prática de uma contra-ordenação, as entidades competentes devem investigar e proceder à acusação quando obtenham indícios suficientes da praticados factos e dos respectivos autores (em “O consumo de droga...”, *ob. cit.*, p. 81-82). Para uma abordagem mais profunda acerca destes documentos, vide A. G. LOURENÇO MARTINS, “Droga – Nova política legislativa”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, 2001, p. 413 – 437.

⁽²²⁶⁾ Vide MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Consumo de Drogas...*, *ob. cit.*, p. 37-43.

⁽²²⁷⁾ Parece-nos oportuno lembrar, com CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, a distinção entre *descriminalização* e *despenalização*: a primeira dá-se quando uma lei nova deixa de incriminar certos factos previstos numa lei anterior – o que antes era crime deixa agora de o ser; a segunda dá-se nos casos em que uma lei nova continua a considerar uma conduta como crime, mas submete-a a uma punição mais leve do que aquela que resultava da lei anterior. Vide CRISTINA LÍBANO MONTEIRO “O consumo de droga ...”, *ob. cit.*, p. 82. No mesmo sentido, FARIA COSTA explica: “se uma conduta criminosa é completamente apagada do ‘catálogo’ das incriminações penais, está-se perante uma verdadeira e própria descriminalização”. Por outro lado, há uma despenalização “quando o legislador continua a considerar a

teorias de que o toxicodependente é um doente que necessita de ser curado, não preso⁽²²⁸⁾, mas uma descriminalização técnico-jurídica não despenaliza necessariamente a prática de condutas: no caso, o legislador limitou-se a considerar o consumo, a aquisição e detenção de drogas, até um certo limite quantitativo, como actos ilícitos de mera contra-ordenação social⁽²²⁹⁾. Assim, pode dizer-se que, em vez de um *arguido*, a lei considera um *indiciado*, isto é, um indivíduo surpreendido a consumir, a adquirir ou a deter para consumo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, até uma quantidade média para consumo que não passe o máximo de 10 dias⁽²³⁰⁾.

Relembre-se que o legislador não é totalmente livre de optar pela criminalização ou não das condutas. Como explica FIGUEIREDO DIAS⁽²³¹⁾, “tais decisões seguindo, quase sempre muito de perto a evolução histórica da sociedade para a qual são tomadas, revelam-se estreitamente condicionadas pelos dados da estrutura social, por substratos directamente políticos, pelos interesses dos grupos sociais e pelas representações axiológicas neles prevalentes em certo momento histórico”⁽²³²⁾.

A isto acresce a assunção de compromissos internacionais que obrigam o Estado português. No campo do consumo de drogas em particular, o legislador tem de ter em consideração a Convenção Única de 1961 sobre Estupefacientes, a Convenção sobre as Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988. Esta última, em especial, estipula no n.º 2 do art.º 3 que “sob reserva dos princípios constitucionais e dos conceitos fundamentais do respectivo sistema jurídico, as Partes adoptam as medidas

conduta punível dentro da categoria do ‘direito penal global’ mas classifica-a, por exemplo, como contra-ordenação ou ainda quando o legislador baixou a moldura penal abstracta”, tratando-se este último caso de uma despenalização relativa (*Noções Fundamentais de Direito Penal...*, *ob. cit.*, p. 45-46).

⁽²²⁸⁾ A Organização Mundial de Saúde inclui a toxicodependência na International Classification of Diseases, ao referir doenças e distúrbios mentais pelo uso de substâncias como opiáceos, canabinóides, cocaína e alucinogénios. Classificação disponível em www.who.int/en/.

⁽²²⁹⁾ Opositor da descriminalização, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE diz: “Defendemos a procura de outras alternativas, que é o nosso lema quando um regime estrutural entrou em colapso e /ou em descrédito: *como manter a criminalização*, mas competindo aos serviços de saúde do Estado prestarem um auxílio directo e programático aos consumidores que procurassem efectuar um tratamento adequado ao abandono da ‘escravidão’, ou seja, aqueles serviços deveriam estar preparados para fornecer as drogas de que o consumidor dependia com um acompanhamento médico capaz de realizar um diagnóstico que permitisse conduzir o consumidor a um melhor tratamento. Pois, se o toxicodependente é doente para aplicação de uma pena, também o é para aplicação de uma coima.”. Em *Consumo de Drogas...*, *ob. cit.*, p. 40.

⁽²³⁰⁾ Neste sentido, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Consumo de Drogas...*, *ob. cit.*, p. 96-97.

⁽²³¹⁾ Em “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, 1976, p. 72.

⁽²³²⁾ Neste sentido também ARTUR MATIAS PIRES, “Ainda sobre o novo regime sancionatório da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio”, *Revista do Ministério Público*, ano 24, n.º 93, Jan/Mar, 2003, p. 117.

necessárias para tipificar como infracções penais no respectivo direito interno, quando cometidas intencionalmente, a detenção, a aquisição ou o cultivo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal...”. Assim se sustenta a argumentação de que os compromissos internacionais impõem que aquelas condutas sejam consideradas juridicamente desvaliosas e, portanto, sancionadas. Todavia, sendo um dos princípios fundamentais do direito português o da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do direito penal, este não pode deixar de ser tido em conta, tanto por imposição constitucional como, por via da norma transcrita, por imposição internacional ⁽²³³⁾.

3.2. Regime jurídico

Exposta a controvérsia acerca da criminalização/descriminalização do consumo de drogas, é chegado o momento de analisarmos a opção tomada pelo nosso legislador, que, como vimos, assenta numa técnica legislativa particular.

Com efeito, o regime estabelecido na Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, resumido a dois pontos principais, assenta na seguinte configuração: i) por um lado, na descriminalização do consumo próprio de estupefacientes, sua aquisição e detenção para esse mesmo fim, transferindo a prática destes actos para o ilícito de mera ordenação social, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º do diploma e do artigo 28.º que revogou a norma que as criminalizava; ii) por outro lado, assenta na determinação de uma quantidade máxima, tolerável para efeitos de contra-ordenação, fixada na quantidade média necessária para consumo individual durante um período de 10 dias (n.º 2 do artigo 2.º) ⁽²³⁴⁾.

Quanto às “doses médias individuais”, são reconhecidas as variações casuais, nomeadamente em função do tipo de droga e do grau de dependência. No entanto, perante as dificuldades em estabelecer doses individuais de acordo com as características de cada consumidor, o quantitativo médio diário é estabelecido por

⁽²³³⁾ Assim, ARTUR MATIAS PIRES, *ob. cit.*, p. 117-118 e 120.

⁽²³⁴⁾ Transcrevemos aqui o artigo 2.º em análise, sob a epígrafe *Consumo*:

“1- O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação.

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.” Diploma disponível em www.pgdl.pt.

instâncias governativas por Portaria, por força da al. c) do n.º 1 do art. 71.º do DL n.º 15/93 ⁽²³⁵⁾.

Assim, parece que não subsistem dúvidas acerca da proibição de consumo próprio e detenção e aquisição para esse mesmo fim: trata-se de contra-ordenações às quais o legislador associou um conjunto de sanções que vão desde a coima pecuniária à interdição de frequência de certos lugares, passando pela admoestação (artigos 15.º a 18.º da Lei n.º 30/2000). Para aplicar as sanções, o legislador criou uma autoridade administrativa especialmente para esse fim: a “Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência” (artigo 5.º) ⁽²³⁶⁾.

