



COLEÇÃO FORMAÇÃO  *MINISTÉRIO PÚBLICO*
**TRABALHOS TEMÁTICOS DE
DIREITO E PROCESSO PENAL**

**30.º CURSO
II VOLUME - TOMO II**

OUTUBRO 2017

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**





Diretor do CEJ: João Manuel da Silva Miguel, *Juiz Conselheiro*

Diretores Adjuntos:

Paulo Alexandre Pereira Guerra, *Juiz Desembargador*

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, *Procurador-Geral Adjunto*

Coordenador do Departamento de Formação:

Edgar Taborda Lopes, *Juiz Desembargador*

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais:

Helena Leitão, *Procuradora da República*

Grafismo: Ana Caçapo, *CEJ*

Fotos da capa: Edifício do CEJ, Edifício da Procuradoria Geral da República, pormenor da fachada da PGR, Rosa dos ventos no CEJ



**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**

Apresentação

Dando continuidade à publicação do primeiro E-book da colecção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal - I” o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação do seu segundo volume, o qual compreende os trabalhos temáticos dos/as auditores/as de justiça do 2.º ciclo do 30.º Curso.

Como introdução retomam-se as considerações já efectuadas no momento da publicação do seu antecessor.

As fases designadas por 2.º Ciclo e Estágio, que se desenrolam num contexto puramente judiciário e que correspondem a dois terços de toda a formação inicial organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, constituem um tempo e um lugar onde se cruzam Auditores/as de justiça, Formadores/as e Coordenadores/as. Ali se visa a qualificação de competências e práticas e conferir uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos/as futuros/as magistrados/as do Ministério Público.

O fio-de-prumo nesse cruzar de vidas e funções tem no horizonte o desafio feito no Plano Estratégico do CEJ de incluir no «segundo ciclo (...) períodos e preocupações de reflexão crítica acerca da prática, em diálogo com os formadores no CEJ».

Orientados por uma prática que tende a realizar a articulação de um *modelo formativo comum e continuado entre ciclos*, a formação nesse tempo e lugar não tem só preocupações de formação pessoal.

Seguindo a metáfora pedagógica de que uma qualquer construção deve ser sustentada em alicerces seguros, a par da formação pessoal (*o saber e o saber-ser*) é fundamental desenvolver a dimensão institucional, traduzida na aquisição e aperfeiçoamento de competências, cultura, ética e deontologia judiciárias (*o saber-fazer e o saber-estar*).

Naqueles alicerces (objectivos, factores formativos, actores e competências a adquirir) se funda um sólido edifício formativo que se tem por coerente e consistente na preparação dos futuros/as magistrados/as.



É, pois, de competências e saberes práticos que se ocupa a formação nas fases de 2.º ciclo e estágio, testando a compreensão dos saberes académicos e lectivos do primeiro ciclo de formação no CEJ, que só estarão garantidos se for possível reconstruí-los na prática, já que só se compreende efectivamente aquilo que se sabe quando se demonstra a capacidade de o fazer.

A articulação de um modelo formativo comum e continuado entre ciclos de formação importa a colaboração, o envolvimento e a mobilização de todos os actores (Coordenadores, Docentes, Formadores, Direcção) para se alcançarem os respectivos objectivos, promovendo o cruzamento e partilha de saberes e experiências ou boas práticas, favorecendo o equilíbrio de responsabilidades inerentes à existência de um espírito de equipa que, valorizando todos os intervenientes individualmente, teste a unidade do Ministério Público como magistratura autónoma (mas não individualista), indivisível e una (mas não solitária) e que se realiza apenas enquanto instrumento eficaz na tutela dos interesses, direitos e garantias dos cidadãos.

Neste contexto, o papel assumido pelos Coordenadores é de uma importância fulcral porquanto lhes estão atribuídas funções de orientação, acompanhamento, execução de actividades formativas, organização, direcção, avaliação e prestação de informações estruturadas em três áreas de desempenho funcional: *funções de mediação, funções de articulação de um modelo formativo comum e continuado entre ciclos e funções de supervisão e avaliação.*

Dado que os saberes funcionais tendem a conformar modelos práticos, importa então que a reflexão que sobre estes se faça seja promovida de forma a justificar a acção pedagógica e institucional de todos aqueles actores.

Contudo, as práticas, como tem sido comprovado, acabam por condicionar a produção de modelos de actuação e autorizam que os objectivos formativos e normativos sejam ajustados por perspectivas colhidas no terreno, onde ocorre a interacção entre a teoria e a prática, o que permite que a intervenção formativa daqueles actores identifique não só os valores que lhe estão subjacentes, mas a utilidade pedagógica e formativa lhes pode ser associada.



O contínuo ajustamento desses factores e a sua justificação enquanto prática, permitem, ao mesmo tempo, uma intervenção cada vez mais eficiente na formação, quer por via da mediação dos Coordenadores na definição de princípios da formação profissional dos magistrados quer no estabelecimento de directrizes que afinem a evolução dessa formação individual quer ainda na adequação do percurso formativo às aspirações da magistratura do Ministério Público quanto à qualidade da preparação funcional dos/as seus/suas futuros/as magistrados/as.

Como corolário lógico dessas exigências, aos actores formativos em 2.º Ciclo (Coordenadores/as e Formadores/as) é também atribuída a função avaliativa e de supervisão e validação de procedimentos funcionais de que atrás se falou. De facto, importa monitorizar, regular a evolução formativa, proceder a diagnósticos que permitem corrigir ou validar os procedimentos formativos face às normas definidas na lei ou em “Manual” organizativo, embora favorecendo um clima preferencialmente mais constitutivo do que inspectivo, que facilite a autonomia do formando, mas que pressupõe também nele um total comprometimento no processo de formação.

Neste quadro, o *E-Book* que agora se apresenta e que constitui o **II Volume da Série “Formação Ministério Público”**, recolhem-se o conjunto dos trabalhos apresentados durante a *semana temática*, iniciativa que teve, com o 30º Curso, o seu segundo ano consecutivo.

Estes trabalhos que agora se dão a conhecer foram elaborados e apresentados pelos/as vinte auditores/as de justiça do Ministério Público em formação no 2.º ciclo, enquanto componentes de um modelo de avaliação que se pretendeu ser simultaneamente formativo e que se traduziu na distribuição de trabalhos de investigação incidindo sobre temáticas que possuem uma dimensão e interesse não apenas teórico (na perspectiva da magistratura do Ministério Público) mas, e sobretudo, um interesse no seu tratamento prático ou de gestão processual.

A centralização desta acção, a dinamização que nela imprimiram os seus promotores e o bom acolhimento que a iniciativa teve por parte dos formandos permitiu confirmar o seu significado e impacto efectivo na execução da estratégia pedagógica coerente de que acima falámos.



Para esse resultado muito contribuiu o labor da equipa que então a promoveu e dirigiu, composta pela Procuradora-Geral Adjunta, Dra. Maria Helena Pereira Loureiro Correia Fazenda (Directora-Adjunta), pela Procuradora da República, Dra. Olga Maria de Sousa Caleira Coelho (Coordenadora Distrital de Lisboa) e pelos Procuradores da República, António Augusto Tolda Pinto (Coordenador Distrital do Porto), Fernando Martins Amaral (Coordenador Distrital de Coimbra) e José P. Ribeiro de Albuquerque (Coordenador Distrital de Évora).

A apresentação dos trabalhos temáticos serviu, assim, de teste à validação das competências práticas que iam sendo adquiridas na comarca, junto dos formadores, ao mesmo tempo que se avaliaram competências de adequação e de aproveitamento quanto a todos/as os/as auditores/as, uma vez que a apresentação dos trabalhos ocorreu na mesma oportunidade, perante os mesmos avaliadores e perante os pares, que assim também beneficiaram de efectiva formação.

A intencionalidade foi, assim, avaliativa e formativa.

Quanto à intencionalidade avaliativa, ela resulta evidenciada no facto de se ter tratado de uma oportunidade de eleição para apreciar todos os parâmetros avaliativos que importam tanto ao aproveitamento, como à adequação. Pelo trabalho escrito foi possível avaliar o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese, o nível de abertura às soluções plausíveis, etc...

Por seu turno, a apresentação oral permitiu fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), etc., permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e sobretudo à atitude na formação, que tem que ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.



A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos/as Coordenadores/as assentou sobretudo nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos/às auditores/as uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se trabalhos com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

Alguns temas têm dificuldades associadas, mesmo na circunscrição de um objecto passível de tratar em espaço e tempo limitados. Essa também é uma oportunidade de testar a capacidade de gestão da informação e mesmo da destreza na identificação e formulação das questões essenciais, o nível de abertura às soluções plausíveis, a autonomia e personalização e o sentido prático e objectividade. A opção do auditor terá riscos e a limitação do objecto do trabalho também revelará a inteligência, o sentido prático, o grau de empenhamento individual e respectivo nível de iniciativa, de capacidade de indagação, de capacidade de gestão da informação, face aos limites que os/as Coordenadores/as traçaram aos trabalhos, e até de bom senso.

Outro objectivo que se almeja é que o/a auditor/a – além da equipa que forme com os colegas – envolva o formador na identificação das questões práticas e de gestão do inquérito ou do processo, pois isso é também fundamental para o juízo avaliativo que o Formador/a faça desse trabalho e da forma como ele correu no terreno, onde os/as Coordenadores/as não estão permanentemente.

Os trabalhos temáticos não pretendem que o/a magistrado/a em formação cultive a polémica, a retórica ou o academismo do direito sem experiência e sem aplicação. Trata-se de uma oportunidade para teorizar a prática, em consonância com a fase de formação de 2.º ciclo, fazendo com que a *praxis* se abra à pluralidade de contextos sociais, económicos, comunicacionais, político-legislativos, em atenção concomitante aos sentimentos e opiniões sociais que fazem apelo às ideias de Justiça, reclamando dos princípios e normas a capacidade de se adaptarem a esses contextos e às suas mutações.

Em termos pedagógicos e avaliativos, os trabalhos temáticos e a sua apresentação oral reclamam dos/as auditores e formandos/as uma implicação dos níveis do saber-fazer, saber-ser e saber-estar, cientes de que o contexto da formação em 2.º ciclo é exactamente esse, em que a aprendizagem passa pela execução de tarefas reais com demonstração de todos esses níveis de capacidade e competência.



A ocasião da apresentação dos trabalhos temáticos (**cujo registo vídeo consta deste E-Book**) constituiu, para além de uma mera sessão de trabalho, uma oportunidade de aprendizagem cruzada pelas singularidades distintas de cada uma das apresentações, que naturalmente se apoiam nos saberes que o/a auditor/a utiliza e domina, acomodando novas descobertas, mobilizando novas competências, demonstrando o que é que podem restituir das aprendizagens feitas ou o que descobriram entretanto dos princípios que constituem a base dessas aprendizagens pela praxis. A ocasião permitiu igualmente confirmar que a experiência enquanto auditores/as no 2.º ciclo desvelou encorajamento, motivação e auto-regulação, que estão aptos a afirmar a autonomia, independência e imparcialidade que é requerida aos/às magistrados/as que querem ser no futuro, que acreditam na justiça e bondade das convicções de quem se prepara para a função de administrar justiça e que, reconhecendo o poder que vão exercer, são capazes do sentido de humildade e de moderação nesse exercício.

Uma breve nota final para uma breve descrição da forma como se operacionalizou a elaboração destes trabalhos.

Na sequência de prévias reuniões dos/as Coordenadores/as com o/a Director/a Adjunto/a, foram seleccionadas as temáticas que viriam a constituir o objecto dos trabalhos escritos.

Seguidamente foram difundidas aos/às auditores/as as seguintes orientações:

- a) Um tema para cada grupo de 4 Auditores/as de Justiça (sem possibilidade de repetição).
- b) Cada trabalho temático escrito seria individual, sujeito a avaliação, embora a sua apresentação oral realize também uma partilha de saber e de estudo.
- c) A escolha do tema e a constituição de cada grupo de auditores/as por tema decorreu de forma consensual entre os/as Auditores/as de Justiça. Em caso de dificuldade na organização consensual para a escolha do tema, seguiu-se a ordem de graduação.
- d) A listagem final (contendo a respectiva distribuição e escolha) foi comunicada, em tabela própria, aos/às Coordenadores/as Regionais até uma data limite, ficando incumbido dessa comunicação um auditor previamente designado.

- 
- e) A partir dessa data iniciou-se a elaboração do trabalho escrito e a preparação da apresentação oral dos temas por cada um/a dos/as Auditores/as.
 - f) A data limite de envio do trabalho escrito e do suporte da respectiva apresentação foi definida e comunicada e o envio do trabalho escrito foi efectuado por via electrónica, para o endereço dos/as Coordenadores/as Regionais e para os respectivos secretariados, até à referida data limite.
 - g) O trabalho escrito teve o limite de 30 páginas A4, adaptado ao *template* de documentos actualmente em uso no CEJ, que foi previamente facultado.
 - h) A apresentação oral teve lugar no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, na semana de 26 a 28 de Maio de 2014.
 - i) A apresentação oral teve um limite temporal fixado em 20 minutos.
 - j) Nas apresentações foram utilizados meios de apoio, designadamente, o recurso a *data-show* (suporte «*powerpoint*» ou «*Prezi*»).
 - k) Os/as Auditores/as de Justiça que trabalharam o mesmo tema, sempre na prossecução do conceito de trabalho em equipa, foram encarregados de se articularem entre si, empreendendo as diligências necessárias por forma a investirem, na oportunidade devida, numa apresentação oral que resultasse coordenada, lógica e sequencial, sem repetição de conteúdos.
 - l) A comparência foi obrigatória para todos/as os/as auditores/as de justiça (incluindo nos dias que não estiveram reservados à respectiva intervenção).

Cientes da utilidade prática e da qualidade dos trabalhos apresentados no âmbito da semana temática do 2º Ciclo de formação inicial, procede-se a uma análise e actualização dos textos que neste âmbito foram apresentados em anos anteriores, no intuito de se prosseguir com esta série de publicações.

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira

Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte

Coordenador Regional Norte – Ministério Público

José P. Ribeiro de Albuquerque

Coordenador Regional Sul – Ministério Público

Nome:

Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal – Volume II
Tomo II

Coleção Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Luís Silva Pereira (Procurador-Geral Adjunto, Diretor Adjunto do CEJ)
José Paulo Ribeiro de Albuquerque (Procurador da República, Coordenador Regional Sul-MP)
Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte (Procurador da República, Coordenador Regional Norte-MP)

- *Helena Fazenda (Procuradora-Geral Adjunta, Diretora Adjunta do CEJ)
- *Olga Maria de Sousa Caleira Coelho (Coordenadora Distrital de Lisboa)
- *António Augusto Tolda Pinto (Coordenador Distrital do Porto)
- *Fernando Martins Amaral (Coordenador Distrital de Coimbra)

Intervenientes:

Audidores/as de Justiça do 30.º Curso de Formação de Magistrados – MP*

Ana Margarida G. dos Reis Cabral
Ana Sofia C. Traqueia
Antonieta Maria da Pina Oliveira
Artur Guilherme R. V. Rodrigues
Carla Raquel Nóbrega Correia
Carlos Alberto Sampaio Marinho
Carolina Andreia Marques Sousa Dias
Cláudia Sofia Pinto dos Santos Reis
Cristiana Alves de Oliveira
Cristiana da Silva R. e Costa Magalhães
Elisabete de Almeida Rodrigues
Elsa Margarida dos Santos Veloso
Ercília Henriques R. Firmo
Eva Sarmento Correia Pires
Gisela Cristina Melo Nogueira
Inês Maria Pinheiro Robalo
Inês Torgal Mendes Pedroso da Silva
José Alberto C. O. F. Mendes
José David S. Cintra Matias
Lídia Cristina Coelho Perdigão
Luís Carlos Pereira Lopes
Marcela Queiroz Nunes Borges Vaz
Márcia Andreia da Silva Peixoto

* À data da apresentação dos trabalhos.

Maria Francisca A. Rodrigues Fé
Maria Inês Taborda da Silva
Maria Leonor Davim M. M. Silva
Mário Jorge Figueiredo Mendes
Marleen Irene Francine Cooreman
Marta Alexandra Ramos Rosa
Miguel do Carmo R. Silva
Paula Cristina Rodrigues Martins
Paulo Jorge Gonçalves de Matos
Raquel Couto Matos Coelho
Rute Patrícia da Mota Miguéis
Sofia de Campos Corujeira Mesquita
Susana Ferrão do Vale
Susana Raquel C. Couto
Vando Pinto Varela
Vanessa Andreia da S. F. P. Madureira

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ
Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ
Cristina Jacinto – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos seus Autores não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet:<URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 10/10/2017	

OUTUBRO 2017

Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal

30.º CURSO

Volume II – Tomo II

Tomo II

I. DIREITO PENAL

4. O CRIME DE PECULATO ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL	17
<i>Gisela Cristina Melo Nogueira</i>	19
<i>Lídia Cristina Coelho Perdigão</i>	45
<i>Luís Carlos Pereira Lopes</i>	67
<i>Raquel Couto Matos Coelho</i>	95
5. CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL	121
<i>Ana Margarida C. dos Reis Cabral</i>	123
<i>Cláudia Sofia Pinto dos Santos Reis</i>	155
<i>Ercília Henriques R. Firmo</i>	177
<i>Maria Inês Taborda da Silva</i>	205
6. CONDUÇÃO DE ANIMAIS. RESPONSABILIDADE PENAL DO CONDUTOR/DONO/TERCEIRO ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL	225
<i>Carlos Alberto Sampaio Marinheiro</i>	227
<i>Carolina Andreia Marques Sousa Dias</i>	259
<i>Eva Sarmiento Correia Pires</i>	285
<i>José David S. Cintra Matias</i>	317

Tomo I

I. DIREITO PENAL

1. OS CRIMES FALIMENTARES – INSOLVÊNCIA DOLOSA ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL	
<i>Mário Jorge Figueiredo Mendes</i>	
<i>Miguel do Carmo R. Silva</i>	
<i>Paula Cristina Rodrigues Martins*</i>	
<i>Paulo Jorge Gonçalves Matos</i>	
2. O NOVO REGIME JURÍDICO-PENAL DA SEGURANÇA PRIVADA ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL	
<i>Marleen Irene Francine Cooreman</i>	

Susana Ferrão do Vale
Vando Pinto Varela
Vanessa Andreia da S. F. P. Madureira

**3. CRIME DE INFRAÇÃO DE REGRAS DE CONSTRUÇÃO
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL**

Antonieta Maria da Pina Oliveira
José Alberto C. O. F. Mendes
Marta Alexandra Ramos Rosa
Sofia de Campos Corujeira Mesquita

Tomo III

**7. CRIMES DO REGIME JURÍDICO DOS ESTRANGEIROS
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL**

Artur Guilherme R. V. Rodrigues
Cristiana da Silva R. e Costa Magalhães
Marcela Queiroz Nunes Borges Vaz
Maria Francisca A. Rodrigues Fé

**8. O CRIME DE ESCRAVIDÃO
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL**

Ana Sofia C. Traqueia
Carla Raquel Nóbrega Correia
Cristiana Alves de Oliveira
Rute Patrícia da Mota Miguéis

**9. RESPONSABILIDADE PENAL PELA MORTE DE BOMBEIRO EM INCÊNDIO
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL**

Elsa Margarida dos Santos Veloso
Inês Maria Pinheiro Robalo
Inês Torgal Mendes Pedroso da Silva
Maria Leonor Davim M. M. Silva

II. PROCESSO PENAL

**10. O NOVO PROCESSO SUMÁRIO
ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL**

Elisabete de Almeida Rodrigues
Márcia Andreia da Silva Peixoto
Susana Raquel C. Couto

* Apenas em registo vídeo



DIREITO PENAL



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4. O Crime de Peculato

Gisela Nogueira

Lídia Perdigão

Luís Lopes

Raquel Coelho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O CRIME DE PECULATO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Gisela C. Melo Nogueira

I. Introdução. II. Objectivos. III. Resumo.

1. Enquadramento jurídico; 1.1. Do crime de peculato; 1.2. Da concreta expressão “em razão das suas funções”; 1.3. Do crime de peculato de uso; 1.3.1. A expressão “outras coisas móveis de valor apreciável”; 1.4. O conceito de funcionário; 1.5. Do crime de peculato praticado por titular de cargo político.

2. A prática e gestão de inquérito; 2.1. Coordenação e controlo da actividade dos órgãos de polícia criminal; 2.2. Prática do inquérito; 2.2.1. Investigação prioritária; 2.2.2. Comunicações obrigatórias; 2.3. A investigação criminal do crime de peculato; 2.4. Os meios de obtenção de prova; 2.4.1. A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro; 2.4.2. A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto; 2.5. Da perda de bens a favor do Estado.

IV. Bibliografia. V. Vídeo.

I. Introdução

O objecto do presente trabalho prende-se com a análise do crime de peculato.

Sem a pretensão de tratar de todos os aspectos relacionados com o ilícito criminal de que nos ocuparemos, procuramos trazer à colação as questões que consideramos mais pertinentes, atenta a natureza deste guia.

No presente estudo propomo-nos, assim, fazer uma abordagem que permita ter uma visão geral do crime de peculato, incidindo ainda sobre o peculato de uso, e tratando também da responsabilidade dos titulares de cargos políticos quando em causa estão estes ilícitos criminais, procedendo a uma breve análise da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

Numa segunda parte, dar-se-á nota dos aspectos relacionados com a prática e gestão processual. Neste âmbito, analisaremos a coordenação e controlo da actividade dos órgãos de polícia criminal por parte do *dominus* do inquérito, o Ministério Público; as circulares a atender e o facto de em causa estar um crime de investigação prioritária.

A competência reservada da Polícia Judiciária para a investigação do crime de peculato, e a prova no âmbito do ilícito criminal em riste.

II. Objectivos

Com o presente trabalho pretendeu-se tratar do crime de peculato de uma perspectiva essencialmente prática.

Sem descuidar a necessária apresentação teórica, a fim de por essa via se dar desde logo a conhecer os elementos do tipo, procedendo-se ao respectivo enquadramento jurídico, quis-se trazer à colação questões que vêm sendo debatidas na jurisprudência, e, com base nas mesmas, discorrer sobre aquele que é o tema deste estudo.

Foi nossa intenção traçar um panorama suficientemente abrangente, delineando as linhas gerais que desenham a coordenação e controlo da actividade dos órgãos de polícia criminal, bem como no que respeita à investigação criminal, dando, ainda, conta de legislação avulsa conexas com os meios de obtenção e recolha de prova.

III. Resumo

Iniciaremos a nossa abordagem com o enquadramento jurídico do crime de peculato, através do qual se pretende dar nota dos aspectos que se nos apresentaram como mais relevantes, por mais controvertidos ou incontornáveis atenta a sua importância.

Assim, inicialmente far-se-á uma breve abordagem ao seu enquadramento jurídico, dando conta dos elementos do tipo.

Após, abordou-se os ilícitos criminais respeitantes ao peculato de uso e peculato praticado por titular de cargo político, dando aí nota das respectivas especificidades.

Pela sua clara relevância no que a este tipo legal respeita, procuramos fazer uma breve resenha no que ao conceito de funcionário concerne. Na medida em que muito mais haveria para dizer, salientaremos apenas os aspectos que se nos apresentaram como mais prementes.

Sob um prisma eminentemente prático, abordaremos a gestão do inquérito, no âmbito da qual se tratará a investigação criminal do crime que serve de base ao presente trabalho, salientando-se a competência reservada da Polícia Judiciária para a investigação do crime de peculato, a coordenação e controlo da actividade dos órgãos de polícia criminal.

Será dado, ainda, particular ênfase ao facto de em causa estar um crime de investigação prioritária e bem assim, às comunicações obrigatórias a efectuar, alvitando-se algumas posições e salientando-se as circulares da Procuradoria-Geral da República conexas e às quais importa atender na respectiva gestão e prática do Inquérito.

Por fim, abordaremos os meios de obtenção de prova consagrados em legislação avulsa, procedendo-se a uma análise individualizada da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, respeitante ao regime Jurídico das Acções Encobertas para Efeitos de Prevenção e Investigação Criminal e da Lei n.º 5/2202, de 11 de Janeiro, referente às Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira.

Neste âmbito, e atendendo ao facto de em causa estarem crimes que põem em causa a relação de confiança entre os cidadãos e o Estado e bem assim, afectam o bom funcionamento

da economia, proceder-se-á, ainda, a uma breve análise ao regime jurídico do registo de voz e imagem, com especial incidência sobre a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, relativa ao combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Do crime de Peculato

Estatui o art. 375.º do Código Penal que pratica o crime de peculato:

“1 - O funcionário que ilegítimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se os valores ou objectos referidos no número anterior forem de diminuto valor, nos termos da alínea c) do artigo 202.º, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3 - Se o funcionário der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º1, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

São, assim, elementos do tipo, a nível objectivo:

- a) Que o agente seja um funcionário para efeitos do art. 386.º do Código Penal;
- b) Que tenha a posse do bem em razão das suas funções;
- c) Que se passe a comportar como se fosse proprietário do dinheiro ou qualquer outra coisa móvel, o que deve revelar-se por actos objectivamente idóneos e concludentes que traduzam a *“inversão do título de posse ou detenção”*;
- d) Que o agente faça seu o dinheiro ou a coisa móvel, com consciência de que se trata de bem alheio do qual tem a posse em razão das suas funções e que tenha a consciência e vontade de fazer seu o bem para seu próprio benefício ou de terceiro (elemento subjectivo).

Procurou o legislador, através da aludida incriminação, tutelar por um lado, bens jurídicos patrimoniais e, por outro lado, e predominantemente, a probidade e fidelidade dos funcionários, para garantir o bom andamento, a legalidade e a imparcialidade da administração¹.

¹ Neste sentido, CUNHA, Conceição Ferreira da, *in Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo III, p. 688 a 689, “No entanto, se tivéssemos que optar pela preponderância de um dos bens jurídicos, optaríamos

O objecto jurídico deste crime é, por isso, duplo: o interesse patrimonial do Estado, sob a forma de ofensa à propriedade do Estado ou ofensa à posse legítima do mesmo sobre coisas particulares; e a fidelidade dos seus funcionários.

O crime de peculato é um crime patrimonial porque lhe é vital a ofensa de um direito do Estado sobre coisas móveis, quer se trate do direito de propriedade do próprio Estado, quer dum direito de posse sobre coisas dos particulares.

Contudo, o elemento essencial que caracteriza o peculato no seu confronto com os demais crimes patrimoniais, designadamente o abuso de confiança, consiste na violação de uma específica relação de obrigação e mais precisamente, na violação de uma obrigação de serviço em que se exterioriza o exercício pelo funcionário público do direito do Estado.

“Não é qualquer violação de um dever de função que caracteriza o peculato, ainda que tenha actuado sobre bens móveis do Estado. É preciso que se esteja perante uma obrigação de serviço cujo conteúdo seja o direito ou o interesse do Estado sobre a coisa, objecto do crime”².

Em suma: não existe crime de peculato se o agente não for funcionário ou a ele equiparado; ou sendo-o, não o cometer em razão das suas funções, ou seja, violando directamente a relação de serviço, em virtude da qual o agente, em nome do Estado, exerce sobre a coisa alheia dos particulares qualquer direito de administração, de guarda ou posse legítima.

Conforme decorre claramente da leitura do normativo transcrito, trata-se de um crime específico, ou seja, de um crime em que a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para a agravar, uma vez que só o agente com essa característica subjectiva relacional o pode cometer.

O agente terá, assim, que ser um funcionário (cujo conceito se encontra mencionado no art. 386.º do Código Penal), funcionário esse que, em razão das suas funções, tenha a posse do bem objecto do crime. Sendo esta sua qualidade (e esta sua relação com o objecto) que torna a ilicitude do crime de peculato mais grave do que a do furto e bem assim, o distingue do crime previsto no art. 205.º, nº 5, do Código Penal (abuso de confiança qualificado)³.

No que à conduta típica respeita, o crime de peculato consiste na apropriação, em proveito próprio ou de terceiro, de uma coisa móvel alheia que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou a que o funcionário aceda, em razão das suas funções, devendo o conceito de posse ser *“entendido em sentido lato, englobando quer a detenção material, quer a disponibilidade jurídica do bem, ou seja, as situações em que a detenção material pertence a outrem mas o agente pode dispor do bem ou conseguir a sua detenção material mediante um acto para o qual tem competência em razão das suas funções”*.

pela ideia de legalidade da administração relacionada com a probidade (e fidelidade) dos funcionários, pois é este aspecto que confere maior especificidade ao tipo legal.

² Vide Parecer da PGR, subscrito por António Miguel Caeiro, in *Boletim do Ministério da Justiça*, p. 112.

³ CUNHA, Conceição Ferreira da, in *op. cit.*, p. 692.

A acessibilidade ao bem deve, porém, derivar das funções do agente, pelo que se impõe que exista uma efectiva detenção material ou disponibilidade jurídica do objecto, não bastando a mera proximidade material do bem ou a facilidade em conseguir a sua apropriação⁴.

A razão de ser desta punição agravada reside precisamente na violação, por parte do funcionário-agente, da confiança funcional que nele foi depositada ao ser-lhe conferida a posse do bem, entendendo-se esta posse, como já supra se referiu, por detenção material, guarda do bem ou disponibilidade jurídica, ou seja, a possibilidade de dispor do bem.

O funcionário é punido desta forma agravada porque abusou das suas funções ou lhes foi infiel, traindo, por isso, a confiança que lhe foi depositada ao ser-lhe conferida a posse do bem. O Estado exerce os seus direitos através dos seus órgãos ou funcionários, pelo que, na verdade, se a lesão patrimonial é causada por um funcionário não em razão das suas funções, mas só dando ao funcionário ocasião à ofensa patrimonial, o crime praticado não é de qualificar como sendo peculato.

O objecto do crime não será uma qualquer coisa móvel que pertença a outrem, é antes de mais qualquer coisa móvel pertencente ao Estado, podendo pertencer também a particulares, desde que sobre ela exerça um direito próprio do Estado, devendo tais objectos encontrar-se em poder do agente, em razão, precisamente, das suas atribuições legais.

São, portanto, dois os elementos fulcrais no ilícito penal em apreço: o crime patrimonial e o abuso duma função pública (ou equiparada - cf. art. 386º), pelo que, para se preencher o presente tipo legal, estes dois elementos terão de se relacionar entre si, havendo abuso de função pelo facto do agente se apropriar ou onerar bens de que tem a posse em razão das funções que exerce, violando, com esse comportamento, a relação de fidelidade pré-existente.

É esta relação causal entre a posse (que facilita a apropriação) e a função, de modo a que a apropriação viole a relação de fidelidade pré-existente, que se exige no âmbito do preceito ora em análise.

Em causa está uma apropriação ilegítima qualificada pelo facto de o agente ser funcionário público, procedendo com abuso do cargo ou infidelidade a este.

Decorre, portanto, do que se deixa escrito, que este é um tipo legal doloso, pelo que, a intenção de restituir exclui o dolo de apropriação e bem assim o de onerar (375.º/2 do Código Penal).

De frisar é o facto de a distinção entre o previsto no número 1 e o constante do número 3 da norma em análise, se consubstanciar na conduta criminalizada. Enquanto no número 1 a conduta consiste na apropriação ilegítima, no art. 375.º/3 traduz-se em dar de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1.

⁴ CUNHA, Conceição Ferreira da, *in Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, p. 695.

1.2. Da Concreta expressão “em razão das suas funções”

Tal como já se deixou escrito, e infra se verá também, quando abordarmos o peculato de uso, o agente deve ter a posse ou detenção do objecto “em razão das suas funções”, ou seja, é necessário, para que uma determinada conduta seja subsumida aos aludidos tipos legais, que a posse esteja na dependência funcional do exercício da função.

Creemos, por isso, e na senda de Conceição Ferreira da Cunha, que não se poderá fazer uma interpretação demasiado abrangente da aludida expressão, entendendo-se que uma posse ocasional, derivada de um comportamento ou *praxis* estabelecida e tolerada se encontra igualmente abrangida pelo crime de peculato.

Na verdade, um tal entendimento adulteraria a essência do ilícito criminal que serve de tema ao presente trabalho.

Note-se que “(...) do que se trata, é de punir de forma mais gravosa as situações em que o funcionário trai a confiança (funcional) que nele foi depositada ao lhe ser conferida a posse de um bem - detenção material, guarda do bem, ou disponibilidade jurídica, ou seja, possibilidade de dispor do bem, não como proprietário, mas como fiel depositário e zelador dos bens, não se desviando dos fins leais; trata-se, assim de um abuso ou infidelidade à função que o agente exerce que só existirá quando o agente tem, devido exactamente às funções que exerce, a posse do bem”⁵.

Neste mesmo sentido se vem pronunciando a jurisprudência⁶.

A título meramente exemplificativo, damos nota de decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-04-2010, Processo n.º 1876/07.6PEAVR.C1, na qual se deu como provado, além do mais, que a arguida desempenhava funções de assistente administrativa principal em Centro Educativo, colaborando com as técnicas de Reinserção Social a quem cabia a guarda dos objectos dos internandos, designadamente partilhando com elas o local de trabalho, podendo aceder ao local onde estavam guardados os objectos dos internandos.

Em virtude de lhes ser proibido a posse e utilização de telemóveis, foi entregue por um dos menores, a fim de ficar à guarda da dita instituição, um telemóvel e respectivo auricular, tendo o mesmo sido guardado num compartimento designado de “casa-forte”, fechado por porta

⁵ CUNHA, Conceição Ferreira da, *in Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, p. 696.

⁶ A este propósito vide, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-04-2010, Processo n.º 1876/07.6PEAVR.C1, Relator: Desembargador Eduardo Martins; o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23-01-2013, Processo n.º 214/11.8PCCBR.C1, Relator: Desembargador Luís Coimbra, no qual se escreveu que “O segmento «*acessível em razão das suas funções*» referido no n.º 1, do art.º 375º, do C. Penal, que se reporta ao tipo legal de crime de “*Peculato*”, exige uma especial relação de poder ou de domínio ou de controlo/supervisão sobre a coisa que o agente detém em razão das suas específicas funções e que vem a postergar com abuso ou infidelidade das específicas funções, ao apropriar-se, para si ou para terceiro, dessa mesma coisa - não sendo suficiente apenas a simples acessibilidade física em relação à coisa de que se apropria”; e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20-06-2012, Processo n.º357/10.5TAAMT.P1, Relatora: Desembargadora Eduarda Lobo. Todos os arestos podem ser consultados em www.dgsi.pt.

blindada, ao qual só tinham acesso as técnicas superiores de reinserção social que ali desempenham funções.

Em data não concretamente apurada, a arguida, pelo facto da respectiva porta se encontrar aberta, logrou ter acesso ao interior da referida "casa-forte" e daí retirou aquele aparelho de telemóvel, que fez seu.

Face a este acervo factual, considerou a Relação de Coimbra que tal telemóvel não era acessível à arguida em razão das suas funções, concluindo que *"(...) não se verifica um dos requisitos essenciais para o preenchimento do tipo legal de crime"*.

De facto, o funcionário é punido de forma agravada, praticando os ilícitos criminais dos artigos 375.º e 376.º, ambos do Código Penal, porque, designadamente, abusou das suas funções ou foi infiel às mesmas, traindo a confiança que lhe foi depositada ao ser-lhe conferida a posse do bem, não se mostrando suficiente a mera proximidade material do bem ou a facilidade em conseguir a sua apropriação.

1.3. Do Crime de Peculato de Uso

Consagra, por seu turno, o art. 376.º do Código Penal que:

"1- O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2- Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias".

Leal Henriques e Simas Santos oferecem uma expressiva definição de peculato de uso, assim, de acordo com os aludidos autores em causa está *"(...) a utilização momentânea e precária, sem animus domini, que, posteriormente, é repostada, intacta, no seu lugar"*.

Deste modo, estaremos perante um crime de peculato se se verificar uma apropriação, por sua vez, se houver mero uso indevido, em causa estará um crime de peculato de uso.

A intenção do agente não é, *in casu*, a de fazer seu o bem mas apenas de usá-lo temporariamente ou de permitir o seu uso, pelo que, a intenção de restituição terá de existir *ab initio*. Assim, se o agente tinha intenção de apropriação quando praticou a conduta e posteriormente resolve restituir o bem, julgamos que se preencherá o tipo legal de peculato,

podendo, no entanto, haver lugar a uma atenuação da pena (cfr.: art. 72.º do Código Penal, designadamente o seu número 2)⁷.

O que nos remete para a questão do *animus* (de apropriação *versus animus* de uso do bem), e da prova do mesmo.

Tal como explicita Conceição Cunha,⁸ “(...) não será indiferente se, p.ex., o agente levou o computador, ou a máquina fotocopadora para sua casa ou se a manteve no seu lugar, embora usando-a habitualmente para fins particulares (paralelamente ao uso para os fins a que estava adstrita). Parece que, no primeiro caso, o uso prolongado do bem na casa do agente não será abrangido pelo presente tipo legal pois indica intenção de apropriação; já no segundo caso, o uso prolongado poderá integrar-se ainda no crime de peculato de uso”.

Ainda que esta temporaneidade não se encontre expressamente plasmada no preceito de que por ora nos ocupámos, deverá entender-se que a mesma se encontra implícita na noção de uso e por confronto com o conceito de apropriação.

Por outro lado, coloca-se a questão de saber da relevância ou não da existência de um dano, decorrente do uso de bens, para a pública administração.

Antes de avançar, sempre se dirá, tal como refere Conceição Cunha, que o dano pode ser entendido como prejuízo para o bom funcionamento da administração, traduzido no prejuízo para as finalidades que se visavam prosseguir, e/ou como um dano especificamente patrimonial.

Atente-se que a inexistência de um dano patrimonial não exclui o aludido prejuízo para as finalidades da administração.

Na verdade, a transparência e legalidade da administração é sempre vulnerada com a mera utilização dos bens para fins alheios àqueles a que se destinam ainda que o bem seja repostado antes do momento em que deveria ser aplicado aos fins a que estava adstrito⁹.

De facto, com a norma legal constante do artigo 376.º do Código Penal, continua a tutelar-se imediatamente o dever de probidade e fidelidade do funcionário em relação aos bens que se encontram em seu poder, e de modo mediato, no caso do n.º 1, a integridade da administração pública no uso desses mesmos bens (veículos ou coisas móveis de valor apreciável) ou então, no caso do n.º 2, as precisas finalidades públicas a que se destinam os dinheiros públicos.

⁷ A este propósito diga-se que não existe para o crime de peculato norma semelhante à consagrada no art. 206.º do Código Penal.

⁸ CUNHA, Conceição Ferreira da, *in Comentário Conimbricense, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 710.

⁹ *Idem, Ibidem*, p. 707.

A acção típica integra, por isso, dois momentos, os quais passam pela entrega de veículos, outros bens móveis de valor apreciável (n.º 1) e de dinheiro público (n.º 2) ao funcionário e o uso indevido desses bens, no primeiro caso, ou então a diversidade do fim público dos dinheiros (ao qual se deve equiparar cheques e títulos de crédito em geral), no segundo caso. Deste modo, e debruçando-nos agora, mais concretamente, sob o número 2 do preceito legal em análise, resulta que a conduta, como de resto já se mencionou, consiste em dar a dinheiro público destino público diferente do que lhe era devido (isto é, diferente do que estava legalmente estipulado) sem que razões de interesse público o justifiquem.

Decorre, assim, do que se deixa escrito, que se houver razões de interesse público que justifiquem um tal desvio, já não estará preenchida a factualidade típica, pelo que não haverá crime.

Note-se, contudo, que estas razões de interesse público terão de dizer respeito a motivos atinentes às *“necessidades ou bem estar da comunidade; no entanto, não bastará a presença de um qualquer motivo de interesse geral, tendo de se tratar de um motivo suficientemente importante (e premente) para, de facto, justificar (tornar aceitável, necessário ou até imperioso) o desvio”*¹⁰.

Quis-se, por isso e deste modo, dar um tratamento mais favorável às situações em que o desvio de dinheiro público o foi para finalidades igualmente públicas.

1.3.1. A Expressão “outras coisas móveis de valor apreciável”

No que à concreta expressão *“outros bens móveis de valor apreciável”* patente no número 1, do artigo 376.º do Código Penal respeita, vem sendo discutido se o dinheiro ou a gasolina, por exemplo, podem ser objecto do tipo legal em apreço.

Esta ideia subjacente de uso e reposição patente no preceito em riste, e bem assim, o confronto com o artigo referente ao crime de peculato no qual se faz menção expressa ao dinheiro, tal como a referência exemplificativa aos veículos, levam-nos a negar tal possibilidade¹¹.

¹⁰ CUNHA, Conceição Ferreira da, in *Comentário Conimbricense, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 716.

¹¹ Em sentido contrário Conceição Cunha, a qual defende ser preferível incluir no art. 376.º/1 todas as coisas móveis de valor apreciável, quer sejam fungíveis ou infungíveis, *“apesar desta solução não parecer a mais conforme com a redacção do presente tipo legal em confronto com a do tipo legal anterior”*.

Escreveu a este propósito, que a utilização de dinheiro com intenção de devolução e efectiva devolução, eventualmente com juros, a ser integrada no número 1 do artigo 375.º seria mais severamente punida do que o empréstimo de dinheiro, considerando que tal solução não parece fazer sentido, *“pois não cremos que o grau de ilicitude do uso de dinheiro para proveito próprio e posterior devolução seja superior ao grau de ilicitude de empréstimo de dinheiro. Por outro lado, a aplicação do art. 376.º/1, à utilização de dinheiro e posterior devolução, poderia conduzir a uma punibilidade inferior à prevista para o empréstimo de dinheiro, solução talvez mais satisfatória”*. Vide, CUNHA, Conceição Ferreira da Cunha, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 714

Apresenta-se-nos como difícil falar em uso material e temporário de dinheiro, tal como no que respeita a todas as coisas fungíveis, na medida em que o seu uso conduz ao desaparecimento da coisa em si, ainda que possa ser substituída por outra igual em natureza e quantidade¹².

“O uso da coisa relevante para efeito deste tipo é a fruição temporária de uma coisa infungível. Não é possível o peculato de uso de coisa fungível, pois esta extingue-se com o uso, sendo impossível a sua restituição. Por essa razão, o legislador inseriu uma previsão específica para o uso de dinheiro no n.º 2 do artigo 376.º, apesar de referir no n.º 1 do mesmo artigo coisas móveis, o que inclui o dinheiro”¹³.

No mesmo sentido se pronunciou um recente Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29-05-2013, no qual se escreveu: *“Assim, não haverá crime de peculato de uso quando se trata de dinheiro de privados confiados a funcionários ou então quando estes fazem uso de dinheiros públicos para fins privados. Nestes casos e atenta a natureza fungível do dinheiro, a desafecção de dinheiros públicos ou privados que estão na disposição do funcionário, em razão do exercício das suas funções públicas, para fins privados, seja no seu exclusivo interesse ou então no interesse de outrem, implica sempre e previamente a sua apropriação, mediante a transferência desses dinheiros para a sua titularidade ou então de outrem”¹⁴.*

Relativamente ao que deva entender-se por “valor apreciável”, pugnamos que o valor da coisa deverá ser coincidente com o conceito legal de “valor elevado”, estatuído no art. 202.º, al. a), do Código Penal, na medida em que este valor é considerado pela ordem jurídica penal suficientemente sério para justificar a agravação dos crimes patrimoniais. Pelo que, o uso indevido de bens de pouco valor constituirá facto atípico.

1.4. O Conceito de Funcionário

Tal como já se fez menção, o agente do crime de peculato terá de ser um funcionário, tal como ele é definido no art.º 386.º do Código Penal.

Ora, o conceito de funcionário surge na última norma do Código Penal, incluído no Capítulo relativo aos crimes cometidos no exercício de funções públicas e mais amplamente, no Título designado *“Dos Crimes contra o Estado”*.

¹² Também assim o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 02-12-2010 Processo: 50/03.5TAFAR.E1, Relator: Desembargador António João Latas, disponível em www.dgsi.pt, onde se escreveu que *“(…) sendo que este art. 376.º/1 não contempla o uso abusivo de dinheiro, por razões literais, já que só se reporta a veículos ou coisas móveis, sendo que nestas coisas móveis se não inclui o dinheiro (como resulta da comparação com o n.º 1 do art. 375.º, onde o dinheiro vem tratado como algo diferenciado da coisa móvel). Por isso se considera, embora a solução não seja pacífica, que ocorre aqui uma lacuna de punibilidade que impede a punição do arguido a este título”*.

¹³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *in Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2008, p. 892.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da relação do Porto, de 29-05-2013, Processo: 15847/09.4TDPRT.P1; Relator: Desembargador Joaquim Gomes, consultável em www.dgsi.pt.

Trata-se, pois, de tutelar, em geral, a “*«actividade funcional do Estado» e, no caso concreto, da actividade (funcional) da administração pública ou jurisdicional (referindo-se a certos valores-deveres, como a legalidade, probidade, reserva, isenção e lealdade).*”

A esta tutela ampla, que está referida no preceito de funcionário, acresce, para outras entidades, uma tutela mais restrita (exclusivamente a que se refere ao desempenho da função pública (estadual))”¹⁵.

Resulta, assim, que o conceito de funcionário para efeito de lei penal é, em regra, mais amplo do que o conceito de funcionário para efeito de direito administrativo, na medida em que não se esgota no conceito de funcionário público.

De facto, e começando pela noção de funcionário civil, primordial se mostra fazer notar que em causa está uma investidura voluntariamente aceite, o carácter profissional do desempenho de função pública, a consequente estabilidade ou permanência no cargo, sendo que o elemento caracterizador consiste precisamente na profissionalidade no desempenho de função pública.

O alargamento do elenco de funcionários refere-se portanto, a casos de agentes aos quais falta um dos elementos típicos que advém da permanência ou estabilidade do emprego (serviço) público (do funcionário civil), como seja a ausência de permanência, estabilidade ou de remuneração.

O conceito de funcionário civil abrange, assim, aqueles que desempenham por forma profissional, isto é, de forma permanente e remunerada, uma actividade compreendida na função pública administrativa ou na função jurisdicional, importando traçar, aqui, a distinção entre estes e os que são chamados para desempenhar ou para participar no desempenho de uma ou outra actividade funcional.

Tal destriça prende-se com a diferente autoridade com competência para chamar, no âmbito da actividade de administração uma “autoridade (órgão)” administrativo, no domínio da jurisdição uma “autoridade (órgão)” jurisdicional. Deste modo, e a título exemplificativo, os juízes desempenham profissionalmente a função jurisdicional, ao passo que os jurados são chamados provisoriamente a desempenhar tal função.

A noção de funcionário parte, pois, de um conceito legal e doutrinal de funcionário público, abarcando depois, outras categorias de agentes (*vide* art. 386.º/1, al. d), do Código Penal).

Resulta que a letra da lei determina que se entenda que, para fins penais, funcionários são, para além dos funcionários civis, os agentes administrativos¹⁶ e todos aqueles que, por

¹⁵ CUNHA, José Manuel Damião da, *in O Conceito de Funcionário para Efeito de Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008, p. 24.

¹⁶ Nas palavras de Marcello Caetano agentes administrativos “*são os indivíduos que por qualquer título exerçam a actividade ao serviço das pessoas colectivas de direito público, sob a direcção dos respectivos órgãos*”. *Vide* CAETANO, Marcello, *in Manual de Direito Administrativo*, 9.ª Edição, 2.ª reimpressão, Tomo II, p. 641.

qualquer forma ou em quaisquer circunstâncias, desempenham função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenham funções em organismos de utilidade pública ou nelas participam.

Organismo de utilidade pública é a pessoa colectiva de direito privado que é objecto de declaração de utilidade pública, precisamente porque a declaração de utilidade pública reconhece a cooperação desta pessoa colectiva no exercício da função pública da Administração, considerando-se abrangidos nestes as pessoas colectivas de direito público e, dentre as pessoas colectivas de direito privado, os entes colectivos de fim desinteressado – pessoa colectivas de utilidade pública em geral e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa.

No caso dos organismos de utilidade pública trata-se de desempenhar função (pública) ou nela participar, isto é, não se trata de desempenhar actividade compreendida na função pública administrativa, mas tão-só de “desempenhar funções”, devendo ser entendido como funcionário no âmbito dos organismos de utilidade pública, quem neles desempenhe ou participe no desempenho (portanto, quem auxilie ou colabore) de função pública.

Isto dito, cumprirá, apenas salientar que a qualidade de funcionário é comunicável aos participantes que a não possuam, de acordo com o artigo 28.º/1 do Código Penal.

1.5. Do Crime de Peculato Praticado por Titular de Cargo Político

Estatui o artigo 1.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (com as alterações decorrentes da lei n.º 4/2013, de 14 de Janeiro) que *“A presente lei determina os crimes da responsabilidade que os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos cometam no exercício das suas funções, bem como as sanções que lhes são aplicáveis e os respectivos efeitos”*.

São, assim, cargos políticos para efeitos da lei em apreço, nomeadamente, o de presidente da República; de Presidente da Assembleia da República; de deputado à Assembleia da República; de membro do Governo; de deputado ao Parlamento Europeu; membro de órgão de governo próprio de região autónoma; o de membro de órgão representativo de autarquia local; o de governador civil (artigo 3.º/1, als. a) a j)).

Por seu turno, são considerados titulares de altos cargos públicos, os gestores públicos; titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este; Membros de órgãos executivos das empresas que integram o sector empresarial local; membros dos órgãos directivos dos institutos públicos e das entidades públicas independentes previstas na Constituição ou na lei; e os titulares de cargos de direcção superior do 1.º grau e equiparados (cf.: artigo 3.º-A da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho).

No que à lei ora em análise concerne, cremos ser premente fazer notar, antes de prosseguir, algumas especificidades aí constantes.

Vejamos.

Antes de mais, cumprirá salientar que as disposições contidas no Capítulo I, epígrafado *Dos Crimes da responsabilidade de Titular de Cargo Político em Geral*, são normas especiais, ou seja, aplicáveis apenas a este tipo de crimes e que, por isso, prevalecem sobre os preceitos consagrados na parte geral do Código Penal, por força do princípio de que a lei especial prevalece sobre lei geral.

Resulta, assim, do que se acaba de expor, que aos crimes previstos no diploma que por ora nos ocupa, aplicam-se além destas normas específicas, todas as disposições patentes na parte geral do Código Penal que não estejam em contradição com as mesmas, isto é, os princípios gerais do direito penal, os pressupostos da punição, as formas do crime, causas de exclusão da ilicitude e da culpa.

Neste seguimento, surge-nos como pertinente salientar, desde já, algumas regras específicas introduzidas pela presente lei no que ao regime penal geral dos crimes de responsabilidade respeita, afigurando-se-nos como relevante dar conta da punibilidade da tentativa; da agravação especial das penas (artigo 5.º) e bem assim, da sua atenuação especial.

Preceitua o artigo 4.º, da Lei n. 34/87, de 16 de Julho, que *“Nos crimes previstos na presente lei a tentativa é punível independentemente da medida legal da pena, sem prejuízo do disposto no artigo 24.º do Código Penal”*, contrariamente ao que se encontra previsto no artigo 23.º do Código Penal, nos termos do qual e salvo disposição em contrário (como seja o artigo 203.º/2 do Código Penal), a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos¹⁷.

Por sua vez, o artigo 6.º faz acrescer às situações previstas no artigo 72.º do Código Penal, motivadoras de atenuação especial, entre outras, a circunstância do bem ou valor sacrificados o terem sido para salvaguarda de outros constitucionalmente relevantes; e quando for diminuto o grau de responsabilidade funcional do agente e não haja lugar à exclusão da ilicitude ou da culpa, nos termos gerais.

Dignos de nota são também os efeitos penais específicos resultantes da condenação pela prática dos crimes ali consagrados, designadamente o efeito das penas aplicadas ao Presidente da República (artigo 28.º) ou a titulares de cargos políticos de natureza electiva (artigo 29.º) e patentes nos artigos 28.º a 31.º, bem como as regras especiais de processo, mais concretamente as previstas nos artigos 32.º, 40.º e 41.º.

¹⁷ Diga-se a este propósito e traçando o paralelismo com os ilícitos criminais correspondentes consagrados no Código Penal, que uma vez que a consumação do crime de peculato, p. p. pelo art. 375.º do Código Penal se dá com a apropriação (no n.º 1) ou com a efectiva oneração (no n.º 3), é configurável a situação de tentativa nos casos em que o agente pratica actos de execução tendentes à apropriação ou à oneração sem que, porém, chegue efectivamente a apropriar-se ou a onerar o bem.

Já no que respeita ao peculato de uso, p.p. pelo artigo 376.º do Código Penal, e atendendo ao facto de o limite máximo das molduras legais ser de um ano de pena de prisão, nunca a tentativa seria punível, ainda que a sua configuração fosse possível.

Assim, à instrução e julgamento dos crimes de responsabilidade de que trata a presente lei aplicam-se as regras gerais de competência e de processo, com as especialidades contantes dos artigos 33.º a 44.º e das quais se sublinha, o facto de o julgamento dos crimes a que se refere a lei em riste se fazer sem a intervenção do júri (art. 40.º).

Refira-se, porém, que também neste domínio, tem legitimidade para promover o processo penal o Ministério Público (artigo 41.º/1).

Numa segunda parte, já no âmbito do Capítulo II desta Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, encontram-se plasmados os tipos específicos de ilícitos de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, aí se fazendo menção aos crimes de peculato (artigo 20.º), peculato de uso (artigo 21.º) e peculato por erro de outrem (artigo 22.º), sob os quais nos deteremos de seguida.

Consagra o artigo 20.º do aludido diploma, que:

“1 - O titular de cargo político que no exercício das suas funções ilicitamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel que lhe tiver sido entregue, estiver na sua posse ou lhe for acessível em razão das suas funções será punido com prisão de três a oito anos e multa até 150 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se o infractor der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar objectos referidos no número anterior, com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o estado ou o seu proprietário, será punido com prisão de um a quatro anos e multa até 80 dias”.

Cotejando o normativo da lei penal substantiva com o preceito ora em riste, ressaltam duas diferenças óbvias: uma, relativa à moldura penal, face ao agravamento da pena no peculato praticado pelo titular de cargo político; a outra, respeitando à introdução de um dolo específico que, naquela, não se prevê, e que consiste na “consciência de prejudicar ou poder prejudicar”.

Dispõe, ainda, o art. 21.º, sob a epígrafe Peculato de uso, que:

“ 1 - O titular de cargo político que fizer uso ou permitir a outrem que faça uso, para fins alheios aqueles a que se destinam, de veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável que lhe tenham sido entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções será punido com prisão até dezoito meses ou multa de 20 a 50 dias.

2- O titular de cargo político que der a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estiver legalmente afectado será punido com prisão até dezoito meses ou multa de 20 a 50 dias”.

No que a este normativo respeita e por não se vislumbrarem diferenças relevantes (a não ser as que se referem às concretas medidas das penas) remetemos para tudo quanto foi dito

supra, quanto aos titulares de órgãos políticos e bem assim, relativamente aos aspectos já analisados no domínio do peculato de uso, p.p. pelo art. 376.º do Código Penal.

De notar apenas que aqui não se encontra prevista a expressão “*sem que especiais razões de interesse público o justifiquem*” patente no artigo 376.º/2 do Código Penal, referente ao desvio de dinheiros públicos para fins públicos, a qual no âmbito do aludido preceito exclui a própria tipicidade.

O artigo 22.º, referente ao peculato por erro de outrem, estatui que “*O titular de cargo político que no exercício das suas funções, mas aproveitando-se do erro de outrem, receber, para si ou para terceiro, taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas, ou superiores às devidas, será punido com prisão até três anos ou multa até 150 dias*”.

Este crime não tem correspondência no Código Penal, pelo que, importa aqui sublinhar que este tipo legal exige para a sua verificação, o aproveitamento por parte do agente do erro de outrem, aqui residindo a sua principal nota distintiva dos demais.

Note-se que o sujeito activo não induz em erro, mas apenas se aproveita do mesmo.

A responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos, cujo desenvolvimento em lei ordinária o art. 117.º/ 3 da Constituição da República Portuguesa confiou, encontra consagração na já referida Lei 34/87 de 16 de Julho, na qual se trata de uma responsabilidade criminal qualificada em face da responsabilidade comum, pelo facto de o agente dispor de uma certa liberdade de acção e de gozar de uma especial relação de confiança pública.

É, pois, fácil perceber que o fundamento distintivo destes crimes de responsabilidade é a essencial qualidade do agente indissociável da função que exerce.

2. A Prática e Gestão do Inquérito

2.1. Coordenação e Controlo da Actividade dos Órgãos de Polícia Criminal

Determina o artigo 241.º do Código de Processo Penal que o Ministério Público adquire a notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia.

O inquérito inicia-se, assim, com a notícia do crime, e desde o momento em que tem conhecimento da mesma, o Ministério Público pode intervir de imediato, orientando a actividade do órgão de polícia criminal ou ordenando a cessação imediata da intervenção policial.

Estatui o artigo 262.º/1 do Código de Processo Penal que “*O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a*

acusação”. Pelo que, os actos levados a cabo no âmbito desta fase processual devem ser coordenados para um determinado objectivo, o qual, *in casu*, é a decisão de encerramento que compete ao órgão titular da acção penal.

Dispõe o artigo 9.º/2 do Código de Processo Penal que no exercício das suas funções as autoridades judiciárias têm direito a ser coadjuvadas por todas as outras autoridades, preceituando o artigo 55.º/1 do supracitado diploma, que *“compete aos órgãos de polícia criminal coadjuvar as autoridades judiciárias com vista à realização das finalidades do processo”*.

Também o Estatuto do Ministério Público consagra no seu artigo 3.º/1, als. h) e n), que cabe ao Ministério Público *“dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades e fiscalizar a actividade processual dos órgãos de polícia criminal”*.

Deste modo, e no que aos poderes de direcção do Ministério Público respeita, importará notar os contornos que estes podem assumir, como seja, a faculdade de exigir das polícias a pronta comunicação da notícia do crime (arts. 243.º/3, 245.º e 248.º, todos do Código de Processo Penal); ou de avocar o inquérito, a todo o tempo, e de o devolver, se necessário, a outra entidade; emitir directivas, ordens ou instruções sobre o modo processual de realização da investigação criminal; apreciar o resultado das investigações, tomando as iniciativas que se justificarem; e fiscalizar, em qualquer altura, a forma como é realizada a investigação.

Assim, e ainda que - como já se fez notar -, os órgãos de polícia criminal assistam o Ministério Público, actuando sob a sua directa orientação e na sua dependência funcional (56.º e 263.º, ambos do Código de Processo Penal), permite-se uma certa plasticidade na sua actuação, sendo possível, tal como consagra o art. 270.º/1 do Código de Processo Penal, a delegação nos órgãos de polícia criminal de *“quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito”*.

Na verdade, e não olvidando o facto da supracitada dependência funcional ser absoluta no que respeita às actividades processuais - não podendo, por isso, os órgãos de polícia criminal actuar autonomamente no processo penal -, importará sublinhar a ampla margem de actuação que lhes é concedida quando lhes é globalmente delegada a investigação dos inquéritos, em face, nomeadamente, dos meios e capacidades técnicas de que dispõem.

Dito de outro modo, do despacho que atribui o encargo de realização de actos de inquérito decorre muitas vezes um campo de autonomia técnica e estratégica, em especial na criminalidade em que o objecto da investigação policial está claramente definido, atendendo, designadamente, à especial capacidade técnico-funcional da polícia.

Daí que o despacho de delegação de competências possa destinar-se a um acto específico de um processo concreto; globalmente à actividade investigatória de um específico inquérito (sem prejuízo do disposto no art. 270.º/2 do Código de Processo Penal, e do poder do Ministério Público dimanar todas as directivas que entender convenientes e intervir especificamente sobre a efectivação de quaisquer actos); ou a uma categoria de processos por

referência a tipos de crimes ou limites das penas aplicáveis aos ilícitos em investigação (cfr.: art. 270.º/4 do Código de Processo Penal).

Note-se assim, e na sequência do que se deixa escrito, que o espaço de investigação autónoma dos órgãos de polícia criminal quando actuam por encargo do Ministério Público emanará exclusivamente do despacho proferido pelo *dominus* do inquérito, o qual define o âmbito e coordenadas da actividade que vai ser levada a cabo por aqueles; significando este poder de orientação da actividade processual dos órgãos de polícia criminal, por um lado, um poder de directo contacto com os agentes encarregues da investigação criminal e por outro, um poder contínuo e permanente de emitir directivas que dirijam a actividade investigatória, sendo que por um imperativo de eficácia, a sequência de actos de inquérito deverá obedecer a uma coordenação jurídica que os dirija a um acto conclusivo, o encerramento do inquérito, por forma a obviar-se aos perigos da dispersão investigatória.

Será, pois, no âmbito desta dicotomia entre a determinação das linhas gerais da investigação e o respeito pela autonomia técnica e tática dos órgãos de polícia que será encontrada a resposta para a actividade que, em concreto, deverá ter o Magistrado do Ministério Público, enquanto titular de determinado inquérito.

2.2. Prática do Inquérito

Isto dito, e debruçando-nos agora sob o caso concreto do crime de peculato, mostra-se relevante mencionar a Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 34/2013, de 16 de Maio) ou Lei de Organização da Investigação Criminal (doravante LOIC), a qual prevê no seu art. 7.º/2, al. j) que é da competência reservada da Polícia Judiciária, não podendo ser deferida a outros órgãos de polícia criminal, a investigação do crime de peculato.

Deste modo, e face ao que se deixa escrito, importa indagar como conciliar a divisão do processo físico entre o Ministério Público e este órgão de polícia criminal.

Atendendo a que as diligências de investigação estarão a ser levadas a cabo pela Polícia Judiciária, ainda que ao Ministério Público caiba a tarefa de a dirigir e controlar, nomeadamente através de relatórios intercalares de investigação, devendo sempre atentar nos prazos de duração máxima do inquérito e medidas de coacção, cremos que, na prática, tal controlo se mostra assegurado através do traslado, o qual aparece na forma de *processo concentrado* e do qual constam os duplicados do que é essencial. Assim, sempre que se afigurar necessário ordenar ou promover alguma diligência, o inquérito original regressará às mãos do magistrado do Ministério Público titular para uma melhor análise e fundamentação, o qual aferirá então, da utilidade e necessidade da concretização daquela.

Não obstante este distanciamento físico, convirá frisar, uma vez mais, que é ao Ministério Público que cabe dirigir a investigação (cfr. art. 2.º, 2 e 4 da LOIC), não podendo, por isso, e nas

palavras de Anabela Miranda, limitar-se a “*ocupar parcialmente a cena*”¹⁸, devendo domina-la, cumprindo na plenitude os seus deveres em matéria de direcção do inquérito, no sentido de comando técnico-jurídico.

2.2.1. Investigação Prioritária

Primordial se mostra salientar que em causa está um crime de investigação prioritária, nos termos do disposto no art. 4.º/1, al. e), da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, circunstância que, em consonância com o estipulado na Circular n.º 4/2010 da Procuradoria-Geral da República (Ponto I-1), deverá encontrar-se devidamente identificada nos processos cujo crime em investigação seja o de peculato, nomeadamente consignando-se isso mesmo logo no primeiro despacho a proferir.

Note-se que a investigação dos inquéritos aos quais seja atribuída prioridade pelo Magistrado do Ministério Público tem precedência na investigação criminal e na promoção processual sobre processos não prioritários, pelo que, os órgãos de polícia criminal deverão privilegiar a sua investigação sobre os demais inquéritos.

A este propósito, escreveu-se sob a epígrafe *Fundamentação das prioridades e orientações da política criminal* e em anexo ao mencionado diploma (Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho), que a defesa do Estado de direito democrático requer que se mantenha a atribuição de prioridade na prevenção (*vide* art. 3.º/1, al. e), da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho) e na investigação de fenómenos como o tráfico de influência, a corrupção, o branqueamento e ainda o peculato e a participação económica em negócio, na medida em que estes são crimes que põem em causa a relação de confiança entre os cidadãos e o Estado e bem assim, afectam o bom funcionamento da economia.

2.2.2. Comunicações Obrigatórias

A) Estatui o art. 47.º/1, al. f) e 4, al. b), do Estatuto do Ministério Público, que compete ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal coordenar a direcção da investigação do crime de peculato, e bem assim, que lhe compete, nos termos do n.º 3 do aludido preceito, dirigir o inquérito e a acção penal, relativamente aos crimes indicados no n.º 1 do mencionado art. 47.º, quando a actividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais; precedendo despacho do Procurador-Geral da República, quando, relativamente a crimes de manifesta gravidade, a especial complexidade ou dispersão territorial da actividade criminosa justificarem a direcção concentrada da investigação (Veja-se a este propósito, a Circular n.º 10/1999 da Procuradoria-Geral da República).

Cumpre notar também, neste âmbito, a Circular n.º 11/1999 da Procuradoria-Geral da República, de acordo com a qual se deverá, no início de qualquer processo de inquérito

¹⁸ Expressão de Anabela Miranda Rodrigues, in *A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa, o caso Português*, Coimbra Editora, 2001, p. 957.

relativo aos crimes elencados no já mencionado art. 47.º/1 do Estatuto do Ministério Público, proceder ao preenchimento e envio ao DCIAP de uma ficha anexa à supracitada Circular, nela se inserindo todos os dados que então já sejam conhecidos.

Na mesma Circular recomenda-se ainda, que o Magistrado do Ministério Público tome a iniciativa de expor ao DCIAP todas as situações em que, em seu entender, a acção de acompanhamento e apoio desse Departamento se anteveja como necessária ou conveniente (Pontos 1 e 2, a)).

Isto dito, e na senda do que se acha estipulado na Circular n.º 6/2002 da Procuradoria-Geral da República, os Magistrados do Ministério Público deverão comunicar ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal a instauração dos processos de inquérito relativos a crimes de peculato, no prazo de 5 dias após a sua instauração, devendo tal facto ficar consignado no respectivo processo (Ponto IV-2).

B) Os Magistrados comunicarão ao seu superior hierárquico imediato, nos termos a definir pelos Procuradores Gerais Distritais, os despachos de arquivamento proferidos nos termos dos n.º 1 e 2 do artigo 277º do Código de Processo Penal, relativamente a processos por crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, salvo se forem contra desconhecidos, ou tratando-se de casos que tenham tido, ou se preveja que venham a ter importante impacto público (Cfr.: Circular n.º 6/2002 da Procuradoria-Geral da República).

C) Atento o disposto na Circular n.º 4/2008 da Procuradoria-Geral da República, o Ministério Público comunicará, também e pelo meio considerado mais adequado, o teor dos despachos de encerramento dos inquéritos aos dirigentes dos departamentos da Polícia Judiciária que tiverem realizado as investigações nos casos de crimes cuja investigação seja da sua competência reservada, como sucede com o crime de peculato – cfr. art. 7.º/2, al. j), da LOIC.

Assim, deverá proceder-se à comunicação dos despachos de arquivamento decorrido que esteja o prazo previsto no artigo 278º do Código de Processo Penal; devendo a comunicação respeitante aos despachos de acusação ocorrer após as notificações previstas no artigo 283.º/5 do Código de Processo Penal (*vide* Pontos 2 e 3 da aludida Circular).

2.3. A Investigação Criminal do Crime de Peculato

Tal como já se fez notar supra (Ponto 2.2), a investigação do crime de peculato é da competência reservada da Polícia Judiciária, não podendo ser deferida a outros órgãos de polícia criminal (art. 7.º/2, al. j), da LOIC), actuando esta no processo, sob a direcção das autoridades judiciárias competentes e na sua dependência funcional, sem prejuízo da respectiva organização hierárquica e autonomia técnica e tática (cfr.: arts. 2.º/1 e 4, da LOIC, e 2.º e 3.º da Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto - Lei Orgânica da Polícia Judiciária (doravante LOPJ)).

Refira-se a este título, a Lei Orgânica da Polícia Judiciária, a qual prevê a criação da Unidade Nacional de Combate à Corrupção (UNCC) com competências em matéria de prevenção, detecção, investigação criminal e a coadjuvação das autoridades judiciárias relativamente aos crimes de corrupção, peculato, tráfico de influências e participação económica em negócio.

Por sua vez, a Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro (cuja versão mais recente respeita à Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro) veio definir medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, prevendo instrumentos susceptíveis de garantirem uma acção mais eficaz a nível da prevenção e da repressão deste tipo de criminalidade.

Aí se consagrando que compete à Unidade Nacional de Combate à Corrupção desenvolver as acções de prevenção anteriormente atribuídas pelo art. 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, à Direcção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infracções Económico Financeiras da Polícia Judiciária.

Estabelecendo também e a este propósito, o art. 1.º/1, al. a), daquela Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, que compete ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, através da aludida Unidade, realizar, sem prejuízo da competência de outras autoridades, acções de prevenção relativas, designadamente, ao crime de peculato, acções essas que compreendem, entre outras, a recolha de informação conexa com as notícias de factos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime; a solicitação de inquéritos, sindicâncias, inspecções e outras diligências que se revelem necessárias e adequadas à averiguação da conformidade de determinados actos ou procedimentos administrativos, no âmbito das relações entre a Administração Pública e as entidades privadas; a proposta de medidas susceptíveis de conduzirem à diminuição da corrupção e da criminalidade económica e financeira (art. 1.º/3 da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro).

Deste modo, e logo que, no decurso das acções descritas no artigo 1.º e já supra mencionadas, surjam elementos que iniciem a prática de um crime, deverá ser instaurado o respectivo processo criminal, devendo ser dado imediato conhecimento ao Ministério Público.

2.4. Os Meios de Obtenção de Prova

Para além das normas gerais previstas no Código de Processo Penal referentes aos meios de prova, meios de obtenção de prova e realização do inquérito, existe também legislação avulsa à qual, cremos, deverá ser dado particular ênfase atendendo ao concreto crime em análise.

2.4.1. A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro

De acordo com o consagrado no artigo 2.º, al. n), da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto, constata-se que as acções encobertas são admissíveis no âmbito da prevenção e repressão, entre outros, do crime de peculato (*vide* artigo 2.º/al. n)).

O aludido diploma aprova, assim, o regime jurídico das acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, vindo dar mais possibilidades legais para a obtenção de prova, estabelecendo a admissibilidade de tais acções no âmbito da prevenção e repressão de crimes como sejam os de corrupção, peculato, participação económica em negócio e tráfico de influências.

Dispõe o artigo 1.º/2 da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, que se consideram acções encobertas *“aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade”*.

Resulta, assim, do aludido preceito a existência de três modalidades possíveis de acções encobertas: a praticada por agente policial encoberto com identidade fictícia; a executada por agente que mantém a sua identidade, mas não revela a sua qualidade de agente policial; e, por último, a desenvolvida por pessoa que não é agente policial, mas actua sob controlo de certo órgão de polícia criminal (*in casu*, a Polícia Judiciária).

Quanto aos requisitos das acções encobertas, dispõe o n.º 1 do artigo 3.º do supra referido diploma, que aquelas *“devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação”*.

Por seu turno, o artigo 3.º do regime jurídico em apreço, estabelece nos seus números 3 e 4 dois níveis de acções encobertas, de que importa dar nota.

Por um lado, as realizadas no âmbito do inquérito, que dependem de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicadas ao juiz de instrução, considerando-se as mesmas validadas se não for proferido despacho de recusa nas setenta e duas horas seguintes (artigo 3.º/ 3); e por outro, as exclusivamente preventivas (ou seja, sem abertura de inquérito¹⁹), cuja competência para autorização pertence ao juiz do Tribunal Central de Instrução Criminal, mediante proposta do magistrado do Ministério Público junto do DCIAP (artigo 3.º/ 4 e 5).

Assim, e em qualquer uma das duas modalidades supra mencionadas, a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto estabelece a competência judicial para autorizar e ratificar a decisão de autorização da acção encoberta, conforme se trate de medida de prevenção criminal (acção encoberta preventiva) ou de medida processual penal (ou seja, no âmbito do inquérito).

Competirá, por isso, ao juiz de instrução autorizar ou ratificar igualmente as decisões de prorrogação, modificação e revogação da acção encoberta; sendo certo que em qualquer das situações, - quer se trate de uma autorização ou ratificação iniciais ou quer incida sobre a prorrogação, modificação ou revogação -, a decisão do juiz seja sempre fundamentada (artigo 97.º, n.º 5, do CPP).

¹⁹ No que a este aspecto respeita vide o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 578/98, o qual veio admitir a constitucionalidade desse tipo de acções.

2.4.2. A Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto

A) Digna de nota é também, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro²⁰ (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira), a qual estabelece um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, quando em causa esteja, designadamente, o crime de peculato (*vide* art. 1.º/1, al. f), do aludido diploma).

Estatui o seu o artigo 2.º /1, que, na fase de inquérito, instrução ou julgamento de processo relativo, designadamente ao ilícito criminal em riste, o segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda electrónica, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, e bem assim, o segredo dos funcionários da administração fiscal, cede, se houver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da verdade²¹.

Para tal, bastará despacho fundamentado da autoridade judiciária titular da direcção do processo nesse sentido, no qual se identificará a pessoa(s) abrangida(s) pela medida, aí se especificando as informações que devam ser prestadas e os documentos que concretamente devem ser entregues (artigo 2.º/3).

Caso não seja conhecida a pessoa ou pessoas titulares das contas ou intervenientes nas transacções será suficiente a identificação das contas e transacções relativamente às quais devem ser obtidas informações (artigo 2.º/4).

Após o aludido despacho, a autoridade judiciária ou, por sua delegação, o órgão de polícia criminal com competência para a investigação, solicita às instituições de crédito, às sociedades financeiras, às instituições de pagamento ou às instituições de moeda electrónica as informações e os documentos de suporte, ou sua cópia, que sejam relevantes, as quais são obrigadas a fornecer os elementos solicitados, no prazo de 5 dias, quanto a informações disponíveis em suporte informático; ou 30 dias, quanto aos respectivos documentos de suporte e a informações não disponíveis em suporte informático, prazo que é reduzido a metade caso existam arguidos detidos ou presos (Cf.: artigo 3.º/1 e 2, als. a) e b)).

Não sendo o pedido cumprido dentro do prazo, ou houver fundadas suspeitas de que tenham sido ocultados documentos ou informações, procede-se à apreensão dos documentos, mediante autorização, na fase de inquérito, do juiz de instrução (artigo 3.º/3).

Existindo documentos que não interessem ao processo, estes deverão ser devolvidos à entidade que os forneceu ou destruídos, quando não se trate de originais, lavrando-se o respectivo auto

²⁰ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto.

²¹ Resulta assim, que *“o interesse público constitucionalmente protegido da descoberta da verdade material, essencial à administração da justiça penal como pilar de um Estado de direito, pode justificar a quebra da confidencialidade dos dados pessoais, desde que dela não resulte uma restrição intolerável dos direitos fundamentais do cidadão”*- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 213/2008, publicado na 2.ª Série, do *Diário da República*, de 5 de Maio de 2008.

B) Sob a epígrafe registo de voz e de imagem e inserido no capítulo *outros meios de produção de prova*, o artigo 6.º da Lei n.º 5/2002 consagra que: *“É admissível, quando necessário para a investigação de crimes referidos no artigo 1.º, o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado. 2- A produção destes registos depende de prévia autorização ou ordem do juiz, consoante os casos. 3- São aplicáveis aos registos obtidos, com as necessárias adaptações, as formalidades previstas no artigo 188.º do Código de Processo Penal”*.

Constata-se, assim, da leitura do citado preceito, que o recurso a este meio de obtenção de prova depende da verificação cumulativa dos requisitos seguintes: existência de uma investigação criminal, isto é, de um inquérito em curso; que o crime que se pretende investigar esteja previsto no catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002; necessidade para a investigação do crime, cujo sucesso não se alcançará com o recurso a outros meios menos invasivos; e a prévia ordem ou autorização do juiz.

Com efeito, importará não olvidar que o registo de voz e imagem contende com direitos fundamentais, como seja o direito à palavra falada, à imagem e à liberdade de movimentos, independentemente de ocorrerem dentro ou fora da esfera da vida privada ou da intimidade dos visados, importando salientar que a sua restrição apenas se mostra admissível nos casos expressamente previstos na lei, e na medida em que se limite à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (cfr. o artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa).

O n.º 3 do artigo 6.º da Lei n.º 5/2002 faz uma remissão expressa para as formalidades previstas no artigo 188.º do C.P.P. relativas à intercepção e gravação de conversações telefónicas e equiparadas.

Vejamos as que se nos afiguram mais relevantes.

O órgão de polícia criminal competente para a investigação deverá lavrar um auto de operação de registo o qual, acompanhado pelos suportes técnicos, autos de visionamento, fotogramas e relatórios respetivos, deve ser levado ao conhecimento do Ministério Público de quinze em quinze dias a partir do início do primeiro registo efetuado no processo.

Tais elementos são posteriormente apresentados pelo Ministério Público ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, com a indicação dos registos e das imagens que se consideram relevantes para aplicação de medida de coacção além do termo de identidade e residência.

Ao juiz caberá a análise dos elementos colhidos, tendo em vista a decisão sobre a sua relevância probatória e conseqüente junção aos autos, bem como sobre a manutenção ou cessação dos registos.

Acresce que só valem como meio de prova os registos de voz que tenham sido transcritos e as imagens que tenham sido transpostas para o processo.

Em consagração do princípio do contraditório, o arguido, o assistente e as pessoas cuja voz ou imagem tenham sido registadas podem examinar o auto de transcrição e os fotogramas juntos aos autos e requerer ao juiz a junção de elementos não transcritos, especificando os factos relevantes para a prova que considerem omitidos ou descontextualizados do auto (cfr. o disposto no n.º 8 do artigo 188.º do C.P.P.).

Caso as interceções efetuadas caiam no âmbito do n.º 6 do artigo 188.º do C.P.P. (registos em que não intervenham as pessoas indicadas no artigo 188.º, n.º 4, do C.P.P., que abrangem matérias cobertas pelo segredo profissional, de funcionário ou de Estado, ou cuja divulgação possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias), o juiz deve ordenar a imediata destruição dos suportes técnicos e, bem assim, a cessação do registo e gravação.

2.5. Da perda de bens a favor do Estado

Ainda a respeito da Lei n.º 5/2002, mostra-se premente sublinhar que o Ministério Público, de acordo com o plasmado no artigo 8.º/1 do referido diploma, liquida, na acusação, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado.

Não sendo, porém, possível a liquidação aquando da dedução daquele despacho, ela ainda poderá ser efectuada até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos.

Note-se que para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito, entendendo-se por património do arguido o conjunto dos bens que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; também assim, quanto aos que tenham sido transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido; e, os recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à aludida constituição, ainda que não se consiga determinar o seu destino (*vide* art. 7.º/1 e 2).

Pode, contudo, o arguido provar a origem lícita dos bens suprarreferidos, sendo, para tal, admissível qualquer meio de prova válido em processo penal.

A presunção estabelecida no número 1 do artigo 7.º será elidida se se provar que os bens: resultam de rendimentos de actividade lícita; estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da sua constituição como arguido, ou foram por este adquiridos com rendimentos obtidos naquele período.

Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens adquiridos através do facto ilícito típico ou mediante transacção ou troca com coisas ou direitos directamente conseguidos por meio da prática de crime (art. 7.º/3).

IV. Bibliografia

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2008.
- BARREIROS, José António, *Crime de Peculato*, Labirinto de Letras, 2013.
- CAETANO, Marcello, *Manual de Direito Administrativo*, 9.ª Edição, 2.ª reimpressão, Tomo II.
- COSTA, Eduardo Maia, *Responsabilidade Criminal dos Titulares de Cargos Políticos*, in Seminário Novas Perspectivas de Direito Público, Lisboa, 1999.
- CUNHA, Conceição Ferreira da, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001.
- CUNHA, José Manuel Damião da, *O Conceito de Funcionário para Efeito de Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008.
- MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*, Coimbra editora, 2003.
- RODRIGUES, Anabela Miranda Rodrigues, *A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa, O Caso Português*, Coimbra Editora, 2001.
- SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, LEAL-HENRIQUE, Manuel de Oliveira, *Código Penal*, II Volume, Editora Rei dos Livros.

V. Vídeo da apresentação

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS** Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

**O Crime de Peculato:
Enquadramento Jurídico,
Prática e Gestão do Inquérito**

Grupo 4

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 10:20**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw0q3/flash.html>

O CRIME DE PECULATO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Lídia Cristina Coelho Perdigão*

I. Introdução. II. Objetivos. III. Resumo.

1. Breve resenha histórica sobre o crime de peculato.

2. Do crime de peculato no Código Penal; **2.1.** Do crime de peculato previsto no art. 375.º CP; **2.1.1.** Do tipo legal previsto no n.º 1 do art. 375.º CP; **2.1.2.** Do tipo legal previsto no n.º 3 do art. 375.º; **2.2.** Do crime de peculato de uso previsto no art. 376.º CP; **2.3.** Comparticipação; **2.4.** Do concurso de crimes entre o crime de peculato e demais crimes contra o património; **2.4.1.** Do crime de furto; **2.4.2.** Do crime de abuso de confiança; **2.4.3.** Do crime de descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público; **2.4.4.** Do crime de abuso de poder.

3. Dos crimes dos titulares de cargos políticos.

4. Da gestão do inquérito; **4.1.** Enquadramento geral; **4.2.** Do processo 3398/11.1TDLSB; **4.3.** Do processo 856/985TASTR.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. V. Vídeo.

I. Introdução

O presente guia foi elaborado no âmbito do 2.º Ciclo de formação dos auditores de justiça do 30º Curso de Formação de Magistrados Judiciais e do Ministério Público, numa fase em que se inicia o contacto destes com a vida prática nos tribunais.

O presente guia subordinado ao tema “O crime de peculato. Enquadramento jurídico, prática e gestão de inquérito”, encontra-se dividido em quatro capítulos:

- ❖ O primeiro dedicado a uma brevíssima resenha história ao crime de peculato;
- ❖ O segundo relativo ao tratamento do crime de peculato no Código Penal;
- ❖ O terceiro relativo ao regime aplicável aos crimes praticados por titulares de cargos políticos, visando exclusivamente os três tipos de peculato previstos na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho;
- ❖ O quarto relativo à prática e gestão do inquérito.

Os três primeiros capítulos servem para relembrar algumas questões subjacentes aos tipos de ilícito visados no guia, sendo que o último capítulo surge apenas como meras sugestões sobre aspectos a ter em conta na direcção do inquérito que vise a investigação destes ilícitos penais, tendo sempre presente que as especificidades de cada caso pode implicar ajustes às sugestões apresentadas.

* Nota do autor: Pelos contributos dados para o desenvolvimento da presente obra, um especial agradecimento a Valter dos Santos Batista, Procurador-Adjunto no Tribunal Judicial de Santarém.

II. Objetivos

A elaboração do guia relativo ao crime de peculato, visou, em síntese e no essencial, criar uma ferramenta de trabalho concisa e de fácil leitura, pretendendo servir de ponto de partida para um estudo mais aprofundado sobre as matérias em questão.

De facto, a dimensão do guia, não permitiria tratar do tema visado de forma exaustiva; por outro lado, e tratando-se de um guia, o que se pretendeu com o presente trabalho foi precisamente guiar o seu leitor num primeiro contacto com a temática em causa, chamando a atenção do mesmo para alguns aspectos que foram considerados mais importantes, não só no que concerne aos tipos legais, mas também no que concerne à prática nos tribunais.

Assim, e de uma forma despretensiosa, o presente guia poderá ser uma ferramenta de trabalho útil, não só para magistrados, tanto do Ministério Público como Magistrados Judiciais, e outros operadores da justiça, como por exemplo, órgãos de polícia criminal.

III. Resumo

O leitor do presente guia poderá encontrar uma breve exposição sobre os tipos de crime de peculato, previsto e punido nos termos do disposto no art. 375.º CP e do crime de peculato de uso, previsto e punido nos termos do disposto no art. 376.º CP.

O guia, que pretende abordar vários aspectos relacionados com a problemática do crime de peculato não poderia deixar de parte a o regime dos crimes praticados pelos titulares de cargos políticos, implementado pela Lei n.º 34/87 de 16 de Julho, fazendo-se uma breve referência aos crimes de peculato (art. 20.º), peculato de uso (art. 21.º) e peculato por erro de outrem (art. 22.º).

Por último, e tomando como ponto de partida dois processos que correram termos junto do Tribunal Judicial de Santarém, vai ser abordada a questão relativa à gestão do inquérito, fazendo-se referência obrigatória à Lei de Organização da Investigação Criminal, introduzida pela Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto.

1. Breve resenha histórica sobre o crime de peculato

A primeira vez que surgiu no Direito Penal Português a designação de “crime de peculato” enquanto crime cuja conduta consistia no desvio de dinheiros públicos que se encontravam na posse do funcionário do estado foi no art. 313.º do Código Penal de 1852, não obstante já no Direito Romano, com a *Lex Julia Peculatus* se ter consagrado o ilícito penal de apropriação indevida de dinheiro público levado a cabo pelo “agente do estado”.

Na realidade, o Código Penal de 1852 veio prever outros tipos legais de crimes de funcionário como o crime de concussão, cuja conduta coincidia com o abuso de poder com vista a

extorquir dinheiro ou outras utilidades patrimoniais àqueles que lhe estavam sujeitos, ou o crime de excesso de poder, descaminho de papéis guardados nos depósitos públicos, o suborno ou o crime de corrupção.

Nesta acepção, o Código Penal de 1852 veio definir, para os tipos de crime supra referidos, o conceito de “empregado público”, designação prevista no art. 327.º e que coincide com aquele que por autorizado imediatamente por disposição legal ou por nomeação por eleição popular ou pelo Rio, ou por autoridade competente, exerce ou participa no exercício de funções públicas civis de qualquer natureza.

O Código Penal de 1886 manteve os tipos legais do código anterior, entre os quais o crime de peculato, intocáveis nos seus elementos objectivos e subjectivos, limitando-se a alterar as molduras penais aplicáveis.

Por sua vez, o Código Penal de 1982 veio introduzir uma alteração ao tipo legal, prevendo dois tipos de crime de peculato, o crime de peculato e o crime de peculato de uso, designações que ainda hoje são utilizadas pelo legislador português.

A revisão operada com a entrada em vigor do Código Penal de 1995 (CP) veio proceder a uma reorganização sistemática nos crimes cometidos no exercício e funções públicas, mas manteve os elementos do tipo inalterados, excepção feita para os casos em que o valor objecto do crime é de reduzido, tendo o art. 375.º, n.º 2, CP, relativo ao crime de peculato, previsto uma moldura penal particularmente atenuada, e ainda quando ao alargamento introduzido pelo n.º 3 do art. 375.º CP que deixou de exigir, para o preenchimento do tipo, a consciência de prejudicar.