Todavia, cumpre salientar que este artigo 2.º deve ser lido em conjugação com o artigo 25.º do DL n.º 15/93, 22 de Janeiro, a norma que penaliza o tráfico de menor gravidade: “Se, nos casos dos artigos 21.º e 22.º, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações, a pena é de: a) Prisão de um a cinco anos, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI; b) Prisão

⁽²³⁵⁾ Actualmente encontra-se em vigor a Portaria 94/96, de 26 de Março. A alternativa à fixação em tabela geral da dose média individual por uma entidade científica competente e independente passaria por deixar a determinação das doses a cargo do tribunal, co-adjuvado pelo parecer de peritos, para cada caso específico. No entanto, esta solução não parece viável, por possibilitar um maior número de injustiças face às variações dos critérios judiciais. Por outro lado, tal determinação *in casu* seria dificultada quando o agente não fosse toxicodependente ou consumidor habitual. A existência de uma tabela anterior à prática da infracção e conhecível por todos, permite que toxicodependentes e não toxicodependentes saibam quais as quantidades médias individuais que podem adquirir e deter em cada momento. Assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “O consumo de droga...”, *ob. cit.*, p. 69, nota 2.

⁽²³⁶⁾ Para um maior desenvolvimento acerca das características destas sanções e dos critérios da sua aplicação, cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, “Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 134, n.º 3930, Janeiro 2002, p. 276-279. No mesmo sentido, ver também CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “O consumo de drogas...”, *ob. cit.*, p. 71-78. Os autores consideram que o legislador procurou implementar sanções mais leves e menos estigmatizantes do que as reacções penais, e depositou grande fé na actuação das autoridades competentes para reencaminhar os toxicodependentes para uma vida sem drogas e para evitar que consumidores ocasionais ou habituais se tornem toxicodependentes. No entanto, a articulação entre sanções previstas e sanções alternativas parece não ter sido muito feliz, sobretudo porque as mesmas sanções podem funcionar como coimas não pecuniárias e como medidas de acompanhamento da suspensão. A título de exemplo, descrevem a seguinte situação: a interdição da frequência de determinados locais pode ser aplicada como sanção principal, independentemente da vontade do condenado; mas a execução desta sanção pode ser suspensa durante determinado período se o condenado aceitar livremente não frequentar aqueles locais. Acontece que, se o agente não cumprir voluntariamente esta obrigação e continuar a frequentar os locais interditos, são revogadas a suspensão e a respectiva sanção de substituição e retoma-se a sanção principal originária: a interdição da frequência desses mesmos locais (!). Acresce a dificuldade aparentemente insuperável em impor ao infractor o cumprimento coactivo destas sanções não pecuniárias. Pelo contrário, no caso das coimas existe a possibilidade de execução de bens, ainda que, a final, não se logre a obtenção de qualquer valor. Para Faria Costa, esta seria melhor solução, ainda que se tratassem de coimas de valor diminuto ou meramente simbólico, complementadas por sanções acessórias mais vocacionadas para o tratamento.

até dois anos ou multa até 240 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.”

Quer isto dizer que, ultrapassada a quantidade máxima tolerável em sede de direito de mera contra-ordenação social, a aquisição e detenção das substâncias consideradas pela lei, estaremos já perante o crime de tráfico de menor gravidade. Este crime é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, ou com pena de prisão até dois anos ou multa até 240 dias, conforme as substâncias em causa.

Quanto ao âmbito de aplicação do artigo 2.º, isto é, a que tipo de substâncias diz respeito esta descriminalização do consumo, para aquisição e detenção de uma quantidade não superior à média necessária para 10 dias de consumo, o legislador remete para as tabelas I a IV anexas ao DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

3.3. Limites objectivos, regime de prova e culpa penal

Consagrada pelo legislador a descriminalização do consumo, aquisição e detenção de estupefacientes em quantidades limitadas, a questão que tem preocupado a doutrina e jurisprudência nacionais consiste na definição da natureza dessas condutas, quando a quantidade adquirida ou detida para consumo próprio ultrapassar o limite estabelecido pela lei, considerando-se, geralmente, haver uma lacuna de punição⁽²³⁷⁾, originada por um vazio legal: tratar-se-á ainda de uma conduta punível como contra-ordenação ou será já um acto criminoso?

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO⁽²³⁸⁾ alerta para o facto de se ter deixado de saber como sancionar quem adquirir 11 doses médias individuais de substâncias para consumo próprio, que pelo teor da lei já não pode ser considerado um infractor contra-ordenacional. A autora procura uma linha de coerência nas opções do legislador que descriminalizou o consumo, não fazendo sentido que se pretenda que “umas gramas de

⁽²³⁷⁾ Lacuna de punição que o legislador criou “*com a descriminalização pelo artigo 28 da Lei n.º 30/2000 de todas as condutas de posse de droga para consumo, incluindo a descriminalização da posse para consumo de droga em quantidade superior à necessária para o consumo médio individual durante dez dias*”. Isto porque existe uma *contradição entre a disposição do artigo 2, n. 2 da Lei n.º 30/2000 e a do artigo 28 da mesma Lei, “pois da primeira disposição resulta que algumas condutas de aquisição e detenção para consumo ainda são crimes e da disposição do artigo 28 resulta que foi revogado o preceito incriminador da posse para consumo, mantendo-se apenas a incriminação do cultivo”*— Sentença do 2.º Juízo Criminal de Lisboa proferida em 14 de Outubro de 2002 na parte transcrita no Ac.295/03 do TC.

⁽²³⁸⁾ Em “O consumo de droga...”, *ob. cit.*, p. 89 – 90.

droga transformem um ‘doente’ num traficante”, situação que a lei anterior acautelava através da figura do traficante-consumidor.

Por isso, a autora manifestou-se no sentido de uma interpretação restritiva do texto da norma revogadora (o artigo 28.º), por forma a manter em vigor o artigo 40.º da Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, quanto à detenção ou aquisição em quantidade superior à média necessária para consumo durante 10 dias. Considerando-se apenas parcialmente revogado o artigo 40.º, através do elemento subjectivo, continua a funcionar como excludente do crime de tráfico. Esta proposta de interpretação permite tratar mais favoravelmente o arguido, uma vez que mantendo-se a possibilidade de condenação enquanto traficante-consumidor, a pena aplicável não poderá ir além de 1 ano ou multa até 120 dias, ao contrário da pena por tráfico de menor gravidade, em que cairia o infractor na posse de 11 doses se se fizesse uma interpretação total da revogação do artigo 40.º, mais severa, cuja moldura é de 1 a 5 anos ⁽²³⁹⁾.

Na mesma linha de orientação inclui-se EDUARDO MAIA COSTA ⁽²⁴⁰⁾, defensor da tese de que o legislador disse mais do que desejava, quando “...queria dizer *apenas*: revogação do artigo 40.º para os casos abrangidos pela nova contra-ordenação”, ou seja, também este autor entende que não está aqui em causa uma revogação total do artigo 40.º, mas apenas parcial, devendo considerar-se esta norma em vigor para os casos de aquisição ou detenção de estupefacientes para consumo em quantidade superior à média individual de 10 doses diárias, tratando-se, afinal, da manutenção da situação anterior e não de um aumento do âmbito de incriminação.

ARTUR MATIAS PIRES ⁽²⁴¹⁾, também a favor de uma interpretação restritiva, tem, no entanto uma posição diferente: “a quantidade de estupefacientes que o agente adquiriu ou detinha é um elemento *objectivo* importante (embora não seja o único ou fundamental) a que se deve atender para a tipificação das condutas, sendo do conhecimento geral que a ‘droga’ é um produto caro e que, por um lado, o *consumidor*

⁽²³⁹⁾ Uma última chamada de atenção: “A figura do traficante-consumidor não sofre, por conseguinte, qualquer derrogação. Parece, contudo, que a harmonia de soluções valorativas deveria passar por um alteração da quantidade máxima de droga admissível neste tipo legal. Não se vêem razões para que a aquisição de 10 dias de droga para consumo directo seja um ilícito de mera ordenação social e a aquisição da mesma quantidade de substâncias para, negociando com ela, conseguir droga para consumo próprio constitua tráfico ‘duro’ e não possa beneficiar do regime mais consentâneo de traficante-consumidor.” CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “O consumo de drogas...”, *ob. cit.*, p. 90.

⁽²⁴⁰⁾ EDUARDO MAIA COSTA, “Breve nota sobre o novo regime punitivo do consumo de estupefacientes”, *Revista do Ministério Público*, n.º 87, Ano 22, Jul. – Set., 2001, p. 147 - 151. O autor invoca a validade para a lei penal da regra do n.º 1 do art.º 9.º do Código Civil, de que a “interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo.”

⁽²⁴¹⁾ ARTUR MATIAS PIRES, *ob. cit.*, p. 116-117.

toxicodependente, em resultado dessa doença, normalmente não trabalha com regularidade ou não trabalha de todo, está afastado da família, pede, vive de expedientes ou de pequenos furtos, ou seja, é pessoa de poucos rendimentos os quais destina quase exclusivamente à aquisição da *próxima dose*, pelo que não adquire nem detém estupefacientes em quantidades apreciáveis, e, por outro lado, *o consumidor ocasional*, como decorre do carácter esporádico desse consumo, de igual modo não adquire nem detém quantidades apreciáveis de estupefacientes, tendo o legislador da Lei n.º 30/2000, reputado como aquilo que chamo *quantidade apreciável* aquela que excede a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias (artigo 2.º, n.º2).” O autor considera ainda este artigo uma norma *imperativa* pela letra que dela consta – “...não poderão exceder...” – o que, na sua opinião, traça uma fronteira clara a partir da qual, uma vez ultrapassada, a aquisição e detenção devem ser criminalizadas como tráfico, pela “perigosidade social” e “pela facilitação que tal ‘armazenamento’ pode trazer ou induzir ao tráfico”, devendo tal delimitação ser respeitada pelo intérprete sob pena de violação do princípio *nullem crimen sine lege* ⁽²⁴²⁾.

Uma última referência a esta posição para observar que, apesar de fazer uma interpretação do artigo no mesmo sentido de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, diferentemente, o autor tece a seguinte apreciação: “Será uma dose diária que ‘transforma’ um consumidor num traficante, questionarão uns; será um dia de vida que ‘transforma’ um inimputável num delinquente, reflecto eu.” E termina concluindo que “SIM. É o que resulta da lei.”

INÊS BONINA ⁽²⁴³⁾, refuta a tese da interpretação restritiva, apoiando-se na letra da lei e no elemento sistemático assente na intenção do legislador de assumir a toxicodependência como uma doença. Defende, por isso, a interpretação da lei no sentido da revogação total do n.º 2 do artigo 40.º da lei anterior, efectuada expressamente pelo artigo 28.º da lei nova. A autora defende a necessidade de se garantir o princípio da legalidade e da tipicidade e dos princípios daí decorrentes: segurança jurídica, justiça material e direitos de defesa do arguido. Para além disso, contrariamente ao autor anterior, entende que se deve interpretar o n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000 como fornecedor de um critério legal meramente orientador, não imperativo, para a distinção entre consumo e tráfico de estupefacientes, o que “não

⁽²⁴²⁾ ARTUR MATIAS PIRES, *ob. cit.*, p. 119.

⁽²⁴³⁾ INÊS BONINA, *Revista do Ministério Público*, n.º 89, Ano 23, Jan-Mar 2002, p. 185 – 188.

obstará, porém, a que se integrem no n.º 1 do mesmo preceito situações em que a quantidade de estupefacientes exceda tais parâmetros mas a conduta não seja susceptível de se integrar na incriminação do art.º 25.º do Dec.-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.”

De igual modo, LOURENÇO MARTINS ⁽²⁴⁴⁾ defende que, por coerência sistemática, é de manter a figura do traficante-consumidor, passando o n.º 3 do artigo 26.º a referir-se ao período de dez dias, verificando-se uma derrogação parcial dessa norma. Não deve ser aqui vista uma lacuna de punição relativamente a quantidades maiores quando as menores estão expressamente sancionadas.

Finalmente, há quem defenda ainda que seria contraditório o legislador ter despenalizado o consumo de quantidade até 10 dias e, ao mesmo tempo, ter objectivamente agravado a punição do consumo de quantidade superior a esse tempo, punido pelo crime de tráfico com uma pena muito mais severa. Não podendo, no entanto, tal conduta considerar-se como contra-ordenação, ela deve continuar a ser qualificada como criminosa, mas apenas no âmbito do consumo. Mas tal só será possível através de uma interpretação correctiva da norma revogatória do artigo 40.º do DL n.º 15/93, considerando-se este ainda parcialmente em vigor. O que, segundo FARIA COSTA, equivale a dizer que no nosso ordenamento “subsiste um crime de consumo de estupefacientes” ⁽²⁴⁵⁾.

Como referimos, no panorama jurisprudencial a matéria também não é consensual.

Em sentença proferida a 14 de Outubro de 2002, no 2.º Juízo Criminal de Lisboa, foi decidido que, *in casu*, a posse de droga para consumo em quantidade superior à tolerada para penalização como ilícito de contra-ordenação, não subsumível, portanto, ao disposto no artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, ao contrário do comumente decidido nos tribunais, não poderia, ser considerada crime, posto que tal interpretação se baseia numa presunção inilidível da existência de dolo de tráfico: “*Essa interpretação visaria sanar a contradição existente entre a disposição do artigo 2, n. 2 da Lei n.º 30/2000 e a do artigo 28.º da mesma Lei, pois da primeira disposição resulta que algumas condutas de aquisição e detenção para consumo ainda são crimes e da disposição do artigo 28 resulta que foi revogado o preceito incriminador da posse para consumo, mantendo-se apenas a incriminação do cultivo.*” O tribunal não

⁽²⁴⁴⁾ A. G. LOURENÇO MARTINS, “Droga – Nova política legislativa”, *ob. cit.*, p. 413 – 451.