Por último, não poderia deixar de se fazer uma referência à evolução que o conceito de funcionário, hoje previsto no art. 286.º CP, e cujo alargamento provocou, necessariamente, um alargamento quanto aos agentes passíveis de cometer este tipo legal de crime.

2. Do crime de peculato no código penal

2.1. Do crime de peculato previsto no art. 375.º CP

Dispõe o art. 375.º, n.º 1, CP que comete um crime de peculato “O funcionário que ilegítimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções” (sublinhado nosso); incorre ainda a na prática de um crime de peculato, nos termos do n.º 3 da norma legal em causa “Se o funcionário der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma onerar valores ou objectos referidos no n.º 1...” (sublinhado nosso).

Deste modo, temos pois duas condutas distintas passíveis de integrar o crime de peculato, sendo que no caso do n.º 1 temos uma moldura penal de pena de prisão até 8 anos, ao passo que no caso do n.º 3 a moldura penal vai apenas até aos 3 anos de prisão.

O crime de peculato previsto no art. 375.º, n.º 1 e 3, CP, visa uma dupla protecção de bens jurídicos: por um lado visa tutelas bens jurídicos patrimoniais (na medida em que criminaliza a apropriação ou oneração ilegítima de bens alheios), por outro lado, tutela ainda a probidade e fidelidade dos funcionários de modo a garantir o bom andamento e imparcialidade da administração.

Assim sendo, o crime de peculato integra dois elementos: por um lado o crime patrimonial e, por outro o abuso de um função pública (ou equiparada, atendendo a abrangência do conceito de funcionário previsto no art. 386.º CP), sendo necessário, para preenchimento deste tipo legal, que estes dois elementos se relacionem entre si: o agente viola os limites intrínsecos do exercício da posse que lhe foi conferida em razão do seu ofício ou serviço.

2.1.1. Do tipo legal previsto no n.º 1 do art. 375.º CP

Remetendo-nos, agora, especificamente para a conduta prevista e punida no n.º 1 do art. 375.º CP, temos que são elementos objectivos típicos do crime de peculato: qualidade de funcionário do agente; a prática dos factos no exercício das suas funções; a apropriação ilegítima, em proveito próprio ou de terceiro; de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel, pública ou particular; que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse, ou lhe seja acessível em razão das suas funções; que actue com a manifesta intenção de se apropriar da coisa objecto do crime, bem sabendo que não lhe pertencia e que actuava contra a vontade do seu dono, bem sabendo que a sua conduta era proibida por lei.

Este tipo de crime partilha algumas características dos crimes de furto e de abuso de confiança, sendo que o primordial elemento que permite distinguir o crime de peculato dos demais vai consubstanciar-se na qualidade do agente, tendo este de ser, forçosamente, um funcionário, nos termos em que o descreve o art. 386.º CP.

O art. 386.º CP oferece um conceito amplo de funcionário, tendo-se por funcionário, “... para além dos funcionários civis (por contraposição a militares) os agentes administrativos e todos aqueles que, por qualquer forma ou em quaisquer circunstâncias, desempenham funções em organismos de utilidade pública (considerando-se abrangidos nestes as pessoas colectivas de direito público e, dentre as pessoas colectivas de direito privado, os entes colectivos de fim desinteressado – pessoas colectivas de utilidade pública em geral e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa.”¹.

Ainda quanto à qualidade que deve revestir o agente, esclarece Conceição Ferreira da Cunha que “...o crime de peculato é um crime de furto qualificado em razão da qualidade especial do

¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15.12.2010, relatado pela Senhora Desembargadora Maria da Graça Silva, disponível em www.dgsi.pt.

agente (...) ou um crime de abuso de confiança qualificado em razão da qualidade de funcionário (...) no exercício de funções públicas...”², neste sentido, o crime de peculato “... é um crime específico impróprio, ou seja, na definição de Figueiredo Dias, um crime em que a qualidade do autor, ou o dever que sobre ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para a agravar, uma vez que só o agente, com essa característica subjectiva relacional o pode cometer.”³.

Mas não basta que o agente seja um funcionário, é ainda necessário que ele tenha a posse do bem objecto do crime, objecto esse que poderá ser dinheiro, coisa móvel (valores ou objectos).

A este respeito há que ter em consideração jurisprudência como a veiculada pelo Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 23.01.2013⁴, e no qual se pode ler que “O segmento “acessível em razão das suas funções” referido no n.º 1 do art. 375.º CP, que se reporta ao tipo legal de crime de Peculato exige uma especial relação de poder ou de domínio ou de controlo/supervisão sobre a coisa que o agente detém em razão das suas específicas funções e que vem a postergar com abuso ou infidelidade das específicas funções, ao apropriar-se, para si ou para terceiro, dessa mesma coisa – não sendo suficiente apenas a simples acessibilidade física em relação à coisa de que se apropria.”.

A conduta típica do crime de peculato consiste, pois, na apropriação, em proveito próprio ou de terceiro, de uma coisa móvel alheia que lhe tenha sido entregue, que esteja na sua posse ou a que o funcionário aceda, em razão das suas funções, devendo o conceito de posse, para efeitos deste ilícito criminal, ser entendido em sentido lato, ou seja, abrangendo quer a detenção material, quer a disponibilidade jurídica do bem, abrangendo quer as situações em que a detenção material pertence a outra mas o agente pode dispor do bem ou conseguir a sua detenção material mediante um acto para o qual tem competência em razão das suas funções.

Contudo, há que ter em linha de conta que, e nas palavras de Conceição da Cunha Ferreira em anotação ao art. 375.º CP⁵, a acessibilidade a ter em linha de conta para preenchimento dos elementos do tipo do crime de peculato, terá de derivar das funções do agente, motivo pelo qual é necessário que exista uma efectiva detenção material ou disponibilidade jurídica do objecto, não bastando a mera proximidade material do bem ou a facilidade em conseguir a sua apropriação.

Ora é precisamente esta interpretação restritiva que o Tribunal da Relação de Coimbra vai adoptar no referido acórdão, defendendo que a razão de ser desta punição “agravada” reside

² In, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, pp. 689.

³ Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 26.06.2013, relatado pelo Senhor Desembargador Coelho Vieira, disponível em www.dgsi.pt.

⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.01.2013, relatado pelo Senhor Desembargador Luís Coimbra, disponível em www.dgsi.pt.

⁵ In, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, pp. 695.

na violação por parte do funcionário-agente, da confiança funcional que nele foi depositada ao lhe ser conferida a posse do bem⁶.

Chegados a este ponto, e ainda no que concerne aos elementos objectivos do tipo legal em questão, é, pois necessário, saber que qual o objecto sobre o qual poderá recair a conduta em questão.

A norma legal indica expressamente que o objecto de apropriação poderá ser dinheiro ou qualquer coisa móvel, cabendo então levar a questão de saber se o conceito de “coisa móvel” abrangerá, ou não, o trabalho dos subordinados.

Na realidade, têm-se discutido a questão de saber se a conduta do funcionário que, durante as horas de serviço, ordena aos seus subordinados que façam trabalhos em seu próprio proveito se enquadra na previsão legal do art. 375.º, n.º 1, CP.

Na situação acabada de descrever, subsistem dificuldades em considerar a “energia do trabalho” uma coisa móvel, do mesmo modo que dificilmente se poderá afirmar que o agente se estaria a apropriar indirectamente de dinheiro, ou seja, da parte do salário do trabalhador a que correspondem aquelas horas de trabalho, isto porquanto a conduta do agente não é a de se apropriar do salário, mas sim a de “desviar” o trabalho correspondente.

Assim sendo, e tendo em mente o princípio da tipicidade que subjaz ao direito penal, tal conduta não poderá ser enquadrar no tipo legal do crime de peculato, podendo, não obstante, ser incluída no âmbito do crime de abuso de poder, previsto e punido nos termos do disposto no art. 382.º CP.

Por último, a conduta punida por este tipo legal consiste, conforme já mencionado, na apropriação ilegítima, ou seja, no acto de fazer seu o bem, agindo como se fosse seu proprietário e não um mero possuidor, sendo ilegítima a apropriação que não deriva de nenhum título de aquisição da propriedade.

Nas palavras do Professor Figueiredo Dias⁷ «A apropriação traduz-se sempre... precisamente na inversão do título da posse ou detenção (...): o agente que recebera a coisa *uti alieno*, passa em momento posterior, a comportar-se relativamente a ela – naturalmente, através e actos objectivamente idóneos e concludentes, nos termos gerais – *uti dominus*: é exactamente nesta realidade objectiva que se traduz a “inversão do título da posse ou detenção” e é nela que se traduz e se consuma a apropriação.».

⁶ É com este fundamento que no caso apreciado pelo Tribunal da Relação de Coimbra no acórdão em questão, veio a considerar que o arguido, funcionário dos CTT, aproveitando-se da circunstância de, enquanto carteiro, ter acesso aos objectos postais, retirou, em três momentos distintos, dos circuitos postais correspondência que se destinava a áreas de distribuição distintas do giro que executava e levou-a consigo, fazendo-a sua, incorreu na prática de um crime de furto e não de um crime de peculato, conforme vinha acusado.

⁷ Citado pelo Tribunal da Relação de Guimarães, no Acórdão de 09.03.2009, relatado pela Senhora Desembargadora Nazaré Saraiva, disponível in www.dgsi.pt.

Por último, e no que concerne ao elemento subjectivo, sempre se dirá que o crime de peculato trata-se de um crime doloso, visto que o agente terá de ter conhecimento da factualidade típica, nomeadamente terá de ter consciência de que se trata de bem alheio do qual tem a posse em razão das suas funções, mas o elemento subjectivo não se basta com esse conhecimento, é pois ainda necessário que o agente tenha a consciência e a vontade de fazer seu o bem para seu próprio benefício ou de terceiro.

2.1.2. Do tipo legal previsto no n.º 3 do art. 375.º

Dispõe o n.º 3 do art. 375.º CP que comete, igualmente, um crime de peculato “*Se o funcionário der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1...*”, pelo que, a principal diferenciação entre uma norma e outra está na conduta punida, se o n.º 1 desta norma pune a apropriação ilegítima, o n.º 3 vem punir o “dar de empréstimo”, empenhar ou onerar a coisa, sendo que a expressão onerar deverá, no entendimento de Conceição Ferreira da Cunha, ser entendida como sinónimo de limitar, restringir ou comprimir o exercício do direito de propriedade da coisa ou valor.

Há que ter pois em presença que o tipo legal aqui em questão visa, igualmente, proteger o bem jurídico propriedade, sendo que o direito de propriedade é, pela sua natureza, um direito complexo, podendo ser dividido em direito de exercício e direito de gozo, pode, naturalmente, ser comprimido numa ou em ambas estas vertentes, motivo pelo qual está-se em crer que o legislador terá querido abranger qualquer meio jurídico de limitar o exercício de propriedade em seu pleno.

Deste modo, será, pois, de considerar que não está em causa uma “forma” de furto qualificado, pois, na realidade e como já se referiu, não há, neste tipo legal, apropriação ilícita, mas sim um “desvio” em que o agente, funcionário, em vez que actuar como zelador dos bens, mantendo-se dentro dos limites da sua função, desvia o objecto do fim a que era destinado, onerando-o, limitando-o indevidamente.

Por último, e no que diz respeito ao elemento subjectivo, temos que também o crime de peculato do n.º 3 do art. 375.º CP se trata de um crime doloso nos mesmos moldes do já anteriormente mencionado quanto ao tipo do n.º 1 da mesma norma legal.

2.2. Do crime de peculato de uso previsto no art. 376.º CP

O art. 376.º CP prevê outra “modalidade” de crime de peculato, o crime de peculato de uso, sendo que entre o tipo legal ora em causa e o tipo legal previsto no art. 375.º CP não existe, conforme seguidamente melhor se explicará, uma relação de concurso, mas tão-somente de exclusão.

Assim, nos termos do disposto no art. 376.º, n.º 1, CP, comete um crime de peculato de uso “*O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que*

se destinam, de veículos ou de outra coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções...”.

Os bens jurídicos tutelados pelo crime de peculato de uso são os mesmos que o crime de peculato do art. 375.º CP visa tutelar, ou seja, o bom andamento, legalidade e transparência da administração e ainda a propriedade visto que também no n.º 1 do art. 376.º CP visa-se penalizar a utilização indevida de bens jurídicos alheios. Contudo a norma vai mais além da mera tutela da propriedade, pois visa ainda tutelar a posse legítima dos bens por parte do Estado.

Tal como o crime de peculato do art. 375.º CP, também em sede de crime de peculato de uso, o agente terá de ter a qualidade de funcionário, funcionário esse que deverá ter a posse sobre coisa objecto do crime por inerência das suas funções, consistindo a conduta punida a de o funcionário fazer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinam, de veículos, ou outra coisas móveis de valor apreciável, trata-se, pois, de facultar a outra pessoa o gozo do bem, utilização essa que, seja pelo próprio ou por terceiro, terá de ser temporária, sem que haja apropriação do bem, sem que o agente, ou terceiro, utilize a coisa como se seu dono fosse.

De notar que a conduta reporta-se ao uso da coisa, conceito distinto do da oneração da coisa a que se reporta o n.º 3 do art. 375.º CP, assim, usar implicar utilizar a coisa temporariamente sem o limitar juridicamente.

A norma legal em questão visa, os veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável, cabendo atentar e preencher o conceito de valor apreciável, apontando-se como critério o conceito legal de valor elevado (previsto no art. 202.º, al. a), CP), “...uma vez que este valor é considerado pela ordem jurídica penal suficientemente sério para justificar a agravação dos crimes patrimoniais...”⁸.

Questão mais complexa será a de proceder à distinção entre o “empréstimo” a que se refere o crime de peculato no art 375.º, n.º 3 CP da noção de permitir a outrem que faça uso a que se refere o art. 376.º CP, sendo que, nesta sede, entende Conceição Ferreira da Cunha poder-se estabelecer uma distinção consoante o “empréstimo” tenha sido a título oneroso (art. 375.º, n.º 3, CP), ou gratuito (art. 376.º, n.º 1, CP), concluindo que “...o empréstimo a título oneroso quer de bens fungíveis quer infungíveis caberia no art. 376.º-3 (...) enquanto que o “empréstimo” a título gratuito quer de bens fungíveis quer infungíveis caberia no art. 376.º - 1.”⁹.

Por último e ainda no que concerne aos elementos objectivos deste tipo legal há que levantar a questão de saber se dentro do n.º 1 do art. 376.º CP cabe no conceito de coisa móvel de

⁸ In, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Dezembro de 2008, pp. 892.

⁹ In, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, pp. 714.

valor apreciável a utilização do dinheiro com intenção de restituição, sendo possível encontrar posições divergentes na doutrina quanto a este aspecto.

Assim, tomando por base o conceito de coisa fungível, Paulo Pinto de Albuquerque defende que não é possível integrar a prática do crime de peculato de uso quando o objecto do crime se trata de uma coisa fungível, pois, atento a sua natureza, a coisa fungível torna impossível a sua restituição, razão pela qual o legislador, no n.º 2 do art. 376.º CP veio a prever especificamente o uso do dinheiro (uma coisa fungível), apesar de no n.º 1 dessa mesma norma apenas mencionar o termo “coisa móvel”¹⁰.

Em sentido contrário e fazendo a comparação entre o tipo legal do art. 375.º CP, argumenta Conceição Ferreira da Cunha que *“É evidente que, face à apropriação de dinheiro, se aplica o n.º 1 do art. 375.º; O empréstimo de dinheiro parece integrar-se nesse n.º 3, estando sujeito, assim, a uma punibilidade mais suave; A utilização de dinheiro, com intenção de devolução e efectiva devolução, eventualmente com juros (caso esse dinheiro estivesse a render juros e não tivesse sido indevidamente utilizado), a ser integrada no n.º 1 do art. 375.º, seria mais severamente punida (muito mais severamente!) do que o empréstimo de dinheiro; ora, esta solução não parece fazer sentido, pois não cremos que o grau de ilicitude do uso de dinheiro para proveito próprio e posterior devolução seja superior ao grau de ilicitude do empréstimo do dinheiro.”*¹¹.

Quanto ao elemento subjectivo deste tipo legal, o mesmo é doloso, sendo que, repita-se, a intenção do agente não é a de fazer sua a coisa, mas apenas de a usar temporariamente, sendo certo que a intenção de restituição terá de existir *ad initio*, devendo considerar-se que se o agente tinha o dolo de se apropriar da coisa quando praticou a conduta e, posteriormente, resolve restituir o bem, o tipo de ilícito que se encontra preenchido será o do crime de peculato (art. 375.º CP), podendo, e devendo, ser essa restituição valorada em termos de medida da pena a aplicar ao agente.

Por último, há que ter em linha de conta ainda que, para que o elemento subjectivo se encontre verificado é necessário que o agente tenha conhecimento de todos os elementos do tipo, ou seja, que é funcionário, que a coisa objecto do crime se trata de um bem alheio, bem esse que se encontra na sua posse em razão das suas funções e que o está a usar (ou permitir a utilização por terceiro) para fins alheios àqueles a que se destinam.

O n.º 2 do art. 376.º CP vem prever e tipificar como crime de peculato de uso a conduta pela qual o funcionário, sem que razões de interesse público o justifiquem, dá a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, pelo que, e nesse sentido, o objecto deste tipo legal é o dinheiro público, devendo considerar-se abrangido pela norma legal, para além do dinheiro, os cheques e os títulos de crédito em geral.

¹⁰ In, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, Dezembro de 2008, pp. 892.

¹¹ In, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2001, pp. 714.

A norma em questão veio introduzir um regime mais favorável para as situações em que o desvio de dinheiro tem na sua base a prossecução de um interesse público, ainda que diferente daquele a que inicialmente aquela verba se destinava, porquanto se o agente desviar tais verbas, estando a sua conduta justificada por razões de interesse público (ou seja motivos atinentes às necessidades e bem estar da comunidade), deverá considerar-se como não estando preenchidos os elementos do tipo, não consistindo tal conduta em qualquer ilícito criminal.

Contudo, há que atentar que, mesmo que o agente tenha actuado tendo por base o interesse público, não basta a presença de um qualquer motivo de interesse geral, é, pois, necessário que esteja em causa um motivo suficientemente importante para, de facto, justificar o desvio, para o tornar necessário ou até imperioso.

Por último, e no que concerne ao tipo subjectivo, estamos, igualmente, em presença de um tipo doloso, ou seja, o agente deve ter consciência da conduta que pratica e querer praticá-la; o agente deverá ter a consciência de que é funcionário, que tem a posse de dinheiro público, posse essa fundamentada em razão das suas funções, e que está a dar uso a esse dinheiro para fins públicos diversos daqueles a que o mesmo se encontrava afectado, ou seja, o agente tem de saber qual o fim a que aquele dinheiro se destinava, e ainda que não existem especiais razões de interesse público que justifiquem o desvio.

2.3. Comparticipação

O crime de peculato é um crime específico, que necessita que o agente tenha uma determinada qualidade (no caso que seja funcionário) para que o possa cometer, assim, para que possa haver comparticipação neste tipo de ilícito é necessário que todos os agentes que participam no facto tenham essa mesma qualidade, salvo na situação em que o agente, que não é funcionário, tenha conhecimento que o ou os demais agentes o são, sendo-lhe aplicado o mesmo tipo legal por via da aplicação do art. 28.º CP.

Ainda no que concerne às formas especiais do crime há que ter em conta que existirá comparticipação necessária quando os actos deliberativos que integrem a conduta criminalizada estiverem dependentes da aprovação de uma pluralidade de pessoa, o que acontecerá na situação do empréstimo ou penhor, caindo-se na conduta do n.º 3 do art. 375.º CP, o que já não acontecerá na situação em que mais do que uma pessoa (funcionário) tem a disponibilidade do bem e puder aceder ao mesmo isoladamente e dele se aproprie, nesta situação não haverá, naturalmente, comparticipação.

2.4. Do concurso de crimes entre o crime de peculato e demais crimes contra o património

Conforme já em momento anterior se deixou antever, a conduta do crime de peculato pode ser parcialmente abrangida por outros tipos legais e, nessa medida, gerar uma situação de concurso, sendo necessário, atento os elementos do tipo destringer o mesmo dos demais.

Atento as zonas de fronteira e pontos de contacto é necessário determinar se uma determinada conduta preenche um ou mais tipos legais.

Nesta sede, há pois que atentar que o critério de distinção entre unidade e pluralidade e infracções não é um critério naturalístico mas antes um critério normativo ou teleológico que atente à unidade ou pluralidade de valores jurídicos tutelados pelos tipos legais de crimes, e a unidade ou pluralidade de juízos de censura de que a conduta em questão é passível de ser sujeita.

2.4.1. Do crime de furto

O primeiro tipo legal a convocar nesta matéria terá de ser, naturalmente, o crime de furto, previsto e punido nos termos do disposto no art. 203.º, n.º 1, CP, e segundo o qual, comete um crime de furto *“Quem, com ilegítima intenção de apropriação para si ou para outra pessoa, subtrair coisa móvel alheia...”*.

O bem jurídico protegido pela norma incriminadora é, pois, a propriedade, consistindo o tipo objectivo de ilícito a ilegítima intenção de apropriação e a subtracção de coisa móvel alheia.

De facto, e conforme já se mencionou, o crime de peculato pode ser encarado como uma forma de “furto qualificado” pela qualidade do agente, visto que em ambos os tipos legais a conduta do agente será a apropriação da coisa objecto do crime.

Assim, será pois de concluir que entre o crime de peculato, previsto e punido no art. 375.º, n.º 1, CP e o crime de furto, previsto e punido nos termos do art. 203.º, n.º 1, CP existe, na realidade, um concurso aparente de especialidade, porquanto o crime de peculato vai consumir o crime de furto.

Já assim não será quando a conduta em questão é passível de preencher algumas das alíneas do n.º 2 do art. 204.º CP, porquanto a moldura penal do crime de furto qualificado tem um limite mínimo mais elevado.

2.4.2. Do crime de abuso de confiança

Comete um crime de abuso de confiança, nos termos do disposto no art. 205.º, n.º 1, CP *“Quem ilegítimamente se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade...”*.

O bem jurídico tutelado por este tipo de crime é a propriedade, conceito que nesta sede abrange tanto o poder de facto sobre a coisa, com a fruição das utilidades da mesma, havendo uma coincidência com os bens jurídicos que o crime de peculato visa, igualmente, tutelar.

Os elementos objectivos essenciais do crime de abuso de confiança são: a posse legítima do dinheiro ou coisa móvel, por parte dos autos do crime e que é pressuposto necessário do abuso de confiança. É pela violação da relação de confiança em que fora constituída, que o agente executa o crime: apropriação. No crime de abuso de confiança, o acto de execução e também consumativo do crime pode ser uma acção ou uma omissão.

Deste modo, existe entre estes dois tipos de crime um concurso aparente de especialidade ou consunção, aplicando-se o tipo legal de peculato.

2.4.3. Do crime de descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público

O crime de descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público encontra-se previsto no art. 355.º CP e nos termos do qual comete este ilícito *“Quem destruir, danificar ou inutilizar, total ou parcialmente, ou, por qualquer forma, subtrair ao poder público a que está sujeito, documento ou outro objecto móvel, bem como coisa que tiver sido arrestada, apreendida ou objecto de providência cautelar...”*.

O bem jurídico que a norma visa tutelar é a inviolabilidade das coisas sob custódia pública, consistindo a conduta prevista em tornar a coisa inútil do ponto de vista do destino que justificava a sua custódia oficial, não tendo, necessariamente, de coincidir com uma conduta passível de gerar um prejuízo de carácter patrimonial.

Entre este tipo de ilícito e o crime de peculato do art. 375.º, n.º 1 e 3, CP existe um concurso aparente de subsidiariedade expressa, aplicando-se o crime de peculato.

2.4.4. Do crime de abuso de poder

O crime de abuso de poder encontra-se previsto e punido nos termos do disposto no art. 382.º CP, e nos termos do qual *“O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo, ou causar prejuízo a outra pessoa...”* incorre na prática deste crime.

O bem jurídico que a norma em questão visa tutelar é a autoridade e credibilidade da administração do Estado que pode ficar prejudicada pela imparcialidade e eficácia dos seus serviços, ficando o tipo legal preenchido através do abuso de poderes ou da violação de deveres pelo funcionário, sendo que em qualquer um dos casos estaremos sempre em presença de poderes ou deveres inerentes à sua função.

Também nesta sede temos um concurso aparente de subsidiariedade expressa, só se aplicando o crime de abuso de poder se não estiverem preenchidos todos os elementos do crime de peculato.

3. Dos crimes dos titulares de cargos políticos

A Lei n.º 34/87, de 16 de Julho¹² veio estabelecer os crimes em que incorrem os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos, no exercício das suas funções, visando, desta forma, tutelar bens jurídicos como a protecção do bom andamento, legalidade e transparência da administração através da repressão do abuso de funções ou cargo por parte do titular de cargo político.

Assim, e no que ao âmbito do presente guia interessa, o diploma legal em questão vem a prever três tipos de crime de peculato: o crime de peculato do art. 20.º, o crime de peculato do art. 21.º e ainda o crime de peculato por erro de outrem do art. 22.º.

No que concerne, tanto ao crime de peculato do art. 20.º, como ao crime de peculato do art. 21.º da Lei 34/87, os elementos do tipo são em tudo semelhantes aos elementos do tipo de crime de peculato e crime de peculato de uso previstos no Código Penal.

De facto, e nos termos do disposto no art. 20.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, comete, um crime de peculato *“O titular de cargo político que no exercício das suas funções ilicitamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel que lhe tiver sido entregue, estiver na sua posse ou lhe for acessível em razão das suas funções...”*, acrescentando o n.º 2 que *“Se o infractor der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar quaisquer objectos referidos no número anterior, com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário...”*.

O bem jurídico primordialmente tutela pelo crime de peculato é a integridade, a probidade no exercício de funções de titulares de cargos políticos, quando esse exercício está directamente relacionado com direitos patrimoniais do Estado, abrangendo ainda o direito de propriedade de particulares quando os bens em questão estejam na posse legítima do Estado.

São, assim, elementos objectivos do tipo: a qualidade de titular de cargo político, a prática de factos no exercício das suas funções, a ilícita apropriação, em proveito próprio ou de terceiro, de dinheiro ou coisa móvel que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções.

No que concerne ao elemento subjectivo temos que estamos em presença de um tipo de crime doloso, sendo necessário que o agente actue com dolo relativamente a todos os elementos objectivos do tipo legal.

No que concerne ao crime de peculato de uso, estabelece o art. 21.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, comete este tipo de ilícito *“O titular de cargo político que fizer uso ou permitir a outrem que faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinam, de veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável, que lhe tenham sido entregues, estiverem na sua posse ou lhe sejam acessíveis em razão das suas funções...”*, acrescentando o n.º 2 que comete o mesmo ilícito

¹² Alterada pela Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, pela Lei n.º 30/2008, de 10 de Julho, pela Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, pela Lei n.º 4/2011, de 16 de Fevereiro e pela Lei n.º 4 /2013, de 14 de Fevereiro.

penal *“O titular de cargo político que der a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estiver legalmente afectado...”*.

Nestes termos, o crime de peculato de uso previsto na Lei n.º 34/87, pune a conduta que se traduza em fazer uso ou permitir que outra pessoa faça seu, para fins alheios àqueles a que se destinam os referidos veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável ou que der a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estiver legalmente afecto.

Mais uma vez, diga-se, que se está em presença de um tipo legal, quanto ao seu elemento subjectivo, doloso, sendo necessário que o titular de cargo político actue com dolo relativamente a todos os elementos objectivos do tipo legal.

Tanto o tipo legal do art. 20.º, como o tipo legal do art. 21.º pune a mesma conduta prevista, respectivamente, no art. 375.º e 376.º, do Código Penal, sendo que a diferença, a distinção entre o âmbito de aplicação de uma e outra norma é a qualidade do agente, visto que os tipos legais da Lei n.º 34/87 só podem ser praticado por um titular de cargo político.

Por último, e nos termos do art. 22.º, da Lei n.º 34/87, comente um crime de peculato por erro de outrem *“O titular de cargo político que no exercício das suas funções, mas aproveitando-se do erro de outrem, receber, para si ou para terceiro, taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas, ou superiores às devidas...”*.

Os bens jurídicos protegidos pela incriminação em causa são, por um lado, a integridade no exercício de funções de titulares de cargos políticos quando essa actividade funcional coincidir com o recebimento de importâncias que não são legalmente devidas e, por outro lado, o património do particular. Nas palavras de Carmo Dias, *“A tutela penal dirige-se primordialmente à protecção do interesse da “fidelidade” dos titulares de cargos políticos, para garantir o adequado (objectivo, imparcial e transparente) e sério (íntegro, fiel e honesto) exercício de funções, aparecendo a necessidade de protecção do património do particular como uma consequência da defesa daquele interesse público. A supremacia do interesse da fidelidade é manifestada dado que aqui se está a punir o recebimento de qualquer importância não devida ou superior à devida (...), exigindo, assim, o legislador que o titular de cargo político tenha um papel activo, desfazendo erro em que o cidadão/particular incorra...”*¹³.

Posto isto, e atento a conduta prevista no art. 22.º, da Lei n.º 34/87, o tipo objecto encontra-se preenchido quando o titular de cargo político, no exercício das suas funções, aproveitando-se do erro de outrem recebe (para si ou para terceiro que não o Estado) taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas ou superiores às devidas. Assim, o meio de execução do crime não poderá deixar de ser o *“aproveitamento”* do erro de outrem que não é compatível com o correcto e honesto exercício de funções, não tendo o legislador expressamente distinguido se o erro foi provocado pelo próprio agente, por terceiro ou se resulta de deficiente informação do ofendido que não é esclarecido.

¹³ In Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário das Leis Penais Extravagantes, Volume I, Universidade Católica Editora, Novembro 2010, pp. 831 e 832.

Não obstante tal omissão, a conduta ter-se-á de considerar como criminosa desde que haja aproveitamento do erro do ofendido, independentemente da forma como aquele se encontra em erro, basta que o agente tenha conhecimento do erro do particular e que actue omitindo o dever de esclarecimento que lhe incumbe, aproveitando-se daquele erro quando recebe a importância que não é devida.

Em última instância, e nas situações em que é o próprio agente que cria a situação de erro em que o particular se encontra, sempre se dira que o mesmo incorre na prática de um crime de peculato por erro de outrem, em concurso aparente com o crime de concussão previsto e punido nos termos do disposto no art. 379.º, n.º 1, CP.

O tipo subjectivo o crime de peculato por erro de outrem fica verificado com o dolo do agente, tratando-se naturalmente de um tipo de crime doloso.

4. Da gestão do inquérito

4.1. Enquadramento geral

Estipula o art. 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que *“O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.”*

Assim, e conforme ensina Germano Marques da Silva o inquérito tem um duplo sentido, por um lado como fase processual preliminar e, por outro como actividade de investigação: enquanto fase processual, o inquérito é a primeira fase do processo penal comum e tem por finalidade o esclarecimento da notícia do crime com vista à formação de uma convicção de acusação ou arquivamento; enquanto actividade, o inquérito vai condensar em si mesmo o conjunto de diligências processuais que visam investigar a eventual prática de um crime, determinar os seus agentes e respectiva responsabilidade e descobrir elementos de prova que sustentem uma eventual decisão de acusação.

Os actos do inquérito, cuja finalidade essencial será a decisão de submissão a julgamento de um determinado episódio de vida, podem ser distinguidos em três tipos ou espécies: actos de iniciação, (acto vinculado à verificação da notícia de um crime), actos de desenvolvimento (as diligências de investigação dos factos, dos seus agentes e das provas, e bem assim as medidas de recolha de prova e cautelares sobre os agentes) e actos de encerramento (actos decisórios que determinam o encerramento do inquérito).

Naturalmente, a abordagem que o Ministério Público fará perante a notícia de um crime irá variar de acordo com o tipo incriminador em questão e ainda de acordo com os factos concretos que estão sob investigação, o que não será diferente para um inquérito por um crime de peculato, ou peculato de uso.

Ainda assim, e atendendo aos elementos objectivos e subjectivos de cada uma das incriminações legais seguro será dizer que os actos de inquérito a praticar terão por objectivo confirmar, ou infirmar, o preenchimento dos elementos de tipo incriminador.

No que concerne à direcção inquérito, é importante ter em consideração, por um lado a Lei de Organização da Investigação Criminal, Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto (LOIC), que veio no art. 2.º, n.º 1 e 4, da LOIC (como, de resto já resulta dos art. 53.º, n.º 1 e 2, al. b), art. 55.º, n.º 1 e art. 56.º, CPP) estipular que a direcção da investigação cabe à autoridade judiciária competente em cada fase do processo, cabendo aos órgãos de polícia criminal actuar no processo sob a direcção e na dependência funcional da autoridade judiciária competente, sem prejuízo da respectiva organização hierárquica.

No que diz respeito ao crime de peculato (objecto do presente guia) há pois que ter bem presente o disposto no art. 7.º, n.º 2, al. j), LOIC e segundo o qual “*É da competência reservada da Polícia Judiciária, não podendo ser deferida a outros órgãos de polícia criminal, a investigação dos seguintes crimes: (...)) Tráfico de influência, corrupção, peculato e participação em negócio;...”* (sublinhado nosso).

Por outro lado, e nesta linha, há ainda que ter em consideração o disposto na Circular PGR n.º 6/02, de 11 de Março de 2002, nos termos da qual, por referência ao art. 270.º, n.º 4 CPP, nos crimes indicados no art. 7.º LOIC cuja investigação sejam da competência da Polícia Judiciária encontra-se-lhe delegada a competência para a prática dos actos de investigação, não obstante o magistrado do Ministério Público titular do processo poder/dever intervir directamente no inquérito.

Tendo estas noções em mente, e ainda bem presente que dificilmente se poderá desenvolver um modelo que possa ser aplicado *ipsis verbis* a todo e qualquer inquérito passar-se-á, tendo por base dois processos de inquérito que correram termos junto do Tribunal Judicial de Santarém, a analisar os possíveis actos de investigação que foram ou poderiam ter sido determinados.

4.2. Do processo 3398/11.1TDLSB

O presente processo de inquérito iniciou-se com a apresentação de uma queixa-crime pela Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, Instituto Público, contra AP.

Nos termos da queixa apresentada, AP era funcionária numa USF pertencente ao Centro de Saúde de Santarém, competindo-lhe, no âmbito das suas funções, receber as taxas moderadoras cobradas aos utentes daquele estabelecimento de saúde entregando-as, no final de cada turno de trabalho, na tesouraria de uma USF de São Domingos.

No período compreendido entre 5 de Julho de 2010 e 13 de Agosto de 2010 recebeu dos utentes da USF o montante de €1.096,70 (mil e noventa e seis euros e setenta cêntimos) que não entregou nos serviços de tesouraria, apropriando-se do mesmo.

Perante os elementos da queixa desde logo é importante esclarecer: a qualidade com que a suspeita actuou - mera trabalhadora, funcionário nos termos em que o prevê o art. 386.º CP, etc.; quais as funções que a mesma exercia; quais os procedimentos estabelecidos pelo superior hierárquico para o exercício das funções da suspeita; qual o valor de que a suspeita ter-se-á apropriado.

Tendo então tais objectivos em mente importante seria obter o contrato de trabalho (ou documento equivalente) que permitisse aferir da qualidade da suspeita, inquirir tanto o superior hierárquico, como colegas de trabalho, caso os houvessem, e ainda obter extratos bancários ou folhas de serviço que permitissem apurar o valor que a suspeita teria recebido e não entregue aos serviços de tesouraria.

No caso do presente inquérito, tais informações já se encontravam junto à queixa-crime porquanto foi motivo um processo disciplinar (laboral), onde foram ouvidos os colegas de trabalho e superiores hierárquicos e onde foi averiguado o valor de que Ana Fragoso se apropriou, sendo que, atento a simplicidade da matérias que lhe estava subjacente, as diligências de inquérito que foram levadas a cabo no processo limitaram-se a inquirir o tesoureiro da USF em causa, constituir AP arguida, sujeitá-la a TIR, e interroga-la, e ainda solicitar informação da entidade patronal de a arguida havia procedido à devolução do valor de que se havia apropriado.

Contudo, se os elementos necessários à decisão de acusar não tivessem sido, na sua quase maioria, recolhidos e prestados pela ofendida, o primeiro despacho a ordenar diligências de inquérito poderia ter sido o que seguidamente se apresenta:

Atento que nos presentes autos se investigam factos passíveis de constituir a prática de um crime que peculato, delega-se, nos termos conjugados dos art. 270.º, n.º 1 e 4 CPP e do art. 7.º, n.º 2, al. j) da Lei n.º 49/2008 de 27 de Agosto, competência na Polícia Judiciária para a investigação dos factos vertidos na queixa-crime, para que proceda, entre outras, às seguintes diligências:

- **Inquirição do superior hierárquico de AP, questionando-lhe, nomeadamente:**
 - **Quais as funções que AP exerce;**
 - **Os procedimentos que a mesma deve adoptar no exercício das suas funções;**
 - **Qual o montante de que AP se apropriou;**
 - **Se AP procedeu à devolução desse valor.**
- **Inquirição do responsável pelos serviços de tesouraria da USF S. Domingos, questionando-lhe, nomeadamente, sobre os procedimentos adoptados para a entrega e verificação dos valores cobrados a título de pagamento de taxas moderadoras;**
- **Constituir arguida AP, sujeitando-a a termo de identidade e residência, e, nessa qualidade, interroga-la sobre os factos investigados.**

Prazo: 35 dias

*

Findo o prazo de 35 dias, conclua os autos no estado em que os mesmos se encontrarem.

No caso agora sob análise, tal como já foi mencionado, não houve necessidade de proceder a diligências de maior complexidade, mas em situações em que a apropriação dos valores seja feita por meio de transferência ou depósito bancário na conta do agente, é importante obter o extrato bancário com vista a determinar que valores foram movimentados, durante que período e, eventualmente, se mais alguém poderia ter acesso aos mesmos, sem esquecer que a apropriação a que se refere o crime de peculato, pode ser efectuada em benefício de terceiro, sendo necessário apurar a identificação desse mesmo terceiro, o que poderá ser revelado pelos movimentos bancários efectuados pelo agente.

Assim, sugere-se o seguinte despacho a proferir no decurso do inquérito:

Investiga-se nos presentes autos factos passíveis de constituir um crime de peculato, previsto e punido nos termos do disposto no art. 375.º, n.º 1.º CP, tendo para o efeito sido utilizada a conta com o Número de Identificação Bancária 00..., do Banco.

As informações constantes da conta depósito afiguram-se essenciais à descoberta da forma como os factos ocorreram e quem foi o seu autor.

O Ministério Público é a autoridade competente para, no âmbito do inquérito, ordenar às instituições de crédito que lhe sejam remetidas todas as informações relacionadas com o crime denunciado.

De facto, dispõe o art. 182.º, n.º 1 CPP que “As pessoas indicadas nos artigos 135.º a 137.º apresentam à autoridade judiciária, quando esta ordenar, os documentos ou quaisquer objectos que tiverem na sua posse...”, definindo a al. b) do art. 1.º CPP que é Autoridade Judiciária “... o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência;”

Assim, e por se afigurar relevante para a descoberta da verdade, notifique o Banco Português de Investimento para, ao abrigo do disposto nos termos conjugados nos art. 182, n.º 1 do CPP e 78.º, n.º 2 e 79.º, n.º 2 al. d) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, no prazo de 10 dias, vir indicar aos autos todos os elementos de identificação e morada referentes aos titulares da conta 00..., bem como proceder ao envio do extrato bancário desta mesma conta, referente ao período que medeia entre 05.07.2010 e 13.08.2010.

4.3. Do processo 856/98.5TASTR

Os presentes autos iniciaram-se, de forma resumida, com a notícia de que MP, Presidente de Justa de Freguesia no período compreendido entre 1979 a 1997, sendo que, no exercício das suas funções enquanto Presidente dessa Junta de Freguesia, celebrou um contrato de arrendamento visando uns terrenos da propriedade da autarquia local, tendo sido convencionado um determinado valor, valor esse que chegou a ser entregue ao cofres daquele organismo por quanto foi o mesmo depositado directamente na conta de MP.

Também no exercício das suas funções, e entre Junho de 1991 e Fevereiro de 1992, o arguido recebeu e depositou directamente na sua conta três cheques que se destinavam ao Centro Paroquial da Freguesia, não obstante bem saber que os mesmos não lhe pertenciam.

Por último, em Dezembro de 1996, foi doado à Junta de Freguesia um veículo automóvel, sendo que o MP não só o utilizou em seu proveito pessoal, como o entregou a sua neta, para que o utilizasse.

Conforme se pode observar, os factos em questão reportam-se a um período em que as normas vigentes não são as actuais, não obstante, e transpondo a situação fáctica para a actualidade, temos que MP terá praticado um crime de peculato, punido e previsto nos termos do disposto no art. 20.º da Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, e ainda um crime de peculato de uso, punido e previsto nos termos do disposto no art. 21.º, n.º 1, do mesmo diploma legal.

Também nesta sede temos que a investigação é, nos termos conjugados do art. 7.º, n.º 2, al. j), LOIC e da Circular PGR 2/02, temos que a competência para a investigação recairá, igualmente, sobre a Polícia Judiciária, devendo nesta ser delegados os actos de inquérito para os quais a mesma tenha competência e que, à semelhança do processo analisado anteriormente, deverão visar os mesmos objectivos.

Não obstante a similitude entre o crime de peculato do art. 375.º CP e do crime de peculato do art. 20.º, da Lei n.º 41/2010 de 3 de Setembro, há que, atento à complexidade das matérias e a alguma facilidade de perda de prova, nomeadamente documental, é de ponderar serem encetadas outras diligências como buscas ou escutas telefónicas.

Nesse sentido, um despacho possível será:

Conforme resulta dos elementos probatórios de fls (...) a (...), a saber extractos bancários, e dos depoimentos das testemunhas (...) e (...) a fls. (...) e (...), respectivamente, recarem sobre MP fortes suspeitas de ter praticado um crime de peculato e um crime de peculato de uso, previstos e punidos nos termos do disposto no art. 20.º e 21.º, n.º 1, respectivamente, da Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro.

Não obstante as diligências até ao momento efectuadas indiciarem a prática de tais factos, atendendo ao tipo de crime em investigação e à dificuldade de obtenção de provas, nomeadamente no que concerne a documentação relativa à contabilidade da Junta de Freguesia que se encontra na posse do arguido, afigura-se-nos que a comprovação de tais suspeitas apenas pode lograr efectivar-se mediante a realização de buscas à residência do

arguido sita (...) e bem assim, às instalações da autarquia local, sitas (...), a fim de, dessa forma, se viabilizar a apreensão de material probatório com relevo para a investigação e apurar as responsabilidades do arguido no eventual cometimento dos crimes em investigação.

Assim, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 174.º, n.º 2, art. 177.º, n.º 1 e art. 176.º, todos do Código de Processo Penal, conclua os autos ao Meretíssimo Juiz de Instrução Criminal junto de quem se promove que seja autorizada a supracitada busca à residência do arguido e às instalações da Junta de Freguesia.

Naturalmente, muitas outras diligências poderão ser determinadas em função das especificidades do caso concreto, sendo importante ter presente que, independentemente do número de diligências a determinar, delegando ou não a competência para a investigação no órgão de polícia criminal, é necessário que o magistrado do ministério público titular do inquérito tenha o cuidado de ter presente os elementos e o estado do processo, acompanhando-o em todas as suas fases.

Para tal, é necessário que controle o tempo despendido na realização de determinadas diligências, sendo que, se necessário for, atento a complexidade do caso, a organização de um processo de acompanhamento, contendo um índice sistemática e de fácil utilização que permitia o mais rápido manuseamento do processo que, no caso do processo n.º 856/98.5TASTR, quando chegou à fase de instrução ia já com 9 volumes.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

www.pgdlisboa.pt

[Centro de Estudos Judiciários](#)

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pp. 888 a 893 e 911 a 916.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário das Leis Penais Extravagantes, Volume 1, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 814 a 834.
- BARREIROS, José António, Crime de Peculato, Labirinto de Letras Editora, Lisboa, Março 2013.

- COSTA, Eduardo Maia, Responsabilidade Criminal dos Titulares de Cargos Políticos, IGAT, Lisboa, 1999, pp. 119 a 138.

- CUNHA, José M. Damião, Funcionário/Função Pública, e Direito Penal, Equívocos Jurisprudenciais, Legislativos e Doutrinas, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, n.º 1, Janeiro-Março 2009, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 59 a 100.

- DIAS, Jorge de Figueiredo, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, pp. 687 a 722 e 808 a 823.

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Abuso de Confiança, Peculato, Falsificação e Furto de Documentos, Descaminho – Problemas de autoria material e de autoria moral, de continuação criminosa, de prescrição e de concurso, in Revista Direito e Justiça, Volume IV, 1989/1990, pp 239 e ss.

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Natureza do crime de peculato. O peculato como crime patrimonial e como violação dos deveres de função. Eficácia do caso julgado de decisões não penais, e processo penal, in Obra Dispersa, 1933-1959, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1996, pp 151 a 161.

- GASPAR, A Henriques, Crimes cometidos no exercício de funções públicas, in Jornadas de Direito Criminal – Revisão do código penal, Alterações ao sistema sancionatório e parte especial, pp 386 a 407.

- SILVA, Germano Marques da, Curso de Processo Penal, III, Verbo, 2.ª Edição, Lisboa, Setembro de 2003, pp. 71 a 101.

V. Vídeo da apresentação

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

**O Crime de Peculato:
Enquadramento Jurídico,
Prática e Gestão do Inquérito**

Grupo 4

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 10:20**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw0q3/flash.html>

O CRIME DE PECULATO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Luís Carlos Pereira Lopes *

I. Introdução. II. Objetivos.

1. O crime de peculato; **1.1.** Evolução histórica; **1.2.** Bem jurídico tutelado; **1.3.** Os elementos do tipo; **1.3.1.** O funcionário; **1.3.2.** A apropriação ilegítima; **1.3.3.** O objecto do crime; **1.3.4.** A posse ou acessibilidade ao bem em razão das suas funções; **1.3.5.** O elemento subjectivo.

2. Os tipos especiais de peculato; **2.1.** O peculato de uso; **2.2.** O peculato na lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

3. Prática e gestão do inquérito; **3.1.** Introdução; **3.2.** A notícia do crime e a abertura de inquérito; **3.2.1.** A notícia do crime; **3.2.2.** A competência do Ministério Público; **3.2.3.** Competência para a investigação; **3.2.4.** Segredo de Justiça; **3.3.** Desenvolvimento da investigação; **3.3.1.** Planeamento da Investigação; **3.3.2.** Da prova; **3.3.3.** Das medidas de coacção e de garantia patrimonial; **3.4.** Comunicações.

III. Hiperligações e referências bibliográficas. **IV.** Vídeo.

I. Introdução

Com o presente trabalho, pretende-se, por um lado, fazer um enquadramento jurídico dos crimes de peculato, previstos quer no Código Penal (crimes de peculato e peculato de uso, previstos e punidos, respectivamente, nos artigos 375.º e 376.º), quer na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (peculato, peculato de uso e peculato por erro de outrem, previstos e punidos, respectivamente nos artigos 20.º, 21.º e 22.º da referida Lei).

Por outro lado, realizar-se-á, sobre o ponto de vista prático, uma abordagem sobre a investigação destes ilícitos criminais. Para tanto, e tendo por base o crime de peculato, previsto e punido pelo artigo 375.º do Código Penal, far-se-á, uma análise prática da forma como a investigação do crime de peculato dever ser planeada e gerida, dos meios de obtenção de prova e de meios de prova a que se deve, e pode, recorrer, e abordar-se-ão algumas especificidades que se devem ter em consideração na investigação deste ilícito criminal.

II. Objetivos

O presente trabalho tem como objetivo primordial proporcionar aos seus destinatários uma abordagem dos aspectos mais relevantes no âmbito da investigação dos crimes de peculato, bem como a análise de questões práticas que se suscitam no decurso do inquérito, para o que, conforme se demonstrará, contribuirá o respectivo enquadramento jurídico dos tipos criminais em questão.

* Nota do autor: Pelos contributos dados para o desenvolvimento da presente obra, um especial agradecimento a: Dra. Alda Pinheiro, Procuradora-Adjunta no DIAP de Sintra; Dra. Tânia Lopes, Procuradora-Adjunta no DIAP de Lisboa; Dr. David Matias, Auditor de Justiça; Dra. Inês Robalo, Auditora de Justiça; Dra. Joana Gomes, Auditora de Justiça; Dr. Pedro Fonseca, Coordenador de Investigação Criminal na Unidade Nacional de Combate à Corrupção, da Polícia Judiciária; Dra. Patrícia Silveira, Coordenadora de Investigação Criminal na Unidade Nacional de Combate à Corrupção, da Polícia Judiciária.

Este trabalho é elaborado no âmbito do 2.º ciclo de formação, do 30.º Curso de Formação de Magistrados Judiciais, nos termos previstos no ponto 3 do Guia de Procedimentos do 2.º Ciclo do Ministério Público, e, nessa medida, destina-se, desde logo, aos Auditores de Justiça, mas também a todos os magistrados, judiciais ou do ministério público, e a outros profissionais forenses.

1. O Crime de Peculato

1.1. Evolução Histórica

O crime de peculato encontra-se previsto no artigo 375.º do Código Penal, integrado na secção II, do Capítulo IV, relativo aos crimes cometidos no exercício de funções públicas e tem, actualmente, a seguinte redacção.

“Artigo 375.º

Peculato

1 - O funcionário que ilegítimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se os valores ou objectos referidos no número anterior forem de diminuto valor, nos termos da alínea c) do artigo 202.º, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3 - Se o funcionário der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

No Código Penal de 1886, o peculato encontrava-se previsto no artigo 313.º.

O texto actual é o resultante da revisão do Código Penal, levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março e corresponde, com algumas alterações, ao artigo 376.º do Projecto de 1991¹, que teve por base a redacção do artigo 424.º do Código Penal de 1982, ao qual foi aditado o actual n.º 2.

De facto, os n.ºs 1 e 3 actuais correspondem, com ligeiras alterações, aos n.ºs 1 e 2 do artigo 424.º do Código Penal de 1982, o qual, por sua vez, correspondia ao artigo 454.º do Projecto de Parte Especial do Código Penal de 1966².

O artigo 424.º do Código Penal de 1982 tinha a seguinte redacção:

¹ Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, páginas 438 e 537.

² Discutido na 24ª sessão da Comissão Revisora em 24 de Junho do mesmo ano.

*“Artigo 424.º**Peculato*

1 - O funcionário que, ilicitamente, se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel, pública ou particular, que lhe foi entregue, estiver na sua posse ou lhe for acessível em razão das suas funções, será punido com prisão de 2 a 8 anos e multa até 100 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se o funcionário der de empréstimo, empenhar, ou, de qualquer forma, onerar quaisquer objectos referidos no número anterior, com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário, será punido com prisão até 3 anos e multa até 50 dias.”

Anotam-se, assim, como principais alterações introduzidas em 1995:

- a) A substituição do advérbio “ilicitamente” por “ilegitimamente”;
- b) A diminuição do limite mínimo de dois para um ano de prisão, no tipo do n.º 1;
- c) O aditamento do actual n.º 2, no sentido de desagravar a censura em função do diminuto valor da coisa, passando neste caso o agente a ser punido com pena até 3 anos ou com pena de multa (pena de multa que desaparece da punição do n.º 1);
- d) Eliminação, no n.º 3, da referência à “consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário” e
- e) Alteração da moldura penal do actual n.º 3, sendo suprimido o limite máximo da pena de multa aplicável, que no n.º 2 do artigo 424.º do CP1982, era de 50 dias.

1.2. Bem Jurídico Tutelado

O crime de peculato tem sido entendido como sendo susceptível de configurar como um crime de furto ou de abuso de confiança, qualificados em razão da especial qualidade de funcionário do agente.³

Nessa medida, em relação ao bem jurídico tutelado por tal incriminação, é dupla a protecção conferida pelo tipo legal de peculato.

Por um lado, porque, na medida em que criminaliza a apropriação ou oneração ilegítima de bens alheios, **tutela bens jurídicos patrimoniais**, e, por outro, visa proteger a **probidade e fidelidade dos funcionários**⁴ (ou, por outras palavras, a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário⁵), **tendo em vista o bom andamento e legalidade da administração pública**.

³ Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Julho de 2006, Processo n.º 0692032, Relator Santos Cabral, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁴ CUNHA, Conceição Ferreira da, Anotação aos artigos 375.º e 376.º, do Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, 1999, pág. 688 e ss.

⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª Edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2010, pág. 998.

De facto, e como já defendia Cavaleiro de Ferreira⁶ *“o objecto jurídico do peculato (...) é duplo: interesse patrimonial do Estado, por um lado, sob a forma de ofensa à propriedade do Estado ou ofensa à posse legítima do mesmo Estado sobre coisas particulares; interesse do Estado, por outro lado, à fidelidade dos seus funcionários”*⁷.

Originariamente, o interesse patrimonial do Estado era visto como o bem jurídico preponderantemente tutelado. Veja-se, neste sentido, Cavaleiro de Ferreira que, referindo-se ao interesse do Estado à fidelidade dos seus funcionários, qualificava-o como *“um interesse instrumental em relação ao primeiro”*⁸, isto é, ao interesse patrimonial.

Actualmente, o paradigma alterou-se e, sem se abandonar a visão da dupla protecção que o tipo legal visa, ganhou preponderância o interesse da legalidade da administração pública relacionada com a probidade e fidelidade dos funcionários. Veja-se, neste sentido, a posição de Paulo Pinto de Albuquerque, quando refere que *“os bens jurídicos protegidos pela incriminação são a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário (...) e, acessoriamente, o património alheio (público ou particular)”*⁹.

Neste mesmo sentido, Conceição Ferreira da Cunha refere que *“se tivéssemos de optar pela preponderância de um dos bens jurídicos, optaríamos pela ideia de legalidade da administração relacionada com a probidade (e fidelidade) dos funcionários, pois é este aspecto que confere maior especificidade ao tipo legal.”*¹⁰

Por outro lado, as alterações legislativas ocorridas neste tipo legal são também demonstrativas que o elemento patrimonial tem vindo a perder preponderância, desde logo, porque, como se viu, *“a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário”* deixou de ser elemento do tipo no actual no n.º 3.

Independentemente do elemento preponderante, no bem jurídico tutelado pelo crime de peculato, a verdade é que para se preencher o tipo legal, os dois elementos terão de relacionar-se entre si, até porque, como refere Conceição Ferreira da Cunha, no crime de peculato *“há abuso de função pelo facto de o agente se apropriar ou onerar bens de que tem a posse em razão das funções que exerce, violando com esse comportamento, a relação de fidelidade pré-existente”*¹¹.

À primeira vista, a questão dos bens jurídicos tutelados pelo tipo legal do peculato, pode não demonstrar ter um grande interesse do ponto de vista prático, designadamente no que respeita à investigação deste crime. Contudo, e como veremos ao longo deste trabalho, são grandes as implicações que aqueles dois elementos, patrimonial e integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário, vão ter ao nível da gestão do inquérito.

⁶ FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Natureza do Crime de Peculato – O Peculato como crime patrimonial e como violação dos deveres de função, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 4º, 1944.

⁷ *Idem*, pág. 68.

⁸ *Idem*.

⁹ *Ob cit.*, pág. 998.

¹⁰ *Ob cit.*, pág. 689.

¹¹ *Idem*.

De facto, independentemente dos bens ilegítimamente apropriados serem do Estado (ou de outras entidades públicas) ou de particulares, a verdade é que está sempre em causa um direito patrimonial. Assim, nesta medida, estabelece-se uma relação entre o crime de peculato e os crimes de furto e de abuso de confiança, não havendo grandes diferenças na investigação de um e outros.

Contudo, é o elemento da legalidade da administração pública relacionada com a integridade dos funcionários públicos e equiparados que, como veremos, atribui a este tipo de crime algumas especificidades no que diz respeito à sua investigação.

1.3. Os Elementos do Tipo

1.3.1. O Funcionário

O crime de peculato é um crime específico impróprio, ou seja, na definição de Figueiredo Dias¹², um crime em que a qualidade do autor ou o dever sobre que ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para a agravar, uma vez que só o agente com essa característica subjectiva relacional o pode cometer.

É, por outro lado, conforme resulta claramente do artigo 375.º, n.º 1, do Código Penal, um crime de mão própria, porquanto não pode ser praticado por qualquer pessoa, mas tão só por alguém que tenha a qualidade de funcionário tal como é definido pelo artigo 386.º do mesmo diploma.

É, de facto, a qualidade do agente – de Funcionário – e o facto de este ter a posse (em sentido lato) do bem em razão das suas funções, que distingue o crime de peculato dos crimes de furto, abuso de confiança e descaminho e é essa qualidade que torna a ilicitude da conduta do agente do crime mais grave¹³.

O conceito de funcionário, para efeitos da lei penal, vem previsto no artigo 386.º do Código Penal, que passamos a transcrever:

“Artigo 386.º

Conceito de Funcionário

1 - Para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange:

- a) O funcionário civil;*
- b) O agente administrativo; e*
- c) Os árbitros, jurados e peritos; e*

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pág. 304.

¹³ Neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26-06-2013, Processo n.º 2293/11.9TAVCD.P1, Relator Coelho Vieira, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

d) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.

2 - Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos.

3 - São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos 372.º a 374.º:

a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência;

b) Os funcionários nacionais de outros Estados membros da União Europeia, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

d) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos.

4 - A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.”

Verifica-se, pois, da análise do referido artigo que o conceito de funcionário para a lei penal é mais amplo do que o Administrativo. Tal solução é explicada no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13.02.1997¹⁴, segundo o qual “*para efeitos penais o conceito de funcionário é mais amplo que o administrativo, pois está mais intimamente ligado à função desempenhada e não propriamente ao formalismo legalmente estabelecido para a aquisição daquela qualidade*”.

O facto de o âmbito do conceito penal de funcionário ser mais abrangente do que o conceito administrativo, é notório quando, para efeitos da lei penal, se considera como funcionário um agente que desempenha funções num organismo de utilidade pública, por exemplo numa pessoa colectiva de direito privado que recebeu declaração de utilidade pública, nos termos do Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro. De facto, têm sido frequentes os casos, alguns deles públicos, em que dirigentes de clubes de futebol que beneficiam da declaração de utilidade pública, foram acusados e/ou condenados pelo crime de peculato.

¹⁴ In Colectânea de Jurisprudência – STJ - Ano V - Tomo I – pág. 221.

A doutrina não é, contudo, unânime nesta matéria. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque¹⁵ “o organismo de utilidade pública é a pessoa colectiva de direito privado que é objecto de declaração de utilidade pública, precisamente porque a utilidade pública reconhece a “cooperação” dessa pessoa colectiva no exercício da função pública da Administração”, e portanto o conceito de funcionário abrange todos aqueles que desempenham funções naqueles organismos, que incluem as pessoas colectivas de mera utilidade pública, as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e as instituições particulares de solidariedade social.¹⁶ Por outro lado, e em posição contrária apenas assumida recentemente, Damião da Cunha¹⁷ refere que “o desempenho de funções públicas (...) em “pessoas colectivas de utilidade pública administrativa não constitui por si qualquer razão que legitime, hoje em dia, a qualificação como funcionário, pelo facto de, como vimos, ter tido sempre como pressuposto o desempenho (ou participação no desempenho) de função pública em pessoa colectiva de direito público.”.

Tendemos a concordar com a posição assumida por Paulo Pinto de Albuquerque, na medida em que a posição agora assumida por Damião da Cunha, não tem cabimento na letra da lei (não tendo o legislador penal feito distinção entre os diversos organismos de utilidade pública), nem tem cabimento no espírito da Lei (pois, se é verdade, que, em concreto o crime de peculato se encontra regulado dentro do capítulo dos crimes cometidos no exercício de funções públicas - de entre os quais se destacam, como é óbvio os crimes cometidos por funcionários públicos - foi expressa a intenção do legislador em alargar o conceito de funcionário para efeitos de tutela penal, não sendo verosímil aceitar que o legislador não soubesse da existência de vários tipos de pessoas colectivas de utilidade pública).

Acresce que, ao punir-se, através da imputação do crime de peculato, um funcionário de uma pessoa colectiva privada dotada de utilidade pública que se apropriou ilegitimamente de dinheiro a que tinha acesso em razão das suas funções, o legislador pretendeu manifestamente equiparar este funcionário ao funcionário público, uma vez que o dinheiro subtraído deixou de poder ser utilizado para o fim de utilidade pública a que se destinava, ficando prejudicada a “cooperação” dessa entidade no exercício da função pública da Administração, lesando-se o bem jurídico tutelado pela incriminação.

1.3.2. A Apropriação Ilegítima

A conduta, ou acção típica, punida por este tipo legal, conforme resulta de forma clara do artigo 375.º do Código Penal, consiste “na apropriação ilegítima”, no caso do n.º 1 e “em dar de empréstimo, empenhar, ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1”, no caso do n.º 3.

¹⁵ *Ob cit.*, pág. 1024.

¹⁶ AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2001, pág. 567-568.

¹⁷ CUNHA, José Manuel Damião da, O conceito de Funcionário para efeito de Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública. – Coimbra Editora, 2008, pág. 62. Posição contrária à que foi defendida, pelo mesmo autor, no Comentário Conimbricense, sobre o conceito de funcionário (anotações 23.º e 27.º ao artigo 386.º)

No que respeita ao conceito de apropriação deve entender-se como tal o acto de fazer seu o bem, agindo como se fosse seu proprietário e não mero possuidor.

Como defendido por José António Barreiros¹⁸, a apropriação pode efectivar-se por várias formas, designadamente através de subtracção e da inversão do título da posse.

De facto, como veremos *infra*, no peculato o crime incide sempre sobre um bem que tenha sido entregue, esteja na sua posse ou que seja acessível ao agente por força das suas funções. Nos dois primeiros casos, a apropriação ocorrerá por inversão do título da posse, constituindo o peculato um crime de abuso de confiança qualificado. Nos casos em que o bem está meramente acessível ao agente, a apropriação ocorre necessariamente por subtracção, assumindo o peculato, um crime de furto qualificado, por força da qualidade de funcionário do agente.

A apropriação será ilegítima quando, desde logo, não derive de nenhum título aquisitivo da propriedade.

Por outro lado, a apropriação pode ser feita em proveito próprio ou de outra pessoa. A palavra “proveito” implica, pois, que o agente, ou a outra pessoa, retire alguma vantagem do dinheiro ou da coisa com que o funcionário se apropria.

No que respeita à conduta típica prevista no n.º 3, a mesma, como se disse, consiste “em dar de empréstimo, empenhar, ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1”. Esta conduta consiste, pois, já não numa apropriação, mas antes num desvio, em que o agente em vez de actuar como zelador dos bens, mantendo-os dentro dos limites da sua função, desvia o objecto ou o dinheiro do fim a que era destinado, onerando-o indevidamente.

De facto, neste sentido, a palavra “onerar” deve ser entendida num sentido lato, como sinónimo de limitar, restringir ou comprimir o exercício do direito de propriedade de coisas móveis ou valores.

1.3.3. O Objecto do Crime

Como também resulta claramente da redacção do artigo 375.º, n.º 1, do Código Penal, o objecto do crime é “o dinheiro” ou “a coisa móvel”.

Contudo, nos n.ºs 2 e 3, o legislador optou pela expressão “valores e objectos” sempre por referência ao n.º 1. Esta opção do legislador, na opinião de Conceição Ferreira da Cunha¹⁹, deveu-se a um intuito clarificador, pretendendo-se, por um lado, dissipar dúvidas quanto à possibilidade do dinheiro, enquanto valor, poder ser objecto dos n.ºs 2 e 3 e, por outro, conferir um sentido lato à noção de dinheiro. Deste modo, e tendo consideração este sentido lato, incluem-se, no conceito de dinheiro, a moeda metálica e as notas do banco que tenham

¹⁸ BARREIROS, José António, Crime de Peculato, Labirinto de Letras, Lisboa, 2013, pág. 70.

¹⁹ *Ob cit.*, pág. 692 - 693.

curso legal em Portugal ou em qualquer país estrangeiro, bem como os títulos que devam ser equiparados a dinheiro por exprimirem um valor patrimonial.

O dinheiro, ou a coisa móvel, pode ser pública ou particular, como resulta expressamente da previsão do artigo, mas terá sempre de ser necessariamente alheia ao funcionário, não havendo crime de peculato quando o funcionário se apropria de coisa sua, mesmo que ela esteja temporariamente sob o poder público, uma vez que assim o impõe o próprio conceito de apropriação, atrás desenvolvido.

O n.º 2 do artigo 375.º, prevê uma pena mais leve no caso de os valores ou objectos serem de diminuto valor, nos termos da alínea c) do artigo 202.º, do Código Penal, ou seja, se não excederem uma unidade de conta, no momento da prática do facto.

Segundo Conceição Ferreira da Cunha²⁰, só as coisas móveis com utilidade são relevantes para efeitos do crime de peculato e portanto, *“estariam de fora deste conceito coisas destinadas à destruição”*. Nesta matéria, concorda-se com a posição de José António Barreiros²¹, segundo o qual o critério relevante é o da patrimonialidade da coisa móvel e não o da sua utilidade, pelo que até as coisas destinadas à destruição, por serem susceptíveis de avaliação patrimonial, podem ser objecto do crime de peculato.

1.3.4. A Posse ou Acessibilidade ao bem em razão das suas funções

Para efeitos de preenchimento do tipo legal de peculato, é necessário também que o dinheiro ou os bens ilegítimamente apropriados pelo funcionário lhe tenham sido entregues, estejam na sua posse, ou lhe sejam acessíveis em razão das suas funções.

Ora, segundo Leal Henriques e Simas Santos²², que citam Nélon Húngria, em Comentário ao Código Penal Brasileiro, Vol. IX, 339, a posse a que se refere o artigo 375.º, n.º 1 do Código Penal, *“deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples detenção, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados)”*, ou seja, abrangendo os casos em que o agente pode dispor do bem ou conseguir a sua detenção mediante um acto para o qual tem competência em razão das suas funções.

Assim, o sentido lato de posse engloba pois quer a situação do bem que foi entregue ao agente, quer a noção de acessibilidade, no sentido de disponibilidade (disponibilidade material e disponibilidade jurídica).

Ora, neste sentido a posse ou a acessibilidade devem operar-se, para efeitos do preenchimento típico da conduta do funcionário, em razão das suas funções, devendo, no

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ob cit.*, pág. 93.

²² HENRIQUES, Leal, e SANTOS, Simas, Código Penal Anotado, II Volume, Rei dos Livros, 2000, pág. 1618.

entender de Leal Henriques e Simas Santos²³, existir uma relação de causa efeito entre as funções e a posse ou acesso ao bem.

Contudo, a expressão “em razão das suas funções” não tem sido interpretada pela doutrina e jurisprudência de forma unânime. Há quem, como José António Barreiros²⁴, defenda uma interpretação mais lata, não sendo necessário que a posse dependa funcionalmente do exercício do cargo ou que fizesse parte da competência do agente abstractamente estabelecida, bastando “*a mera possibilidade material de entrar em contacto com os bens em causa em virtude das facilidades que pare ele derivam da circunstância de desempenhar funções que lhe franqueiam entrada no local onde eles se encontram*”.

Em sentido semelhante, também Paulo Pinto de Albuquerque defende que “*a condição legal fica satisfeita quando a coisa é possuída, detida ou acessível por ocasião do exercício das funções públicas mesmo que se trate de uma circunstância momentânea ou episódica, uma vez que a lesão do bem jurídico é tão grande neste caso como quando a coisa está permanentemente submetida ao domínio do funcionário*”.²⁵

Em sentido oposto, Conceição Ferreira da Cunha²⁶ considera que tal interpretação, por ser demasiado abrangente, “*acaba por adulterar o fundamento do presente tipo legal: é que se trata de punir de forma mais gravosa as situações em que o funcionário trai a confiança que nele foi depositada ao lhe ser conferida a posse de um bem (...) detenção material, guarda do bem, ou disponibilidade jurídica, ou seja possibilidade de dispor do bem, não como proprietário, mas como fiel depositário e zelador dos bens, não se desviando dos fins legais*”. Na opinião deste autor, o abuso da função e a respectiva infidelidade que são característicos do bem jurídico tutelado pela incriminação só serão violados quando o agente tem a acesso ao bem, devido às funções que exerce.

Sobre este elemento típico e sobre a forma como o mesmo deve ser interpretado tem também se debruçado a jurisprudência, a qual tem ido no sentido de defender uma interpretação restritiva da expressão “em razão das suas funções”, tal como preconizada por Conceição Cunha Ferreira.

Veja-se a título de exemplo o recente acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Janeiro de 2013²⁷, no qual estava em causa a conduta de um agente que, aproveitando-se da circunstância de, enquanto carteiro, ter acesso aos objectos postais, retirou dos circuitos postais correspondência que se destinava a áreas de distribuição distintas do giro que executava e levou-a consigo, fazendo-a sua. Considerou-se que, por se tratar de correspondência que não lhe tinha sido confiada, que ele não possuía nem à qual acedeu por força das suas funções, não ficou preenchido este elemento típico, sendo os factos, no que à apropriação da correspondência diz respeito, subsumidos à prática do crime de furto. Neste caso, decidiu-se que “*o segmento “acessível em razão das suas funções” referido no n.º 1, do*

²³ *Idem*.

²⁴ *Ob cit.*, pág. 90.

²⁵ *Ob cit.*, fls. 998, anot. 11.

²⁶ *Ob cit.*, pág. 696.

²⁷ Processo n.º 214/11.8PCCBR.C1, Relator Luís Coimbra, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

art.º 375º, do C. Penal, que se reporta ao tipo legal de crime de “Peculato”, exige uma especial relação de poder ou de domínio ou de controlo/supervisão sobre a coisa que o agente detém em razão das suas específicas funções e que vem a postergar com abuso ou infidelidade das específicas funções, ao apropriar-se, para si ou para terceiro, dessa mesma coisa - não sendo suficiente apenas a simples acessibilidade física em relação à coisa de que se apropria.”

Já em 2010, a Relação de Coimbra havia decidido de igual forma, no Acórdão de 14 de Abril de 2010²⁸, num processo em que se considerou não estar preenchido o tipo de peculato, na medida em que das funções que incumbiam à arguida, funcionária de um Centro Educativo, não se incluía uma especial relação com os objectos guardados na chamada “casa-forte”, de onde a mesma veio a subtrair um telemóvel propriedade de uma menor ali internada. Aliás, nesta situação, resultava da própria acusação que só outras três funcionárias do Centro Educativo tinham acesso àquela “casa-forte”, tendo, a arguida acedido à mesma, em virtude de ter aproveitado o facto de aquela se encontrar com a porta aberta.

1.3.5. O Elemento Subjectivo

No que diz respeito ao elemento subjectivo, o crime de peculato é evidentemente um tipo doloso, em qualquer uma das suas modalidades, ficando, pois, afastada a punibilidade do crime de peculato culposo ou negligente.

Deste modo, o agente terá necessariamente de ter conhecimento da factualidade típica, designadamente da sua qualidade de funcionário, de que a coisa apropriada é um bem alheio de que tem a posse, ou que lhe é acessível, em razão das suas funções – elemento intelectual – e terá, ainda, que ter a consciência e a vontade de fazer seu o bem (n.º 1) ou onerá-lo (n.º 2) para o seu próprio proveito ou de terceiro – elemento volitivo.

Se, porventura, o agente tiver a intenção de restituir o bem de que se apossou fica excluído o dolo de apropriação. Veja-se que, a este propósito e uma vez que a conduta punível no n.º 1 do artigo 375.º é a própria apropriação ilegítima do bem, o legislador não teve a necessidade de, tal como acontece no crime de furto (previsto e punido pelo artigo 203.º do Código Penal) de prever a existência de dolo específico de agir “*com ilegítima intenção de apropriação*”, naquele caso complementar da conduta típica “*subtrair*”.

2. Os Tipos Especiais de Peculato

2.1. O Peculato de Uso

O crime de peculato de uso, por sua vez, encontra-se previsto no artigo 376.º do Código Penal e tem a seguinte redacção:

*“Artigo 376.º
Peculato de Uso*

²⁸ Processo n.º 1876/07.6PEAVR.C1, Relator Eduardo Martins, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

1 - O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.”

Este artigo corresponde, com algumas alterações, ao artigo 425.º do Código Penal de 1982, sendo a sua fonte o artigo 313.º, §§ 1.º e 2.º do Código Penal de 1886, na versão do Código Penal de 1886. O texto actual é o que resulta da revisão levada a efeito pelo Decreto-Lei nº 48/95, de 15 de Março, e corresponde ao artigo 377.º do Projecto de 1991²⁹.

No que respeita ao bem jurídico tutelado pela norma, remete-se para o que *supra* foi referido relativamente ao crime de peculato do artigo 375.º, na medida em que, também relativamente a este ilícito, o que se visa é a dupla protecção da integridade do exercício de funções públicas e o património alheio. Contudo, segundo Conceição Ferreira da Cunha³⁰, neste tipo criminal “*a protecção do bem jurídico património torna-se mais secundária do que no artigo precedente (...) pois não há apropriação do bem, nem oneração (...) mas apenas o seu uso momentâneo*”. De facto, também Leal-Henriques e Simas Santos³¹ definem o peculato de uso como “*a utilização momentânea e precária, sem animus domini, de coisa fungível (v.g. uma máquina de escrever, um veículo automóvel, etc.), que posteriormente é reposta, intacta, no seu lugar*”.

Tal como o crime de peculato do artigo 375.º, também o crime de peculato de uso é um crime específico impróprio porquanto o mesmo agrava a ilicitude, em relação aos crimes de infidelidade e furto de uso, previstos respectivamente nos artigos 224.º e 208.º do Código Penal, por força da qualidade de funcionário do agente do crime.

São duas as modalidades de peculato de uso, previstas respectivamente no n.º 1 e 2, do artigo 376.º do Código Penal.

Na modalidade do n.º 1, o tipo objectivo consiste no uso pelo funcionário ou na permissão de uso por outra pessoa de veículos ou coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções, para fins alheios àqueles a que se destinam. Já o tipo objectivo do n.º 2 consiste na atribuição ao dinheiro público de um destino para uso público diferente daquele a que ele está afectado.

No que respeita ao objecto do crime, para efeito do tipo do artigo 376.º, n.º 1, relevam os “*veículos ou outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares*”. Já, para efeitos do artigo 376.º, n.º 2, o objecto do crime é “*dinheiro público*”.

²⁹ Código Penal - Actas e Projecto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, 1993, páginas 440-441.

³⁰ *Ob cit*, pág. 706.

³¹ *Ob cit*, pág. 1624.

As coisas móveis relevantes para efeitos de preenchimento do n.º 1 do artigo 376.º serão necessariamente coisas infungíveis, não sendo possível o peculato de uso de coisa fungível (por exemplo gasolina), pois estas extinguem-se com o uso, sendo impossível a sua restituição, consubstanciando o seu consumo a prática do artigo 375.º do Código Penal. Daí, o dinheiro público (coisa móvel fungível) ter uma previsão específica, no n.º 2.³² Em sentido contrário, Conceição Ferreira da Cunha considera que se inserem na previsão do artigo 376.º, n.º 1, quer coisas fungíveis quer infungíveis³³.

Como referido, a coisa móvel deve ter um valor apreciável. Paulo Pinto de Albuquerque³⁴ faz coincidir esta noção com o conceito legal de “*valor elevado*”, uma vez que este valor é considerado pela ordem jurídica penal suficientemente sério para justificar a agravação dos crimes patrimoniais. Já Conceição Ferreira da Cunha, Leal-Henriques e Simas Santos e Miguez Garcia e Castela Rio³⁵, têm entendido que o “*valor apreciável*” está abaixo do valor elevado, mas além do valor diminuto. Na minha opinião, considero que com a expressão “valor apreciável” o legislador apenas teve a intenção de excluir a punição pelo crime de peculato de uso, quando o agente faz uso de coisas de valor diminuto, ou seja, inferior a uma unidade de conta, nos termos do artigo 202.º, c), do Código Penal.

A conduta punível, no n.º 1 do artigo 376.º, é a de fazer uso ou permitir que outro faça uso para fins alheios àqueles a que se destinem. Trata-se, pois, de utilizar o bem, ou de permitir que outrem o use, isto é, facultar a outra pessoa o gozo do bem. Esta utilização da coisa será sempre limitada no tempo, temporária, não podendo ocorrer *animus domini* ou seja a apropriação do bem. Tem-se, igualmente, entendido que não basta a intenção de restituição, sendo necessária a efectiva restituição, excepto quando a mesma não é possível por motivos de força maior.

Por outro lado, e conforme resulta do Acórdão da Relação do Porto, de 20 de Junho de 2012³⁶, para efeitos de preenchimento de tipo legal de peculato de uso, é indiferente que o fim visado pelo funcionário se concretize ou não, bastando que utilize o veículo ou outra coisa móvel de valor apreciável, visando fins alheios àqueles a que se destinam.

Já no caso do n.º 2, a conduta punível é o desvio de dinheiros públicos para fins públicos diferentes do devido, ou seja diferentes do legalmente estipulado, sem que razões de interesse público o justifiquem. Já o desvio de dinheiro público, ou particular, para fins privados, e o desvio de dinheiros particulares para fins públicos são, na opinião de Conceição Ferreira da Cunha e Paulo Pinto de Albuquerque, subsumíveis ao n.º 1 do artigo 376.º. Considero, contudo, que o desvio de dinheiro público, ou particular, para fins particulares será sempre subsumido ao crime geral de peculato previsto no artigo 375.º, uma vez que este desvio tem subjacente uma verdadeira apropriação e não um mero uso.

³² Neste sentido Leal-Henriques e Simas Santos, e Paulo Pinto de Albuquerque, obras citadas.

³³ *Ob cit.*, págs. 713-714.

³⁴ *Ob cit.*, pág. 1000-1001.

³⁵ GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M. Castela, Código Penal – Parte Geral e Especial com notas e comentários, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 1246.

³⁶ Processo n.º 357/10.5TAAMT.P1, Relator Eduarda Lobo, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Por fim, e no que respeita ao elemento subjectivo do crime, quer o tipo do n.º 1, quer o do n.º 2, são apenas punidos a título de dolo, encontrando-se afastada a punibilidade dos mesmos através de mera negligência. Relativamente ao n.º 2, Conceição Ferreira da Cunha³⁷, considera, restritivamente, que o crime não será punível se o agente actuar com mero dolo eventual.

2.2. O Peculato na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho

A Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, veio, conforme resulta do respectivo artigo 1.º, determinar os crimes da responsabilidade que titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos cometam no exercício das suas funções, bem como as sanções que lhes são aplicáveis e os respectivos efeitos.

Entre os crimes previstos na referida lei, iremos, de uma forma muito breve, abordar apenas aqueles que se encontram numa relação de especialidade com os previstos no Código Penal, isto é, os tipos de peculato, previsto e punido pelo artigo 20.º, e de peculato de uso, previsto e punido no artigo 21.º, e iremos também, ainda que de uma forma muito superficial, analisar o crime previsto no artigo 22.º, o peculato por erro de outrem.

O bem jurídico titulado por estes crimes é, primordialmente, a integridade ou probidade no exercício de funções de titulares de cargos políticos e, acessoriamente, o património alheio, do estado ou de particulares. Assim, tal como nos crimes de peculato previstos no Código Penal, também nos ilícitos criminais ora em análise é dupla a protecção conferida pelas incriminações acima referidas.

O crime de Peculato (por titular de cargo político) encontra-se previsto no artigo 20.º da referida Lei n.º 34/87, de 16 de Julho e tem a seguinte redacção:

“1 - O titular de cargo político que no exercício das suas funções ilicitamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer outra coisa móvel que lhe tiver sido entregue, estiver na sua posse ou lhe for acessível em razão das suas funções será punido com prisão de três a oito anos e multa até 150 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se o infractor der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar quaisquer objectos referidos no número anterior, com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário, será punido com prisão de um a quatro anos e multa até 80 dias.”

Comparando a redacção do n.º 1 do presente artigo, com a do artigo 375.º, n.º 1, do Código Penal, verifica-se que são essencialmente três, as diferenças entre os dois crimes. Desde logo, tal como nos restantes crimes já analisados, estamos perante um crime específico impróprio em que por força de uma qualidade especial do agente – o facto de o mesmo ser titular de cargo político – a ilicitude da conduta é agravada, relativamente a outros crimes,

³⁷ Ob. Cit, pág. 719.

designadamente o furto, o abuso de confiança, e neste caso até o crime de peculato, previsto no Código Penal.

Assim, para efeitos do presente tipo legal, o agente é o titular do cargo político que se enquadre no elenco definido no artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que define quais os cargos políticos para efeitos da presente lei, sendo eles o de Presidente da República; o de Presidente da Assembleia da República; o de deputado à Assembleia da República; o de membro do Governo; o de deputado ao Parlamento Europeu; o de membro de órgão de governo próprio de região autónoma; o de governador de Macau, de secretário-adjunto do Governo de Macau ou de deputado à Assembleia Legislativa de Macau; o de membro de órgão representativo de autarquia local; o de governador civil.

Por outro lado, o agente tem de actuar no exercício das suas funções, não bastando que a posse do objecto ou dinheiro, ou a acessibilidade a estes ocorra em razão das suas funções. A própria conduta punível – a apropriação ilegítima – terá, também, de ocorrer no exercício das funções ou do cargo do funcionário.

Contudo, mesmo não constasse do tipo legal a expressão “*no exercício das suas funções*”, sempre se deveria considerar que a apropriação teria necessariamente de ocorrer, tal como no caso do crime de peculato do Código Penal, no exercício das funções específicas do funcionário, porque, por um lado, é isso que o bem jurídico protegido pela incriminação exige e, por outro, porque é isso que resulta da posse (em sentido lato) ou da acessibilidade ao bem ou dinheiro em razão das suas funções.

Por fim, verifica-se que o crime de peculato cometido por titular de cargo político é punido em alternativa com pena de prisão de 3 a 8 oitos anos e multa até 150 dias, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal. Comparando a moldura penal deste crime com a actualmente prevista no peculato do Código Penal, facilmente se verifica que a mesma se encontra desactualizada³⁸.

Por outro lado, no tipo em análise, não existe norma que desqualifique a conduta do agente, em face do valor diminuto da coisa ou dinheiro, como acontece no artigo 375.º, n.º 2, do Código Penal.

No que respeita ao tipo objectivo do n.º 2 do artigo 20.º, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, verifica-se que o mesmo corresponde com pontuais diferenças ao do n.º 3 do artigo 375.º do Código Penal. O legislador optou, contudo, pela referência a “*infractor*”, em vez de titular de cargo político no exercício de funções. É, ainda, elemento típico a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o estado ou o proprietário do bem, que como vimos também estava presente no artigo 424.º, n.º 2, do Código Penal de 1982, e que foi suprimida na reforma operada em

³⁸ De facto, se a compararmos com a moldura penal que resultava no antigo artigo 424.º, n.º 1, do Código Penal de 1982 (“prisão de 2 a 8 anos e multa até 100 dias”), verificamos que o agravamento que resulta da presente lei será adequado face à qualidade do agente, enquanto titular de cargo político. Contudo, não se justifica que, actualmente, se puna o peculato praticado por funcionário apenas com pena de prisão e o peculato por titular de cargo político possa ainda ser punido com mera pena de multa, cujo limite máximo é muito inferior àquela com que é punido o peculato de coisa de diminuto valor, nos termos do artigo 375.º, n.º 2, do Código Penal.

1995. Quanto à moldura penal prevista (*“prisão de um a quatro anos e multa até 80 dias”*), considera-se que, designadamente o limite máximo da pena de multa se encontra desajustado, remetendo-se para o que acima se referiu relativamente ao n.º 1 do artigo 20.º.

No artigo 21.º, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, encontra-se previsto o crime de peculato de uso por titulares de cargos políticos, o qual, à excepção da qualidade do agente (*“titular de cargo político”*) e da moldura penal (*“pena de prisão até dezoito meses ou multa de 20 a 50 dias”*), não tem qualquer particularidade face ao previsto no artigo 376.º do Código Penal.

Por fim, no artigo 22.º, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, encontra-se previsto o crime de peculato de por erro de outrem, que tem a seguinte redacção: *“O titular de cargo político que no exercício das suas funções, mas aproveitando-se do erro de outrem, receber, para si ou para terceiro, taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas, ou superiores às devidas, será punido com prisão até três anos ou multa até 150 dias.”*. O crime de peculato por erro de outrem, previsto nesta lei, inspirou-se no artigo 426.º do Código Penal de 1982, que tinha a mesma redacção para situações em que o agente do crime revestia apenas a qualidade de funcionário, crime que foi eliminado pela revisão operada em 1995, passando as condutas ali descritas, a ser punidas pelo crime de Concussão, agora previsto e punido pelo artigo 379.º do Código Penal vigente.

Este crime da responsabilidade de titular de cargo político, não reveste de especial dificuldade de interpretação, integrando as condutas de um titular de um cargo político, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que, no exercício das suas funções, aproveitando-se de erro de outrem, recebe (para si ou para terceiro que não o Estado) taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas ou superiores às devidas. Estão, pois, em causa quantias monetárias que o cidadão comum normalmente paga sem questionar, por acreditar que são devidas por lei, desde que exigidas ou cobradas pela Administração ou por quem funcionalmente a represente³⁹.

Estes três crimes de peculato, previstos na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, estão ainda submetidos ao regime do artigo 4.º deste diploma que prevê a punibilidade da tentativa de todos os crimes previstos nesta lei, independentemente da moldura penal em causa, sendo punida nos termos previstos no artigo 23.º n.ºs 2 e 3 do Código Penal, e ficando ressalvada a possibilidade de desistência, nos termos e para os efeitos do artigo 24.º do Código Penal.

Por outro lado, nos termos do artigo 6.º deste diploma, a pena aplicada pela prática destes crimes poderá ser especialmente atenuada, quando se mostre que o bem ou valor sacrificados o foram para salvaguarda de outros constitucionalmente relevantes ou quando for diminuto o grau de responsabilidade funcional do agente e não haja lugar à exclusão da ilicitude ou da culpa, nos termos gerais.

³⁹ DIAS, Carmo, Anotação à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, em Comentário às Leis Penais Extravagantes, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2010, pág. 832.

Por fim, em caso de condenação pela prática destes crimes, cujo processo tem também as especificidades previstas nos artigos 32.º a 41.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, as penas aplicadas têm ainda os efeitos previstos nos artigos 28.º a 31.º do mesmo diploma.

3. Prática e Gestão do Inquérito

3.1. Introdução

O conceito normativo de investigação é o que resulta do artigo 262.º do Código de Processo Penal, relativo à finalidade e âmbito do inquérito, que estabelece que o mesmo “*compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação.*”⁴⁰

A investigação dos crimes de peculato varia muito de situação para situação, tendo em consideração todo o espectro de casos subsumíveis à prática deste tipo de ilícito criminal.

Assim, existirão casos denunciados de peculato em que a investigação pode ser extremamente simples em que as testemunhas e outras provas estejam facilmente acessíveis, permitam a obtenção de resultados de forma célere. Outros casos ocorrerão em que a investigação do crime de peculato será mais morosa e complexa. Nestes casos, deve ser feita uma gestão eficiente dos meios humanos e materiais de que se dispõe, devendo, igualmente, ser ponderado o recurso a meios especiais de obtenção de prova.

Deverá também, nos casos mais complexos, ser ponderada a delegação de competência para a investigação no órgão de polícia criminal competente (como veremos *infra*, a Polícia Judiciária) e, eventualmente, a necessidade de criação de equipas mistas, com divisão de tarefas, repartindo-se as mesmas, entre os vários elementos da equipa de investigação, a qual deverá sempre ser liderada pelo magistrado do Ministério Público titular do inquérito, a quem competirá delinear um plano estratégico para a investigação, devendo ser efectuadas reuniões assíduas, para acompanhamento do estado desta e das diligências realizadas.

De facto, como desenvolveremos *infra*, a sequência das diligências a realizar pode ser de extrema importância, devendo começar-se sempre por aquelas que não importem o risco de o suspeito vir a tomar conhecimento de que se encontra a ser alvo de uma investigação. Por outro lado, deve-se, mesmo assim, ponderar a necessidade urgente de realizar tais diligências, quando exista um perigo real para a conservação da prova.

Apesar de, com o presente trabalho, se pretender definir algumas *guidelines* que deverão ser seguidas na investigação de crimes de peculato, deverá ter-se sempre em atenção, que neste,

⁴⁰ No mesmo sentido, o artigo 1.º, da Lei de Organização e Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, define a investigação criminal como “*o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade, descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo.*”

como em qualquer outro crime, a gestão do inquérito, e necessariamente das diligências ali realizadas, deve ser flexível, considerando-se em todos os momentos a informação que vai sendo recolhida, avaliando a pertinência de novas diligências e tendo sempre presente que o processo não termina com o despacho final de acusação, mas apenas com o julgamento.

3.2. A notícia do crime e a abertura de inquérito

3.2.1. A notícia do crime

A notícia de um crime de peculato pode chegar ao conhecimento do Ministério Público de diversas formas, sendo as mais comuns as que advêm de denúncias e/ou participações com origem na entidade onde o funcionário presta serviço, independentemente de a mesma poder provir de outro funcionário ou no superior hierárquico do suspeito.

Tratam-se, na maior parte das vezes, de denúncias obrigatórias, nos termos do disposto no artigo 241.º, n.º 2, alínea b), do Código de Processo Penal, porquanto um funcionário, na aceção do artigo 386.º do Código Penal, é obrigado a denunciar crimes de que tomar conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

São, também, frequentes os casos em que o Ministério Público recebe a notícia do crime por conhecimento próprio, designadamente por os factos integradores do ilícito de peculato advirem da investigação de outros ilícitos. Nestes casos, e caso haja fundamento legal para a conexão de processos nos termos da lei processual penal, os factos subsumíveis ao crime de peculato poderão ser investigados nesse mesmo processo, ou, em caso contrário, deverá extrair-se certidão das peças processuais relevantes de onde resultem os factos susceptíveis de integrar a prática do crime de peculato, para investigação autónoma.

De todo o modo, todas as denúncias, queixas ou participações ou, ainda, as certidões extraídas de outros processos, que sejam remetidas ao Ministério Público, deverão ser objecto de uma análise cuidada e rigorosa, de forma a aferir a qualificação jurídica dos factos e a competência daqueles serviços para a investigação dos factos.

Os inquéritos pela prática de crime de peculato poderão também iniciar-se na sequência de acções de prevenção, realizadas ao abrigo do disposto na Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, que estabelece medidas de combate à criminalidade económica e financeira. Nos termos desta lei, compete ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, através da Unidade Nacional de Combate à Corrupção, realizar, sem prejuízo da competência de outras autoridades, acções de prevenção relativas ao elenco de crimes previstos no artigo 1.º, entre os quais consta o crime de peculato (alínea b). Estas acções de prevenção compreendem designadamente: a recolha de informação relativamente a notícias de factos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime; a solicitação de inquéritos, sindicâncias, inspecções e outras diligências que se revelem necessárias e adequadas à averiguação da conformidade de determinados actos ou procedimentos administrativos, no âmbito das relações entre a Administração Pública e as entidades privadas; e, ainda, a proposta de medidas susceptíveis de

conduzirem à diminuição da corrupção e da criminalidade económica e financeira (artigo 1.º, n.º 3, da citada Lei). Nos termos do artigo 3.º, n.º 1, desta lei, sempre que das acções de prevenção, resultem factos que indiciem a prática de crime, é instaurado o correspondente inquérito crime.

Nos termos da Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, o crime de peculato foi considerado um crime de prevenção e investigação prioritária (artigos 3.º, n.º 1, alínea e) e 4.º, n.º 1, alínea e), o que implica, nos termos do artigo 13.º da referida Lei e nos termos da Circular n.º 4/2010 da PGR (Ponto I), que deverá ser dada especial prioridade à investigação do crime de peculato, a par dos outros previstos naquela norma, nos termos ali definidos.⁴¹

3.2.2. A competência do Ministério Público

No que diz respeito à competência para a realização do inquérito, resulta do artigo 264.º, n.º 1, do Código de Processo Penal que é competente para a realização do inquérito o Ministério Público que exercer funções no local em que o crime tiver sido cometido. Ou seja, no caso do crime de peculato o crime é, em regra, cometido, tendo em consideração as regras previstas no artigo 7.º, do Código Penal, no local onde ocorre a apropriação ilegítima dos bens.

Contudo, é importante ter em consideração que, nos termos do artigo 47.º, n.º 1, alínea f), do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, compete ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP) a coordenação da direcção da investigação, a nível nacional, relativamente aos crimes previstos no artigo 47.º, n.º 1, do Estatuto do Ministério Público, cuja direcção do inquérito não lhe incumba nos termos do 47.º, n.º 3, do mesmo diploma.

O artigo 47.º, n.º 3, do Estatuto do Ministério Público atribui competência ao DCIAP para a direcção do Inquérito e exercício da acção penal relativamente aos crimes de peculato *“quando a actividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais”* e relativamente aos crimes de peculato de manifesta gravidade, especial complexidade ou dispersão territorial da actividade criminosa que justifique a direcção concentrada da investigação, ficando neste caso a investigação pelo DCIAP, condicionada a despacho nesse sentido do Procurador-Geral da República.

3.2.3. Competência para a investigação

É, ainda, nesta fase inicial, subsequente à distribuição do inquérito ao respectivo titular, e prévia à prolação do primeiro despacho, que o magistrado do Ministério Público deve

⁴¹ Sem prejuízo da Lei n.º 38/2009, de 16 de Julho, enquanto lei que definia os objectivos, as prioridades e as orientações de política criminal para o biénio 2009/2011, já não se encontrar em vigor, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, do Código Civil, e porque não foi aprovada nova Lei de política criminal para o biénio seguinte, têm-se vindo a seguir, na prática, as orientações definidas por aquela lei e pela Circular n.º. 4/2010, da PGR, que define as instruções genéricas em matéria de execução da mesma.

ponderar se efectua ele próprio a investigação do crime de peculato em causa, ou se, em alternativa, delega a competência para a investigação em órgão de polícia criminal, nos termos do artigo 270.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

De facto, resulta do artigo 263.º, do Código de Processo Penal que *“a direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal”, os quais para esse efeito “actuam sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional”.*

Resulta, por outro lado, do referido artigo 270.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, que *“o Ministério Público pode conferir a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito”.* Acrescentando o n.º 3 do mesmo artigo que *“(…) a delegação a que se refere o n.º 1 pode ser efectuada por despacho de natureza genérica que indique os tipos de crime ou os limites das penas aplicáveis aos crimes em investigação”.*

De facto, nos termos da Circular da Procuradoria-Geral da República n.º 6/2002, foi delegada *“genericamente na Polícia Judiciária a competência para a investigação e para a prática dos actos processuais de inquérito derivados da mesma ou que a integrem, relativamente aos crimes previstos no artigo 4º da Lei n.º 21/2000, de 10 de Agosto, e n.º 2 do artigo 5º do Decreto-Lei n.º 275 A/2000, de 9 de Novembro. “*

As normas acima transcritas, já não estão, actualmente, em vigor, encontrando-se as competências de investigação da Polícia Judiciária agora previstas na Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, que aprovou a actual Lei de Organização da Investigação Criminal. De acordo com o artigo 7.º, n.º 2, alínea f), desta lei é da competência reservada da Polícia Judiciária, não podendo ser deferida a outros órgãos de polícia criminal a investigação do crime de peculato.

Dentro da orgânica da Polícia Judiciária, e nos termos do disposto na Lei n.º 37/2008, de 6 de Agosto e do Decreto-Lei n.º 42/2009, de 12 de Fevereiro, a competência para a investigação do crime de peculato encontra-se, nos termos do disposto no artigo 8.º, n.º 1, do referido Decreto-Lei, deferida à Unidade Nacional de Combate à Corrupção, a qual dispõe de extensões nas unidades territoriais sedeadas fora da respectiva sede (que se localiza, actualmente, na Rua Gomes Freire, em Lisboa) e nas unidades regionais (artigo 10.º, n.º. 1, do Decreto-Lei n.º 42/2009, de 12 de Fevereiro).

Deste modo, caso se opte pela delegação de competências a um órgão de polícia criminal para a investigação de um crime de peculato, deve-se delegar a investigação no órgão materialmente competente o qual, como se deixou dito, é a Polícia Judiciária, remetendo-se o inquérito para investigação à referida Unidade Nacional de Combate à Corrupção.

3.2.4. Segredo de Justiça

Nesta fase inicial do inquérito, o magistrado do Ministério Público titular, deve também, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 86.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, ponderar a eventual sujeição do inquérito ao regime do segredo de justiça, não só para efeitos de proteger os interesses da investigação, designadamente os relacionados com a preservação da prova, mas também para protecção do denunciante e testemunhas, que podem, tendo em

consideração os circunstancialismos do crime de peculato, estar na posição de inferiores hierárquicos do suspeito e que, nessa medida, poderiam por aquele ser influenciadas ou sofrer ilegítimas pressões.

3.3. Desenvolvimento da Investigação

3.3.1. Planeamento da Investigação

Como já se referiu, o planeamento da investigação do crime de peculato deve ter em consideração e assegurar os meios necessários e proporcionais aos factos que inicialmente denunciados são integradores da prática do referido crime, nunca se perdendo de vista o resultado final que se pretende garantir, isto é, a descoberta da verdade material e, caso se apure da existência de crime e do seu autor, a futura condenação.

À primeira vista, a investigação do crime de peculato não revelaria grandes especificidades, podendo aproximar-se da investigação de um qualquer crime de furto ou de abuso de confiança. Contudo, a própria qualidade de funcionário do suspeito e a violação por este da probidade e fidelidade a que está obrigado pelo desempenho de funções públicas, bem como o facto de, muitas vezes, este crime poder surgir associado a outros ilícitos criminais, faz com que, em alguns casos, a investigação do crime de peculato deva ter em atenção alguns condicionalismos.

É, por esse motivo, e como veremos *infra*, que o legislador optou por incluir este crime como crime de catálogo relativamente a alguns meios de obtenção de prova específicos.

Um planeamento estratégico da investigação implica, desde logo, a avaliação das diligências que deverão ser realizadas com urgência, tendo essencialmente em consideração a conservação da prova (por exemplo, a solicitação de imagens de videovigilância que, nos termos do artigo 31.º, n.º 2, da Lei n.º 34/2013, de 16 de Maio, apenas são conservadas pelo prazo máximo de 30 dias).

Implica, igualmente, um avaliação, pelo magistrado do Ministério Público titular do inquérito, de que elementos podem, desde logo e face aos elementos denunciados ou recolhidos cautelarmente pelo órgão de polícia criminal que recebeu a notícia do crime, ser solicitados às entidades competentes, seja directamente pelo Ministério Público, seja através de promoção ao Juiz de Instrução, quando seja este o competente nos termos legais.

Por outro lado, o planeamento da investigação de um crime de peculato deve, tal como na investigação de qualquer outro tipo de crime, ter em consideração os elementos típicos previstos na norma incriminadora. Assim, a investigação não se deve concentrar apenas na recolha dos elementos probatórios destinados à comprovação de que o suspeito ilegitimamente se apropriou de determinados bens ou valores, devendo também a investigação ser dirigida à recolha de prova quanto à qualidade de funcionário do agente e aos elementos probatórios da posse dos bens ou do acesso que o suspeito tinha aos mesmos em razão das suas funções.

3.3.2. Da prova

Ora, na investigação do crime de peculato, como em qualquer outro crime, deve-se ter sempre em consideração a liberdade que é dada ao investigador pelos artigos 124.º do Código de Processo Penal, segundo o qual *“constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”* e, essencialmente, pelo artigo 125.º do mesmo diploma, que define serem *“admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”*.

No caso de crime de peculato, como já se referiu acima, verifica-se que o mesmo consta como crime de catálogo, relativamente a alguns meios de prova e de obtenção de prova específicos, conforme *infra* se demonstrará. De qualquer maneira, os meios de prova, ditos habituais, são também eles fundamentais na investigação deste tipo de crime, como se passará a demonstrar.

De facto, a actividade de investigação deste crime deve passar, desde logo, pela recolha e análise dos documentos juntos aos autos, bem como pela inquirição de testemunhas.

No que diz respeito à prova testemunhal, torna-se fundamental, numa primeira fase, proceder à inquirição do denunciante, para que este confirme o teor da denúncia apresentada, informe de novos elementos de prova ou meras informações de que possa ter entretanto tomado conhecimento ou esclareça certas dúvidas que possam ter permanecido. É importante também distinguir os casos em que o denunciante actua com conhecimento directo dos factos e os casos em que o denunciante é um mero participante dos factos, na qualidade de representante legal da entidade pública lesada pela conduta do funcionário. Em qualquer dos casos é fundamental a inquirição do denunciante, uma vez que, mesmo no segundo caso, podem ser recolhidos elementos indiciários relevantes do depoimento do superior hierárquico do funcionário, designadamente no que respeita à prova da qualidade de funcionário do agente, das funções que o mesmo exercia, da relação do mesmo com o bem ou com os valores apropriados, bem como no que respeita à indicação do prejuízo causado. Ao denunciante, nesta primeira inquirição deverá também, caso o mesmo não o tenha feito com a denúncia, ser solicitado a indicação de testemunhas que tenham conhecimento directo dos factos.

No que respeita, ainda, à prova testemunhal, deverá sempre ser avaliado o tipo de relação que cada testemunha tem com o suspeito, caso o mesmo se encontre identificado, não só para efeitos de credibilidade do depoimento, mas essencialmente para efeitos de preservação da prova.

A prova testemunhal e documental, deverá ser sempre validada e corroborada através de outros depoimentos, documentos e perícias.

Em casos que o justifiquem, deve ter-se, em especial atenção, o acesso a dados bancários, não só nos termos previstos no artigo 79.º, n.º 2, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, na

redacção introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro, mas também através do recurso à Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que estabelece medidas de combate à criminalizada organizada, e que define um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, que se aplica, entre outros, ao crime de peculato, por força do disposto no respectivo artigo 1.º, alínea f). A investigação do crime peculato, beneficia, assim, de um regime específico de quebra de sigilo bancário, que resulta da previsão dos artigos 2.º a 4.º da referida Lei.

No artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, encontra-se, também, prevista a admissibilidade, para a investigação do crime de peculato, o registo, por qualquer meio, de voz e imagem, sem o consentimento do visado, registos que dependem de prévia autorização ou ordem do juiz e que ficam sujeitos, com as necessárias adaptações, às formalidades previstas no artigo 188.º do Código Penal (n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo).

Na investigação dos crimes de peculato, previstos e punidos pelos artigos 375.º, n.º 1 do Código Penal e 20.º, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, é também admissível a interceptação e a gravação de conversações telefónicas (escutas telefónicas), nos termos do artigo 187.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, porquanto estes crimes são punidos com pena de prisão superior a 3 anos.

Na investigação do crime de peculato é, também, nos termos da Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, admissível o recurso a acções encobertas, entendidas como *“aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro actuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão dos crimes indicados nesta lei, com ocultação da sua qualidade e identidade.”*, sendo às mesmas aplicável o regime previsto naquela lei, designadamente nos artigos 3.º a 6.º.

3.3.3. Das medidas de coacção e de garantia patrimonial

No que respeita às medidas de coacção eventualmente aplicáveis a um arguido suspeito da prática de um crime de peculato, não existem particulares especificidades, sendo certo que, face à moldura penal prevista para o tipo geral de peculato previsto no artigo 375.º, n.º 1, do Código Penal, são, em abstracto, admissíveis todas as medidas de coacção previstas nos artigos 196.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Pela própria natureza do crime de peculato, enquanto crime cometido no exercício de funções públicas, pode-se, não raras vezes, justificar a promoção ao Juiz de Instrução da aplicação da medida de coacção prevista no artigo 199.º, ou seja a de suspensão do exercício de profissão, função, de actividades e de direitos. Nos termos do n.º 2 do referido artigo, quando se trate de uma função pública, de uma profissão ou actividade que dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação pública, a medida de coacção de suspensão deverá ser comunicada à autoridade administrativa, civil ou judiciária normalmente competente para que seja decretada a respectiva suspensão formal.

Uma vez que, como vimos, o crime de peculato é punível com pena de prisão cujo limite máximo é superior a 5 anos, é também admissível, verificados que estejam os restantes pressupostos legais, a possibilidade da imposição ao arguido da medida de coacção de prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 202.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal.

Os prazos máximos da prisão preventiva, por crime de peculato, são os que resultam do artigo 215.º, n.º 2 (6 meses, 10 meses, 1 ano e 6 meses e 2 anos), uma vez que este crime se encontra expressamente previsto, como crime de catálogo, na alínea d), do referido n.º e artigo. Estes prazos, poderão, ainda ser alargados nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 215.º, quando o processo se revelar de excepcional complexidade devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou de ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime.

Em casos que o justifiquem, deverá ainda ser requerida, como medida de garantia patrimonial, a prestação de caução económica, nos termos do artigo 227.º do Código de Processo Penal, podendo também ser requerido o arresto preventivo dos bens do arguido, nos termos do artigo 228.º do mesmo diploma, havendo fundado receio da perda da garantia patrimonial ou no caso de ter sido previamente fixada e não prestada a caução económica.

3.4. Comunicações

Para além das habituais comunicações que devem ser efectuadas no início ou no encerramento do inquérito, nos processos em que está em causa a eventual prática de um crime de peculato deverão ter-se, ainda, presentes as que *infra* se expõem.

Nos termos do ponto VI, n.º 2, da Circular n.º 6/2002 da Procuradoria-Geral da República encontra-se prevista a obrigação, dirigida aos Magistrados do Ministério Público, de comunicação ao DCIAP da instauração dos processos de inquérito relativos ao crime de peculato, no prazo de 5 dias após a instauração dos processos. Além da referida comunicação deve ainda fazer-se menção desse facto no processo e deve proceder-se ao preenchimento, e envio, ao DCIAP de uma ficha do modelo anexo à Circular 11/1999, nela inserindo todos os dados que, nesse momento, forem já conhecidos.

Encontra-se, igualmente, prevista no artigo 9.º, n.º 3, da Lei n.º 54/2008, de 4 de Setembro, que cria o Conselho de Prevenção da Corrupção, a obrigatoriedade para o Ministério Público, sem prejuízo do segredo de justiça, da remessa para aquela entidade e todas as participações ou denúncias e decisões de arquivamento ou de acusação, respeitantes a factos enunciados na alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º, de onde resulta, entre outros o crime de peculato.

Nos termos do disposto da Circular n.º 4/2008, da PGR (com nota de actualização), e sem prejuízo do disposto na lei sobre segredo de justiça, os Magistrados do Ministério Público competentes devem comunicar o teor dos despachos de encerramento dos inquéritos pelo crime de peculato, os quais devem ser comunicados ao Director do departamento que efectuou a investigação, em princípio à Unidade Nacional de Combate à Corrupção. A

comunicação dos despachos de arquivamento deve ser efectuada após o decurso do prazo previsto no artigo 278º do Código de Processo Penal e a comunicação dos despachos de acusação será efectuada após as notificações previstas no artigo 283º, nº 5, do Código de Processo Penal. A comunicação dos despachos deverá por via electrónica para o endereço despachos@pj.pt, nos termos previstos no Despacho do Sr. Vice-Procurador-Geral da República, de 27 de Junho de 2008 (Circular da PGR no 13/2008-DE, de 17/7/2008), ou, directamente, para a Unidade Nacional de Combate à Corrupção, através do endereço despachosmp.diccef@pj.pt.

III. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

[Lei n.º 34/87, de 16 de Julho;](#)

[Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto \(Lei de Organização e Investigação Criminal\);](#)

[Lei n.º 42/2009, de 12 de Fevereiro \(Organização da PJ\);](#)

[Lei n.º 54/2008, de 4 de Setembro \(Conselho de Prevenção da Corrupção\);](#)

[Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro \(Medidas de Combate à Criminalidade Económica e Financeira\);](#)

[Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro \(Medidas de Combate à Criminalidade Organizada\);](#)

[Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto \(Acções Encobertas\);](#)

[Circular n.º 6/2002, da PGR;](#)

[Circular n.º 11/99, da PGR;](#)

[Circular n.º 4/2008, da PGR;](#)

[DGSJ;](#)

[Manual de Boas Práticas no Combate à Corrupção \(DCIAP\).](#)

Referências bibliográficas

– ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª Edição actualizada, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2010;

- AMARAL, Diogo Freitas do, Curso de Direito Administrativo, Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2001;
- BARREIROS, José António, Crime de Peculato, Labirinto de Letras, Lisboa, 2013;
- BRAZ, José, Investigação Criminal, Os desafios da nova criminalidade, 2ª Edição, Almedina, 2010;
- CUNHA, Conceição Ferreira da, Anotação aos artigos 375.º e 376.º, do Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, 1999;
- CUNHA, J. M. Damião da, Anotação ao artigo 386.º do Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, Coimbra Editora, 1999;
- CUNHA, J. M. Damião da, O conceito de Funcionário para efeito de Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública. – Coimbra Editora, 2008;
- DIAS, Carmo, Anotação à Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, em Comentário às Leis Penais Extravagantes, Volume I, Universidade Católica Portuguesa, 2010;
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2.º Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;
- [FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, Natureza do Crime de Peculato – O Peculato como crime patrimonial e como violação dos deveres de função, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 4º, 1944;](#)
- FONSECA, Jorge Carlos, Peculato e Abuso de Confiança, in Direito e Cidadania, Ano I, nº. 1, Julho/Outubro de 1997;
- GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M. Castela, Código Penal – Parte Geral e Especial com notas e comentários, Coimbra, Almedina, 2014;
- GASPAR, Henriques, Crimes cometidos no exercício de funções públicas, Jornadas de Direito Penal, Revisão do Código Penal, Volume II;
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar, 17ª Edição, Almedina, 2005;
- HENRIQUES, Leal, e SANTOS, Simas, Código Penal Anotado, II Volume, Editora Rei dos Livros, 2000.

IV. Vídeo da apresentação

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

**O Crime de Peculato:
Enquadramento Jurídico,
Prática e Gestão do Inquérito**

Grupo 4

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 10:20**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw0q3/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O CRIME DE PECULATO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Raquel Matos Coelho

I. Introdução. II. Objetivos. III. Resumo.

1. Enquadramento jurídico; **1.1.** Evolução histórica do crime de peculato; **1.2.** O bem jurídico protegido pelos tipos consagrados nos artigos 375.º e 376.º do C. Penal; **1.3.** Tipo objectivo e o tipo subjectivo do crime de peculato – art. 375.º do C. Penal; **1.4.** Peculato de uso – art. 376.º do C. Penal; **1.5.** Peculato por titular de cargo político – art. 20.º da lei n.º 34/87, de 16 de Julho; **1.6.** Peculato de uso por titulares de cargos políticos – art. 21.º da lei n.º 34/87, de 16 de Junho; **1.7.** Peculato por erro de outrem – art. 22.º da lei n.º 34/87, de 16 de Junho.

2. Prática e gestão processual; **2.1.** Complexo jurídico; **2.2.** Um inquérito por crime de peculato – a prática judiciária.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. **V.** Vídeo.

I. Introdução

O crime de peculato, pese embora conheça centenas de anos de evolução, ainda hoje desempenha uma importante tarefa na tutela dos bens jurídicos, património do Estado e *fides* depositada naqueles que, enquanto funcionários ou políticos, exercem funções públicas.

Como se alcança, os bens protegidos pela criminalização do peculato são bens supra-individuais, o que, aliás, é característico do direito penal secundário, no qual se insere. Refere Mário Ferreira Monte, que *“axiológico-normativamente fundado na Constituição, como todo o direito penal clássico, o direito penal secundário encontra, todavia, o fundamento, não nos valores constitucionais vinculados aos direitos, liberdades e garantias, mas antes nos direitos sociais e na organização económica vertidos no texto constitucional”*.¹

Por se tratar de criminalidade económico-financeira, ao crime de peculato é aplicado, em conjugação com o regime previsto no C. P. Penal, um regime de obtenção e produção de prova especial, porquanto, no direito penal secundário, não sendo mais relevante do que o restante direito penal, importa relativizar algumas garantias dos cidadãos de forma a alcançar uma justiça eficaz.

II. Objetivos

Com o presente guia pretendemos fornecer ao leitor uma panorâmica breve, mas que se pretende completa, sobre os diversos crimes de peculato vigentes no ordenamento jurídico português.

¹ “O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico-financeira – Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, *in* Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-financeira, p. 80.

Apreciados os diversos tipos de ilícito de peculato consagrados, quer no C. Penal quer em legislação avulsa, abordamos o particular regime de obtenção e produção de prova que, conjugado com o regime geral consagrado no C. P. Penal, está previsto para a criminalidade organizada e económico-financeira, onde se inclui o crime de peculato.

Finalizamos esta sumária exposição com um exemplo concreto de boa prática judiciária no âmbito de um inquérito por crime de peculato.

III. Resumo

Esta exposição inicia-se com uma pequena contextualização histórica do crime de peculato e da sua evolução, facilitando, assim, ao leitor a compreensão do crime em exame.

Após, analisaremos criticamente o bem jurídico tutelado pelo crime de peculato, acentuando o especial pendor que a *fides* do povo assume como objecto de protecção dos diversos tipos de ilícito de peculato consagrados.

Chegados a este ponto, analisaremos e compararemos, de forma breve e concisa, cada um dos tipos de ilícito consagrados no nosso ordenamento jurídico: o peculato p. e p. pelo artigo 375.º, o peculato de uso, p. e p. pelo art. 376.º ambos do C. Penal e, consagrados na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 30/2015, de 22/04, o peculato dos titulares de cargos políticos, p. e p. pelo art. 20.º, o peculato de uso por titulares de cargos políticos, p. e p. pelo art. 21.º e o crime de peculato por erro de outrem p. e p. pelo art. 22.º.

Da referida exposição crítica, passamos à análise do regime de obtenção e produção de prova admitidos na criminalidade organizada e económica e financeira, onde o crime de peculato se insere, que culmina com a exposição de um caso concreto com o qual se pretende elucidar o leitor sobre as boas práticas no âmbito de um inquérito por crime de peculato.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Evolução histórica do crime de peculato

O Código de Hamurabi e o Código de Manu já tratavam das subtracções de bens pertencentes ao rei, punindo tal conduta com a pena de morte² Todavia, foi já no direito romano que o

2 Dispunha o artigo 6.º do Código de Hamurabi: “Se um homem rouba qualquer coisa de propriedade de Deus ou do Palácio, será morto, e o que haja aceitado de suas mãos o produto do roubo, será também executado”. Determinava, ainda, o artigo 8.º: “Se um homem roubou um boi, ou uma ovelha, ou um asno, ou um porco, ou uma barca, sejam de Deus ou do Palácio, o restituirá trinta vezes mais; se são de um indivíduo qualquer, o restituirá dez vezes. Se o ladrão não tem com que restituir, será executado”. Destaquem-se, ainda, as seguintes normas do Código de Manu: “Art. 691. Que o rei faça perecer por diversos suplícios as pessoas que furtam seu tesouro (...); Art. 696. O rei deve fazer perecer sem hesitação aqueles que praticam uma brecha na casa do tesouro público, no arsenal ou em uma capela ou que furtam elefantes, cavalos ou carros pertencentes ao rei”.

crime de peculato ganhou contornos similares aos que hoje conhecemos, bem como a sua denominação.

O *peculatus* caracterizava-se pela subtração de coisas pertencentes ao Estado e estava inserido no grupo do *sacrilegium* (furto de bens pertencentes aos deuses), já que os romanos não distinguiam juridicamente os bens divinos daqueles pertencentes ao Estado.³

O *nomen iuris* advém da palavra *pecus* (gado), que constituía o património mobiliário mais importante para o povo naquela época. Era, aliás, moeda primitiva e, conseqüentemente, sinónimo de riqueza não só entre os romanos, mas também entre os “bárbaros”.⁴

Posteriormente, o crime de peculato passou a abarcar toda a subtração de metais ou moedas pertencentes ao erário da comunidade romana ou de outra caixa pública, conduta essa que expressava a forma mais rotineira do peculato e também a mais importante, sendo comumente praticada pelas autoridades e pelos seus subalternos.

Há, no entanto, que assinalar uma diferença substancial entre o *peculatus* e o crime de peculato consagrado no nosso ordenamento jurídico, o direito penal romano não o caracterizou pela qualidade especial do agente, que tanto poderia ser funcionário público como particular, mas antes pela qualidade do bem móvel (pública ou sacra) sobre o qual recaía a acção. Chegou-se, inclusive, a considerar peculato toda fraude cometida contra o erário, ainda que não representasse subtração ou desvio de dinheiro.⁵

O crime em exame era considerado de tal modo ignóbil que a mera condenação a restituir o que houvesse sido subtraído era, num primeiro momento, considerada suficiente para reprimir o agente e prevenir a prática de novos crimes desta natureza. A *Lex Julia Peculatus*⁶ – que veio agravar a repressão deste tipo de crime – punia o peculato com a pena capital. Todavia, posteriormente, a passou a puni-lo através da *interdictio aquae et ignis*, a deportação e o confisco.

No Império Romano, as condutas nominadas, quando praticadas contra bens do Imperador, também constituíam peculato, já que os bens deste se equiparavam aos do Estado e a pena capital voltou a ser a punição deste tipo legal quanto praticado por magistrados.

Na Idade Média manteve-se a aplicação de penas cruéis ao crime de peculato.

3 Cf. MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal romano*. Trad. P. Dourado. Bogotá: Temis, 1991, p. 471-472.

4 Cf. BALESTRA, Carlos Fontán. *Tratado de Derecho Penal*, t. VII. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d., p. 308. Conta-se que Servio Tullio mandou gravar nas moedas metálicas a cabeça de um boi ou de um carneiro, sendo que “o furto daquelas moedas pertencentes ao erário público por quem tinha o dever de guardá-las gerou o crime de peculato” (TOURINHO, Demetrio Cyriaco Ferreira. *Do peculato*. 2. ed. Salvador: Progresso, 1954, p. 25).

5 MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, v. III, t. VIII. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediar, 1961, p. 132.

6 José António Barreiros, *Crime de Peculato*, editora Labirinto de Letras, 2013, p. 15.

Em Portugal, o tipo legal já se encontrava consagrado nas Ordenações Afonsinas, mas foram as Ordenações Filipinas que consagraram uma fórmula já aproximada da que hoje conhecemos no nosso ordenamento jurídico, fundamentando a especificidade do tipo na especial qualidade do agente enquanto empregado público.⁷

1.2. O Bem Jurídico Protegido pelos tipos consagrados nos artigos 375.º e 376.º do C. Penal

O bem jurídico tutelado é a *“realidade que traduz valores com protecção constitucional e que o Direito Criminal defende como último recurso de protecção legal.”*⁸

No que aos tipos de peculato e peculato de uso p. e p., respectivamente, pelos arts. 375.º e 376.º do C. Penal respeita, a jurisprudência e a doutrina têm vindo a entender que são dois os bens jurídicos tutelados: de um lado, o património do Estado ou o de particulares que esteja sob a alçada do Estado e, do outro, a probidade e idoneidade dos funcionários.⁹ Refere Conceição Ferreira da Cunha que *“assim, o peculato integra dois elementos: o crime patrimonial e o abuso duma função pública (ou equiparada: quanto ao conceito de funcionário cfr. art. 386.º).”*¹⁰ e, de igual forma, pode ler-se nas palavras de CAVALEIRO FERREIRA que *“o objecto jurídico do peculato, pelo que fica dito, é duplo: interesse patrimonial do Estado, por um lado, sob a forma de ofensa à propriedade do Estado ou ofensa à posse legítima do mesmo Estado sobre coisas particulares; interesse do Estado, por outro lado, à fidelidade dos seus funcionários.”*¹¹

Por seu turno, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS considera que, embora a fórmula *“probidade e idoneidade dos funcionários”* possa aproximar-nos do espírito da criminalização, não oferece território jurídico seguro para ditar os limites materiais da mesma pois, *“pela sua excessiva extensão (...) legitimaria a criminalização de toda e qualquer ilegalidade administrativa.”* No entender deste autor, o bem jurídico protegido está consagrado no artigo 266.º da

7 “Qualquer official nosso, ou pessoa outra, que alguma cousa por nós houver de receber, guardar, despender, ou arrendar nossas rendas, ou administrar por qualquer maneira, se alguma das ditas cousas furtar ou, maliciosamente levar, ou deixar levar, ou furtar a outrem, perca o dito officio e, tudo o que de nós tiver, e pague-nos anoveado a valia daquilo, que assí for furtado, ou levado, e mais haja a pena de ladrão, que por nossas Ordenações aos ladrões he ordenada, segundo for a quantidade da cousa, e as mesmas penas haverão lugar nos nossos officiaes, conteúdos nesta Ordenação de qualquer Officio que seja, que derem ajuda, conselho, ou favor aos Officiaes para fazer cada uma das ditas cousas”, Ordenações Filipinas, Livro V, Título LXXIV.

8 José António Barreiros, Crime de Peculato, Labirinto de Letras Editora, 2013, p. 23.

9 Entre outros, acórdão do TRP de 26/06/2013 (P. 48/10.7TAVLP), acórdão do TRP de 26/06/2013 (P. 2293/11.9TAVCD.P1), acórdão do TRC de 2205/2013 (P. 174/10.2JACBR.C1), Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª Ed. actualizada, UCP editora, 2010, p. 998, Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense, Tomo II, 1999, p. 688, Manuel Cavaleiro de Ferreira, Obra Dispersa I, “Peculato – natureza do crime de Peculato. O Peculato como Crime Patrimonial e como Violação dos deveres de função. Eficácia do caso julgado de decisões não penais em processo penal.”, p. 153 e ss.

10 Conceição Ferreira da Cunha, op. cit., p. 688.

11 Op. cit., p. 155.

Como refere Conceição Ferreira da Cunha, op. cit, p. 688 *“quer os bens sejam do Estado, quer de particulares, está sempre em causa um direito patrimonial do Estado”*.

Constituição da República: *“no âmbito desta previsão, os únicos elementos com assento constitucional que podem ser convocados para delinear o âmbito material do bem jurídico legitimador da punição do peculato são primordialmente o interesse público e a imparcialidade, contextualizados segundo a regra da boa fé, a da justiça, e o princípio maior da igualdade.”*¹²

Parece-nos discutível que esta definição do bem jurídico seja mais garantística do que a *“probidade e integridade do exercício das funções públicas”*, pois, não só a probidade e fidelidade dos funcionários visam garantir o bom andamento e a imparcialidade do Estado, mas também, porque em ambos os casos, nos encontramos perante conceitos indeterminados. Ponto é, segundo cremos, que o funcionário (ou equiparado) aja em sentido diverso daquele a que se encontrava obrigado, dispondo de bens móveis do Estado para fins diversos daqueles a que estavam adstritos.

No entanto, para que uma situação fáctica seja subsumível ao tipo legal de peculato consagrado no artigo 375.º do C. Penal, não basta a violação dos referidos bens jurídicos.

É necessário que a ofensa patrimonial do Estado seja realizada por meio da violação de um dever funcional. Efectivamente, *“o elemento essencial que caracteriza o peculato, no seu confronto com os demais crimes patrimoniais, consiste na violação dum específica relação de obrigação e precisamente na violação dum obrigação de serviço em que se exterioriza o exercício pelo empregado público do direito do Estado.(...) não existirá crime de peculato se o agente não for empregado do Estado ou a ele equiparado; ou sendo-o, não cometer o crime em razão das suas funções, isto é, violando directamente a relação de serviço, em virtude da qual o agente, em nome do Estado, exerce sobre a coisa alheia dos particulares qualquer direito de administração, de guarda ou posse legítima.”*¹³

Esta questão leva-nos ao debate da noção de funcionário nos termos da lei penal. Nos termos do art. 386.º do C. Penal:

“1 - Para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange:

a) O funcionário civil;

b) O agente administrativo; e

c) Os árbitros, jurados e peritos; e

d) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.

2 - Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com

¹² José António Barreiros, op. cit., p. 28 e 29.

¹³ Manuel Cavaleiro de Ferreira, op. cit., p. 156.

participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos.

3 - São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos 335.º e 372.º a 374.º:

a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados de organizações de direito internacional público, independentemente da nacionalidade e residência;

b) Os funcionários nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

d) Os magistrados e funcionários de tribunais internacionais, desde que Portugal tenha declarado aceitar a competência desses tribunais;

e) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos, independentemente da nacionalidade e residência, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

f) Os jurados e árbitros nacionais de outros Estados, quando a infração tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português.

4 - A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.”

Como explana o acórdão do TRC de 20/06/2012 (P. 591/02.1JACBR.C1)¹⁴, “O conceito de funcionário, definido pelo artigo 386.º do CP, é um conceito amplo, diferente do conceito de funcionário para efeitos administrativos e, cada vez mais amplo como resulta das sucessivas alterações legislativas”. Nas palavras de Leon Fredja Szklarowsky, este é “o aparelho através do qual o Estado pode realizar seus fins, ou, como define Cretella Júnior, é a actividade desenvolvida pelo Estado, através de atos executórios concretos, para consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos. (...) a função administrativa é exercida não só pelo Poder Executivo, na sua actividade própria, mas também pelos Poderes Legislativo e Judiciário.”

Este entendimento não é, todavia, pacífico. Em 2008, Damião da Cunha alterou a posição que havia perfilhado no Comentário Conimbricense quanto à abrangência daquele art. 386.º do CP, restringindo-a, pois, “uma mais correcta interpretação dos dados legais, que, ao contrário do que defendemos no Comentário Conimbricense sobre o conceito de funcionário (cfr. §§23 e 27

¹⁴ Disponível em www.dgsi.pt.

do art. 386.º), não podem nele ser integradas as pessoas colectivas de mera utilidade pública e as denominadas instituições particulares de solidariedade social (...) de facto, pressuposto essencial para a afirmação do exercício de tarefas administrativas era a base legal da sua atribuição. Nestes casos (de mera “utilidade pública”), do que se trata é de “distinguir” pessoas colectivas sem escopo lucrativo, cujos fins estatutários correspondem a interesses sociais.”¹⁵

Nesta senda, o acórdão do TRG de 05/07/2010 (P. n.º 1015/07.3TABRG.C1)¹⁶ confirmou a decisão de não pronúncia por crime de peculato relativamente ao presidente de uma entidade colectiva privada com funções públicas considerando que este, ao agir no âmbito da gestão da própria entidade, não pode lesar mais do que o património da entidade e dos seus associados, não podendo, conseqüentemente, ser considerado funcionário nos termos da lei penal por não se encontrar no exercício de funções públicas. Pode ler-se naquele acórdão “concordamos com esta nova orientação, mais restrita do conceito de funcionário para efeitos da lei penal e que aliás se insere no âmbito do princípio da última ratio que norteia o direito penal.”

Será, então, funcionário, nos termos da lei penal, quem prossiga interesses públicos tipicamente estaduais – ainda que apenas se possam considerar funcionários no que tange a algumas das funções que exercem.

1.3. Tipo objectivo e o tipo subjectivo do crime de peculato – art. 375.º do C. Penal

Dispõe o artigo 375.º do C. Penal que:

“1 - O funcionário que ilegitimamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel ou imóvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se os valores ou objectos referidos no número anterior forem de diminuto valor, nos termos da alínea c) do artigo 202.º, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3 - Se o funcionário der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

Assim, o agente do tipo, como referimos, é um funcionário que tem a posse de dinheiro ou qualquer coisa móvel ou imóvel do Estado ou de particular – frise-se, a coisa móvel ou imóvel

¹⁵ Damiano da Cunha, José “Funcionário/função pública e direito penal – equívocos jurisprudenciais, legislativos e doutrinários”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Janeiro Março 2009, p. 59-100.

¹⁶ Disponível em www.dsi.pt.

propriedade de um particular está, a qualquer título legítimo, ao cuidado do Estado – coisas estas que lhe são acessíveis em razão das suas funções.¹⁷

Estamos, conseqüentemente, perante um crime específico impróprio, ou seja, *“um crime em que a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende não serve para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para a agravar, uma vez que só o agente com essa característica subjectiva relacional o pode cometer.”*¹⁸

O objecto do crime de peculato é “dinheiro” ou “coisa móvel ou imóvel”, que podem ser públicos ou particulares, embora estejam sujeitos, ainda que temporariamente, ao poder público. Para que exista dignidade penal, é necessário que à coisa objecto do crime possa ser atribuído algum valor monetário. Quanto ao conceito de “coisa”, repitam-se aqui as palavras de Faria da Costa, que subscrevemos sem reservas, *“coisa deve ser valorada mais no sentido que o comum das pessoas (a esfera do valor de uso das palavras referida a um leigo) empresta a tal vocábulo do que expressão daquilo que o art. 202º do Código Civil [CC] define como coisa. E isto, desde logo, pela razão bem simples e linear de que se se aceitasse, sem mais, a noção de coisa do direito civil, ficaríamos com um conceito inoperatório, já que não se perceberia, por força da definição legal de furto, como seria possível haver uma apropriação (no sentido físico) de um direito.”*¹⁹

Aderimos ainda à posição de Conceição Ferreira Cunha que refere, *“De resto, também o conceito de “coisa móvel” poderá ser interpretado em sentido amplo, englobando os próprios títulos de crédito e os cartões de garantia e de crédito, na medida em que estes créditos se encontrem corporizados em documentos (cf. art. 205º § 9).”*²⁰

Outra questão subjacente ao tipo objectivo deste crime é o significado de “posse ou acessibilidade”. Como bem nota Conceição Ferreira da Cunha, *“o conceito de posse deve ser entendido em sentido lato, englobando quer a detenção material, quer a disponibilidade jurídica do bem, ou seja, as situações em que a detenção pertence a outrem mas o agente pode dispor do bem ou conseguir a sua detenção material mediante um acto para o qual tem competência em razão das suas funções”.*²¹

O funcionário é punido desta forma agravada porque abusou das suas funções, ou foi-lhes infiel, traindo a confiança que lhe foi depositada pela comunidade.

¹⁷ Coloca-se a questão de saber se ainda se pode falar em peculato quando a posse do Estado sobre coisas de particulares é ilegítima. Conceição Ferreira da Cunha considera que, neste caso, provavelmente, estaremos perante um crime de abuso de confiança, no entanto, não tendo o legislador distinguido o título a que os bens de particulares se encontram sob égide do Estado e sendo preponderante o bem jurídico da probidade e fidelidade dos funcionários, somos de entendimento de que, não sabendo o agente que a posse do Estado é ilegítima, pratica o crime de peculato.

¹⁸ Figueiredo Dias, Parte Geral do Direito Penal, Almedina, 2ª Ed., 2007. P. 304.

¹⁹ Comentário Conimbricense, II, p. 34.

²⁰ Comentário Conimbricense, II, p. 34, p. 692.

²¹ Op. cit., p. 694. No mesmo sentido, entre outros, os acórdãos do TRC de 23/1/2013 (P. n.º 214/11.8PCCBR. C1) e de 22/5/2013 (P. n.º 174/10.2JACBR.C1), do TRP de 26/6/2013 os P. n.º 2293/11.9TAVCD.P1 e n.º 48/10.7TAVLP.P1.

O acórdão do TRC de 23/01/2011, reflecte expressamente a importância destas considerações, pois decidiu que “o arguido, aproveitando-se da circunstância de, enquanto carteiro, ter acesso aos objectos postais, em 3 momentos distintos retirou dos circuitos postais correspondência que se destinava a áreas de distribuição distintas do giro que executava e levou-as consigo, fazendo-as suas.”²² E daqui extraiu a conclusão de que o arguido não cometeu o crime de peculato, porquanto os bens móveis de que se apropriou não estavam na sua posse nem lhe eram acessíveis devido ao exercício das suas funções.

A apropriação é ilegítima, pois opera através da inversão do título da posse, o que se traduz no acto de fazer sua a coisa móvel de outrem, agindo como se fosse seu proprietário e não mero possuidor, sem que, no entanto, exista qualquer título aquisitivo da propriedade que a fundamente.

Caso o valor da coisa fruto de apropriação seja diminuto, como define o art. 202.º, c), do C. Penal, é subsumível ao n.º 2 do art. 375.º C. Penal. Por outro lado, se a coisa for de valor consideravelmente elevado (cfr. art. 202.º, b), do C. Penal), o agente fica sujeito à moldura penal prevista no art. 204.º, n.º 2, c), devido à subsidiariedade da pena consagrada no art. 375.º, n.º 1, *in fine* do C. Penal. Questão controversa é, como veremos *infra*, a noção de valor apreciável.

O n.º 3 do art. 375.º do C. Penal consagra uma modalidade de peculato que só é exequível com a participação de terceiro que, no entanto, não tem que participar de forma alguma com o agente. Trata-se de um crime de participação necessária imprópria pois, para que haja crime, é necessária uma terceira pessoa a quem dar de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar valores ou objectos referidos no n.º 1, do mesmo artigo.

Quanto ao tipo subjectivo, “trata-se, evidentemente, de um tipo legal doloso. Assim, o agente terá de ter conhecimento da factualidade típica, nomeadamente ter consciência de que se trata de bem alheio e de que tem a posse em razão das suas funções.” No entanto, basta-lhe o conhecimento inerente à esfera de um leigo, sob pena de se excluir o elemento intelectual do dolo (cfr. art. 16.º, n.º 1, do C. Penal).

Deve, ainda, ter o conhecimento e a vontade de fazer seu o bem para seu próprio benefício ou de terceiro – daqui se alcança que a intenção de restituir exclui o dolo da apropriação ou oneração.²³

²² P. n.º 214/11.8PCCBR.C1, disponível em www.dgsi.pt.

²³ De forma elucidativa resume o Ac. do TRE, de 17/03/2015: “2- O crime de peculato é um crime de dano, quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido e de resultado, quanto á forma de consumação do ataque ao objecto da acção. 3. O objecto do crime de peculato é duplo: por um lado, a tutela de bens jurídicos patrimoniais; e, por outro, a tutela da probidade e fidelidade dos funcionários. 4. São elementos típicos do crime de peculato: a) Que o agente seja um funcionário para efeitos do artigo 386º do C. P.; b) Que tenha a posse do bem (dinheiro ou coisa móvel) em razão das suas funções; c) Que se passe a comportar como se fosse proprietário do dinheiro, o que deve revelar-se por actos objectivamente idóneos e concludentes que traduzam a «inversão do título de posse ou detenção»; d) Que o agente faça seu o dinheiro, com consciência de que se trata de bem alheio do qual tem a posse em razão das suas funções e que tenha consciência e vontade de fazer seu o bem para seu próprio

1.4. Peculato de Uso – art. 376.º do C. Penal

“ 1 - O funcionário que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de coisa imóvel, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.”

O bem jurídico protegido por este preceito é coincidente com o protegido pelo art. 375.º do C. Penal acima explicitado.

Também no que se refere ao tipo objectivo observam-se semelhanças entre os dois preceitos, designadamente por o agente ser um funcionário que usa ou permite o uso a terceiro, de coisa do Estado ou de particular, da qual tem a posse, ou que lhe é acessível, em virtude das suas funções.

Todavia, *“atentas as diferenças típicas substanciais em relação aos crimes de infidelidade e de furto de uso, o crime de peculato de uso é um crime específico próprio”*²⁴ ou seja, a qualidade do agente é o fundamento da ilicitude.

Quanto ao conceito de coisa, reitera-se o que dissemos sobre a previsão do art. 375.º, estando tanto o dinheiro como os veículos incluídos neste conceito. *“A escolha do legislador parece dever-se mais ao valor de exemplo ou à frequência com que o dinheiro, por um lado, e os veículos por outro, são tomados como objectos do desvio ilícito no crime de peculato (art. 375.º) e no crime de peculato de uso (art. 376.º), respectivamente, do que com o eventual propósito de delimitar entre si o âmbito da previsão de ambas as normas”*. Há que notar que

benefício ou de terceiro. 5. A consumação ocorre quando o agente inverte o título de posse, passando a agir como se fosse proprietário da coisa que recebeu e detinha precariamente. O crime de peculato é um crime de dano, quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido e de resultado, quanto á forma de consumação do ataque ao objecto da acção. 3. O objecto do crime de peculato é duplo: por um lado, a tutela de bens jurídicos patrimoniais; e, por outro, a tutela da probidade e fidelidade dos funcionários. 4. São elementos típicos do crime de peculato: a) Que o agente seja um funcionário para efeitos do artigo 386º do C. P.; b) Que tenha a posse do bem (dinheiro ou coisa móvel) em razão das suas funções; c) Que se passe a comportar como se fosse proprietário do dinheiro, o que deve revelar-se por actos objectivamente idóneos e concludentes que traduzam a «inversão do título de posse ou detenção»; d) Que o agente faça seu o dinheiro, com consciência de que se trata de bem alheio do qual tem a posse em razão das suas funções e que tenha consciência e vontade de fazer seu o bem para seu próprio benefício ou de terceiro. 5. A consumação ocorre quando o agente inverte o título de posse, passando a agir como se fosse proprietário da coisa que recebeu e detinha precariamente.” Disponível em www.pgdl.pt.

²⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 1000.

também quanto aos veículos se considera poder existir crime de peculato e, no entanto, o art. 375.º não lhes faz qualquer referência.²⁵

Assim, também não aceitamos a interpretação segundo a qual o objecto do peculato de uso tem, que ser coisa infungível. Entre outros, Paulo Pinto de Albuquerque afirma que *“o uso da coisa relevante para efeito deste tipo de crime é a fruição temporária de uma coisa infungível. Não é possível o peculato de uma coisa fungível (por exemplo gasolina), pois esta extingue-se com o uso, sendo impossível a sua restituição. (...) A utilização de coisas fungíveis pelo funcionário consubstancia um verdadeiro crime de peculato”*²⁶ Assim, segundo tal entendimento, caso estivessem em causa bens fungíveis, designadamente dinheiro, ainda que se provasse a intenção de restituir a quantia em causa, haveria uma lacuna de punibilidade, desde logo porque não estaria preenchido o elemento subjectivo do peculato p. e p. pelo art. 375.º do C. Penal.

Esta perspectiva releva estritamente em termos conceptuais, pois a fungibilidade do dinheiro implica apenas que a coisa restituída seja equivalente à coisa retirada. Não aderimos à consideração de que o mero uso de coisa fungível importa a sua apropriação – *“acto de fazer seu o bem, agindo como se fosse seu proprietário e não mero possuidor”*²⁷ – pois o mero uso visa a devolução e, conseqüentemente, não coincide com uma efectiva apropriação. Acresce que o destinatário da norma, enquanto homem médio, não teria uma percepção de tal forma conceptualista. Apenas um jurista considera que a natureza do bem, independentemente da intenção com que é utilizado, pode significar o preenchimento ou não de um tipo legal.

O dinheiro é uma coisa móvel no seu sentido técnico-jurídico civilista (cfr. art. 205.º e 204.º do C. Civil), no seu sentido penalista (cfr. art. 203.º, do C. Penal) e na linguagem comum.

Depois, a diferença de tratamento dos bens fungíveis relativamente aos infungíveis faria perigar a segurança jurídica, nas palavras de Larenz, *“o princípio da igualdade de tratamento do que é (segundo as valorações gerais do ordenamento jurídico) igual (ou de sentido idêntico). A diferente valoração de previsões valorativamente análogas aparece como uma contradição de valoração, que é não compaginável com a ideia de justiça, no sentido sentido de “igual medida”. Evitar tais contradições de valoração é, portanto, uma exigência tanto para o legislador como para o intérprete.”*²⁸

O legislador consagrou, como elemento típico do crime de peculato de uso, que a coisa objecto do crime seja de “valor apreciável”. Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, por uma questão de segurança jurídica, este deve ser coincidente com o conceito legal de “valor elevado”, consagrado no art. 202.º, a), do C. Penal. Todavia, Conceição Cunha, Leal Henriques e Simas Santos²⁹ têm apontado para um valor abaixo do valor elevado mas bastante além do

²⁵ Como se pode ler no Acórdão do TRE de 02/12/2010 (P. n.º 50/03.5TAFAR.EA) disponível em www.dgsi.pt.

²⁶ Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 1001.

²⁷ Conceição Cunha, op. cit., p. 709.

²⁸ Karl Larenz, Metodologia e Ciencia do Direito, 5ª ed., FCG, 2009, p. 471 e 472.

²⁹ Leal Henriques e Simas Santos, Código Penal Anotado II, p. 1220 afirmam que este valor “Se queda abaixo do valor elevado, como querendo traduzir alguma valor mas não muito”.

diminuto. De facto, parece não ter sido a intenção do legislador fazer coincidir este conceito com o de valor elevado, devendo este valor ser encontrado, dentro da referida baliza – muito acima do valor diminuto mas ainda abaixo do valor elevado – todavia, de acordo com o desvalor da conduta do agente.³⁰

Certo é que o agente tem que ter, *ab initio*, a intenção de restituir.

Outra forma de peculato de uso é o desvio de dinheiro público para fins públicos (cfr. 376.º, n.º 2, do C. Penal). Neste caso, a consumação do crime só se verifica quando o dinheiro é aplicado em fim diferente daquele a que estava destinado, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem.

Tem sido pacificamente aceite que existindo “razões de interesse público que o justifiquem”, há uma verdadeira causa de justificação para o desvio de dinheiro público para outro fim público por parte de funcionário.³¹

No que à comparticipação concerne, a qualidade do agente é comunicável, nos termos do art. 28.º do C. Penal. No entanto, caso o agente apenas permita o uso da coisa a terceiro, é exigível que o terceiro tenha conhecimento quer da qualidade da coisa quer da do agente. Neste caso, haverá uma comparticipação necessária imprópria e, conseqüentemente, a qualidade do agente não será comunicada ao terceiro.

Quanto ao elemento subjectivo, reitera-se, nesta parte, o que se disse sobre o art. 375.º do C. Penal.

1.5. Peculato por titular de cargo político –art. 20.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho

Prevê o art. 20.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril:

“ 1 - O titular de cargo político que no exercício das suas funções ilicitamente se apropriar, em proveito próprio ou de outra pessoa, de dinheiro ou qualquer coisa móvel ou imóvel, pública ou particular, que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções, é punido com prisão de três a oito anos e multa até 150 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - Se o infractor der de empréstimo, empenhar ou, de qualquer forma, onerar quaisquer objectos referidos no número anterior, com a consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado ou o seu proprietário, será punido com prisão de um a quatro anos e multa até 80 dias.”

³⁰ Neste sentido veja-se também o Acórdão do TRL de 17/02/2004, P. n.º 5333/2003-5.

³¹ Como veremos, esta causa de justificação não é aplicável ao peculato de uso praticado por políticos.

O escopo desta incriminação é a tutela do correcto funcionamento dos organismos públicos para que o Estado se encontre em condições de receber a confiança que nele é depositada pela comunidade. Assim, é possível encontrar alguma similitude entre o bem jurídico tutelado por este tipo e pelo consagrado no art. 375.º do C. Penal, dado que remonta à *“intangibilidade material da Administração Pública”*³²

Dir-se-á, portanto, que os bens jurídicos tutelados por este art. 20.º são a probidade/integridade no exercício das funções de titulares de cargos políticos e os “direitos patrimoniais do Estado”. Daqui se alcança a similitude assinalada. São dois os bens jurídicos tutelados por este tipo legal e devem estar em relação, ou seja, só haverá peculato nos termos do art. 20.º do diploma em sujeito, caso o titular do cargo político se aproprie, ou por qualquer forma onere, bem do Estado (ou que a este se encontre confiado), do qual tem a posse, ou ao qual tem acesso, em razão das suas funções.

O agente do crime terá que ser um titular de cargo político nos termos definidos pelo art. 3.º, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho.

Consequentemente, é necessário que a apropriação ou oneração se dê em razão do exercício das suas funções, pois só assim terá sido ferida a relação de fidúcia entre o Estado e o agente.

No caso do n.º 2 do art. 20.º, o terceiro necessário para que se preencha o tipo, não adquire a qualidade do agente, pelo que se trata de um crime de participação necessária imprópria.

No que ao tipo subjectivo se refere, consagrado no n.º 1 do art. 20.º preenche-se com qualquer modalidade de dolo (cfr. art. 14.º do C. Penal). O n.º 2, por seu turno, apenas admite o dolo directo, pois a letra do artigo prevê que o agente aja *“com consciência de prejudicar ou poder prejudicar o Estado.”* Assim, a incriminação pelo n.º 2 é mais exigente do que a sua equivalente para um funcionário público, nos termos do art. 375.º, n.º 3, do C. Penal.

Não existe para o peculato praticado por titulares de cargos políticos a previsão de uma moldura abstrata mais suave para o caso de o peculato incidir sobre bens de valor diminuto. Não deve, por isso, recorrer-se à aplicação automática do regime geral da atenuação da pena, pois não foi essa a intenção do legislador³³. Poderá, no entanto, beneficiar de atenuação especial se *“auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis”* (cfr. art. 8.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Junho).

1.6. Peculato de Uso por titulares de cargos políticos – art. 21.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Junho

³² Figueiredo Dias, Actas CP - Acta n.º 38, reunião de 6/7/90, 1993, pp. 438 a 440.

³³ Neste sentido, Carmo Dias, “CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE DE TIULARES DE CARGOS POLÍTICOS - Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que regula os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, com as alterações da Lei n.º 108/2001, de 28.11 (Artigos 7.º a 18.º e 20.º a 27.º), in Comentário das Leis Penais Extravagantes, vol. I, sob a coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque, e José Branco, UCP, 2010, p. 823.

Prevê o art. 21.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, na redacção dada pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril:

“1 - O titular de cargo político que fizer uso ou permitir que outra pessoa faça uso, para fins alheios àqueles a que se destinem, de coisa imóvel, de veículos ou de outras coisas móveis de valor apreciável, públicos ou particulares, que lhe forem entregues, estiverem na sua posse ou lhe forem acessíveis em razão das suas funções é punido com prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

2 - O titular de cargo político que der a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estiver legalmente afectado é punido com prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.”

O bem jurídico protegido nesta incriminação é o tutelado pelo art. 20.º supra analisado.

Neste artigo, no entanto, não está em causa a apropriação da coisa, mas antes o uso que a ela é dado, ou seja, o que é afectado é tão só o modo de exercício da posse. Assim, a protecção jurídica da “fidelidade” ganha ênfase, ganhando a protecção deste bem jurídico especial preponderância.

O tipo objectivo preenche-se de forma similar ao do homologado de uso p. e p. pelo art. 376.º do C. Penal. A principal diferença reside no agente do ilícito típico, pois, na Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, o agente do crime de peculato de uso é um titular de cargo político (definido nos termos do art. 3.º) que exerça funções através das quais tenha acesso a dinheiro do Estado ou de particulares, que se encontre na posse do Estado.

Transpomos, conseqüentemente, para este âmbito aquilo o que acima deixamos expresso acerca do crime de peculato de uso p. e p. pelo art. 376.º do C. Penal.

Não obstante, resta uma segunda diferença de regime a assinalar. O n.º 2 do art. 21.º da Lei n.º 34/87, de 26 de Junho não admite a causa de justificação consagrada no n.º 2 do art. 376.º do C. Penal. Assim, o mero desvio do dinheiro público para fim diferente do legalmente estipulado preenche o tipo legal consagrado no n.º 2 do art. 21.º do diploma em sujeito.

1.7. Peculato por erro de outrem – art. 22.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Junho

“O titular de cargo político que no exercício das suas funções, mas aproveitando-se do erro de outrem, receber, para si ou para terceiro, taxas, emolumentos ou outras importâncias não devidas, ou superiores às devidas, será punido com prisão até três anos ou multa até 150 dias.”

O bem jurídico protegido é, de igual forma, a probidade e fidelidade do titular de cargo público dada a *fides publica* que nele foi depositada. No entanto, o património protegido por esta

incriminação é o dos particulares que, em erro, pagam importâncias que julgam dever ao Estado.

Como refere Carmo Dias, *“a supremacia do interesse da fidelidade é manifesta dado que aqui se está a punir o recebimento de qualquer importância não devida (por via do aproveitamento pelo agente da titularidade do cargo), exigindo, assim, o legislador que o titular do cargo político tenha um papel activo, desfazendo o erro em que o cidadão/particular incorra (em vez de dele se aproveitar), evitando conseqüentemente o respectivo prejuízo”*.³⁴

Quanto ao tipo objectivo, este preenche-se quando o titular de um cargo político (definido nos termos do art. 3.º, da Lei n.º 34/87, de 26 de Junho), no exercício das suas funções, se apropria de quantias monetárias, pagas por um particular que julga estar em dívida para com o Estado. Mais uma vez, como se alcança, estamos perante um crime específico impróprio.

Carmo Dias refere que *“a circunstância do crime de peculato por erro de outrem não prever, como meio de execução (ao contrário do que sucede com o crime de concussão “implícito”), por exemplo, a indução em erro, não impedirá que o titular do cargo político incorra no crime previsto no art. 22.º em concurso aparente com o crime previsto no art. 379.º, n.º 1, do C. Penal, desde que se verifiquem os pressupostos indicados no art. 2.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Junho (não faria sentido que uma conduta mais grave, em que o agente se aproveitava do erro de outrem por si induzido – fosse punida menos gravemente, como se deduz se compararmos as molduras abstratas previstas respectivamente no tipo do art. 22.º e no do art. 379.º, n.º 1, do C. Penal, mesmo com a agravação prevista no art. 2.º da Lei n.º 34/87 não obstante, a moldura prevista no art. 379.º, n.º 1 ser subsidiária uma vez que apenas será aplicável «se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.»*»³⁵

Ora, apenas podemos concordar parcialmente com a posição assumida por Carmo Dias. Pois, se é certo que o facto de o erro ter sido provocado pelo agente não pode despenalizar a conduta nos termos do art. 22.º, da Lei n.º 34/87, de 16 de Junho – *ubi lex non distinguit nec interpretis distinguere debet* – no entanto, não há concurso aparente com o art. 379.º, n.º 1, do C. Penal pois, este prevê que *“O funcionário que, no exercício das suas funções ou de poderes de facto delas decorrentes, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, receber, para si, para o Estado ou para terceiro, mediante indução em erro ou aproveitamento de erro da vítima, vantagem patrimonial que lhe não seja devida, ou seja superior à devida, nomeadamente contribuição, taxa, emolumento, multa ou coima, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”* Ora, o art. 386.º do C. Penal exclui expressamente os titulares de cargos políticos do conceito de “funcionário” nos termos da lei penal, assim, não há lugar à aplicação ao art. 2.º, da Lei n.º 34/87, de 26 de Junho.³⁶

³⁴ Op. cit., p. 832.

³⁵ Op. cit., p. 833.

³⁶ Veja-se Damião da Cunha, “Funcionário/Função Pública e Direito Penal – Equívocos Jurisprudenciais, Legislativos e Doutrinários”, in RPCC, p. 79 e 80 “Com efeito, e se analisarmos com o cuidado necessário, existe uma contradição ou uma errada articulação legal entre o que está previsto no Código Penal, em matéria de conceito de funcionário, e o que está previsto na Lei sobre Crimes de Responsabilidade de Titulares de Cargos Públicos.

Por outro lado, é um tipo de ilícito com cada vez menor o âmbito de aplicação, pois estes pagamentos de emolumentos e taxas estão sujeitos a registo e são processados informaticamente.

O elemento subjectivo deste tipo de ilícito admite qualquer tipo de dolo nos termos do art. 14.º, do C. Penal.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. Complexo jurídico

A Resolução da Assembleia da República n.º 47/2007, que aprovou a Convenção contra a corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003, tem por objetivo aumentar a eficácia da luta contra a corrupção e promover a gestão adequada dos assuntos públicos e incentivar a cooperação internacional e a assistência técnica.³⁷ Trazemos este diploma à colação pois, no seu art. 17.º, prevê que *“cada Estado parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente a apropriação indevida, o peculato, ou outra forma de desvio de bens, fundos públicos ou privados ou qualquer outra coisa de valor que se tenham confiado a funcionário em virtude do cargo que ocupa.”*³⁸

Assim, este diploma internacional é também aplicável ao crime de peculato em qualquer das suas modalidades, sendo relevante quanto aos meios de cooperação internacional, à investigação e à recuperação de activos.

Já no que ao direito interno concerne, encontram-se em vigor dois diplomas fundamentais no combate à criminalidade económico-financeira e que devem ser conjugados entre si e com o Código de Processo Penal.

Um destes diplomas é a Lei 36/94, de 29 de Setembro, na redacção da Lei n.º 32/2010, de 29 de Setembro, que consagra as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira. Quando implementada, esta Lei alterou a Lei n.º 295-A/90, de 21 de Setembro (Lei Orgânica da Polícia Judiciária) atribuindo à PJ competência exclusiva para a investigação deste tipo de crime. Aliás, também o art. 7.º, n.º 2, j), da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, na redacção

Assim, o art. 386.º, n.º [4], do CP afirma tão-só que a equiparação a funcionário de quem desempenhe funções políticas será regulada em lei especial. Quer, pois, esta norma significar que o conceito de funcionário para efeito da lei penal não abrange aquele que desempenha funções políticas. Pelo que, enquanto não houver essa expressa equiparação, nenhum crime que suponha a qualidade activa ou passiva de funcionário (prevista no Código Penal) pode ser cometido por “titular de cargo político”.

³⁷ http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33300_pt.htm

³⁸ No original: “Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences, when committed intentionally, the embezzlement, misappropriation or other diversion by a public official for his or her benefit or for the benefit of another person or entity, of any property, public or private funds or securities or any other thing of value entrusted to the public official by virtue of his or her position.”

dada pela Lei n.º 34/2013, de 16/05, prevê que a investigação do crime de peculato é da competência reservada da Polícia Judiciária, “*não podendo ser deferida a outros órgãos de polícia criminal.*”

A Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, na redacção da Lei n.º 32/2010, de 29 de Setembro, dispõe, no seu art. 1.º, que “*competete ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, através da Direcção Central para o Combate à Corrupção, Fraudes e Infrações Económicas e Financeiras, realizar (...) acções de prevenção*” relativamente aos crimes previstos nas alíneas a) a e), do n.º 1 do art. 1.º, entre eles, o crime de peculato.

As acções de prevenção poderão compreender a recolha de informação relativamente a notícias de factos susceptíveis de fundamentar suspeitas do perigo da prática de um crime (o que se assemelha com a previsão do art. 248.º e seguintes do C. P. Penal); a solicitação de inquéritos, sindicâncias, inspecções e outras diligências que se revelem necessárias e adequadas à averiguação da conformidade de determinados actos ou procedimentos administrativos, no âmbito das relações entre a Administração Pública e as entidades privadas ou, até, a proposta de medidas susceptíveis de conduzirem à diminuição da corrupção e da criminalidade económica e financeira – sendo esta uma cláusula aberta de intervenção que, como estipula o n.º 1 do art. 2.º, não pode, tal como qualquer outra acção de prevenção, ofender os direitos liberdades e garantias dos cidadãos.

Caso, no decurso destas ações de prevenção, surjam elementos que indiciem a prática de crime, é obrigatória a comunicação ao Ministério Público, que instaurará o competente inquérito (cfr. art. 3.º).

Quanto a este diploma cabe, ainda, fazer uma especial referência ao art. 8.º, que se reveste especial importância quando se trata de criminalidade organizada, pois permite a atenuação especial da pena ao agente que “*auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação e captura de outros responsáveis*”. Já no regime do peculato praticado por titulares de cargos políticos existe uma norma similar, sendo que, ao ser consagrada neste art. 8.º, se aplica a todas as formas de peculato, ainda que o agente seja um funcionário nos termos da lei penal.

Outro diploma fundamental sobre os procedimentos admissíveis no âmbito da investigação do crime de peculato é a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, na redacção dada pela Lei n.º 55/2015, de 23 de Junho. Esta institui medidas de combate à corrupção e à criminalidade organizada e económico-financeira, estabelecendo um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, relativa aos crimes que, taxativamente elenca, no art. 1.º, n.º 1.

O art. 2.º prevê que, na fase de inquérito, instrução ou julgamento, “*o segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamentos e instituições de moeda eletrónica dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como o segredo dos funcionários da administração fiscal, cedem, se houver razões para crer que as respectivas informações têm interesse para a descoberta da*

verdade”, relativamente aos crimes elencados no art. 1.º, exigindo-se, tão só, que a autoridade judiciária o faça através de despacho fundamentado. E o n.º 6 do mesmo artigo atribui, não só às autoridades judiciárias, mas também aos OPC, acesso às bases de dados da administração fiscal.

No que diz respeito ao sigilo bancário, a alteração introduzida pela [Lei n.º 36/2010, de 02 de Setembro](#), no Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, veio permitir o levantamento do sigilo bancário perante solicitação de autoridade judiciária no âmbito de processo penal.

Assim, a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, já não consagra um regime muito diferenciado do aplicável a outras formas de criminalidade excluídas do catálogo daquele diploma.

A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro tem a particularidade de ter criado, no art. 4.º o mecanismo de controlo de conta bancária ou de conta de pagamento *“que obriga a instituição de crédito, instituição de pagamento ou instituição moeda eletrónica a comunicar quaisquer movimentos sobre a conta à autoridade judiciária ou ao órgão de polícia criminal dentro das vinte e quatro horas subsequentes.”* No entanto, para que este mecanismo seja utilizado é necessário que tenha *“grande interesse”* para a descoberta da verdade.

Outra inovação prende-se com o art. 6.º deste diploma que admite, desde que previamente autorizado pelo juiz, o registo de voz e imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado. Trata-se de um alargamento do âmbito de captação de imagens e voz, pois apenas exige a *“necessidade para a investigação”*³⁹. No entanto, deve salientar-se que, admitir uma restrição do direito à imagem e à palavra falada em prol da eficácia da justiça não significa que este preceito legitime que se valorem elementos de prova inerentes à esfera da intimidade do suspeito: *“existiria, por certo, uma proibição de valoração de prova independente por se ter violado «o núcleo essencial intangível da personalidade e, com isso, a dignidade humana.”*⁴⁰

Sob a epígrafe “perda de bens a favor do Estado”, esta lei consagra o Capítulo IV, composto pelos arts. 7.º a 12.º. Dispõe o art. 7.º que:

“1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:

a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

³⁹ Neste sentido veja-se Carlos Rodrigues de Almeida, “O registo de Voz e de Imagem – notas aos artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in MEDIDAS DE COMBATE À CRIMINALIDADE ORGANIZADA E ECONÓMICO FINANCEIRA, CEJ, Coimbra Editora, 2004, p. 107 a 117.

⁴⁰ Carlos Rodrigues Almeida, op. cit., p. 114.

b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 - Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal.”

A inserção de uma presunção no âmbito do processo penal – como se neste ramo do direito se admitissem ónus de prova – explica-se, por um lado, pela evolução da legislação em países como a Espanha, a Suíça, os EUA, a Alemanha a Bélgica e a Irlanda, onde compete ao arguido demonstrar que os bens ou fundos que lhe foram apreendidos têm origem lícita, e, por outro, pela crescente necessidade de efectivar a Justiça, responsabilizando os agentes deste tipo de criminalidade.

De facto, o regime consagrado nos arts. 7.º e seguintes deste diploma só passa o crivo da constitucionalidade porque o legislador afirma que *“«apenas» se torna operativa [a presunção] em caso de condenação pela prática de um dos crimes elencados no artigo 1.º, já que, obviamente, tal condenação tem de ser a condenação transitada em julgado, pois, se assim não fosse, a norma indicada encontraria desde logo um obstáculo constitucional no princípio da presunção de inocência consagrado no art. 32.º, n.º 2 da Constituição da República”*.⁴¹

Questão interessante a colocar a este respeito intrinca com a alínea b) do n.º 3 do art. 9.º, que prevê que são vantagens da actividade criminosa os bens que *“foram adquiridos com rendimentos obtidos nos cinco anos anteriores à data da respectiva constituição como arguido”*, pois o legislador não faz qualquer menção quanto à origem dos bens ou meios com os quais foram adquiridos os bens na posse do arguido. Parece que aqui se aplica a regra geral do processo penal quanto à prova, ou seja, caso resulte demonstrado que a proveniência dos bens é ilícita, devem ser declarados perdidos a favor do Estado.⁴²

Cabe referir que sobre esta matéria pronunciou-se o Tribunal Constitucional, no Ac. n.º 392/2015, in DR n.º 186/2015, SII de 2015/09/23, onde *“Não julga inconstitucionais as normas constantes dos artigos 7.º e 9.º, n.os 1, 2 e 3, da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, respeitantes ao regime probatório da factualidade subjacente à perda alargada de bens a favor do Estado”*.

2.2. Um inquérito por crime de peculato – a prática judiciária

⁴¹ Jorge Dias Duarte, “Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro – breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado.”, in REVISTA DO CEJ, 2002, p. 142 a 154, p. 152.

⁴² No mesmo sentido, Jorge Dias Duarte, op. cit., e magistrados do Ministério Público do DIAP Distrital de Coimbra, “Sigilo Bancário e Sigilo Fiscal, no domínio da Lei n.º 5/2002 de 11-1”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, cej, Coimbra Editora, 2004, pp. 69- 76.

Em inquérito pela prática de um crime de peculato, como aliás no âmbito de qualquer outro inquérito, as diligências a efetuar poderão variar de caso para caso consoante a factualidade em apreço.

No caso que iremos analisar, a notícia do crime surgiu por denúncia remetida para o Ministério Público, dando conta, em síntese e no essencial, que havia sido instaurado procedimento disciplinar contra M. - impulsionado por uma participação feita contra a técnica profissional de 1ª classe na Segurança Social, IP - que, no exercício das suas funções, efectuava o recebimento de contribuições de trabalhadores independentes na tesouraria do serviço local onde exercia funções, por se suspeitar de que a arguida fazia seus os montantes que recebia daqueles trabalhadores.

Em primeiro lugar, foi solicitado, nos termos que se seguem, àquela entidade pública que enviasse o procedimento disciplinar instaurado contra a funcionária, bem como a participação que contra ela havia sido deduzida:

“Juntando cópia da participação, oficie à Segurança Social - Centro Distrital solicitando o envio de certidão integral do processo disciplinar instaurado contra M.”.

Da leitura do processo disciplinar tornou-se inequívoco que a investigação em causa tinha por objeto a prática do crime de peculato, razão pela qual o processo foi remetido à PJ para que procedesse à investigação, aguardando nos serviços do Ministério Público traslado do processo para acompanhamento daquela. Foi então proferido o seguinte despacho:

“Os factos denunciados nos presentes autos são susceptíveis de consubstanciar, em abstrato, e para além do mais, a prática, por banda de M., de um crime de peculato, p. e p. pelo art. 375.º do C. Penal.

Nos termos da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, art. 7, n.º2, f), bem como da circular n.º6/02, da PGR, a investigação do prefigurado ilícito é da competência reservada da Polícia Judiciária.

Assim:

– Remeta os autos à P.J., extraindo traslado do expediente que antecede, bem como do presente despacho, para acompanhamento da investigação.”

No âmbito da investigação a P.J. inquiriu a instrutora do procedimento disciplinar instaurado contra a arguida, bem como uma outra funcionária que exercia as mesmas funções e a coordenadora do departamento. Inquiriu também alguns dos trabalhadores independentes que teriam sido afectados pela actuação da arguida. Estas diligências permitiram, não só apurar as funções exercidas pela arguida, como também a forma como aquela se apoderou das quantias monetárias entregues pelos cidadãos à Segurança Social.

Analisou também a contabilidade daquela delegação da Segurança Social, IP, e os meios pelos quais os contribuintes atendidos pela arguida procederam ao pagamento das contribuições devidas.

Apercebendo-se de que alguns pagamentos haviam sido efetuados através de numerário e outros de cheque, foram solicitados esses títulos às instituições bancárias para exame.

Assim, pode ler-se no relatório final da P.J. “apurou-se que entre 15-11-2004 e 17-10-2005, a arguida M., apropriou-se indevidamente de montantes em numerário que era entregues na tesouraria do serviço local da Segurança Social, pelos contribuintes ou pelos seus contabilistas, relativas aos beneficiários A e B, no montante de €1070,37.

Apurou-se igualmente que a arguida utilizou indevidamente cinco cheques de outros beneficiários (...) colocando n seu verso n.º e nome do beneficiário a qual queria repor a verba, perfazendo o montante de €596,59.

Concluiu-se deste modo que o montante total desviado é de €1666,96.”

Da análise dos elementos de prova recolhidos foi possível ao Ministério Público concluir que a arguida praticou, em autoria material, um crime de peculato de uso, p. e p. no art. 376.º, n.º1, do C. Penal, pelo que se impunha dar cumprimento ao n.º1 do art. 276.º do C. P. Penal, “O Ministério Público encerra o inquérito, arquivando-o ou deduzindo acusação”.

Dado que do seu Certificado de Registo Criminal não constava qualquer condenação nem havia beneficiado, ainda, do instituto da suspensão provisória do processo, a arguida foi convocada para interrogatório complementar perante o magistrado do Ministério Público titular do inquérito. Neste, confessou os factos que lhe eram imputados, mostrou-se arrependida e declarou aceitar a suspensão provisória do processo, que resultou no seguinte despacho:

“1. Compulsada e criticamente apreciada a prova (testemunhal, por declaração e documental) colhida nos vertentes autos, em que é arguida:

M., casada, técnica de 1ª classe, nascida aos 7/4/60, natural da freguesia de concelho do Porto, residente na Rua ...,

Avultam suficientemente indiciados os seguintes factos:

A. A arguida, à data dos factos, era técnica profissional de 1ª classe junto da tesouraria do serviço local de Segurança Social.

B. Competia-lhe, entre o mais, no exercício das suas funções, efectuar o recebimento de contribuições de trabalhadores independentes.

C. Como atravessasse uma fase de dificuldades financeira, deliberou a arguida, em data anterior a 15/11/2004, fazer a utilização temporária, em proveito próprio e na medida das suas necessidades, de uma parte das quantias monetárias, que lhe fossem entregues pelos

contribuintes, devolvendo-as, depois, na íntegra, oportunamente, em numerário ou em cheque.

D. Assim, e em execução do enunciado propósito, no dia 15/11/2004 tomou como seu o valor em numerário de €116,99, que fora entregue na tesouraria e se destinava a pagar as contribuições de A, referentes a outubro de 2004.

E. Em 19/11/2004, a arguida procedeu ao pagamento da referida contribuição, utilizando, para o efeito, o cheque n.º 2416917453 no mesmo montante, da conta n.º de que é titular na instituição bancária XPTO.

F. Em 15/12/2004, tomou como seu o valor em numerário de €116,99, que fora entregue na tesouraria, e se destinava a pagar as contribuições de A, referentes a Novembro de 2004.

G. Em 22/12/2004, a arguida procedeu ao pagamento da referida contribuição utilizando para o efeito o cheque n.º 5816917460, no mesmo montante, da conta n.º de que é titular na instituição bancária XPTO.

H. Em 17/01/2005, tomou como seu o valor em numerário de €116,99, que fora entregue na tesouraria, e se destinava a pagar as contribuições de A, referentes a Dezembro de 2004.

I. Em 26/01/2005, a arguida repôs a verba que havia tomado como sua, utilizando o cheque n.º 33232116243, no mesmo montante, da conta conjunta de C e D e que tinha sido entregue para efetuar o pagamento das contribuições de C relativas a Dezembro de 2004.

J. Para o efeito rasurou o referido cheque, colocando no verso do mesmo o n.º 029317157 e nome de A.

K. No dia 15/04/2005, tomou como seu o valor em numerário de €119,90, que fora entregue na tesouraria e se destinava a pagar as contribuições de A, referentes a Março de 2005.

L. A 29/04/2005 a arguida procedeu ao pagamento desta quantia, utilizando, para o efeito, o cheque n.º 770000385 de uma conta titulada por E e que se destinava a pagar as contribuições da trabalhadora independente F, relativas a Março de 2005.

M. Para o efeito, rasurou o referido cheque, colocando no verso do mesmo o n.º 029317157 e nome de A.

N. Em 16/5/2005, tomou como seu o numerário de €119,90, que fora entregue na tesouraria para pagar as contribuições de A, referentes ao mês de Abril de 2005. A 27 de Maio do mesmo ano, a arguida procedeu ao pagamento da verba que tinha retirado, utilizando, para o efeito, o cheque no mesmo montante com o n.º 0500000265, de uma conta titulada por G na instituição bancária X. Para o efeito a arguida, colocou no verso do mesmo o número de beneficiário, pertencente a A, referente ao mês de Maio de 2005.

O. A 22 de Junho do mesmo ano, a arguida procedeu ao pagamento da verba que tinha retirado, utilizando para o efeito o cheque no mesmo montante com o n.º 8827637444, de uma conta titulada de que é titular na instituição bancária XPTO.

P. Em 15/9/2005, tomou como seu o numerário de €119,90, que fora entregue na tesouraria para pagar as contribuições de A, referentes ao mês de Agosto de 2005.

Q. No dia 23 de Setembro do mesmo ano, a arguida procedeu ao pagamento da verba que tinha retirado, utilizando para o efeito o cheque no mesmo montante com o n.º, de uma conta titulada de que é titular na instituição bancária XPTO.

R. Em 17/10/2005, tomou como seu o numerário de €119,90, que fora entregue na tesouraria para pagar as contribuições de A, referentes ao mês de Setembro de 2005.

S. A 27 de Outubro do mesmo ano, a arguida procedeu ao pagamento da verba que tinha retirado, utilizando para o efeito o cheque n.º3795808241, de uma conta titulada por H na instituição bancária Y.

T. Para o efeito, rasurou o dito cheque e colocou no seu verso o n.º 029317157 que pertence à trabalhadora independente A.

U. O cheque referida em T tinha sido entregue na tesouraria para efectuar o pagamento das contribuições referentes ao mês de Setembro de 2005 de H.

V. Em 17/10/2005, tomou como seu o numerário de €119,90, que fora entregue na tesouraria para pagar as contribuições de B, referentes ao mês de Setembro de 2005.

W. No dia 27 de Outubro do mesmo ano, a arguida procedeu ao pagamento da verba que tinha retirado, utilizando para o efeito o cheque no mesmo montante com o n.º 5415317614, de uma conta titulada por I, na instituição bancária Z.

X. O cheque acima referido tinha sido entregue na tesouraria para efectuar o pagamento das contribuições referentes ao mês de Setembro de 2005 de I.

Y. No período compreendido entre 15/11/2004 e 17/10/2005, a arguida fez a utilização temporária, em seu proveito, da quantia global de €1070,37.

Z. Todas as quantias monetárias de que a arguida fez uso foram, oportunamente, repostas.

AA. Sabia a arguida que fazia utilização dos montantes monetários – que não lhe pertenciam e se lhe encontrava, acessíveis como decorrência da sua condição profissional – para fins alheios àquele a que se destinavam.

BB. Aproveitou-se, pois, a arguida, das funções de que se encontrava investida, para aceder aos referidos montantes e dispor temporariamente em seu proveito, dando-lhes um uso para o qual não estava autorizada.

CC. Foi instaurado à arguida um processo disciplinar, tendo-lhe sido, nessa sede, aplicada pena disciplinar de inactividade por um ano, com perda total de vencimento e sem contar para efeitos de antiguidade.

DD. Agiu deliberada, livre e conscientemente, bem sabendo que a sua descrita conduta era proibida e penalmente punida.

EE. A arguida está arrependida de ter assim actuado.

FF. Aufere o vencimento mensal líquido de €690,00.

GG. Tem encargos mensais fixos não inferiores a €200,00.

A factualidade suficientemente indiciada é susceptível de integrar a prática, em autoria material, por banda da arguida M., de um crime e peculato de uso, p. e p., pelo art. 376.º, n.º 1, do C. Penal.

2. Entendemos, porém, que a arguida se encontra em condições de beneficiar da **suspensão provisória do processo**, uma vez que, no caso dos autos, se surpreendem cumulativamente reunidos os requisitos previstos pelo art. 281.º, n.º 1, do C. Penal. (...)”⁴³

No caso em apreço, e como defendemos supra quanto ao regime do peculato de uso p. e p. pelo artigo 376.º, n.º 1, do C. Penal, o dinheiro também está compreendido no conceito de “coisa móvel” e o facto de se tratar de um bem fungível não obsta a que se preencha o tipo objectivo do peculato de uso pois, a arguida nunca pretendeu fazer seu o montante que desviava.

Quanto à descrita utilização dos cheques, e tal como explanamos no ponto 2.2, também o seu desvio se subsume ao tipo legal do peculato de uso, não ganhando autonomia relativamente ao crime em sujeito.