⁽²⁴⁵⁾ Em “Algumas breves notas...”, *ob. cit.*, p. 448.

considerou ser esse o melhor modo de sanar a contradição legal, por ficcionar “*um dolo criminoso de tráfico onde ele não existe*” e por violar o disposto no n.º 2 do artigo 18.º e os n.º 1,3 e 4 da CRP: “*a lacuna de punição (...) não pode (...) ser sanada pelo intérprete, sob pena de violação do princípio da subsidiariedade da restrição de direitos fundamentais, do princípio da legalidade criminal e do princípio da não aplicação analógica de lei penal com sentido mais favorável ao arguido.*”

De seguida, o problema foi colocado perante o Tribunal Constitucional, que no Acórdão 295/03, de 12 de Junho, se pronunciou no sentido de que a punição como crime de tráfico de menor gravidade era proporcional e adequada ao caso.

No entanto, a decisão não foi unânime. Considerando que o sentido da interpretação feita no acórdão era violador dos princípios da necessidade da pena e da culpa, MARIA FERNANDA PALMA, juntou declaração de voto, nos seguintes termos: “ (...) estar-se-ia a excluir, através da interpretação em causa, a possibilidade de o arguido fazer contra-prova do perigo e de demonstrar que não actuou com dolo de perigo (de tráfico). Ora tal delimitação do tipo seria já não uma mera antecipação de tutela, como é próprio dos crimes de perigo, mas uma autêntica violação do princípio da culpa (decorrente dos artigos 1º e 27º, nº 1, da Constituição) pela via da atribuição de um carácter de ‘imperativo categórico’ à proibição de deter uma quantidade de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas superior às doses médias individuais consideradas legalmente necessárias para o consumo”. E mais adiante acrescentou: “Em todo o caso, mesmo que se admita a subsistência de um crime de perigo de tráfico, já a inadmissibilidade de contra-prova do perigo se liga à construção absolutamente artificial do bem jurídico em função da conduta proibida. Tal construção é intolerável em face da necessidade da pena e da função conformadora da tipicidade penal desempenhada pelos princípios da ofensividade e da culpa ou, noutra perspectiva, da substancialidade da protecção de bens jurídicos. Se a construção de tipos criminais que só podem ter uma conexão remota com os verdadeiros danos ou lesões de bens é já duvidosamente legítima, muito mais o será a subsistência de uma presunção inilidível de tráfico, num sistema em que a figura do “traficante-consumidor” merece privilegiamento (artigo 26º do Decreto-Lei nº 15/93), a partir da consideração de que tal agente é predominantemente uma vítima.” Para além disto, tal como defende CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, aquela solução não estaria de acordo com a opção de descriminalização do consumo revelada pelo legislador.

Face à discussão instalada, o STJ fixou a interpretação a dar ao artigo em questão no Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008, de 25 de Junho, no seguinte sentido: “*Não obstante a derrogação operada pelo art.º 28.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, o art.º 40.º, n.º 2, do Decreto – Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, manteve-se em vigor não só ‘quanto ao cultivo’ como relativamente à aquisição ou detenção, para consumo próprio, de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV, em quantidade superior à necessária para consumo médio individual durante o período de 10 dias.*”⁽²⁴⁶⁾

Referindo-se a matéria controversa, como já tivemos oportunidade de constatar, este acórdão não está isento de discussão. CELSO LEAL⁽²⁴⁷⁾, não perfilhando o sentido nele fixado, teceu-lhe severas críticas: *primo*, o autor qualifica o critério dos dez dias como meramente indicativo; *secundo*, entende que a interpretação feita pelo STJ não se coaduna com a nossa lei fundamental, violando o princípio da legalidade, estabelecido no artigo 29.º da CRP: ao revogar expressamente o artigo 40.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, através do artigo 28.º da Lei n.º 30/2000, essa norma deixou de produzir efeitos no ordenamento jurídico, de maneira que, não podendo haver crime sem lei e não podendo punir-se ninguém sem que exista lei anterior que puna tal conduta, não se pode aceitar a punição de quem detém droga superior às dez doses diárias pelo “já morto” art. 40.º do Dec. – Lei n.º 15/93; *tertio*, “tendo em conta que a intenção da lei é considerar a toxicod dependência como doença e descriminalizar as situações em que apenas está em causa o consumo, considerar que condutas que anteriormente se enquadravam no crime de consumo passaram a constituir um crime de tráfico de estupefacientes será subverter o sistema”. O autor lamenta que a prova da intenção de traficar e não de consumir pode, de facto, revelar-se difícil. Todavia, as dificuldades de prova não podem ser colmatadas com a confusão dessas condutas num único tipo criminal.

Cumprе ainda referir que a consideração da culpa aparece neste regime como “aparentemente dispensável”, como um elemento a possivelmente ponderar. Mais. Em parte alguma do diploma se diz que só é passível de sanção a conduta *censurável*⁽²⁴⁸⁾.

⁽²⁴⁶⁾ Acórdão disponível em <http://dre.pt/pdf1sdip/2008/08/15000/0523505254.PDF>.

⁽²⁴⁷⁾ CELSO LEAL, “Droga. Aquisição ou detenção para consumo. Da “Não Constitucionalidade” do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça”, *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 119, Julho – Setembro de 2009, p. 203-208.

⁽²⁴⁸⁾ Assim, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “O consumo de droga...”, *ob. cit.*, p. 79.

CRISTINA LÍBANO MONTEIRO questiona se esse requisito se deverá ir buscar a artigo 1.º do diploma que contém a definição de contra-ordenação.

3.4. Direito comparado

Quanto ao consumo, o legislador espanhol optou pelo ilícito de mera ordenação social, cujas infracções configuram contra-ordenações, dando lugar a sanções administrativas – coimas – e a outras sanções ou medidas acessórias, ou alternativas, aplicadas por autoridades administrativas, sem prejuízo do direito de recurso para os tribunais.

No Reino Unido, a legislação relativa às drogas consta, maioritariamente do *Misuse of Drugs Act*, que penaliza, não só a posse ilegal e a venda de droga, como a disposição de uma habitação para fins de consumo. O tráfico de droga é severamente punido ⁽²⁴⁹⁾.

No Brasil, a Lei 11.343 está em vigor desde 23 de Agosto de 2006, segundo a qual consumir ou comercializar drogas são condutas criminosas. Porém, estão previstas punições distintas para consumidores e traficantes. Aos primeiros, são aplicáveis três tipos de penas: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida de frequência de curso ou programa educativo. Semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de pequenas quantidades de droga para consumo pessoal, são condutas equiparadas à posse de drogas para consumo próprio. A quem produz ou comercializa drogas, pode ser aplicada pena de prisão de cinco a dez anos e multa de 500 a 1.500 Reais. Cabe ao juiz determinar qual era a finalidade da droga apreendida – se consumo pessoal, se comercialização –, com base, por exemplo, na natureza e na quantidade da substância e nos antecedentes do arguido ⁽²⁵⁰⁾.

3.5. Conclusão

A Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, tem sido objecto de largas críticas. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO ⁽²⁵¹⁾, qualificou o diploma claramente como “mau”

⁽²⁴⁹⁾ Mais informação disponível em <http://www.homeoffice.gov.uk/drugs/drug-law/> e em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/38/contents>.

⁽²⁵⁰⁾ Comentários à Lei Anti-drogas brasileira disponíveis em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8852/consideracoes-pontuais-sobre-a-nova-lei-antidrogas-lei-no-11-343-2006>.

⁽²⁵¹⁾ No texto “O consumo de drogas...”, *ob. cit.*, p. 90.

e JOSÉ DE FARIA COSTA ⁽²⁵²⁾ considerou-o “um ‘ser’, digamo-lo francamente, por vezes com qualquer coisa de desarmonia e de incoerência”.

No entanto, não nos compete, no âmbito deste trabalho, apurar acerca da bondade ou eficiência das decisões do legislador ⁽²⁵³⁾. O que nos importa agora é concluir acerca do tratamento do princípio da culpa no regime que hoje rege o consumo de drogas e o tráfico de menor gravidade.

Nestes termos, e considerando que:

- a) É de questionar a legitimidade do Estado para intervir no âmbito do consumo privado de drogas, sobretudo no caso de adultos, uma vez que não lhe estão ligadas consequências especialmente danosas para terceiros ou para a comunidade para que deva recorrer-se à aplicação de penas;
- b) A criminalização não aparece, aos olhos da maioria, como sendo o meio absolutamente necessário, nem o mais adequado para solucionar os problemas causados pelo consumo de drogas;
- c) É possível identificar a existência de uma presunção inilidível da intenção de traficar, quando ultrapassado o limite quantitativo estabelecido no n.º 2 do artigo 2.º da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro.

Resta-nos concluir que estamos perante um tratamento particular do princípio da culpa, não só por se criminalizarem bens jurídicos destituídos de ressonância ética penal, ou seja, cuja carência de tutela não atinge a dignidade penal, como também se pune sem possibilidade de contra-prova.

Em análise ao discurso de criminalização/descriminalização das drogas, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ⁽²⁵⁴⁾ apresentava, já em 1995, três teses: i) a criminalização da produção, venda, detenção e consumo de drogas de baixo potencial (mesmo que só relativamente baixo) face ao critério da dependência corporal grave é, relativamente a adultos, injustificável, por ser em absoluto contrária às finalidades que com ela se visa alcançar; ii) a produção, a venda e o consumo de drogas de elevado potencial de dependência podem invocar argumentos poderosos a favor da sua criminalização que

⁽²⁵²⁾ In “Algumas breves notas...”, *ob. cit.*, p. 276.

⁽²⁵³⁾ As medidas de actuação deveriam ser meramente educativas? Seria mais eficaz a criminalização como meio de intimidação do consumo e de incentivo ao tratamento? A passagem pelas instâncias formais de controlo seria demasiado estigmatizante? O problema estará na aplicação da lei e não na sua concepção?

⁽²⁵⁴⁾ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas”, *Revista Jurídica de Macau/Macau Law Journal*, vol. II, n.º 1, 1995, p. 13 – 31.

deve ser mantida; iii) suposta a criminalização do consumo e dos comportamentos de mercados das drogas duras, já quanto ao consumo, ela deve ser restringida aos comportamentos susceptíveis de criar um perigo concreto para bens jurídicos de terceiros ou da comunidade, penalmente protegidos. A punição dependerá da comprovação judicial e efectividade, no caso concreto, do perigo, do nexo de causalidade entre o comportamento e o perigo, bem como da culpa, dolosa ou negligente, nenhum destes elementos constitutivos da responsabilidade penal podendo ser legitimamente presumidos, seja *iuris et de iure*, seja *iuris tantum*.

De acordo com esta necessidade de verificação da real intenção do detentor, JOSÉ DE FARIA COSTA defende que a qualificação da conduta de posse de droga em quantidade superior às 10 doses diárias como contra-ordenação de consumo ou como tráfico tem de depender do propósito de o agente destinar ou não a droga ao seu próprio uso. Por isso, propõe uma solução de *lege ferenda*: a introdução de normas de articulação entre os dois regimes, o de consumo e o de tráfico. O autor lança mesmo uma sugestão para uma possível redacção: “1. A posse de droga em quantidade superior à necessária para consumo médio individual durante o período de 10 dias é mero indício de tráfico, devendo o Ministério Público remeter os autos para a Comissão de Dissuasão da Toxicodependência competente, nos termos da Lei n.º 30/2000, de 29 de Novembro, caso conclua pela existência de uma exclusiva situação de consumo. 2. A posse de droga em quantidade inferior à referida no número anterior não obsta a que a Comissão de Dissuasão da Toxicodependência deva de imediato remeter o processo ao Ministério Público quando existirem claros indícios de tráfico”. Quer isto dizer que, face ao excesso de droga necessário para o consumo médio individual durante aquele período, o legislador terá configurado a hipótese de tal se destinar ao tráfico, pelo que as comissões terão de deixar de se considerar *ab initio* competentes, enviando o processo para a entidade competente em termos de investigação criminal, ou seja, o MP. Na ausência de indícios suficientes para a acusação por tráfico, o processo deve ser remetido à entidade competente no que toca ao consumo: a Comissão de Dissuasão da Toxicodependência.

Numa sugestão de reformulação do regime do tráfico de estupefacientes, o autor apresenta ainda um leque de pontos a considerar numa possível e necessária revisão: i) uma reconsideração da sistemática do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro; ii) o reforço da figura do traficante - consumidor, nomeadamente através do aumento do número de doses diárias que o agente pode ter na sua posse para ser considerado como tal; iii) consagração da possibilidade de recurso às drogas de substituição quando essenciais

para um tratamento eficaz; iv) flexibilização da aplicação das sanções conforme o processo; v) aperto da fiscalização em sítios propícios à iniciação ao consumo de drogas e no acesso a certas profissões ⁽²⁵⁵⁾. Tais medidas, permitiriam, a nosso ver, uma configuração mais conforme com o respeito do princípio da culpa.

O legislador deveria ter sido mais cauteloso na delimitação dos regimes de consumo de estupefacientes e de tráfico, sobretudo pelo facto de os regular em diferentes ramos do direito e os sujeitar a reacções de gravidade radicalmente diferente.

⁽²⁵⁵⁾ “Algumas breves notas...”, *ob. cit.*, p. 276 – 280.

Capítulo III: Notas finais

O uso indiscriminado de reacções criminais como meio de proteger toda e qualquer espécie de fins ou interesses do Estado, é de prática comum na actualidade mas não vem de agora. Já em 1973, EDUARDO CORREIA ⁽²⁵⁶⁾ chamava a atenção para a hipertrofia do direito criminal a que essa indiscriminação conduz, sublinhando a desentronização de uma justiça penal, quando posta ao serviço de fins que se apoiem num puro dogmatismo moral, inadequado a sociedades plurais ou a que a ética é indiferente.