Temos assim, um exemplo do percurso que, na prática, pode seguir um inquérito pela prática de um crime de peculato.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

⁴³ Suspensão provisória do processo elaborada pelo Procurador Adjunto Dr. João Paulo Amaro. Não reproduzimos a totalidade do despacho, pois, para a temática em sujeito, não revela especial interesse.

www.dgsi.pt

<http://www.pgdlisboa.pt/>

[Centro de Estudos Judiciários](#)

[Comissão Europeia](#)

Referências bibliográficas

- Albuquerque, Paulo Pinto, Comentário do código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2ª Ed. atualizada, UCP editora, 2010.
- Balestra, Carlos Fontán, Tratado de Derecho Penal, T. VII., 2. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, s/d., p. 308.
- Berreiros, José António, Crime de Peculato, editora Labirinto de Letras, 2013.
- Carlos Rodrigues de Almeida, “O registo de Voz e de Imagem – notas aos artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, CEJ, Coimbra editora, 2004, p. 107 a 117.
- Carmo Dias, “CAPITULO III – Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos - Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, que regula os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, com as alterações da Lei n.º 108/2001, de 28.11 (Artigos 7.º a 18.º e 20.º a 27.º)”, in Comentário das Leis Penais Extravagantes, vol. I, sob a coordenação de Paulo Pinto de Albuquerque, e José Branco, UCP, 2010, pp. 814 a 834.
- Conceição Ferreira da Cunha, Comentário Conimbricense, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo III, 1999, pp. 687 a 704.
- Damião da Cunha, José, “Funcionário/função pública e direito penal – equívocos jurisprudenciais, legislativos e doutrinários”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Janeiro Março 2009, p. 59-100.
- Faria da Costa, Comentário Conimbricense, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Tomo III, 1999, pp. 24-53.
- Figueiredo Dias, Actas CP - Acta n.º 38, reunião de 6/7/90, 1993.
- Figueiredo Dias, Parte Geral do Direito Penal, Almedina, 2ª Ed., 2007.
- Jorge Dias Duarte, “Lei n.º5/2002, de 11 de Janeiro – breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado.”, in REVISTA DO CEJ, 2002 , p. 142 a 154.

- Jorge Dias Duarte, op. cit., e magistrados do Ministério Público do DIAP Distrital de Coimbra, “Sigilo Bancário e Sigilo Fiscal, no domínio da Lei n.º 5/2002 de 11-1”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira, CEJ, Coimbra Editora, 2004, pp. 69- 76.
- Karl Larenz, Metodologia e Ciência do Direito, 5ª ed., FCG, 2009.
- Leal Henriques e Simas Santos, Código Penal Anotado II, Rei dos Livros, 2000.
- Manuel Cavaleiro de Ferreira, Obra Dispersa I, “Peculato – natureza do crime de Peculato. O Peculato como Crime Patrimonial e como Violação dos deveres de função. Eficácia do caso julgado de decisões não penais em processo penal.”, pp. 151-161.
- Manzini, Vincenzo, Tratado de Derecho Penal, v. III, t. VIII. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediar, 1961.
- Mário Ferreira Monte, “O registo de voz e de imagem no âmbito do combate à criminalidade organizada e económico financeira – Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro”, in Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira.
- Mommsen, Teodoro, Derecho Penal romano, Trad. P. Dourado. Bogotá, in Temis, 1991, p. 471-472.

V. Vídeo da apresentação

**C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS** Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

**O Crime de Peculato:
Enquadramento Jurídico,
Prática e Gestão do Inquérito**

Grupo 4

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 10:20**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw0q3/flash.html>



5. Crime de Branqueamento de Capitais

Ana Cabral

Cláudia Reis

Ercília Firmo

Maria Silva

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Ana Margarida Gonçalves dos Reis Cabral

I. Introdução. II. Objetivos. III. Resumo.

1. Enquadramento geral; 1.1. Criminalidade económico-financeira; 1.2. Criminalidade organizada.

2. Branqueamento de capitais; 2.1. Evolução legislativa, no âmbito dos instrumentos legais internacionais e nacionais; 2.1.1. Fontes Internacionais e da União Europeia; 2.1.2. Fontes Internas; 2.2. Actual regime jurídico-legal do branqueamento de capitais; 2.2.1. Lei nº 25/2008 de 5 de Junho; 2.2.2 - Artigo 368º-A do Código Penal.

3. A investigação do crime de branqueamento; 3.1. O branqueamento de capitais – Dificuldades na investigação; 3.2. Tipologias de branqueamento de capitais; 3.3. Fases do branqueamento de capitais; 3.4. O Ministério Público e a investigação – Métodos especiais de investigação criminal e meios de obtenção de prova; 3.5. A cooperação judiciária internacional; 3.6. Perda de vantagens do crime; 3.7. A prova indiciária.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. V. Vídeo.

I. Introdução

É evidente a necessidade de adaptação do direito penal perante o aparecimento crescente de fenómenos criminais, de índole económica, caracterizados pela instabilidade e diversidade, aliados a uma forte componente organizacional o que, aliás, é revelado pela variedade de delitos e áreas abrangidas pelas incriminações.

Começamos por uma breve abordagem sobre a criminalidade económico-financeira, para percepção do contexto social, temporal e espacial em que se movem as exigências de prevenção e repressão no âmbito dos delitos económicos.

Debruçamo-nos depois sobre a criminalidade organizada, indicando-se alguns aspectos de contacto e de distanciamento entre essa realidade e a da criminalidade económico-financeira, no âmbito das quais o crime de branqueamento de capitais se assume como uma consequência inevitável.

Perguntamo-nos, então: o crime não compensa?

Existem muitas condutas delituosas que culminam na obtenção de vantagens, mas que, na maioria das vezes, se consubstanciam em benefícios de reduzida expressão. Não obstante essas situações, deparamo-nos de forma cada vez mais latente, com o aumento exponencial do crime organizado e, concomitantemente, com a existência de proventos avultados gerados pela prática de crimes. Este tipo de criminalidade caracteriza-se pela existência de um sistema organizacional, mais ou menos complexo, que tem por fim a prática de crimes, durante um lapso temporal significativo ou mesmo por um período indeterminado de tempo. Paralelamente, no seio da organização adoptam-se métodos operacionais planeados de forma metódica, sistemática e pragmática, determinados pela vontade de maximização dos proventos e, na maioria dos casos, associados a extrema violência.

Falamos não só do tráfico internacional de estupefacientes, mas ainda do tráfico de seres humanos, de armas, escravidão, lenocínio, terrorismo, pornografia de menores, delitos contra a saúde, falsificação, crimes de natureza fiscal, corrupção, entre outros.

Neste domínio afigura-se essencial para estas organizações a lavagem dos rendimentos provenientes daquelas actividades criminosas, mediante a aplicação e rentabilização desses proventos em investimentos diversificados, mormente através da circulação do dinheiro em contas bancárias e transacções internacionais.

Desta feita, a prevenção e repressão das actividades de branqueamento de capitais revela-se uma acção absolutamente necessária no combate à criminalidade organizada, por um lado porque com a sua punição se garante, num primeiro patamar, a protecção de interesses económicos e depois, porque desincentiva a prática dos crimes primários, desde logo, pela possibilidade de perda das vantagens obtidas ilicitamente.

É neste contexto que se aborda a problemática do branqueamento de capitais.

II. Objetivos

Com o presente estudo pretende-se que o seu leitor, num primeiro momento, afira o tipo de criminalidade relacionada e subjacente ao branqueamento de capitais, essencial para o seu enquadramento e forma de abordagem.

Depois procede-se a uma análise da evolução legislativa, da influência dos instrumentos comunitários, da Lei nº 25/2008, de 5 de Junho e da tipificação legal estatuída no Código Penal, pretendendo-se que, apenas da sua leitura, se possa compreender o enquadramento jurídico do crime de branqueamento de capitais. Para tal, sempre que são feitas referências a instrumentos comunitários ou a outros diplomas legais, constará a respectiva hiperligação, ambicionando-se assim, que este trabalho permita, por si só, a análise do crime de branqueamento de capitais, sem o recurso a outros meios e fontes.

Por fim, numa vertente mais prática, procura-se primordialmente caracterizar, de forma sintética, os tipos e fases do branqueamento, bem como os métodos de investigação, realçando a importância neste domínio, da cooperação judiciária internacional, da recuperação de activos e da prova indiciária.

III. Resumo

Aborda-se o tema do branqueamento de capitais, num primeiro momento através de uma análise das principais características e pontos de contacto entre a criminalidade económico-financeira e a criminalidade organizada, prosseguindo com o enquadramento legal e respectiva tipologia do crime de branqueamento de capitais, no sistema penal português, através do seu percurso histórico-legal e da influência da legislação comunitária.

Após a análise do tipo legal, debruçamo-nos sobre a investigação do branqueamento, as suas principais dificuldades, métodos especiais de investigação criminal, meios de obtenção de prova, a importância da cooperação judiciária, da perda alargada de vantagens e da prova indiciária.

Palavras-chave: criminalidade económico-financeira, criminalidade organizada, branqueamento de capitais, Ministério Público, métodos especiais de investigação criminal, meios de obtenção de prova, cooperação judiciária internacional, recuperação de activos, prova indiciária.

1. Enquadramento Geral

1.1. Criminalidade Económico-Financeira

A ideia de direito penal económico surgiu nos princípios do séc. XX, com um crescente progresso industrial e económico, tendo sido profundamente alterada, mercê das conjunturas sociais e políticas que advieram, mormente com a 1ª Grande Guerra, a depressão de 1929 e a 2ª Guerra Mundial. Alterou-se o paradigma do Estado liberal, impondo-se um Estado intervencionista, com importantes funções no tecido económico-social. Posteriormente, a proliferação de protecção de bens jurídicos supra-individuais associada à designada *sociedade de risco* traduziu a necessidade de intervenção do Direito (penal, administrativo, fiscal, societário, laboral, contra-ordenacional), para resolução de problemas singulares decorrentes do desenvolvimento social, tecnológico e económico.

Também em Portugal nos deparamos com uma evolução na forma de encarar o direito penal económico e a exigência de que este deixe de assumir uma posição estritamente defensiva. Determinante para esta alteração de pensamento foi a adesão de Portugal às Comunidades Europeias em 1986, que acarretou transformações determinadas pela existência de recursos comuns, verificando-se uma inflexão da ideia de economia nacional para economia europeia.

Nas palavras do Prof. FIGUEIREDO DIAS¹, duas das maiores novidades e criações intelectuais com que a realidade e a ciência do direito penal se depararam nos fins do séc. XX, consubstanciam-se no cariz específico que, na sociedade actual, assume o crime económico e o da natureza, igualmente específica, que no âmbito do direito penal económico cabe à responsabilização e punição, quando pensada e concretizada não em função do indivíduo, mas do colectivo, seja como agente, como vítima, como lesado ou mesmo só como terceiro implicado. Para além disso, o direito penal económico connexionou-se indissolúvelmente com o fenómeno colectivo da organização.

O direito penal económico parece assumir um novo modelo e é caracterizado, no presente, pela complexidade do mercado e das actividades económicas associadas a uma crise financeira e económica. E a intervenção do Direito Penal nestas matérias não foi, nem é, pacificamente

¹ DIAS, Jorge de Figueiredo - *O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, Nº 3, (Julho - Set 2012), pág. 521 a 543.

aceite por todos. O insigne professor salienta que este direito constitui um instrumento de direcção ou de regulação, para o qual, ainda não se apresenta hoje qualquer alternativa global e o determinante é que, a intervenção do direito penal económico, não seja subordinada à obtenção de finalidades puramente políticas e continue a ser estritamente um direito penal do bem jurídico.

Vivíamos, nas palavras de FARIA COSTA², numa *cultura de corrupção*, na qual o que se vangloria são os êxitos fáceis, as formas atrabiliárias de comportamentos, descosidas de quaisquer pontos referenciais, numa lógica de lucro a qualquer custo. A comunidade só nos últimos tempos tem vindo a encarar a criminalidade económico-financeira como algo de censurável, interiorizando de forma lenta e até penosa, o desvalor de tais condutas e as reais consequências destas actividades delituosas na economia e consequentemente nos valores sociais. Isto porque os bens jurídicos que se pretendem proteger com o direito penal económico não estão intimamente relacionados com o homem enquanto pessoa, mas com o homem enquanto ser social inserido numa determinada comunidade e organização económica.

Essa ausência de reprovação social torna exigível uma legitimação do direito económico mais criteriosa e tal como já se aflorou, a intervenção do legislador no crime económico e a incriminação das condutas com aquele relacionadas, exigem sempre uma protecção do bem jurídico. Paralelamente, ter-se-á que relevar que a intervenção do direito penal, além de entendida como *ultima ratio*, terá que se submeter à adequação, proporcionalidade e necessidade. Como refere SANTIAGO MIR PUIG³ *num Estado laico, ao serviço dos cidadãos, a limitação de direitos determinada pela intervenção penal tem de ser justificada pelo objectivo de protecção de interesses directos e indirectos dos cidadãos, preventivamente à lesão desses direitos. Isto legitima o princípio da exclusiva protecção de bens jurídico-penais, entendidos como interesses fundamentais directos (individuais) ou indirectos (colectivos) dos cidadãos.*

O direito penal económico revela virtualidades para através da consagração de normas penais *preventivas*, antecipar, prevenir e, em último plano, evitar os danos provocados pelas condutas típicas e ilícitas neste domínio. Nesse âmbito a sua actuação terá de ser conformada com a estrutura económica existente, considerando a composição do tecido empresarial, o modo de produção e o padrão de transacções. Assim e desde que se vise exclusivamente a protecção de bens jurídicos e se respeitem os princípios constitucionais incumbirá ao legislador atribuir a tutela penal às condutas que ofendam esses bens jurídicos.

1.2. Criminalidade organizada

Para além da interligação entre o branqueamento de capitais e a criminalidade económico-financeira, o branqueamento está inelutavelmente ligado à criminalidade organizada, sendo

² COSTA, José de Faria - *O branqueamento de capitais*, in AA.VV., Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários, vol. II, Coimbra, 1999.

³ PUIG, Santiago Mir - *O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19 (Jan-Março 2009), N° 1, pág. 7-38.

um instrumento fundamental para as organizações criminosas poderem utilizar os avultados proventos obtidos com a prática de crimes. W. HASSEMER⁴ apelidou o branqueamento como **a mãe de todos os crimes**, revelando-se fulcral a sua prevenção e repressão na ambição de um combate eficaz aos crimes subjacentes.

A criminalidade organizada como conceito eminentemente operativo ou instrumental é de difícil definição, mas dúvidas não subsistem acerca de que o seu objectivo primacial é a obtenção de lucros. Aproveitando as potencialidades de um mercado global, estas organizações caracterizam-se pela sua versatilidade, invisibilidade, mobilidade e capacidade de agir em pontos sensíveis do sistema económico, político e financeiro. Para além disso, dispõem de uma efectiva capacidade de renascimento e de adaptação aos obstáculos com que se deparam, resistindo aos mecanismos de fiscalização e repressão.

Muitas vezes a sua actuação não se cinge a uma actividade ilícita, chegando a intervir de forma relevante, em actividades lícitas integradas em sectores vitais da economia. São organizações que geram e dispõem de assinaláveis recursos monetários, revelando-se essencial a colocação e integração posterior desse capital, através de modalidades de branqueamento.

W. HASSEMER refere a propósito da criminalidade organizada que *novidade não é o maior grau de penetração do crime e o seu impacto na política, a novidade é a ligação global do crime organizado, o seu condicionamento das relações internacionais, tanto económicas como políticas, por causa da escala e do dinamismo da economia criminosa. A novidade é o profundo envolvimento e efeito desestabilizador dos Estados-Nação, numa série de contextos submetidos à influência do crime transnacional. Embora o tráfico de drogas constitua o sector de actividade mais relevante da nova economia do crime, todos os tipos de tráfico são praticados por esse “sistema sombra”, cujo poder se estende por todo o mundo: armas, tecnologia, materiais radioactivos, obras de arte, seres humanos, órgãos humanos, assassinos a soldo e contrabando dos mais diversos produtos de e para qualquer parte do mundo.*

Estão todos interligados pela mãe de todos os crimes – a lavagem de dinheiro. Sem ela, a economia do crime não seria global nem altamente lucrativa. Por ela, encontra-se directamente ligada aos mercados financeiros globais, dos quais pode ser considerada uma componente de dimensão significativa.

É neste enquadramento que se move e acontece o branqueamento de capitais.

2. Branqueamento de capitais

2.1. Evolução legislativa, no âmbito dos instrumentos legais internacionais e nacionais

2.1.1. Fontes Internacionais e da União Europeia

⁴ HASSEMER, WINFRIED - *Limites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, Ciências Criminais, 6, N.º 23.

A. A primeira convenção internacional a dispor acerca do branqueamento de capitais foi a Convenção de Viena⁵, de 1988, sobre tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, ratificada por Portugal em 1991. Com este documento, os Estados obrigaram-se de forma juridicamente vinculante a aprovar legislação interna que punisse criminalmente as situações de branqueamento de capitais, relacionadas com o crime de tráfico de estupefacientes. Noutra sede, possibilitou-se o auxílio judiciário mútuo e a extradição, estatuidando-se a adopção de medidas, no sentido de se possibilitar o confisco do produto do crime e salientou-se a cooperação internacional nas áreas da investigação, com dispensa do dever de sigilo bancário neste domínio.

B. A Convenção de Palermo⁶ – Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, de 15 de Novembro de 2000, em vigor na ordem jurídica portuguesa desde 09.06.2004. Esta Convenção constitui a evolução natural da Convenção da Viena, abrangendo um vasto leque de formas de delinquência organizada e vai para além da Convenção de Viena que apenas incidia sobre o branqueamento de capitais resultante do tráfico de estupefacientes – *vide* art. 6º e 7º.

C. A Convenção do Conselho da Europa de 8 de Novembro de 1990⁷ – adoptada em Estrasburgo, ratificada por Portugal em 1997, é o primeiro instrumento internacional que vai para além dos crimes de tráfico de estupefacientes, no que concerne à necessidade de criminalização do branqueamento de capitais, estendendo essa exigência a outras infracções.

D. A Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo⁸, adoptada em Varsóvia em 16-05-2005. A resolução da Assembleia da República n.º 82/2009, de 27-08 aprovou a Convenção para ratificação, tendo entrado em vigor para Portugal em 01.08.2010. Esta Convenção substitui, nas relações entre as Partes que a ratificarem, a Convenção relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, de 8 de Novembro de 1990 - Convenção de Estrasburgo.

E. A Acção Comum de 3 de Dezembro de 1998⁹, do Conselho, relativa ao branqueamento de capitais, identificação, detecção congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (98/699/JAI).

F. A Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia de 26.06.2001¹⁰, relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime (2001/500/JAI).

⁵ Publicada no Diário da República I – A, de 06.09.1991, disponível em: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/rar-29-1991.html>.

⁶ Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1710>.

⁷ Publicada no Diário da República I – A, de 13.12.1997, disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=389>.

⁸ Disponível em <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=2076>.

⁹ Publicada no Jornal Oficial das comunidades Europeias L333 de 9.12.1998, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998F0699:PT:HTML>.

¹⁰ Publicada no Jornal Oficial das comunidades Europeias L182/01, de 05.07.2001 e disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001F0500:PT:NOT>.

G. A Directiva 91/308/CEE¹¹, do Conselho da UE, atinente à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Esta directiva teve por base a Convenção de Viena, definindo o branqueamento e criando a obrigação dos Estados membros criminalizarem esse tipo de ilícito nas situações decorrentes de bens ou produtos provenientes do tráfico de estupefacientes.

H. A Directiva 2001/97/CE¹², do Parlamento e do Conselho, procedeu à revisão da Directiva 91/308/CEE, procedendo a um alargamento do objecto da incriminação do branqueamento de capitais, muito para além do que se previa na Directiva de 1991, que apenas considerava, de modo algo tímido, a incriminação dos proventos resultantes do crime de tráfico de drogas e substâncias psicotrópicas. Para além disso, estendeu as categorias profissionais que estavam sujeitas aos deveres de prevenção do branqueamento a outras, mormente os advogados e outros profissionais forenses independentes.

I. As Directivas, 2005/70/CE¹³ do Conselho Europeu da UE e 2006/70/CE¹⁴, da Comissão, a primeira relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo e, a segunda que veio estabelecer medidas de execução da Directiva 2005/60/CE no que diz respeito à definição de «pessoa politicamente exposta» e aos critérios técnicos para os procedimentos simplificados de vigilância da clientela e para efeitos de isenção com base numa actividade financeira desenvolvida de forma ocasional ou muito limitada. O *grau de risco* é um dos critérios adoptados na Directiva de 2005, que se extrai da sua análise, mormente no que concerne aos deveres impostos às entidades financeiras e não financeiras. Pretende-se numa área em se exige que as entidades envolvidas actuem como agentes de prevenção e repressão, envolvendo muitas vezes sérias limitações aos direitos dos cidadãos, que essa intervenção seja proporcional, porquanto um critério assente no "grau de risco" permite uma abordagem mais flexível e adaptável às situações díspares que surjam e às especificidades dos diversos Estados-Membros.

J. As Recomendações do FATF – GAFI¹⁵ (*Groupe d'action financieré sur le blanchiment de capitaux – Finacial Action Task Force on Money Laundering*)

O Grupo de Acção Financeira Internacional (GAFI) é um organismo de natureza intergovernamental e multidisciplinar criado em 1989, na Cimeira do G-7, em Paris, com a finalidade de desenvolver uma estratégia global de prevenção e de combate ao branqueamento de capitais e, desde Outubro de 2001, também contra o financiamento do terrorismo, sendo reconhecido a nível internacional como a entidade que define os padrões nesta matéria. Trata-se de um Grupo de duração limitada em função dos seus objectivos, que

¹¹ Publicada no Jornal Oficial das comunidades Europeias L166/77, de 28.06.1991, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0308:PT:HTML>.

¹² Publicada no Jornal Oficial das comunidades Europeias L344/76, de 28.12.2001, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0097:PT:HTML>.

¹³ Publicada no Jornal Oficial das comunidades Europeias L309/15, de 25.11.2005, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32005L0060:PT:NOT>.

¹⁴ Publicada no Jornal Oficial das comunidades Europeias L214/29, de 04.08.2006, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:214:0029:01:PT:HTML>.

¹⁵ <http://www.fatf-gafi.org/>.

reexamina a sua missão de cinco em cinco anos. O GAFI acompanha os progressos realizados pelos seus países membros na implementação das medidas necessárias, através de mecanismos de autoavaliação e avaliação mútua tendo como suporte dessa avaliação 40 Recomendações + 9. O relatório de avaliação mútua de Portugal, que incide sobre o grau de observância das 40 + 9 Recomendações e sobre a eficácia do sistema nacional em matéria de prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo foi discutido e aprovado pelos membros do GAFI na sua I Sessão Plenária de 2006/07, que decorreu entre 11 e 13 de Outubro de 2007.

2.1.2. Fontes Internas

A legislação nacional foi fortemente influenciada pelos instrumentos de direito internacional e da união europeia, revelando que a sua evolução foi feita passo a passo e em grande medida determinada pela influência exercida por aqueles.

A. Em 1993, com o **D.L. nº 15/93, de 22 de Janeiro**¹⁶, entrou em vigor a Lei de Combate à Droga, influenciada pela aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988 (ratificada pela resolução da AR n.º 29/91 e Decreto do Presidente da República n.º 45/91, publicados no D.R., de 06.09.1991). Considerou-se ainda, a Convenção Relativa ao Branqueamento, Despistagem, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, elaborada no seio do Conselho da Europa e que Portugal assinou em 08.11.1990, bem como a directiva do Conselho das Comunidades Europeias de 10.06.1991, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeito de branqueamento. Neste diploma tipificaram-se, pela primeira vez em Portugal, as actividades de conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos, no artigo 23º, entretanto revogado pela Lei nº 11/2004.

B. O **Decreto-Lei n.º 313/93 de 15 de Setembro** (Revogado pelo art. 55.º da Lei n.º 11/2004, de 27.03) transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10.06. Conforme se refere no preâmbulo do sobredito diploma legal, no que respeita às entidades que vincula e, de acordo com os termos daquela directiva, o âmbito de aplicação restringe-se às entidades que prestam serviços de natureza financeira, salientando-se como principais medidas, a obrigação de identificação dos clientes e a recusa de realização da operação quando tal identificação não seja facultada, a obrigação de conservar os documentos de identificação, a suspensão das operações quando haja suspeita de uma acção de branqueamento, a obrigação de formar os respectivos funcionários e a isenção do dever de sigilo profissional em casos tipificados e apenas para efeito de investigação criminal, com prévia autorização da autoridade judiciária competente. Realçando que a Directiva de 1991, deixa à discricionariedade dos Estados membros a forma de cumprir o que aí se determinou, entendeu-se inadequada qualquer reacção de natureza penal, optando-se, pela tipificação, como contra-ordenação, de todas as violações aos comandos ínsitos no diploma.

¹⁶ Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=181&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.

Em última análise o DL nº 313/93 circunscreveu o seu âmbito de aplicação, àquilo que era exigido pela Directiva de 1991, mantendo unicamente a tipificação do branqueamento introduzida pela Lei de combate à droga e restringindo ao mínimo as entidades sujeitas aos deveres de prevenção, nos precisos termos preconizados pela Directiva. O apontado diploma legal configurou deveres que foram sendo sucessivamente ampliados com as ulteriores alterações legislativas.

C. Com o Decreto-lei nº 325/95, de 2 de Dezembro, pretendeu dar-se concretização à Convenção de 08.11.1990, que incitava os Estados membros a alargar o combate ao branqueamento de capitais provenientes, não apenas do tráfico de droga e precursores, mas também de outras formas de criminalidade, tais como o tráfico de armas, o terrorismo, o tráfico de crianças e de mulheres jovens, bem como, de outras infracções graves de que se obtenham proventos importantes. Também a Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10.06, transposta para o direito interno através do Decreto-Lei n.º 313/93, de 15.09, propugnava no mesmo sentido.

Pretendeu-se ainda, com este diploma, estender a prevenção para além dos fluxos e operações que transitam pelas instituições de crédito, sociedades financeiras, empresas seguradoras e sociedades gestoras de fundos de pensões e passar a abranger empresas concessionárias de exploração de jogos em casinos, as sociedades que exercem actividade de mediação imobiliária, entidades que comercializem pedras e metais preciosos, obras de arte, aeronaves, barcos ou automóveis, entre outras. Paralelamente, os apontados deveres que incidiam sobre aquelas entidades foram sendo sucessivamente ampliados ao sabor de ulteriores alterações legislativas, significativamente influenciadas pelos instrumentos jurídicos internacionais e comunitários, a que *supra* se aludiu.

O Decreto-lei nº 325/95 sofreu as seguintes alterações: Lei nº 65/98, de 02.09; Decreto-lei nº 275-A/2000, de 09.11; Lei nº 104/2001, de 25.08; Decreto-Lei nº 323/2001, de 17.12 e Lei nº 10/2002 de 11.02. Para além do alargamento do catálogo de infracções primárias ao branqueamento alcançado com o DL nº 325/95, as Leis nº 65/98 e a Lei nº 10/2002, (respectivamente a 4ª e 5ª alterações) vieram aumentar o alcance de infracções subjacentes ao crime de branqueamento. A Lei nº 10/2002 constituiu um avanço importante em algumas áreas, designadamente na utilização, no âmbito da tipificação legal, de uma técnica de catálogo de infracções subjacentes conjugada com uma cláusula geral – exigências que já defluíam da Decisão Quadro do Conselho de 26.06.2001. Alargou também o leque de entidades abrangidas por obrigações estruturantes do regime de prevenção e combate ao branqueamento, inserindo os técnicos de contas, os auditores externos, notários, conservadores, entre outros profissionais, ligados à transferência de bens imóveis, fundos, valores mobiliários ou outros activos.

D. Lei nº 11/2004, de 27 de Março – Estabelece o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e procede à 16.ª alteração ao Código Penal e à 11.ª alteração ao D.L. n.º 15/93, de 22.01. Até 2004 a incriminação do branqueamento manteve-se em legislação extravagante, nos termos já aduzidos, mas esta opção do legislador alterou-se com a entrada em vigor da Lei nº 11/2004, que introduziu no

Código Penal, o respectivo tipo incriminador, sob a égide do artigo 368º-A. Considerando que a Lei nº 25/2008, que actualmente regula as formas de prevenção e repressão do branqueamento de capitais, revogou a Lei nº 11/2004, revela-se despicienda efectuar uma análise ao aludido diploma legal, pois, analisaremos os traços essenciais do regime de prevenção e repressão do branqueamento, à luz da Lei em vigor.

E. Lei nº 25/2008, de 5 de Junho¹⁷ – transpôs para a ordem jurídica interna as Directivas nºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26.10, e 2006/70/CE, da Comissão, de 01.08, relativas à prevenção da utilização do sistema financeiro e das actividades e profissões especialmente designadas para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, procede à segunda alteração à Lei n.º 52/2003, de 22.08, e revoga a Lei n.º 11/2004, de 27.03.

2.2. Actual regime jurídico-legal do branqueamento de capitais

2.2.1. Lei nº 25/2008, de 5 de Junho

A. Objectivos:

Os objectivos basilares da Lei cingem-se em duas vertentes, de prevenção e de repressão, conexionadas entre si, desde logo estipulando um conjunto de obrigações e deveres a que estão sujeitas entidades financeiras e não financeiras e sujeitando a violação de tais deveres a responsabilidade contra-ordenacional ou penal, visando-se essencialmente que o crime de branqueamento não se verifique ou verificando-se, que seja facilmente detectado após o seu cometimento.

B. Âmbito de aplicação:

O elenco de entidades públicas e privadas que estão sujeitos a esse conjunto de regras e procedimentos encontra-se estipulado no artigo 3º (entidades financeiras) e 4º (entidades não financeiras) da Lei nº 25/2008.

As *entidades financeiras* abrangidas são as seguintes, com sede em território nacional (incluindo as sucursais situadas em território português quando as entidades que *infra* se indicam tenham sede no estrangeiro e as sucursais financeiras exteriores):

- a) Instituições de crédito;
- b) Empresas de investimento e outras sociedades financeiras;
- c) Entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco, os organismos de investimento colectivo que comercializem as suas unidades de participação;

¹⁷ Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=991&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

- d) Empresas de seguros e mediadores de seguros em determinadas circunstâncias¹⁸;
- e) Sociedades gestoras de fundos de pensões;
- f) Sociedades de titularização de créditos;
- g) Sociedades e investidores de capital de risco;
- h) Sociedades de consultoria para investimento;
- i) Sociedades que prossigam actividades que tenham por objecto contratos relativos ao investimento em bens corpóreos;
- j) Instituições de pagamento;
- k) Instituições de moeda electrónica;

Esta aplicabilidade estende-se ainda às entidades que prestem serviços postais e ao Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I. P.¹⁹, na medida em que prestem serviços financeiros ao público.

Quanto às *entidades não financeiras*, que exerçam funções em território nacional, estão obrigadas ao cumprimento dos deveres previstos na Lei nº 25/2008, as seguintes²⁰:

- a) Concessionários de exploração de jogo em casinos;
- b) Entidades pagadoras de prémios de apostas ou lotarias;
- c) Entidades exploradoras de jogos de fortuna ou azar, de apostas desportivas à cota e de apostas hípcas, mútuas ou à cota, quando praticadas à distância, através de suportes electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, ou por quaisquer outros meios (jogos e apostas online);
- d) Entidades que exerçam actividades de mediação imobiliária e de compra e revenda de imóveis bem como entidades construtoras que procedam à venda directa de imóveis;
- e) Comerciantes que transaccionem bens cujo pagamento seja efectuado em numerário, em montante igual ou superior a (euro) 15 000, independentemente de a transacção ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si;

¹⁸ Qualquer actividade que consista em apresentar ou propor um contrato de seguro ou praticar outro acto preparatório da sua celebração, em celebrar o contrato de seguro, ou em apoiar a gestão e execução desse contrato, em especial em caso de sinistro (artigo 5º al. c) do DL nº 144/2006, de 31.07.

¹⁹ Actualmente Agência de Gestão da Tesouraria e da Dívida Pública IGCP, EPE – DL nº 200/2012.

²⁰ Com a alteração introduzida pela Lei nº 62/2015, de 24 de Junho.

f) Revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais;

g) Notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: (compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos pertencentes a clientes; abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais);

h) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas colectivas ou centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas e) e f).

C. Deveres:

O apontado diploma legal, por imanência das sobreditas Directivas e à luz do que já sucedia com a Lei nº 11/2004, cria a obrigação daquelas entidades, no exercício da sua actividade, cumprirem os seguintes deveres:

1. *Dever de identificação* – trata-se de um dever elementar de exigir os elementos de identificação dos clientes e respectivos representantes em determinadas operações e em relações de negócios, quando existam determinados indícios e requisitos que o legislador concretizou no artigo 7º, nº 1. A verificação da identidade deve ter lugar no momento em que seja estabelecida a relação de negócio ou antes da realização de qualquer transacção ocasional – vide artigos 8º, nº 1 e 2º, 2).

2. *Dever de diligência* - as "entidades sujeitas" estão obrigadas a tomar medidas adequadas para compreender a estrutura de propriedade e controlo do cliente, a natureza e a finalidade da relação de negócio e a origem e destino dos fundos movimentados. No cumprimento deste dever e do dever de identificação, as entidades financeiras podem adaptar a natureza e a extensão dos procedimentos de verificação e das medidas de diligência em função do risco associado ao tipo de cliente, à relação de negócio, ao produto, à transacção e à origem ou destino dos fundos. O dever de diligência poderá ser, desta forma, simplificado ou reforçado de acordo com as circunstâncias concretas (cfr. artigos 11º e 12º). Também aqui é visível o que já acima aflorámos a propósito da Directiva de 2005, sendo notório que a transposição daquele instrumento também sufragou o chamado "risk-based approach", traduzindo-se em normas de carácter flexível que permitem uma adequação de intervenção de acordo com a situação concreta, o que, aliás é perceptível no artigo 10º, da Lei nº 25/2008.

3. *Dever de recusa de realização de operações* – na eventualidade de o cliente não fornecer a identificação, a entidade financeira ou não financeira, tem a obrigação de recusar a realização da operação solicitada pelo cliente – cfr. artigo 13º.

4. Dever de conservação de documentos – Existe uma obrigação para as entidades abrangidas no diploma legal em análise, de conservarem os documentos relativos ao cumprimento do dever de identificação e de diligência, por um período de 7 anos após o momento da identificação ou, no caso de relações de negócio, após o seu termo – cfr. artigo 14º.

5. Dever de exame - as entidades financeiras e não financeiras devem examinar com especial cuidado e atenção, de acordo com a sua experiência profissional, qualquer conduta, actividade ou operação, cujos elementos caracterizadores a tornem particularmente susceptível de poder estar relacionada com o branqueamento ou o financiamento do terrorismo. (Indicam-se como elementos caracterizadores: a natureza, a finalidade, a frequência, a complexidade, a invulgaridade e a atipicidade da conduta, actividade ou operação; a aparente inexistência de um objectivo económico ou de um fim lícito associado à conduta, actividade ou operação; o montante, a origem e o destino dos fundos movimentados, os meios de pagamento utilizados; a natureza, a actividade, o padrão operativo e o perfil dos intervenientes; o tipo de transacção ou produto que possa favorecer especialmente o anonimato – artigo 15º, nº 2).

6. Dever de comunicação - Sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar a prática do crime de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, as entidades abrangidas pelo diploma legal devem, por sua própria iniciativa, informar de imediato a Procuradora-Geral da República e a Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária.

7. Dever de abstenção – Com este dever pretende-se que as entidades sujeitas se abstenham de executar qualquer operação, sempre que saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo. Existe ainda a possibilidade da operação ser realizada por não ser possível a abstenção e em situações em que, após consulta à PGR e à UIF, se entenda que a abstenção da operação coloca em causa a prevenção ou futura investigação do crime.

Para além deste dever existe ainda um poder de suspensão da operação, que cabe à PGR, após ter sido informada pela respectiva entidade sobre as suspeitas relativas a certas operações, suspensão que terá de ser confirmada pelo juiz de instrução criminal, no prazo de dois dias úteis a contar da comunicação realizada pela entidade sujeita – cfr. artigo 17º, nºs 1 a 4.

8. Dever de colaboração – Consubstancia-se no dever das entidades financeiras e não financeiras de prestar prontamente a colaboração requerida pela PGR, pela UIF, pela autoridade judiciária responsável pela direcção do inquérito ou pelas autoridades competentes para a supervisão ou a fiscalização, nos termos previstos neste diploma legal, nomeadamente garantindo o acesso directo às informações e apresentando os documentos ou registos solicitados – cfr. artigo 18º.

9. Dever de segredo – As entidades financeiras e não financeiras, bem como os membros dos respectivos órgãos sociais, os que nelas exerçam funções de direcção, de gerência ou de chefia, os seus empregados, os mandatários e outras pessoas que lhes prestem serviço a título

permanente, temporário ou ocasional, não podem revelar ao cliente ou a terceiros que transmitiram as comunicações legalmente devidas ou que se encontra em curso uma investigação criminal – cfr. artigo 19º. Pretende-se para além dos objectivos ínsitos com o presente diploma legal, impedir que a entidade que preste as informações inerentes aos deveres aqui estabelecidos seja responsabilizada pela violação de qualquer dever de segredo, imposto legal ou contratualmente.

10. Dever de controlo – a obrigatoriedade de as "entidades sujeitas" definirem e aplicarem políticas e procedimentos internos que se mostrem adequados ao cumprimento dos deveres previstos na presente lei, designadamente em matéria de controlo interno, avaliação e gestão de risco e de auditoria interna – cfr. artigo 21º.

11. Dever de formação – a necessidade de adopção de medidas necessárias para que os dirigentes e empregados das respectivas entidades, cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do branqueamento e do financiamento do terrorismo, tenham um conhecimento adequado das obrigações impostas pela legislação e regulamentação em vigor nesta matéria - cfr. artigo 22º.

Deveres específicos das entidades financeiras:

Os artigos 23º a 30º estipulam deveres específicos que incidem sobre as entidades financeiras elencadas no artigo 3º, designadamente deverão aplicar medidas idênticas em matéria de deveres de identificação, de diligência, de conservação e de formação, às suas sucursais ou filiais, estabelecidas em países terceiros, em que detenham uma participação maioritária. Para além disso, as instituições de crédito estão impedidas de estabelecerem ligações de correspondência com bancos de fachada, isto é, com instituições de crédito, constituídas em Estado ou jurisdição, no qual aquelas não tenham uma presença física que envolva administração e gestão e que não se encontrem integradas num grupo financeiro regulamentado.

Deveres específicos das entidades não financeiras:

As disposições constantes dos artigos 31º a 37º estabelecem deveres específicos para determinadas instituições não financeiras, tais como os concessionários de exploração de jogos em casinos, as entidades pagadoras de prémios de apostas ou lotarias, as entidades com actividades imobiliárias, advogados e solicitadores, concretizando regras e deveres específicos em consonância com a actividade exercida pelas aludidas entidades.

D. Supervisão e fiscalização:

A fiscalização do cumprimento dos deveres supra elencados compete²¹:

a) No caso das entidades financeiras:

²¹ Com a alteração introduzida pela Lei nº 62/2015, de 24 de Junho.

I) Ao Banco de Portugal, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários e ao Instituto de Seguros de Portugal, no âmbito das respectivas atribuições;

II) Ao ministro responsável pela área das finanças, relativamente ao Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I. P.

b) No caso das entidades não financeiras:

i) Ao Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos do Turismo de Portugal, I. P., relativamente às entidades referidas nas alíneas a) e c) do artigo 4.º;

ii) Ao membro do Governo responsável pela área da segurança social, relativamente às entidades referidas na alínea b) do artigo 4.º;

iii) Ao Instituto da Construção e do Imobiliário, I. P., relativamente às entidades referidas na alínea d) do artigo 4.º;

iv) À Autoridade de Segurança Alimentar e Económica relativamente às entidades referidas na alínea e) do artigo 4.º e relativamente aos auditores externos, consultores fiscais, prestadores de serviços a sociedades e centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica, e outros profissionais independentes referidos na alínea g) do artigo 4.º, sempre que não estejam sujeitos à fiscalização de uma outra autoridade referida na presente alínea;

c) À Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, relativamente aos revisores oficiais de contas;

d) À Câmara dos Técnicos Oficiais de Contas, relativamente aos técnicos oficiais de contas;

e) Ao Instituto dos Registos e do Notariado, I. P., relativamente aos notários e aos conservadores de registos;

f) À Ordem dos Advogados, relativamente aos advogados;

g) À Câmara dos Solicitadores, relativamente aos solicitadores.

As competências e atribuições das sobreditas entidades estão estabelecidas nos artigos 39º e 40º da Lei nº 25/2008, salientando-se o dever de comunicação destas autoridades de supervisão à PGR e à UIF, sempre que tenham conhecimento ou suspeitem de factos susceptíveis de configurar a prática do crime de branqueamento de capitais ou de financiamento de terrorismo. Sobre as autoridades de supervisão impende ainda o dever de cooperar com as Autoridades Europeias de Supervisão, nos moldes estabelecidos no artigo 40º- A.

E. Informação e estatística:

Os artigos 41º a 44º da Lei nº 25/2008, estipulam formas de articular informação entre a UIF, as entidades sujeitas e as entidades de supervisão e fiscalização, bem como a existência de dados estatísticos actualizados relativos ao número de transacções suspeitas comunicadas e respectivo encaminhamento, por forma, a permitir um conhecimento mais profundo do fenómeno, das suas interligações e dos procedimentos utilizados.

F. Regime contra-ordenacional:

O incumprimento dos deveres previstos nesta Lei é, na sua essencialidade, responsabilizado contra-ordenacionalmente. Esta opção do legislador tem suscitado algumas críticas de alguma doutrina que defende que a criminalização do incumprimento dos deveres, mormente do dever de comunicação, teria um efeito persuasivo mais eficaz. Por outro lado, existe uma posição que defende que as sanções acessórias e as molduras previstas para as coimas podem ser uma reacção suficiente e adequada perante o incumprimento dos deveres. A negligência é sempre punível, nos termos do artigo 47º e tanto o procedimento contra-ordenacional, como as coimas e sanções acessórias aplicadas prescrevem no prazo de 5 anos.

G. Infracções disciplinares:

Quando o incumprimento de deveres seja relativo a advogados e solicitadores é susceptível de gerar responsabilidade disciplinar ao invés de responsabilidade contra-ordenacional. As infracções praticadas por advogados e solicitadores que os podem fazer incorrer em responsabilidade disciplinar, poderão resultar na aplicação das penas disciplinares previstas nos artigos 58º e 59º da Lei nº 25/2008.

2.2.2. Artigo 368º-A do Código Penal

A. O **tipo legal** do branqueamento de capitais está previsto no artigo 368º-A do Código Penal, cujo teor se reproduz:

1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de 2 a 12 anos - Rect. n.º 45/2004, de 05 de Junho.

3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

4 - A punição pelos crimes previstos nos n.os 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores.

5 - O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada – Alteração introduzida pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro - 23ª ALTERAÇÃO AO CP [A redacção anterior decorrente da Lei nº 11/2004 dispunha: «O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada, salvo se as vantagens forem provenientes dos factos ilícitos típicos previstos nos art. 172.º e 173.º»].

6 - A pena prevista nos ns 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

O branqueamento de capitais é um crime derivado, de segundo grau ou de conexão e encontra-se matricialmente ligado à prática de outra infracção. Não obstante, a punição do branqueamento de capitais não depende da efectiva punição pelo facto precedente, apenas se exige que as vantagens sejam provenientes de um facto ilícito típico, definido pela lei, mesmo que não culposos e puníveis. O que interessa é apenas a prova da prática do facto correspondente à infracção principal e não a condenação por ela. Assim, não releva a situação de inimputabilidade penal do agente, prescrição, morte ou tão só a impossibilidade de determinar quem o praticou.

Na definição dos factos típicos ilícitos a norma do artigo 368º-A prevê, por um lado, um catálogo de infracções e, por outro lado, uma cláusula geral que abrange vários tipos legais de ilícitos, tendo por base a moldura abstracta aplicável. Actualmente são considerados como factos ilícitos típicos subjacentes os crimes que constam do nº 1 *supra* transcrito. Para além destas infracções comete o crime de branqueamento de capitais quem dissimular as vantagens resultantes de qualquer facto ilícito típico, punível com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos.

No que concerne ao *agente*, o crime de branqueamento de capitais pode ser cometido por pessoas singulares e por pessoas colectivas, nos moldes estabelecidos no artigo 11º, nºs 1, 2 e 3, do CP.

Relativamente às *modalidades de acção*, VITALINO CANAS²² entende tratar-se de um crime de mera actividade e não de resultado, por isso só cometido por via de acção. P. PINTO ALBUQUERQUE²³ distingue as condutas típicas salientando que as operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação são crimes de resultado e as operações de auxílio e facilitação são crimes de mera actividade.

Estamos perante um *crime de perigo abstracto*, na medida em que pode não haver lesão efectiva do bem jurídico protegido e não se exige a verificação concreta de um perigo real para o bem jurídico. Neste sentido VITALINO CANAS E P. PINTO DE ALBUQUERQUE.

B. Bem jurídico

O tipo legal está inserido no capítulo relativo aos crimes contra a realização da justiça.

Não existe unanimidade na doutrina acerca do bem jurídico tutelado no crime de branqueamento, mas é dificilmente sustentável defender que o bem jurídico tutelado pelo branqueamento de capitais é similar ao do crime primário, atenta a diversidade destes e porque quando é praticado o facto precedente, o bem jurídico respectivo já foi lesado, mesmo que não se verifique o branqueamento.

Entende a maioria da doutrina que o bem jurídico tutelado é o da administração da justiça. Neste sentido P. PINTO DE ALBUQUERQUE que especifica que se trata da administração da justiça, na sua particular vertente, da perseguição e confisco pelos tribunais dos proventos da actividade criminosa. VITALINO CANAS defende que também se visa tutelar o adequado funcionamento das estruturas políticas e a estabilidade, a transparência e a credibilidade da economia e do sistema financeiro, concluindo que se tratará de um crime pluriofensivo cuja tipificação visa a tutela de uma multiplicidade de bens jurídicos, sendo também, mediata ou imediatamente, tutelado o bem jurídico da boa administração da justiça.

C. Tipo objectivo do ilícito

²² CANAS, Vitalino - O crime de branqueamento. Regime de prevenção e de repressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

²³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, Comentário ao Código Penal, UCE, pág. 950 a 960.

O tipo objectivo consiste nas acções de:

(1) Converter,

(2) Transferir,

(3) Auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, ou

(4) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos. Para se preencher o tipo objectivo do nº 3 não basta referir, por exemplo, o depósito em conta própria de vantagens provenientes de um crime de tráfico estupefacientes, sendo necessário alegar factos que permitam extrair a conclusão que, dessa forma, se está a dissimular ou a ocultar a sua verdadeira origem.

É irrelevante o local do cometimento do crime precedente, pois a punição tem lugar mesmo que o facto precedente tenha sido cometido fora do território nacional ou se desconheça o local do seu cometimento – cfr. nº 4 do artigo 368º-A.

D. Tipo subjectivo do ilícito

O tipo subjectivo previsto no nº 2 inclui um elemento subjectivo específico: a intenção de dissimular a origem ilícita da vantagem ou a intenção de evitar que o autor ou participante das infracções previstas no nº 1 seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal. Aqui revela-se suficiente que o agente saiba, à data da prática da operação de branqueamento, que a vantagem provém de um dos crimes previstos no nº 1.

A prática do crime em referência, exigindo que o agente conheça a proveniência ilegítima da vantagem, na conduta típica prevista, tanto no nº 2 como no nº 3 é incompatível com a mera representação como possível do resultado proibido, não sendo admissível o dolo eventual, onde o elemento da vontade não se perfila frontalmente – neste P. PINTO DE ALBUQUERQUE. Contra VITALINO CANAS, que entende que o desaparecimento da expressão "*quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação...*", significa que passa a ser possível o dolo eventual sobre a proveniência dos bens. Pode assim o agente representar como possível, que os bens provêm da prática de factos típicos ilícitos e mesmo assim praticar as condutas típicas, conformando-se com tal possibilidade.

E. Tentativa

VITALINO CANAS entende que a *tentativa* é punível nos termos do preceituado no artigo 23º do Código Penal. P. PINTO ALBUQUERQUE distingue as situações de operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação em que a tentativa é punível, das condutas de auxílio

ou facilitação de operações de conversão ou transferência em que defende não ser admissível a punição por tentativa.

JORGE GODINHO, citado por Vitalino Canas, sustenta que se houver hipóteses, em que, da prática de actos preparatórios do facto ilícito típico subjacente resultem já vantagens, poderá haver branqueamento, não sendo essencial que o facto ilícito típico subjacente tenha atingido o estágio da consumação.

F. Comparticipação

Não há especificidades neste âmbito, uma vez que estamos perante um crime comum, podendo o crime ser cometido por qualquer pessoa incluindo o autor ou participante no crime precedente.

G. Concurso

As posições doutrinárias e jurisprudenciais²⁴ maioritárias defendem que um agente pode e deve ser condenado pela prática de um crime, dito principal ou precedente de que obteve vantagens económicas ou financeiras, em concurso efectivo, pelo crime de branqueamento das vantagens resultantes dessa mesma infracção, tendente a dissimular a sua origem ilícita, atenta a diversidade dos bens jurídicos protegidos pelo branqueamento de capitais e pelo facto principal. A tese do concurso efectivo consolidou-se com a tomada de posição expressa pelo legislador, na Lei nº 11/2004, ao fazer constar, no tipo legal inserido no Código Penal, a nova redacção, que veio dispor *expressis verbis* que as vantagens ilícitas em causa no crime de branqueamento de capitais podem ter sido «obtidas por si ou por terceiro».

VITALINO CANAS refere a propósito daquela expressão que, com a sua inserção, *pretende-se significar que pode cometer o crime de branqueamento em concurso real quem é autor ou participante do facto ilícito típico subjacente*". Também P.PINTO DE ALBUQUERQUE entende que há uma relação de concurso efectivo (real) entre o crime de branqueamento e o crime precedente, quando o crime de branqueamento tenha sido cometido pelo autor ou participante no crime precedente. Também A. HENRIQUES GASPAR, LOURENÇO MARTINS e J. DIAS DUARTE citados por Pinto de Albuquerque sufragam a tese do concurso efectivo.

JORGE GODINHO²⁵ apesar de concordar, que a redacção de 2004, tem o significado de que o agente do crime de branqueamento pode e deve ser punido em concurso efectivo com o crime precedente, defende que deve ser rejeitada a pretensão de resolver o problema atentando apenas na diferenciação de bens jurídicos, porque essa é uma postura de exacerbado normativismo e, propugna que a questão a colocar é a de saber se, o facto principal em consideração abrange o facto posterior, de modo que este se deva considerar já compreendido na pena daquele — e, neste sentido, «co-punido», em nome de considerações que variam de caso para caso e que não são de

²⁴ Acórdão do TRP 21.03.13:

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/709e23481fb5eec580257b4e003a2893?OpenDocument&Highlight=0,branqueamento>.

²⁵ GODINHO, Jorge A. F. «Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes» Revista da Ordem dos Advogados. - Lisboa: O.A., 1941 - - A. 71, n.º 1 (Jan./Mar. 2011), p. 71-110.

fácil generalização. P.SOUSA MENDES²⁶ e outros, defendem que o concurso que intercede entre o branqueamento e o crime subjacente só pode ser aparente ou de normas, nunca efectivo ou de infracções porque, *in casu*, o concurso aparente é imposto pela circunstância de o branqueamento ser um crime de conexão, o que faz, no seu entender, com que seja consumido pelo crime subjacente praticado pelo mesmo agente.

Na jurisprudência²⁷, o Acórdão n.º 566/04, processo nº 675/04, 1ª Secção (ARTUR MAURÍCIO) do Tribunal Constitucional, abordou a questão num aresto relativo ao concurso entre tráfico de droga e branqueamento de capitais, tendo decidido que não há violação do princípio *ne bis in idem* na punição do mesmo agente pelos dois crimes em concurso efectivo, por serem distintos os bens jurídicos. No mesmo sentido se pronunciou o Acórdão do STJ nº 13/2007, que fixou jurisprudência sobre esta questão, no âmbito da legislação anterior, nos seguintes termos: *Na vigência do art. 23º do DL n.º 15/93, de 22.01, o agente do crime p. e p. pelo art. 21º, nº 1, do mesmo diploma, cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu nº 1, cometeria os dois crimes, em concurso real.*

PEDRO CAEIRO²⁸ salienta que a redacção do artigo 368º-A do CP apenas esclarece que o autor do facto precedente também pode ser autor do crime de branqueamento, mas não resolve, por si só, a questão do concurso de infracções. Analisando a menção a *concurso real* efectuada no Ac. STJ nº 13/2007, conclui que aquela referência, deve ser entendida como referindo *concurso de crimes* (e não um fenómeno de unidade de lei), cabendo ao juiz do caso avaliar se se trata, em concreto, de um "concurso de crimes efectivo", punível segundo as regras do artigo 77º CP ou de um "concurso de crimes aparente", por força de uma relação de consumpção que leva à condenação por um único crime, servindo o crime dominado como factor de agravação da pena concreta.

3. A investigação do crime de branqueamento

3.1. O branqueamento de capitais – dificuldades na investigação

Quais as transferências de capitais que envolvem operações de branqueamento dos resultados do crime? Qual a dimensão do fenómeno do branqueamento?

Tal como já aflorámos o branqueamento tem origem, muitas vezes, nos recursos monetários de grandes organizações criminosas, nomeadamente aquelas que estão relacionadas com o tráfico de estupefacientes, de armas ou de pessoas e que, através dessa grande disponibilidade de dinheiro, chegam a controlar importantes sectores da economia em

²⁶MENDES, Paulo de Sousa et al. - A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais? in ROA, ano 68, II/III (Setembro/Dezembro de 2008), pp. 795-810.

²⁷<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040566.html>;
<http://dre.pt/pdf1sdip/2007/12/24000/0890308914.PDF>.

²⁸CAEIRO, Pedro - A consunção do branqueamento de capitais pelo facto precedente, in AA.VV., Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias vol. III, Coimbra: Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2010.

determinados locais. Nas palavras do Prof. Faria Costa²⁹, está-se defronte de uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capital para, desse jeito, directa ou mediatamente, aumentar também o poder da organização.

Numa era de globalização e desmaterialização, em que as transacções comerciais são feitas através de um clique e em que a mobilidade de capitais significa um contributo para a revitalização da economia de que não se pode prescindir, fácil é de perceber que a investigação criminal neste domínio exige muitos passos e recursos técnicos, considerando os sofisticados esquemas financeiros utilizados e a transferência de dinheiro para outros países, com distintos ordenamentos jurídicos. A par das exigências de conhecimentos técnicos coexistem a falta de equipamentos e de meios humanos especializados.

Mas o branqueamento não se circunscreve à criminalidade organizada. Pode surgir de um fenómeno isolado, levado a cabo, por exemplo, através de uma estrutura empresarial, em virtude da prática de fraude fiscal ou derivar de uma dissimulação do pagamento de corrupção. Estamos assim perante realidades díspares, as quais importa atender aquando da realização da investigação. Outra dificuldade, com que frequentemente se depara, advém do facto de os autores serem muitas vezes indivíduos bem colocados, acrescentando uma pressão externa que rodeia este tipo de investigação.

3.2. Tipologias de branqueamento de capitais

O branqueamento é um processo mais ou menos complexo e dinâmico, que tem como objectivo a ocultação de bens, capitais ou produtos, com a finalidade de lhes dar uma aparência final de legitimidade e é identificado por tipologias, que consistem nos métodos, já conhecidos ou identificados, utilizados para se branquear o produto de crimes. O sector bancário e financeiro é, por regra, aquele de onde se extraem mais formas de branqueamento de capitais, desde logo, porque as instituições bancárias têm, ao lado de outras instituições já elencadas, o dever de identificar e comunicar as operações suspeitas, mas também, pelo risco acrescido que esta actividade apresenta, uma vez que é essencialmente dinheiro que os agentes do crime procuram branquear. Cada uma das inúmeras possibilidades de branquear activos pode-se transformar numa tipologia, desde que repetida com uma certa estabilidade. Os *depósitos em numerário* continuam a ser uma das formas mais detectada no branqueamento. Conforme já se aflorou a propósito da criminalidade organizada, geradora de elevados montantes, a adaptação e inovação é permanente, também no que concerne a novas formas de branquear os proventos do crime. Esta mutação e a invisibilidade são uma das principais dificuldades no *follow the money*, imprescindível na investigação e também na existência de uma certa previsão dos acontecimentos que permita uma acção mais preventiva.

²⁹ Ob. citada, página 306.

3.3. Fases do branqueamento de capitais

Na tentativa de delimitar as várias fases constitutivas do branqueamento o Grupo de Acção Financeira Internacional (FATF/GAFI), adoptou o chamado “modelo das três fases”, que consistem em:

Colocação (*placement*): os bens e rendimentos são colocados nos circuitos financeiros e não financeiros através, por exemplo, de depósitos em instituições financeiras ou de investimentos em actividades lucrativas e em bens de elevado valor.

Circulação ou camuflagem (*layering*): os bens e rendimentos são objecto de múltiplas e repetidas operações, com o propósito de os distanciar ainda mais da sua origem criminosa, eliminando qualquer vestígio sobre a sua proveniência e propriedade. A circulação implicará um conjunto de procedimentos que provoquem grande rotatividade de titularidade dos bens, com vista ao maior afastamento possível entre a sua origem e forma de obtenção e aquele que finalmente ficará na posse dos mesmos.

Integração (*Integration*): os bens e rendimentos, já reciclados, são reintroduzidos nos circuitos económicos legítimos, mediante a sua utilização, por exemplo, na aquisição de bens e serviços. A terceira fase, constitui-se com a integração dos bens e/ou dos valores na esfera patrimonial do criminoso a quem os valores são devidos. Completa-se quando os bens ou valores ilícitos surgem com a aparência de lícitos e são usados livremente pelo criminoso, à frente de todos.

3.4. O Ministério Público e a Investigação - métodos especiais de investigação criminal e meios de obtenção de prova

Nos termos do artigo 219º da Constituição da República Portuguesa e do próprio Estatuto do M.P., cabe ao Ministério Público exercer a acção penal, orientada pelo princípio da legalidade. Após a notícia de factos com relevância criminal, o Ministério Público inicia o respectivo inquérito, no âmbito do qual realiza as diligências investigatórias tidas por pertinentes, para apurar de que forma ocorreram os factos, quem foram os seus autores, recolhendo a prova que, a final e sendo caso disso, sustentará a acusação.

No domínio do branqueamento de capitais pode suceder que o Ministério Público³⁰ tenha conhecimento de factos susceptíveis de enquadrar tal ilícito criminal, através do cumprimento do dever de comunicação que cabe às entidades elencadas na Lei nº 25/2008, com os pressupostos acima aduzidos.

O crime de branqueamento de capitais é de competência reservada da Polícia Judiciária, de acordo com o artigo 7º, nº 2 alínea i), da Lei de Organização da Investigação Criminal – Lei 49/08, de 27.08. A Unidade de Informação Financeira (UIF) é o departamento central da Polícia Judiciária competente para recolher, centralizar, tratar e difundir, a nível nacional, a

³⁰ Circular nº 11/2014 da PGR, disponível em http://www.pgr.pt/Circulares/textos/2004/2004_11.pdf.

informação respeitante à prevenção e investigação dos crimes de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, financiamento do terrorismo e dos crimes tributários, assegurando, no plano interno, a cooperação e articulação com a autoridade judiciária, com as autoridades de supervisão e de fiscalização e com as entidades financeiras e não financeiras, previstas na Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, e, no plano internacional, a cooperação com as unidades de informação financeira ou estruturas congéneres.

Para fazer face às dificuldades *supra* elencadas, os Estados viram-se obrigados a recorrer, no âmbito da criminalidade económico-financeira e da criminalidade organizada, em sede de investigação criminal, a métodos mais sofisticados que, pese embora mais *invasivos*, se coadunam com a legalidade da recolha de prova, desde que sejam indispensáveis e proporcionais aos factos em investigação, se respeitem as normas processuais e se convoque a intervenção do JIC quando estejam em causa os direitos e liberdades. Ao nível da legislação interna importa evidenciar as normas jurídicas e diplomas fundamentais que são relevantes no domínio da prevenção, investigação e punição do crime de branqueamento de capitais:

1. Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro³¹ - Adopção de medidas de combate à criminalidade económico-financeira, nomeadamente a possibilidade de acções de prevenção relativamente a infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional. Sempre que, no decurso dessas acções surjam elementos que indiciem a prática de crime, é instaurado o respectivo processo criminal – *vide* artigos 1º e) e 3º, nº 1.

2. Lei nº 5/2002, de 11.01³², consagra um regime especial de recolha de prova, através de regras sobre quebra do segredo a que estão obrigadas certas pessoas e instituições, controlo de contas bancárias, (possibilidade de serem prestadas informações bancárias a solicitação da entidade judiciária, mediante despacho fundamentado – artigo 79º, alínea d) do RGICSF, na redacção introduzida pela Lei n.º 36/2010 de 02.09) recolha de registo de som e imagem sem o consentimento do visado. Consagra ainda a perda de bens a favor do Estado e respectivo processo no contexto da repressão aos tipos de ilícito, englobados no artigo 1º, designadamente o branqueamento de capitais, estabelecendo um regime estruturado e congruente, em relação à perda ampliada de produtos que possam presumir-se resultantes de actividade criminosa – *cfr.* artigos 7º a 12º da Lei 5/2002 e 111º do Código Penal.

3. Lei nº 101/2001, de 25 de Agosto³³, sobre acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.

4. Artigos 356.º e 357.º do Código Processo Penal admitem, mediante determinados requisitos, a utilização, em julgamento, de um novo regime de produção de prova e de reprodução ou leitura de declarações.

³¹Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=145&tabela=leis.

³² Disponível em:

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=147&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.

³³ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=89&tabela=leis.

No âmbito deste tipo de investigação, o Ministério Público deverá assumir a efectiva direcção do inquérito, porquanto e, sem prejuízo da autonomia técnica do órgão de policia criminal incumbido da investigação, será fulcral a escolha do momento certo para a obtenção dos meios de prova mais adequados ao caso concreto, mormente a recolha de prova testemunhal ou as declarações do arguido, bem como o eventual recurso à cooperação judiciária, às acções encobertas ou a intervenção do Gabinete de Recuperação de Activos.

3.5. A cooperação judiciária internacional

Para combater o branqueamento de capitais e a sua dimensão internacional é essencial assegurar uma efectiva cooperação judiciária internacional, pois que, sem uma estreita articulação entre organismos internacionais e europeus, será inexecutável a actividade de prevenção e repressão do branqueamento e das infracções subjacentes. Sem nos debruçarmos em pormenor sobre os institutos basilares da cooperação judiciária (a extradição, o auxílio judiciário, a transferência de pessoas condenadas e a transmissão de processos penais), por se revelar inexecutável abordá-los neste âmbito, importa salientar a importância nesta matéria da Convenção de Viena e a Convenção de Palermo contra a criminalidade organizada transnacional, que dispõe as principais medidas adoptadas sobre cooperação judiciária.

Importa também referir alguns mecanismos que se poderão revelar primaciais na investigação do branqueamento, atenta a sua repercussão europeia e internacional e as suas fases de desenvolvimento que podem ocorrer em países distintos, não sendo despidendo recordar que o facto precedente pode ter sido cometido fora do território nacional.

O Mandado de Detenção Europeu³⁴ introduzido no ordenamento jurídico interno através da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto, permite a detenção e entrega por outro Estado membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade e pode ser emitido por factos puníveis, pela lei do Estado membro de emissão, com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a 12 meses ou, quando tiver por finalidade o cumprimento de pena ou de medida de segurança, desde que a sanção aplicada tenha duração não inferior a 4 meses.

A EUROJUST³⁵ é uma unidade de cooperação judiciária, com intervenção privilegiada para a criminalidade grave, nomeadamente os relacionados com os crimes identificados como prioritários pelo Conselho da União Europeia, em que se inclui o branqueamento de capitais. Apoia a cooperação entre Portugal e países terceiros, estimula a cooperação entre as autoridades nacionais e coopera na fase de investigação e em julgamento. Também responde a pedidos de auxílio apresentados pelas autoridades nacionais competentes dos Estados-Membros, designadamente através da preparação e agilização de pedidos, considerando as

³⁴ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=298&tabela=leis

³⁵ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=297&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo

=

diferentes características de cada país. Tem ainda como competências facilitar a execução de instrumentos judiciais internacionais tais como o Mandado de Detenção Europeu, e presta auxílio financeiro e logístico às Equipas de Investigação Conjuntas.

A Lei nº 74/2009, de 12.08³⁶, possibilita o intercâmbio de dados e informações de natureza criminal entre autoridades dos Estados-Membros da União Europeia, estabelecendo o prazo de 8 horas para o fornecimento dos dados, realizado através dos Gabinetes Sirene, Interpol e Europol.

A Lei nº 25/2009, de 05.06³⁷, estabelece o regime jurídico da emissão e transmissão, pelas autoridades judiciais portuguesas, de decisões de apreensão para efeitos de recolha de elementos de prova ou de subsequente perda de bens no âmbito de um processo penal, tendo em vista o seu reconhecimento e execução em outro Estado membro da União Europeia. A decisão deve ser traduzida na língua do Estado da execução, assinada e certificada pela autoridade judicial que ordena a medida.

3.6. Perda de vantagens do crime

Uma das características principais da criminalidade actual, especialmente da criminalidade organizada, é a da sua vocação para gerar elevados proventos económicos, o que aliás, consiste no seu principal objectivo.

Por isso, neste tipo de criminalidade é indispensável a apreensão e a perda de vantagens decorrentes dessas actividades criminosas, na medida em que, a privação dos lucros derivados da actuação criminosa terá, possivelmente, maior poder dissuasor do que a restrição da liberdade pessoal. Para que isso se concretize importa que, lado a lado, com a aplicação das penas criminais adequadas ao caso concreto, os condenados sintam o abalo económico resultante da perda em favor do Estado ou das vítimas dos bens ou produtos que hajam obtido.

Essa "possibilidade" tem sido evidenciada, quer nos principais instrumentos internacionais produzidos no seio da O.N.U., quer nos que derivam do direito europeu, designadamente no artigo 5º, nº 7, da Convenção de Viena, artigo 12º, nº 7, da Convenção de Palermo, na Recomendação nº3 do GAFI, no artigo 3º da Convenção de Varsóvia e na Decisão-quadro 2005/212/JAI do conselho, de 24.02.2005.

Também entre nós, a constatação da importância dessa forma de actuação determinou a Procuradoria-Geral da República a candidatar-se a um programa da União Europeia, no âmbito do qual foi desenvolvido o projecto «Reforço da recuperação de activos, em particular no

³⁶ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1542&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

³⁷ http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1346&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=

quadro do combate à criminalidade grave susceptível de gerar proventos substanciais - Projecto FÉNIX»³⁸.

A Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho criou e estabeleceu a competência do Gabinete de Recuperação de Activos e foi criado, junto do Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos da Justiça (IGFEJ), o Gabinete de Administração de Bens – cfr. art. 10.º a 18.º da Lei n.º 45/2011 e art. 9.º da Portaria n.º 391/2012, de 29.11.

Assim, para além da perda de bens entendida como a modalidade tradicional de perda ou confisco, que se verifica relativamente aos benefícios resultantes de um crime cuja prática um tribunal der por provada, existe a modalidade de **perda ou confisco alargado**, que ocorre relativamente aos benefícios ou activos de uma conduta criminosa genérica e pregressa, mesmo que não haja prova concreta da ligação entre os dois termos. A perda ampliada de bens só se poderá verificar, se o arguido for condenado por um dos crimes previstos no nº 1 do art. 7º da Lei nº 5/2002 e desde que não se demonstre que a origem desses bens foi lícita.

Para isso o Ministério Público terá de demonstrar que, para além desse crime se inserir numa determinada actividade criminosa continuada, dela resultaram um conjunto de bens que, por não serem consentâneos com o rendimento normal do arguido, deverão presumir-se como proventos daquela, sem necessidade de comprovação de um claro nexos de causa e efeito entre ambos. No entanto, sempre se terá de fazer a prova dos factos subjacentes à presunção, mormente qual o património do arguido anterior e posterior aos factos e a falta de ligação entre o rendimento lícito e o património existente.

3.7. A prova indiciária

A crescente complexidade e opacidade dos fenómenos criminais que hoje se perfilam não exigirá maior elaboração no acto decisório, maior ousadia sentencial?

Esta questão é-nos deixada por Euclides Dâmaso Simões³⁹ defendendo, na resposta encontrada, que *tem de se encetar um movimento de ultrapassagem dos rígidos cânones de apreciação da prova, que leve descomplexadamente à assunção dos critérios da “prova indirecta, indiciária ou por presunções” como factores válidos de superação do “princípio da presunção de inocência”*⁴⁰.

³⁸ Disponível em <http://fenix.pgr.pt> – Pedro Caeiro salienta que o Projecto Fénix é uma iniciativa meritória, na intenção, porque pretende afrontar um problema candente na política criminal contemporânea, no método, porque os produtos do projecto abordam a questão de forma adequada, focando-se com realismo, nas práticas e na operacionalidade dos dispositivos legais e, no resultado, porque condensa as melhores práticas relativas à recuperação de activos de origem criminosa – *in Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Nº 2, (Abril - Junho 2011), pág. 268.

⁴⁰ SIMÕES, Euclides Dâmaso – Prova Indiciária, (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente), Revista Julgar nº 2, 2007.

Acentua o mesmo autor que o paradigma das dificuldades probatórias é o crime de branqueamento de capitais, bens e produtos do crime. *Pela sua própria natureza, que pode ultrapassar os tradicionais três estádios de colocação, ocultação e integração, e pelo acréscimo de complexidade e opacidade que as novas tecnologias ao serviço da actividade financeira e a existência de zonas “off shore” propiciam. Tais dificuldades agudizam-se sobremaneira quando se trata de resolver a decantada questão da prova do crime principal, precedente ou subjacente ao branqueamento, isto é, a prova de que ocorreu um dos crimes do vasto catálogo tipificado pela generalidade das legislações nacionais.*

Neste tipo de criminalidade em que não existem provas directas, os indícios apresentam uma importância fulcral, exigindo uma maior elaboração no acto decisório, através de um esforço lógico-jurídico, intelectualmente necessário, retirando dos factos conhecidos as ilações que se ofereçam como evidentes ou como razoáveis, firmando-as como factos provados. O afastamento de uma visão rígida e estanque sobre a existência ou não de indícios e sobre a indispensabilidade da prova directa, é essencial, na actualidade, face aos novos tipos de criminalidade e formas da sua execução, para que, não se gere impunidade.

Cientes dessas dificuldades, os mecanismos internacionais, dispõem que, a prova directa pode ser suficiente para o juízo de certeza sobre determinados elementos de acções cuja criminalização recomendam. Tal sucede com a Convenção de Viena e também consta da Directiva 2005/60/CE que dispõe, no seu artigo 1º n.º 5, que *o conhecimento, a intenção ou a motivação, que devem ser um elemento das actividades referidas nos nºs 2 e 4, (actividades descritos como devendo ser criminalizadas a título de branqueamento de capitais) podem ser inferidos a partir de circunstâncias factuais objectivas.*

Refere ALBANO PINTO que o Ministério Público, ao formular a acusação, não pode deixar de ponderar, pelo menos, nos casos mais complexos, em que, inequivocamente, se incluem os da criminalidade económico-financeira, a estratégia de verter nela todos os factos que, embora não sendo constitutivos ou incriminadores, revestem potencialidade para permitir o juízo positivo sobre a verificação destes, face à sua presumível eficácia probatória.

Salienta a jurisprudência espanhola, os Acórdãos do STJ de 03-12-2009 e o acórdão da TRL de 29.03.2011, no decurso do qual o Ministério Público teve o cuidado de narrar, na acusação, outros factos probatórios como, a frequência e os montantes mensais de cada depósito, os gastos anuais do casal, os montantes declarados para efeitos de IRS, o conhecimento por parte da arguida do não exercício de qualquer actividade profissional por parte do companheiro e a colocação de todos os bens adquiridos em nome da mesma⁴¹.

⁴¹ PINTO, Albano - *Especificidades na determinação e articulação dos factos no âmbito da criminalidade económico-financeira*, Revista do CEJ, nº 16, pág. 237-284. Este autor apresenta como exemplos de factos que devem constar na acusação por branqueamento de capitais: a existência de sociedades "fantasmas", a existência de sociedades legais a que o arguido esteja ligado, nomeadamente, através de transferência do seu património para elas e suas relações, sobretudo, ao nível da circulação dos fluxos financeiros, a utilização de indivíduos desconhecidos ou indigentes como responsáveis de sociedades interpostas na actividade investigada e a ser descrita na acusação, a existência de beneficiários desconhecidos de importâncias em dinheiro, as transferências frequentes de dinheiro sem justificação aparente, a frequente utilização de dinheiro nos pagamentos, a inexistência de relações comerciais que justifiquem os movimentos de dinheiro, a efectivação de depósitos bancários em montantes fraccionados, a ocorrência de trocas sistemáticas e

O juízo de inferência alicerçado na prova indiciária é, constituído por uma pluralidade de indícios alcançados através de prova directa, que não perderam força creditória pela presença de outros contra-indícios que pudessem ter neutralizado a sua força probatória. Isto é, através de uma série de indícios plenamente comprovados através de prova directa, indícios esses conexiados entre si, reforçando-se mutuamente, alcança-se o juízo de inferência, que não pode ser ilógico ou arbitrário, mas que conflui numa conclusão natural, atentas as regras da experiência e da normalidade.

O caminho a trilhar na investigação deste tipo de ilícito será certamente sinuoso, mas a possibilidade de se perspectivar uma decisão judicial, sustentada na prova indiciária, com o seu grau superior de rigor e exigência, mas essencial para que a impunidade não prevaleça, com as consequências que isso acarretaria também ao nível da recuperação de activos, deixamos calcar esse caminho com uma expectativa optimista.

*Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.*

Fernando Pessoa, através do seu heterónimo Ricardo Reis

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ao Código Penal*, UCE, p. 950-960.
- ALMEIDA, José Miguel – *O mercado bolsista e o branqueamento de capitais*, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais. - S.3 n. especial temático (2004), p. 39-48.
- BRAGUÊS, José Luís - O Processo de Branqueamento de Capitais [retirado de <http://www.gestaodefraude.eu/wordpress/wp-content/uploads/2009/02/wp0021.pdf>].

contínuas de dinheiro, a verificação de operações ou negócios simulados, o recurso a paraísos fiscais, a compra e venda de imóveis, apesar do não exercício da respectiva actividade, a falsificação de documentos (v.g., contabilísticos ou de identidade), a criação de contabilidades paralelas, a destruição intencional de registos e livros de contabilidade, a chamada "circulação de papel" (facturas falsas), a cobrança em montantes elevados de comissões, a circulação de cheques sobre o estrangeiro, sem motivo aparente, a incapacidade dos arguidos para, com os rendimentos tidos como lícitos, adquirirem os bens ou, no caso de recurso a empréstimos, satisfazerem a taxa de esforço necessária ao pagamento destes, a constituição do seu património do ponto de vista da fácil deslocação dos bens.

- BORGES, Pedro – *A actividade seguradora e o branqueamento de capitais*, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais. - S.3 n. especial temático (2004), p. 49-54.
- CAEIRO, Pedro - *Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, Nº 2, (Abril - Junho 2011), p. 267 - 321.
- CAEIRO, Pedro - *A consunção do branqueamento de capitais pelo facto precedente*, in AA.VV., Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias (org.: Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa), vol. III, Coimbra: Universidade de Coimbra/Coimbra Editora, 2010, p. 187-222.
- CANAS, Vitalino - *O crime de branqueamento. Regime de prevenção e de repressão*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- CONDE, Francisco Muñoz, *Problemas de autoria y participación en el derecho penal económico*, Revista Penal, p. 59-97.
- COSTA, Jorge - *O branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo: algumas notas sobre a experiência portuguesa*, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais. - S.3 n.6 (Julho - Dez 2005), p. 189-205.
- COSTA, José de Faria - *O branqueamento de capitais*, in AA.VV., Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários, vol. II, Coimbra, 1999, p. 301-320.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - *O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, A.22, Nº 3, (Jul-Set 2012), pág. 521 a 543.
- DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal, Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- FOLGADO, António - *Cooperação internacional no combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo:perspectivas*, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária Ciências Criminais - S.3 nº especial (2004), p.69-82.
- GODINHO, Jorge A. F. «*Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes*» Revista da Ordem dos Advogados. - Lisboa: O.A., 1941 - - A. 71, n.º 1 (Jan./Mar. 2011), p. 71-110.
- GONÇALVES, Manuel - *As Especificidades do Crime Económico*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, Nº 3, pág. 411 a 440.

- HASSEMER, WINFRIED - *Limites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada*, Ciências Criminais, 6, N.º 23.

- MENDES, Paulo de Sousa et al. - *A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?* in ROA, ano 68, II/III (Setembro/Dezembro de 2008), pp. 795-810.

- MUNÕZ, Nuria Pastor - *Tem o direito penal económico capacidade para fazer frente à nova realidade económica?* Revista Portuguesa de Ciência Criminal, A. 19, Nº 2 (Abril-Junho 2009), pág. 183-197.

- OLIVEIRA, J. Jesus – *A actividade financeira e a prevenção do branqueamento de capitais – perspectivas de articulação, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais.* - S.3 n. especial temático (2004), p. 17-26.

- PEDROSA, Sílvia – *Unidade de Informação Financeira, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais.* - S.3 n. especial 2004, p. 9-16.

- PINTO, Albano - *Especificidades na determinação e articulação dos factos no âmbito da criminalidade económico-financeira*, Revista do CEJ, nº 16, p. 237-284.

- PUIG, Santiago Mir - *O princípio da proporcionalidade enquanto fundamento constitucional de limites materiais do Direito Penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19 (Jan-Março 2009), Nº 1, p. 7-38.

- RAMOS, Maria Célia – *Desenvolvimentos recentes em matéria de prevenção do branqueamento de capitais*, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais. - S.3 n. especial temático (2004), p. 55-68.

- SIMÕES, Euclides Dâmaso - *A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais*, Revista portuguesa de ciência criminal. – Ano 16 n.3 (Julho - Set 2006), p. 423-474.

- SIMÕES, Euclides Dâmaso - *Fontes internacionais do regime jurídico de prevenção e repressão do branqueamento*, Polícia e justiça: revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais. - S.3 n.6 (Julho - Dez 2005), p. 177-188.

- SIMÕES, Euclides Dâmaso – *Prova Indiciária, (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente)*, Revista Julgar nº 2, 2007.

- SIMÕES, Euclides Dâmaso, TRINDADE, José Luís F. – *Recuperação de Activos: da perda ampliada à actio in rem*, Revista Julgar online, 2009, [Retirado de <https://sites.google.com/site/julgaronline/ajulgaronline/autores/descriptores/branqueamento-de-capitais>]

V. Vídeo da apresentação

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

Branqueamento de Capitais

Grupo 5

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 13:30**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/tcws1295g/flash.html>

CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Cláudia Sofia Pinto dos Santos Reis

I. Introdução. II. Objetivos. III. Resumo.

1. Enquadramento jurídico; 1.1. O conceito e o processo de branqueamento; 1.2. O processo legislativo; 1.2.1. Lei n.º 25/2008, 5 de junho – a lei do branqueamento; 1.2.2. O regime previsto no Código Penal.

2. Prática e gestão do inquérito; 2.1. Autoridades de prevenção, de investigação e de repressão; 2.2. Métodos e tipologias de branqueamento a ter em consideração na investigação criminal; 2.3. A recolha de prova; 2.4. As perícias; 2.5. O mandado de detenção europeu; 2.6. A perda de vantagens.

3. Dados estatísticos.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. V. Vídeo.

I. Introdução

O presente guia sobre “Branqueamento de Capitais – Enquadramento jurídico, prática e gestão do inquérito” está essencialmente dividido em dois títulos: um primeiro sobre o enquadramento jurídico e um segundo sobre a prática e gestão do inquérito.

O primeiro título inicia com uma breve abordagem ao conceito associado ao fenómeno do branqueamento, passando para as fases e o processo legislativo associado.

Dentro deste processo legislativo dá-se algum enfoque para a atual lei do branqueamento e o regime penal.

No segundo título dedica-se alguma atenção às autoridades de prevenção, repressão e de investigação do ilícito, os métodos e as tipologias adotadas, bem como a problemática relacionada com a recolha de prova, mais concretamente o regime especial de recolha de prova, as perícias, o mandado de detenção europeu e o regime de perda de vantagens a favor do Estado.

Por fim apresentam-se alguns dados estatísticos sobre o branqueamento de capitais.

II. Objetivos

Os principais objetivos do guia são:

– Proceder essencialmente a uma reflexão teórica sobre o crime de branqueamento de capitais, com a análise do principal diploma respeitante ao seu regime, de carácter eminentemente preventivo e repressivo, sem esquecer a caracterização do ilícito previsto no Código Penal;

- Efetuar uma reflexão sobre a prática e gestão do inquérito, essencialmente relacionado com a consideração dos seus métodos e a recolha de prova, a efetuar em sede de investigação criminal;
- Dotar os seus destinatários (em especial a autora do guia) de alguns conhecimentos sobre o tema, que com o seu humilde contributo espera e deseja que o mesmo sirva essencialmente para isso mesmo, ou seja, para conduzir num estudo mais aprofundado do fenómeno do branqueamento de capitais, prolixo em legislação e temas a abordar.

III. Resumo

O presente guia, como texto essencialmente didático, introduz o tema em estudo com a definição de branqueamento de capitais, descrevendo o seu processo e aludindo à evolução do quadro legal. Dentro deste quadro legal dá-se algum enfoque para a atual lei do branqueamento, prevista na Lei n.º 25/08, 5 de junho, que apresenta um regime preventivo e repressivo do fenómeno, consistindo, essencialmente, na imposição de um conjunto de deveres que incidem sobre várias atividades financeiras e não financeiras, indicando-se tais entidades e deveres.

Segue-se a análise do regime penal, previsto no artigo 368.º-A do Código Penal, com a caracterização do ilícito, através da passagem pelo consagrado nos vários números do preceito.

No segundo título indicam-se as autoridades (policial e judiciária) de prevenção, repressão e de investigação do ilícito.

O crime de branqueamento é considerado um crime económico extremamente difícil de investigar e provar; como tal, e porque importa ter tal circunstância sempre em mente durante a investigação criminal, referem-se alguns dos métodos e as tipologias adotadas, em especial no sistema financeiro.

Ao nível da investigação criminal propriamente dita, não se esquece de abordar: o regime especial de recolha de prova, previsto na Lei n.º 5/2002, 11 de janeiro; as ações encobertas, cuja possibilidade de recurso na investigação criminal do ilícito está consagrada na Lei n.º 101/2001, 25.08; as perícias, uma vez que a complexidade das operações e transações adotadas pelos branqueadores implica conhecimentos técnicos e meios humanos qualificados e adequados para o efeito; o mandado de detenção europeu, consagrado na Lei n.º 65/2003, de 23 de agosto; e o regime de perda de vantagens a favor do Estado, também consagrado na supra citada Lei n.º 5/2002.

No final, depois de transmitidos os traços essenciais do enquadramento jurídico, da prática e gestão do inquérito do crime de branqueamento de capitais, ficam alguns dados estatísticos sobre o mesmo.

1. Enquadramento jurídico

1.1. O conceito e o processo de branqueamento

A expressão “branqueamento de capitais” apareceu na década de 1920 nos EUA (*money laundering*) a propósito das estratégias americanas¹ de adquirir e explorar negócios legais (muitas vezes lavandarias), com o objetivo de misturar dinheiro adquirido licitamente com dinheiro proveniente de atividades ilícitas.

Em Portugal usa-se a expressão “*branqueamento de capitais*”, à semelhança da terminologia legal corrente usada em demais países e instrumentos internacionais; correspondendo grosso modo ao comportamento de encobrimento ou dissimulação, através de um conjunto de operações praticadas através do sistema económico, preferentemente o financeiro, da origem ilícita ou criminosa dos bens obtidos.

Para o autor Vitalino Canas, o que está em causa é “*um processo relativamente difuso (e não um ato isolado, ou um conjunto de atos bem delimitados) de ocultação ou dissimulação de recursos proveniente de atividades ilícitas. Falar-se de dinheiro, ou capitais é redutor, uma vez que podem estar em causa bens ou produtos de natureza diferente*”.²

Talvez, continua o mesmo autor, porque não indiferente a esta questão, a denominada lei do branqueamento³ tenha adotado a designação, no seu art. 1.º, “*branqueamento de vantagens de proveniência ilícita*”.

Já o artigo 368.º-A do Código Penal adota simplesmente a expressão “*branqueamento*”.

Todavia, independentemente desta controvérsia, a ideia a reter é essencialmente esta: trata-se de **um processo pelo qual se pretende esconder ou dissimular a origem criminosa de bens ou produtos obtidos mediante a prática de factos ilícitos, dando-lhes uma proveniência lícita.**

Tal processo de branqueamento é essencialmente composto por 3 fases distintas: colocação; circulação (ou camuflagem, para Vitalino Canas); e integração.

A primeira fase consiste na colocação dos bens, produtos ou capitais, que se pretendem branquear no sistema (ex.: colocação de dinheiro numa instituição bancária; jogos de fortuna ou azar, como casinos; comércio de bens de elevado valor, como jóias, antiguidades, automóveis topo de gama; comércio de imobiliário).

A segunda fase implica a realização de diversas operações de transformação ou de transferência de tais vantagens, com vista ao maior afastamento possível entre a sua origem e a forma de obtenção. Esta é a fase verdadeiramente nuclear já que é aqui que o processo do

¹ A mais conhecida foi a liderada por Al Capone.

² *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*, Lisboa, Almedina, 2004, pág. 13.

³ Inicialmente a Lei n.º 11/2004, 27.03, revogada pela Lei n.º 25/2008, 5 de junho, atualmente em vigor.

branqueamento assume maior expressão. Normalmente esta fase envolve uma multiplicidade de operações⁴, muitas vezes realizadas em mais do que um país, que dificulta grosso modo a tarefa da justiça e de investigação criminal.

Este processo completa-se na terceira fase, quando os bens ou valores ilícitos surgem com a aparência de lícitos (*lavados*) e são usados livremente pelos branqueadores, sem levantarem quaisquer dúvidas sobre a sua proveniência.

Quanto mais o criminoso avança no processo de branqueamento, quanto mais fases consegue alcançar, mais difícil se torna de detetar pelas autoridades competentes o processo em curso, devido ao facto das operações (maioritariamente financeiras) poderem multiplicar-se e sobrepor-se umas sobre as outras.

Assim, e conscientes do agravamento do fenómeno de branqueamento, facilitado, como se disse, pela globalização dos mercados financeiros, por implicar a utilização de meios sofisticados e envolver um vasto grupo de contactos e transações transfronteiriças, as organizações internacionais e os Estados têm vindo a criar e melhorar os mecanismos de combate ao mesmo, esforçando-se na adoção de legislação comum.