No mesmo sentido, em 1995, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ⁽²⁵⁷⁾ salientava cinco postulados indispensáveis em matéria de direito penal e política criminal: “1. O direito penal deve constituir, exclusivamente, uma ordem de protecção de bens jurídicos, não de preservação da moral ou de uma qualquer moral. 2. Uma tal ordem só deve entrar em funcionamento como *ultima ratio* da política social, razão por que a descriminalização deve ser levada tão longe quanto seja compatível com a tarefa jurídico-penal tutelar da ordem social. 3. Um desenvolvimento livre e sem entraves de personalidades em formação (...) constitui, em si mesmo considerado, um bem jurídico susceptível de ser autonomamente protegido pelo direito penal contra agressões ilícitas de terceiros. 4. As finalidades das sanções criminais, tanto das penas como das medidas de segurança, são exclusivamente preventivas (...). A culpabilidade no caso da pena e a proporcionalidade no caso das medidas de segurança constituem limites de medida e gravidade das sanções que estas em caso algum podem ultrapassar sem, com isso, violarem a eminente dignidade da pessoa humana. 5. Esta preservação da dignidade – e da consequente autonomia – pessoal não esgota porém a sua função como limite da medida das sanções, antes constitui axioma e pressuposto de toda a reacção penal (...).”

Ficou claro que a questão do confisco alargado tem uma dimensão transnacional. Já o caso do abuso de confiança fiscal, frequente em todos os países europeus dependerá, em especial do direito interno de cada Estado ⁽²⁵⁸⁾.

⁽²⁵⁶⁾ Em “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. XLIX, 1973, p. 256-281.

⁽²⁵⁷⁾ Em “Uma proposta alternativa...”, *ob. cit.*, p. 18 - 19.

⁽²⁵⁸⁾ A caracterização legal das infracções fiscais é, em grande medida, uma questão de política criminal, a decidir tendo em conta os circunstancialismos de cada país: a coerência do sistema fiscal nacional, a transparência da actuação da Administração, a forma de realização da igualdade e justiça tributária, entre

Mas também o problema da droga não é meramente nacional, é um fenómeno à escala global, que “pertence ao mundo e à economia globalizados. Não ao nosso país isoladamente. Não tem solução à vista; nenhuma medida o resolve rapidamente e sem resto” (259). Como diria MARTINSON acerca da política criminal global dos nossos dias: “What works? Nothing Works.” (260). Os principais transgressores não são os consumidores ocasionais e os toxicodependentes, mas os traficantes e os branqueadores de capitais. Sobre estes deve, sem dúvida, recair a “mão pesada do direito penal” (261). No que concerne o tráfico e o branqueamento de capitais em especial, a cooperação internacional e a cooperação entre as diversas autoridades reveste-se de extrema importância. Segundo a Estratégia Nacional aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 46/99, de 26 de Maio, é mesmo de considerar, à luz do direito comparado e sob recomendação da Comissão, a inversão do ónus da prova.

Todos os casos analisados ao longo deste trabalho são inquestionavelmente enquadráveis no direito penal económico. Constatam-se, contudo, que com a neocriminalização fundada na tutela, primeiramente, de interesses económicos e, depois, da sociedade de risco, nem só o princípio da subsidiariedade do direito penal tem sido desafiado. Também o princípio da culpa padece de aqui de particularidades. Aliás, mais do que particularidades, os casos apresentados configuram verdadeiras compressões deste princípio, violadoras da presunção de inocência e da dignidade de pessoa humana, inversoras do *in dubio pro reo*, destituídas de ressonância ética penal.

É, sem dúvida, verdade que hoje, paradoxalmente, se exige ao direito penal que satisfaça dois escopos “opostos” na sociedade de risco: “limite os poderes do Estado, em nome da protecção dos direitos dos cidadãos; e que amplie os poderes do Estado, também em nome da protecção dos cidadãos” (262). Confrontado com a dimensão dos riscos e com a potencialidade de avultados danos e de um alargado número de vítimas da criminalidade económica, o legislador tem optado, por isso, por consagrar formas alargadas e pesadas de punição, expandindo o *ius puniendi*.

Todavia, mesmo tratando-se de fenómenos mundiais de tamanha gravidade, o legislador não pode criar soluções que violem princípios fundamentais do direito penal.

outros. Assim, ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, “Direito Penal Fiscal – Uma Prospectiva”, *Direito Penal Económico*, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos, Coimbra, 1985, p. 215.

(259) CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “O consumo de droga...”, *ob. cit.*, p. 92.

(260) *Apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Uma proposta alternativa...”, *ob. cit.*, p. 15.

(261) Expressão de CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, “O consumo de droga...”, *ob. cit.*, p. 92.

(262) ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no ‘admirável mundo novo’”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 550.

A CRP não o permite. A Convenção dos Direitos do Homem e do Cidadão não o permite. O Homem livre e presumido inocente não o permite.

Acompanhamos MANUEL JOSÉ MIRANDA PEDRO ⁽²⁶³⁾ quando o autor considera que ainda que se admita que o perigo de universalização das condutas é só por si motivo bastante, compete ao legislador regular as causas de exclusão da ilicitude e da culpa aplicáveis aos crimes que a doutrina normalmente enquadra no Direito Penal Económico (v.g. crimes fiscais, crimes contra o ambiente, crimes contra o mercado de valores mobiliários, crimes societários, criminalidade organizada, etc.). E poderá fazê-lo através de duas vias: alterando a parte geral do Código Penal ou criando normas para os diversos ramos do direito penal especial, mas respeitando sempre os direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 2, da CRP).

Com efeito, o ilícito criminal é dominado pelo *nulla poena sine iudicio, sine culpa e sine lege*. O direito penal tem de ser fundamentado num plano de censura ético-jurídica, ligada a uma conduta de alguém que, com liberdade e com culpa, violou ou pôs em perigo a violação de certos valores. Por outro lado, a complementaridade entre pena criminal, culpa e valores ético-juridicamente fundamentais, não exclui a sua mobilização dialéctica pelos fins que ao Estado cumpre realizar, sob pena de este se ver esvaziado de conteúdo ético legitimador de intervenção ⁽²⁶⁴⁾.

Mesmo aqueles que defendem que a justificação do direito penal não assenta na culpa do indivíduo mas apenas e tão-só no campo ético-social, não apresentaram ainda uma alternativa plausível para o princípio da culpa, que permita determinar os pressupostos da legitimidade da intervenção penal e realizar mais perfeitamente a ideia de Estado de Direito ⁽²⁶⁵⁾.

Se estamos – como, efectivamente, estamos no ordenamento jurídico português – convencidos de que o princípio da culpa é uma irrenunciável, devemos então ter, dos pontos de vista dogmático e sistemático, firmeza bastante nessa convicção; e erigir um conceito de culpa autónomo e que se adeque à função – limitação da intervenção estatal em nome da dignidade da pessoa – e teleologia que o justifica, aceitando as consequências que daí advierem em termos de exclusão de culpa ⁽²⁶⁶⁾.

⁽²⁶³⁾ “Justificação do facto e exclusão da culpa...”, *ob. cit.*, p. 10-11.

⁽²⁶⁴⁾ Cfr. EDUARDO CORREIA, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *ob. cit.*, p. 259 e 262-263.

⁽²⁶⁵⁾ Mais detalhadamente, ver WINFRIED HASSEMER, *Persona, Mundo y Responsabilidad*, *ob. cit.*, p. 61, e CLAUS ROXIN, “Culpa e responsabilidade”, *ob. cit.*, p. 530-533.

⁽²⁶⁶⁾ Neste sentido, ver EDUARDO CORREIA, “O crime de abuso de confiança (alguns problemas)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 93.º, Ano 1960-1961, n.º 3166-3189, Coimbra.

Efectivamente, o conceito de culpa só pode cumprir eficazmente a sua função se for eticamente determinado e delimitado, *i.e.*, se o for a partir da eminente dignidade da pessoa e da aceitação consequente da sua inalienável liberdade. Será, contudo, mais realista e mais construtivo aperfeiçoar o próprio conceito de culpa e dar-lhe uma configuração mais consistente e eficaz na realização da sua função, do que degradá-lo e desrespeitá-lo. Tal também permitirá, de resto, atingir um ponto de entendimento entre as duas posições de adeptos do direito penal da culpa em permanente conflito: a que exige incondicionalmente que o conceito de culpa seja – e seja só – *eticamente* fundado e construído; e aquela que sustenta que, dentro de um sistema do facto funcionalmente determinado a partir de proposições político-criminais, só uma concepção *funcionalista* do conceito de culpa é admissível.

É tempo de concluir. Fá-lo-emos secundando GERMANO MARQUES DA SILVA ⁽²⁶⁷⁾: “o combate à criminalidade, em qualquer dos seus domínios, há-de alcançar-se sobretudo pelo engenho e arte dos ‘policías’, nunca pela força bruta, pelo artifício, ou pela actuação processualmente desleal, que degradam quem as sofre, mas não menos quem as usa.”

⁽²⁶⁷⁾ “Meios processuais expeditos...”, *ob. cit.*, p. 69.

Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de/ BRANCO, José, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I e II, Universidade Católica Editora, 2010.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei n.º 26/84 de 20 de Janeiro) à luz do conceito de ‘bem jurídico’”, *Direito Penal Económico*, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos, Coimbra, 1985.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “A ‘dignidade penal’ e a ‘carência de tutela penal’ como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 2, Jan-Mar 1992, p. 173 e ss.
- ANDRADE, Manuel da Costa, “O abuso de confiança fiscal e a insustentável leveza de um acórdão do Tribunal Constitucional”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 134.º, n.ºs 3931 e 3932, Março e Fevereiro de 2002, Coimbra.
- BACIGALUPO, “El delito fiscal”, *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., 1998, p. 213 e ss.
- BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, tradução de JOSÉ DE FARIA COSTA, 2009.
- BONINA, Inês, *Revista do Ministério Público*, n.º 89, Ano 23, Jan. – Mar. 2002.
- CAEIRO, Pedro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, *Revista do Ministério Público*, n.º 84.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 1.º a 107.º*, Vol. I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, 2007.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *Direito Penal – Parte Geral*, vol. II, *Teoria Geral do Crime*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2004.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *O crime de abuso de confiança fiscal. As consequências jurídico-penais da alteração introduzida pela Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro*, Coimbra Editora, 2007.
- CHAVES, Rui Moreira, *Regime Jurídico do Tráfico e do Consumo de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*, Almedina, Coimbra, 1994.

- CORREIA, Eduardo, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, Vol. XLIX, 1973.
- CORREIA, Eduardo, “O crime de abuso de confiança (alguns problemas)”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 93.º, Ano 1960-1961, n.º 3166-3189, Coimbra.
- COSTA, Eduardo Maia, “Breve nota sobre o novo regime punitivo do consumo de estupefacientes”, *Revista do Ministério Público*, n.º 87, Ano 22, Jul. – Set., 2001.
- COSTA, José de Faria, “Algumas breves notas sobre o regime jurídico do consumo e do tráfico de droga”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 134, n.º 3930, Janeiro 2002.
- COSTA, José de Faria, *Direito Penal Económico*, Quarteto Editora, Coimbra, 2003.
- COSTA, José de Faria, *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis). Introdução.*, Coimbra Editora, 2007.
- CRUZ, Tita Barbosa da, “O arresto”, *Revista O Direito*, ano 132.º, 2000, I-II (Janeiro – Junho), p. 107-173.196.
- CUNHA, José M. Damião da, “Perda de bens a favor do Estado”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. III, Coimbra Ed. 2009, p. 125-156.
- DIAS, Augusto Silva, “Crimes e contra-ordenações fiscais”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. Vol. II, Coimbra Editora, 1999, p. 439 – 480.
- DIAS, Augusto Silva, “O novo direito penal fiscal não aduaneiro (Dec.-Lei n.º 20-A/90 de 15 de Janeiro) – considerações dogmáticas e político-criminais”, *Fisco*, n.º 22, Julho, 1990.
- DIAS, Augusto Silva, “Os crimes de fraude fiscal e de abuso de confiança fiscal: alguns aspectos dogmáticos e político – criminais”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 394, Abril -Junho de 1999, Boletim da Direcção – Geral dos Impostos, Ministério das Finanças, Lisboa.
- DIAS, Augusto Silva, “‘What if everybody did it?’: sobre a ‘(in)capacidade de ressonância’ do direito penal à figura da acumulação”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 3, Jul. – Set. 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo *ed al.*, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Criminologia. O homem delinvente e a sociedade criminógena.*, Coimbra Editora, 1997.

- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Parte Geral, Tomo I, “Questões fundamentais; a doutrina geral do crime”, 2.^a Edição, Coimbra editora, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 1974, reimpressão 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, 1976, p. 69 – 98.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “O movimento de descriminalização e o ilícito de mera ordenação social”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos doutrinários*. Vol. I, 1998, p. 20 e ss.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Ónus de alegar e de provar em processo penal?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 105.º, n.º 3470, 3474 e 3475, Coimbra, 1972.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, 2001.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas”, *Revista Jurídica de Macau/Macau Law Journal*, vol. II, n.º 1, 1995.
- DIAS, Jorge de Figueiredo/ANDRADE, Manuel da Costa, “O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário Português”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários.*, Vol. II, *Problemas Especiais*, Coimbra Editora, 1999.
- FINCKENAUER, James O., *Mafia and Organized Crime: a beginner's guide*, Oneworld Publications, Oxford, 2007.
- GARCÍA, José Ángel Brandariz, “La criminalización de las defraudaciones a la Seguridad social en ámbito del derecho comparado: luces y sombras”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 8, 2004, p. 167 e ss.
- GODINHO, Jorge A. F., “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., 2003, p. 1315-1363.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, “Código Penal Português anotado e comentado – legislação complementar”, 17^a Ed., Almedina, 2005.
- HASSEMER, Winfried, *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.*, Editorial Temis, Colombia, 1999.