Nessa ideia de cerrar de fileiras e de harmonização legislativa podemos encontrar diplomas, convenções, leis que obrigam os diversos intervenientes do setor económico-financeiro a comunicar às entidades de prevenção de branqueamento de capitais qualquer ação atípica e suspeita desse processo.

Vejamos quais de seguida.

1.2 O processo legislativo

A primeira Convenção internacional a versar sobre esta matéria foi a Convenção Viena de 1988⁵ obrigando a criminalizar o branqueamento, contudo, apenas em caso de tráfico de droga (art. 3.º/b)); pouco tempo depois, em 1989, na Cimeira de Paris do G7, a criação do GAFI - *Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux/Financial Action Task Force on Money Laundering* – também reportava o crime precedente ao de tráfico de drogas; e a Convenção n.º 141 do Conselho da Europa de 8.11.1990, que determinou a criminalização do branqueamento a um número de crimes mais abrangente que a Convenção de Viena.

⁴ A dissimulação da origem da atuação é efetuada com recurso aos mais variados processos, designadamente: *off shoring banking*, empresas de fachada e negócios fictícios, contabilidade paralela em empresas com atividades regular.

⁵ Convenção das Nações Unidas contra Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, adotada em 19 de dezembro, assinada por Portugal em 13.12.1989, aprovada pela Assembleia da República através da Resolução n.º 29/91, 20.06.1991, publicada em 6 de setembro e ratificada pelo Presidente da República através do Decreto n.º 44/91.

Um ano depois, a Diretiva 91/308/CEE do Conselho 1991⁶, inspirada por tais Convenções, veio, no espaço europeu, definir exaustivamente o branqueamento de capitais, fazendo recair sobre os estabelecimentos de crédito e instituições financeiras um conjunto de deveres como forma de prevenir e combater o branqueamento de capitais (também provenientes do tráfico de drogas).

Em Portugal o branqueamento de capitais foi criminalizado pela primeira vez com o art. 23.º do D.L. n.º 15/93, 22.01⁷, como forma de dar cumprimento à obrigação decorrente da Convenção de Viena de penalizar o ilícito.

Alguns meses depois foi publicado o D.L. n.º 313/93, de 15-09, que transpôs a Diretiva 91/2308/CEE do Conselho, mantendo a tipificação do branqueamento que tivesse subjacente o crime de tráfico de estupefacientes.

Como se viu, numa primeira intervenção legislativa, o branqueamento de capitais reportava-se apenas ao crime precedente de tráfico de drogas. Porém, atualmente o branqueamento de capitais é transversal à maior parte dos crimes (desde que produzam ganhos ou lucros). Esse exemplo iniciou com o D.L. n.º 325/95, 2.12⁸, que acrescentou à lista dos crimes subjacentes: o terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, o rapto, lenocínio, a corrupção, demais infrações tipificadas na Lei n.º 36/94, 29 de setembro, tráfico de produtos nucleares, tráfico de pessoas, de órgãos ou tecidos humanos, pornografias de menores, tráfico de espécies protegidas, fraudes fiscais e demais crimes punidos com pena de prisão com limite máximo superior a 5 anos.

Atualmente, o crime de branqueamento de capitais é punido pelo Código Penal, no seu art. 368.º-A⁹. Este preceito abrange um vasto tipo de ilícitos precedentes, como sejam: lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e os factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos.

Em 2004 entra em vigor a Lei do Branqueamento - Lei nº 11/2004, de 27 de março – a qual transpôs, para o direito interno português, a Diretiva n.º 2001/97/CE, de 4 de dezembro, que veio estabelecer um regime essencialmente preventivo e repressivo do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita em vigor. Em 2005 e 2006, foram, porém, publicadas duas novas diretivas sobre a mesma questão: Diretivas nº 2005/60/CE do Parlamento Europeu e

⁶ Revista pela Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4.12.2001.

⁷ Reportado apenas ao crime precedente de tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. Veio a ser revogado pelo art.º 55.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 11/2004, lei esta que, no seu art. 53.º aditou ao Código Penal o art.º 368.º-A, que prevê e pune o “Branqueamento”.

⁸ Sucessivamente alterado por outros diplomas: Lei n.º 65/98, 2.09; D.L. n.º 275-A/2000, 9.11; Lei n.º 104/2001, 25.08, DL n.º 323/2001, 17.12 e Lei n.º 10/2002, 11.02.

⁹ Cfr. Lei n.º 11/2004, 27.03.

Conselho, de 26 de outubro e 2006/70/CE da Comissão, de 1 de agosto, que deram origem a uma nova Lei – a Lei n.º 25/08, 5 de junho - e à revogação da anterior.

Muitos outros instrumentos de direito internacional e nacional existem e são importantes nesta área do branqueamento, que vivem a par com as normas incidentes a título principal sobre este crime. Indica-se a título meramente exemplificativo: a Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais, no domínio internacional; e a Lei n.º 101/2001, 25.09 sobre ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal, ao nível nacional (adiante referida).

1.2.1. Lei n.º 25/08, 5 de junho - a lei do branqueamento

O regime previsto na atual Lei n.º 25/08, 5 de junho tem essencialmente uma componente de prevenção e outra de repressão.

É um regime extremamente exigente, a ponto de envolver verdadeiras limitações ou restrições de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, ao nível, por exemplo, da garantia da reserva da vida privada, da quebra de sigilo da correspondência, da garantia de não acesso a dados por terceiros ou dos deveres estatutários (como o dever de sigilo profissional e deveres contratuais).

Esta componente repressiva e preventiva está associada à ideia de que todas as atividades económicas apresentam riscos, existindo, porém, algumas particularmente sensíveis. Razão pela qual o legislador criou um conjunto de deveres e obrigações para esses setores de atividade com vista a evitar/prevenir a sua potencial utilização por parte dos branqueadores.

O sistema de prevenção e repressão aqui previsto consiste, assim, na imposição de um conjunto de deveres que incidem sobre várias atividades financeiras e não financeiras, cujo incumprimento constitui o infrator em responsabilidade contraordenacional, podendo também implicar o impedimento de continuar a sua atividade.

Analisemos, então, quais as entidades e os deveres referidos.

• *Das entidades financeiras e não financeiras*

Prevê o art. 3.º, do diploma em análise, que dentro das entidades financeiras, apresentam especial risco as seguintes: instituições de crédito; empresas de investimento e outras sociedades financeiras; entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco; organismos de investimento coletivo que comercialize as suas unidades de participação; empresas de seguros e mediadores de seguros que exerçam a atividade referida na alínea c) do artigo 5.º do D.L. n.º 144/2006, de 31 de julho, com exceção dos mediadores de seguros ligados mencionados no artigo 8.º do referido decreto-lei, na medida em que exerçam atividades no âmbito do ramo «Vida»; sociedades gestoras de fundos de pensões; sociedades de titularização de créditos; sociedades e investidores de capital de

risco; sociedades de consultoria para investimento; sociedades que comercializem bens ou serviços afetos ao investimento em bens corpóreos.

Quanto ao sector não financeiro, diz-nos o art. 4.º que estão sujeitas às disposições da presente lei as seguintes entidades: concessionários de exploração de jogo em casinos; entidades pagadoras de prémios de apostas ou lotarias; entidades que exerçam atividades de mediação imobiliária e de compra e revenda de imóveis, bem como entidades construtoras que procedam à venda direta de imóveis; comerciantes que transacionem bens cujo pagamento seja efetuado em numerário, em montante igual ou superior a € 15 000, independentemente da transação ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si; revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais; notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual (que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações de compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes a clientes; de abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; de criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica; financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; de alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de atividades desportivas profissionais); prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nos casos anteriores.

• ***Dos deveres das entidades sujeitas***

Já os deveres são vários, que foram configurados e alargados ao longo dos tempos. Como deveres gerais das entidades a eles sujeitas temos:

◆ Dever de identificação (art. 7.º): na sequência do qual as entidades sujeitas devem exigir e verificar a identidade dos seus clientes (pelas formas enumeradas no n.º 3 do preceito). Este dever deve ser cumprido no momento em que seja estabelecida a relação de negócio, exceto se houver risco limitado de branqueamento ou financiamento do terrorismo, situações em que a identificação pode ser completada após o início da relação do negócio, se tal se mostrar indispensável para execução da operação.

◆ Dever de diligência (arts. 8.º a 12.º): em que as entidades sujeitas devem adotar medidas adequadas a conhecer a estrutura e o controlo da propriedade pelo cliente (se o cliente for uma pessoa coletiva); obter informação sobre a finalidade e a natureza do negócio; obter informação sobre a origem e o destino dos fundos movimentados (quando o perfil de risco do cliente e as características da operação o justifiquem); assegurar o acompanhamento contínuo da relação; e manter atualizados os elementos de informação.

É dispensada a sua verificação quando não existir suspeita de branqueamento e o cliente for: uma entidade financeira estabelecida na U.E., uma sociedade cotada na bolsa de valores

mobiliários, o Estado, as regiões autónomas, as autarquias locais, pessoa coletiva de direito público, autoridade pública sujeita a regras contabilísticas transparentes, entidade que presta serviços postais ou o Instituto da Tesouraria e do Crédito Público (art.º 11.º).

Dentro deste dever genérico de diligência existe, como que, um dever de diligência reforçado: nas operações que revelem maior risco de branqueamento de capitais ou de financiamento do terrorismo; nas operações à distância; nas operações com pessoas politicamente expostas (as que desempenham altos cargos de natureza política ou pública), que residam fora do território nacional.

◆ Dever de recusa (art.13.º): na sequência do qual as entidades sujeitas devem recusar iniciar uma relação de negócio quando não forem facultados os elementos identificativos exigidos, ou não for obtida a informação sobre a natureza e a finalidade da relação de negócio e origem e o destino dos fundos, bem como sobre a estrutura da propriedade e controlo do cliente, quando aplicável.

◆ Dever de conservação (art.14.º): na sequência do qual as empresas de mediação estão obrigadas a conservar os documentos decorrentes do cumprimento dos deveres de “identificação” e de “diligência”, durante 7 anos.

◆ Dever de exame (art. 15.º): na sequência do qual as entidades devem examinar, com especial cuidado e atenção, de acordo com a sua experiência profissional, qualquer conduta, atividade ou operação cujos elementos caracterizadores possam relevar algum tipo de branqueamento ou financiamento terrorismo.

◆ Dever de comunicação (art. 16.º): que consiste em informar de imediato o Procurador – Geral da República e a Unidade de Informação Financeira quando houver suspeita ou conhecimento de operações que indiciem a prática do crime de branqueamento ou do financiamento do terrorismo.

◆ Dever de abstenção (art. 17.º): na sequência do qual as entidades devem abster-se de exercer a sua atividade, sempre que saibam ou suspeitem estar em causa a prática de crimes de branqueamento ou financiamento do terrorismo.

◆ Dever de colaboração (art. 18.º): na sequência do qual as entidades devem prestar prontamente a colaboração que lhes tiver sido requerida pelo Procurador-Geral da República, pela Unidade de Informação Financeira, pela autoridade competente para a supervisão ou fiscalização do cumprimento dos deveres (que depende em função da entidade em causa) ou pela autoridade judiciária responsável pela direção do inquérito.

◆ Dever de segredo (art. 19.º): na sequência do qual a entidade, por via dos órgãos sociais, dos seus empregados, mandatários ou de outras pessoas que para elas prestem, não podem revelar ao cliente ou a terceiros que transmitiram as comunicações legalmente devidas ou que se encontra em curso uma investigação criminal.

◆ Dever de controlo (art. 21.º): na sequência do qual as entidades devem criar e implementar procedimentos que tornem possível o cumprimento dos restantes deveres.

◆ Dever de formação (art. 22.º): na sequência do qual as entidades devem adotar as medidas necessárias para que os seus dirigentes e empregados tenham conhecimento cabal dos deveres enumerados.

Para além destes deveres gerais, existem também deveres específicos para as entidades financeiras (arts. 23.º a 30.º) e não financeiras (arts. 31.º a 37.º), que mais não são que o desenvolvimento ou a especificação dos anteriormente referidos.

1.2.2. O regime previsto no Código Penal

De 1993 a 2004 o legislador nacional manteve a incriminação do branqueamento fora do Código Penal; opção, porém, que sofreu uma inflexão com a lei do branqueamento, entendendo o legislador “transportar” as normas tipificadoras do crime de branqueamento para o Código Penal.

A tipificação do branqueamento consta, assim, no artigo 368.º-A CP, do livro II (da Parte especial), Título V (Dos crimes contra o Estado) e Capítulo III (Dos crimes contra a realização da justiça), epigrafado de “*Branqueamento*”.

Para Paulo Pinto de Albuquerque o bem jurídico protegido pela norma é a realização da justiça, “*na sua particular vertente da perseguição e do confisco pelos tribunais dos proventos da atividade criminosa*”.¹⁰

Vitalino Canas acrescenta um pouco mais, defendendo que o branqueamento de capitais é um crime “*pluriofensivo cuja tipificação visa a tutela de uma multiplicidade de bens jurídicos. Os bens protegidos são à cabeça o funcionamento dos sistemas políticos e dos sistemas económico-financeiros global e de cada Estado, mas também a realização da justiça*”.¹¹

Trata-se de um crime comum, podendo ser cometido por qualquer pessoa singular, bem como por pessoa coletiva (art.11.º/2 CP), incluindo o autor ou o participante no crime precedente (ou subjacente).

Quando o crime de branqueamento é cometido pelo autor ou participante no crime precedente existe uma relação de concurso efetivo (real) entre este e o crime de branqueamento.¹²

¹⁰ *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pág. 867, nota 2.

¹¹ *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*, Lisboa, Almedina, 2004, pág. 146.

¹² A propósito desta questão vidé acórdão de fixação de jurisprudência do STJ n.º 13/2007, que relativamente à matéria do branqueamento de vantagens fruto do tráfico de drogas, veio fixar a seguinte jurisprudência: “*Na vigência do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido*

Este crime pode ser cometido por via de um facto ilícito e típico consumado ou tentado; é, pois, punível a tentativa de qualquer das condutas previstas nos n.ºs 2 e 3 do preceito (art. 23.º/1 CP).

O crime de branqueamento tem como condição objetiva do tipo a verificação de um facto ilícito típico subjacente. Porém, o branqueamento é autónomo em relação ao crime subjacente; não importando que o último tenha efetivamente sido punido (o que pode suceder, por ex., em consequência da inimputabilidade do agente, morte deste amnistia, prescrição).

Analisemos agora cada um dos números da norma.

§ O n.º 1 deste artigo qualifica como factos ilícitos típicos subjacentes ao branqueamento: o lenocínio (art. 169.º CP), abuso sexual de crianças ou de menores dependentes (arts. 171.º e 172.º CP), a extorsão (art. 223.º CP), o tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas (arts. 21.º, 22.º, 24.º e 25.º DL 15/93, de 22.01), o tráfico de armas (art. 87.º Lei 5/2006, de 23.02), o tráfico de órgãos ou tecidos humanos (art. 160.º CP), o tráfico de espécies protegidas (arts. 278.º/2 CP), a fraude fiscal (art. 103.º RGIT), o tráfico de influência (art. 335.º CP), a corrupção¹³ e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos.

Qualquer que seja a pena concreta ou abstrata aplicável a estes ilícitos, se alguém dissimular as vantagens deles provenientes cometerá o crime de branqueamento.

As vantagens referidas correspondem aos bens ou produtos provenientes dos crimes subjacentes, como sejam: dinheiro, bens móveis ou imóveis, direitos, aplicações financeiras ou no mercado de valores. Ou seja, as vantagens ou bens obtidos pelo agente por forma direta ou indireta da prática dos factos ilícitos típicos subjacentes, incluindo todas as vantagens patrimoniais decorrentes da prática do crime subjacente, assim como os direitos e as coisas adquiridas com base nas vantagens diretamente resultantes desse crime (subjacente), isto é, os sucedâneos da coisa obtida, total ou parcialmente, por virtude da conduta ilícita típica.

§ No n.º 2 tipificam-se as condutas de: conversão como a ação modificativa da natureza jurídica dos valores patrimoniais adquiridos com a prática do facto ilícito tipo subjacente; a transferência traduzida na deslocação física dos bens ao nível da titularidade, posse ou detenção; o auxílio de alguma operação de conversão ou transferência de vantagens; e a facilitação de alguma operação de conversão ou transferência de vantagens.

Tais operações podem ser realizadas de forma direta ou indireta.

pelo artigo 21.º, n.º1, do mesmo diploma, cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu n.º 1, cometeria os dois crimes, em concurso real”.

¹³ Abrange quer a corrupção tipificada no Código Penal quer os tipos de corrupção previsto em lei especial.

Quanto ao elemento subjetivo específico pode consistir em: dissimular a origem ilícita das vantagens; ou evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação penal.

§ Já o n.º 3 divide-se em várias condutas típicas que incidem sobre as vantagens ou os direitos a elas relativos: ocultar ou dissimular a verdadeira natureza; ocultar ou dissimular a verdadeira origem; ocultar ou dissimular a verdadeira localização; ocultar ou dissimular a verdadeira disposição; ocultar ou dissimular a verdadeira movimentação; ocultar ou dissimular a verdadeira titularidade.

Ao contrário do n.º 2, neste preceito não é exigido um dolo específico (do agente em ocultar ou dissimular a origem ilícita das vantagens ou evitar que o autor seja perseguido criminalmente), mas genérico nos termos previstos no art. 14.º do Código Penal.

§ É indiferente o local do cometimento do crime subjacente – n.º 4 – uma vez que a punição tem lugar ainda que este crime tenha sido cometido fora de Portugal ou se desconheça o local do seu cometimento. O tribunal português será o competente desde que uma das fases do processo de branqueamento tenha lugar no território nacional.

Quer no caso do n.º 2, quer no caso do n.º 3, o agente não tem que conhecer o concreto facto típico ilícito que esteve na origem da vantagem, nem o local onde foi praticado, nem os seus autores, basta que o agente saiba que a vantagem advém de facto típico ilícito pertencente a um dos crimes elencados no n.º 1 e que esse conhecimento seja contemporâneo ao momento da realização da operação.

Anteriormente à entrada em vigor da lei do branqueamento exigia-se que o agente tivesse efetivo conhecimento de que as vantagens resultavam da prática de crimes precedentes e vontade de praticar o facto ilícito, mesmo sabendo dessa proveniência. Tal resultava da expressão *“quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática sob qualquer forma de participação”*. Esta expressão não consta agora do art. 368.º-A do Código Penal. Em consequência, pergunta o autor V. Canas: *“significa isso que o conhecimento ou desconhecimento da proveniência dos bens deixa de ser relevante para a aferição do dolo do agente? Deixa de se exigir o dolo reportado à proveniência dos bens?”*.

O mesmo defende que *“o desaparecimento da expressão acima citada do enunciado na norma não significa que se torne desnecessário para o preenchimento do tipo subjetivo o dolo em relação à proveniência dos bens, o que seria certamente absurdo. Daí infere-se antes que passa a ser possível o dolo eventual (art. 14.º/3 CP) sobre a proveniência dos bens. Pode assim o agente ter efetivo conhecimento de que os bens provêm da prática de factos típicos ilícitos ou simplesmente representar isso como possível e mesmo assim praticar as condutas típicas, conformando-se com essa possibilidade”*¹⁴. Não é necessário que o agente saiba ou represente como possível que os bens proveem de um concreto ilícito típico ou de uma concreta categoria de factos ilícitos típicos. É suficiente que conheça ou configure a possibilidade da proveniência

¹⁴ In obra citada, págs. 162-163.

ilícita dos bens; bens estes originários de um facto típico ilícito incluído pela lei no catálogo dos crimes subjacentes.¹⁵

Já Paulo Pinto de Albuquerque tem outro entendimento, defendendo que não basta que o agente configure a possibilidade da proveniência ilícita da vantagem. *“Quem quer esconder a proveniência ilícita da vantagem é porque sabe que essa vantagem tem proveniência ilícita”, logo “o dolo (a intenção) de dissimular ou esconder a origem da vantagem é incompatível com o dolo eventual”*.¹⁶

§ Se o crime precedente for de natureza semi-pública, ou seja, se o respetivo procedimento criminal estiver dependente de queixa e esta não tiver sido tempestivamente apresentada, o facto (ilícito de branqueamento) não será punível – n.º 5.

§ Os n.ºs 6 a 9 do preceito referem-se à questão da agravação ou atenuação da moldura penal aplicável ao crime de branqueamento.

O Código Penal uniformiza a moldura aplicável ao crime de branqueamento de capitais, com pena de prisão de 2 a 12 anos (para as circunstâncias do n.º 2 e do n.º 3).¹⁷

Tal pena será agravada se o agente praticar as condutas de forma habitual (n.º 6).

E será especialmente atenuada em caso de reparação integral do dano que tiver sido *“causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro”* (n.º 7). O limite máximo será reduzido de 1/3 (8 anos) e o limite mínimo é reduzido ao mínimo legal (1 mês) – cfr. as regras estabelecidas pelos arts. 73.º e 41.º/1 do Código Penal.

Se a reparação for apenas parcial ou *“se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”*, a pena poderá ser especialmente atenuada – n.º 8 e n.º 9, ficando a sua aplicação dependente da decisão do julgador.

§ Já o n.º 10 prevê que a pena aplicada não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os crimes subjacentes de onde provêm as vantagens. Este

¹⁵ No âmbito da lei anterior Jorge Alexandre F. Godinho (*Do crime de “Branqueamento” de Capitais: Introdução e tipicidade*, 217-22, Coimbra, 2001) era contra a admissão da punibilidade do dolo eventual referido à proveniência dos bens, visto que tal representaria *“a afirmação da existência no ordenamento de uma regra primária impondo, com carácter genérico um dever de esclarecimento da proveniência de quaisquer bens, em caso de dúvida, dada a possibilidade de terem proveniência ilícita. O que significaria a possibilidade de punir toda e qualquer pessoa por, na dúvida, não ter investigado a real proveniência de quaisquer bens”*.

¹⁶ *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pág. 869, nota 19.

¹⁷ Esta moldura penal está em conformidade com a Decisão-Quadro do Conselho de 26.06.2001, que estipula que o branqueamento seja punido com penas privativas da liberdade de duração máxima igual ou superior a 4 anos.

preceito refere-se à medida concreta da pena e não à moldura penal abstratamente aplicável, a qual se mantem¹⁸.

Para Paulo Pinto de Albuquerque, *“a pena concreta aplicada ao crime de branqueamento não pode ser superior ao limite máximo da pena aplicável ao crime precedente e, no caso de pluralidade de crimes precedentes, ao limite máximo da pena aplicável ao mais grave dos crimes precedente. Esta limitação da pena concreta depende da determinação da natureza do crime precedente, mesmo que não se tenha apurado o autor do mesmo”*.¹⁹

Segundo se defende no acórdão do Tribunal da Relação do Porto, relator R. Costa e Silva, de 03.07.2013: não se trata de estabelecer uma pena concreta, para depois a reduzir.

Trata-se, sim, da própria moldura penal a ter em conta integrar esse limite máximo inultrapassável.

“Verifica-se, assim, quanto a nós, uma verdadeira alteração da moldura penal aplicável, em termos de a pena a determinar nunca poder fixar-se acima do limite superior da moldura do crime antecedente. (...)”

A realidade que o legislador criou é a de que o limite máximo das penas a aplicar ao crime de branqueamento é sempre correspondente ao limite máximo da pena aplicável ao crime precedente que, no caso se verifique. E, assim, na correspondente medida, se verifica uma substituição da moldura abstrata da pena a aplicar – ou que pode ser aplicada – ao crime de branqueamento”.

2. Prática e gestão do Inquérito

2.1 Autoridades de prevenção, de investigação e de repressão

Segundo o estabelecido no art. 47.º/1 e) e n.º 4) a) do Estatuto do Ministério Público²⁰ cabe ao Departamento Central de Investigação e Ação Penal (DCIAP) a competência para realizar as ações de prevenção criminal relativamente ao branqueamento de capitais, cabendo-lhe também coordenar a direção da investigação deste crime.

Em termos de órgão de polícia criminal, estabelece o art. 7.º/2 i) da Lei 49/2008, 27.08, que é da competência reservada da Polícia Judiciária a investigação deste ilícito.

¹⁸ Para V. Canas este preceito deve ser comparado com o n.º 2 do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de dezembro, que estipulava que a punição pelo branqueamento não deveria *“exceder os limites mínimo e máximo previstos para as correspondentes infracções principais”*.

¹⁹ *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, pág. 870, nota 26.

²⁰ Aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, republicado pela Lei n.º 60/98, de 27 de agosto, e alterado pelas leis n.os 42/2005, de 29 de agosto, 67/2007, de 31 de dezembro, 52/2008, de 28 de agosto, 37/2009, de 20 de julho, 55-A/2010, de 31 de dezembro e 9/2011, de 12 de abril.

Atualmente existe na Polícia Judiciária a Unidade de Informação Financeira (UIF) – art. 27.º/c) L37/2008, 8.08) - situado na Diretoria Nacional da PJ, cabendo-lhe funções de articulação com as FIU (Financial Information Units) de outros países. É uma importante unidade de investigação no âmbito deste tipo de crime, que pela sua natureza envolve uma série incontável e por vezes incontrolável de operações financeiras (nacionais e internacionais). Tem como competências recolher, centralizar e difundir, ao nível nacional, a informação respeitante à prevenção e investigação dos crimes de branqueamento de vantagens de proveniência ilícita (...), assegurando no plano interno a cooperação e articulação com a autoridade judiciária, com as autoridades de supervisão e fiscalização e com as entidades financeiras e não financeiras, previstas na Lei n.º 25/2008, de 05.06 e, no plano internacional, a cooperação com as unidades de informação financeiras ou estruturas congéneres.

O Procurador-Geral da República, enquanto agente do Ministério Público, é o destinatário das comunicações e informações e o detentor dos poderes processuais especificamente previstos na lei do branqueamento²¹. O art. 63.º da Lei 25/2008, de 05.06 confere, porém, ao Procurador-Geral da República, o poder de delegar noutro magistrado as competências previstas na lei do branqueamento²².

2.2. Métodos e tipologias a ter em consideração na investigação criminal

O crime de branqueamento é um dos crimes económicos mais difíceis de investigar e provar e importa ter isso sempre em mente durante a investigação criminal e, conseqüentemente, ao longo do inquérito.

A esmagadora maioria do que se branqueia é dinheiro, pois que com a criminalidade mais grave, como tráfico de droga, armas, pessoas, lenocínio, o que se produz mais imediatamente é dinheiro. No entanto, com a expansão do crime subjacente de branqueamento de capitais para quase toda a criminalidade mais grave, o paradigma mudou. E, se até há pouco tempo o branqueamento era algo que era exclusivamente usado para o crime organizado, podemos agora afirmar que uma estrutura empresarial legítima ou uma pessoa singular podem fazer branqueamento de capitais, face aos ganhos obtidos a partir, por exemplo, da fraude fiscal.

Temos assente que os bens, produtos e capitais provenientes do crime podem ser branqueados de formas diversas: desde o depósito bancário em numerário; compra e revenda de joias, ouro, antiguidades, imóveis, ou mediante a transferência de operações financeiras nacionais e internacionais. Porém, porque na maioria dos casos o que se pretende, neste crime, é branquear capitais, é no mundo financeiro que a investigação criminal mais se centra.

²¹ Quanto ao dever de colaboração também se alude a outras entidades.

²² Vide também a Circular da PGR 11/04 e respetiva nota de atualização, que veio atribuir a magistrados do Departamento Central de Investigação e Ação Penal o exercício das competências que a Lei do Branqueamento veio concentrar na pessoa do Procurador-Geral da República; procedendo à delegação de competência que é prevista no art. 63º dessa mesma Lei, à divulgação de tal decisão e dos procedimentos genéricos que o Departamento Central de Investigação e Ação Penal deverá adotar nesta matéria.

Assim, no sistema financeiro, mais concretamente no mundo da banca²³, existe já um conjunto de operações potencialmente suspeitas²⁴. Estas a ocorrerem dão origem a uma investigação onde o Ministério Público e a Unidade de Informação Financeira da PJ, tendo em vista avaliar da origem ilícita dos fundos aplicados, acedem à informação relacionada com tais operações e procedem à sua análise.

Porque a banca é a principal denunciadora do ilícito, centremo-nos um pouco sobre as seguintes “tipologias”²⁵, a considerar na investigação criminal:

Transações em numerário e depósitos, como sejam: abertura de contas cuja movimentação a crédito é exclusivamente feita por depósitos em numerário, designadamente em moeda estrangeira; conta com um elevado número de depósitos em numerário de reduzido valor e um número pouco significativo de levantamentos em numerário de elevado montante; o cliente tem várias contas onde efetua depósitos em numerário e que no seu conjunto atingem um saldo elevado (“Smurfing”); depósitos elevados em numerário, em particular por cidadãos não residentes, cuja origem não é cabalmente justificada, sendo, por exemplo, invocados motivos como a “fuga ao Fisco”; depósitos efetuados em vários locais e em vários momentos sem uma razão lógica; cliente (pessoa singular ou coletiva) que apenas recorre à instituição para movimentação da respetiva conta (sobretudo quando a mesma registe saldos médios elevados), não havendo lugar à prestação de outros serviços financeiros; contas tituladas ou que permitem a sua movimentação por um elevado número de entidades sem qualquer explicação aparente; contas que apenas são utilizadas para transferência de fundos, nomeadamente de e para o estrangeiro; clientes que não reclamam nem negoceiam remunerações vantajosas, relativamente a depósitos com saldos médios elevados.

Exemplo do uso desta tipologia para branquear capitais temos o seguinte:

“Procedeu-se à abertura de quatro contas bancárias, cada uma delas titulada por duas ou três pessoas, que correspondiam a uma mesma família, e onde em cada uma delas, logo no ato da abertura, foram depositados valores em numerário expressivos (entre € 1.500.000,00 e € 800.000,00) e que no conjunto das quatro contas totalizavam cerca de cinco milhões e oitocentos mil euros (€ 5.800.000,00).

Da análise feita na UIF, verificou-se que estes sujeitos estavam ser investigados pelas autoridades do seu País, suspeitando-se do envolvimento nos crimes de tráfico de droga e de branqueamento de capitais. Da recolha de informação com as congéneres, apurou-se que tais indivíduos se preparavam para utilizar o sistema financeiro português, a fim de branquear os proventos da atividade delituosa, o que se verificou. Pelo que, promoveu-se junto da

²³ Uma vez que é aqui que estão já consolidadas mais tipologias de branqueamento.

²⁴ Operações estas já identificadas pelo Banco de Portugal, devendo as instituições bancárias (e outras) detetá-las, identificá-las e comunicá-las às autoridades competentes (Ministério Público e a Unidade de Informação Financeira da PJ).

²⁵ Exhaustivamente elencadas no estudo da Working Papers n.º 2/2009, OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, “O Processo de Branqueamento de Capitais”, José Luís Braguês, Edições Húmus, 2009.

*autoridade judiciária a apreensão de tais valores, o que aconteceu, dados os fortes indícios da prática de branqueamento”.*²⁶

◆ Transferências, como por exemplo: efetuadas eletronicamente ou pela Internet para transferir de e para países considerados de elevado risco; efetuadas de e/ou para jurisdições fiscalmente mais favoráveis (paraísos fiscais), sem que existam motivos comerciais consistentes com a atividade conhecida do cliente; informação financeira disponível de uma empresa difere significativamente da de outras empresas com a mesma atividade e de dimensão semelhante.

◆ Outras transações comerciais, tais como: informação financeira disponível de uma empresa difere significativamente da de outras empresas com a mesma atividade e de dimensão semelhante; utilização da conta pessoal em operações relacionadas com negócios; compra/venda de valores mobiliários, cujos montantes não se coadunam com a atividade usual do cliente, ou transferências de carteiras, com ou sem alteração dos respetivos titulares, sem qualquer justificação; utilização acrescida de cofres de aluguer, seja no número dos seus utentes, seja na frequência da sua utilização, particularmente no que se refere aos pertencentes a clientes recentes ou pouco conhecidos.

Muitas outras operações foram já identificadas e podem ser desenvolvidas no âmbito deste tipo de ilícito, devendo as autoridades estar particularmente atentas e dar-lhes especial atenção, analisando-as, investigando-as, documentando-as, com vista a servirem como meio de prova irrefutável da prática do ilícito.

Note-se que este tipo de ações não são exclusivas do sistema bancário, podendo também se verificar no âmbito de outros setores, como seja o segurador²⁷. Apenas alguns exemplos: o tomador/subscritor é não residente e manifesta desinteresse na realização da operação em Portugal; o pagamento ou reforço de prémios de elevado montante, em numerário, especialmente quando efetuados em moeda estrangeira; ou uma deficiente identificação do beneficiário.

2.3 A recolha de prova

Porque, como se disse, o branqueamento é um dos crimes económicos mais difíceis de investigar e provar, as autoridades competentes pela investigação têm acesso, para além do regime geral de recolha de prova previsto no Código de Processo Penal, a um regime especial de recolha de prova, previsto na Lei n.º 5/2002, 11 de janeiro.²⁸

²⁶ Caso já criminalmente investigado e referido em Working Papers n.º 2/2009, OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, *“O Processo de Branqueamento de Capitais”*, José Luís Braguês, Edições Húmus, 2009.

²⁷ Este setor emitiu mesmo uma norma regulamentar sobre o branqueamento, aplicável às empresas de seguros que exerçam a sua atividade no âmbito do ramo “Vida” e sociedades gestoras de fundos de pensões com sede em território português.

²⁸ Com a última redação dada pela Lei n.º 60/2013, 23.08.

Esta lei estabelece um regime especial de recolha de prova²⁹, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado relativa, entre outros, ao crime de branqueamento de capitais (art. 1.º/1 e)).³⁰

Nos arts. 2.º a 5.º prevê-se, a quebra do segredo que os membros dos órgãos sociais das instituições de crédito, sociedades financeiras, instituições de pagamento e instituições de moeda eletrónica, dos seus empregados e de pessoas que a elas prestem serviço, bem como os funcionários da administração fiscal, enquanto profissionais, estão sujeitos.

Segredo que cede perante a necessidade da descoberta da verdade no âmbito de uma investigação criminal.

Se as informações se revelarem úteis e necessárias para a descoberta da verdade, tais entidades têm a obrigação de fornecer, após ordem fundamentada da autoridade judiciária competente, devendo o despacho especificar, dentro do possível, as pessoas abrangidas pela medida e as informações a serem prestadas.

O dever aqui previsto não se confunde com o dever de segredo previsto no art. 19.º da Lei n.º 25/2008, que é estabelecido em nome de interesses públicos, mas também em nome do interesse da entidade sujeita aos deveres de comunicação (art.16.º), de abstenção (art.17.º) e de colaboração (art.18.º); este dever incide sobre atos praticados e factos conhecidos pelas entidades (previstas neste último diploma) no cumprimento dos deveres de comunicação, abstenção e colaboração.

Para além da quebra do segredo e quando tal se revele útil e necessário para a investigação criminal é admissível o recurso ao registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado. A produção destes registos depende de prévia autorização ou ordem do juiz, sendo aplicáveis aos registos obtidos as formalidades previstas no art. 188.º do Código de Processo Penal – cfr. art. 6.º do diploma em análise.

As ações encobertas para fins de prevenção e repressão criminal são também admissíveis no âmbito da investigação do crime de branqueamento – cfr. art. 2.º/m) Lei n.º 101/2001, 25.08.³¹

São ações encobertas aquelas que sejam desenvolvidas por funcionários de investigação criminal ou por terceiro atuando sob o controlo da Polícia Judiciária para prevenção ou repressão deste ilícito, com ocultação da sua qualidade e identidade.

Os seus requisitos encontram-se previstos no art. 3.º Lei n.º 101/2001, focando-se aqui o essencial:

²⁹ Relativamente ao regime da perda de vantagens previsto no art.111.º do Código Penal.

³⁰ Ter em atenção que caso o crime precedente seja o tráfico de droga já não há que ter em consideração as disposições do arts. 35.º a 39.º do DL 15/93, 22.01, uma vez que estas se aplicam apenas às infrações nele previstas, o que deixou de ser o caso do branqueamento.

³¹ Com última redação dada pela Lei n.º 60/2003, 23.08.

- Devem ser adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação;
- Dependem de prévia autorização do competente magistrado do Ministério Público, sendo obrigatoriamente comunicada ao juiz de instrução e considerando-se a mesma validada se não for proferido despacho de recusa nas 72 horas seguinte;
- Se esta ação decorrer no âmbito da prevenção criminal, é competente para autorização o juiz de instrução criminal, mediante proposta do Ministério Público;
- À Polícia Judiciária competirá fazer o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de quarenta e oito horas após o termo daquela.

2.4. As perícias

Como já se referiu porque na maioria dos casos o que se pretende neste crime é branquear capitais, é no mundo financeiro/bancário que a investigação criminal mais se centra.

A complexidade das operações e transações (muitas vezes internacionais) implicam conhecimentos técnicos e meios humanos qualificados e adequados para o efeito.

Em Portugal o maior problema está nas perícias que chegam a demorar vários anos face à exigência desses meios técnicos e humanos que muitas vezes não existem. Assim, e segundo Rui Cardoso, magistrado do Ministério Público³², “*são necessários mais meios técnicos para efetuar estas perícias, ao nível dos meios informáticos*”, com a vista a agilizar a investigação e consequentemente penalizar a prática deste ilícito.

2.5. O mandado de detenção europeu

O branqueamento é um dos crimes que permite a extradição do agente com origem num mandado de detenção europeu, cfr. se prevê na alínea i) do n.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 65/2003, 23 de agosto. Este consiste numa decisão judiciária válida no espaço da União Europeia, emitida num Estado Membro e executada num outro, com base no princípio do reconhecimento mútuo.

Ao nível nacional é competente para emitir o MDE a autoridade judiciária competente para ordenar a detenção ou a prisão da pessoa procurada nos termos da lei portuguesa. Assim:

³² In *economico.pt* - entrevista para Diário Económico a 30.06.2013.

- Durante a fase de inquérito: o Ministério Público, para a detenção do arguido e a sua apresentação ao juiz de instrução criminal para primeiro interrogatório (art.º 257.º, n.º 1, do Código de Processo Penal) ou o juiz de instrução criminal, para aplicação da medida de coação de prisão preventiva (art.º 268.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal);
- Na fase de instrução: o juiz de instrução criminal;
- E na fase do julgamento: o juiz titular do processo.

2.6. A perda de vantagens

Como em qualquer outro tipo de ilícito, investigado que se mostre o crime de branqueamento, recolhida que estiver toda a prova necessária, o inquérito terá necessariamente que findar, com a prolação do despacho final – acusatório ou de arquivamento.

Se acusatório, o magistrado do Ministério Público, para além de indicar os factos, qualificação jurídica e a prova necessária, deverá liquidar o montante apurado (as designadas vantagens provenientes do facto típico ilícito) como devendo ser perdido a favor do Estado.

A este propósito - regime da perda de vantagens a favor do Estado no crime de branqueamento de capitais - interessa referir o previsto na já citada Lei n.º 5/2002, 11 de janeiro, mais concretamente os seus arts. 7.º a 12.º.

O art. 7.º estabelece uma presunção, presumindo constituir vantagem da atividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito. Esta presunção aplica-se somente para efeitos de perda de bens a favor do Estado, não valendo, por exemplo, para o apuramento dos elementos típicos do crime de branqueamento.

Para os efeitos do previsto nesta lei, os bens que constituem o património do arguido é composto pelo conjunto daqueles: que estejam na titularidade do arguido ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; que sejam transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; que sejam recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

Do ponto de vista processual deve o Ministério Público liquidar, na acusação ou até ao 30.º dia anterior à data designada para realização da 1.ª audiência de discussão e julgamento, o montante apurado como devendo ser perdido a favor do Estado – arts. 8.º/1 e 2.

O arguido, e seu defensor, são notificados da liquidação, podendo provar a origem lícita dos bens que constam do seu património e sobre os quais incide a presunção legal de constituírem vantagem da atividade criminosa – art. 9.º/3. Para o efeito, pode apresentar qualquer meio de

prova válida em processo penal; podendo a prova, inclusive, ser produzida oficiosamente a pedido do tribunal (nos termos do art. 340.º/1 e 2 CPP), para que a carga desta não impenda em exclusivo sobre o arguido. Porém, à falta de qualquer prova contrária funciona a regra contra o arguido e não a seu favor (não funciona aqui o princípio do *in dubio pro reo*).

Para garantia do pagamento dos valores eventualmente declarados como perdidos para o Estado o Ministério Público pode, a todo o tempo, requerer o arresto dos bens do arguido no valor correspondente ao apurado como constituindo vantagem – art. 10.º/1 e 2.

O juiz decreta o arresto estejam ou verificados os pressupostos sobre a caução económica, previstos no art. 227.º/1 do Código de Processo Penal, se existirem fortes indícios da prática do crime. Porém, tal arresto pode ser substituído se for prestada caução económica – art. 11.º/1.

Finalmente, importa também aqui ter presente o que dispõe o art. 60.º da Lei n.º 25/2008, de 05.06, sobre a defesa dos direitos de boa fé.

A situação dos terceiros de boa fé deve ser acautelada, pois que terão adquirido a titularidade dos bens sem conhecerem a sua origem ilícita, julgando que a aquisição era lícita.

A lei distingue entre os bens inscritos em registo público - n.º 1 - e aqueles em relação aos quais não há registo – n.º 2.

No caso do n.º 1 os titulares de tais registos são notificados para deduzirem a defesa dos seus direitos e fazerem prova sumária da boa fé; no caso do n.º 2, o terceiro de boa fé poderá deduzir no processo a defesa dos seus direitos.

3. Alguns dados estatísticos

Segundo o jornal Diário Económico, em 2012, das 2.270 comunicações feitas pela banca ou instituições financeiras, sobre branqueamento de capitais, só 51 acabaram num processo-crime, o que representa 2,2% do total. Das denúncias, 410 foram arquivadas (18%) e as restantes ficaram em análise.

Em 2012, segundo o DCIAP foi imediatamente ordenada a suspensão de 50 operações bancárias. Apreendidos 22 milhões de euros num ano e meio. Sendo que em 2012 foram apreendidos pela Polícia Judiciária mais de 16 milhões de euros.

Até junho de 2013, este valor já subiu para 22 milhões de euros.

A média de 2% de inquéritos instaurados já vem de 2011 e parece manter-se em 2013, uma vez que, de acordo com os mesmos dados, das 1.417 comunicações feitas até dia 25 de junho, 21 resultaram num inquérito-crime.

Houve também um aumento das denúncias feitas à Unidade de Informação Financeira da PJ em 2013, sendo que até junho de 2013, o número de comunicações já ultrapassa as que foram feitas em igual período do ano passado.

IV. Bibliografia

Sites/hiperligações úteis sobre o tema

- Site da Polícia Judiciária: <http://www.policiajudiciaria.pt>
- Site da Interpol: <http://www.interpol.int/>
- Site da Procuradoria Geral da República: <http://www.pgr.pt/>
- Gabinete de documentação e direito comparado: <http://mandado.gddc.pt/>
- Banco de Portugal: <https://www.bportugal.pt/>
- Instituto de Seguros de Portugal: <http://www.isp.pt/>
- Direção Geral da Política de Justiça: <http://www.dgpj.mj.pt/>
- Groupe d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux/Financial Action Task Force on Money Laundering: <http://www.fatf-gafi.org/>;
- Site do Tribunal da Relação do Porto: <http://www.trp.pt/>;
- Site do Centro de Estudos Judiciários: <http://www.cej.mj.pt/>

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, págs.865-870.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed. Atualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.
- BRAGUÊS, José Luís, *O Processo de Branqueamento de Capitais*, Working Papers n.º 2/2009, OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, Edições Húmus, 2009.

- BRANDÃO, Nuno, *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra Editora, 2002.
- CANAS, Vitalino, *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão*, Coimbra, Almedina, 2004.
- CÓDIGO PENAL, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.
- GODINHO, Jorge A. F., *Do crime de branqueamento de capitais – Introdução e tipicidade*, Coimbra, Almedina, 2001.
- GONÇALVES, Rui Miguel Marques, *Fraude Fiscal e Branqueamento de Capitais*, 2.ª edição, Almeida & Leitão, 2009.

V. Vídeo da apresentação

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

Branqueamento de Capitais

Grupo 5

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 13:30**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/tcws1295g/flash.html>

CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Ercília Henriques Rodrigues Firmo*

I. Introdução. II. Objectivos. III. Resumo.

1. Enquadramento jurídico; 1.1. Evolução legislativa; 1.1.1. Legislação internacional; 1.1.2. Legislação nacional; 1.2. O artigo 368.º-A do Código Penal; 1.3. A Lei n.º 25/2008, de 5 de junho.

2. Prática e gestão do inquérito; 2.1. O processo de prevenção; 2.2. O inquérito; 2.2.1. Competência; 2.2.2. A recolha de prova: algumas questões práticas; 2.3. A perda de vantagens a favor do Estado e a recuperação de activos; 2.4. Defesa de direitos de terceiros de boa fé.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. V. Vídeo.

I. Introdução

O branqueamento de capitais é uma realidade à escala mundial e define-se como o processo pelo qual se visa transformar fundos provenientes de actividades ilícitas em capitais reutilizáveis legalmente, por dissimulação da fonte e do seu verdadeiro proprietário. Estes fundos são envolvidos num circuito de transacções e negócios cujo objectivo é dar-lhes uma aparência de legalidade¹.

Independentemente dos meios utilizados e da sua maior ou menor complexidade e dimensão, o processo de branqueamento de capitais engloba sempre três fases:

1. **Colocação**: os fundos provenientes de actividades ilícitas são introduzidos nos circuitos financeiros ou não financeiros;
2. **Circulação**: após a colocação, são efectuadas sucessivas operações com o objectivo de apagar o rasto de origem ilícita dos capitais;
3. **Integração**: sem a possibilidade de ser associado à sua proveniência ilícita, o dinheiro é introduzido nos circuitos económicos legais, aparentando negócios correntes.

Nos dias de hoje, o branqueamento implica muitas vezes a utilização de meios sofisticados, associados a uma criminalidade organizada e internacional, que exige uma estreita cooperação entre os Estados, à escala global. Afirma Euclides Dâmaso² que *ao desafio global que o crime hoje constitui só pode opor-se uma resposta também global por parte dos Estados*.

* Nota da autora: um especial agradecimento a Ana Margarida Santos, Procuradora-adjunta, por me receber no DIAP e esclarecer todas as minhas questões.

¹ As principais técnicas de branqueamento estão ilustradas no anexo I ao [documento de trabalho sobre o branqueamento de capitais elaborado pela Comissão Especial sobre a Criminalidade Organizada, a Corrupção e o Branqueamento de Capitais](#).

² *In A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais*, RPCC, Ano 16, n.º 3 (Julho-Set. 2006), Coimbra Editora, 2006, pág. 423 e 424.

Na abertura do ano judicial de 2014, Joana Marques Vidal afirmou *que o objectivo primordial da acção do Ministério Público (MP) continua a ser a luta contra a criminalidade económica financeira, incluindo a corrupção e os crimes afins, e o combate contra a criminalidade violenta e organizada*³.

II. Objectivos

O presente trabalho foi elaborado no âmbito do 2.º Ciclo do 30.º Curso Normal de Formação de Magistrados e destina-se a todos os auditores de justiça da magistratura do Ministério Público.

O seu objectivo é fazer uma abordagem à temática do crime de branqueamento de capitais, seu enquadramento jurídico e questões práticas, procurando disponibilizar os diplomas nacionais e internacionais e os documentos hierárquicos do Ministério Público que regem esta matéria. O presente trabalho identifica os diferentes intervenientes e aborda algumas questões relacionadas com a investigação deste tipo de criminalidade.

Desta forma, pretende ser uma ferramenta que auxilie os auditores de justiça e futuros magistrados do Ministério Público na sua vida prática, disponibilizando elementos para uma melhor e mais fácil compreensão desta temática.

III. Resumo

O presente trabalho principia com o enquadramento jurídico, elencando de forma sucinta, os principais diplomas internacionais e nacionais aplicáveis nesta matéria.

No plano interno, vigora um regime preventivo e repressivo de combate ao branqueamento de capitais. Assim, no que respeita ao carácter repressivo, é feita a análise do artigo 368.º-A do Código Penal, norma incriminadora do branqueamento, com referência aos elementos objectivos e subjectivos do tipo. Segue-se uma referência ao regime preventivo de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, com uma breve análise das normas mais relevantes da Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho.

No capítulo intitulado *prática e gestão de inquérito*, começa por fazer-se referência ao processo de prevenção, seguindo-se uma breve abordagem de algumas questões práticas relacionadas com a competência e a recolha de prova no âmbito do inquérito, nomeadamente no que respeita à emissão de cartas rogatórias, à derrogação do sigilo bancário, ao regime especial de buscas e escutas e ainda relativamente às perícias financeiras e contabilísticas.

³http://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/luta_contra_a_criminalidade_economica_financeira_e_objectivo_primordial_do_ministerio_publico.html.

De seguida, é feita referência à perda de vantagens a favor do Estado e recuperação de activos, esclarecendo as situações em que se justifica a intervenção do Gabinete de Recuperação de Activos e do Gabinete de Administração de Bens.

Por fim, refere-se de forma muito sucinta o regime de protecção de terceiros de boa fé cujos bens sejam apreendidos por infracção relacionada com branqueamento de vantagens.

O presente trabalho não contém uma análise exaustiva de todas as questões relacionadas com a temática do branqueamento, pretendendo apenas identificar algumas das questões pertinentes e indicar as ferramentas que possam auxiliar na resolução de situações concretas.

1. Enquadramento jurídico

1.1. Evolução legislativa

1.1.1. Legislação internacional

Portugal integra a Organização das Nações Unidas, a União Europeia e o Grupo de Acção Financeira Internacional / *Financial Action Task Force* (GAFI/FATF), organizações que nas últimas décadas têm adoptado medidas muito relevantes no âmbito da prevenção e combate ao fenómeno do branqueamento de capitais, razão pela qual a legislação portuguesa reflecte os esforços internacionais que foram feitos nesta matéria, cujo impulso inicial esteve directamente relacionado com os lucros obtidos com o tráfico de estupefacientes.

A primeira iniciativa sobre a questão do branqueamento de capitais foi a [Recomendação n.º R\(80\) 10, de 27.06.1980, do Conselho da Europa](#), que alertou para a utilização dos bancos no processo de encobrimento de rendimentos de origem ilícita, aconselhando um maior rigor na identificação de todos os clientes.

Contudo, o primeiro documento internacional em que os Estados se obrigaram, de forma juridicamente vinculativa, a aprovar legislação que punisse criminalmente o branqueamento de capitais surgiu alguns anos depois com a assinatura da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, também conhecida como [Convenção de Viena de 1988](#). Esta Convenção resultou do reconhecimento pelos Estados das ameaças contra a estabilidade, segurança e soberania dos Estados em virtude dos elevados rendimentos obtidos com o tráfico ilícito, o que exigia medidas de âmbito internacional para privar os agentes daqueles lucros. No entanto, a Convenção limitou-se aos bens provenientes do tráfico de estupefacientes. Portugal assinou a Convenção no dia 13 de Dezembro de 1989, ratificando-a em 1991.

Não passou muito tempo para, logo em 1990, o Conselho da Europa aprovar a [Convenção de Estrasburgo](#), que alargou o fenómeno do branqueamento a outros crimes além do tráfico de estupefacientes, obrigando as partes a criminalizar uma vasta gama de condutas geradoras de vantagens ilícitas. Esta convenção dá especial atenção às medidas de detecção, apreensão e

confisco de bens, produtos e instrumentos do crime e incidiu no desenvolvimento da cooperação internacional. A Convenção entrou em vigor em Portugal em 01 de Fevereiro de 1999.

Paralelamente, é criado, em 1989, na Cimeira do G7 em Paris, o **GAFI/FATF** com o objectivo de desenvolver e promover estratégias de luta contra o branqueamento de capitais. Actualmente é composto por 34 países e duas organizações internacionais - a Comissão Europeia e o Conselho de Cooperação dos Estados Árabes do Golfo -, para além de vários observadores⁴. Logo no ano seguinte são publicadas as [40 Recomendações do GAFI/FATF](#) que estabelecem um quadro de medidas que os países devem implementar no sentido de identificar riscos e desenvolver políticas ao nível nacional para combater a utilização do sistema financeiro para branqueamento de fundos, dotar as autoridades competentes de poderes e responsabilidades, reforçar a transparência e disponibilidade de informação sobre os beneficiários efectivos e facilitar a cooperação internacional. A estas Recomendações somaram-se, em Outubro de 2001, logo após os ataques terroristas às Torres Gémeas de Nova Iorque no dia 11 de Setembro, 9 Recomendações Especiais relacionadas com o combate ao financiamento do terrorismo, alargando assim o âmbito do GAFI/FATF⁵. As Recomendações do GAFI/FATF foram revistas em 1996, 2003 e, mais recentemente, em Fevereiro de 2012, constituindo o barómetro pelo qual as jurisdições de todo o mundo devem orientar as suas políticas nacionais relacionadas com o combate a este tipo de criminalidade.

Logo no ano seguinte à publicação da primeira versão das 40 Recomendações, o Conselho das Comunidades Europeias aprovou a [Directiva 91/308/CEE](#) (conhecida com **1ª Directiva**), contemplando medidas, em grande maioria, já previstas nas 40 Recomendações. Contudo, foi mais longe, obrigando à comunicação às autoridades de transacções suspeitas. A Directiva seguiu a definição de branqueamento da Convenção de Viena, intimamente ligada ao tráfico de droga, mas autorizou que os Estados punissem o branqueamento de bens obtidos através de qualquer outra actividade ilícita.

Em 15 de Novembro de 2000, a Assembleia-Geral da ONU aprovou a [Convenção de Palermo](#), que visou o combate ao crime organizado transnacional. Os Estados que ratificaram este instrumento comprometeram-se a aprovar leis internas de criminalização do branqueamento de capitais e a estabelecer regimes para detectar todas as formas de branqueamento de capitais. A criminalização do branqueamento de capitais passou a incluir todos os crimes graves, e não apenas o tráfico de droga, cometidos dentro ou fora do país. Esta Convenção autorizou a cooperação e troca de informações, ao nível nacional e internacional, e aconselhou os Estados a ponderar a criação de uma unidade de informação financeira. A Convenção entrou em vigor, em Portugal, a 9 de Junho de 2004.

A [Directiva n.º 2001/97/CE](#), do Conselho (conhecida como **2ª Directiva**), veio actualizar e alargar o âmbito de aplicação da 1ª Directiva a outras entidades não relacionadas

⁴ <http://www.fatf-gafi.org/pages/aboutus/membersandobservers/#d.en.3147>.

⁵ A Resolução 1373 do Conselho de Segurança da ONU, adoptada em 28/09/2001, obrigou os países a criminalizar as acções de financiamento do terrorismo e a cooperar com outros países em investigações penais e acções preventivas.

directamente com o sector financeiro, designadamente os advogados, notários, casinos, entre outros. Teve como objectivo uma maior eficácia na identificação, congelamento ou apreensão e perda de vantagens provenientes de actividades ilícitas.

A [Convenção Contra a Corrupção](#), assinada em Nova Iorque em 2003, obrigou os Estados à criminalização do branqueamento de vantagens obtidas com a prática de crimes de corrupção e infracções similares. A Convenção entrou em vigor, em Portugal, no dia 28 de Outubro de 2007.

A [Convenção do Conselho da Europa de 2005](#), assinada em Varsóvia, actualizou a Convenção de 1990, especialmente no que diz respeito à luta contra o terrorismo.

Em 2005 é aprovada a [Directiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento e do Conselho](#) (conhecida como **3ª Directiva**), com o principal objectivo de assegurar a coordenação da execução e aplicação das 40 + 9 Recomendações do GAFI/FATF, profundamente revistas e ampliadas em 2003. Paralelamente a esta Directiva, foram publicados outros diplomas comunitários de grande relevância na prevenção deste tipo de criminalidade, designadamente a [Directiva 2006/70/CE, da Comissão](#), que define o conceito de Pessoa Politicamente Exposta (PEP), o [Regulamento 1889/2005, do Parlamento e do Conselho](#), relativo ao controlo de somas em numerário na EU e o [Regulamento 1781/2006, do Parlamento e do Conselho](#), que define a informação do ordenante que deve constar nas transferências de fundos. A 3ª Directiva foi transposta para o nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho, que estabelece o regime preventivo e repressivo de combate ao branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, revogando a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março.

Em 11 de Março de 2014, o Parlamento Europeu aprovou as alterações à proposta da [4ª Directiva](#) relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo, conhecida como, cujo objectivo é melhorar o combate ao branqueamento, nomeadamente através da criação de registos públicos de identificação dos beneficiários efectivos de sociedades, *trusts* e fundações em todos os países da EU, do reforço dos deveres de vigilância, da clarificação das regras relativas às pessoas politicamente expostas e da exigência de identificação do ordenante e do beneficiário de transferências e fundos.

1.1.2. Legislação nacional

A tipificação criminal do branqueamento de capitais surgiu, pela primeira vez, no artigo 23.º do [Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro](#), com a epígrafe conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos. Assim, e harmonizando o direito interno com a Directiva 91/308/CE e com a Convenção de Viena de 1988, a incriminação do branqueamento estava restringida aos bens e produtos provenientes dos crimes de tráfico de estupefacientes.

No mesmo ano foi aprovado e publicado o [Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro](#), que contempla normas essencialmente administrativas destinadas a impedir a utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Nos anos seguintes foram

publicados vários diplomas que procederam a sucessivos alargamentos do leque de crimes subjacentes ao branqueamento de capitais:

- [Decreto-Lei n.º 325/95, de 02 de Dezembro](#): terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio e demais infracções referidas no artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. Este decreto-lei alargou ainda o leque das entidades abrangidas pelas obrigações de prevenção e combate ao branqueamento, que passou a abranger entidades não financeiras como os casinos e empresas de mediação mobiliária.
- [Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro](#): lenocínio, tráfico de menores e tráfico de pessoas.
- [Lei n.º 10/2002, de 11 de Fevereiro](#): tráfico de produtos nucleares, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, pornografia envolvendo menores, tráfico de espécies conhecidas, fraude fiscal e demais crimes punidos com pena de prisão cujo limite máximo seja superior a 5 anos.

Esta lei alargou ainda o leque das entidades obrigadas.

Os diplomas que acabámos de referir foram revogados pela [Lei n.º 11/2004, de 27 de Março](#), que transpôs a Directiva n.º 2001/97/CE, do Parlamento e do Conselho, estabelecendo o regime de prevenção e repressão do branqueamento de vantagens de proveniência ilícita. Com a publicação desta lei, surge, pela primeira vez, tipificado no nosso Código Penal, o crime de branqueamento, previsto e punido pelo artigo 386.º-A, aditado ao Código Penal pelo artigo 53.º da Lei 11/2004.

Porém, esta lei manteve-se em vigor durante pouco tempo, sendo revogada pela [Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho](#), que alargou o âmbito do regime preventivo e repressivo ao combate ao financiamento do terrorismo, transpondo para o ordenamento português a Directiva n.º 2005/60/CE e a Directiva n.º 2006/70/CE. Esta lei foi objecto de várias alterações, sendo a mais recente a introduzida pelo Decreto-Lei n.º 18/2013, de 06 de Fevereiro, relativa às competências das autoridades europeias que supervisionam o sistema financeiro.

1.2. O artigo 368.º-A do Código Penal

O artigo 368.º-A do Código Penal tem como epígrafe *branqueamento*, abandonando a terminologia *branqueamento de capitais*, que continua, no entanto, a ser utilizada nos instrumentos de internacionais.

Na análise da norma incriminadora do branqueamento começamos por nos referir ao bem jurídico protegido. O legislador inseriu a previsão legal do crime de branqueamento no capítulo dos crimes contra a realização da justiça, distanciando-se da posição de outras jurisdições que o consideram um crime contra o património. Segundo Germano Marques da

Silva⁶ *mediatamente há outros bens jurídicos tutelados, desde logo os mesmos bens protegidos pelas incriminações designadas na norma incriminadora do branqueamento, que constituem co-fundamento da punição, mas o cerne da tutela do branqueamento é a realização da justiça.*

O crime de branqueamento é, pois, um crime contra a realização da justiça, uma vez que através da sua prática o agente pretende evitar a perseguição criminal pelo crime subjacente e dificultar a acção da justiça. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/07/2013, proferido no âmbito do processo 1/05.2JFFLSB.L1-3⁷, pode ler-se, citando Jorge Fernandes Godinho e Pedro Caeiro, que *a punição do branqueamento visa tutelar a pretensão estadual ao confisco das vantagens do crime, ou mais especificamente, o interesse do aparelho judiciário na detecção e perda das vantagens de certos crimes.*

Relativamente ao tipo de crime, o branqueamento é um crime de perigo abstracto, bastando-se com a verificação de perigo para a realização da justiça e apreensão e perda das vantagens do crime.

No tocante à forma de consumação do ataque ao objecto da acção, defende Paulo Pinto de Albuquerque⁸ que as operações de conversão, transferência, ocultação e dissimulação são crimes de resultado, passíveis de ser cometidos por omissão impura, e as operações de facilitação e auxílio são crimes de mera actividade. Diferentemente, Vitalino Canas⁹ considera que o crime de branqueamento é um crime de mera actividade, pelo que não é possível a comissão por omissão.

No que respeita aos agentes do crime, o crime pode ser cometido por qualquer pessoa, singular ou colectiva, incluindo os próprios agentes do crime subjacente.

Uma das condições objectivas do tipo é a verificação do crime precedente ou *predicate offense*, porém a punibilidade pelo crime de branqueamento é autónoma relativamente ao facto ilícito subjacente. Este pode ser um facto consumado ou tentado, não exigindo a lei que ele seja culposo e punível, nem que tenha sido efectivamente punido. A condenação pelo crime de branqueamento não depende de condenação anterior ou simultânea pela prática do crime subjacente, podendo os autores do crime subjacente serem desconhecidos ou o crime subjacente já não ser passível de perseguição criminal, por prescrição do procedimento, amnistia ou morte dos seus autores. Nos termos do artigo 9.º, n.º 5, da Convenção de Varsóvia, cada uma das Partes garantirá a possibilidade de condenação por branqueamento

⁶ In *Notas sobre o Branqueamento de capitais em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal*, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos, Almedina, 2007, pág. 452.

⁷ <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/801de67a3093577580257be9003309a3?OpenDocument>.

⁸ In *Comentário do Código Penal Português à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica, 2010, anotação 3 ao artigo 368.º-A, pág. 955.

⁹ *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, pág. 148.

independentemente da condenação anterior ou simultânea pela prática de infracção subjacente¹⁰.

Na definição dos crimes precedentes, o legislador recorreu a um método misto, definindo um catálogo de factos ilícitos típicos e, complementarmente, uma cláusula geral que abrange outros factos ilícitos, em função da pena abstractamente aplicável¹¹, e ainda a remissão para o elenco constante do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro. Nas palavras de Jorge Dias Duarte¹², o legislador consagrou um elenco de crimes-base muito generoso, ultrapassando a orientação contida na Directiva 2001/97/CE, quando admite que possa servir como crime-subjacente do branqueamento de capitais qualquer infracção penal, desde que punida com pena de prisão de mínimo superior a seis meses, o que poderá aumentar significativamente as comunicações de operações suspeitas, perturbando o funcionamento do sistema.

Para que se mostre preenchido o tipo do crime de branqueamento é indispensável que, à data dos factos, o crime precedente esteja previsto como tal no elenco do artigo 368.º-A do Código Penal, por força do princípio da legalidade. Ainda que tenha sido obtida uma vantagem com a prática de um crime, se este não se inserir no elenco do n.º 1 do artigo 368.º-A do Código Penal não podemos falar em crime branqueamento.

O objecto do crime de branqueamento são as vantagens obtidas através da prática do crime precedente, bem como os bens adquiridos com base nessas vantagens, isto é, os seus sucedâneos. A Convenção de Palermo define, no seu artigo 2.º, *produto de crime* como *os bens de qualquer tipo, resultantes ou obtidos, directa ou indirectamente, da prática de uma infracção*. O conceito de *bens* abrange *activos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos activos*.

O tipo objectivo consiste nas seguintes acções: converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens e ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens ou dos direitos com elas obtidos.

Estamos perante operações de conversão quando ocorre a transformação dos bens gerados directamente pelo crime-base ou adquiridos em resultado da respectiva prática, ou seja, há uma acção pela qual se procede à modificação da natureza jurídica ou fáctica de valores

¹⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, in *Comentário...*, cit., anotação 10 ao artigo 368.º-A, pág. 957.

¹¹ Nos termos do artigo 368.º-A, n.º 1 do Código Penal, são qualificados como crimes subjacentes ao branqueamento de capitais: lenocínio; abuso sexual de crianças ou de menores dependentes; extorsão; tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas; tráfico de armas; tráfico de órgãos ou tecidos humanos; tráfico de espécies protegidas; fraude fiscal; tráfico de influências; corrupção; peculato e a participação em negócio; administração danosa em unidade económica do sector público; fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito; infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática; infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional e ainda factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos.

¹² In Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, *O novo crime de branqueamento de capitais, consagrado no artigo 368.º-A do Código Penal*, RMP, ano 25.º, Abril-Junho 2004, n.º 98, Lisboa, pág. 129 a 144.

patrimoniais. A transferência de vantagens consiste em operações destinadas a mudar fisicamente esses bens, a sua titularidade ou a transmissão desses direitos a outrem que não o agente do crime-base¹³.

O n.º 2 do artigo 368.º-A do Código Penal, ao incluir as operações de auxílio e facilitação admite a punição como autores de advogados, empregados bancários ou consultores financeiros que intervenham, de qualquer forma, na prática de operações de branqueamento. Quanto ao tipo subjectivo, o n.º 2 exige um dolo específico: a intenção de dissimular a origem ilícita das vantagens (favorecimento real) ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal (favorecimento pessoal).

As operações de ocultação ou dissimulação, previstas no n.º 3 do artigo 368.º-A do Código Penal, são acções de encobrimento, cujo âmbito é bastante amplo, *abrangendo praticamente todos os aspectos dos bens e informação a eles relativa*¹⁴. Diferentemente do n.º 2, no que diz respeito ao tipo subjectivo, não se exige no n.º 3 que o agente actue com intenção de favorecimento pessoal ou real, mas apenas que actue conhecendo a origem ilícita dos bens. No entendimento de Jorge Dias Duarte¹⁵, a exigência do conhecimento da proveniência ilícita do bem abarca o dolo em qualquer das suas formas, incluindo o dolo eventual.

Quer relativamente ao n.º 2, quer ao n.º 3 do artigo 368.º-A do Código Penal, o agente não tem de conhecer o concreto facto típico ilícito no qual teve origem a vantagem, nem o lugar onde foi praticado ou os seus autores, bastando que saiba, no momento da prática do facto, que aquela vantagem é ilícita. Relativamente a esta questão, Vitalino Canas¹⁶ admite a possibilidade de dolo eventual sobre a proveniência ilícita dos bens, desde que o agente tenha conhecimento de que as vantagens foram obtidas num facto ilícito típico incluído no catálogo dos crimes subjacentes ao crime de branqueamento. Diferentemente, Paulo Pinto de Albuquerque¹⁷ defende uma interpretação restritiva do tipo subjectivo, não admitindo, em nenhum dos casos, o dolo eventual.

Quanto ao local do cometimento do crime precedente, este é irrelevante na medida em que o n.º 4 do artigo 368.º-A do Código Penal atribui competência aos tribunais portugueses, ainda que o crime-base tenha sido cometido no estrangeiro ou se desconheça o local de cometimento, desde que o processo de branqueamento tenha ocorrido, total ou parcialmente, em território português.

¹³ *Os termos conversão ou transferência incluem situações em que os bens financeiros são convertidos de uma forma ou de tipo para outro (por exemplo, através da utilização de dinheiro ilicitamente obtido na aquisição de bens imobiliários ou da venda de bens imobiliários ilicitamente adquiridos), bem como de situações em que os mesmos bens são transferidos de determinado local ou jurisdição para outro ou de uma conta bancária para outra – in Guia Legislativo para a aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, disponível em <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaConv.pdf>, pág. 36.*

¹⁴ *Guia Legislativo ...*, cit., pág. 36.

¹⁵ In *Lei n.º 11/2004 ...*, cit., pág. 129 ss. O autor refere, em sentido divergente, não admitindo o dolo eventual, Jorge A. Godinho e Faria Costa.

¹⁶ In *O crime ...*, cit., pág. 163.

¹⁷ In *Comentário ...*, cit., anotação 19 ao artigo 368.º-A, pág. 958 e 959.

Nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 368.º-A do Código Penal, exclui-se a punibilidade quando o crime subjacente dependa de queixa e esta não tenha sido oportunamente apresentada ou que tenha sido legitimamente retirada. A Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, suprimiu a excepção a esta regra no caso de branqueamento de vantagens decorrentes dos crimes de abuso sexual de crianças e abuso sexual de menores dependentes, que passaram a ser crimes públicos.

O n.º 6 da referida norma penal prevê a agravação da medida da pena quando os factos sejam praticados com carácter de habitualidade, não se exigindo que seja *modo de vida* e os n.ºs 7, 8 e 9 consagram situações de atenuação especial da pena, sendo esta obrigatória quando haja reparação integral sem dano ilegítimo de terceiro e facultativa se a reparação for parcial. É ainda causa de atenuação especial facultativa o contributo preponderante do arguido na descoberta da identidade ou captura do agente do crime precedente ou na obtenção de prova.

O n.º 10 do artigo em análise visa alcançar um equilíbrio entre a pena aplicável pelo branqueamento e a pena aplicável ao agente do crime-base, impedindo que a pena aplicada ao crime de branqueamento seja superior ao limite máximo da pena aplicável ao crime precedente ou ao limite máximo do crime precedente mais grave, em caso de concurso de crimes precedentes. Esta norma assume grande relevância para efeitos de contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal, nos termos do artigo 118.º do Código Penal. Vitalino Canas¹⁸ e Paulo Pinto de Albuquerque¹⁹ consideram que a limitação imposta pelo n.º 10 do artigo 368.º-A do Código Penal apenas se refere à pena concreta aplicada e não já à moldura penal prevista para o crime de branqueamento. Assim, o prazo de prescrição do procedimento criminal relativamente ao crime de branqueamento de capitais será sempre de 15 anos, nos termos do disposto nos artigos 118º, n.º 1, alínea a) e 368.º-A, n.º 2, ambos do Código Penal.

Em sentido contrário decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03/07/2013, proferido no âmbito do processo n.º 1082/05.4TAGDM.P²⁰, onde se pode ler: *Em nossa opinião a pena concreta é determinada com base numa moldura penal abstracta, modificada por outra moldura penal abstracta, quanto à proibição de a pena ser fixada acima dos limites superior e inferior ou apenas superior desta última. [...] Verifica-se, assim, quanto a nós, uma verdadeira alteração da moldura penal aplicável, em termos de a pena a determinar nunca poder fixar-se acima do limite superior da moldura do crime antecedente. Isto é legalmente pré-estabelecido, pela conjugação das molduras penais em causa, não tendo a determinação da pena concreta nada que ver com a limitação em causa. [...] No nosso modo de pensar, é desproporcionado que sobre um crime que não pode ser punido com pena superior a 3 (três) anos de prisão recaia um prazo de prescrição de 15 (quinze) anos, com fundamento naquilo que, aos nossos olhos, não passa de uma ficção jurídica.*

Relativamente à tentativa, Vitalino Canas²¹ admite a tentativa de qualquer das condutas previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 368.º-A do Código Penal, não admitindo a punibilidade dos

¹⁸ In *O crime ...*, cit., pág. 169.

¹⁹ In *Comentário ...*, cit., anotação 26 ao artigo 368.º-A, pág. 960.

²⁰ In www.dgsi.pt

²¹ In *O crime ...*, cit., pág. 150.

actos preparatórios por falta de norma expressa. Diversamente, Paulo Pinto de Albuquerque²² entende não poder haver punição por tentativa no caso de auxílio ou facilitação de operações de conversão ou transferência.

A questão do concurso efectivo entre o crime de branqueamento e o crime precedente quando cometidos pelo mesmo agente foi resolvida com a inclusão, no n.º 2 do artigo 368.º-A do Código Penal, da expressão *obtida por si ou por terceiro*. Neste sentido, entende Vitalino Canas que *pode cometer o crime de branqueamento, em concurso real, quem é autor ou participante do facto ilícito típico subjacente*²³. No entanto, alguns autores continuam a criticar esta solução por a entenderem violadora do princípio *ne bis in idem*. Sobre esta questão o Supremo Tribunal de Justiça, no [acórdão de fixação de jurisprudência n.º 13/2007, de 22/03/2007](#), fixou a seguinte jurisprudência: *na vigência do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22.01, o agente do crime previsto e punido pelo artigo 21.º, n.º 1 do mesmo diploma, cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu n.º 1, cometeria os dois crimes, em concurso real. Esta solução é a única que se compatibiliza com o artigo 6.º, n.º 2, al. b) da Convenção de Estrasburgo, artigo 9.º, n.º 1, al. b) da Convenção de Varsóvia e 23.º, parágrafo 2.º, al. e) da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção*.

1.3. A Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho

A [Lei n.º 25/2008, de 05 de Junho](#), (doravante, apenas Lei n.º 25/2008) revogou a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, veio reformular o regime português da prevenção e repressão do combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita, transpondo para o direito interno as Directivas n.ºs 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro e 2006/70/CE, da Comissão, de 1 de Agosto e revogando a Lei n.º 11/2004, de 27 de Março. Uma das grandes inovações deste diploma é o facto de estabelecer o regime de prevenção e repressão do branqueamento e, em simultâneo, do financiamento do terrorismo.

O sistema de prevenção, consubstanciado num conjunto de deveres impostos a um conjunto cada vez maior de entidades, confunde-se com a própria repressão, por ser muitas vezes difícil traçar a fronteira entre ambas. Por exemplo, o exercício do dever de abstenção por parte da entidade sujeita, previsto no artigo 17.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008, constitui um mecanismo de prevenção, mas a subsequente ordem do Procurador-Geral da República (PGR) de suspensão de movimentação de contas bancárias, tem já um carácter repressivo²⁴.

O regime de prevenção regulado pela Lei n.º 25/2008 envolve um conjunto vasto de entidades, designadas por *entidades sujeitas*, a quem se exige um papel activo na prevenção através da imposição de deveres e envolve, muitas vezes, limitações ou restrições aos direitos, liberdades e garantias. Acresce que o incumprimento dos deveres pelas entidades sujeitas

²² In *Comentário ...*, cit, anotação 21 ao artigo 368.º-A, pág. 959.

²³ In *O crime ...*, cit., pág. 157.

²⁴ Vitalino Canas, *As medidas de Natureza Preventiva contra o Branqueamento e o Financiamento do Terrorismo*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, n.º 2/3 (Set-Dez. 2008), Lisboa, pág. 814.

implica a sua responsabilidade em matéria de direito de mera ordenação social, disciplinar ou, excepcionalmente, penal.

Os artigos 3.º e 4.º, da Lei n.º 25/2008, elencam o conjunto das entidades sujeitas aos deveres de prevenção, distinguindo-se entre as entidades financeiras e as entidades não financeiras. Entre as entidades financeiras incluem-se as sucursais em território português das entidades com sede no estrangeiro e as sucursais financeiras exteriores. Relativamente às entidades não financeiras, destaca-se a inclusão dos notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros trabalhadores independentes quando intervenham nas operações referidas no artigo 4.º, alínea f), subalíneas i) a vi).

Neste contexto, as instituições financeiras encontram-se numa posição privilegiada para detectar e comunicar comportamentos ilícitos dos seus clientes e usos indevidos do sistema financeiro. Os deveres elencados na Lei n.º 25/2008 obrigaram os bancos e demais instituições financeiras a criar mecanismos internos, designadamente a instalação de aplicações informáticas que emitam alertas sempre que detectem movimentações suspeitas dos seus clientes, e a constituir equipas técnicas que garantam a boa execução dos procedimentos internos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

É fundamental que as entidades sujeitas tenham um conhecimento efectivo e completo dos seus clientes (princípio internacionalmente designado por “*know your customer - KYC*”), daí que o dever de **identificação** enunciado nos artigos 7.º e 8.º da Lei n.º 25/2008 defina um conjunto de informação que as entidades devem recolher e o momento em que o devem. No caso específico dos bancos, cabe ao Banco de Portugal, enquanto entidade supervisora do sector, definir o leque de informação que os bancos devem recolher, tendo para o efeito publicado o [Aviso n.º 5/2013, de 18 de Dezembro](#), que veio, mais de 5 anos depois, regulamentar a Lei n.º 25/2008, revogando o Aviso n.º 11/2005.

No âmbito de dever de **diligência**, previsto nos artigos 9.º a 12.º da Lei n.º 25/2008, as entidades sujeitas devem manter um acompanhamento contínuo da relação de negócio, obtendo informação sobre a estrutura de propriedade e de controlo dos seus clientes, a finalidade da relação de negócio, a origem e o destino dos fundos movimentados, assegurando a actualização dos elementos de informação obtidos. Este dever de diligência será reforçado no caso de operações realizadas à distância, de correspondência bancária com instituições estabelecidas em países terceiros, ou as efectuadas com pessoas politicamente expostas (PEP)²⁵ residentes fora do território nacional.

No caso dos elementos identificativos e das informações necessárias ao cumprimento do dever de diligência não serem fornecidas pelos seus clientes, devem as entidades sujeitas

²⁵ Pessoas Politicamente Expostas: pessoas singulares que desempenham, ou desempenharam até há um ano, altos cargos de natureza política ou pública, bem como os membros próximos da sua família e pessoas que reconhecidamente tenham com elas estreitas relações de natureza societária ou comercial (artigo 2.º, alínea 6), da Lei n.º 25/2008).

recusar-se a realizar qualquer operação ou iniciar uma relação de negócio, nos termos do artigo 13.º.

Uma vez munidas de todas as informações recolhidas no âmbito dos deveres de informação e de diligência, caberá às entidades sujeitas, de acordo com o artigo 15.º, **examinar** com especial cuidado e atenção, atendendo à experiência dos seus profissionais, as condutas ou operações susceptíveis de estarem relacionadas com o branqueamento de capitais ou o financiamento do terrorismo. Os critérios que estes profissionais devem utilizar para caracterizar a operação como suspeita estão elencados no n.º 2 do mesmo artigo. De acordo com o disposto no n.º 4, percebemos que as entidades sujeitas não necessitam de ter prova documental de que estão perante uma conduta criminosa, mas tão-somente que a conduta, actividade ou operação do seu cliente é estranha ao seu padrão típico.

Se entenderem que estão perante uma operação suspeita, as entidades sujeitas devem **abster-se** de realizá-la, nos termos do artigo 17.º, e **comunicar** imediatamente a suspeita ao PGR, conforme analisaremos na segunda parte deste trabalho.

A Lei n.º 25/2008 fixa nos artigos 45.º e seguintes o regime contra-ordenacional para aplicável às entidades e seus empregados por incumprimento dos deveres que lhes são impostos por esta lei.

2. Prática e gestão do inquérito

2.1. O processo de prevenção

O processo de prevenção é um processo administrativo instaurado pelo Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP) na sequência de uma comunicação de branqueamento efectuada nos termos da Lei n.º 25/2008, que pode ou não ter sequência em termos de um futuro inquérito.

No caso do crime de branqueamento, a Lei n.º 25/2008 faz impender sobre determinadas entidades o dever de comunicação ao Procurador-Geral da República de factos que indiciem a prática de crime de branqueamento, comunicação que é feita em simultâneo para a Unidade de Informação Financeira da Polícia Judiciária (UIF)²⁶.

Pela [Circular n.º 11/2004, de 21 de Julho](#), o Procurador-Geral da República delegou na Procuradora-geral-adjunta e Directora do DCIAP, todas as competências que lhe eram atribuídas pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Março. Esta circular mantém-se em vigor, tendo

²⁶ A Unidade de Informação Financeira foi criada pelo Decreto-Lei n.º 304/2002, de 13 de Dezembro que alterou a Lei Orgânica da Polícia Judiciária. A UIF é o departamento da Polícia Judiciária especializado na recolha, centralização, tratamento e difusão ao nível nacional de toda a informação relativa em branqueamento de capitais. Compete-lhe ainda a cooperação e articulação com as autoridades judiciais, autoridades de supervisão, operadores económico-financeiros e com estruturas congéneres no plano internacional, fazendo parte do Egmont Group (<http://www.egmontgroup.org/membership/list-of-members/by-region/europe>).

sofrido actualizações após a publicação da Lei n.º 25/2008, que admite, no seu artigo 63.º, a possibilidade de o Procurador-Geral da República delegar as competências que lhe são atribuídas pela referida lei. A última actualização ocorreu em 27/08/2013 em virtude do Despacho n.º 11631/2013²⁷ da Exma. Conselheira Procuradora-Geral da República.

Resulta do [Despacho n.º 9/2013, de 12.09.2013](#), da Coordenação do DCIAP, que o despacho a proferir em matéria de prevenção de branqueamento tem carácter urgente, sendo constituído um processo administrativo por cada comunicação efectuada.

O artigo 16.º da Lei n.º 25/2008, impõe às entidades sujeitas o dever de comunicarem, por sua própria iniciativa, ao DCIAP e à UIF sempre que *saibam, suspeitem ou tenham razões para suspeitar que teve lugar, está em curso ou foi tentada uma operação susceptível de configurar a prática do crime de branqueamento ou financiamento do terrorismo*. Nos termos do artigo 40.º do mesmo diploma, também as autoridades de supervisão estão sujeitas a esta obrigação. As comunicações efectuadas pelas entidades sujeitas devem conter todos os elementos que sejam relevantes para a investigação do Ministério Público e da UIF nos quais fundamentam as suspeitas (identificação dos clientes em causa, descrição da operação, extractos de contas bancárias, entre outros) e deve ser efectuada de imediato, sob pena de se frustrarem os objectivos de prevenção que lhe estão subjacentes. O artigo 27.º abre a possibilidade de um dever de comunicação especial eventual em situações que representem “especial risco”, desde que tal seja determinado pela entidade de supervisão do respectivo sector.

Ao referido dever de comunicação acresce o dever de abstenção, previsto nos n.ºs 1, 2 e 3 do artigo 17.º da referida lei, por força do qual as entidades sujeitas devem abster-se de realizar operações que saibam ou suspeitem de estar relacionadas com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo, informando imediatamente o DCIAP e a UIF. Cabe, de seguida, ao DCIAP, com base nas informações fornecidas pela entidade sujeita, confirmar ou não a suspeita, procedimento que deve ser rápido e sem grande formalismo. Em caso afirmativo, determinará a suspensão da execução da operação suspeita, notificando a entidade. Caberá, por último, ao juiz de instrução criminal, nos termos do n.º 3, confirmar aquela suspensão no prazo de dois dias. Caso não confirme, a operação entretanto suspensa poderá ser realizada.

Os vários passos deste procedimento acarretam grandes dificuldades práticas para as entidades sujeitas. Deparando-se com um cliente que pretende fazer uma operação concreta, com a rapidez característica dos dias de hoje, as entidades sujeitas têm de recorrer a expedientes a que não estão habituadas para que o cliente não compreenda que sobre ele recai uma suspeita, oferecendo repetidas justificações (falsas) para a não execução da operação. Até à recepção da confirmação por parte do juiz de instrução criminal, o que pode demorar até dois dias, as entidades sujeitas encontram-se numa posição frágil, podendo mesmo ser responsabilizadas civilmente pela não realização da operação em tempo útil caso aquela confirmação não se verifique. Daí que as entidades sujeitas apenas se abstenham de executar operações quando o grau de suspeição seja muitíssimo elevado.

²⁷ Publicado no DR, 2ª Série, Parte D, n.º 172, de 6 de Setembro de 2013.

O n.º 4 do referido artigo 17.º admite que a operação suspeita se realize quando a entidade sujeita entenda que não é possível abster-se ou quando o DCIAP e a UIF entendam que essa abstenção pode prejudicar a prevenção e a futura investigação criminal. Nesta situação, a operação realiza-se mas a entidade sujeita comunica de imediato ao DCIAP e à UIF todas as informações a ela respeitantes.

Note-se que a decisão de não se abster de realizar a operação cabe apenas à entidade sujeita, embora antes de decidir deva consultar o DCIAP e a UIF. Em qualquer destas situações, o DCIAP fica sem poder de determinar a suspensão uma vez que esta apenas pode ser desencadeada após comunicação da entidade que se absteve, conforme artigo 17.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008.

Para poder decidir da suspensão ou não da execução da operação, o magistrado do Ministério Público solicita, ao abrigo do disposto nos artigos 17.º e 18.º da Lei n.º 25/2008, ao Banco de Portugal e às entidades bancárias envolvidas informações e documentos relevantes, nomeadamente a indicação das contas da titularidade dos suspeitos, os documentos de abertura de conta ou os respectivos extractos bancários, no caso de estes não terem já sido enviados.

Resulta do ponto 4 da Circular n.º 11/2004, que o DCIAP procede à prática dos actos de inquérito necessários ao exercício do poder de suspensão da execução da operação que lhe é atribuído pelo artigo 8.º da Lei n.º 11/2004, a que corresponde actualmente o artigo 17.º da Lei n.º 25/2008. Atento o carácter urgente do despacho relativo à prevenção do branqueamento, qualquer documento solicitado quer pela UIF, quer pelo DCIAP às entidades sujeitas, ao abrigo do artigo 18.º da Lei 25/2008, deverá ser remetido por correio electrónico, em simultâneo, para as duas entidades.

A decisão do Ministério Público de determinar a suspensão da execução da operação suspeita é proferida no âmbito do processo de prevenção, que é um processo administrativo. Assim, para que tal decisão possa ser confirmada pelo juiz de instrução, deverá ser ordenada a extracção de certidão dos documentos relevantes, com ocultação da origem, a fim de ser instaurado, de imediato, o competente inquérito.

No âmbito do inquérito, o Ministério Público promove junto do juiz de instrução criminal a confirmação da suspensão da operação e que, quando aplicável, determine o bloqueio dos movimentos a débito da conta ou contas utilizadas na operação suspeita, nos termos dos artigos 17.º, 1 a 3, da Lei n.º 25/2008 e 4.º, n.º 4 da [Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro](#) por entender que é suficientemente fundada a suspeita de que os fundos movimentados têm origem na prática de um dos crimes elencados no artigo 368.º-A, n.º 1, do Código Penal e quando se suspeite que estão em curso novas manobras de branqueamento²⁸.

²⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10-01-2012, proferido no processo 169/106TELSB-A.L1-5, disponível em www.dgsi.pt.

O Ministério Público pode promover que a operação seja suspensa definitivamente ou por determinado prazo, findo o qual a mesma já poderá realizar-se²⁹. Nuno Brandão³⁰ defende que a confirmação pelo juiz implica a abstenção definitiva da realização da transacção.

2.2. O inquérito

2.2.1. Competência

Em regra, é competente para o inquérito o magistrado do Ministério Público do local onde ocorreu o crime, conforme resulta do artigo 19.º do Código de Processo Penal. Em matéria de prevenção e repressão do branqueamento, geralmente associada a criminalidade grave, complexa e de carácter internacional, compete ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP) coordenar a direcção da investigação, nos termos do disposto no artigo 47.º, nº 1, alínea e), do [Estatuto do Ministério Público](#) (EMP). O nº 3 atribui ainda competência ao DCIAP para dirigir o inquérito e exercer a acção penal quando a actividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais ou quando tal competência lhe seja atribuída por despacho do Procurador-Geral da República.³¹

Nos termos da Circular n.º 11/04, os autos deverão ser remetidos ao magistrado do Ministério Público competente, salvo nas situações do artigo 47.º, 3, b), do EMP quando haja indícios do carácter transnacional ou na prática autónoma e organizada de branqueamento cuja competência cabe ao DCIAP.

Ainda que não compita ao DCIAP dirigir o inquérito, resulta dos artigos 46.º e 47.º, nº 4, alínea a), do EMP, que lhe compete realizar acções de prevenção previstas na lei relativamente ao crime de branqueamento de capitais. Para esse efeito, é indispensável a recolha de informação relativa a inquéritos referentes àquele crime. Assim, em cumprimento do disposto na Circular n.º 11/99, sempre que seja instaurado um inquérito no âmbito do qual se investigue a prática do crime de branqueamento de capitais, deve tal facto ser comunicado ao DCIAP.³²

Note-se que a Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, no seu artigo 7.º, nº 2, alínea i), atribuiu competência reservada à PJ para a investigação do crime de branqueamento.

²⁹ Sobre esta matéria pronunciou-se o Tribunal da Relação de Lisboa, no Acórdão de 10/01/2012, proferido no processo n.º 169/10.6TELSB-A.L1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

³⁰ *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra, 2002, pág. 55.

³¹ Sobre a competência do DCIAP para a direcção do inquérito e exercício da acção penal vejam-se a [Circular da PGR n.º 10/99, de 16 de Julho e a Circular n.º 11/99, de 3 de Março](#).

³² Quando esteja em causa investigação de branqueamento, o artigo 9.º, nº 3, da [Lei 54/2008, de 4 de Setembro](#), e sem prejuízo do segredo de justiça, impõe que sejam remetidas ao [Conselho de Prevenção da Corrupção](#) (CPC) as participações ou denúncias, os despachos de arquivamento ou acusação, de pronúncia ou não pronúncia e as sentenças. Dispõe o artigo 8.º, nº 2, da Lei n.º 54/2008, que logo que o CPC tenha conhecimento de procedimento de inquérito criminal deverá suspender a recolha de informação e comunicar a suspensão à autoridade competente, que lhe poderá solicitar o envio de documentos. O CPC não pode divulgar estas informações.

2.2.2. A recolha de prova: algumas questões práticas

Apesar dos esforços que têm sido feitos a nível nacional e internacional em matéria de investigação deste tipo de criminalidade, continuam a ser muitas as dificuldades de investigação. António José André Inácio³³, elenca várias dificuldades na investigação deste tipo de criminalidade: - *dificuldades intrínsecas*, que resultam da grande especialização desta criminalidade, da complexidade de meios empregues e do perfil preparado dos seus autores; - *dificuldades técnicas*, pela sofisticação dos esquemas financeiros e pela utilização de vários ordenamentos jurídicos; - *dificuldades legais*, pela ausência de facilitação da obtenção da prova; - *dificuldade sociais*, atento o facto de, geralmente, os indivíduos envolvidos estarem bem posicionados socialmente; - *dificuldades externas* resultantes de pressões e *lobbies* que podem condicionar os intervenientes na investigação.

Para obviar a algumas destas dificuldades, foi criado no Ministério Público o Núcleo de Apoio Técnico³⁴ e na Polícia Judiciária encontramos a Direcção Central de Investigação e Combate à Criminalidade Económico Financeira, a Direcção Central de Combate ao Banditismo e a Unidade de Informação Financeira, com competências específicas em matéria de criminalidade económico-financeira.

Na investigação criminal do crime de branqueamento, a palavra de ordem é cooperação internacional, que tem tido directa influência em vários níveis. Destaca-se ainda a definição de regimes especiais de recolha de prova, de quebra de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado, a que acresce a criação das Unidades de Informação Financeira e a introdução de medidas para limitar a recusa de prestação e auxílio judiciário mútuo.

No plano interno, a **cooperação judiciária internacional** em matéria penal está regulada na [Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto](#). No entanto, nos termos do disposto no artigo 3.º, n.º 1, deste diploma, a sua aplicação restringe-se aos casos de falta ou insuficiência de tratados, convenções ou acordos internacionais que vinculam Portugal nesta matéria.

Resulta do artigo 18.º da Convenção de Palermo que *os Estados Partes deverão prestar reciprocamente todo o auxílio judiciário possível no âmbito de investigações, processos e procedimentos judiciais relativos às infracções previstas na Convenção*, enunciando o n.º 3 desta norma as diligências que podem ser solicitadas. Revela-se de grande importância o disposto no n.º 8 do referido artigo 18.º que proíbe os Estados Partes de recusar o auxílio invocando o sigilo bancário. Daqui resulta que as legislações nacionais deverão ser alteradas no sentido de se coadunarem com esta exigência.

³³ *A criminalidade do colarinho branco, considerações sobre a sua repressão, prevenção e combate*, in Revista da Polícia e Justiça, 2004, III Série, n.º especial, pág. 140.

³⁴ Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) - previsto no artigo 49.º do Estatuto do Ministério Público e criado pela Lei 1/97, de 16 de Janeiro, funciona na dependência orgânica da Procuradoria-geral da República. Compete-lhe exercer funções de assessoria e consultoria técnica em matéria de natureza económica, financeira, bancária, contabilística e de mercado de valores mobiliários, gozando de autonomia técnico-científica. A intervenção do NAT depende de solicitação expressa de qualquer magistrado do Ministério Público.

Os pedidos de auxílio judiciário revestem, em regra, a forma de **cartas rogatórias**³⁵, através das quais se pretende obter a realização de diligências num país estrangeiro.

Em regra, a actividade de branqueamento envolve a circulação das vantagens ilicitamente obtidas por vários ordenamentos jurídicos como forma de dissimular a sua origem ilícita. Em muitos dos casos são utilizadas sociedades sedeadas em paraísos fiscais (*offshores*), tornando-se necessária a colaboração das entidades judiciárias daqueles países para a obtenção dos elementos de prova necessários.

Relativamente às empresas *offshore*, a principal dificuldade é determinar o respectivo **Ultimate Beneficial Owner (UBO)**³⁶. Neste caso, é muito importante indicar na carta rogatória o número da conta bancária, uma vez que geralmente a conta é titulada por uma empresa *offshore* e não pelo agente do crime de branqueamento. Assim, na posse do número da conta bancária, o Ministério Público poderá pedir os documentos locais identificativos da sociedade, nomeadamente o *Certificate of Incorporation, Power of Attorney ou Memorandum of Association*, que permitirão fazer a ligação entre a empresa *offshore* e o agente do crime. Contudo, os contratos de criação das sociedades *offshore* são quase sempre iguais, não contendo a identificação do beneficiário efectivo, informação que apenas se consegue através dos documentos atrás referidos.

A [Circular da PGR n.º 4/2002, de 1 de Março](#), contém as informações e orientações sobre os procedimentos a observar na emissão de cartas rogatórias, sendo conveniente consultar o [Guia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal](#) e, sempre que necessário, solicitar a intervenção do [Gabinete de Documentação e Direito Comparado \(GDCC\)](#)^{37 38}.

No âmbito da União Europeia revela-se de grande importância o papel da Eurojust³⁹ e das Equipas de Investigação Conjunta, cuja criação foi prevista pela Decisão-quadro n.º 2002/465/JAI do Conselho, de 13 de Junho, e que estão consagradas no direito interno no artigo 145.º-A da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto. A [Circular da PGR n.º 1/2012](#) determina os procedimentos a adoptar quando os magistrados do Ministério Público entendam ser conveniente a criação de uma equipa de investigação conjunta⁴⁰.

Note-se que, no âmbito da prevenção e repressão do branqueamento de capitais é possível um contacto directo entre as UIF dos diversos Estados, podendo obter-se informações bancárias, fiscais ou patrimoniais, conforme as competências dessa unidade em cada Estado.

³⁵ As cartas rogatórias são um mandado conferido por uma autoridade judiciária de um país a uma autoridade judiciária estrangeira para, em seu nome, proceder a um ou mais actos especificados no mandato, cfr. Euclides Dâmaso Simões, *A importância ...*, cit., pág. 445.

³⁶ A Lei n.º 25/2008 define no seu artigo 2.º, alínea 5) *beneficiário efectivo* como a pessoa singular por conta de quem é realizada uma transacção ou actividade ou que, em última instância, detém ou controla o cliente.

³⁷ Funciona na dependência da Procuradoria-Geral da República, estando as suas competências definidas no artigo 48.º do Estatuto do Ministério Público e no artigo 161.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Agosto.

³⁸ Relativamente ao cumprimento de cartas rogatórias consultar a [Circular da PGR n.º 6/04, de 23 de Março](#).

³⁹ A [Circular da PGR n.º 5/04, de 18 de Março](#) designa o correspondente nacional da Eurojust. Sobre a Eurojust consultar http://www.pgr.pt/Portugues/Instancias_Eu_Int/eurojust.html.

⁴⁰ Sobre a criação de equipas de investigação conjunta, http://www.pgdilisboa.pt/novidades/files/novidade_322.pdf.

O **sigilo bancário**⁴¹, regulado nos artigos 78.º e seguintes do [Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras \(RGICSF\)](#), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, é uma das principais características da relação contratual entre o banco e os seus clientes, protegendo informação relativa à sua situação económica, tutelando assim o direito à reserva da intimidade da vida privada dos clientes bancários.

Contudo, o seu alcance vem sendo contestado, na medida em que o sistema financeiro é o principal veículo utilizado para a prática do crime de branqueamento, através de sucessivas transferências entre instituições bancárias de diversos países, de preferência onde o sigilo bancário seja mais forte para dificultar a descoberta da origem do capital. Assim, assume grande relevância a colaboração das entidades financeiras com as autoridades judiciais, razão pela qual o legislador nacional, seguindo as directrizes internacionais, restringiu o dever de segredo bancário em nome da prevenção e repressão do branqueamento de capitais, estabelecendo um regime especial de quebra de sigilo bancário⁴².

A Lei n.º 25/2008 prevê no seu artigo 18.º um dever de colaboração às entidades sujeitas, no âmbito do qual estas devem cooperar com o DCIAP, a UIF, o Ministério Público ou com as autoridades com competência para fiscalização do cumprimento dos deveres, sempre que tal lhes seja solicitado⁴³, garantindo o acesso directo a informações e apresentando documentos e registos. Acrescenta o artigo 20.º que as informações prestadas de boa fé não constituem a violação de qualquer dever de segredo.

Relativamente às entidades financeiras abrangidas pelo RGICSF, a limitação ao dever de segredo prevista no artigo 20.º da Lei n.º 25/2008 subsume-se na excepção prevista no artigo 79.º, n.º 2, alínea f), do RGICSF. No entanto, sendo aquela informação solicitada no âmbito de um processo penal por autoridade judiciária, está abrangida pela excepção do artigo 79.º, n.º 2, al. d), do RGICSF. Resulta do exposto que o legislador nacional deu primazia ao interesse do Estado de obter informações com vista a combater o branqueamento, impondo às entidades financeiras os deveres de comunicação, abstenção e colaboração. No entanto, essa derrogação do sigilo está sempre sujeita aos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade impostos pelo artigo 18.º da Constituição.

O dever de sigilo, estabelecido no artigo 19.º da Lei n.º 25/2008, proíbe que as entidades sujeitas, incluindo os seus funcionários, revelem ao cliente ou a terceiro as comunicações efectuadas ou que se encontra em curso uma investigação criminal. O dever de segredo incide não só sobre o teor das informações mas também sobre a pessoa responsável pela comunicação. Por outro lado, também não pode a entidade sujeita revelar ao cliente que lhe

⁴¹ Sobre segredo bancário ver o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-09-2011, proferido no âmbito do processo n.º 1214/10.OPBSNT-A.L1; o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25/10/2011, proferido no processo 1410/09.3JDLSB-A.L1-5, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29-01-2014, proferido no processo n.º 254/13.2GBMTS-A.P1e Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 26-10-2011, proferido no processo 959/10.OPJPRT-A.P1, todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

⁴² O regime geral de acesso às informações sujeitas a segredo bancário em processo penal está regulado no artigo 135.º do Código de Processo Penal.

⁴³ Nos termos da Circular da PGR n.º 11/2004, estando em causa o fornecimento de elementos solicitados ao abrigo do dever de colaboração, deverão os mesmos ser directamente remetidos ao magistrado do Ministério Público que for titular do inquérito respectivo.

foram solicitadas informações e que estas se destinam a instruir um processo crime. Jorge Patrício Paul⁴⁴ considera que se o cliente acciona judicialmente uma instituição financeira por violação do sigilo profissional, esta pode defender-se revelando o motivo que determinou aquela violação e que exclui a sua responsabilidade nos termos do disposto no artigo 20.º da Lei n.º 25/2008.

O artigo 20.º, n.º 2, da Lei n.º 25/2008 comina com pena de prisão até 3 anos ou com multa quem, ainda que com negligência, revele ou favoreça a identidade de quem forneceu as informações ao abrigo dos artigos 16.º, 17.º e 18.º daquele diploma legal. A lei não estabelece se este dever de segredo relativamente à identidade de quem forneceu informações cessa no momento em que o processo se torna público.

A [Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro](#) também regula esta matéria⁴⁵, resultando da mesma que, no âmbito de processo crime relativo ao crime de branqueamento, as instituições de crédito e sociedades financeiras podem ver o seu segredo profissional ceder mediante despacho da autoridade judiciária. Assim, após despacho da autoridade judiciária, o órgão de polícia criminal competente solicita todas as informações relevantes, sendo as sociedades financeiras obrigadas a fornecê-los no prazo de 5 dias quando constem de suporte digital e de 30 dias nos restantes casos, conforme resulta do artigo 3.º, n.º 2, alíneas a) e b), da Lei n.º 5/2002.

Note-se que as entidades sujeitas têm que garantir o acesso directo à informação, facultando a informação de forma rápida e sem filtragens, impondo o artigo 28.º da Lei n.º 25/2008 que as entidades financeiras possuam sistemas e instrumentos que permitam responder de forma rápida aos pedidos de informação do DCIAP, UIF ou autoridade judiciária.

As informações podem ser solicitadas ao Banco de Portugal ou às instituições de crédito, mas este pedido deve ser elaborado com algum cuidado, identificando-se de forma clara e precisa as informações pretendidas, designadamente a existência de contas bancárias tituladas por determinada pessoa ou que a mesma possa movimentar, extractos de conta, documentos de suporte de movimentos, cópias de cheques, contratos e procurações, ou quaisquer outros documentos pertinentes para a investigação. É muito importante pedir a ficha de assinaturas de todas as pessoas com legitimidade para movimentar as contas bancárias. Para este efeito deve o Ministério Público fornecer todos os elementos de identificação disponíveis sobre o titular ou as pessoas com poderes de movimentação da conta, com especial relevo para o número de identificação fiscal, que é obrigatório fornecer no momento de abertura de uma conta. Sempre que possível, deve solicitar-se documentação bancária em suporte digital.

Cumprе alertar que, conforme resulta do disposto no artigo 79.º, n.º 3, alíneas a) a c), do RGICSF, o Banco de Portugal dispõe de uma base de dados com informação sobre contas bancárias existentes no sistema nacional, com identificação dos seus titulares, das pessoas

⁴⁴ In *A legislação sobre branqueamento de capitais e as suas repercussões no exercício da actividade bancária*, Coimbra, 1999, pág. 331.

⁴⁵ A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, apenas se aplica às instituições de crédito e sociedades financeiras, sendo menos abrangente que a Lei n.º 25/2008 que se aplica a todas as entidades sujeitas.

com poderes de movimentação e das pessoas com poderes de movimentação e das datas de abertura e encerramento.

Quando as entidades não cumpram, deverá o Ministério Público comunicar esse facto ao Banco de Portugal para efeitos do disposto no artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002.

Frequentemente, realizam-se **buscas** para se encontrarem documentos de suporte de contas bancárias, de transacções, procurações e contratos, nomeadamente quando estão relacionados com a titularidade de contas em *offshore*, cuja documentação é muitas vezes difícil de obter de outra forma.

O crime de branqueamento insere-se no conceito de criminalidade altamente organizada, conforme resulta do artigo 1.º, alínea m), do Código de Processo Penal. Por essa razão, aplica-se-lhe um regime especial de obtenção de prova, nomeadamente no que respeita à realização de buscas e escutas. O artigo 34.º, n.º 3, da Constituição proíbe a entrada durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo mediante autorização judiciária em caso de criminalidade altamente organizada. Também o artigo 177.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal admite que seja ordenada ou autorizada pelo juiz a realização de busca domiciliária entre as 21 e as 7 horas nos casos de criminalidade altamente organizada.

Paralelamente à realização das buscas, é muitas vezes ordenada a realização de **escutas** aos visados, que começam um ou dois dias antes da realização das buscas e terminam um ou dois dias depois destas. Nos termos do disposto no artigo 6.º da Lei n.º 5/2002, quando necessário à investigação do crime de branqueamento, é ainda admissível o **registo de voz e imagem** sem consentimento do visado, desde que previamente autorizado ou ordenado pelo juiz.

Ao solicitar a realização de uma **perícia contabilística** é importante especificar o período de análise e enumerar, de forma clara e precisa, as questões que se pretendem esclarecer. Assim, o despacho que ordena a perícia não deve determinar que o perito se pronuncie sobre a existência ou não de crime, não deve levar o perito a pronunciar-se sobre o tipo de crime ou a opinar sobre factos não directamente observáveis⁴⁶.

Na investigação do crime de branqueamento, as perícias exigem a análise de documentação bancária, muito complexa e morosa, através da qual se procura identificar origem e destino da operação, apurar ligações, quantificar gastos e quantificar fluxos, comparando-os com os rendimentos declarados fiscalmente.

2.3. A perda de vantagens a favor do Estado e a recuperação de activos ^{47 48}

⁴⁶ Egídio Cardoso, *Perícias contabilísticas*, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/dossiers/direitopenal_procespenal/direito_penalproces_comp.pdf, pág. 42 a 52.

⁴⁷ No que respeita à recuperação de activos, foi celebrada uma parceria entre a Procuradoria-Geral da República de Portugal, a Polícia Judiciária, a *Fiscalía General del Estado*, de Espanha e o *Bureau Ontnemingswetgeving OM – B.O.O.M.*, (Gabinete de Recuperação de Activos dos Países Baixos), intitulada Projecto Fénix. No âmbito deste projecto foram elaborados dois produtos intitulados Manual de Boas

Com o objectivo de demonstrar que o crime não rende benefícios, evitar o investimento de ganhos ilegais na prática de novos crimes e reduzir o risco de investimentos ilícitos nas actividades empresariais, diversos diplomas internacionais⁴⁹ consagram a necessidade de os Estados estabelecerem um regime de perda de vantagens resultantes da prática de crime.

O regime geral da perda de vantagens resultantes da prática de crime está consagrado nos artigos 109.º a 112.º do Código Penal, mas o legislador consagrou um conjunto de regras especiais quando aquelas vantagens estejam relacionadas com a prática do crime de branqueamento, regulado nos artigos 7.º a 11.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro.

Nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 *presume-se constituir uma vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.*

O conceito de património é definido pelo n.º 2 do referido artigo 7.º, considerando-se como tal os bens: *a) que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente; b) transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido; c) recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.* Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 7.º, *consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal.*

Para que possa funcionar a presunção deste artigo, deve o Ministério Público demonstrar a prática de um dos crimes elencados no artigo 1.º deste diploma legal. Cabe-lhe ainda demonstrar a existência de bens não congruentes com o rendimento normal do arguido, não sendo necessário provar onexo causal entre as vantagens e a actividade criminosa. A presunção estabelecida pelo n.º 1 do artigo 7.º pode ser ilidida se o arguido provar que os mesmos resultam de rendimentos de actividade lícita ou que estavam na sua titularidade ou foram adquiridos com rendimentos obtidos há mais de cinco anos. Esta prova deve ser apresentada com a defesa⁵⁰.

Práticas e Canais Dedicados de Comunicação dos quais constam procedimentos para a maximização de procedimentos e um elenco de órgãos internos e internacionais que actuam no âmbito da recuperação de activos, disponíveis em <http://fenix.pgr.pt>.

⁴⁸ Em matéria de detecção de bens e confisco foi criada em Setembro de 2004 a CARIN - *Camden Asset Recovery Inter-Agency Network*, cujo objectivo é estabelecer e apoiar uma rede de pontos de contacto por todo o mundo, <https://www.europol.europa.eu/content/publication/camden-asset-recovery-inter-agency-network-carin-manual-1665>

⁴⁹ Vejam-se os artigos 8.º da Convenção de Viena de 1988, 12.º da Convenção de Palermo, 31.º da Convenção de Mérida, 3.º da Convenção de Varsóvia de 2005, 3.º da Decisão-Quadro 2005/12/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro, bem como a Recomendação 3 do GAFI/FATF.

⁵⁰ Neste sentido, Euclides Dâmaso Simões e José Luís F. Trindade, *Recuperação de Activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)*, in *Julgare online* – 2009, disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/Home>.

O Ministério Público liquida o montante que deve ser perdido a favor do Estado na acusação ou, não sendo possível, até ao 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento, sendo deduzida nos próprios autos, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 da Lei n.º 5/2002. Neste último caso, é instaurado um processo administrativo no âmbito do qual se realizam as diligências em falta à determinação do valor a declarar perdido a favor do Estado.

Para efeitos de liquidação deverão considerar-se dinheiro, produtos financeiros, bens móveis ou imóveis, quantias usadas no pagamento de bens e serviços e ouro entregue a prestamistas que não foi possível apreender. Ao valor do activo deverá descontar-se o valor do passivo e ter muito cuidado para evitar a dupla contabilização de quantias, nomeadamente quando com a venda de um bem se adquire outro.

Para garantia do pagamento do valor determinado como vantagem de actividade criminosa pode o Ministério Público requerer o arresto de bens do arguido, sempre que existam fortes indícios da prática do crime e independentemente da existência de perigo de perda ou diminuição da garantia. O arresto cessa se for prestada caução económica, podendo o Ministério Público requerer a sua redução ou ampliação quando apure que aquele valor é maior ou menor do que o inicialmente apurado.

O **Gabinete de Recuperação de Activos (GRA)** foi criado pela [Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho](#), em cumprimento da [Decisão n.º 2007/845/JAI do Conselho de 6 de Dezembro](#), e regulamentado pela [Portaria n.º 269/2012, de 3 de Setembro](#).

Este gabinete funciona na dependência da Polícia Judiciária, mas apenas intervém por determinação do Ministério Público e tem atribuições análogas às dos órgãos de polícia criminal. É composto por elementos da Polícia Judiciária, Instituto dos Registos e Notariado, I.P., Direcção-Geral de Impostos e Direcção-Geral das Alfandegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo, conforme artigos 2.º e 5.º da Lei n.º 45/2011.

Compete ao GRA identificar, localizar e apreender bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional, cooperar com gabinetes de recuperação de activos de outros Estados, recolher, analisar e tratar dados estatísticos sobre esta matéria. Assim, a par da investigação dos crimes os magistrados do Ministério Público devem promover a localização, identificação e apreensão de bens e produtos do crime, proceder à liquidação ou indicação dos bens que devam ser declarados perdidos a favor do Estado e providenciar pela adequada gestão e administração dos bens apreendidos.

O Ministério Público determina a intervenção do GRA em matéria de investigação financeira e patrimonial sempre que, cumulativamente, se trate de instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos e quando o seu valor estimado seja superior a 1000 unidades de conta, de acordo com o artigo 4.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Lei n.º 45/2011.

Quando não se verificarem estes requisitos, pode ser excepcionalmente autorizada pelo PGR ou, por delegação, pelos procuradores-gerais distritais⁵¹, a intervenção do GRA considerando o valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e a complexidade da investigação.

Desencadeada a intervenção do GRA, devem ser remetidas as informações e os elementos essenciais que constem do inquérito, nomeadamente a identidade e localização dos arguidos, os crimes em investigação, uma síntese dos factos imputados aos arguidos e a natureza e localização dos objectos que já sejam conhecidos no inquérito.

A apreensão de bens é realizada nos termos do Código de Processo Penal, podendo o titular desses bens requerer ao juiz de instrução, no prazo de 10 dias após notificação da apreensão, a modificação ou revogação da medida, conforme artigo 4.º, n.º 3, da Lei n.º 45/2011.

O artigo 8.º deste diploma permite o acesso do GRA a informações nos mesmos termos que os órgãos de polícia criminal encarregues da investigação, podendo aceder a diversas bases de dados elencadas nas alíneas a) a f) do n.º 2 do artigo 8.º. Deve diligenciar-se pela quebra do sigilo bancário para que o GRA possa solicitar e receber directamente informações das entidades bancárias.

Quando o acesso depender de despacho de autoridade judiciária, este despacho deverá identificar as pessoas abrangidas e especificar as informações que devem ser prestadas, os prazos e os documentos a entregar, sendo suficiente a identificação das contas e transacções quando de trate de informações relativas a contas bancárias cujos titulares se desconhecem, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 3 e 4, da Lei n.º 45/2011.

A intervenção do GRA depende da pendência de inquérito, devendo todos os procedimentos realizados por este gabinete ser documentos em apenso àquele. Encerrado o inquérito cessa a competência do GRA, salvo quando a investigação deva prosseguir para efeitos do disposto na Lei n.º 5/2002, conforme resulta do artigo 4.º, n.ºs 5 e 6, da Lei n.º 45/2011.

Quando a investigação financeira prossiga para efeitos do disposto na Lei n.º 5/2002, após dedução da acusação, o magistrado titular do inquérito deve comunicar a pendência de liquidação para perda ampliada ao magistrado do Ministério Público do tribunal de julgamento, devendo este informar o GRA da data designada para o julgamento.

O **Gabinete de Administração de Bens (GAB)** funciona na dependência do Instituto de Gestão Financeira e de Infra-Estruturas da Justiça, I.P. e a sua competência e intervenção estão consagradas nos artigos 10.º a 18.º da Lei n.º 45/2011 e artigo 9.º da [Portaria n.º 391/2012, de 29.11.](#)

⁵¹ Pelo [Despacho n.º 6922/2013, de 28.05](#), a Procuradora-Geral da República delegou nos Procuradores-Gerais Distritais de Lisboa, Porto, Coimbra e Évora as competências que lhe são atribuídas nos artigos 4.º, n.º 2 e 23.º, n.º 2, da Lei 45/2011, de 24.06, mantendo no entanto a competência relativamente aos processos que corram termos no DCIAP.

Quando o valor dos bens apreendidos pelo GRA exceda as 50 unidades de conta, o GRA ou as autoridades judiciais podem solicitar a intervenção do Gabinete de Administração de Bens (GAB), a quem compete a administração daqueles bens, designadamente proteger, conservar e gerir esses bens, determinar a venda, afectação ao serviço público ou destruição dos bens e proceder ao seu exame, descrição e avaliação para efeitos de fixação de eventual indemnização.

Nos termos do disposto no artigo 13.º da Lei n.º 45/2011, antes da venda, afectação ou destruição de bens, o GAB solicita ao Ministério Público informação sobre o valor probatório do bem, devendo o Ministério Público ponderar se este pode ser satisfeito com uma amostra do bem apreendido. Esta informação reveste carácter urgente.

O [Despacho da PGR n.º 3/13, de 30 de Julho](#)⁵², contém instruções sobre os procedimentos a adoptar pelos magistrados do Ministério Público relativamente à intervenção do GRA e do GAB.

Em 3 de Abril de 2014, o Parlamento Europeu e o Conselho assinaram a [Directiva 2014/42/CE](#), que visa reforçar a capacidade das autoridades em matéria de confisco de fundos e outros bens de origem criminosa.

2.4. Defesa de direitos de terceiros de boa fé

A defesa dos direitos de terceiros de boa fé quando sejam apreendidos bens por infracção relativa a branqueamento de vantagens de proveniência ilícita está consagrada no artigo 60.º da Lei 25/2008, de 5 de Junho.

A lei distingue entre bens inscritos em registo público em nome de terceiros e bens não inscritos no registo. Quando exista registo, deverão os titulares inscritos ser notificados para deduzirem defesa e fazerem prova sumária da sua boa fé, podendo ser-lhes devolvido de imediato o bem. Quando não exista registo, o terceiro tem que apresentar petição dirigida ao juiz até à declaração da perda, indicando logo os elementos de prova da sua boa fé. Esta petição é autuada por apenso e notificada ao Ministério Público, que pode opor-se-lhe.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações (indicadas ao longo do trabalho)

Referências bibliográficas

⁵² Em matéria de intervenção do GRA e do GAB vejam-se ainda a Recomendação n.º 1/13 de 27-06-2013, da PGD Lisboa; a Recomendação n.º 7/13 de 12-07-2013 da PGD Porto; o Memorando DIAP Coimbra n.º 1/2014, de 14-03-2014, e a O.S PGD Coimbra n.º 4/14, de 11-02-2014, todos disponíveis em <https://simp.pgr.pt/>.

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal Português à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª edição actualizada, Universidade Católica, 2010, páginas 950 a 960.
- CANAS, Vitalino, *As medidas de natureza preventiva contra o branqueamento e o financiamento do terrorismo*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, n.º 2/3 (Set-Dez. 2008), Lisboa, pág. 811 a 900.
- CANAS, Vitalino, *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004.
- COSTA, Jorge, *O branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. Algumas notas sobre a experiência portuguesa*, Polícia e Justiça, III Série, n.º 6 (Jul-Dez. 2005), Coimbra Editora, pág. 189 a 205.
- DAVIN, João, *O Branqueamento de capitais-Breves Notas*, RMP, Ano 23 (jul-Set.2002), n.º 91, Lisboa, pág. 95 a 114.
- DUARTE, Jorge Dias, *Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, O novo crime de branqueamento de capitais consagrado no artigo 368.º-A do Código Penal*, RMP, Ano 25 (Abril-Jun.2004), n.º 98, Lisboa, pág. 129 a 144.
- GONÇALVES, Rui Miguel Marques, *Fraude Fiscal e Branqueamento de Capitais*, Porto, Almeida & Leitão, Lda., 2008.
- JACINTO, F. Teodósio (Director), *Polícia e justiça*, Loures, III Série, Número especial temático - Branqueamento de capitais, 2004, Coimbra Editora.
- PINHEIRO, Luis Goes, *O Branqueamento de Capitais e a Globalização*, RPCC, Ano 12, n.º 4 (Out-Nov 2002), Coimbra Editora, pág. 603 a 648.
- SANTIAGO, Rodrigo, *O branqueamento de capitais e outros produtos do crime*, RPCC, Ano 4, Fasc. 4, Out.-Dez. 1994, Lisboa, Aequitas Editorial Notícias, p. 497-560.
- SILVA, Germano Marques da, *Notas sobre branqueamento de capitais em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal*, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos, Almedina, 2008, pág. 451 a 474.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso, *A importância da cooperação judiciária internacional no combate ao branqueamento de capitais*, RPCC, Ano 16, n.º 3 (Julho-Set. 2006), Coimbra Editora, 2006, pág. 423 e 474.

- SIMÕES, Euclides Dâmaso, *Fontes internacionais do regime jurídico de prevenção e repressão do branqueamento*, Polícia e Justiça, III Série, n.º 6 (Jul-Dez. 2005), Coimbra Editora, pág. 177 a 188.

V. Vídeo da apresentação

**C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS** Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

Branqueamento de Capitais

Grupo 5

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 13:30**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/tcws1295g/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Maria Inês Taborda da Silva

I. Introdução. II. Objectivos. III. Resumo.

IV. Caracterização do crime de branqueamento; **1.1.** O artigo 368.ºA do Código Penal – o bem jurídico protegido; **1.2.** O artigo 368.ºA do Código Penal – raízes históricas e tipo objectivo; **1.3.** O artigo 368.ºA do Código Penal – as condutas; **1.4.** O artigo 368.ºA do Código Penal – o tipo subjectivo; **1.5.** O artigo 368.ºA do Código Penal – o concurso de crimes em relação aos delitos subjacentes.

V. Prática e gestão processual em inquérito; **2.1.** A perda de vantagens a favor do Estado; **2.1.1.** Localização e detecção de activos; **2.1.2.** Apreensão de activos. Medidas cautelares; **2.1.3.** Gabinete de Recuperação de Activos; **2.2.** O Ministério Público e a delegação de competências; **2.3.** O inquérito – análise prática de um processo; **2.3.1.** Resumo dos Factos; **2.3.2.** A investigação.

VI. Referências bibliográficas. V. Vídeo.

I. Introdução

Pretende-se com este apontamento dar a conhecer o conteúdo e alcance do tipo de ilícito de branqueamento, p. e p. pelo artigo 368.º-A do Código Penal, introduzido pela Lei n.º 11/2004, de 27 de Maio e alterado pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, bem como dissertar sobre os trâmites da investigação em processo de inquérito e a intervenção pró-activa do Ministério Público.

II. Objectivos

São objectivos deste trabalho dotar os leitores de um conhecimento mais aprofundado sobre o tipo de ilícito de branqueamento, sua origem, conteúdo e finalidades de punição, e, bem assim, apontar, de forma despretensiosa e não exaustiva, procedimentos, que entendemos serem os mais eficazes ao combate e investigação do crime.

III. Resumo

Infra nos debruçaremos, numa primeira fase, sobre os elementos objectivos e subjectivos do tipo de ilícito de branqueamento.

A introdução deste tipo de delito no ordenamento jurídico surge no reconhecimento de uma realidade contemporânea, gerada prima facie pela “necessidade de fugir” ao cumprimento de obrigações tributárias, aproveitando a velocidade e intensidade que as transacções económicas, nacionais e internacionais, se efectuem e, bem assim, a liberdade de circulação de capitais, mormente na União Europeia.

Contudo, o motivo fundamental que presidiu à introdução deste ilícito nos ordenamentos jurídicos foi a necessidade de adopção de uma linha de combate contra os crimes respeitantes ao tráfico de estupefacientes e outros delitos que geram grandes quantidades de dinheiro e que, por essa razão, incorporam-se nos mercados sem que se detecte a sua procedência.

O que está em causa no crime de branqueamento é um processo relativamente difuso (não se trata de um acto isolado ou mesmo um conjunto de actos bem delimitados e definidos) de ocultação ou dissimulação de recursos provenientes de actividades ilícitas.

O bem jurídico protegido pela incriminação é, em primeira linha, a administração da justiça, na medida em que a actividade do branqueador dificulta a actuação da investigação criminal relativamente ao facto ilícito subjacente / anterior.

Contudo, o branqueamento é comumente considerado como um crime pluriofensivo, cuja tipificação visa a tutela de uma multiplicidade de bens jurídicos. Atenta a natureza transnacional, volumosa e altamente organizada que o fenómeno do branqueamento apresenta, são apontados como bens jurídicos protegidos pela incriminação, para além da boa administração da justiça, o funcionamento dos sistemas políticos e dos sistemas económico-financeiros global e de cada Estado.

Seguidamente, efectuaremos uma visita a um caso real, apurando o modo como foram abordados e considerados estes conceitos.

IV. Caracterização do crime de branqueamento



1.1. O artigo 368.ºA do Código Penal – o bem jurídico protegido

Determina o artigo 368.º-A do Código Penal que:

“1 - Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 - Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos.

3 - Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos.

4 - A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores.

5 - O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada.

6 - A pena prevista nos n.ºs 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 - Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 - Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 - A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 - A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.”

Este tipo de ilícito, em linguagem corrente, caracteriza-se por “*lavagem de dinheiro*”. Trata-se de um processo relativamente difuso com vista à **ocultação / dissimulação de recursos provenientes de actividades ilícitas**, tendo em vista a sua introdução no mercado lícito.

O branqueamento, grosso modo, definido por VICTOR DE SÁ PEREIRA E ALEXANDRE LAFAYETTE “é um processo através do qual se procura ocultar a origem ou proveniência ilícita de determinados bens, havidos por vantagens, em ordem a posterior introdução dos mesmos no mercado lícito”.

É um fenómeno com relevância jurídico-penal relativamente recente, ainda que os agentes das infracções penais sempre tenham procurado dar uma aparência de legalidade aos proventos das suas actividades, com o desiderato de prejudicar a actuação da investigação criminal sobre os crimes subjacentes.

Quando o branqueamento surgiu associado ao tráfico de estupefacientes, crime que movimenta enormes e incalculáveis somas de dinheiro, sendo uma das actividades, por excelência, do crime organizado, o direito penal foi forçado a intervir.

O bem jurídico protegido pela incriminação é, *prima facie*, a realização da justiça, mas o seu alcance é ainda maior. O branqueamento lesa bens independentes daqueles a que lhe dão origem e a sua actividade estimula o prolongamento da criminalidade subjacente e a reiteração da prática dos crimes subjacentes.

Por outro lado, o branqueamento, nas palavras de VITALINO CANAS, “representa um comportamento de obstrução à administração da justiça, através do dificultamento da investigação, identificação e punição dos infractores dos crimes subjacentes (...) é um **instrumento insidioso de perversão da democracia**. A sua tipificação e perseguição visa, em última análise, tutelar o bem jurídico do adequado funcionamento das estruturas políticas (...) vulnera as economias nacionais e afecta a estabilidade da economia mundial (...)”. Pelo que a criminalização visa também “a estabilidade, a transparência e a credibilidade da economia e do sistema financeiro”.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, tal como supra se referiu, “o bem jurídico protegido pela incriminação é a realização da justiça, na sua particular vertente da perseguição e do confisco pelos tribunais dos proventos da actividade criminosa”.

O branqueamento é um crime derivado e o legislador procurou associá-lo à criminalidade mais gravosa. Conforme se extrai da exposição de motivos da Proposta de Lei do Branqueamento “a luta contra o branqueamento é essencial à boa tutela dos legítimos interesses económicos e financeiros, bem como da própria segurança geral das comunidades.

Os lucros do crime organizado (não apenas relativos ao tráfico de estupefacientes, mas também de outras actividades como o lenocínio, tráfico de armas e pessoa, evasão fiscal) são de tal ordem elevados que a sua reintrodução na economia lícita pode conduzir a desvios nos mercados, levando ao domínio de sectores da economia e ao alastramento de forma complexa do fenómeno da corrupção. Daqui nasce a ideia que o combate às práticas de crime organizado passaria pela detecção e apreensão dos frutos gerados pelos crimes, atribuindo maior eficácia ao combate aos crimes subjacentes.

Resulta ser fundamental a punição do branqueamento, visando-se a protecção da administração da justiça, bem como a tutela de interesses económicos e financeiros e segurança geral da comunidade.

O branqueamento é, actualmente, um fenómeno transnacional, exigindo-se que na prevenção e repressão tenham também uma dimensão universal. Se assim não for, o dinheiro seguirá para o ponto mais frágil do sistema internacional, entrando, a partir dele, no sistema financeiro globalizado, onde as dificuldades de detecção aumentam substancialmente.

1.2. O artigo 368.º-A do Código Penal – raízes históricas e tipo objectivo

As diversas organizações internacionais e supranacionais têm desenvolvido múltiplos esforços com o objectivo de generalizar o combate ao branqueamento e mudar o rumo da uniformização das leis antibranqueamento no seio da comunidade internacional.

A primeira iniciativa consistiu na Recomendação N.º R (80) 10, de 27 de Junho de 1980, do Conselho da Europa, seguindo-se-lhe a Declaração de Basileia – Declaração de Princípios do Comité de Basileia sobre as regras e práticas de controlo das operações bancárias, de 12/12/1988.

De grande importância, a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas adoptada em 20/12/1988 e ratificada por Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 29/91. Esta Convenção impôs a proibição do branqueamento dos proventos do tráfico de drogas, tendo sido a primeira vez que tal matéria foi incluída num tratado internacional. A sua incorporação no direito interno operou-se com o Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Em Julho de 1989, foi criado o GAFI – Group d'Action Financière sur le Blanchiment de Capitaux, pelos membros do G7, Este organismo foi incumbido de reflectir sobre os meios de luta contra a reciclagem dos proventos do tráfico de estupefacientes. Em Abril de 1990, o GAFI adoptou um conjunto de quarenta Recomendações, a considerar no combate ao branqueamento, que estiveram na base do Decreto-Lei n.º 325/95, de 2 de Dezembro.

Por seu turno, o Conselho da Europa fez aprovar a Convenção relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, de 08/11/1990, na qual o branqueamento de capitais é tipificado de forma idêntica à da Convenção de Viena.

Em 10/06/1991, o Conselho das Comunidades Europeias aprovou a Directiva 91/308/CEE, relativa à prevenção da utilização dos sistemas financeiros para efeitos de branqueamento de capitais, transposta para o direito nacional pelo Decreto-Lei n.º 313/93, de 15 de Setembro. Esta Directiva visou, essencialmente, a protecção do sistema financeiro da Comunidade.

Alguns anos mais tarde, o Conselho da União Europeia adoptou a Acção Comum 98/699/JAI, de 3 de Dezembro de 1998, alterada pela Decisão Quadro do Conselho de 26/06/2001 relativa ao branqueamento de capitais, à identificação, detecção, congelamento, apreensão e perda dos instrumentos e produtos do crime. A referida Decisão Quadro impõe como medidas de maior relevo:

1. O levantamento das reservas ao artigo 6.º da Convenção do Conselho da Europa de 1990, na medida em que estejam em causa infracções graves, definindo-se como tal as “infracções puníveis com uma pena privativa da liberdade ou com uma medida de segurança de uma duração máxima superior a um ano ou, nos Estados cujo sistema jurídico preveja sanções com um limite mínimo, as infracções puníveis com uma pena privativa da liberdade ou uma medida de segurança com uma duração mínima de 6 meses”;
2. A obrigatoriedade de os estados-membros tomarem as medidas necessárias para garantir que o branqueamento seja passível de uma pena privativa da liberdade de duração máxima igual ou superior a quatro anos.

A Comissão Europeia resolveu alterar a Directiva 91/308/CEE com vista a dar resposta à realidade actual, tendo o processo culminado com a adopção, pelo parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia, da Directiva 2001/97/CE, de 04/12/2001.

Da análise dos diversos instrumentos supra referidos resulta revelada a crescente preocupação das instituições internacionais com o branqueamento. Verifica-se, por um lado, uma ampliação do universo dos factos ilícitos definidos como crimes subjacentes e, por lado, um aumento do número e da diversidade das entidades privadas às quais é imposta a colaboração com as autoridades de investigação criminal no combate ao branqueamento.

Desta breve excursão histórica, ressalta que existiu inicialmente a preocupação de cobrir um espectro de áreas de incriminação com características especiais, a do tráfico de estupefacientes e de criminalidade económica-financeira, mais vocacionada para potenciar o recurso a fenomenologias de branqueamento, mas também porque existiam especiais obrigações para o Estado Português decorrentes de compromissos internacionais assumidos.

Havia nessas duas áreas de incriminação – e concretamente nos dois tipos legais de crime de branqueamento, uma referência expressa à “prática (...) de crimes de (...)”.

Pelo contrário, no artigo 386.º-A do nosso Código Penal alude-se, no reporte a delitos subjacentes, a factos ilícitos típicos.

O n.º 1 do preceito elenca as infracções geradoras de vantagens, apresentando um rol de delitos específicos e uma cláusula geral.

Conforme refere PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o branqueamento pode consistir numa das seguintes condutas:

1. **Converter,**
2. **Transferir,**
3. **Auxiliar ou facilitar** alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas pelo agente ou por terceiro, direta ou indirectamente,
4. **Ocultar ou dissimular** a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou dos direitos a ela relativos. É nítida a preocupação em fazer alastrar a tutela a todo e qualquer auxílio e colaboração, com a finalidade de não existirem lacunas na área abrangida pela incriminação.

O crime pode ser cometido por qualquer pessoa singular ou colectiva, desde que tenha sido cometido em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança ou por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem (cfr. artigo 11.º, n.º 2, alíneas a) e b), do Código Penal). Pode, assim, ser também cometido pelo autor ou participante no crime precedente.

No que concerne ao objecto da acção, o normativo refere-se a “vantagens”. São estas vantagens os bens provenientes da prática dos crimes subjacentes. Conforme PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, inclui-se todas as vantagens patrimoniais decorrentes da prática do crime precedente e, bem assim, os direitos e as coisas adquiridos com base nas vantagens directamente resultantes do crime precedente, de forma directa ou indirecta. Conforme refere VITALINO CANAS, “para a lei não é relevante se o bem ou a vantagem é total ou apenas parcialmente obtido por virtude da conduta ilícita típica”. Assim, são também vantagens as coisas ou direitos que sejam em parte obtidos de modo lícito e em parte obtidos de modo ilícito quando não seja possível separar uma da outra.

A “vantagem” decorre do chamado crime precedente, que pode ser um acto consumado ou tentado.

Conforme é unânime na doutrina, **o crime de branqueamento e sua punição são autónomos em relação ao facto ilícito típico subjacente.**

O n.º 1 do preceito enumera, assim, as infracções susceptíveis de auferir vantagens e a partir das quais o agente interfere no processo de branqueamento. O legislador apresenta um rol de delitos específicos e uma cláusula geral. VITALINO CANAS apelida esta técnica legislativa de método misto.

Assim, são qualificados como factos ilícitos típicos subjacentes ao crime de branqueamento os elencados no referido n.º 1, o peculato e a participação económica em negócio, corrupção activa e passiva, peculato e participação económica em negócio de ou por titular de órgão político, a administração danosa, a fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, as infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática e de dimensão internacional ou transnacional, tráfico de armas. Para além destes, são ainda branqueáveis os bens obtidos através da prática de factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos e os bens que com eles se obtenham. Esta moldura penal abarca todos os crimes considerados graves.

Nos termos do disposto no n.º 4, o facto de o crime subjacente ter sido praticado fora do território português ou em local desconhecido, não exclui a punibilidade do branqueamento. Para se estabelecer a competência dos tribunais nacionais é suficiente que uma das fases do processo de branqueamento tenha lugar no território nacional ou ocorra através de instituições instaladas em território nacional. Explica-se esta opção pelo facto de o tipo de crime de branqueamento estar deveras relacionado com criminalidade internacional e transnacional, com um extenso *iter criminis*, onde são praticados diversos actos em diferentes países, com vista até à boa dissimulação das vantagens e da identidade dos autores dos crimes subjacentes.

A punição pelo crime de branqueamento também não depende de condenação anterior ou simultânea pela prática do crime subjacente, tanto que os autores deste último podem ser desconhecidos ou mesmo quando o crime subjacente já não é passível de perseguição criminal, por prescrição do procedimento, amnistia ou morte dos autores.

1.3. O artigo 368.º-A do Código Penal – as condutas

O n.º 2 do preceito estabelece um tipo misto alternativo de condutas, reportado a operações de conversão ou transferência de vantagens, punindo actividades típicas com as mesmas relacionadas.

Conforme define PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE “a **conversão** é a acção pela qual se procede à modificação da natureza jurídica ou fáctica de valores patrimoniais” e dá exemplos: a compra de propriedade com dinheiro em numerário adquirido ilegalmente ou a venda de propriedade adquirida ilegalmente.

Já a operação de “**transferência** é a acção pela qual se desloca fisicamente uma coisa móvel ou se altera a detenção de valores patrimoniais”, como por exemplo “a movimentação de dinheiro de uma conta bancária para outra”.

As operações de conversão ou transferência podem ser realizadas quer directa quer indirectamente.

Impõe-se um dolo específico consubstanciado na dissimulação da origem ilícita das vantagens e/ou o objectivo de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal. A intenção de lucro não integra o tipo (neste sentido, VITALINO CANAS).

As operações que consubstanciam actos de cumplicidade, quer por auxílio ou facilitação nas operações de conversão ou transferência são igualmente puníveis.

O n.º 3 pune quem **ocultar ou dissimular**, não propriamente as vantagens, mas:

- a) A sua verdadeira natureza, origem, localização, movimentação ou titularidade,
- b) Os direitos a elas relativos.

Este n.º 3 não revela, nas palavras de VITALINO CANAS, “a intenção específica do agente de ocultar ou dissimular a origem ilícita das vantagens, ou de evitar que o autor ou o participante das infracções subjacentes seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal”. Ao contrário do n.º 2, agora não se exige um dolo específico mas, outrossim, um dolo genérico (numa das outras modalidades previstas no artigo 14.º do Código Penal).

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE define as operações de ocultação e dissimulação como “acções de encobrimento da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade dos valores patrimoniais”.

1.4. O artigo 368.º-A do Código Penal – o tipo subjectivo

O elemento subjectivo é diferente consoante falemos na incriminação do n.º 2 ou da do n.º 3.

O n.º 2 inclui um elemento subjectivo adicional: a intenção de dissimular a origem ilícita da vantagem ou a intenção de evitar que o autor ou participante das infracções previstas no crime precedente seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal.

Em ambos os casos, VITALINO CANAS admite o dolo eventual sobre a proveniência dos bens, referindo que o agente pode “ter efectivo conhecimento de que os bens provêm da prática de factos típicos ilícitos ou simplesmente representar isso como possível e mesmo assim praticar as condutas típicas, conformando-se com essa possibilidade”.

Mais acentua PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que não se exige que o agente saiba em concreto qual o crime precedente que esteve na origem das vantagens e muito menos o local onde foi praticado ou mesmo os seus agentes. Por maioria de razão, é também indiferente para o dolo que o agente se engane relativamente ao crime de onde provêm as vantagens. O dolo basta-se com o conhecimento do agente de que as vantagens provêm da prática de uns dos crimes

tipificados no n.º 1 do normativo e que esse conhecimento seja contemporâneo do acto de branqueamento.

VITALINO CANAS vai mais longe e para preencher o elemento subjectivo basta-se com o conhecimento pelo agente da mera configuração como possibilidade da proveniência ilícita dos bens a prática de qualquer um dos crimes do catálogo dos crimes subjacentes. Admite, nestes termos, a possibilidade de dolo eventual. Pelo contrário, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que o dolo de dissimular ou esconder a origem das vantagens é **incompatível com o dolo eventual** na medida em que quem quer esconder a origem ilícita do bem é porque sabe da sua proveniência ilícita.

Para além disso, tal como é definido genericamente o dolo, o agente do crime de branqueamento representa e quer praticar um facto que preenche as modalidades previstas quer no n.º 2 quer no n.º 3 do preceito, ou que essa é consequência necessária da sua conduta, conformando-se com a mesma.

A incriminação não prevê a punição a título de negligência, ainda que grosseira.

Por fim, e no que concerne à tentativa da prática dos actos descritos nos n.ºs 2 e 3 é punível, nos termos gerais. Contudo, a tentativa de auxílio ou facilitação de operações de conversão ou transferência já não é punível, no entender de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (contra o entendimento de VITALINO CANAS).

1.5. O artigo 368.º-A do Código Penal – o concurso de crimes em relação aos delitos subjacentes

A referência na incriminação a “*factos ilícitos típicos*” vem definitivamente esclarecer que pode existir crime de branqueamento, ou melhor, **os factos ilícitos típicos do branqueamento podem ser criminalmente puníveis, mesmo que os factos subjacentes não o sejam**. Assim, pode haver crime de branqueamento mesmo em relação a factos que, integrando embora os elementos objectivos típicos dos crimes de catálogo, não sejam puníveis, em termos criminais.

Conforme refere JORGE DOS REIS BRAVO, “dirimindo querela anteriormente estabelecida, com assento doutrinal e jurisprudencial, a lei esclarece que podem considerar-se verificados os pressupostos – e, em consequência, haver condenação por crime de branqueamento, independentemente da concreta punibilidade criminal dos factos ilícitos típicos que integrem os crimes subjacentes. Insiste-se nesta “categoria de ilícito criminal”, para a distinguir da hipotética – e esconjurada – possibilidade de punibilidade do facto típico e ilícito a título contra-ordenacional que, por isso, a existir, nunca daria origem à punição criminal dos factos subsequentes, como branqueamento. Esta questão assume significado de vulto, no tocante às relações entre a fraude fiscal e o branqueamento porquanto, como sabemos, há uma gradação na qualificação de condutas que, embora preenchendo todas elas o tipo objectivo do crime de fraude fiscal não são puníveis a título criminal porquanto, por razões de ordem político-criminal – designadamente em função da menor gravidade objectiva e do diminuto desvalor

do resultado, exteriorizado pelo valor, a lei degrada tais actividades para a dimensão meramente contra-ordenacional.

Por outro lado, o núcleo de actividades ilícitas subjacentes ao branqueamento foi substancialmente, desde logo com a inclusão expressa de um catálogo de factos ilícitos típicos, e com a remissão abstracta para categorias de factos ilícitos típicos de crimes puníveis com moldura penal de mínimo superior a seis meses de prisão ou de máximo superior a 5 anos de prisão” (in *Fraude Fiscal e Branqueamento: prejudicialidade e concurso*”, Scientia Iuridica, Tomo LVII, 2008, n.º 316).

Ora, não se torna necessário que o crime precedente ou o facto ilícito típico tenha sido efectivamente punido, designadamente porque sobreveio, por exemplo, a prescrição, para que o crime de branqueamento possa ser punido. É que, nas palavras de NUNO BRANDÃO, “o branqueamento de capitais, só por si, independentemente dos crimes que lhe estão subjacentes é idóneo a ameaçar e lesar seriamente um conjunto significativo de bens jurídico-penais” (in *Branqueamento de Capitais: o sistema Comunitário de Prevenção*, Colectânea Argumentum, 11, Coimbra Editora, 2002).

A propósito do concurso de crimes, EDUARDO CORREIA indica que “uma coisa há que salta logo à vista e a experiência confirma: a força reconhecida à intuição, como processo de conhecimento e garantia das decisões, conduz ou comporta o perigo de conduzir a uma falta de unidade, a um subjectivismo, a uma anarquia de todo em todo incompatíveis com a ideia de segurança do direito que, valor fundamental em todo o mundo jurídico, exige no direito criminal – onde mais do que sobre a fazendo se decide sobre a honra e a liberdade, quando não sobre a própria vida – uma consideração muito particular. Não é possível deixar a decisão sobre os mais altos valores humanos dependente de critérios de fundo tão incertos, tão fugidios – mas importa emprestar-lhe aquela objectividade, unidade e segurança que, como a experiência ensina, só o apelo às regras do espírito, só a intenção da reflexão, dos processos lógico-discursivos permitem garantir e alcançar na maior medida (...) nenhuma esperança de reconhecimento pode ter no direito criminal uma corrente que deixe a apreciação da valoração da lei dependente de mera intuição ou sentimento, pois tal seria pouco menos que arbítrio e anárquico subjectivismo”.

JORGE DOS REIS BRAVO refere que “a questão há-de colocar-se, nesta sede, nos mesmíssimos termos em que o foi já no âmbito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça para fixação de Jurisprudência n.º 13/2007, de 22/03/2007, relativamente aos crimes de tráfico de estupefacientes e de branqueamento: o autor do facto precedente pode ser autor do crime de branqueamento? E, sendo a resposta afirmativa, se praticar factos típicos que o concretizam, pode ser punido, pela prática de ambos, em concurso real efectivo?

A solução do problema passará, pois, por saber se é o mesmo o bem jurídico protegido pelos crimes de fraude fiscal [crime sobre o qual se debruça o autor] e de branqueamento.

Mas há um ponto que, previamente, deve ficar assumido, é que haja, efectivamente, uma situação de concurso de normas, ou seja, em que a conduta do agente preencha, abstractamente, as previsões normativas da fraude fiscal e do branqueamento.

As exigências da repressão do branqueamento distinguem-se das subjacentes à dos normais post-delictos não puníveis, em função da especial perigosidade das respectivas condutas que constituem uma das maiores ameaças ao Estado de Direito.

No branqueamento não se está perante um caso isolado de apropriação ilícita de capital, está-se defronte de uma estrutura poderosamente organizada que se infiltra aos mais diversos níveis da realidade social e que age, em qualquer circunstância, dentro dos pressupostos de uma forte cadeia hierárquica, cujo fito é sempre o de conseguir uma maior acumulação de capital para, desse jeito, directa ou mediamente, aumentar também o poder da organização, uma organização que se anicha dentro do próprio Estado”.

Perante a actual redacção do artigo 386.º-A, está assente a legitimidade do concurso efectivo entre o crime de branqueamento e os crimes subjacentes, ainda que seja o mesmo autor de ambos os crimes.

V. Prática e gestão processual em inquérito onde se investiga branqueamento



2.1. A perda de vantagens a favor do Estado

Como referem EUCLIDES DÂMASO e JOSÉ LUÍS TRINDADE, umas das principais características da criminalidade organizada é a sua **vocação para gerar elevados proveitos económicos**, tendo o

lucro como escopo. Impõe-se ao Ministério Público, além da investigação da responsabilização criminal, a **luta contra a criminalidade organizada também no aspecto patrimonial** (in Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem, virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves, Julgar online, 2009).

Ao falarmos de “**perda**” referimo-nos a perda definitiva de bens, por decisão de um tribunal ou autoridade competente e é uma sanção, na sequência de infracção criminal (cfr. Convenção de Mérida).

A ideia de perda, ou confisco, serve, para aqueles autores, três objectivos:

- 1.º Acentuar os intuitos de prevenção geral e especial, através da demonstração de que o crime não rende benefícios,
- 2.º Evitar o investimento de ganhos ilegais no cometimento de novos crimes, e
- 3.º Reduzir os riscos de concorrência desleal no mercado, resultantes do investimento de lucros ilícitos nas actividades empresariais.

Ora, a Lei 5/2002, de 11 de Janeiro (alterada pela Lei n.º 60/2013, de 23 de Agosto), que estabeleceu medidas de combate à criminalidade organizada, prevê uma **perda ampliada** que se funda sobre uma dupla presunção: da comissão de crimes anteriores pelo arguido e da origem ilícita do património do mesmo, já condenado.

Nos termos do artigo 1.º da Lei 5/2002, aplicável ao crime de branqueamento de capitais (entre outros reconduzidos a criminalidade organizada e económico-financeira), estabelece-se um regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado.

Conforme referem EUCLIDES DÂMASO e JOSÉ LUÍS TRINDADE, a Jurisprudência tem tentado contornar o conflito com o princípio da presunção de inocência, exigindo o convencimento do tribunal acerca da origem ilícita dos bens, fundamentado em prova indirecta ou indiciária, salvaguardando-se o princípio *in dubio pro reo*.

Prescreve o artigo 7.º da citada Lei, relativo à perda de bens:

“1 - Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

2 - Para efeitos desta lei, entende-se por património do arguido o conjunto dos bens:

a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;

b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;

c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

3 - Consideram-se sempre como vantagens de actividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens que estejam nas condições previstas no artigo 111.º do Código Penal.”

Assim, e tendo em conta ainda o disposto no artigo 8.º, dessa Lei, o Ministério Público deve:

a) Fazer prova, segundo o critério tradicional de “superação da dúvida razoável”, da prática de um crime de catálogo,

b) Demonstrar, segundo um juízo de probabilidade, apelando às regras da prova indirecta, indiciária, circunstancial ou por presunções, que esse crime se insere numa determinada actividade criminosa,

c) Demonstrar a existência de um conjunto de bens que, por não serem congruentes com o rendimento dito normal do arguido, se presumem como vantagens da actividade criminosa. Essa presunção dispensa o Ministério Público de demonstrar a imputação desses valores não congruentes na actividade criminosa.

Como vemos, a perda alargada existe na dependência da condenação do arguido.

2.1.1. Localização e detecção de activos

Segundo HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS REIS RODRIGUES, o Ministério Público que tenha em mãos a investigação de um dos crimes do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002 (entre os quais se encontra, como já dissemos, o branqueamento), deverá, **simultaneamente com as medidas investigatórias destinadas a apurar a responsabilidade criminal do (s) agente (s), realizar as investigações patrimoniais necessárias a apurar a identificação e detecção dos bens passíveis da decisão de perda** (in Recuperação de Activos na criminalidade económico-financeira, viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão, SMMP, 2013).

Assim, desde logo, deve o Ministério Público estabelecer um perfil pessoal e financeiro do suspeito, apurando-se os núcleos familiar, social e profissional do mesmo e, bem assim, apurar os bens de que o suspeito é titular, possuidor, detentor ou beneficiário. Para tanto, o Ministério Público deve fazer uso das bases de dados disponíveis – registo predial, comercial e automóvel.

Importantes, ainda, são as bases de dados da Autoridade Fiscal e aduaneira e da Segurança Social, uma vez que as informações aí recolhidas espelham o rendimento lícito do(s) suspeito(s).

Muito relevantes no apuramento de activos são também as informações bancárias, a ser solicitadas ao abrigo da Lei n.º 36/2010, de 02 de Setembro e do artigo 4.º da já referida Lei n.º 5/2002. No concreto caso do branqueamento de capitais, o decretamento da medida de suspensão de movimentos bancários torna-se uma medida muito eficaz em inquérito que, contudo, carece de despacho do Juiz de Instrução.

Com a criação de uma base de contas bancárias existentes no sistema bancário, no qual constam os titulares de todas as contas nacionais, esta tarefa foi facilitada. Assim, os elementos e informações financeiras necessários à detecção e localização de activos serão, nas palavras de HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS REIS RODRIGUES, as seguintes com a limitação temporal de cinco anos:

1. Elementos solicitados ao cliente e fornecidos por este na abertura da conta,
2. Informação do Banco a referir se alguma vez reportou alguma operação como suspeita e, em caso afirmativo, explicitado o motivo dessa suspeita,
3. Registos de movimentos das contas do cliente,
4. Detalhes de todos os itens creditados naquela conta com vista a conhecer a fonte de cada depósito (incluindo todas as transferências com referência à entidade bancária, titular e número da conta de onde provêm),
5. Detalhes de todos os itens referentes ao débito (identificando os beneficiários das transferências),
6. Todos os arquivos de correspondência com o cliente, incluindo recomendações deste ao gestor de conta,
7. Documentos relacionados com empréstimos, e
8. Registos do cartão de crédito e histórico de todos os pagamentos.

2.1.2. Localização, detecção e apreensão de activos. Medidas cautelares

Após a detecção dos activos surge a necessidade de os salvaguardar e apreender.

Conforme HÉLIO RIGOR RODRIGUES e CARLOS REIS RODRIGUES, a adopção de uma medida cautelar, de natureza real, no âmbito de um processo penal com a finalidade da perda a favor do estado basta-se com a exigência de uma prova indiciária da prática do facto (*fumus boni iuris*) e com a

verificação de um risco na demora (*periculum in mora*), seja esse risco fundado na continuação da actividade criminosa ou de incremento dos efeitos ou prejuízos dessa actividade, e sempre que os bens sobre que ela incida possam considerar-se susceptíveis de virem a ser declarados perdidos a favor do estado, com um certo grau de probabilidade. Este tipo de medida visa obstar aos perigos da dissipação e ocultação do património.

A Lei n.º 5/2002, no seu artigo 10.º prevê um regime especial de arresto, que tem como única e exclusiva finalidade garantir a futura decisão de perda, independentemente de esses bens arrestados possuírem relevo probatório. E que bens são esses:

1. Estejam na titularidade do arguido ou este os tenha em relação de domínio / benefício, à data da constituição de arguido ou posteriormente,
2. Transferidos para terceiro a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à sua constituição como arguido,
3. Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino/proveniência.

Esta providência deve ser decretada sem prévia audição do arguido e a oposição ao despacho que a tenha decretado não tem efeito suspensivo. Contudo, o arrestado não pode ser privado dos rendimentos estritamente indispensáveis aos seus alimentos e da sua família.

São pressupostos das medidas cautelares a existência de fortes indícios, ou seja, que se admita como muito provável a prova do facto ilícito do qual depende a declaração de perda.

2.1.3. Gabinete de Recuperação de Activos

O GRA foi criado pela Lei n.º 45/2011, de 24 de Junho, alterada pela Lei 60/2013, de 23 de Agosto, e encontra-se na dependência da Polícia Judiciária, com competências de investigação análogas às dos restantes órgãos de polícia criminal. Tem como missão proceder à identificação, localização e apreensão de bens ou produtos relacionados com crimes, a nível interno e internacional, assegurar a cooperação com os gabinetes de recuperação de activos criados por outros Estados e a recolha, análise e tratamento de dados estatísticos sobre apreensão, perda e destinação de bens ou produtos relacionados com crimes.

O seu âmbito de intervenção vem estabelecido no artigo 4.º daquela Lei, procedendo à investigação financeira e patrimonial relativa a:

1. Instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a três anos, e
2. Quando o valor estimado dos mesmos seja superior a 1000 UCs (€ 102.000,00).

2.2. O Ministério Público e a delegação de competências

Conforme previsto no artigo 7.º n.º 2 alínea i) da Lei n.º 34/2008, de 27 de Agosto, alterada pela Lei n.º 34/2013, de 16 de Maio, é da competência reservada da Polícia Judiciária, não podendo ser deferida pelo Ministério Público a outro órgão de polícia criminal, a investigação da prática do crime de branqueamento.

2.3. O inquérito – análise prática de um processo real



2.3.1. Resumo dos factos. Processo n.º 1082/05.4TAGDM, 1.º Juízo Criminal do Tribunal Judicial de Gondomar

Albertina (nome fictício), viúva e idosa, proprietária de um terreno em Gondomar pretendia vendê-lo a fim de saldar dívida. A sua filha e outros conhecidos dirigiram-se à Câmara Municipal de Gondomar declarar a intenção de venda. Apesar de o arguido **Bernardo** (nome fictício), Presidente daquele Município, referir que a Câmara não estaria interessada em comprar, solicitou que ali fossem entregues os documentos atinentes ao referido imóvel para o caso de aparecerem interessados. Essa documentação foi entregue ao arguido **Constantino** (nome fictício), Vereador do Município. Ambos sabiam do interesse de uma transportadora de autocarros em deslocalizar o seu terminal numa zona limítrofe da cidade do Porto, averiguando a existência de terrenos em Gondomar.

O arguido **Constantino** contactou o arguido **Deolindo** (nome fictício), Advogado, com conhecimentos especializados em Direito Fiscal e em movimentações em contas bancárias offshore, propondo-lhe adquirirem o referido terreno para posteriormente o revenderem à transportadora e aplicarem os lucros da venda em contas sedeadas em centro offshore, que

sabiam ser regidas por leis fiscais mais favoráveis, que assegurariam a confidencialidade dos seus titulares e garantia de que as entidades fiscais e autoridades judiciárias nacionais não conseguiriam obter informações sobre os rendimentos por eles obtidos.

Assim, o arguido **Deolindo** constitui duas sociedades sedeadas em dois centros offshore, Y e Z, a primeira em nome de Albertina, sem conhecimento e consentimento desta, utilizando procuração passada pela mesma, com vista a ser intermediária no negócio de compra e venda do terreno e abriu contas bancárias em nome de tais sociedades junto do Banco X.

Uma vez que o terreno supra referido se inseria em zona de reserva agrícola nacional, os arguidos **Bernardo** e **Constantino** desenvolveram os trâmites necessários à resolução daquele obstáculo, com violação dos trâmites legais e falsas informações.

O terreno foi vendido pela **Albertina** por 215.000.000\$00 e adquirido pela transportadora por 800.000.000\$00.

Os arguidos **Constantino** e **Deolindo** actuarem sempre como se fossem representantes de **Albertina** por forma a esconder perante a Administração Fiscal que foram eles próprios os beneficiários do montante correspondente à diferença entre o preço que pagaram àquela e o preço que receberam da transportadora.

O arguido **Deolindo** depositou as quantias recebidas numa conta offshore Y e, posteriormente, transferiu-as para a conta offshore Z, e solicitou o encerramento da conta Y. Utilizou este expediente com o propósito de dissimular a proveniência do capital e ocultar os rendimentos à Administração Fiscal Da conta Y, distribuiu os dividendos pelos outros arguidos, para contas offshore por estes tituladas bem como por elementos das respectivas famílias (mulheres e filhos).

2.3.2. A investigação

A notícia do crime surge com certidão de outro processo de inquérito a correr contra alguns dos arguidos supra referidos, onde, no decorrer de busca domiciliária a um deles, são encontrados documentos referentes às transferências bancárias em causa.

No inquérito foram promovidas pelo Ministério Público diversas diligências e autorizadas pela Juiz de Instrução Criminal: Buscas domiciliárias, buscas em escritório de advogados, buscas em instituições bancárias e busca na Câmara Municipal, com apreensão de diversa documentação, tendo ainda sido realizadas intercepções telefónicas.

Nestes autos, a entidade bancária a partir da qual foram criadas as contas offshore, escudando-se no facto de as mesmas de encontrarem sediadas nas ilhas Caimão e Bahamas, não entregou voluntariamente os elementos bancários solicitados e daí surgiu a necessidade de busca às instalações e material informático da mesma, onde foram encontrados e apreendidos os documentos que serviram para a abertura das referidas contas bancárias e,

bem assim, os seus movimentos e correspondência entre os arguidos e a gestora das constas. Estas diligências de prova foram as decisivas para a condenação dos arguidos.

O crime subjacente – Fraude Fiscal – não foi punido uma vez que o procedimento criminal se tinha extinguido por prescrição.

VI. Referências bibliográficas

- BRANDÃO, Nuno, “Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção”, Colectânea Argumentum, 11, Coimbra Editora, 2002.
- CANAS, Vitalino, “O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão”, Almedina, 2004.
- DÂMASO SIMÕES, Euclides, “Prova Indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente)”, Julgar n.º 2, 2007.
- DÂMASO SIMÕES e TRINDADE, Euclides e José Luís “Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, Julgar Online, 2009.
- FARIA COSTA, “Branqueamento de capitais (algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal)”, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXVIII, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992.
- GARCIA, e CASTELA RIO, M. Miguez e J.M., “Código Penal, Parte geral e especial com notas e comentários”, Almedina, 2014.
- GODINHO, Jorge, “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, Fevereiro de 2009.
- LAFAYETTE E SÁ PREREIRA, Alexandre e Victor, “Código Penal Anotado e Comentado”, Quid Juris, 2008.
- LUÍS BRAGUÊS, José, “O processo de branqueamento de capitais”, Working Papers n.º 2/2009, OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, www.gestaodefraude.eu.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa 2010.
- REIS BRAVO, Jorge, “Fraude Fiscal e Branqueamento: prejudicialidade e concurso”, Scientia Iuridica, Tomo LVII, 2008, n.º 316.

- RODRIGUES, Hélio Rigor e Carlos Reis, “Recuperação de Activos na Criminalidade Económico-Financeira, Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão”, SMMP, 2013.
- RODRIGUES, Susana, “O branqueamento de capitais e a droga”, Instituto Politécnico de Lisboa, Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, Dezembro 2010.

V. Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

30º Curso - Apresentação de Trabalhos Temáticos

Branqueamento de Capitais

Grupo 5

Sala de vídeo do Centro de Estudos Judiciários, 27.05.2014 13:30

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/tcws1295g/flash.html>



6.
**Condução de
animais.
Responsabilidade
Penal do condutor
/dono/terceiro**

Carlos Marinheiro

Carolina Dias

Eva Pires

José Matias

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONDUÇÃO DE ANIMAIS. RESPONSABILIDADE PENAL DO CONDUTOR/DONO/TERCEIRO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Carlos Alberto Sampaio Marinheiro

I. Introdução e delimitação do objeto. II. Ataque de animais – alguns dados.
 1. A responsabilidade civil.
 2. A responsabilidade penal; 2.1. A perspetiva criminalística – introdução; 2.1.1. Enquadramento Legal (Fontes do DL315/2009, de 29/10); 2.1.2. O D.L. n.º 315/2009, de 29 de outubro – O Regime Jurídico da Criação, Reprodução e Detenção de Animais Perigosos e Potencialmente Perigosos; 2.2. O regime sancionatório; 2.2.1. Princípios Gerais relativos aos crimes e contraordenações; 2.2.2. O Direito Contraordenacional; 2.2.3. Os Crimes.
 III. Síntese final. IV. Referências bibliográficas. V. Vídeo.

I. Introdução e delimitação do objeto

Falar de responsabilização penal de pessoas, por atos de animais, poderá parecer, à primeira vista um contrassenso, já que o Direito Penal sanciona, precisamente condutas humanas. A “ação” é o primeiro elemento da noção formal de crime genericamente aceite pela doutrina: crime como ação típica, ilícita, culposa e punível. A “ação penalmente relevante” é, por sua vez, o comportamento humano, dominado ou dominável pela vontade.

A convivência¹ comum do Homem com “animais não humanos”, é ancestral, mas não isenta de problemas – sendo estes, seres irracionais e uma fonte de perigo – justifica-se que o Direito Penal, também puna, ao abrigo dos princípios que o enformam, condutas humanas (por ação ou omissão), mas em que o agente da lesão seja um animal.

Pretende-se apurar o tipo de responsabilidade penal que pode ser assacada a um condutor, detentor ou até de terceiro, especialmente nos casos de ataques de animais a pessoas e coisas. Num tema ainda pouco tratado, interessa coligir elementos de estudo, que poderão servir como ferramenta de trabalho, numa investigação criminal, em sede de inquérito, obviamente na perspetiva do seu *dominus* - o Ministério Público.

Não obstante o Código da Estrada (D.L. n.º 114/94, de 03 de maio, na redação atualmente em vigor), referir no seu art.º 11º, n.º 1 (condução de veículos e de animais) que, «*Todo o veículo ou animal que circule na via pública deve ter um condutor*», vamo-nos cingir à noção de condução do D.L. n.º 315/2009, de 29/10 (doravante D.L.), que aprovou o “Regime Jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos”. Prescreve o art.º 13.º do DL, que os animais aí previstos, «*não podem circular sozinhos na via pública, em*

¹ Segundo um artigo publicado na Revista “Science” de 15 de novembro de 2013 (Vol. 342), da autoria de Elizabeth Pennisi, os mais recentes estudos arqueológicos e genéticos indicam que a domesticação do cão terá começado muito mais cedo do que se pensava, situando-se entre 18.880 e 32.100 anos, atrás, ou seja, anteriormente ao Neolítico (10.000-3.000 a.C.) e ao desenvolvimento da agricultura, que coincidiu, com a sedentarização do Homem.

lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, devendo sempre ser conduzidos pelo seu detentor».

É esta “condução”, ou seja o dever de acompanhar o animal fonte de perigo, como também a sua detenção que iremos tratar, já que a mesma acarreta obrigações e deveres de cuidado, gerando responsabilidade civil, mas também penal.

Sendo o Direito Penal, um direito de última *ratio*, só intervindo quando necessário e adequado, começaremos por analisar, o tratamento que esta temática tem sido dada no direito civil e tentar perceber de que forma o direito civil poderá influenciar o tratamento penal destes problemas.

Passaremos depois à análise da legislação existente sobre a temática e faremos o enquadramento jurídico-penal, das situações que porventura poderão ocorrer, e ser objeto de investigação numa fase de inquérito, salientando algumas vicissitudes que se poderão colocar durante o mesmo. Faremos depois, uma síntese final.

III. Ataque de Animais – alguns dados

O ataque de animais, designadamente cães, é porventura, a situação com relevância penal, que ocorre com maior frequência. Citando uma notícia do jornal “Diário de Notícias”, de 09/01/2013, do jornalista Luís Manuel Cabral, referindo-se como fonte a Direção-Geral de Alimentação e Veterinária (doravante DGAV), entre 2008 e janeiro de 2013, ocorreram 373 ataques de cães a humanos, o que daria em média, quase 76 ataques por ano. Ora tais números estão longe de traduzirem a verdadeira dimensão destes ataques, já que segundo a DGAV, muitos deles não são reportados. Acresce que, de acordo com notícia do Semanário Sol, de 18 de agosto de 2012, a DGAV tinha, à data, registado na sua base dados, 1.437 cães perigosos e 15.662 cães potencialmente perigosos.

A ocorrência de ataques de canídeos a pessoas, geralmente de raças consideradas perigosas, como iremos ver, e especialmente a crianças, pela gravidade das lesões e pelo número de ocorrência, tem criado uma situação de alarme social, na comunidade. Com efeito, o veterinário Nuno Paixão, em entrevista ao Semanário Sol (publicação citada), defendeu que é particularmente importante ensinar estes animais de companhia a lidar com crianças, explicando que *«os cães olham para as crianças não como adultos em ponto pequeno, mas como se fossem outros “bichos”»*. Por isso, *«quando se assustam, podem morder esse alvo»*. É uma *«questão de território»*.

Nos anos recentes, dois casos foram seguidos com atenção pela opinião pública, dado o impacto que tiveram, e que ocorreram em igualdade de circunstâncias: o ataque de um dogue argentino a uma criança de ano e meio no Porto, em agosto de 2012, e o ataque a outra criança com a mesma idade, por um *pit bull*, em Beja. Em ambos os casos, as vítimas faleceram em consequência dos ataques, os animais não estavam registados, nem os detentores

possuíam seguro obrigatório de responsabilidade civil, tendo ocorrido em apartamentos, pertencendo os dois cães às respetivas famílias da vítima.

1. A Responsabilidade Civil

Foi no ordenamento civil, que se esboçou a primeira resposta do Direito, à problemática dos danos causados por animais. Existem duas normas específicas que regulam a matéria, com distintas previsões: o art.º 493.º do C.C (baseada na culpa) e o art.º 502.º do C.C. (risco).

O art.º 493º, nº1, do C.C. contempla apenas os casos em que o dano resulta da não observância do dever de guarda: - “ (...) *Quem tiver assumido o encargo de vigilância de quaisquer animais, responde pelos danos que (...) os animais causarem, salvo se provar que nenhuma culpa houve da sua parte ou que os danos se teriam igualmente produzido ainda que não houvesse culpa sua*”.

Estabelece-se uma presunção de culpa “*iuris tantum*”, ou seja ilidível, do efetivo detentor, isto é, de quem, sendo proprietário ou não, assumiu o encargo de vigilância de seres, por natureza, irracionais. Trata-se, de uma exceção à regra geral do n.º 1, do art.º 487.º do C.C. (que estatui que incumbe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão), sem se alterar, contudo, o princípio do art.º 483.º do C.C. de que a responsabilidade depende de culpa (responsabilidade subjetiva), pelo que se configura ainda uma situação de responsabilidade delitual.

A doutrina salienta que o nº1 do art.º 493.º do C.C. prevê uma situação típica de culpa *in vigilando*, em que o dano resulta da omissão do dever de guarda dos animais, cuja presunção de culpa radica na perigosidade inerente, devido à imprevisibilidade do comportamento dos animais que justifica especiais cuidados que o detentor deve ter por causa da irracionalidade e inesperados movimentos dos mesmos. Com efeito, segundo a norma positivada no art.º 486.º do C.C., as simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente de outros requisitos legais, haja por força da lei ou de negócio jurídico o dever de praticar o ato omitido.

Nesta situação típica da responsabilidade pela omissão, a doutrina e jurisprudência têm vindo a exigir a comprovação de dois requisitos específicos:

(1) A existência do dever jurídico de praticar o ato omitido,

(2) E que o ato omitido tivesse seguramente ou com maior probabilidade, obstado ao dano. Postula-se, a “causalidade da omissão”, pois que o art.º 486.º do C.C. não dispensa o nexo de causalidade, genericamente exigido pelo art.º 483.º, sendo a finalidade daquele preceito, esclarecer que as omissões podem juridicamente ser havidas como causa de um facto danoso, sem dispensar a prova de que o ato omitido teria obstado ao dano, com certeza ou com a maior probabilidade.

Aliás, fora dos casos tipificados no art.º 486 do C.C., o nosso direito aceita ainda o princípio geral do dever de prevenção do perigo. Este princípio foi, há muito, objeto de especial atenção pela jurisprudência e doutrina alemãs ao admitirem que “ abrir uma fonte de perigos funda o dever jurídico de adotar as precauções para o evitar “, como informa VAZ SERRA (BMJ 84, pág.109 e segs.). O dever geral de prevenção do perigo encontra a sua base de sustentação em razões de natureza ética, no princípio geral do *“neminem laedere”*, formulado por Ulpianus.

Por conseguinte, a norma do art.º 493.º, nº 1, do CC contempla uma situação específica de responsabilidade pela omissão, assentando na ideia de que não foram tomadas as necessárias precauções para evitar o dano, por omissão do dever de vigilância. Daí que compita ao lesado (art.º 342.º, nº1, C.C.) a prova do nexo de causalidade entre essa omissão e o dano, já que a presunção de culpa não abrange também a presunção de causalidade².

Por sua vez, o art.º 502.º do CC, sob a epígrafe “Danos causados por animais” estabelece que *“Quem no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização”*. Postula-se aqui a responsabilidade objetiva do proprietário, independentemente da sua efetiva detenção, desde que o dano esteja em conexão adequada com o binómio utilização/perigo especial do animal utilizado, justificada pelo princípio *“ubi commoda, ibi incommoda”*.

Quanto à responsabilidade pelo risco, escrevia VAZ SERRA – *“como princípio de ordem geral, afigura-se aceitável a orientação, referida no direito alemão: a responsabilidade especial dos danos causados por animais depende de resultarem esses danos do perigo especial que os animais implicam. É este perigo que justifica essa responsabilidade”* – sublinhado nosso (in, BMJ 86, pág.43). E o “perigo especial” que a utilização de animais acarreta, não é apenas o próprio de determinada espécie, mas o risco geral do aproveitamento de animais, dada a sua natureza de seres vivos que atuam por impulso próprio. Ora a utilização destes conceitos do direito civil, designadamente do conteúdo do “dever de vigilância”, revelam interesse, para o direito penal (especialmente para o tipo negligente, conforme se verá), daí a utilidade desta abordagem.

2. A Responsabilidade Penal

2.1. A Perspetiva Criminalística – Introdução

O Iluminismo operou uma verdadeira “revolução copernicana”, que colocou o Homem como principal objeto e sujeito dos sistemas de pensamento, em substituição de Deus. Contudo, tal “antropocentrismo” teve um inconveniente que persiste nos nossos dias: a separação nítida entre o Homem e tudo aquilo que o rodeia, especialmente nos planos da moral, da ética e do direito. A relação entre Homem e Natureza tem-se mantido num plano meramente físico e

² Em sentido contrário, vide o defendido pela Conselheira MARIA CLARA SOTTOMAYOR (BFDUC, Vol. LXXI, pág.411), a propósito do art.º 491.º do C.C. (responsabilidade dos pais pelos factos ilícitos praticados pelos filhos menores).

com alcance instrumental, sendo certo que só a partir do séc. XX, passou a haver preocupação em salvaguardar interesses não-humanos, podendo-se falar, em “Direitos dos Animais”.

A presença dos animais no Direito Penal, tem estado associada a uma perceção exclusivamente instrumental dos mesmos, enquanto agente de comissão de um ato delituoso que pertence a uma pessoa – lesões produzidas por animais perigosos – como naqueles casos em que os mesmos representam somente um valor patrimonial – objeto material do delito que prejudica interesses das pessoas – roubo de animais, danos, etc.. Partindo-se do princípio da exclusiva atribuição da responsabilidade penal e imposição de sanções penais às pessoas físicas (aliás estendida às pessoas jurídicas) a intervenção dos animais na comissão de atos delituosos não pode estabelecer-se, em termos de imputação jurídica dos animais, mas em termos puramente instrumentais que permitam estabelecer o grau de responsabilidade das pessoas física a quem se atribuiu juridicamente os atos e os resultados que se produzam por sua intervenção direta, ou dos animais por quem sejam responsáveis.

Para, RUI RUIZ RODRIGUEZ (*Los animales como agentes y víctimas de daños*, 1ª Edição, Barcelona, Bosch, 2008) esta temática, exige uma abordagem prévia sobre a valoração das ações dos animais, a relevância ou irrelevância da vontade destes e a equiparação ou não de atos dos animais, ou de alguns animais, com os atos realizados por humanos em situação de inimputabilidade.

Já não vivemos os tempos da superstição medieval, nem a dogmática penal caminha na busca de uma hipotética responsabilidade penal dos animais. Contudo, RUIZ RODRIGUEZ chama a atenção para a necessidade de analisar a conduta humana a partir do conhecimento científico, o qual já é capaz de prever uma certa capacidade de vontade em alguns animais e que interfere com a vontade humana, sendo capaz de a modificar e os fins que persegue. Só assim se conseguirá, no trabalho jurídico, a cabal atribuição do delito ao sujeito humano, destinatário último e único do sistema público de sanções.

2.1.1. Enquadramento Legal (Fontes do DL315/2009 de 29/10)

2.1.1.1. As principais Fontes Internacionais:

A) A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Proclamada pela Unesco em 15 de outubro de 1978, foi reformulada em 1989. Trata-se de um documento não vinculativo (sem força jurídica) que apela a uma coexistência harmónica entre seres humanos e animais e reconhece direitos aos animais (direito à vida, à reprodução, à alimentação, a não serem submetidos a tratamentos cruéis...). O seu acento tónico encontra-se no seu art.º 3º, n.º 1 e 2, que estabelece a proibição de maus e de atos cruéis, e restringe a morte de animais a casos de “necessidade”, no pressuposto de celeridade e de ausência de dor e de angústia no procedimento.

B) A CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS DE COMPANHIA

Por sua vez, a “**Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia**”, de 13 de novembro de 1987, aprovada pelo Decreto n.º 13/93, de 13 de abril – DR I Série-A, n.º 86, de 13 de Maio – parte do reconhecimento de que o homem tem uma obrigação natural de respeitar todas as criaturas vivas. Destina-se exclusivamente à proteção de animais que têm, com o ser humano, uma especial relação de proximidade e convivência, garantindo o seu respeito, salvaguarda de condições de higiene e alimentação e prevenindo situações de maus tratos.