- KILCHLING, Michael, “Comparative Perspectives on Forfeiture Legislation in Europe and the United States”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Volume 5, 1997, Kluwer Academic Publishers, p. 342 – 361.
- LEAL, Celso, “Droga. Aquisição ou detenção para consumo. Da “Não Constitucionalidade” do Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça”, *Revista do Ministério Público*, Ano 30, n.º 119, Julho – Setembro de 2009.
- LOBO, Fernando Gama, *Droga. Legislação. Notas. Doutrina. Jurisprudência*, Quid Juris Sociedade Editora, 2006.
- LUMBRALES, Nuno, “O abuso de confiança fiscal no Regime Geral das Infracções Tributárias”, *Fiscalidade*, n.º 13/14, 2003.
- MACHADO, Hugo Brito de, “Algumas questões relativas aos crimes contra a ordem tributária”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 394, 1999.
- MARQUES, Paulo, *Crime de Abuso de Confiança Fiscal – Problemas do Actual Direito Penal Tributário*, Coimbra Editora/Wolters Kluwer, Janeiro 2011.
- MARTÍN, María Asunción Rancaño, *El delito de defraudación tributaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S. A., Madrid, 1997.
- MARTINS, A. G. Lourenço, “Droga – Nova política legislativa”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, fasc. 3.º, Julho – Setembro, 2001.
- MILHEIRO, Tiago, “Da punibilidade nos crimes de abuso de confiança fiscal e de abuso de confiança contra a Segurança Social”, *Julgar*, n.º 11, Maio - Agosto de 2010.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, “O consumo de droga na política e na técnica legislativas: comentário à Lei n.º 30/2000”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11, Fasc. 1.º, Janeiro-Março de 2011.
- MONTEIRO, Cristina Líbano, *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 24, 1997, Coimbra Editora.
- MOURA, José Souto de, “A questão da presunção de inocência do arguido”, in *Revista do Ministério Público*, Ano 11, n.º 42.
- NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 4.ª edição, 2.ª reimpressão da edição de Setembro de 2006, Almedina, 2008.
- NEVES, Castanheira A., *Sumários de Processo Criminal*.
- PALMA, Fernanda, *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*, Almedina, 2005.

- PATRÍCIO, Rui, “O direito fundamental à presunção de inocência (Revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, *Revista Direito e Cidadania*, Ano III, n.º 22, 2005, Praia – Cabo Verde.
- PEDRO, Manuel José Miranda, “Justificação do facto e exclusão da culpa nos crimes de abuso de confiança fiscal e contra a segurança social: o estado da questão na doutrina e na jurisprudência”, versão publicada em www.ciidpe.com.ar.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos, “Perdidos a favor do Estado: E se os bens forem de terceiro?”, www.verbojuridico.com/doutrina/artigos/oadvogado_68.html, e publicado em *Revista O Advogado*, II série, Setembro 2006.
- PIRES, Artur Matias, “Ainda sobre o novo regime sancionatório da aquisição e detenção de estupefacientes para consumo próprio”, *Revista do Ministério Público*, Ano 24, n.º 93, Janeiro – Março de 2003.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria penal fiscal”, *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. Vol. II, Coimbra Editora, 1999, p. 481 – 489.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no ‘admirável mundo novo’, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 550 e ss.
- RODRIGUES, Cunha “Os senhores do crime”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9, Fasc. 1, Jan. – Mar. 2009, Coimbra Editora.
- ROXIN, Claus, “Culpa e responsabilidade”, tradução por Maria da Conceição Valdágua, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, fasc. 4.º, Out. – Dez. 1991, p. 503 – 539.
- SANCHES, J. L. Saldanha/ BARREIRA, Rui, “Culpa no incumprimento e responsabilidade dos gerentes”, *Fisco*, N.º 70/71, Ano VII, Maio-Junho de 1995, p. 98 – 119.
- SANTIAGO, Rodrigo, “As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal de 1987”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Ed., 2003, p. 1521-1554.
- SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e, “Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no direito”, *Temas de Direito Penal Económico*, coordenação de José de Faria Costa, Coimbra Editora, 2005, 251 – 283.

- SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, vol. I, 5.^a Edição, Verbo, 2008.
- SILVA, Germano Marques da, “Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado (a democracia em perigo?)”, *Lusíada*, Direito, Série II, n.º 3, 2005.
- SOUSA, Alfredo José de, “Direito Penal Fiscal – Uma Prospectiva”, *Direito Penal Económico*, Edição do Centro de Estudos Judiciários, Ciclo de Estudos, Coimbra, 1985.
- SOUSA, Alfredo José de / PAIXÃO, José da Silva, *Código de Procedimento e Processo Tributário Comentado e Anotado*, Almedina, Coimbra, 2000.
- SOUSA, Jorge Lopes de / SANTOS, Manuel Simas, *Regime Geral das Infracções Tributárias Anotado*, 3.^a edição, Colecção Direito, Áreas Editora, 2008.
- SOUSA, Susana Aires de, *Os Crimes Fiscais – Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra Editora, reimpressão, 2009.
- STRATENWERTH, Günter, “A luta contra o branqueamento de capitais por meio do direito penal: o exemplo da Suíça”, *Lusíada*, Série II, n.º 3 (2005), Lisboa, p. 85 - 93.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Consumo de Drogas. Reflexões sobre o quadro legal*. 3.^a Edição Revista e aumentada, Almedina, 2006.
- VERVAELE, John A. E., “Les sanctions de confiscation en droit penal: un intrusissu du droit civil? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu’elle revêt pour le droit (procédural) penal néerlandais”, in *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, n.º 1, janvier-mars, 1998, p. 39-127.

SITES CONSULATADOS NA INTERNET:

www.who.int/en/

www.ciidpe.com.ar

www.dgo.pt -

www.dgsi.pt

www.diariodigital.sapo.pt

www.dre.pt

www.economia.publico.pt

www.eur-lex.europa.eu/pt

www.jusnet.pt

www.jus.uol.com.br

www.legislation.gov.uk

www.min-financas.pt

www.pgdl.pt

www.pgr.pt

www.tribunalconstitucional.pt

www.un.org

Índice

Abreviaturas	2
Introdução	3
Capítulo I: O Princípio da culpa jurídico – penal	5
1. Evolução histórica e significado na actualidade	5
2. Manifestações no processo penal	11
3. Relação com o direito penal económico	13
Capítulo II: Análise do tratamento do princípio da culpa em casos exemplares ...	18
1. Perda de bens a favor do Estado: o confisco alargado previsto nos artigos 7.º a 12.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada)	18
1.1. Origem e sentido político-criminal da medida	18
1.2. Regime jurídico da medida: conteúdo, âmbito e efeitos. A questão terminológica	21
1.3. “Confisco alargado”, regras de prova e princípio da culpa	29
1.4. Natureza jurídica e caracterização geral do confisco penal	35
1.5. Direito comparado	36
1.6. Conclusão	40
2. O abuso de confiança fiscal e contra a segurança social (artigos 105.º e 107.º da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho - Regime Geral das Infracções Tributárias)	44
2.1. Evolução histórica	44
2.2. Regime actual	50
2.3. Dignidade penal, relevância ética e princípio da culpa	55
2.4. Direito comparado	69
2.5. Conclusão	71
3. O Consumo de Drogas e o Tráfico de Menor Gravidade (Interpretação conjunta dos artigos 2.º, n.ºs 1 e 2 e 28.º da Lei 30/2000,	

de 29 de Novembro e dos art. 25.º e 40.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro)	73
3.1.A controvérsia acerca da penalização – despenalização	73
3.2.Regime jurídico	77
3.3.Limites objectivos, regime de prova e culpa penal	79
3.4.Direito comparado	85
3.5.Conclusão	85
Capítulo III: Notas finais	89
Bibliografia	93