2.1.1.2. Antecedentes Legislativos mais próximos

A **Lei n.º 92/95, de 12 de setembro** (Lei de Proteção dos Animais), estabelece um quadro de proteção para animais conforme à Convenção Europeia, mas não restrita a animais de companhia. Proíbe todas as formas de violência injustificada contra animais; estabelece um dever geral de socorro relativamente a animais doentes, feridos ou em perigo, sem restrições, temperada por um critério de razoabilidade, da “medida do possível”. Não prevê um regime sancionatório. Encontra-se em vigor, tendo sido alterada pela Lei n.º 19/2002, de 31/07 (autorização de espetáculos com “tours de morte”).

Com o **Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17/10**, que estabeleceu as “medidas complementares e regime sancionatório da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia” (alterado pelos Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17/12, Lei n.º 49/2007, de 31/08, e Decreto-Lei n.º 255/2009, de 24/09), a “vertente de proteção” dos animais mereceu um quadro sancionatório, renovado e completo, regulado pelo direito de mera ordenação social. Foi com este DL, que a violação do dever de cuidado que crie perigo para a vida ou integridade física de outrem, passou a ser sancionada como contraordenação. No capítulo VIII, do DL 276/2001, de 17/10, foi previsto pela primeira vez um conjunto de normas aplicáveis à detenção de animais potencialmente perigosos.

O **Decreto-Lei n.º 315/2003, de 17/02**, que visou «reforçar as normas de bem-estar dos animais de companhia», cria um novo artigo 6.º-A, prevendo o abandono de animais de companhia. À infração corresponde a prática de contraordenação (art.º 68.º n.º 2, alíneas b) e c)).

Com o **Decreto-Lei n.º 312/2003, de 17/12** (alterado pela Lei n.º 49/2007 de 31/08) autonomiza-se o segundo segmento normativo, supra referido, com a aprovação do primeiro “Regime Jurídico de detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos como animais de companhia”. Conforme se retira do preâmbulo, o legislador acentuou a convicção de que a perigosidade canina, mais do que intrínseca a uma determinada raça, ou cruzamento de raças, prende-se, na maior parte das vezes com fatores exógenos ao animal, designadamente o tipo de treino que lhes é ministrado (o qual não será muitas vezes adequado, nem o treinador devidamente habilitado para o efeito), e com a ausência de socialização a que os animais são sujeitos. Daí a tónica no sentido de serem proporcionados aos animais, os meios de alojamento e manuseio adequados, de forma a prevenir a ocorrência de situações de perigo. O novo regime jurídico veio, inclusivamente estabelecer obrigações para o detentor de animais

de companhia perigosos ou potencialmente perigosos, introduzindo, igualmente conceitos clarificadores quanto à classificação do animal como perigoso, atendendo à sua agressividade concreta ou potencial, prevendo-se a Portaria que aprovaria uma lista de raças de cães potencialmente perigosos.

2.1.2. O D.L. n.º 315/2009, de 29 de outubro – O Regime Jurídico da Criação, Reprodução e Detenção de Animais Perigosos e Potencialmente Perigosos

2.1.2.1. Considerações Gerais

Este Regime Jurídico (alterado pela Lei n.º 46/2013, de 04/07), não se aplica a espécimes de fauna selvagem indígena e não indígena e seus descendentes criados em cativeiro (art.º 2, n.º 1, do D.L.), nem aos factos cometidos com uso de cães das Forças Armadas e das forças e serviços de segurança e de emergência do Estado (art.º 2.º, n.º 2 do DL). Continuam sujeitos os animais que pertençam a qualquer outro serviço ou força pública, (guarda florestal, guarda prisional ou polícia municipal), que não constituem serviço de emergência, nem força de segurança (artigo 25.º, *a contrario sensu*, da Lei n.º 53/2008, de 29/08).

Já não estarão excluídos os agentes, cujos animais que detenham a título particular serão abrangidos. Do mesmo modo, se os animais, desses serviços e forças, forem usados por **terceiros** com quebra do vínculo oficial e da detenção específica, já poderão estar incluídos neste regime.

O art.º 3º contém definições importantes, sobre as quais nos devemos deter. Desde logo a definição de **animal de companhia**³, como sendo qualquer animal detido ou destinado a ser detido pelo homem, designadamente na sua residência, para seu entretenimento e companhia (alínea a)).

Animal perigoso⁴, para efeitos do DL (alínea b), corresponde a qualquer animal que:

- (a) Tenha mordido, atacado ou ofendido o corpo ou a saúde de pessoa(s);
- (b) Tenha ferido gravemente ou morto outro animal, fora da esfera de bens imóveis propriedade do seu detentor;
- (c) Tenha sido declarado, voluntariamente, pelo detentor à junta de freguesia da sua área de residência, como tendo um carácter e comportamento agressivo;
- (d) Tenha sido considerado pela “autoridade competente” como um risco para a segurança de pessoas ou animais, por comportamento agressivo ou especificidade fisiológica.

³ Definição que foi introduzida pelo Decreto n.º 13/93, que acolheu a Convenção Europeia para a Proteção de Animais.

⁴ Definição introduzida pelo DL n.º 312/2003, de 17/12.

Animal potencialmente perigoso é qualquer animal que devido às características da espécie, comportamento agressivo, tamanho ou potência da mandíbula, possa causar lesão ou morte a pessoas ou outros animais, nomeadamente, os cães pertencentes às raças previamente definidas como potencialmente perigosas por portaria. Houve preocupação do legislador, em abranger não só as “raças puras”, que pelas suas características representam um maior perigo para os humanos, como também os cruzamentos com outras raças, mas em que se tenha obtido uma tipologia semelhante às raças puras.

Tal portaria, foi publicada em 2004 – [Portaria n.º 422/2004 de 24 de abril](#) – tendo-se declarado como raças potencialmente perigosas, as seguintes: I) Cão de fila brasileiro; II) *Dogue argentino*; III) *Pit bull terrier*; IV) *Rottweiler*; V) *Staffordshire terrier* americano; VI) *Staffordshire bull terrier*; VII) *Tosa inu*.

Tal lista não difere dos países que nos são mais próximos em termos jurídicos. Assim, em Espanha, o [Real Decreto n.º 287/2002, de 22 de março](#)⁵ veio estabelecer as raças caninas potencialmente perigosas, sendo que relativamente à lista portuguesa, apenas acrescenta a raça Akita Inu. Contudo tal diploma estabelece as principais características⁶ de tais animais, o que sempre ajuda o aplicador da lei, a interpretar o que sejam cães da mesma tipologia.

Por sua vez em Itália, a [Ordinanza de 12 de dezembro de 2006](#), publicada na Gazzetta Ufficiale n.º 10 de 13 de janeiro de 2007, continha um elenco bastante mais extenso, incluindo para além dos citados, raças como o Cão Serra da Estrela e o Rafeiro do Alentejo. Tal lista foi criticada por associações veterinárias italianas, que defenderam que não estava demonstrada cientificamente a correlação entre perigosidade e determinadas raças de canídeos. Por outro lado, a lista incluía raças de cães, relativamente aos quais não existia qualquer registo, junto das entidades competentes em Itália – designadamente o “Rafeiro do Alentejo”, havendo erros, inclusivamente, nas denominações de raças.

Em face de tais críticas, por [Ordinanza de 3 de março de 2009](#), do Ministério do Trabalho, da Saúde e Política Social Italiano, revogou a lista da Portaria de 2006, tendo deixado de existir uma lista de animais potencialmente perigosos e ficado estabelecido que «*O proprietário de um cão é sempre responsável pelo bem-estar, controlo e gestão do animal e responde, tanto civil e criminal, por quaisquer danos ou ferimentos a pessoas, animais e materiais causados pelo próprio animal.*» (art.º 1º, n.º 1).

No Reino Unido, para citar um país do sistema da *common law*, foi promulgada a “Dangerous Dogs Act 1991”, revista em 1997, que se aplica ao *pit bull terrier* e à raça japonesa Tosa, e

⁵ Publicado no «BOE» 74, de 27-3-2002.

⁶ Forte musculatura, aspeto poderoso, robusto, configuração atlética, agilidade, vigor e resistência; Marcado carácter e grande valor; Pelo curto; Perímetro torácico compreendido entre 60 e 80 centímetros, altura á cruz entre 50 e 70 centímetros e peso superior a 20 kg; Cabeça volumosa, cuboide, robusta, com crânio largo; Mandíbulas grandes e fortes, boca robusta, larga e profunda; Pescoço largo, musculoso e curto; Peito maciço, largo, grande, profundo, costelas arqueadas e lombo musculado e curto; Extremidades anteriores paralelas, retas e robustas e extremidades posteriores muito musculosas, com patas relativamente longas formando um ângulo moderado.

ainda a qualquer tipo de cão criado para finalidade de luta, ou que tenha características para tal propósito⁷.

2.1.2.2. O Regime de Condução e Detenção dos Animais Perigosos e Potencialmente Perigosos

Detentor será qualquer pessoa singular, maior de 16 anos, sobre a qual recai o dever de vigilância de um animal perigoso ou potencialmente perigoso, para efeitos de criação, reprodução, manutenção, acomodação ou utilização, com ou sem fins comerciais, ou que o tenha sob a sua guarda, mesmo que a título temporário (art.º 3º, f), do DL). O detentor de cães necessita obter uma licença⁸ emitida pela Junta de Freguesia da área de residência, que deve ser requerida entre os 3-6 meses de idade do animal, que é atribuída após comprovação da idoneidade do detentor.

Para efeitos de comprovação da idoneidade, o detentor deve entregar o seu C.R.C., sendo que se estabelecesse uma presunção de falta de idoneidade no caso de o detentor ter sido condenado por sentença transitada em julgado por:

(a) Crimes previstos no D.L.;

(b) Crime de homicídio por negligência;

(c) Crime doloso contra a vida, integridade física, liberdade pessoal e autodeterminação sexual, saúde pública paz pública, tráfico de estupefaciente e substância psicotrópica, tráfico de pessoas, tráfico de armas, ou por outro crime doloso cometido com uso de violência.

Curioso será notar que o presente DL acaba por ser mais exigente, comparativamente aos casos de idoneidade para licença de uso e porte de arma. Tentando avançar com uma hipótese explicativa, dir-se-á, que tal resultará da falta de controlo absoluto por parte do homem, relativamente ao animal, que poderá adotar um comportamento não mecânico e necessariamente imprevisível.

A referida licença (é válida por um ano e caduca automaticamente – art.º 6º-A, do DL) pode ser solicitada, a título de fiscalização, por qualquer uma das autoridades competentes, mencionadas no art.º 3º, al. d), do DL, pelo que o detentor deverá, obrigatoriamente estar munido da mesma, aquando de qualquer deslocação dos cães perigosos ou potencialmente perigosos.

⁷ «Any dog of any type designated for the purposes of this section by an order of the Secretary of State, being a type appearing to him to be bred for fighting or to have the characteristics of a type bred for that purpose.».

⁸ Para a detenção de outros animais, é necessária uma licença emitida pela junta de freguesia da área de residência do detentor, nos termos das disposições relativas aos cães, mas com as necessárias adaptações (art.º 6.º do DL).

O detentor deve entregar um comprovativo de aprovação em formação para a detenção de cães perigosos, a qual vem prevista no art.º 5.º-A, do DL, (aditado pela Lei n.º 46/2013, de 04/07). A referida formação é dirigida à educação cívica, ao comportamento animal e à prevenção de acidentes, cuja certificação é da competência da DGAV. Tal certificação ainda está por aprovar (a DGAV apenas reconhece competências à PSP e GNR, para o efeito) pelo que ainda não se faz tal formação.

O art.º 7.º obriga as juntas de freguesia a manterem uma base de dados na qual registam os animais perigosos e potencialmente perigosos, estabelece um sistema de identificação e registo de animais, de onde conste a espécie, raça (quando possível), identificação do detentor, local e tipo de alojamento, incidentes de agressão. Existe, ainda, uma base nacional de registo de cães e gatos, que foi criada pelo DL 313/2003, de 17 de dezembro – “Sistema de Identificação de Caninos e Felinos” (SICAF).

Tal como acontece com outras atividades de risco (condução de veículos automóveis), o detentor do animal perigoso ou potencialmente perigoso, está obrigado a possuir um seguro de responsabilidade civil destinado a cobrir os danos causados por este ([Portaria dos Ministérios das Finanças.º 585/2004, de 29/05](#)). O contrato de seguro deverá ter um capital mínimo de €50.000,00/ano (independentemente do número de sinistros e de lesados envolvidos), podendo ser previsto direito de regresso contra o civilmente responsável, se a responsabilidade advier de atos ou omissões dolosas do segurado, da pessoa por quem ele seja civilmente responsável, ou do detentor do animal. Podem ainda ser estabelecidas diversas “exclusões”, designadamente a responsabilidade decorrente de custas e quaisquer despesas provenientes de procedimento criminal, fianças, coimas, multas, taxas ou outros encargos de idêntica natureza.

De importância primordial para estabelecer o dever de cuidado, é de destacar a previsão do art.º 11.º, do DL, o qual estabelece o dever especial de vigilância que incumbe ao detentor do animal perigoso ou potencialmente perigoso. Tal dever funda-se no facto de o detentor retirar benefícios com a detenção do mesmo, mas também na natureza perigosa, irracionalidade e imprevisibilidade do animal. O especial dever de vigilância consubstancia-se em vigiar o animal, por forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais. Será a violação desse dever, que poderá determinar que o detentor seja sancionado – daí a sua importância.

O art.º 13.º, do D.L., por sua vez, estabelece “medidas de segurança reforçadas na circulação”. Ora o n.º 1, do citado normativo, refere precisamente, que os animais perigosos e potencialmente perigosos não podem circular sozinhos na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos em regime de propriedade horizontal, devendo ser **conduzidos** por detentor.

O n.º 2 estabelece a obrigação de o detentor que necessitar de circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios, com os referidos animais, o dever fazer com meios de contenção adequados à espécie, raça ou cruzamento de raças, nomeadamente, caixas, jaulas, gaiolas, ou no caso dos cães, açaímo funcional, que não permita comer nem

morder, e neste caso, devidamente seguro com trela curta até 1 metro de comprimento, fixa à coleira ou a peitoral. Excetua-se, a utilização de cães potencialmente perigosos em atos de terapia social realizados em local devidamente delimitado para o efeito, ou durante atos venatórios, casos em que se dispensam, tais meios de contenção (n.º 3).

Os Municípios regulam e publicitam as condições de autorização de circulação e permanência dos animais abrangidos pelo DL, designadamente em parques, jardins e outros locais públicos, podendo determinar, por razões de segurança e de ordem pública, as zonas onde é proibida a permanência e circulação de tais animais, e, no caso dos canídeos, as zonas e horas em que a circulação é permitida, estabelecendo as condições em que esta se pode fazer sem o uso da trela, ou de açaímo funcional.

Ocorrendo um qualquer ataque de animal a uma pessoa, o animal que tenha causado ofensa ao corpo ou à saúde de uma pessoa, é obrigatoriamente recolhido num centro de recolha oficial, a expensas do detentor (Art.º 14.º DL). Salvo melhor opinião, ao contrário da definição ampla que referimos, entendemos que “detentor”, aqui, deverá ser interpretado de forma restritiva, como sendo o proprietário, ou quem tenha o animal à sua guarda, em termos mais definitivos.

Existe, ainda, um dever de comunicação, imediato, das ofensas causadas por animal, por parte de médicos veterinários, **autoridades judiciais**, administrativas, policiais, ou unidades prestadoras de cuidados de saúde, ao médico veterinário municipal, de forma a permitir a recolha do animal.

Quando a agressão for provocada por canídeo ou felino, a Câmara Municipal, fica obrigada a comunicar a ocorrência, no prazo máximo de 8 dias, à Junta de Freguesia respetiva, para que atualize a base de dados do SICAFE, ou na base de dados competente se o animal agressor for de outra espécie.

Questão pertinente e que muito recentemente deu azo a um amplo debate, por vezes polémico, na opinião pública, a propósito do “caso de Beja”, é o **destino dos animais agressores**. De um lado situam-se os defensores dos Direitos dos Animais, que defendem os animais não devem ser eutanasiados, e por outro, aqueles que entendem que o animal representa um perigo real, e que como tal deverão ser abatidos.

Ora, o destino do animal agressor varia em função do tipo de gravidade lesões que cause. O art.º 15.º do Regime Jurídico estabelece que o animal que cause ofensas graves à integridade física, devidamente comprovadas através de relatório médico, é eutanasiado através de método que não lhe cause dores e sofrimentos desnecessários, uma vez ponderadas as circunstâncias concretas, designadamente o carácter agressivo do animal, por decisão do médico veterinário municipal.

No entanto, se necessário em termos probatórios, deve ser ordenada a apreensão do animal no inquérito. Nestes casos, e enquanto o Ministério Público, não abdicar da apreensão do

mesmo, ao abrigo do art.º 186.º do Código Penal, parece-nos que tal abate não pode, pelo menos, ser realizado.

Nos casos de abate, os detentores dos animais, não têm direito a qualquer indemnização.

Tratando-se de ofensas à integridade física simples, o animal é entregue ao detentor, após a realização de provas de socialização e/ou treino de obediência no prazo indicado pelo médico veterinário municipal.

Este DL não prejudica o regime jurídico de utilização de armas de fogo pelas forças de segurança do Estado, (DL n.º 457/99, de 05/11), ou seja, nas condições previstas para a utilização de armas de fogo, pelos órgãos de polícia criminal, poderá haver necessidade de abater o animal, de imediato.

2.2. O Regime Sancionatório

2.2.1. Princípios Gerais relativos aos crimes e contraordenações

A GNR, a PSP e a polícia municipal, devem proceder à fiscalização sistemática dos cães que circulem na via e locais públicos, designadamente no que se refere à existência de identificação eletrónica, uso de trela ou açaimo, registo e licenciamento, e acompanhamento pelo detentor. De acordo com notícia do Semanário Sol de 04/04/2014, a GNR, no âmbito da operação “Perro”, que decorreu em todos o país no início de abril de 2014, fiscalizou 1149 animais, tendo registado 358 infrações (incluindo falta de chip, seguro e vacinação), tendo sido apreendidos 5 animais. Das infrações registadas, citando fontes da GNR, 70, visaram cães de raças potencialmente perigosas (ausência de registo, ou licença caducada, falta de esterilização ou seguro de responsabilidade civil válido).

Para a eventualidade de serem criados obstáculos ou impedimentos à fiscalização de alojamentos, ou de animais em desrespeito ao presente DL, é solicitada a emissão de mandado judicial, ao tribunal cível da respetiva comarca, quer permitam àquelas autoridades, aceder ao local onde se encontram alojados os animais e proceder à sua remoção.

O Regime Jurídico dos Animais Perigosos estabelece penas e sanções acessórias, aplicáveis, quer aos crimes quer às contraordenações, as quais passaram a estar previstas no art.º 30º-A, aditado pela Lei n.º 46/2013, de 04/07, e que anteriormente se encontravam previstas no art.º 40.º.

2.2.2. O Direito Contraordenacional

No dizer de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE⁹, «o direito de mera ordenação social constitui hoje um sistema repressivo distinto do direito penal e dele autonomizado, tanto no plano substantivo como processual. As virtualidades deste sistema (...) são óbvias: por um lado, o estigma é alheio tanto à natureza do ilícito como à especificidade das sanções (de natureza pecuniária e meramente admonitória, com exclusão da prisão); por outro lado, o respetivo processamento, confiado em primeira instância à Administração, pode contribuir para a desmassificação da justiça criminal».

As contraordenações vêm previstas no art.º 38.º, do DL, sendo que variam entre €750,00 e os €5000,00, no caso de pessoa singular, e de €1500,00 a €60.000,00, no caso de pessoa coletiva. A competência para a tramitação dos autos de contraordenação cabe à DGAV – Direção-Geral de Alimentação e Veterinária, às Câmaras Municipais (designadamente aos Médicos Veterinários Municipais, à Polícia Municipal, à GNR, à PSP, à Polícia Marítima e à ASAE. A contraordenação que maior atenção se exige ao Ministério Público, é a da alínea r), já que pode concorrer com os ilícitos penais.

2.2.3. Os Crimes

Ao lado do Código Penal, coexistem, permanentemente ou temporariamente, outras leis penais, de carácter supletivo ou complementar¹⁰. Dessa legislação penal extravagante, faz precisamente parte o DL n.º 315/2009, de 29/10, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 46/2013, de 04/07, e que visou, designadamente punir condutas em que o agente causador do dano é um animal, responsabilizando o respetivo dono, ou detentor. Mas terá ocorrido uma verdadeira criminalização?

Da proposta de Lei n.º 224/X¹¹, é clara a motivação do legislador em “incriminar”, em função da demonstrada ineficácia dos recursos legais até então vigentes. Ademais, chegou a ser referido pelo Ministro da Agricultura, em momento anterior, à aprovação do D.L. n.º 315/2009, de 29/10, que «*não existe um entendimento coerente quanto à aplicação do Código Penal aos detentores de animais autores de ataques a pessoas (...) na maioria dos casos, não são proferidas acusações contra os donos dos cães a título criminal, pelo que é urgente clarificar esta matéria. Sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código Penal em casos de verificação de morte da pessoa ou outros crimes, estabelecemos, na nossa proposta, três tipos de crime.*» (DR, I Série, número 23, de 6 de Dezembro, *apud* CONDE FERNANDES¹²).

⁹ In, “Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena”, 2ª Reimp., Coimbra Ed., 1997, p. 422.

¹⁰ DIAS, FIGUEIREDO, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2007, 120.

¹¹ «*Garantir que as sanções aplicáveis aos detentores de animais que causem lesões físicas a pessoas são um meio eficazmente dissuasor à sua prática, pretendem-se criminalizar expressa e claramente as ofensas à integridade física humana causadas por animal, quer a título doloso, quer a título negligente por parte do seu detentor.*».

¹² Comentário das Leis Penais Extravagantes, Lisboa, Universidade Católica Editora, Novembro de 2010, 904 páginas – Plácido Conde Fernandes, p. 307.

FERNANDA PALMA no parecer já citado, refere que “o quadro justificado desta legislação” consistirá na «*explicitação dos deveres de controlo e domínio, delimitando crimes dolosos e negligentes contra as pessoas e contribuindo para a uniformização de eventuais respostas jurisprudenciais díspares*», e que «*é justificada pelo aumento de visibilidade de agressões provocadas por animais num passado recente, que têm causado significativo alarme social*».

Por sua vez CONDE FERNANDES (op. citada, p. 308), refere não se ter efetuado uma neocriminalização das condutas previstas, nem uma clarificação legal da tipicidade das mesmas, encontrando-se já previstas nos art.ºs 143.º n.º 1 e 144.º, do Código Penal: «*Consoante julgamos saber, sempre foi incontroversa, doutrinal e jurisprudencialmente, a punibilidade em autoria material, da ofensa cometida com recurso à instrumentalização de animais; mais que não seja, enquanto coisa ou meio perigoso, à luz da perspetiva utilitarista dominante*».

A autonomização das ofensas corporais cometidas com animais efetuada pelo DL 315/2009 será, para este autor, questionável, à luz dos princípios da necessidade da pena e da legalidade, já que, muitos outros “instrumentos perigosos” podem ser utilizados para atentar contra a integridade física (no caso das ofensas dolosas); bem como a autonomização das ofensas corporais graves por negligência, por desrespeito dos deveres de cuidado sobre a guarda e vigilância de animais, é discutível, segundo o mesmo autor, quando existem muitas outras violações de deveres de cuidado, relativas a outras fontes de perigo que originam lesões na integridade física (v.g., a condução automóvel e a violação de regras de trânsito).

É certo que o comportamento de uma máquina (automóvel), não possui, a autonomia do comportamento que um animal possui (não tem vontade própria) – o que poderá justificar a diferença de tratamento – mas, em ambos os casos, a conduta anterior do “condutor”, poderá, minorar e porventura eliminar os riscos, cumprindo com os deveres de garante, que possui. Um automóvel que não tenha a sua manutenção em dia, com acentuado desgaste, conjugando com fatores externos, pode ter um comportamento, quase tão imprevisível quanto o de um animal.

A multiplicação operada pela autonomização de tipos legais do DL, poderá vir a colocar dúvidas de interpretação, quanto à destrição entre mesmos e os do Código Penal. A (pouca) jurisprudência existente sobre esta matéria, demonstra, não só, que foram deduzidas diversas acusações pelo Ministério Público, com condenações em primeira instância (sem que ainda existisse o Regime Jurídico de Animais Perigosos), e aquelas que foram postas em crise e submetidas aos Tribunais superiores, resultaram na sua quase totalidade, confirmadas¹³.

¹³ Vide entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17/05/2006, Processo 3480/05; Ac. TRL de 11/04/2007, processo n.º 8059/200-3; TRP de 27/06/2007, no processo n.º 0712060; TRP de 10/10/2007, processo n.º 0743233; Ac. do TRG de 09/02/2004, processo n.º 1652/03; Ac. do STJ de 24/05/2011, processo n.º 167/07.7PBSNT.L1.S1.

Assim, a autonomização que o DL veio fazer, dos crimes que passou expressamente a prever, com base em tipos legais de crime tradicionais, já previstos no Código Penal, teve um caráter eminentemente político e simbólico.

Como nota prévia referimos que o primeiro crime do DL, corresponde ao art.º 31.º, do DL, o qual apenas referimos de passagem. Aqui a vida e integridade pessoal, bem como a saúde física e psíquica são protegidas por antecipação, bastando-se com a mera presunção do perigo de lesão.

A norma visa, assim, reprimir as condutas que assentam no perigo resultante de revelar ou aumentar o potencial de agressividade dos animais.

2.2.3.1. Art.º 32.º do DL - Crime de Ofensas à Integridade Física Dolosa

Os comportamentos descritos no n.º 1 do art.º 32.º do DL (ofensas à integridade física simples dolosas) são **puníveis** com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa. Os comportamentos descritos no tipo agravado (n.º 2) são puníveis com pena de prisão de 2 a 10 anos. Nas condutas comissivas por omissão, puníveis por aplicação do art.º 10.º, n.º 1, do Código Penal, a pena pode ser, nos termos do n.º 3 do citado preceito, especialmente atenuada (ilicitude e culpa menos graves).

Quanto à **classificação**, o crime de “ofensas à integridade física dolosas” é um crime uniofensivo, pois tutela um único bem jurídico; sendo o tipo agravado (n.º 2) um crime pluriofensivo, pois tutela a integridade pessoal mas também a vida; por outro lado, é um crime de dano (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido), em que a lesão do bem jurídico integra a previsão típica; sendo um crime de perigo concreto, no caso do tipo agravado por “perigo para a vida”; é ainda, um crime simples, pois é constituído por uma só ação típica; um crime de execução vinculada (quanto ao modo de execução da ação típica), servindo-se de animal mediante o seu “incitamento”; um crime instantâneo (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com a ofensa executada; um crime singular (quanto à quantidade de autores); um crime comum (quanto à qualidade dos autores) porque pode ser praticado por qualquer pessoa; um crime material ou de resultado (quanto à relação entre ação e o objeto da ação), constituindo o resultado elemento do tipo, a consumação exige a sua verificação e imputação objetiva à ação, no caso de “perigo de vida”, a par do resultado-violação prevê-se, um resultado de perigo.

Ao contrário do art.º 143.º do Código Penal, o qual depende de queixa, o crime reveste natureza pública. Resulta, daqui, a intenção do legislador em reforçar a resposta punitiva existente, visando alcançar uma maior confiança da comunidade na proteção dos bens jurídicos protegidos.

Os **elementos objetivos do tipo** correspondem às realidades referidas no tipo legal de crime que consubstanciam a materialização exterior do facto punível (o agente; a

conduta – comportamento humano voluntário; o bem jurídico – valor tutelado pela norma incriminadora).

Aqui, consiste em produzir uma ofensa no corpo ou na saúde de outra pessoa, nas dimensões física e psicológica, servindo-se para o efeito de um animal, pela via do seu incitamento. O modo de execução da ação típica de base é, assim, duplamente vinculado: por um lado, o agente serve-se de um animal e, por outro, incita-o contra outra pessoa. Por sua vez, o tipo objetivo agravado (n.º 2), congruente com o agravamento da ilicitude que decorre do maior desvalor do resultado, consiste em provocar uma “ofensa grave”, tal como prevista pelo artigo 144.º do Código Penal¹⁴, aplicável *ex vi* artigo 34.º do DL.

Quanto ao conceito indeterminado “incitamento”, CONDE FERNANDES define-o, de forma ampla, como «o ato de instigar, excitar, provocar ou estimular, que, tendo por objeto a utilização de um animal, preordenada a ofender a integridade física de outrem, inclui no seu âmbito todas as ordens, palavras, vocábulos, ruídos, sons, gestos, imagens, contacto físico ou qualquer outra forma de expressão, que de acordo com a concreta natureza do animal, o seu temperamento, adestramento, ou qualquer outro modo de condicionamento comportamental, sejam adequados a desencadear a agressão, mesmo se em concreto não o tenham sido» (op. citada, p. 296). A tónica está em utilizar a “capacidade ofensiva específica” do animal.

Não se exige que o animal incitado se tenha revelado, declarado ou presumido, previamente, “perigoso ou potencialmente perigoso”, conforme se retira da exposição preambular¹⁵.

Elementos subjetivos do tipo são, por sua vez, os elementos que caracterizam a dimensão subjetiva do facto típico, isto é, que se referem à atitude psicológica do agente, àquilo que se pretendia no momento em que realizou a ação típica. Para a maioria da doutrina integram a dimensão subjetiva do fato o dolo, a negligência e outros elementos subjetivos especiais.

No entender de CONDE FERNANDES (op. citada, p. 301), não se exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objetivo. Este autor admite assim, qualquer modalidade de dolo quanto ao objeto da ação, direto, necessário ou eventual. FERNANDA PALMA¹⁶, em sentido contrário, levanta

¹⁴ A privação de importante órgão ou membro, ou desfiguração grave e permanente; perda ou afetação, de maneira grave, da capacidade de trabalho, das capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou da possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem; doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; perigo para a vida.

¹⁵ «Que a punição como contraordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não é fator de dissuasão suficiente para a sua prevenção, pelo que se entendeu como adequado tipificar tais comportamentos expressa e claramente como crime».

¹⁶ «O artigo 32.º, que retrata as ofensas à integridade física dolosas é, porém, uma norma muito específica. Ao servir-se da expressão “servindo-se de animal”, parece não pretender cobrir toda e qualquer ofensa corporal dolosa, nomeadamente uma ofensa corporal com dano eventual ou uma

dúvidas quanto ao dolo necessário ou eventual, pela exigência típica do ato voluntário de “*incitamento*”.

Não escamoteando que o incitamento faz transparecer uma ideia de dolo direto, não podemos deixar de configurar situações praticadas com dolo eventual, e que merecem a tutela da norma. Por exemplo, alguém que incita, por diversão (e por brincadeira de mau gosto), um animal num local público, que admite como possível a agressão a um terceiro, e conforma-se com esse resultado, mantendo a sua conduta.

Se não se mostrar preenchido o requisito do “incitamento”, o mero “servir-se” de animal perigoso ou potencialmente perigoso, integrará, pelo menos, a prática do tipo qualificado, pelo uso de um “meio particularmente perigoso” previsto no art.º 145.º, n.º 1 e n.º 2, com referência ao art.º 132.º n.º 2, al. h), ambos do Código Penal). A utilização de animal perigoso para cometer o facto, é fator suscetível de revelar especial censurabilidade (art.º 132.º, n.º 2, a al. h), *ex vi* art.º 145.º, do C.P.).

É que se qualquer animal, por se tratar de um instrumento não completamente dominado ou dominável pela vontade humana, pode ser considerado um “meio perigoso”, *a fortiori*, os “animais perigosos”, em função de comportamentos agressivos, precedentes ou congénitos, constituem um “meio particularmente perigoso”, pelo acréscimo do risco e gravidade das consequências para os bens jurídicos.

O **resultado danoso** corresponde à ofensa na saúde ou no corpo de outra pessoa. Por ofensa no corpo deve entender-se toda a lesão através da qual o agente é prejudicado no seu bem estar físico de uma forma não insignificante, avaliada segundo critérios objetivos, como a duração e a intensidade do ataque ao bem jurídico ou a carência de tutela penal. Por sua vez, ofensa à saúde deve considerar-se toda a intervenção que ponha em causa o normal funcionamento das funções corporais da vítima, prejudicando-a, seja numa dimensão física como psicológica, seja por criação ou agravamento dum estado patológico antecedente.

A **adequação da ação** é apreciada, segundo um juízo *ex ante*, de prognose póstuma, colocando-se o aplicador no momento histórico da conduta do agente, de acordo com o conhecimento resultante, objetivamente, da experiência comum e, subjetivamente, dos conhecimentos especiais do agente. Ao nível do elemento subjetivo do tipo, exige o conhecimento do processo causal e da adequação da conduta, tipicamente descritos, e a vontade de os realizar; implicando que o erro de representação do agente quanto a esses factos exclua o dolo, pois o processo causal deve ser dominado, ou dominável (na omissão), pela vontade humana. Exigindo-se que o resultado tenha sido, em concreto, causado pela ação do agente, faz com que a intervenção da vítima ou de **terceiro**, não previsível por aquele, interrompa o nexa causal.

O nexa de imputação objetiva no tipo de ilícito sob análise, traduz-se unicamente em imputar a ofensa à integridade, simples ou grave, ou o perigo para a vida (artigo 144.º, al. d), do Código

ofensa corporal omissiva, em que o agente não controle o animal, limitando-se a não impedir dolosamente que o animal provoque ofensas corporais.» (Parecer citado).

Penal) à utilização do animal pelo seu incitamento; a qual, descrita no tipo, deve ter constituído causa adequada da ofensa, criando ou aumentando um risco preexistente e que conduziu à produção da ofensa.

O **consentimento** é uma **causa de justificação** das ofensas dolosas, porque se considera livremente disponível a integridade física, desde que as lesões respeitem os ditames dos bons costumes. Deve também atender-se aos motivos e fins do agente ou do ofendido, os meios empregues e a amplitude previsível da ofensa (art.º 149.º, do Código Penal, aplicável *ex vi* artigo 34.º, do DL). Assim, estará justificada, a conduta de um indivíduo que num treino incita o animal a investir sobre um figurante e a morder-lhe a manga com proteção; já não estará justificada, sendo irrelevante o consentimento, qualquer ofensa com perigo para a vida (144.º, d), do C.P.), por exemplo mordedura no pescoço, ou outro local vital, sem proteção, pois a vida não se considera livremente disponível. Também se podem colocar hipóteses de utilização defensiva de um animal, por legítima defesa própria ou de terceiro. Aliás, não raras vezes muitos canídeos são utilizados como “cães de guarda”, os quais se incluem no âmbito deste diploma. Nestas situações os animais são utilizados por incitamento contra alguém, a coberto de uma causa de exclusão da ilicitude, v.g. a legítima defesa. Haverá, então, que apurar as regras gerais dos art.ºs 32.º e 33.º do Código Penal, *aplicáveis ex vi*, art.º 34.º do DL (aplicação subsidiária do Código Penal). Assim, dever-se-á estar perante uma agressão atual, ilícita, dolosa e culposa/censurável.

A utilização de cães pertencentes a forças de segurança e serviços de emergência, mesmo estando a conduta expressamente excluída do âmbito de aplicação do presente diploma legal, excluindo a tipicidade deste crime, pode integrar a prática dos crimes de ofensa à integridade física simples, grave e qualificada, previsto no art.º 143.º, n.º 1, 144.º e 145.º, do Código Penal, valendo aqui as mesmas regras de exclusão da ilicitude e do erro. O erro sobre a factualidade pressuposta pelo consentimento e pela legítima defesa seguem o regime geral (art.º 16.º, n.º 2 e 3 do Código Penal – exclui o dolo, ressaltando a punibilidade da negligência).

Inovador, face ao regime do Código Penal (art.º 143.º, n.º 1), é a punibilidade da **tentativa** por indicação expressa do n.º 3, deste preceito legal. Tal justifica-se no caso de ataques de animais, já que o resultado é destacável, espaço-temporalmente da ação, pelo uso de um “instrumento” de ação não imediatamente controlado pelo agente – incitar um animal.

O animal é um “instrumento” não completamente dominado pela vontade humana – ponto é que, a consumação não ocorra por razões diametralmente adversas à vontade do agente.

A antecipação da tutela penal (punição da tentativa) é ainda justificável no dizer de CONDE FERNANDES (op. citada, p. 303), por duas ordens de razão: por um lado, a execução da “ação desvaliosa” (o incitamento do animal), que constituirá o início da tentativa, encontra-se tipicamente prevista, aliás, como crime de execução vinculada (“razão de ilicitude material e legalidade”); e, por outro, essa conduta põe em marcha um processo de agressão ao bem jurídico, que o agente deixa de controlar completamente, dada a natureza relativamente autónoma do animal (“razão da perigosidade e proteção do bem jurídico). A **complicação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. É um tipo de legal de

comparticipação eventual, sendo possíveis casos de autoria mediata, coautoria, instigação e cumplicidade.

Quanto ao **concurso**, CONDE FERNANDES (op. citada, p. 305), descreve que há uma relação de **concurso efetivo** com o crime “lutas de animais” do art.º 31.º, do DL; Quanto ao **concurso aparente**, descreve, ainda:

– A ofensa à integridade física simples, na forma tentada, cometida com animal, só é punível pelo crime previsto no artigo 32.º, n.º 1, não se colocando sequer a questão de concurso com o artigo 143.º, n.º 1, do Código Penal (neste a tentativa não é punível).

– A ofensa à integridade física simples, consumada, cometida com animal, é punida pelo crime previsto no n.º 1, deste artigo 32.º (*lex specialis derogat lex generalis*), cujo procedimento não carece de queixa, prevalecendo sobre a norma geral do artigo 143.º, n.º 1. Exclui o tipo geral por especialidade, pelo que não se verificando a plenitude do ilícito-típico específico, será eventualmente punível de acordo com o tipo geral, previsto no artigo 143.º, n.º 1, do Código Penal.

– A ofensa à integridade física grave cometida com animal, é punida pelo n.º 2 deste artigo 32.º (*lex specialis derogat lex generalis*) que exclui os artigos 143.º, n.º 1 e 144.º, do Código Penal.

– A ofensa à integridade física, qualificada pela culpa, cometida com animal, é punida pelo crime previsto pelo artigo 145.º, n.º 1 al. a) e al. b), com referência ao artigo 143.º, n.º 1 e ao artigo 144.º, todos do Código Penal, quando a ofensa seja simples ou grave, respetivamente (v.g. foi utilizado meio particularmente perigoso: um “animal perigoso” no sentido do regime específico deste Decreto-Lei; cfr. artigo 132.º, n.º 2, al. h), *ex vi* artigo 145.º, n.º 2, ambos do Código Penal). Não contendo a descrição vinculada relativa ao uso de animal, constante deste artigo 32.º (não são *lex specialis*), deve-se entender, em homenagem ao princípio *ne bis in idem*, que excluem, por consumpção, a punição pelos crimes previstos no artigo 32.º, n.º 1 e n.º 2, pois enquanto *lex consumens* tutelam de modo mais extenso os bens jurídicos protegidos pela *lex consumta* de âmbito menos vasto.

– Há concurso aparente quando o mesmo facto constitua crime e contraordenação, sendo o seu autor punido apenas pelo crime (art.º 36º, n.º 3, do DL).

2.2.3.2. Art.º 33.º do DL – Crime de Ofensas á Integridade Física Negligentes – Art.º 33.º do DL

Estatui este preceito que «*Quem, por não observar deveres de cuidado ou vigilância, der azo a que um animal ofenda o corpo ou saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas graves à integridade física é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*». Será esta norma que se aplica ao maior número de situações de ataques de animais a pessoas, por incumprimento dos deveres e obrigações dos proprietários e detentores na condução e detenção de animais.

O crime tem como fonte o art.º 148.º, n.º 1 e 3, do Código Penal, que prevê o crime de ofensa à integridade física grave. O **Bem jurídico** protegido pela incriminação é como no caso do art.º 32.º, a integridade pessoal, incluindo a saúde física e psíquica, na vertente de crime de dano, exigindo a lesão efetiva desse bem jurídico, sendo a proteção agravada pela gravidade do resultado danoso e pelo resultado de perigo para a vida. Uma vez mais, neste último caso, a tutela penal por antecipação do perigo concreto, dirige-se à proteção da vida.

O crime tem natureza procedimental pública, invertendo-se o regime previsto no Código Penal, para o crime de ofensa à integridade física por negligência. As ofensas graves passam a ser públicas e as ofensas simples passam a ter dois regimes, crime semipúblico e, subsidiariamente, contraordenação.

Trata-se de um crime complexo ou pluriofensivo:

- Tutela a integridade pessoal e a vida;
- Um crime de dano (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido), em que a lesão do bem jurídico integra a previsão típica;
- Sendo um crime de perigo concreto, no caso do tipo agravado por "perigo para a vida";
- Um crime simples, pois é constituído por uma só ação típica; um crime de execução livre (quanto ao modo de execução da ação típica); um crime instantâneo (quanto à duração da lesão dos bens jurídicos), que se consuma com a ofensa; um crime singular (quanto à quantidade de autores);
- Um crime comum (quanto à qualidade dos autores) pode ser praticado por qualquer pessoa;
- Um crime material ou de resultado (quanto à relação entre a violação do cuidado e o objeto da ação), constituindo o resultado elemento do tipo, a consumação exige a sua verificação e imputação objetiva à ação, e no caso do "perigo para a vida", a par do resultado-violação prevê-se, ainda, um resultado de perigo.

A **tentativa** não é admissível em crimes negligentes, por conter um elemento subjetivo relativo à vontade de realizar a infração (art.º 22.º, do CP - "um crime que *decidiu* cometer").

O **tipo objetivo** consiste na violação do cuidado a que o detentor do animal está obrigado, de acordo com os conhecimentos e capacidades do homem médio, e cuja não observância, levou à produção de uma ofensa grave no corpo ou na saúde de outra pessoa, nas dimensões física e psicológica. Tal como na situação do n.º 2 do art.º 33.º, a "ofensa grave", é a que se encontra prevista no art.º 144.º do Código Penal (aplicável *ex vi* art.º 34.º). Os conhecimentos e

capacidades inferiores ao homem médio, não excluem a tipicidade, por razões de prevenção e de proteção dos bens jurídicos, permitindo a legítima defesa por terceiros (se verificados os requisitos nos termos gerais), ou a aplicação de medida de segurança (inimputáveis).

O **dever objetivo de cuidado**, é o dever de diligência, ao qual, de acordo com critérios de normalidade, o agente se encontra vinculado quando inicia uma qualquer atividade que comporta riscos. O incumprimento desses dever objetivo de cuidado, constitui elemento do comportamento negligente. Decorre das circunstâncias particulares do caso ou das normas de cuidado que visam suprimir ou diminuir o risco resultante da posse de um animal, enquanto fonte de perigo para terceiros e para bens jurídico-penais, cumprindo o princípio da confiança, o qual se radica, na autorresponsabilidade de terceiros.

O art.º 15.º do CP, prevê, como elemento da negligência, a violação do dever de cuidado, determinando que age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias está obrigado e de que é capaz, representar o facto, sem se conformar com tal representação (negligência consciente), ou não chegar sequer a representar a realização do facto (negligência inconsciente).

O **dever objetivo de cuidado** é concretizado em várias normas legais e regulamentares, sem que confunda com o dever de garante (condição da omissão imprópria), embora a sobreposição exista por vezes. O artigo 11.º deste Decreto-Lei, ao prescrever que o detentor do animal perigoso ou potencialmente perigoso «*fica obrigado ao dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais*»; ou, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 276/2001, também o detentor do animal de companhia tem «*O dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas*». Porém, nestes diplomas legais e no Decreto-lei n.º 314/2003, de 17 de dezembro, acrescem numerosas regras de cuidado que o detentor do animal deve observar e que não atribuem, por si só, uma posição de garante – v.g. regras de circulação com cães perigosos e potencialmente perigosos.

Ao lado das regras jurídicas, o dever de cuidado tem como fontes, as regras prudenciais ou os usos de convivência social, que qualquer pessoa sabe que deve observar quando assume a responsabilidade de ter um animal a seu cargo.

A medida do cuidado exigível coincide com o necessário para evitar a ocorrência do resultado típico, cuja intensidade varia em função da importância do bem jurídico que, no caso, é elevada; da proximidade ou intensidade do perigo; e de outras circunstâncias concretas do caso, em especial a **perigosidade do animal**.

Para aplicação do regime previsto no Decreto-Lei 315/2009, quanto à «detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos», que inclui um conjunto de normas de cuidado cuja inobservância poderá integrar uma ação ou omissão negligente (v.g. artigo 13.º, n.º2, – uso de açaímo e trela com 1 metro), é decisiva a atribuição desse estatuto ao animal, nos termos do artigo 3.º, al. b), quanto ao animal perigoso e al. c), quanto ao animal potencialmente perigoso. Já nos referimos às raças previstas pela Portaria n.º

422/2004, de 24 de abril. Para além destas raças, que se presumem perigosas em função de fatores congénitos ou ambientais, os exemplares de outras raças poderão ser considerados perigosos, em função da sua agressividade revelada em episódios concretos, implicando, por consequência, para o seu detentor deveres de cuidado e vigilância acima da média, como por exemplo o uso de açaimo. Ou seja, perante o "carácter e comportamento agressivo" do animal, tal como previsto no artigo 3.º, b), iii), a falta de declaração voluntária do seu detentor, não o exclui dos deveres acrescidos de cuidado impostos pelo diploma, em virtude da situação de perigo ser substancialmente a mesma.

No acórdão do TRP de 10/10/2007, processo n.º 0743233, atribuiu-se a uma raça não incluída naquela lista (um Pastor Alemão), uma perigosidade potencial ou especial, assente nas regras da experiência, pela corpulência, força física e reconhecidas qualidades para a guarda ou trabalho policial, para concluir que ao seu detentor caberia um feixe mais intenso de deveres de cuidado.

Criticando tal decisão, CONDE FERNANDES refere que o TRP fez uma afirmação genérica (a raça), não sustentada no probatório factual quanto ao exemplar concreto (o animal), constituindo «*uma presunção judiciária que inverte o ónus probandi de modo legalmente inadmissível*». Desvalorizou-se a identidade e carácter específicos do animal. As generalidades, indicadores e pré-conceitos, sem a comprovação objetiva na casuística do espécime concreto, deveriam, segundo o mesmo autor «como qualquer outro *in dubio de facto*, ser julgadas *pro reo*» (op. citada, p. 311).

Contrariamente, a detenção de um cão constante da lista, cuja perigosidade potencial é proclamada, *ex officio*, pela Portaria n.º 422/2004, vê estabelecida uma **presunção legal de perigosidade**, com maior ou menor apoio científico que está tipificada legalmente, satisfazendo o princípio da determinabilidade penal; conduzindo a uma "estrutura de desobediência" na prescrição normativa positiva, estribada no incumprimento, em que é indiferente, aí sim, a perigosidade concreta do animal.

Assim, a perigosidade ou agressividade de um cão pertencente a uma raça não considerada por lei potencialmente perigosa – por exemplo, *Dobermann Pinscher*, *Grand Danais*, *Serra da Estrela* ou *Rafeiro do Alentejo*, por muito corpulentos ou ameaçadores que os exemplares dessa raça constem ou pareçam ser ao *sensu comum*, tem de ser probatoriamente demonstrada em juízo, que tenha em consideração os factos e circunstâncias apurados concretamente quanto ao animal em apreço (e não à sua raça). Admitir o contrário é presumir, indiretamente, um dos elementos objetivos do ilícito-típico negligente - o dever objetivo de cuidado.

O **resultado danoso** é a ofensa na saúde ou no corpo de outra pessoa. Dá-se por reproduzido o que, quanto a este ponto se referiu relativamente ao art.º 32.º, do DL. Apenas, neste particular uma chamada de atenção para as situações de "**adequação social da conduta**". O critério da adequação social assenta na ideia de aceitação de determinados comportamentos por parte da sociedade e que fundamenta a exclusão da responsabilidade penal em casos que, de acordo com uma perspetiva puramente literal estariam abrangidas pelo tipo incriminador.

A doutrina tem adotado duas posições, relativamente à chamada, "cláusula restritiva de inadequação social": para uns, fundamentam a exclusão da tipicidade; para outros, a tipicidade não é excluída, mas será então de admitir a exclusão da responsabilidade penal por justificação do facto (causas de justificação). A "adequação social" deve ser apreciada segundo critérios objetivos, como a duração e a intensidade do ataque ao bem jurídico ou a carência de tutela penal.

No aludido caso concreto sobre que versou o acórdão da TRP, de 10/10/2007, o arguido foi condenado pela prática, por omissão, de um crime de ofensa à integridade física por negligência. Provou-se que a cadela de raça Pastor Alemão, saltou sobre um transeunte que com ela se cruzou, arranhando-o na parte dorsal da mão e pulso direito, resultando 3 feridas superficiais. De acordo com um juízo de adequação social na conformação do sentido do tipo de ilícito, a lesão do bem jurídico, integridade física, foi temporalmente muito reduzida e de intensidade mínima. Os ditos "arranhões", não serão suficientes para conferir-lhe, *a posteriori*, o significado que não teve. Estamos perante a materialização de um "risco imanente à própria vida em comunidade, resultante da aceitação e integração dos animais de companhia em contextos urbanos de forte interação humana. Esse resultado de lesão bagatelar constitui um "risco geral de vida" que, sem ultrapassar a medida do risco normal, é socialmente adequado, pelo que não cabe "na criação de um risco não permitido".

O **nexo de imputação objetiva no tipo de ilícito**, traduz-se na imputação da ofensa grave (à integridade física) à violação do dever objetivo de cuidado pelo seu autor, que deve ter constituído "causa adequada" da ofensa, naquele sentido de ter criado ou aumentando um risco pré-existente (por ação) ou não ter eliminado ou reduzido um risco preexistente (por omissão), que se materializou na produção da ofensa.

Ficam excluídos da imputação objetiva e, por conseguinte, do tipo de ilícito, os casos de "comportamento lícito alternativo". O resultado não é imputável à violação do cuidado (por ação ou omissão) no caso de se apurar que, não obstante a realização da ação devida, a lesão no bem jurídico se teria igualmente produzido.

Ficam, ainda, excluídos da imputação os casos de interrupção do processo causal por terceiro ou de exposição voluntária da vítima ao perigo criado, por exemplo, o **terceiro** que provoca o animal ou a vítima que se aproxima de animal solto (acórdão do TRL, de 02-12-1992, processo n.º 0023725).

Quanto a este preceito as situações de **concurso aparente ou de normas**, apresentam-se a três níveis:

– Ofensa simples à integridade física por negligência, sem queixa, é sancionada pela contraordenação, prevista no art.º 38.º, n.º 1, al. r), subsidiária face ao art.º 148.º, n.º 1, do Código Penal. A contraordenação inova, por prever o dano ao invés do mero perigo de lesão (como sucedia anteriormente), visando evitar que estas condutas fiquem

descobertas de proteção apenas porque o ofendido optou por abdicar do procedimento criminal.

– Ofensa simples à integridade física por negligência, com queixa, é punida pelo art.º 148.º n.º 1, do Código Penal, excluindo a contraordenação, prevista no art.º 38.º, n.º 1, al. r), por subsidiariedade (*ex vi* art.º 36.º, n.º 3) – neste sentido Conde Fernandes¹⁷, contra Ac. RE de 05/06/2012¹⁸.

– Ofensa grave à integridade física negligentes (e animal), é punida pelo art.º 33.º é *lex specialis* face ao art.º 148.º, n.º 3, do Código Penal, cuja principal diferença que traz é a natureza procedimental pública da infração.

2.2.3.3. A Comissão por Omissão

As duas formas específicas de realização típica são a *ação* e *omissão*. Comete o crime por ação aquele que incrementa o risco para os bens jurídicos e por omissão quem não tenha diminuído ou eliminado o perigo para o bem jurídico, como lhe competia. Quer o art.º 32º e o 33.º, podem ser cometidos por omissão. Assim, age por omissão o proprietário do cão que assiste, impávido, à perseguição que este enceta a uma pessoa, incitado por terceiro ou movido por instinto próprio, nada fazendo para impedir que o animal morda essa pessoa, o que vem a suceder, quando podia simplesmente chamá-lo e agarrá-lo; pois não diminuiu ou eliminou o perigo para a integridade física de terceiro, como lhe competia. A punibilidade da comissão por omissão decorre da «cláusula extensiva da tipicidade» ou «cláusula de equivalência», prevista no artigo 10.º, n.º 1 do Código Penal, que pressupõe, cumulativamente:

- (1) A titularidade de um dever de garante por banda do omitente;
- (2) A situação típica e o inadimplemento da ação esperada;
- (3) A possibilidade fáctica de omitente intervir;
- (4) o nexo de imputação objetiva do resultado à ação.

¹⁷ (Op. citada p. 305), «há concurso aparente entre o crime e as contraordenações previstas neste e noutros diplomas legais, cuja violação constitua elemento do crime, que são necessariamente consumidas pela incriminação porque não é permitida a dupla valoração; mas já não, sendo o **concurso efetivo**, face àquelas normas de cuidado, detenção e circulação do animal, autónomas, embora com conexão objetiva ou subjetiva, que não se integram na mesma unidade de ação».

¹⁸ «Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro, que aprovou o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, enquanto animais de companhia, passou a constituir contraordenação, p. e p. pelo art. 38.º, n.º1, al. r), “a não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves”, não integrando tal conduta a prática do crime, p. e p. pelo art. 148.º, n.º1, do Código Penal» (disponível em www.dgsi.pt).

Dúvidas não há que o proprietário ou o detentor do animal estão investidos da **posição de garante**. Tal posição é estruturante da equiparação da omissão à ação. O “garante”, face ao perigo de lesão de um bem jurídico, tem tal qualidade devido a determinadas circunstâncias que pessoalmente o afetam. *In casu*, o garante está obrigado, juridicamente, a controlar a fonte de perigo, que o animal constitui, e sobre o qual aquele tem disponibilidade fática, e evitar a ocorrência de lesão de bens alheios. No fundo, uma concretização do princípio da confiança, que encontra o seu fundamento material no princípio da autorresponsabilidade de terceiros.

As situações de domínio sobre as causas de perigo são um dos casos em que a omissão é equiparada à omissão. Nos termos do art.º 11.º do DL, o animal perigoso, ou potencialmente perigosos, é uma “fonte de perigo”, resultando de tal norma, a posição de garante do seu detentor, que fica obrigado ao “dever especial de o vigiar, de forma a que este não ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais”.

O dever de garante existe quanto a qualquer animal de companhia (Art.º 6.º, do D.L. n.º 276/2001); como decorre, inclusivamente do art.º 502.º, do Código Civil, já analisado, bem como na diversa legislação (de cariz administrativa) que rege a circulação, contenção e guarda dos animais.

Quanto à **ação esperada**, esta consiste em evitar a lesão ou diminuir o risco de que o mesmo suceda, empreendendo todos os esforços necessários, mediante a escolha do meio adequado. Cumpre aqui chamar à atenção que, a falta de cumprimento da ação esperada pode constituir um mero *omittere* ou um *facere* que não satisfaça as exigências esperadas de diminuição de risco. Por exemplo, o senhor A (detentor do cão) que na eminência de um ataque a uma pessoa, abandona o local ou limita-se a chamar o animal em voz baixa ou tom não assertivo – apesar do *facere* (desadequado e insuficiente), verifica-se aqui, um comportamento comissivo por omissão.

No que concerne à **capacidade de ação**, esta deva ser apreciada *ex ante facto*, de acordo com as reais possibilidades do agente em intervir e desencadear voluntariamente o processo de salvaguarda do bem jurídico ameaçado. O afastamento fático retira, ou reduz, a capacidade de agir. Por exemplo, se o proprietário do animal estiver no estrangeiro e o animal fugir do hotel canino onde ficara alojado.

O último requisito da punibilidade da comissão por omissão respeita ao **nexo de imputação objetiva**, o qual se traduz na adequação hipotética da conduta omitida para evitar o resultado (art.º 10,º, n.º 1, do Código Penal).

No caso do proprietário do cão que abandona o local, ou que nada faz, realiza o tipo objetivo do crime de ofensas dolosas à integridade física de modo comissivo por omissão: omitiu a ação esperada, devida e de que era capaz – chamar o cão e tê-lo agarrado. Tal conduta era adequada a evitar o resultado, porque teria contribuído para diminuir o

perigo de lesão do bem jurídico, não se podendo afirmar que mesmo com tal comportamento lícito alternativo, o resultado ter-se-ia verificado, na mesma.

A medida do risco que é exigível que o garante suporte na ação defensiva, varia de acordo com as circunstâncias do caso concreto, entrando em linha de conta, o relevo do bem protegido, o eventual contributo deste (negligente) na criação do perigo, o seu dever profissional ou institucional de proteção de bens jurídicos.

2.2.3.4. Art.º 33.º-A - Detentor sob efeito de álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas

Preceito inovador (aditado em 2013), que *“prevê quem, ainda com negligência, circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, registando uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2g/l é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 360 dias”* (n.º 1). O n.º 2, refere que incorre na mesma pena, quem não estiver em condições de assegurar o seu dever de vigilância, por se encontrar sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou de produtos com efeitos análogos.

À semelhança da condução de veículos automóveis, a circulação com animais perigosos e potencialmente perigosos, representa uma fonte de perigo. O álcool e as substâncias psicotrópicas diminuem as capacidades e os reflexos dos “detentores”. Justifica-se, assim, esta incriminação.

Os detentores que se recusarem a serem sujeitos aos exames previstos na norma incorrem num crime de desobediência.

2.2.3.5. Art.º 137.º do Código Penal – Crime de Homicídio por Negligência

Muitos dos ataques de animais a pessoas, resultam na morte dos lesados. O Regime Jurídico dos Animais Perigosos, possuindo legislação penal própria, não incluiu, nem faria sentido incluir, norma específica para as situações em que ocorre a violação do bem jurídico supremo – a vida humana. Com efeito, o crime de homicídio (art.º 132.º do CP) é um “crime de forma livre”, o que significa que a descrição típica abrange qualquer ação suscetível de originar o evento típico. Nestes crimes, o tipo não determina o modo de cometimento do crime, sendo que a sua forma de execução não se encontra vinculada. Por absurdo, não faria sentido, o legislador discriminar todas as formas possíveis e imaginárias de tirar a vida a alguém, e, em especial a título negligente, já que nesta “sociedade do risco” em que vivemos, existem inúmeras fontes de perigo para a vida humana.

Podemos perspetivar a intervenção de animais, por duas vias: a título de dolo – o agente incita o animal a atacar a vítima, mordendo-o até à morte – art.º 131.º, n.º 1, do CP, por referência à al. h) do art.º 132.º, ambos do Código Penal; a título de negligência (por ação ou omissão), que

é a situação mais frequente – art.º 137.º, 1 ou 2, consoante a negligência seja grosseira ou não. No caso da negligência, valem aqui, todas as considerações quanto à violação de um dever objetivo de cuidado, e dos deveres dos detentores de animais.

Quanto ao que se deve entender por negligência grosseira, a doutrina e a jurisprudência não nos dão uma definição definitiva e segura. Contudo, podemos considerar, tal como refere FIGUEIREDO DIAS, no Comentário Conimbricense (p. 113, Tomo I), que negligência grosseira constitui um grau essencialmente aumentado ou expandido de negligência. Aqui podem colocar-se duas possibilidades: se tal caráter grosseiro constitui uma mera circunstância modificativa da moldura penal, uma forma de culpa, uma característica da atitude do agente ou uma graduação do ilícito em função do dever de cuidado violado.

Por exemplo, vislumbraríamos uma tal negligência grosseira, um detentor de um animal que conduz um cão num parque público, pela trela e com açaime, mas retira-os, para exercitar o canídeo, mas num local onde se encontra uma família com um bebé num carrinho, e o animal ataca o bebé, causando-lhe morte imediata. Numa tal situação, o agente revelaria uma atitude particularmente censurável de leviandade ou descuido, perante o comando jurídico-penal.

Também constitui negligência grosseira, o detentor de 4 cães rottweiler, que não cuidou de os manter fechados no canil que construiu para o efeito, deixando-os à solta, em liberdade, pela parte vedada da sua propriedade por um muro em tijolo e rede metálica em malha, com 2m de altura, de estrutura pouco forte, por onde os animais saíram, devido ao mau estado do arame, cujo desaparecimento não foi comunicado às autoridades, e que atacaram uma mulher, causando-lhe a morte¹⁹.

2.2.3.6. Delitos contra o Património

O delito de natureza patrimonial que, porventura se poderá colocar maior número de vezes, será o crime de dano. No entanto, outras intervenções de animais em delitos contra o património poder-se-ão colocar. Por exemplo, a utilização de animais amestrados, principalmente primatas, para subtrair bens a terceiros, que depois entregam ao seu dono/detentor.

Aliás, será ainda imaginável a situação de tais primatas chegarem a locais de difícil acesso, e vedados, designadamente no interior de residências, através de escalamento – o que constituiriam agravantes. Segundo Luís Ruiz Rodriguez²⁰, o papel dos animais amestrados, nos furtos, representam um simples mecanismo de execução da ação típica, e, portanto, o sujeito humano é o autor material do delito, cuja consumação não depende que o animal entregue o objeto à pessoa, mas que exista disponibilidade patrimonial do objeto por parte do autor, ainda que não o tenha em seu poder e esteja com o animal.

¹⁹ Acórdão do S.T.J. de 24/05/2011 (Proc. 167/07.7PBSNT.L1.S1 – Relator Armindo Monteiro, disponível em www.dgsi.pt.

²⁰ J.M. PÉREZ MONGUIÓ (coord.), “Los Animales como Agentes y Víctimas de Daños”, Cap. II - Posicion y tratamiento de los animales en el sistema penal, Bosch, Barcelona.

Para o mesmo autor, o escalamento por animais não será extensível ao agente humano, se entendermos que não existe, no caso de intervenção de animais, autoria mediata - pelo que não poderemos qualificar tal conduta como furto qualificado, mas simples. Se porventura admitirmos a autoria mediata, através do uso de animais, a conduta já poderá ser qualificada com as agravantes. O mesmo raciocínio se poderá fazer para o roubo (furto com violência ou coação). Atacar um indivíduo com um animal, para subtrair-lhe objetos, ou exercer intimidação com ameaça de ataque de animal, para conseguir a entrega da coisa, constituem atos de autoria direta – crime de roubo.

Quanto ao crime de dano, dir-se-á que partilham do mesmo problema de base que existe quanto aos crimes cometidos contra as pessoas: a imprevisibilidade do comportamento do animal, derivada da sua irracionalidade. Um caso polémico tem que ver com o pastoreio: o agente faz pastar, com conhecimento e intencionalidade, um rebanho de gado ovino numa plantação alheia, quando surgem os primeiros frutos de uma colheita anual. Para LUIS RUIZ RODRIGUES (op. citada), tratar-se-á de um crime de dano. Já para a jurisprudência nacional maioritária²¹ tal conduta, integrará o crime de furto. COSTA ANDRADE (Comentário Conimbricense ao Código Penal) refere, por sua vez que, tais condutas não preenchem o crime de dano, porque atingem a integridade física da coisa, não pondo em causa a sua função. Assim, não comete dano quem utiliza ou consome coisas (alimentos, combustível) de acordo com o seu destino ou função. Daí poder consubstanciar-se um crime de furto ou de abuso de confiança, conforme as circunstâncias do caso concreto. Assim, COSTA ANDRADE (op. citada, p. 218), entende que: «*não comete o crime de dano o pastor que apascenta o seu rebanho à custa das forragens de prado alheio. Na ausência de incriminação autónoma do pastoreio abusivo e arbitrário (...) também esta prática deve considerar-se impune à luz do direito penal positivo português*».

Embora constante do Título IV do Código Penal (Crimes contra a Sociedade), no capítulo III (Dos Crimes de Perigo Comum), o art.º 281.º (Perigo relativo a animais ou vegetais), também protege com a respetiva incriminação o bem jurídico “património de outrem”. Aliás trata-se da única norma incriminadora do Código Penal que se refere, expressamente a animais. O tipo objetivo consiste aqui, na difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos ou na manipulação, fabricação, produção, importação, armazenamento, colocação à venda e circulação de alimentos ou forragens destinados a animais domésticos alheios, tendo a ação típica a consequência adequada de criar uma situação de perigo de dano a número considerável de animais alheios, domésticos ou úteis ao homem, ou a culturas, plantações ou florestas alheios. É um crime que, do mesmo modo, pode ser praticado por ação ou omissão (neste último caso, quando se verifica a imposição de um dever de garante, como já se analisou). Pode ser cometido de forma dolosa (em qualquer modalidade), como de forma negligente, como ainda, através do cometimento doloso da conduta, com imputação negligente do perigo criado.

²¹ Ac. do STJ, de 14-03-1996, cit. pelo Prof. Costa Andrade; Ac. da Relação de Évora, de 15-11-1988 e de 06-11-1990 e da Relação do Porto, de 18-03-1998, publicados na Coletânea de Jurisprudência, ano de 1988, tomo V, página 279, ano de 1990, tomo V, página 273 e ano de 1998, tomo II, página 235.

IV. Síntese final

Fazendo uma síntese conclusiva, aproveitar-se-á para tecer algumas considerações gerais sobre práticas que podem ser adotadas na investigação destes crimes em que o agente do dano, é um animal.

Vimos que a primeira reação do Direito, quanto a esta temática, veio do Direito Civil, que instituiu uma responsabilidade subjetiva (culposa) e uma responsabilidade objetiva (pelo risco), sendo certo que a reposição do justo, por esta via, não conteve a ocorrência de ataques nem restaurou a tranquilidade e segurança da comunidade. Daí a necessidade de intervenção do Direito Penal. Do direito civil, receberam-se conceitos, e foi produzida dogmática útil para o tratamento penal do problema.

O Regime Jurídico analisado não veio criminalizar condutas novas (i. é, não tuteladas anteriormente pelo Direito Penal). Quanto a nós, o Código Penal, já facultava todos os tipos legais necessários para o exercício da ação penal, nos casos de ataques de animais a pessoas e bens. Contudo, tal Regime tem a virtualidade de ter clarificado conceitos, deveres e obrigações dos detentores, ou de terceiros, cuja violação os faz incorrer em responsabilidade contraordenacional e penal.

Ao Ministério Público enquanto “*instância formal de controlo do crime*”, no dizer de Figueiredo Dias (*in*, Criminologia, Coimbra, 1997), cabe a dedução de acusação ou de ordenar o arquivamento no processo penal. Nos termos do art.º 262º, n.º 1 do C.P.P. e art.º 1º, da L.O.I.C. (Lei n.º 49/2008, de 27/08), o **Inquérito**, enquanto atividade, corresponde à fase de investigação criminal que compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime; Determinar os seus agentes e a sua responsabilidade; Descobrir e recolher provas, em ordem à decisão sobre a acusação.

O inquérito constitui assim, um instrumento de investigação indispensável para se poder responsabilizar alguém pela prática de um crime. A sua finalidade essencial é preparar, através da prova indiciária recolhida, a decisão que o Ministério Público terá que proferir a final: convocar através de acusação, a intervenção do tribunal para julgamento, ou não o convocar, abstendo-se de acusar.

Quando o agente do dano, é um animal, normalmente um cão, pelo que interessa perceber se há ou não responsabilidade penal de uma pessoa (seja o seu detentor, o respetivo condutor, ou de um terceiro), isto é, se alguma conduta humana (por ação ou omissão), preenche qualquer um dos tipos legais de crimes, que analisámos, quer do DL 315/2009, de 29/10, quer do Código Penal.

A notícia do crime poderá chegar através de qualquer uma das entidades com poderes de fiscalização referidas no “Regime Jurídico de Animais Perigosos”, designadamente, por aquelas que têm competência para instruir os autos de contraordenação, as quais, estão obrigadas a remeter o processo ao Ministério Público, sempre que considerem que a infração constitui um crime (art.º 35º DL).

Ademais o DL 315/2009, de 29/10, contém no seu art.º 14.º, os procedimentos que devem ser adotados nos casos de ataques por animais. Devemos reter o n.º 2, que implica que, caso ainda não tenham sido comunicadas ao médico veterinário a ocorrência de ofensas causadas por animal ao corpo ou saúde de pessoas, e se tal notícia do evento, chegar primeiro ao Ministério Público, deve ser este a efetuar tal comunicação, para efeitos de recolha do animal.

Em termos de diligências de investigação, para além das diligências habituais, em qualquer fase de inquérito, designadamente, inquirição de testemunhas, constituição e interrogatório dos sujeitos sobre quem recaia fundada suspeita, como arguidos, haverá que ponderar, a eventual necessidade, ponderar outras, mais específicas. Por exemplo, a necessidade de o magistrado se deslocar ao local onde o ataque se deu, e em especial, perceber o espaço físico em que o animal vivia e como estava acondicionado, para perceber se o animal agressor, vivia dentro das condições legalmente prescritas, ou não, como se terá dado o ataque – nos termos do art.º 171.º do CPP (exame ao local), ou porventura, através da “reconstituição do facto”, nos termos do art.º 150.º do CPP.

O Ministério Público, deve ter o cuidado de verificar se, para além das obrigações gerais estabelecidas no Regime Jurídico de Detenção de Animais Perigosos, existem regulamentos municipais, a estabelecer condições de circulação e permanência de animais, especiais, de forma a perceber se existem alterações ao regime geral de circulação do DL 315/2009, de 29/10.

Tratando-se da investigação de crimes que afetam o corpo, a saúde ou até a vida, será necessária a realização de prova pericial, designadamente de avaliação de dano corporal em direito penal, e em caso de morte, autópsia médico-legal. Aqui, não haverá grandes diferenças para os idênticos crimes, em que não intervenham animais.

Contudo, poderá haver necessidade de ponderar a realização de outras perícias. Por exemplo, num caso em que tenha havido necessidade de abater mais do que um animal, e haver dúvidas de qual atacou e/ou provocou a morte da vítima, poderá ser determinada uma necrópsia ao animal. Ademais, sempre que necessário e possível, no âmbito do inquérito, o procurador titular do mesmo, deverá socorrer-se de veterinários e técnicos, que, no âmbito de perícias (art.º 151º e ss. do CPP), o auxiliem a perceber e a valorar, no caso concreto, os atos dos animais, a personalidade deste (até porque a perigosidade de cães não previstos na Portaria 422/2004. De 24/04, deve ser factualmente concretizada), bem como para o apuro de raças, ou cruzamento destas, em caso de dúvida e falta de certificação, tudo nos termos do art.º 155.º do CPP.

Independentemente das normas respeitantes ao destino do animal agressor, constantes do Regime Jurídico analisado, certo é igualmente que o mesmo constitui meio de prova, devendo ser apreendido, quando necessário. Ora, enquanto o Ministério Público, não abdicar do animal enquanto meio de prova, ao abrigo do art.º 186.º do Código Penal, parece-nos que o abate por decisão do médico veterinário municipal não pode ser decidido. Neste sentido, vide a ata de reunião n.º 1/12 de 11/07/2012, da Procuradoria da Amadora (Comarca de Grande Lisboa-Noroeste), disponível no SIMP, e que versou sobre as dificuldades de aplicação do DL

315/2009 de 29/10. Em tal ata, definiu-se como boa prática, em conjugação com os médicos veterinários o seguinte: “Estando a correr inquérito há que previamente perguntar ao magistrado titular se para efeitos de prova há algum inconveniente no abate do animal. Se for considerado necessário o animal vivo para efeitos de prova, deve o mesmo ser apreendido à ordem do inquérito, nos termos do processo penal”.

Da referida ata, retiramos, ainda, que no caso de ofensas à integridade física por negligência, se as mesmas não forem graves, cai-se na previsão do art.º 148.º do CP. Aqui o ilícito reveste natureza semipública, pelo que se o ofendido não manifestou, desde logo, vontade de apresentar queixa, deve o mesmo ser informado nos termos e para os efeitos do art.º 247.º, n.º 2, do CPP.

Por outro lado, não tendo havido queixa ou ocorrendo a desistência da mesma, as ofensas à integridade física simples por negligência, integram a previsão do art.º 38.º, al. r), constituindo, assim, uma contraordenação, a qual deve ser remetida à autoridade competente nos termos do DL 315/2009, de 29/10. Quanto a animais de companhia que não caibam na classificação de animais perigosos, ou potencialmente perigosos, aplica-se o regime consagrado no DL 276/2001, de 17/10.

Uma última nota, para referir que alguns dos tipos legais de crime que analisamos, e no seguimento da Diretiva 1/14 da PGR, de 15/01, devem ser privilegiadas no tratamento da pequena criminalidade, as soluções de consenso, pelo que o magistrado do Ministério Público, quando possível deverá abrir mão dos institutos de Suspensão Provisória do Processo (art.º 281º do CPP) e da utilização do processo sumaríssimo (art.ºs 392.º e ss. do CPP).

Um inquérito penal, relativamente a ataques de animais, particularmente a pessoas, constitui uma situação de fronteira entre responsabilidade penal, ou meramente civil, e cujas diferenças são muito ténues. Não obstante existir um resultado típico, para além da conduta humana, intervém outro ser vivo – com um grau de autonomia próprio e que constitui, ele mesmo, uma fonte de perigo imprevisível - o que torna a missão do Ministério Público, porventura mais difícil no sentido de “acusar ou arquivar”, mas que é, seguramente, mais desafiante.

V. Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Fernando, A Hora dos Direitos dos Animais, Coimbra, Almedina, Abril de 2003, 379 páginas.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal Português – As consequências jurídicas do crime, Lisboa, Aequitas, Ed. Notícias, 1993, 737 páginas.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomos I e II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa, Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena, 2ª Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, 573 páginas.

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, BRANCO, José (org.), Comentário das Leis Penais Extravagantes, Lisboa, Universidade Católica Editora, Novembro de 2010, 904 páginas – Plácido Conde Fernandes (p. 275-320).
- MONGUIÓ, J.M. Pérez, RODRÍGUEZ, L.R. Ruiz e GONZÁLEZ, M.P. Sánchez, Los animales como agentes y víctimas de daños, 1ª Edição, Barcelona, Editorial Bosch, Fevereiro de 2008, 375 páginas.
- LEITE, Fátima Correia, NASCIMENTO, Esmeralda, Regime Jurídico dos Animais de Companhia, Livraria Almedina - Coimbra, Maio de 2004, 208 páginas.
- NETO, Abílio, Código Civil Anotado, 18ª Edição, Almedina, Coimbra, Janeiro de 2013, 1658 páginas.

V. Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

30º Curso - Apresentação de Trabalhos Temáticos

Condução de animais

Grupo 6

Sala de vídeo do Centro de Estudos Judiciários, 27.05.2014 15:30

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw1na/flash.html>

CONDUÇÃO DE ANIMAIS. RESPONSABILIDADE PENAL DO CONDUTOR/DONO/TERCEIRO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Carolina Sousa Dias*

I. Introdução. II. Objetivos. III. Resumo.

1. A Condução de Animais: os crimes contra as pessoas; 1.1. Evolução Legislativa; 1.2. O Decreto-Lei n.º 315/2009 de 29/10; 1.2.1. Âmbito de Aplicação da Lei; 1.2.2. O Tipo Legal do Artigo 31.º: lutas entre animais; 1.2.3. O Tipo Legal do Artigo 33.º – A: o preceito inovador; 1.2.4. O Tipo Legal do Artigo 32.º: Ofensas dolosas; 1.2.5. O Tipo Legal do Artigo 33.º versus ofensas simples; 1.2.6. A Aplicação Subsidiária do Código Penal e o Crime de Homicídio; 1.3. A Ofensa Dolosa aos Bens Jurídicos; 1.4. A Ofensa Negligente aos Bens Jurídicos; 1.5. Crime Comissivo/Omissivo; 1.6. A Adequação do Resultado à Conduta; 1.7. Responsabilidade Criminal de Terceiro; 1.8. Situações Típicas na Jurisprudência; 1.9. Prática e Gestão do Inquérito.

2. A Condução de Animais: os crimes contra o património; 2.1. Os Tipos Legais Comuns e a Sua Tutela; 2.1.2. O Crime de Dano; 2.2. Prática e Gestão do Inquérito.

3. A Condução de Animais: os crimes contra a vida em sociedade; 3.1. Situações Típicas; 3.1.1. O Tipo Legal previsto no artigo 290.º do Código Penal; 3.1.2. Os Tipos Legais dos Artigos 291.º e 292.º do Código Penal; 3.2. Prática e Gestão do Inquérito: Breves Notas.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. V. Vídeo

I. Introdução

O presente trabalho oferece uma reflexão sobre a problemática da responsabilidade criminal emergente, num contexto de condução e vigilância de animais.

Nos últimos tempos, muito se tem noticiado sobre ataques perpetrados por animais a pessoas particularmente indefesas, os quais se encontram associados, sobretudo, a canídeos e, em especial, a determinadas raças, dando azo a que o legislador viesse introduzir instrumentos jurídicos inovadores e de extrema relevância, no nosso ordenamento jurídico, a fim de tutelar tais situações que tanto alarido social têm causado.

II. Objetivos

O presente guia procura servir de itinerário aos profissionais do direito sobre a legislação e tipos legais de crimes associados à ilicitude decorrente da atuação animal, alertando para as exigências legais que se impõe ao proprietário, ao condutor e, eventualmente, a terceiro.

Assim, começaremos por fazer uma contextualização ao nível legislativo, com as principais inovações recentemente introduzidas, passando, ulteriormente, por tratar, de forma individual e concreta, cada tipo de crime suscetível de ser preenchido no quadro de um comportamento

* Nota do autor: Pelos contributos dados para o desenvolvimento da presente obra, um especial agradecimento a: Dra. Salena Carvalho, Procuradora-Adjunta; Dr. António Ventinhas, Procurador-Adjunto; Dr. João Paulo Fernandes, Procurador-Adjunto.

animal, ao nível da ação, omissão, dolo e negligência, com particular enfoque sobre o plano causal.

Mais se procederá ao encaminhamento do utilizador pelos casos típicos tratados pela nossa jurisprudência e prática judiciária no contexto da gestão do inquérito.

III. Resumo

O Decreto-lei n.º 315/2009, de 29/10, trouxe importantes inovações, no que se refere ao manuseamento e detenção de animais.

O crescente número de casos de ofensas graves à integridade física e de morte de pessoas, associadas a ataques caninos, trouxe para o centro da discussão a urgência em estabelecer requisitos exigentes para o manuseamento e detenção de certos animais, cuja etiologia apresenta uma maior perigosidade.

Por conseguinte, o diploma citado veio complementar o quadro normativo já existente, procurando minimizar o potencial de risco associado a tal detenção.

O legislador, porém, não ficou por aqui, vindo a criar tipos legais de crime, autónomos e inovadores, a fim de conceder tutela aos bens jurídicos ameaçados ou lesados por atuações animais, numa relação de especialidade em face do quadro normativo geral instituído no Código Penal.

Não se pense, porém, que apesar daquela lei se dirigir, em especial, a animais perigosos e potencialmente perigosos, o legislador quis deixar de fora das incriminações, os demais animais. Com efeito, a punição é, na sua maioria, extensiva aos demais casos de ofensas perpetradas por animais, independentemente do seu prévio estatuto de especial perigosidade.

Trataremos, pois, de todos os tipos legais que emergem, ora do referido normativo, ora na lei geral, esclarecendo sobre as particularidades casuísticas de situações com tratamento jurisprudencial, mais se abordando o quadro de atuação do Ministério Público, no âmbito de inquérito em que tais crimes estejam em investigação.

1. A Condução de Animais: os crimes contra as pessoas

1.1. Evolução Legislativa

A racionalidade separa o homem do animal, daí que a sua falta seja determinante da existência ou não de uma esfera de direitos e obrigações.

Tal como nos diz António Pereira da Costa, *“...a razão é um atributo que separa uns dos outros, constituindo a sua falta o motivo porque aqueles não são capazes de direitos e obrigações,*

dado que lhes falta a noção do bem, do justo e do conveniente, não lhes podem ser impostos os preceitos da lei, para que seja por eles obedecida e observada.”¹

Esta é, contudo, uma visão atual e ocidental sobre a matéria, nem sempre tendo havido tal entendimento. Com efeito, a história relata-nos alguns casos em que animais foram julgados pela prática de crimes, como se entre eles e o homem não houvesse particular distinção.²

Em 1906, na Suíça, dois homens foram condenados à prisão perpétua e um cão à pena de morte, por terem praticado os três, em co-autoria, um crime de homicídio.

Já no século XX, precisamente, em 1990, o tribunal de “New Jersey”, nos E.U.A, foi protagonista de uma condenação surpreendente, ao ter, numa primeira fase, condenado à pena de morte um cão da raça “aikita”, por ter atacado e quase causado a morte a uma criança. O caso foi polémico, tendo levado a manifestações no sentido do indulto, pressões de governos estrangeiros e a mobilização de figuras públicas americanas. Como consequência desta onda de protesto, o animal foi indultado, com a condição de ser expulso do referido Estado e proibido de regressar.

Relativamente à evolução do direito em matéria de animais, é importante destacar o reconhecimento cristalizado na Declaração Universal dos Direitos do Animal proclamada, em Paris, em 1978, numa clara apologia aos ensinamentos de Gandhi, de que o grau de desenvolvimento de uma sociedade poderá aferir-se pela forma como trata os animais.

Cumpram, porém, deixar sublinhado, que antes mesmo da positivação, a nível mundial, de tais direitos, Portugal tinha já uma longa história, neste campo. Portugal foi pioneiro na consagração de instrumentos legais de proteção dos animais, conhecendo-se legislação contra maus tratos, desde o século XIX.³

A nível comunitário oferece destaque, por sua vez, o surgimento da Convenção Europeia Para Proteção dos Animais de Companhia, de que Portugal faz parte e que passou a integrar a ordem interna com o Decreto-Lei n.º 13/93, de 13/04, vindo a convenção a ser regulamentada com o Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17/10.

Numa primeira fase, após o surgimento deste último diploma, as preocupações do legislador nacional eram, essencialmente, de carácter sócio-sanitário, procurando estabelecer regras no tratamento dos animais, não só para dar expressão aos seus direitos, mas de forma a controlar as zoonoses e epidemias, mais procurando, a sua identificação e controlo.

Surgiram, então, diplomas, como a Portaria 1427/2001 de 15/12, entretanto revogada pela Portaria 421/2004, de 24/04; a Portaria 81/2002, revogada pela Portaria 264/2013, de 16/08;

¹ COSTA, António Pereira, *Dos Animais (O Direito e os Direitos)*, Coimbra Editora, 1998. p. 9

² *Ibidem*, p. 10

³ Com efeito, o Regulamento Geral de Saúde Pecuária, Polícia Higiénica e Sanitária dos Animais, de 7 de Fevereiro de 1889, previa a pena de multa ou prisão de 1 a 5 dias, para quem, em lugares públicos, infligisse maus tratos a animais domésticos.

o Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17/12 e o Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17/12, ambos em vigor, e a Portaria 421/2004, de 24/04, igualmente vigente.

Paulatinamente, a tónica do legislador passou a incidir sobre questões de segurança, sobretudo, atendendo aos crescentes casos de ataques de canídeos a pessoas e com particular destaque para determinados tipos de raças. Pelo que, e sem prejuízo das disposições que a esse nível tinham já sido previstas em diplomas, como o Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17/10, é a partir dos seguintes, que se denota que a perigosidade dos animais passa a ser uma questão central: Decreto-Lei n.º 312/2003, de 17/12; Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17/12; Portaria n.º 422/2004, de 24/04; Portaria n.º 585/2004, de 29/05; Decreto-Lei n.º 49/2007, de 31/08 e Despacho n.º 10819/2008, de 14/7/04.

Atualmente em vigor e com especial relevância, encontram-se os seguintes: Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17/10 (Aplicação interna da Convenção Europeia); Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17/12 (Sistema de registo de caninos e felinos); Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17/12 (Institui normas de combate à epidemiologia da raiva); Portaria n.º 421/2004, de 24/04 (Registo, classificação e licenciamento de animais); Portaria n.º 422/2004, de 24/04 (Estabelece as raças de cães potencialmente perigosas); Lei n.º 82/2009, de 21/08 (autorização legislativa para o governo criminalizar determinadas condutas, o que culminou no **Decreto-Lei n.º 315/2009 de 29/10**).

1.2 O Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10

Este diploma aprovou o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos enquanto animais de companhia, vindo a desenvolver e substituir o anterior regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 312/2003, de 17/12, o qual revogou.

A preocupação inserta no diploma prende-se, na sua essencialidade, com os canídeos, uma vez que são estes os atores principais da pluralidade de ofensas à integridade física que se vêm sucedendo, e de alguns casos de morte, reconhecendo que tais ofensas, mais do que consequência das próprias características genéticas da raça, são devidas às condições de vida a que o animal está sujeito.

Foram, assim, introduzidas medidas exigentes, dirigidas, em especial, à detenção e maneo de animais perigosos e potencialmente perigosos, desde logo, os canídeos das raças consideradas legalmente como tal - Cão de fila brasileiro, Dogue argentino, Pit bull terrier, Rottweiler, Staffordshire terrier americano, Staffordshire bull terrier e Tosa Inu (Portaria n.º 422/2004, de 24/04).

A detenção destes animais exige a observância de requisitos exigentes - como decorre do artigo 5.º, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 25/10 - mais se exigindo um especial dever de vigilância, que se impõe como necessário, de forma a afastar possíveis ofensas aos bens

jurídicos pessoais e ao património (artigo 11.º), assim como um reforço dos alojamentos, tal como previsto no artigo 12.º, n.º 2.

De salientar, a especial relevância da norma prevista no artigo 13.º do presente diploma, a qual determina, no seu n.º 2, a obrigatoriedade de uso de meios de contenção adequados quando os animais tenham de circular na via pública, em especial os cães, os quais devem ser conduzidos à trela com um máximo de um metro de comprimento e ser portadores de açaímo funcional.

Esta norma é específica para os cães perigosos ou de raça “potencialmente perigosa”, em razão do especial risco inerente, pois, em termos gerais, o uso de açaímo poderá ser preterido, quando o animal (cão) é conduzido à trela – conforme prevê o artigo 7.º, n.º 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17/12. Também o dever de vigilância previsto, em especial, nesta lei, encontra correspondência com um dever geral instituído, por força do artigo 6.º, do Decreto-Lei n.º 276/2001, de 17/10 e, ainda, nos termos gerais da lei civil, conforme dispõe o artigo 493.º, do Código Civil.

1.2.1. Âmbito de Aplicação da Lei

Interessa ter atenção que o regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 315/2009 de 29/10, ainda que vocacionado, na sua disciplina, para as situações de detenção de animais tidos como “perigosos” ou “potencialmente perigosos”, nos quais se incluem, desde logo, por força da lei, os cães das raças constantes na Portaria n.º 422/2004 de 24/04, a verdade é que, no âmbito dos ilícitos criminais aí previstos, com exceção dos tipos que o artigo 33.º A encerra, e os quais a própria previsão normativa refere, de forma expressa, que o animal em causa terá de ser perigoso ou potencialmente perigoso – o que nos conduz para a definição do artigo 3.º, alíneas b) e c) – todos os demais (31.º, 32.º, 33.º) e contra-ordenação do artigo 38.º n.º 1, alínea r), têm aplicação geral a todos os animais de companhia.⁴

Conforme nos diz Plácido Conde Fernandes,⁵ *“a motivação da incriminação não pressupõe (...) que o animal se inclua numa das raças de cães classificadas como potencialmente perigosas, pois a norma presume que, no decurso da agressão, a perigosidade [seja] revelada ou potenciada (...) o que tem apoio no texto legal, no preâmbulo do diploma e na discussão parlamentar [que esteve na base do regime].”*⁶

⁴ Excluídos do âmbito desta norma encontram-se os animais das Forças Armadas e das forças de segurança e emergência do Estado, conforme decorre do artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10, das quais não fazem parte – artigo 25.º, da Lei n.º 53/2008 de 29/98 - os animais da Guarda Florestal, Polícia Municipal ou Guarda Prisional.

⁵ FERNANDES, Plácido Conde, Comentário das Leis Penais Extravagantes, Org. Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, 1.º Edição, Univ. Católica, 2010, p. 295.

⁶ De acordo com a Discussão Parlamentar na Generalidade, da Proposta de Lei n.º 224/X em DAR, I Série, n.º 23, de 6 de dezembro de 2008, apud FERNANDES, Plácido Conde, op cit, p.279, a criminalização não visa incidir sobre determinada espécie animal ou raça de cão, mas antes punir a utilização que as pessoas fazem deles, em geral. Obviamente, que a ratio do diploma assentou sobre o crescente número de casos de ataque de canídeos de raças potencialmente perigosas, prevendo o mesmo, normas apertadas para o tratamento dos mesmos. Contudo, os tipos legais insertos no diploma, ainda que a sua inserção sistemática seja duvidosa,

Mais refere o autor que *“a distinção seria materialmente desconforme ao princípio constitucional da igualdade (...) [sendo inconcebíveis] quaisquer razões axiológico-constitucionais para distinguir o dano na integridade física provocado por animal perigoso ou potencialmente perigoso, daquele que o seja por qualquer outro animal.”*⁷

Por conseguinte, a partir da entrada em vigor do diploma referido, em 01/01/2010, as ofensas perpetradas por animais de companhia passam a ser punidas ao abrigo deste diploma, em clara preterição, por razões de especialidade, dos normativos gerais do Código Penal – sem prejuízo, no entanto, do que for de aplicar em termos subsidiários.

1.2.2. O Tipo Legal do Artigo 31.º: lutas entre animais

Não sendo, contudo, um aspeto essencial do nosso estudo, uma vez que o tema se circunscreve à condução de animais, não podemos deixar de frisar o carácter inovador deste tipo legal. Vem-se, assim, a punir, quem promove, por qualquer forma, a realização de lutas entre animais, incluindo, neste âmbito, os que organizam, divulgam, vendem ingressos, fornecem instalações ou prestam auxílio à sua realização, sendo aplicável pena de prisão até três anos ou pena de multa. Já quem participa, tão só, no evento, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa. A tentativa, em qualquer dos casos, é punível.

1.2.3 O Tipo Legal do Artigo 33.º - A : o preceito inovador

Outro preceito inovador resulta do artigo 33.º-A, cujo aditamento ao diploma sucedeu por força da Lei n.º 46/2013, de 4/07, e que vem criminalizar a conduta de quem circula, ainda que a título negligente, na via pública ou em espaços comuns, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, e só com este, com taxa de álcool no sangue superior a 1,2 g/l. Na mesma pena incorre, quem, na situação acima descrita, estiver, ao invés, sob influência de estupefacientes ou análogos, não estando em condições de assegurar a vigilância dos animais.

Em ambos os casos estamos perante crimes de perigo abstrato e de mera atividade, os quais que procuram proteger a vida e a integridade física, através de uma tutela prévia. Trata-se da punição de uma atuação, tida como especialmente perigosa, e não um determinado resultado, embora a ratio subjacente seja a de evitar a concretização de um perigo latente. Tratam-se de crimes com similitude aos previstos no artigo 292.º do Código Penal, podendo-se equiparar a

não se dirigem, tão só, a animais perigosos ou potencialmente perigosos, mas a todos os animais de companhia.

Por sua vez, Fernanda Palma, no Parecer do Conselho Superior do Ministério Público relativo à Proposta de Lei n.º 224/X, apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, DAR, II Série A, n.º 149, de 4/07/2009, p. 7-9, apud FERNANDES, Plácido Conde, op. cit, p. 278, refere, a propósito da criminalização da luta entre animais, que a mesma tem como propósito o de dirigir a tutela jurídica de forma antecipada, para práticas e comportamentos que potenciam a perigosidade dos animais e que poderão dar azo a situações de perigo para os bens jurídicos pessoais, o que se impõe, dado o alarme social emergente de casos que se vêm sucedendo. Também este tipo de crime se estende a qualquer animal.

⁷ Cfr. FERNANDES, Plácido Conde, op. cit 295-296.

condução de animal “perigoso” ou “potencialmente perigoso” à condução de veículo em estado de embriaguez ou sob influência de estupefacientes.

Os tipos inclusos neste artigo 33.º - A são, no entanto, consumidos pelos tipos legais que punem a lesão efetiva dos bens jurídicos, por serem estes mais graves – ofensa à integridade física e homicídio - sendo intolerante um concurso efetivo, na medida em que, “a contrario”, estar-se-ia a permitir a dupla valoração do consumo de álcool ou da influência estupefaciente, designadamente, por um lado, a punição por circular com animal em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacientes e, por outro, a punição pela ofensa à vida ou integridade física, em que tais circunstâncias são valoradas sob o prisma da violação do dever de cuidado, em clara ofensa ao princípio “ne bis in idem”.

Temos, pois, uma consunção impura, em que o facto posterior absorve o facto anterior menos grave. O crime de resultado absorve o crime de perigo.

O problema sucede com a consumação de uma ofensa negligente leve, a qual a lei pune, não a título de crime, mas como contraordenação. Ora, neste caso, parece-nos ser de ocorrer uma consunção pura, em que o facto anterior absorve o facto posterior. Como não podemos valorar duplamente a circunstância da condução do animal sob influência de álcool com taxa superior a 1,2 g/l ou estupefacientes, e como quis o legislador valorar mais intensamente o desvalor da ação ínsito à norma do artigo 33.º -A em detrimento do desvalor do resultado subjacente à contraordenação do artigo 38.º, n.º 1, alínea r), será, pois, de dar prevalência aos tipos previstos no artigo 33.º-A. Contudo, sendo uma norma recente, introduzida pela Lei n.º 46/2013, de 4/07, ainda muito haverá a discorrer sobre tal.

Saliente-se que, para se aferir da influência do álcool e das substâncias citadas, nos termos do artigo 33-A é necessária a submissão do agente aos respetivos testes e exames, o que deverá suceder de forma voluntária, precavendo-se a lei, com a cominação do crime de desobediência, em caso de recusa, conforme prevê o n.º 9, e que encontra expressão na alínea a) do n.º 1 do artigo 348.º do código Penal.

1.2.4. O Tipo Legal do Artigo 32.º: Ofensas dolosas

O presente Decreto-Lei veio, também, consagrar a previsão, em tipos legais autónomos e distintos, as ofensas à integridade física perpetradas por animais, os quais se encontram numa relação de especialidade, em face dos tipos previstos no Código Penal.

Como nos diz Paulo Pinto de Albuquerque, a relação de especialidade surge quando duas normas se encontram numa *“relação de género e espécie, ou seja, quando duas normas têm os mesmos elementos típicos, mas uma delas apresenta ainda outros elementos distintivos que a particularizam”*.⁸

⁸ Albuquerque, Paulo Pinto, Comentário do Código Penal, à luz da Constituição e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª ed, Univ. Católica, 2009, p. 155.

A existência de lei penal especial é umas das circunstâncias determinativas da existência de uma relação de especialidade entre os tipos legais nela previstos e a lei geral – Código Penal. Temos, assim, o artigo 32.º, o qual prevê o tipo de ofensas à integridade física dolosas, simples (n.º 1) e graves (n.º 2), em que as molduras penais respetivas são idênticas às constantes no artigo 143.º e 144.º, do Código Penal, com a *nuance* de se prever, naquele, a punição da tentativa, na forma simples, e de o crime, em qualquer das formas, revestir natureza pública – em obediência ao princípio da oficialidade - não sendo necessário, ao contrário do que prevê o n.º 2 do artigo 143.º do Código Penal, a apresentação de queixa pelo seu titular – isto mesmo emerge da própria interpretação do artigo 35.º desta lei especial.

Constatamos, ainda, a não previsão de dispensa de pena, ao contrário do que sucede com o tipo homónimo, previsto no Código Penal.

Mais se observe, que esta lei não prevê, ao contrário do constante no artigo 144.º do Código Penal, quais as situações que, em função do desvalor do resultado, sejam suscetíveis de ser enquadradas nas ofensas simples e nas ofensas graves. Entendemos, porém, e é esta a única interpretação que se crê admissível, que as circunstâncias suscetíveis de ser enquadradas num ou noutro caso, serão determinadas por referência às várias alíneas do artigo 144.º do Código Penal, cuja aplicação subsidiária é permitida pelo artigo 34.º deste diploma especial.

Tratar-se-á, pois, de norma penal em branco, que exige a complementação ou esclarecimento de outro normativo para perceção do seu alcance.

Também as circunstâncias qualificativas, previstas no artigo 145.º, do Código Penal, deverão considera-se aqui aplicáveis, em termos subsidiários.

1.2.5. O Tipo Legal do Artigo 33.º versus ofensas simples

Interesse particular reveste a prática de ofensas à integridade física por negligência, as quais consubstanciam a maior parte das infrações criminais que vêm sucedendo.

Com efeito, o artigo 148.º do Código Penal prevê a punição da ofensa negligente, com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 120 dias, para as ofensas simples (n.º 1), e até dois anos ou multa até 240 dias, no caso de ofensas graves (n.º 2). Uma vez mais constatamos que a medida da pena se encontra escalonada em função do desvalor do resultado.

Já o artigo 33.º, do Decreto-lei n.º 315/2009, de 29/10, prevê a criminalização da conduta negligente grave, com pena idêntica à prevista no n.º 3 do artigo 148.º do CP, sem, contudo, prever a possibilidade de dispensa de pena e de dedução de queixa como necessário impulso do procedimento criminal.

Quando tais ofensas sejam apenas simples, quis o legislador que as mesmas não revestissem dignidade penal e, por conseguinte, viessem a ser punidas como ilícito administrativo, gerador

de contra-ordenação, punível ao abrigo do disposto na alínea r) do n.º 1 do artigo 38.º deste diploma.

Não obstante a punição a título contraordenacional, a verdade é que, neste caso, a tentativa é também punível (artigo 38.º n.º 2), mais se salientando, neste âmbito, a impossibilidade de se alcançar uma desistência de queixa, como sucederia com o artigo 148.º do Código Penal.

Como anteriormente explicitamos, o Decreto-lei n.º 315/2009 de 29/10 encontra-se numa relação de especialidade em face do Código Penal, prevalecendo sobre o mesmo em tudo o que se ache com ele incompatível, visão que não é, em determinados pontos concretos, partilhada por Conde Fernandes.

Entende o mesmo autor⁹, que esta degradação da punição das ofensas simples negligentes em contraordenação, só sucederá quando não haja apresentação de queixa por parte do titular, mantendo-se, quando esta tenha lugar, a punição a título de crime, nos termos do artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal. Ora, pelas razões expostas, não parece ser esta a “ratio” da norma, não sendo este o entendimento que tem vindo a ser defendido e aplicado pela jurisprudência – ainda que limitada – que se tem debruçado sobre estes casos.¹⁰

A previsão da aplicação subsidiária do Código Penal não contraria os preceitos que, em especial, se encontram previstos, apenas sendo de recorrer à lei geral, quando a matéria não se encontre especialmente regulada. No caso das ofensas simples, negligentes, a punição será sempre feita a título contraordenacional, sem exigência de qualquer impulso do ofendido.

1.2.6. A Aplicação Subsidiária do Código Penal e o Crime de Homicídio

Sendo as ofensas à integridade física o ilícito mais comum, não podemos descurar, contudo, a ocorrência de situações trágicas de homicídio, que normalmente estão associadas aos canídeos de raças consideradas “potencialmente perigosas” ou seus cruzamentos com outras raças, nos termos da Portaria n.º 422/2004 de 24/04.

Relativamente ao crime de homicídio, permanecem aplicáveis as disposições do Código Penal, uma vez que não há previsibilidade de tipo especial, ao abrigo desta lei, sendo de admitir tanto o homicídio simples, como a observância de qualquer circunstância qualificativa, indicada no artigo 132.º do Código Penal. Observe-se, porém, que as situações de homicídio típicas que têm sucedido, enquadram-se no tipo legal do homicídio por negligência, ao abrigo do artigo 137.º do Código Penal.

1.3. A Ofensa Dolosa aos Bens Jurídicos

⁹ Cfr. Plácido Conde Fernandes, op. cit., p. 318.

¹⁰ Vide, Acórdão da Relação de Évora de 05/06/2012, proc. n.º 193/10.9GACTX.E1, relator Carlos Berguete Coelho, in dgsi – www.dgsi.pt.

As ofensas perpetradas à integridade física ou à vida das pessoas poderão ser cometidas com dolo ou negligência.

As condutas dolosas, por ação ou omissão, são menos frequentes do que as negligentes, reconduzindo-se a situações de incitamento (*lato sensu*, conforme é intenção do tipo), em que aquele que tem o domínio sobre o animal provoca-o ou favorece o ataque a outrem, beneficiando da perigosidade latente do animal.

Ora, nos termos do artigo 14.º do Código Penal, “*age com dolo [direto] quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, atuar com a intenção de o realizar*”. Temos, pois, uma ação ou omissão dirigida à concretização de um resultado pretendido.

O cometimento do crime poderá ter lugar com qualquer animal, não só com cães e gatos, mas, também, com outros, inclusivamente, os de maior porte - senão pense-se na ação do cavaleiro que cavalga intencionalmente em direção a outrem e faz projetar o animal contra pessoa, causando-lhe a morte ou ofensas graves à saúde física.

As situações, porém, mais frequentes, com que nos deparamos, normalmente têm lugar com canídeos, sobretudo com aqueles cuja raça é considerada “potencialmente perigosa”, com grande propensão para o ataque, e que respondem de forma fácil e efetiva ao incitamento de quem o conduz.

Em tais atuações, e porque o animal não é suscetível de responsabilidade criminal, uma vez que não é sujeito de direitos, a responsabilidade recai, tão só, sobre aquele que em dado momento tem o controlo do animal. Aquele que se encontra em posição de assumir e determinar a ocorrência, seja ou não proprietário. O agente só poderá ser um, aquele que realiza a ação típica de incitamento, aquele que provoca, instiga, favorece a atuação do animal, podendo ser qualquer pessoa, designadamente, o condutor do animal, o que poderá suceder com o resultado morte ou, tão só, ofensas físicas.

Temos, ainda, a atuação daquele que determina outrem a proceder ao incitamento, na medida em que este não possa ou não seja capaz de se autodeterminar, por se tratar de pessoa coagida, induzida em erro relevante, criança incapaz de valorar a sua atuação, portador de anomalia psíquica, os quais, naturalmente, não são responsáveis pelo resultado da sua ação, mas sim quem da mesma foi autor mediato, conforme alude o artigo 26.º do Código Penal.

1.4. A Ofensa Negligente aos Bens Jurídicos

A maior parte dos casos com que nos deparamos nos nossos tribunais têm lugar por ação negligente dos respetivos proprietários ou responsáveis pela vigilância do animal e, na sua maior parte, em comissão por omissão.

Ora, de acordo com o artigo 15.º do Código Penal, “*age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz (...)*”

representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização; ou (...) não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.”

A definição de negligência empregada pelo legislador português representa o repositório de uma larga e profunda elaboração doutrinal, sendo que, para a maioria, a negligência reúne elementos de ilícito e de culpa.¹¹ Por conseguinte, nos crimes negligentes, teremos de atender, por um lado, à violação do cuidado objetivo e à previsibilidade objetiva da realização típica (plano do ilícito), e por outro, ao dever subjetivo de cuidado e à previsibilidade individual da realização típica (plano da culpa).

Relativamente ao primeiro, será de imputar ao agente a lesão do bem jurídico sempre que esta surgir como consequência previsível e normal da violação de um dever de cuidado. Nestes termos, a ofensa à integridade física ou a morte não serão de imputar, neste plano, quando o agente, com a sua conduta, não criou, não assumiu, ou não potenciou um perigo típico para a saúde ou vida da vítima.¹²

A violação do dever de cuidado concretiza-se na omissão de normas de cuidado da mais diversa ordem, sejam elas legais, regulamentares, profissionais ou da experiência comum. A violação das mesmas poderá indiciar o preenchimento do tipo de ilícito, embora não possa, em caso algum, ser o único critério a fundamentá-lo, pois, como nos diz Claus Roxin, “o que é em abstrato perigoso, pode deixá-lo de o ser em concreto”.¹³

Devemos, pois, indagar, quais são os comportamentos que a ordem jurídica exige numa determinada situação, pois só assim podemos avaliar uma conduta - saber se ela corresponde à do homem avisado e prudente na situação concreta verificada.

O agente do crime negligente há-de ser aquele a quem cabe controlar e anular o perigo; frequentemente, a pessoa do seu proprietário, mas poderá não o ser. Aliás, uma vez que vigora entre nós o paradigma da coisificação do animal “*assente no dogma de raiz civilista que reconduz o animal a uma coisa móvel, sujeita a aluguer, ocupação ou benfeitoria,*”¹⁴ o responsável será o detentor, na aceção prevista na alínea f) do artigo 3.º do Decreto-lei n.º 315/2009, de 29/10.

Saliente-se, a propósito dos cães de assistência, que não obstante haver um dever de zelo pelo correto comportamento do animal, a cargo da pessoa cega, e de a mesma ter de cumprir com as exigências previstas no Decreto-lei n.º 74/2007 de 27/03, a verdade é que estes cães têm livre acesso a espaços e locais onde, normalmente, aos demais não é permitido, o que poderá ser gerador de um risco acrescido. Obviamente que, nestas situações, a adequação do risco é

¹¹ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, Tomo I, Coimbra Editora, 2004, p. 631 a 636.

¹² Ibidem, p. 638 a 641, e ainda veja-se, DIAS, Jorge de Figueiredo, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999, p. 107.

¹³ Claus Roxin apud DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p. 642.

¹⁴ Conforme refere Plácido Conde Fernandes, op. cit., p. 281.

feita em função da pessoa do detentor e das suas capacidades em controlar e minimizar esse mesmo risco, assim como, em atenção ao cumprimento estrito das regras que se lhe impõem.

1.5. Crime Comissivo/Omissivo

Atente-se, ainda, que a imputação do crime, seja dolosa ou negligente poderá ocorrer por ação ou omissão. Com efeito, uma vez que nos encontramos no domínio dos crimes de resultado, a prática do crime abarcará, não só a ação positiva capaz de consumir a sua prática, como a omissão da conduta adequada a evitá-la (artigo 10.º, n.º 1, do Código Penal). Os casos típicos de ofensas a bens jurídicos pessoais, no quadro da atuação animal, têm frequentemente lugar por omissão do dever de vigilância e cuidado que assiste a quem está obrigado a tal.

Por conseguinte, a omissão, dita “impura”, prevista no artigo 10.º, n.º 2, pressupõe que o agente se encontre numa posição de garante, ou seja, que se encontre em relação ao resultado proibido, numa posição que lhe seja juridicamente exigível evitar a sua produção.

Como refere Conde Fernandes, *“a posição de garante (...) corresponde à obrigação jurídica de controlar a fonte de perigo sobre quem tem a disponibilidade fáctica e evitar a lesão de bens alheios, constituindo uma concretização do princípio da confiança na controlo e neutralização dos perigos originados pelas fontes na disponibilidade dos titulares de posições de garantia, podendo a sociedade legitimamente esperar que tudo façam para que a fonte de perigo no seu específico campo de risco não venha a lesar bens jurídicos alheios.”*¹⁵

E estes deveres de garante, embora não expressamente previstos na lei, emergem de relações familiares, contratuais, profissionais, funcionais, de entre outras fontes, chamando-se especial atenção para os deveres de garante derivados da “ingerência”, ou seja, nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, *“derivados de um facto ilícito, prévio, do obrigado ao dever de garante”*.¹⁶

Isto sucede, amiúde, exemplificando-se com a situação do agente que passeia o cão na via pública, sem que o mesmo esteja devidamente acautelado com trela ou açaima, nos termos gerais previstos no artigo 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 314/2003, de 17/12, ou com ambos, no caso de animais perigosos ou potencialmente perigosos, nos termos previstos no artigo 7.º, n.º 3, do mesmo diploma e artigo 13.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10, vindo a atacar e lesar fisicamente uma pessoa.

Pois, a omissão de tal conduta é geradora, só de per si, da prática de um ilícito administrativo, punível com coima – artigos 14.º, n.º 1, alínea b), do Decreto- Lei n.º 314/2003, de 17/12 e artigo 38.º, n.º 1, alínea d), do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10.

¹⁵ FERNANDES, Plácido Conde, op. cit., p. 300.

¹⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, op. cit., p. 84.

O fundamento da punição no crime omissivo impróprio assentará, pois, como refere Paulo Pinto de Albuquerque, *“na relação fática de proximidade existencial entre o omitente e certas pessoas ou na relação de domínio fático do omitente sobre certas fontes de perigo”*¹⁷.

1.6. A Adequação do Resultado à Conduta

Qualquer crime de resultado não prescinde, em termos objetivos, da imputação do resultado à conduta do agente.

Tal conceito, ínsito ao n.º 1 do art. 10º do Código Penal, consubstancia a apreciação da causa adequada a produzir o resultado, seja por ação, seja por omissão, perante a qual a sua adequação tem de ser aferida segundo um juízo de *“prognose póstuma”*, o que significa, *“que o juiz se deve deslocar mentalmente para o passado, para o momento em que foi praticada a conduta e ponderar, enquanto observador objetivo, se, dadas as regras gerais da experiência e o normal acontecer dos factos, a ação praticada teria como consequência a produção do evento.”*¹⁸

Tal teoria deverá, contudo, ser temperada e complementada pela análise da conexão do risco, no sentido de determinar os riscos a cuja produção pode ser razoavelmente referido o tipo objetivo de um crime de resultado e concluir que o resultado só deve ser imputável à conduta quando esta tenha criado, aumentado ou incrementado um risco proibido para o bem jurídico protegido pelo tipo de ilícito e esse risco se tenha materializado no resultado típico.

Ao elemento objetivo une-se o subjetivo, uma vez que o agente deverá conhecer o processo causal, sendo o mesmo suscetível de ser dominado pela vontade.

Assim, por exemplo, a pessoa que passeasse um cão de raça “pointer”, na rua, conduzido à trela, e a dada altura cruzasse com pessoa que de forma inadvertida se inclinasse para acariciar o cão, momento em que é, de súbito, mordida pelo mesmo, nesta situação, não podemos imputar a lesão ao condutor, porquanto, a causa do dano não é consequência de qualquer atuação do proprietário. Embora a ele coubesse, dada a posição de garante, obstar a qualquer resultado produzido pela fonte de perigo que detém, a verdade é que o mesmo não criou um risco não permitido e não potenciou qualquer risco existente. É a ação de terceiro que se precipita inadvertidamente, que dá azo à verificação da lesão, não havendo qualquer responsabilidade a imputar ao condutor.

Podemos, ainda, colocar, na perspetiva causal, a seguinte situação. Imagine-se que determinada pessoa circula na via pública com um “rottweiler”, o qual, no entanto, apesar de conduzido à trela, não se encontra açaimado. Em sentido contrário circula um transeunte, o qual, tendo sofrido trauma grave na infância, por ter sido agredido por animal análogo, ao cruzar-se com aqueles, acomete-se de um medo tal, que tem um ataque cardíaco mortal. Na situação em causa, resulta inequívoca a preterição das regras de segurança previstas no artigo

¹⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, op. cit., p. 82.

¹⁸ Cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, op. cit., p.310.

13.º, n.º 2, do Decreto-lei n.º 315/2009, de 29/10; no entanto, o resultado produzido não resultou de nenhuma ação ou omissão do condutor do animal, capaz de ser controlada pela vontade, mas por circunstância extraordinária. Num juízo de causalidade não é possível atribuir o ataque cardíaco ao não uso do açame. Não é possível estabelecer o nexo causal tendente à imputação do crime de homicídio por negligência.¹⁹

1.7. Responsabilidade Criminal de Terceiro

A responsabilidade criminal pelas ofensas causadas por animais depende, em última análise, da observância do tipo legal em causa.

No plano civilista, a responsabilidade por factos ilícitos fundada na culpa, presume-se em relação ao vigilante, por danos causados, nos termos do artigo 493.º, do código Civil, o que, a par da responsabilidade criminal ou independentemente dela poderá conduzir ao ressarcimento dos danos.

Já nas situações em que os danos são causados por animais sem que se tenha provado qualquer culpa do vigilante, além de não haver fundamento para qualquer responsabilidade criminal, quem responde pelos danos, a título de responsabilidade pelo risco já não será o vigilante, porque a este não coube qualquer atuação culposa, mas àquele que retira o proveito do seu domínio ou utilização, o que sucede normalmente com o proprietário, não obstante poder ocorrer com o comodatário, o possuidor, o locatário, de entre outros para quem tenha sido transferido o gozo do animal – isto nos termos do artigo 502.º, do Código Civil. Porém, na maior parte dos casos que se sucedem, as qualidades de proprietário e de vigilante reúnem-se na mesma pessoa.

Relativamente a terceiro, e fora as situações em que a sua atuação é causa do dano que o próprio sofre, e que já foi sobejamente referido, interessa ponderar a responsabilidade que a ele poderá caber, resultante do disposto no artigo 200.º, do Código Penal.

Com efeito, face a uma situação de perigo para a vida ou integridade física de outrem, emergente de ataque animal, impõe-se um dever geral de auxílio dirigido a obstar à consumação da lesão ou, ainda que já verificada, a limitar a sua extensão (artigo 200.º, n.º 1, do Código Penal) sempre com a salvaguarda, porém, da sua própria vida ou integridade física, como bem refere o artigo 200.º, n.º 3, do Código Penal. A questão coloca-se, porém, quanto ao condutor do animal. Será que ele tem também um dever de garante, capaz de o fazer incorrer em responsabilidade criminal por omissão de auxílio, no caso em que, após o ataque do animal, doloso ou negligente, abandona a vítima à sua sorte?

Bem, a doutrina e a jurisprudência não são consensuais, havendo quem admita o efetivo concurso de crimes, ao contrário de outros que excluem a observância do crime de omissão de auxílio.

¹⁹ Neste sentido, veja-se, MONGUIÓ, J.M.Pérez, “Los animales como agentes y víctimas de daños”, Bosh, 2009, p. 148.

Quanto a esta matéria, partilhámos do entendimento versado no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/02/2004²⁰, com base no qual poderemos afirmar o seguinte: se o condutor do animal for responsável criminalmente pelo resultado de lesão física ocorrida na sequência do ataque, seja por dolo, seja por omissão dos deveres de cuidado que se lhe impunham, a posterior indiferença que assuma em face da lesão, fará com que responda pelas lesões que se vierem a observar a final. Assim, se uma lesão simples, resultar, em consequência da falta de imediato socorro, numa lesão grave, é a este título que o agente será punido e não pela ofensa simples e pela omissão de auxílio. Isto decorre do facto de a pessoa se encontrar, a priori, numa posição de garante, acabando a ação posterior por não ser valorada autonomamente. Coisa diferente sucederia se a pessoa, perante a entrada súbita de ladrões na sua residência e perante a impossibilidade de se defender de qualquer outra forma, incita o cão a atacar.²¹

Perante um quadro de legítima defesa, em que, em relação à pessoa que ordena o ataque, não lhe é imputável qualquer ação ilícita, a verificação de que os ladrões haviam caído inanimados no chão, faz emergir um dever de auxílio, decorrente do n.º 2 do artigo 200.º do Código Penal, porque, ainda assim, há um perigo foi criado pelo mesmo.

Em outra situação, porém, sendo o ataque canino devido, não a qualquer ação ou omissão do condutor, mas inteiramente à ação de terceiro lesado, aqui não há qualquer dever de garante que imponha ao condutor evitar o dano do ataque, mas antes o dever de lhe prestar auxílio em face de tal constatação, desta vez, tão só, nos termos gerais do n.º 1 do artigo 200.º. Como bem se observa, neste último caso, nem mesmo uma situação de perigo poderá ser atribuída ao condutor do animal.

1.8. Situações Típicas na Jurisprudência

Caso 1²²: O proprietário de 4 cães da raça “Rottweiler”, mantinha os animais dentro de um terreno vedado com muro e rede com dois metros de altura. No entanto, a rede não sofreu a devida manutenção, encontrando-se lassa numa certa extensão da mesma, pelo que, os cães evadiram-se, andando errantes durante longas horas, esfomeados. Ao avistarem uma pessoa com quem se depararam, atacaram-na até lhe provocarem a morte. O proprietário ao deparar-se com a fuga dos animais, foi no seu encalce, sem que, contudo, os tivesse alcançado; e porque já antes sucedera, aguardou que os mesmos regressassem, não chamando as autoridades.

No caso vertente, estamos perante a atuação de animais pertencentes a raças “potencialmente perigosas”, os quais não foram devidamente confinados, tal como seria exigível, nos termos do artigo 12.º, n.º 2, do Decreto-Lei 315/2009, de 29/10. A manutenção

²⁰ Acórdão do S.T.J de 12/02/2004, proc. n.º 03P3202, relator Rodrigues da Costa, in www.dgsi.pt

²¹ Em sentido idêntico, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 619-620.

²² Situação extraída do Acórdão do S.T.J de 24/05/2011, proc. n.º 167/07.7PBSNT.L1.S1, relator Armindo Monteiro, in www.dgsi.pt

da rede era tarefa que se impunha a alguém diligente e normalmente zeloso, pelo que, o resultado morte é imputável ao proprietário/vigilante, a título negligente e omissivo.

Caso 2²³: No decorrer de festejos populares, um cavalo que se encontrava parado num largo tendo em vista integrar uma marcha, e montado por cavaleiro, ao pressentir que alguém passava na sua retaguarda, reagiu de forma impulsiva, dando um coice, acabando por causar lesões físicas em tal pessoa.

Na situação concreta, o cavaleiro encontra-se localizado em zona que lhe é permitida, em razão dos festejos, sendo a reação do animal imprevisível. Além de inexistir dolo por parte do mesmo, também o resultado não lhe poderá ser imputado a título negligente, pois não houve falta de diligência ou zelo da sua parte, que tivesse criado ou potenciado qualquer risco acrescido ao que naturalmente resulta da própria natureza irracional do animal. Como nos diz Conde Fernandes, trata-se de uma conduta *“socialmente adequada, desprovida de censura ético-social (...) resultante da aceitação e integração dos animais de companhia em contextos urbanos de forte interação humana. Esse resultado (...) constitui um risco geral de vida que, sem ultrapassar a medida do risco normal, é socialmente adequado, pelo que não cabe na criação de um risco não permitido”*.²⁴

Caso 3²⁵: Um casal encontrava-se a circular num passadiço que ligava dois bares junto a uma praia, conduzindo à trela um cão, de raça não apurada. Ao cruzar-se uma pessoa pelos mesmos, o animal tem uma reação súbita e imprevista de atacar e morder o transeunte.

No caso concreto, não se provou que o condutor tivesse omitido qualquer dever que pudesse levar à conclusão de o mesmo ter criado ou potenciado um risco não permitido. Uma vez mais, trata-se de uma situação cuja previsibilidade não poderia ser exigida ao condutor do animal, por consistir num risco próprio da vida, aceitável e socialmente adequado, o que leva à exclusão de qualquer responsabilidade criminal.

Questão relevante colocou-se, no Acórdão fundamento, sobre a proibição de circulação animal na praia. Efetivamente, o condutor não se deveria fazer acompanhar pelo animal naquele local. No entanto, atendeu-se e bem, ao fim da proteção da norma em causa, instituída por questões de saúde pública e não para obviar a perigosidade dos animais que por qualquer razão científica resultasse potenciada na proximidade marítima. Por essa razão, a violação da norma em causa não aumentou ou potenciou o risco de ataque do animal, razão pela qual a responsabilidade criminal não será de imputar.

1.9. Prática e Gestão do Inquérito

²³ Situação fáctica extraída do Acórdão da Relação de Coimbra de 05/07/2000, BMJ, 499-387 apud NETO, Abílio, Código Civil Anotado, 17ª Ed, Ediforum, 2011, p. 845.

²⁴ FERNANDES, Plácido Conde, op. cit., p. 313.

²⁵ Situação fáctica retirada do Acórdão da Relação do Porto de 09/04/2008, proc. n.º 0714106, relatora Maria Leonor Esteves, in www.dgsi.pt

Em qualquer situação em que haja notícia de crime ou, consoante a natureza do mesmo, uma vez observado o necessário impulso por parte do titular dos interesses que a lei pretendeu acautelar com a incriminação, cabe ao Ministério Público dar prossecução à ação penal, desenvolvendo, de forma estratégica, as diligências necessárias à recolha de prova da existência de crime. Trataremos, pois, do que se afigura importante, num inquérito, em que haja resultado a ofensa a bens jurídicos pessoais, emergentes de ataque de animal.

Homicídio: Em primeiro lugar, cumpre sublinhar, que a existência de indícios de homicídio doloso ou agravado pelo resultado determinam que a competência para a investigação do crime pertença, em exclusivo, à Polícia Judiciária, nos termos do artigo 7.º n.º 2, alínea a) da Lei de Organização da Investigação Criminal. A esta compete a realização das diligências necessárias, sempre com a direção do Ministério Público. Em situações como estas, em que a morte ocorre, importa ponderar, desde logo, a recolha, no local, de vestígios biológicos, de entre outros, os lofoscópicos e hemáticos, e a realização da competente perícia aos mesmos, tendentes, além do mais, à identificação do agente - se não estiver, à partida, identificado - e à determinação do passo seguinte na investigação. Da mesma forma, impõe-se como relevante, a realização de reportagem fotográfica do local do crime.

A realização de autópsia médico-legal, orientada para a determinação da causa de morte, é diligência imprescindível, conforme decorre do artigo 18.º, n.º 1, do Regime Jurídico das Perícias Médico-Legais (Lei n.º 45/2004, de 19/08), a qual nos dará o enquadramento fático da ocorrência do crime.

A audição de testemunhas é tarefa essencial em qualquer crime, porque é comum existirem pessoas que se aperceberam de factos relevantes, quando não tenham, efetivamente, presenciado o crime e, desde logo, tenham avistado o animal que deu causa à morte e se tenham apercebido da sua natureza e/ou raça.

A prova por reconhecimento é de ponderar quando existam suspeitos e testemunhas oculares, ao abrigo do artigo 147.º e seguintes do Código de Processo Penal.

A maior parte dos crimes, porém, ocorre, por ação negligente, como os que têm sucedido, nos últimos tempos, e que vêm corroborar a estatística mundial de que os ataques negligentes de animais – os quais ocorrem predominantemente com cães – têm lugar em contexto familiar ou de vizinhança, em ambiente doméstico, em que as vítimas são, por regra, crianças de tenra idade, especialmente vulneráveis e indefesas.

Os casos que têm vindo a suceder, têm lugar com canídeos de raças “potencialmente perigosas”, muitos deles com histórico de agressões, e em que os respetivos detentores não cumpriram as exigências legais, no que concerne à detenção de tais animais, o que indicia uma falha do dever de cuidado e diligência que se lhes impunha, pois, ao preterirem tais regras, puníveis, desde logo, a nível contraordenacional²⁶, assumem uma posição de garantes pela ingerência.

²⁶ Vide, as contraordenações previstas no artigo 38.º, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10.

Falamos, pois, não só da obrigação de especial vigilância do animal e do confinamento adequado, como da obrigatoriedade de submissão do animal a treino, de forma a controlar as tendências temperamentais, conforme decorre do artigo 21.º, do Regime da Detenção de Animais Perigosos. O facto de, na maior parte dos casos, agente e vítima serem familiares ou, pelo menos, próximos, não isenta de qualquer responsabilidade.

A distinção entre crime doloso e negligente nem sempre é fácil, pois o substrato psicológico que está na base da atuação, nem sempre resulta evidente das provas obtidas, salvo naqueles casos, em que tal resulta pelas próprias circunstâncias em que a atuação ocorre.

A cognoscibilidade do animal causador da morte conduz-nos inevitavelmente à realização de determinadas diligências relevantes. Desde logo, tratando-se de canídeo, proceder ao apuramento da raça do mesmo, com o auxílio de veterinário, o qual procederá à sua identificação, sobretudo nos casos em que a raça não é pura, resultando de cruzamento.

Atenta a obrigatoriedade, por força do artigo 6.º, do Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17/12, de todos os cães serem identificados por microchip, cumpre verificar, através do respetivo aparelho detetor, se o animal o tem, efetivamente, e com base nele, apurar o correspondente registo.

Mais cumpre diligenciar, junto da Direção Geral de Veterinária, pela obtenção de informações sobre a identificação do animal (cão e gato) e informações sobre o seu proprietário (base de dados nacional do SICAFE), conforme artigo 4.º, do Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17/12, através da qual se poderá, ainda, obter informações sobre infrações contraordenacionais ou criminais cometidas anteriormente.

Também a Junta de Freguesia do local da residência do detentor poderá facultar informações relevantes, uma vez que é a entidade responsável pelo licenciamento dos animais perigosos e potencialmente perigosos, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10.

Relativamente à prova testemunhal, interessa apurar quem é o proprietário do animal, quem é que tem o seu gozo, quem cuida da sua vigilância e, ainda quem, na data dos factos, estava responsável pelo cuidado da vítima – no caso de criança ou idoso. Mais releva, apurar, caso a ocorrência tenha lugar em via pública, se o animal era conduzido a trela.

As testemunhas deverão, ainda, ser questionadas sobre o conhecimento de agressões anteriores por parte do animal, informação com base na qual se poderá oficiar, junto das unidades de saúde locais, sobre a existência de episódios de urgência registados, quanto às pessoas habitualmente em contacto com o animal, de forma a averiguar da existência de ataques anteriores.

No caso de homicídio doloso, relevante se afigura a ponderação de medidas de coação adequadas e necessárias ao caso, designadamente, a prisão preventiva, nos termos do artigo 202º, n.º 1, alínea a) e artigo 1.º, alínea j), do Código de Processo Penal.

Ofensas à integridade física: Os crimes em causa, nas suas várias vertentes, por força do regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10, são de natureza pública, o que releva ao nível da iniciativa. Assim sendo, o Ministério Público poderá dar início a inquérito sem carecer de impulso processual do ofendido. Nos casos de ofensas, por regra, a ocorrência e enquadramento dos factos é naturalmente transmitida pelo lesado, resultando da parte do mesmo maior colaboração no apuramento dos factos.

Importante se afigura obter, seja através do ofendido, seja através das unidades de saúde, o relatório do episódio de urgência, assim como a perícia médico-legal – que se não tiver sido, oportunamente, realizada, deverá realizar-se o mais rapidamente possível. A mesma dar-nos-á conta do nexo de causalidade entre o ataque animal e as lesões observadas, assim como a natureza das mesmas e a sua extensão, de forma a que possamos identificar, com clareza, o tipo legal em causa.

Eventualmente, se necessário, poder-se-á solicitar a realização de exame médico complementar.

Relativamente à identificação do animal, do seu detentor e à existência de anteriores infrações criminais e contraordenacionais, serão de considerar as mesmas diligências anteriormente referidas, a propósito do crime de homicídio. Também o que se referiu quanto à prova testemunhal será de aplicar, “mutatis mutandis”, à situação em causa e, bem assim, o que se dispôs a propósito do apuramento da existência de lesões perpetradas pelo animal, em momento anterior.

Concluídas as necessárias diligências por qualquer dos crimes anteriormente referidos, cumpre, se for o caso, deduzir a competente acusação, na qual deverão constar determinados elementos importantes.

Será, assim, de ordenar, no caso de homicídio doloso ou com resultado morte, a comunicação do despacho de acusação à Polícia Judiciária (o que também sucede com o arquivamento) – Circular n.º 4/2008 de 06/03.

Em qualquer dos crimes anteriores, impõe-se a notificação da unidade de saúde que prestou os cuidados à vítima, a fim de a mesma, querendo, vir deduzir pedido de indemnização civil, nos termos do artigo 74.º, do Código de Processo Penal e do artigo 6.º, do Decreto-lei n.º 218/99, de 15/06.

Mais será de consignar o número de beneficiário da Segurança Social do ofendido, em caso de morte ou incapacidade para o exercício da atividade profissional, de forma a que este instituto possa vir a obter o reembolso do que haja pago, em resultado do facto danoso.

Ter atenção, desta vez, se for caso de arquivamento, e na eventualidade do crime ser punido com pena superior a cinco anos, a comunicação hierárquica competente (Comunicar ao Procurador da República o teor do despacho de arquivamento, nos termos da Circular da PGR n.º 6/2002, de 11-03 e Directiva n.º 1/2002, in D.R, II Série, n.º 79, de 4-4-2002).

Interessa traçar uma última nota, desta vez, a propósito dos crimes previstos no artigo 33.º - A, do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10, os quais, por via de regra, são julgados em processo sumário, uma vez que a prova obtida se resume, na maioria dos casos, a auto de notícia, a prova relativa à taxa de álcool no sangue ou à influência de estupefacientes, e aos agentes que testemunharam a ocorrência, pois as situações são identificadas pela polícia, numa situação de flagrante delito, devendo ocorrer o julgamento num curto período de tempo.

2. A Condução de Animais: os crimes contra o património

2.1. Os Tipos Legais Comuns e a Sua Tutela

Além das ofensas a bens jurídicos pessoais, também poderão resultar lesados direitos de índole patrimonial. O enquadramento e tutela jurídica, nestes casos, já não se faz com recurso a qualquer lei extravagante, mas de acordo com o Código Penal. O Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29/10, não tem em vista a tutela de tais interesses.

Tudo o que se referiu anteriormente sobre ofensas dolosas por ação ou omissão, valem, com as devidas adaptações, para as situações aqui a tratar, pois, em última análise, embora diversos sejam os bens jurídicos em causa, tratam-se igualmente de crimes de resultado. É necessário ponderar, porém, que os crimes contra o património são tipos dolosos na sua formulação, pelo que, as situações de negligência não oferecem relevância para o caso vertente, em que se frustram deveres de cuidado e vigilância.

2.1.1. O Crime de Furto - Ação Animal

Os nossos tribunais, não raras vezes, recebem queixas de pessoas que alegam, que animais pertencentes a terceiros, normalmente vizinhos, entram nas suas propriedades e alimentam-se das espécies hortícolas aí plantadas ou do pasto existente.

A situação em causa é suscetível de se reconduzir a um crime de furto. Com efeito, o mesmo pressupõe que haja a retirada do poder de facto do bem da esfera do seu titular e a deslocação do mesmo para a esfera do agente, para a sua disponibilidade – o que tem plena aplicação nos casos de consumo – v.g. alimentos, combustível – mas também, pasto ou espécies de cultivo, por ação animal.²⁷

Neste caso, importante se revela apurar, com que frequência é que o agente reitera a conduta de deixar os animais à sua sorte e se as pessoas lesadas se manifestam contra tal conduta. A oposição do lesado indicia o conhecimento do responsável pelo animal, de que está atuar

²⁷ Neste sentido, na doutrina, Paulo Pinto de Albuquerque, op. cit., p. 632 e, ainda, LEAL-HENRIQUES, Manuel e SIMAS SANTOS, Manuel, Código Penal Anotado, 3ª ed, 2.º vol, 2000, p. 638 e 806. Na jurisprudência, Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 18/03/1998, CJ, XXIII, 2, 235 e de 06/11/90, CJ,XV, 5, 273; Acórdão da Relação de Évora de 15/11/1988, CJ, XIII, 5, 278, todos apud LEAL-HENRIQUES, Manuel e SIMAS SANTOS, Manuel, op. cit., p. 638 e 806. No mesmo sentido, ainda, o Acórdão da Relação de Évora de 15/12/2009, proc. n.º 129/08.7GCMMN.E1, relator Alves Duarte, in www.dgsi.pt.

contra a vontade do proprietário e de que a reiteração posterior da conduta é-lhe devida, pelo menos, a título de dolo eventual.

É necessário, contudo, distinguir, se o proprietário é o responsável pela vigilância ou cuidado do animal, num dado momento, ou se tal cuidado está entregue a outrem, como vulgarmente sucede, com pastor contratado.

Neste caso, se a atuação do pastor não é fruto da vontade do proprietário, conduzindo aquele o animal para pastagens ou terrenos alheios, com desconhecimento e sem conviência do proprietário, neste caso, quem responde criminalmente é o pastor.

Ao invés, se o pastor conduz o gado para terrenos alheios, induzido em erro pelo proprietário, neste caso, o responsável é o proprietário não o pastor.

Uma vez mais, saliente-se, que é comum ambas as qualidades estarem reunidas na mesma pessoa, assim como poderá suceder que aquele que contrata o pastor não seja o proprietário, mas o locatário, o comodatário, ou qualquer outro que, num determinado momento tenha a disponibilidade e gozo do animal. Nestes casos, não é devida qualquer responsabilidade ao proprietário, mas a estes últimos, porque não é ele quem tem a disponibilidade, fruição e responsabilidade pelo animal.

2.1.2. O Crime de Dano

Embora menos comum, também a prática de crime de dano poderá suceder, quando o dolo do agente não se dirige à apropriação mas à destruição de culturas, o que sucede, por vezes, em contexto de desavenças entre vizinhos. Assim, também o crime de dano se poderá consubstanciar na situação típica de incitamento de um animal com vista ao ataque de outro animal, que acaba morto ou ferido, ou então, a pessoa que permite que o seu animal se relacione com outros, sabendo que é portador de zoonose mortal ou com capacidade de afetação da saúde e integridade física do animal.

As situações de negligência, uma vez mais, saliente-se, não são suscetíveis de consubstanciar a prática destes crimes contra o património, não obstante a eventual assunção de responsabilidade civil, seja por factos ilícitos, ao abrigo do artigo 493.º, do Código Civil, seja pelo risco, nos termos do artigo 502.º, do Código Civil.

Interessa, ainda, abordar, os crimes de dano que decorrem de acidentes de viação, emergentes de animais que vão para a via pública. Admita-se o caso do vigilante e condutor de animais, que deixa reiteradamente os mesmos andarem, a seu bel-prazer, sozinhos, na via pública, embora tenha já sido advertido do perigo da sua conduta, a qual teima em reiterar, e não obstante a representação, por parte do mesmo, da possibilidade de ocorrerem acidentes danosos, conforma-se.

A dada altura ocorre um embate, pelo facto de, inadvertidamente, o animal se lançar para a estrada, sem possibilidade de reação do condutor. Naturalmente, poderá ser imputada a prática do crime de dano ao vigilante.

2.2. Prática e Gestão do Inquérito

No caso dos crimes de furto e dano, a questão central passa pela prova da existência de dolo. Antes de mais, e a menos que se observe causa qualificativa, os artigos 203.º, n.º 3 e 212.º, n.º 3, ambos do Código Penal, exigem uma iniciativa processual por parte dos titulares dos interesses em questão, designadamente, queixa.

A prática de uma infração isolada pelo agente poderá levantar dúvidas sobre a existência de dolo. Por essa razão, importa apurar elementos que indiretamente o provem. A colaboração do ofendido é fundamental, através do qual se poderá colher informações sobre ocorrências idênticas, no passado, e sobre manifestações e insurgências levantadas pelas pessoas prejudicadas, em momento anterior.

Analisar o Registo Criminal do agente e averiguar da existência de processos pendentes sobre o mesmo pode ser esclarecedor.

A delegação de competências nos órgãos de polícia criminal poderá ser estratégico para o inquérito, atenta à sua capacidade de atuação no terreno, e maior capacidade de recolha de elementos junto da fonte.

A reportagem fotográfica do local, o mais próximo da data dos factos também é importante, dada a rápida regeneração e crescimento dos pastos.

A propósito dos acidentes de viação, o problema coloca-se, na maior parte dos casos, quanto à identificação do proprietário ou de quem usufrui da utilidade do animal, pelo que, torna-se essencial averiguar, junto da população residente, próxima ao local do acidente, informações a esse respeito, inclusivamente, apurar de ocorrências passadas, análogas.

No caso dos cães e gatos, cuidar-se-á por identificar a sua pertença, através da leitura do chip de identificação, se existir, podendo daí recolher-se outras informações, conforme já oportunamente se referiu em momento anterior, a propósito da gestão do inquérito nos crime contra bens jurídicos pessoais.

3. A Condução de Animais: os crimes contra a vida em sociedade

3.1. Situações Típicas

A responsabilidade criminal, no contexto da condução de animais, ainda poderá ocorrer em outros casos, como sucede com os seguintes, os quais também se integram na prática judiciária.

3.1.1. O Tipo Legal previsto no artigo 290.º do Código Penal

A responsabilidade criminal, no contexto da condução de animais, ainda poderá ocorrer em outros casos, os quais, não obstante serem menos frequentes, não deixam de ter relevância e de sucederem, ocasionalmente, nos tribunais.

O Acórdão da Relação de Coimbra de 9 de fevereiro de 2011²⁸ dá-nos conta de um caso muito particular. Na situação nele vertida, o Ministério Público deduziu acusação contra um sócio de uma sociedade que explora uma vacaria, por alegadamente ter permitido, enquanto único responsável pela vigilância dos animais, que 50 vacas viessem a invadir uma via de trânsito, ora obstando ao normal tráfego, ora vindo mesmo a causar o despiste de um veículo, incorrendo na prática de um crime de atentado contra a segurança de transporte rodoviário, previsto e punido nos termos do artigo 290.º, do Código Penal.

Trata-se de um normativo que encerra várias condutas típicas, dirigidas à proteção plural de vários bens jurídicos em simultâneo: vida, integridade física e património, e suscetíveis de serem praticados quer a título de dolo quer a título de negligência.

3.1.2. Os Tipos Legais dos Artigos 291.º e 292.º do Código Penal

Os crimes em causa encontram-se numa relação de concurso aparente ou de subsidiariedade, só sendo de considerar as condutas do artigo 292.º, do Código Penal, uma vez não se verificando as do artigo 291.º, do mesmo diploma.

Aspeto comum entre as previsões é o da condução de veículo em via pública ou equiparada, o qual poderá ser a motor ou não. Nos veículos sem motor encontramos os de tração animal. Como bem se compreende, não está aqui em causa uma condução de animal, na sua aceção individualizante, mas enquanto fonte de movimento integrado em engenho humano, que no seu conjunto consubstancia um veículo.

Nos termos do artigo 291.º, do Código Penal, a condução por pessoa que, nos casos previstos na norma, não o consegue fazer com segurança, incorre na prática de um crime.

Por sua vez, o artigo 292.º, pune a conduta de quem circule na via pública, em veículo, com taxa de álcool igual ou superior a 1,2g/l, ou sob influência de estupefacientes ou análogos.

²⁸ Acórdão da Relação de Coimbra de 09/02/2011, proc. n.º 20/08.7TAFRC.C1, relator Jorge Jacob, in www.dgsi.pt

Em ambos os casos, o arguido é punido nos termos do artigo 69.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, com pena acessória de proibição de condução de veículos a motor.

3.2. Prática e Gestão do Inquérito: Breves Notas

Relativamente aos artigos 291.º e 292.º, do Código Penal, as condutas em causa normalmente conduzem ao julgamento dos arguidos em processo sumário, uma vez que ocorrem em contexto de flagrante delito, presenciado pelas autoridades e cuja prova é de simples obtenção, conforme contempla o artigo 381.º, do Código de Processo Penal.

Relativamente ao crime do artigo 290.º, do Código Penal, serão de considerar, *mutatis mutandis*, as considerações feitas a propósito da gestão do inquérito, no âmbito do crime de dano, em contexto de acidente de viação.

V. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto (Org.), Comentário do Código Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª ed, Univ. Católica, 2009.
- COSTA, António Pereira, Dos Animais (O Direito e os Direitos), Reimpressão, Coimbra Editora, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, Coimbra Editora, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime”, Tomo I, Coimbra Editora, 2004.
- FERNANDES, Plácido Conde in Comentário das Leis Penais Extravagantes, Org. Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, 1.º Edição, Univ. Católica, 2010.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel, SIMAS SANTOS, Manuel, Código Penal Anotado, 3ª ed, 2.º vol, 2000.
- MONGUIÓ, J.M.Pérez, Los animales como agentes y víctimas de daños, Bosh, 2009.
- NETO, Abílio, Código Civil Anotado, 17ª Ed, Ediforum, 2011.

V. Vídeo da apresentação

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

**30º Curso - Apresentação
de Trabalhos Temáticos**

Condução de animais

Grupo 6

**Sala de vídeo do Centro de Estudos
Judiciários, 27.05.2014 15:30**

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw1na/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONDUÇÃO DE ANIMAIS. RESPONSABILIDADE PENAL DO CONDUTOR/DONO/TERCEIRO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

Eva Sarmiento Correia Pires

I. Introdução. II. Objetivos. III. Resumo.

1. Responsabilidade penal do condutor, do dono e/ou do terceiro; **1.1.** A problemática da condução de animais; **1.2.** Responsabilidade penal, contraordenacional e civil.

2. Enquadramento jurídico; **2.1.** Legislação relevante em matéria de responsabilidade penal resultante da condução de animais; **2.2.** Dolo vs negligência; **2.3.** Comissão por ação vs comissão por omissão; **2.4.** Os crimes de perigo; **2.5.** Dos crimes imputáveis ao condutor, dono e/ou terceiro; **2.5.1.** Lutas entre animais (artigo 31.º do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de Outubro); **2.5.2.** Ofensas à integridade física dolosas (artigo 32.º do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de Outubro); **2.5.3.** Ofensas à integridade física negligentes (artigo 33.º do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de Outubro); **2.5.4.** Detentor sob efeito de álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas (artigo 33.º-A do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de Outubro); **2.5.5.** Ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º do Código Penal); **2.5.6.** Homicídio por negligência (artigo 137.º do Código Penal); **2.5.7.** Atentado à segurança de transporte por ar, água ou caminho de ferro (artigo 288.º do Código Penal); **2.5.8.** Atentado à segurança de transporte rodoviário (artigo 290.º do Código Penal); **2.6.** Da problemática do concurso de crimes nos casos de ofensa à integridade física.

3. Prática.

4. Gestão de inquérito.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. **V.** Vídeo.

I. Introdução

A escolha do tema desenvolvido neste trabalho – Condução de Animais. Responsabilidade penal do condutor, do dono e/ou do terceiro. Enquadramento jurídico, prática e gestão de inquérito – surge na sequência do aumento exponencial de casos de ataques de animais e do alarme social e mediático que lhes seguiu.

Verifica-se que, as mais das vezes, a pessoa responsável pelo animal não toma os devidos cuidados, permitindo que estes circulem livremente em áreas públicas o que tem vindo a causar não só acidentes rodoviários com graves consequências, mas também ofensas à integridade física e mesmo a morte.

Apesar de se legislar há vários anos sobre esta matéria há entendimentos díspares que em nada contribuem para a uniformização de julgados. Por este motivo, afigura-se-nos útil agregar num só documento a legislação relevante sobre a responsabilidade penal da pessoa responsável pelo animal.

II. Objetivos

O presente trabalho pretende ser uma espécie de “guia prático” que poderá ser útil a quem, pela primeira vez, é surpreendido com a denúncia de um crime de ofensa à integridade física, por exemplo, onde o crime é imputado a uma pessoa singular, mas as lesões foram provocadas

por um animal, ou em que um animal se atravessa numa estrada provocando a morte de um dos seus utilizadores...

Atendendo à limitação de paginação imposta, não foi possível desenvolver com minúcia todas as questões que se suscitam a propósito da referida temática.

Pelo motivo aventado, cremos que os destinatários serão, de facto, estudantes ou “curiosos” do direito, que queiram perceber qual a legislação aplicável à responsabilidade penal, quais os possíveis crimes em que incorre o condutor de um animal (não necessariamente perigoso ou potencialmente perigoso) e as principais questões que se levantam a esse respeito.

III. Resumo

Na sequência da crescente visibilidade de agressões provocadas por animais e da gravidade das consequências decorrentes de tais agressões, tem havido um grande esforço por parte do legislador para consciencializar os detentores de animais, considerados perigosos ou não, dos cuidados a ter com os mesmos, nomeadamente no que respeita à segurança da sua condução e transporte.

O presente trabalho pretende, pois, ser uma espécie de guia prático sobre a responsabilidade penal decorrente da condução de animais.

Após uma breve contextualização desta problemática, tentamos diferenciar as situações que acarretam responsabilidade penal daquelas que fazem o detentor dos animais incorrer em responsabilidade contraordenacional e/ou civil.

A segunda parte deste “manual” é dedicada ao enquadramento jurídico. Após uma breve descrição da evolução legislativa, destacamos a legislação relevante em termos de responsabilidade penal resultante da condução de animais e deixamos nota das generalidades que se impunham recordar a propósito dos crimes dolosos e negligentes, da comissão por ação e por omissão, sem deixar de fazer uma nota aos chamados crimes de perigo.

No ponto 2.5., cremos que o mais relevante, esforçamo-nos por coligir e caracterizar sucintamente os crimes eventualmente imputáveis ao condutor, dono e/ou terceiro. Neste ponto abordamos os seguintes crimes previstos no Decreto-Lei 315/2009, de 29 de outubro e no Código Penal: lutas entre animais; ofensas à integridade física dolosas; ofensas à integridade física negligentes; detentor sob efeito de álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas; ofensa à integridade física por negligência; homicídio por negligência; atentado à segurança de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro; e atentado à segurança de transporte rodoviário.

Antes de encerrar este capítulo, e pelas dúvidas práticas que surgem quanto ao enquadramento legal e qualificação dos factos, afluamos a problemática do concurso de crimes nos casos de ofensa à integridade física.

Pela utilidade que tem, dedicamos o terceiro capítulo à “prática”, aproveitando este espaço para dar conta das mais recentes decisões dos nossos tribunais superiores sobre esta temática.

Por fim, deixamos nota das particularidades da gestão de inquérito nos casos que envolvem animais e elaboramos um esquema da investigação a levar a cabo, bem como do desfecho possível mediante os elementos recolhidos no decurso do inquérito, aplicável aos crimes negligentes.

1. Responsabilidade penal do condutor, do dono e/ou do terceiro

1.1. A problemática da condução de animais

A utilização de animais implica obviamente o aproveitamento das suas aptidões para satisfazer as necessidades de quem dele beneficia: os animais podem ser utilizados no trabalho, na profissão, na guarda, na alimentação, na companhia, de quem sobre eles exerce o poder de facto (normalmente, o dono).

Tratando-se de seres irracionais, que reagem a estímulos e a instintos, os riscos da sua utilização são a possibilidade de, por via do seu comportamento, ou causarem danos às pessoas (vida ou integridade física ou mesmo património) ou de se subtraírem à guarda e custódia a que estão sujeitos e entrarem na via pública (evidentemente desacompanhados) e aí poderem dar causa a acidentes.

Na sequência da crescente visibilidade de agressões provocadas por animais num passado recente, que causaram significativo alarme social, e apontando à antecipação da tutela penal a comportamentos que potenciam a perigosidade dos animais, o legislador viu-se “forçado” a criminalizar vários comportamentos levados a cabo pelo proprietários de animais, visando visa salvaguardar bens tão importantes como a vida e integridade física dos cidadãos.

1.2. Responsabilidade Penal, Contraordenacional e Civil

Apesar de a responsabilidade civil do condutor de animais ter assento no nosso sistema legal há vários anos, nos últimos tempos, perante os atentados cada vez mais graves por parte dos animais a bens eminentemente pessoais, surgiu a necessidade de os seus detentores serem juridicamente sancionados, não só contraordenacional, mas também penalmente.

Limitando-se o presente estudo à responsabilidade penal do condutor de animais, não podemos deixar de lembrar que, fora da análise que se fará de seguida, ficarão as situações que envolvem **danos provocados por animais**, na sequência do incumprimento de um dever objetivo de cuidado por parte dos seus detentores. De facto, não desconhecemos que são estes os casos mais frequentes envolvendo o uso de animais, sejam eles perigosos ou não, contudo, estes factos são apenas suscetíveis de originar responsabilidade civil, cabendo nas previsões dos artigos 493.º e 502.º do Código Civil.

Ora, no que tange à responsabilidade penal e contraordenacional, ao longo dos tempos, foi resultando evidente a preocupação com a insuficiência dos recursos legais vigentes, verificando-se que a punição como contraordenação das ofensas corporais causadas por animais não era eficaz para a sua prevenção.

A intenção crescente foi, pois, a de aplicar “mão pesada” a quem tem um comportamento hostil para com a sociedade, porque não podemos continuar a assistir às situações lamentáveis de famílias destruídas, de vidas arruinadas e mesmo perdidas em alguns casos, devido a atos e comportamentos de alguns cidadãos.

Para Fernanda Palma *"o quadro justificado da legislação"* consiste na *"explicitação dos deveres de controlo e domínio, delimitando crimes dolosos e negligentes contra as pessoas e contribuindo para a uniformização de eventuais respostas jurisprudenciais díspares"*, correspondendo *"a uma opção de política social que visa salvaguardar bens tão importantes como a vida e integridade física dos cidadãos"*, que *"é justificada pelo aumento de visibilidade de agressões provocadas por animais num passado recente, que têm causado significativo alarme social"*.

2. Enquadramento jurídico

Desde finais do século XIX Portugal encabeça o movimento precursor em matéria de proteção dos animais. Os antecedentes legislativos mais próximos encontram-se bipartidos, desde 2003, em dois segmentos normativos: um conjunto de normas visando, fundamentalmente, a proteção dos animais e um segmento de normas relativas à detenção de animais perigosos ou potencialmente perigosos, dirigido, em especial, à tutela da ordem pública, da vida e integridade física humanas.

Não obstante a preocupação com esta matéria ser já antiga, apenas com o Decreto-Lei 276/2001, de 17 de outubro, que estabeleceu as medidas complementares e o regime sancionatório da Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia, a "vertente de proteção" dos animais mereceu um quadro sancionatório, renovado e completo, regulado pelo direito de mera ordenação social.

Em 2003 verificou-se uma clara autonomização de um segundo segmento normativo, relativo à detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, inicialmente regulado pelo Decreto-Lei 312/2003, de 17 de dezembro, com as alterações introduzidas pela Lei 49/2007 de 31 de agosto, que viria, finalmente, a ser revogado pelo Decreto-Lei 315/2009, de 29 de outubro, entretanto alterado pela Lei 46/2013, de 04 de julho.

De facto, pela experiência adquirida com a aplicação do Decreto-Lei de 2003, concluiu-se que a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não foi factor de dissuasão suficiente para a sua prevenção, pelo que se entendeu como adequado tipificar tais comportamentos expressa e claramente como crime.

Mais, a constatação de que a perigosidade canina, mais que aquela que seja eventualmente inerente à sua raça ou cruzamento de raças, se prende com fatores muitas vezes relacionados com o tipo de treino que lhes é ministrado e com a ausência de socialização a que os mesmos são sujeitos, levou a que se legisasse no sentido de que a estes animais fossem proporcionados os meios de alojamento e maneo adequados, de forma a evitar, tanto quanto possível, a ocorrência de situações de perigo não desejáveis.

O incumprimento dos deveres especiais de vigilância, manutenção e circulação dos animais são passíveis de contraordenação, mas, constatando-se que na maioria dos casos não eram proferidas acusações contra os donos dos cães a título criminal, pretendeu-se clarificar esta matéria. Sem prejuízo da aplicação subsidiária do Código Penal em casos de verificação de morte da pessoa ou outros crimes.

Apesar da referida constatação, tanto quanto julgamos saber, sempre foi incontroversa, doutrinal e jurisprudencialmente, a punibilidade em autoria material, da ofensa à integridade por negligência na guarda de animal, com condenações confirmadas pelos tribunais superiores.

Não obstante as parcas diferenças recenseadas, que em seguida analisaremos, somos forçados a concluir pelo carácter eminentemente simbólico da autonomização, mediante uma duplicação, mesmo entre crime e contraordenação, *ad-hoc*, incompleta ou imperfeita, em favor de pretensas exigências de tutela, quanto à factualidade criminológica enunciada.

2.1. Legislação relevante em matéria de responsabilidade penal resultante da condução de animais

- **Código Penal**, aprovado pelo Decreto-Lei 48/95 de 15 de março.
- **Decreto-Lei 276/2001, de 17 de outubro** – Estabelece as normas legais tendentes a pôr em aplicação em Portugal a Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia e um regime especial para a detenção de animais potencialmente perigosos.
- **Portaria n.º 422/2004, de 24 de abril** – Determina as raças de cães e os cruzamentos de raças potencialmente perigosos.
- **Decreto-Lei 315/2009, de 29 de outubro** – Aprova o regime jurídico da detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos enquanto animais de companhia.

2.2. Dolo vs Negligência

Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.

(Artigo 13.º, do Código Penal)

Age com negligência quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz:

- a) Representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização; ou*
- b) Não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto.*

(Artigo 15.º, do Código Penal)

Ao invés do que sucede com o dolo, na negligência recorta-se um elemento significativo, com o qual interessa desde já tomar contacto: a **inobservância do dever de cuidado**. Neste contexto, para a imputação objetiva do resultado lesivo requer-se que a ação realize um perigo desaprovado que se materializou no resultado concreto final.

Em termos gerais, a pergunta a fazer é se o agente produziu o resultado típico “através” da violação do dever de cuidado objetivo. Para definir esse *através* usam-se diversas fórmulas: a jurisprudência nacional vale-se geralmente do “nexo de causalidade adequada” entre o comportamento do agente (violador da norma de cuidado) e o resultado, v.g. a morte da vítima.

O **tipo de ilícito negligente** supõe, no plano do desvalor da ação, a violação do dever objetivo de cuidado e a previsibilidade objetiva da realização típica. Estes dois pressupostos típicos não se encontram ao lado um do outro, estão porém tão “intimamente ligados” que não podem ser apreciados isoladamente.

Na prática, todavia, torna-se impossível sistematizar cada um dos deveres de cuidado, tão diferentes entre si. Ainda assim, pode dizer-se que o dever de cuidado tem assento:

- a) Na norma incriminadora;
- b) Em numerosos sectores da vida, nas chamadas regras de conduta; e
- c) Num **dever geral de cuidado**, exigindo atenção para as circunstâncias concretas do caso.

O dever de cuidado radica, desde logo, na abstenção de qualquer ação idónea ao preenchimento do tipo de delito imprudente: é o chamado cuidado como omissão de ações perigosas. Onde não existem modelos de comportamento formulados para áreas especializadas devem servir duas regras gerais de orientação: quem pretender levar a cabo uma certa conduta cujo risco não está em condições de avaliar, deverá informar-se; se não se puder informar ou esclarecer deverá abster-se de agir.

Só é devido o cuidado que for objetivamente exigível, ou seja, aquele cuidado que segundo um critério de base objetivo, atenda à posição de um "homem consciente e cuidadoso".

O dever objetivo de cuidado é concretizado em várias normas legais e regulamentares. Assim, no que à matéria da condução de animais respeita, o artigo 11.º do DL 315/2009, ao prescrever que o detentor do animal perigoso ou potencialmente perigoso "*fica obrigado ao dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais*"; ou, nos termos do artigo 6.º do DL 276/2001, também o detentor do animal de companhia tem "*o dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas*".

Porém, acrescem, em qualquer um destes diplomas legais e em outros, como o DL 314/2003, de 17 de dezembro, numerosas regras de cuidado que o detentor do animal deve observar e que não atribuem, por si só, uma posição de garante.

Para além destas regras jurídicas, o dever de cuidado resulta ainda das regras prudenciais ou nos usos de convivência social, que qualquer pessoa sabe que deve observar quando assume a responsabilidade de ter um animal a seu cargo.

A violação do dever de cuidado pressupõe a previsibilidade do perigo de lesão do bem jurídico. O resultado tem de ser previsível e evitável para o homem prudente, dotado das capacidades que detém o "homem médio" pertencente à categoria intelectual e social e ao círculo de vida do agente.

O Prof. Figueiredo Dias é de opinião que "*quanto às capacidades superiores à medida, devem elas ser tomadas em conta no sentido de poderem fundar o tipo de ilícito do homicídio negligente*".

Daí a conclusão geral: "*em matéria de tipo de ilícito negligente vale um critério generalizador relativamente aos agentes dotados de capacidades médias ou inferiores à média, um critério individualizador relativamente a todos os agentes dotados de especiais capacidades superiores à média*".

No que concerne à **questão da causalidade**, afirmamos a previsibilidade objetiva do resultado quando, segundo as máximas da experiência e a normalidade do acontecer, o resultado produzido pela ação é consequência idónea (adequada) da conduta do agente. Consequências imprevisíveis, anómalas ou de verificação rara serão juridicamente irrelevantes. Objetivamente previsível tem que ser, não só o próprio resultado, como igualmente o processo causal, ainda que apenas nos seus traços essenciais. A relação de causalidade é um elemento do tipo, como o são a ação e o resultado. Consequentemente, a previsibilidade do agente deve estender-se também ao nexos causal entre a ação do agente e o resultado.

A soma de uma conduta descuidada com um resultado causado por esta não pode bastar para fundar a responsabilidade por um crime negligente, sendo necessário que o perigo criado pelo agente com a sua conduta típica *se concretize* no resultado para que este possa ser imputado

àquela. Faltarão o nexo de ilicitude ou conexão de violação de cuidado se o resultado se teria igualmente verificado observando o agente o cuidado devido. Se concluirmos que o **comportamento lícito alternativo** teria igualmente produzido o resultado danoso, este não deve ser imputado ao agente.

A mais do que se disse, não serão imputáveis resultados que não caiam na esfera de proteção da norma de cuidado violada pelo agente. A doutrina dominante limita a imputação objetiva com o fim de proteção da norma.

2.3. Comissão por Ação vs Comissão por Omissão

1. *Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a ação adequada a produzi-lo como a omissão da ação adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei.*
2. *A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado.*
3. *No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.*

(Artigo 10.º, do Código Penal)

À primeira vista, punir as omissões pode parecer semelhante a punir pensamentos ou intenções; por outro lado, omitir uma conduta é imediatamente equiparado a um "nada fazer" que não é abrangido por uma ordem de proibições basicamente constituída por proibições de ações. Todavia, "no campo ético", ações e omissões podem equiparar-se.

Na distinção conceptual entre as "duas formas específicas de realização típica" ação e omissão, é irrelevante o *facere* ou o *omittere* naturalísticos, pois comete o crime por ação aquele que incrementa o risco para os bens jurídicos e por omissão quem não tenha diminuído ou eliminado o perigo para o bem jurídico, como lhe competia.

A punibilidade da comissão por omissão decorre da "cláusula de equivalência", prevista no artigo 10.º n.º 1 do Código Penal, que pressupõe, cumulativamente:

- a) A titularidade de um dever de garante por banda do omitente;
- b) A situação típica e o inadimplemento da ação esperada;
- c) A possibilidade fáctica de omitente intervir;
- d) O nexo de imputação objetiva do resultado à ação.

A **posição de garante** em que o proprietário ou o detentor do animal estão investidos, corresponde à obrigação jurídica de controlar a fonte de perigo sobre que têm a disponibilidade fáctica e evitar a lesão de bens alheios, constituindo uma concretização do princípio da confiança.

As situações de domínio sobre as causas de perigo entram na constelação de casos em que a omissão é equiparada à ação. O animal perigoso ou potencialmente perigoso é, *ipso facto*, uma "fonte de perigo", tendo o artigo 11.º, do DL 315/2009 assinalado a posição de garante do seu detentor que "*fica obrigado ao dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais*".

Qualquer animal pode ser considerado uma "causa de perigo" pela sua irracionalidade e pelo facto de não ser completamente dominado pela vontade humana. Logo, esse dever já existia em relação a qualquer animal de companhia, incumbindo, nos termos do artigo 6.º, do DL 276/2001, "*ao detentor do animal o dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas*".

Prescreve ainda o artigo 502.º, do Código Civil, que aquele que "*no seu próprio interesse utilizar quaisquer animais responde pelos danos que eles causarem, desde que os danos resultem do perigo especial que envolve a sua utilização*" (acrescem diversas normas relativas à circulação, contenção e guarda dos animais, ou do seu treino adequado que confirmam esta posição de garantia).

A "**ação esperada**" consiste em evitar a lesão ou diminuir o risco de que suceda, empreendendo todos os esforços necessários, mediante a escolha do meio mais adequado. Assim, o inadimplemento tanto pode consistir num mero *omittere* como num *facere* que não satisfaça as exigências esperadas de diminuição de risco.

A "**capacidade de ação**" deve ser aferida *ex ante facto*, de acordo com as reais possibilidades do agente em intervir para desencadear voluntariamente o processo de salvaguarda do bem jurídico ameaçado.

Finalmente, o "**nexo de imputação objetiva**" traduz-se na "adequação hipotética" da conduta omitida para evitar o resultado, a que alude o artigo 10.º, n.º 1, do Código Penal. Há que determinar se a ação esperada, devida e de que o agente era capaz, teria diminuído o risco de verificação do resultado típico, ou seja, no caso de se apurar que, não obstante a realização da ação devida, a lesão no bem jurídico se teria igualmente produzido, o resultado não é imputável à omissão.

Nos crimes negligentes alguma doutrina tem defendido a irrelevância da distinção entre ação e omissão, por se tratarem de "delitos de dever" ou "crimes de violação de dever". A sobrevalorização do "momento omissivo" dos crimes negligentes, que corresponde à violação do dever, tem sido a responsável, em larga medida, pela confusão conceptual das modalidades de execução típica. É incorreto concluir que, resultando a ofensa da suposta "ação" animal, v.g. da mordedura, o agente já só poderia cometer o crime por omissão; ora, o comportamento

animal não corresponde a qualquer ação, só à conduta humana (por ação ou omissão) pode ser imputado o resultado.

A comissão por omissão negligente, sendo excepcional, pode ocorrer no caso em que o perigo é gerado por um terceiro que, v.g., abre o portão soltando o animal, estando o seu detentor no interior da residência que ouve o ruído do portão a bater, é previsível que o animal possa ter saído e venha a morder alguém, mas omite a ação devida para diminuir o risco existente; ou no caso em que o perigo é criado pelo próprio animal ou por caso fortuito, quando se parte a trela que o prendia ou se desprende a coleira, o detentor apercebe-se mas omite a ação devida para reduzir o risco existente.

2.4. Os crimes de perigo

Considerando as consequências da ação punível, distinguem-se os **crimes de lesão**, como o homicídio, as ofensas à integridade física, etc., também chamados genericamente *crimes de dano*, dos **crimes de perigo**, abstrato ou concreto.

Nos crimes de lesão ou de dano a consumação do crime supõe a lesão ou o sacrifício dum objeto concreto; já nos crimes de perigo não se requer a efetiva lesão do bem jurídico. No entanto, como o perigo se identifica com a probabilidade (séria) de dano, o legislador previne o dano com a incriminação de situações de perigo. Esses crimes de perigo (quer sejam de perigo concreto quer de perigo abstrato ou presumido) pertencem àquele conjunto de ilícitos que oferecem uma forma de proteção antecipada para os bens jurídicos.

No direito penal tradicional, por influência da ideia da responsabilidade pelo resultado, fazia-se recair o centro de gravidade no desvalor do resultado, especialmente na lesão do bem jurídico. É na segunda metade do séc. XX, especialmente a partir dos anos 60, face à crescente perigosidade da vida nesta “sociedade de risco”, que se começa a pedir ao direito penal um campo de proteção que não espere pela produção do resultado mas que castigue as ações perigosas desvinculadas de um evento lesivo.

2.5. Dos crimes imputáveis ao condutor, dono e/ou terceiro

2.5.1. Lutas entre animais (artigo 31.º, do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de outubro)

- 1 - *Quem promover, por qualquer forma, lutas entre animais, nomeadamente através da organização de evento, divulgação, venda de ingressos, fornecimento de instalações, prestação de auxílio material ou qualquer outra atividade dirigida à sua realização, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*
- 2 - *Quem participar, por qualquer forma, com animais em lutas entre estes é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa.*
- 3 - *A tentativa é punível.*
- 4 - *Excecionam-se do disposto nos números anteriores os eventos de carácter cultural que garantam a*

Estamos perante um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a vida humana e a integridade pessoal, bem como **bens jurídicos** relativos à proteção dos animais, componente do direito do ambiente e afloramento da dignidade da pessoa humana.

A vida e a integridade pessoal, incluindo a saúde física e psíquica, são protegidas por antecipação da tutela penal, aquém da lesão efetiva ou do perigo concreto de lesão desses bens jurídicos; outrossim, basta-se com a mera presunção do perigo de lesão. Quanto a estes bens jurídicos, a motivação da norma assenta no perigo resultante de fazer revelar, ou aumentar, o potencial de agressividade dos animais.

Note-se que a motivação da incriminação não pressupõe a perigosidade prévia do animal, concreta ou presumida. Designadamente, não pressupõe que o animal se inclua numa das raças de cães classificadas como potencialmente perigosas, pois a norma presume que, no decurso do combate entre os animais, a perigosidade é necessariamente revelada ou potenciada. A reação penal justifica-se, não sobre determinada espécie animal ou raça de cães, mas sobre a utilização que certas pessoas fazem deles.

O **tipo objetivo** é preenchido com a mera promoção, por qualquer forma, de lutas entre animais, nomeadamente através da organização de evento, divulgação, venda de ingressos, fornecimento de instalações, prestação de auxílio material ou qualquer outra atividade dirigida à sua realização, incorrendo no mesmo crime quem participar, por qualquer forma, nas lutas em questão.

Como já mencionámos, para a verificação do ilícito-típico objetivo é irrelevante a espécie animal em causa, ou a sua perigosidade prévia, concreta ou potencial, real ou presumida (única exclusão vai para os animais referidos no artigo 2.º). Designadamente, quer se tratem, ou não, de animais perigosos ou potencialmente perigosos, como se presume legalmente no caso dos cães pertencentes às raças a que se refere a alínea c) do artigo 3.º (ex vi Portaria n.º 422/2004, de 24 de abril).

Seguindo um entendimento diverso, o modelo legal comportaria dois regimes: um para as lutas entre animais perigosos ou potencialmente perigosos, cuja promoção ou participação

seria penalmente punida; e outro para as lutas entre os restantes animais, que seriam sancionadas contraordenacionalmente.

O n.º 4 do artigo sob análise contém uma **cláusula de exclusão da tipicidade** que afasta a tipicidade das condutas, relativamente aos eventos que cumulativamente: revistam carácter cultural, garantam a proteção da saúde pública e animal e estejam devidamente autorizados pela DGAV.

O **tipo subjetivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objetivo - dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da ação típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objeto da ação.

A tentativa é punível por indicação expressa do n.º 3 deste preceito legal e a **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. É um tipo legal de participação eventual, sendo possíveis casos de autoria mediata, coautoria, instigação e cumplicidade.

Comete um só crime o agente que seja promotor do evento de lutas e participe nele com algum animal. Comete um só crime o agente que participe com um animal num evento de luta com outro animal, não obstante a coautoria aparente quanto ao crime cometido pelo dono deste outro contendor. Comete um só crime o agente que participe num evento de lutas entre animais, com mais do que um animal.

Há uma relação de concurso efetivo entre o crime de lutas de animais e os crimes previstos neste diploma legal, de ofensas à integridade física dolosas e ofensas à integridade física negligentes, ou com outros crimes contra a vida ou a integridade física previstos no Código Penal.

2.5.2. Ofensas à integridade física dolosas (artigo 32.º, do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de outubro)

- 1 - Quem, servindo-se de animal por via do seu incitamento, ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*
- 2 - Se as ofensas provocadas forem graves a pena é de 2 a 10 anos.*
- 3 - A tentativa é punível.*

(Artigo 32.º, do DL 315/2009, de 29.10)

No que se refere ao **bem jurídico protegido**, estamos perante um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a integridade pessoa incluindo a saúde física e psíquica, na vertente de crime de dano, exigindo a lesão efetiva desse bem jurídico, sendo a proteção agravada pela gravidade do resultado danoso e pelo resultado de perigo para a vida.

Também neste caso a motivação da incriminação não pressupõe a perigosidade prévia do animal, concreta ou presumida. Designadamente, não pressupõe que o animal se inclua numa das raças de cães classificadas como potencialmente perigosas, pois a norma presume que, no decurso da agressão, a perigosidade é necessariamente revelada ou potenciada.

O **tipo objetivo simples** consiste em produzir uma ofensa no corpo ou na saúde de outra pessoa, nas dimensões física e psicológica, servindo-se para o efeito de um animal, pela via do seu incitamento. O modo de execução da ação típica de base é, assim, duplamente vinculado: por um lado, o agente serve-se de um animal e, por outro, incita-o contra outra pessoa. O **tipo objetivo agravado**, congruente com o agravamento da ilicitude que decorre do maior desvalor do resultado, consiste em provocar urna "ofensa grave", tal como prevista pelo artigo 144.º do Código Penal (subsidiariamente aplicável ex vi artigo 34.º).

Seguramente não se pretendeu incriminar a conduta de quem usa um animal como objeto de arremesso. Tal crime estaria punido no direito penal geral. Assim, nesta lei, pretender-se-á incriminar a conduta de quem usa o risco de perigosidade e a capacidade ofensiva específica de um animal.

São excluídos deste regime legal, incluindo da incriminação específica, os factos cometidos com uso de cães das Forças Armadas e das forças e serviços de segurança e de emergência do Estado (artigo 2.º, n.º 2, do DL 315/2009).

Note-se que o servir-se de animal perigoso ou potencialmente perigoso, nem sequer será, em regra, subsumível a este crime, outrossim integrará a prática do tipo qualificado, pelo uso de um meio particularmente perigoso (artigo 145.º, n.º 1 e n.º 2, com referência ao artigo 132.º, n.º 2, alínea h), ambos do Código Penal). É que se qualquer animal, por se tratar de um instrumento não completamente dominado ou dominável pela vontade humana, pode ser considerado um "meio perigoso", os "animais perigosos" no sentido regulado neste diploma, em função de comportamentos agressivos, precedentes ou congénitos, constituem um "meio particularmente perigoso", pelo acréscimo do risco e gravidade das consequências para os bens jurídicos.

Como em qualquer crime de resultado, a ação típica deve ser a causa concreta do resultado desvalioso, por aplicação da "teoria das condições equivalentes"; deve ser uma causa adequada, à luz da "teoria da causalidade adequada".

O **tipo subjetivo** não exige uma formulação específica de dolo, bastando-se com uma formulação genérica quanto à realização do tipo objetivo - dolo do tipo, enquanto conhecimento e vontade de realização da ação típica. Admite qualquer modalidade de dolo quanto ao objeto da ação, direto, necessário ou eventual. O incitamento inculca a ideia de dolo direto que será, naturalmente, a regra. Trata-se de "dolo de dano" quanto às ofensas simples e às graves e, compositamente, com "dolo de perigo" quanto à vida [artigo 144.º, alínea d)].

O **consentimento** é uma causa de justificação das ofensas dolosas, porque se considera livremente disponível a integridade física, desde que as lesões respeitem os ditames dos bons costumes, afinados pelos motivos e os fins do agente ou do ofendido, os meios empregues e a amplitude previsível da ofensa (artigo 149.º do Código Penal, aplicável *ex vi* artigo 34.º do DL 315/2009). Já não estará justificada, sendo irrelevante o consentimento, qualquer ofensa com perigo para a vida (artigo 144.º, alínea d), do Código Penal).

Em caso de utilização defensiva de um animal, por incitamento contra alguém, a coberto de uma **causa de exclusão da ilicitude**, como v.g. a legítima defesa, haverá que apurar das regras gerais dos artigos 32.º e 33.º, do Código Penal.

De modo inovador, face ao regime do Código Penal, **a tentativa é punível** por indicação expressa do n.º 3. Tratando-se o animal de um instrumento não completamente dominado pela vontade humana, dada a sua autonomia relativa, pode configurar-se uma constelação de hipóteses em que, não obstante a perfeição da execução típica o crime não se consuma, em virtude da incompreensão, desobediência ou incapacidade do animal, ou seja, por razões completamente alheias à vontade, do agente, ao contrário do que geralmente sucede com a ofensa à integridade física simples. A antecipação da tutela penal é justificada, na evidência do desvalor da ação, por duas ordens de razões: por um lado, a execução da "ação desvaliosa" – o incitamento do animal, que constituirá grosso modo o início da tentativa, encontra-se tipicamente prevista e, por outro, essa conduta põe em marcha um processo de agressão ao bem jurídico, que o agente deixa de controlar completamente em virtude da natureza do animal.

A **comparticipação** rege-se pelas regras gerais, uma vez que se trata de um crime comum. É um tipo legal de participação eventual sendo possíveis casos de autoria mediata, coautoria, instigação e cumplicidade.

O crime tem **natureza procedimental pública**, respeitando a regra da oficialidade em direito penal, mas que, *in casu*, inverte o regime previsto no Código Penal, para o crime de ofensa à integridade física simples. Resulta, daqui, evidente a *ratio legis* de reforçar a resposta punitiva existente, visando alcançar uma maior confiança da comunidade na proteção dos bens jurídicos protegidos.

2.5.3. Ofensas à integridade física negligentes (artigo 33.º, do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de outubro)

Quem, por não observar deveres de cuidado ou vigilância, der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas graves à integridade física é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

(Artigo 33.º, do DL 315/2009, de 29.10)

Também neste caso, quanto ao **bem jurídico protegido**, constata-se que estamos perante um crime complexo ou pluriofensivo, que protege a integridade pessoal, incluindo a saúde física e psíquica, na vertente de crime de dano, exigindo a lesão efetiva desse bem jurídico, sendo a proteção agravada pela gravidade do resultado danoso pelo resultado de perigo para a vida.

O **tipo objetivo** consiste na violação do cuidado a que o detentor do animal está obrigado, de acordo com os conhecimentos e as capacidades do homem médio, cuja inobservância, conduziu à produção de uma ofensa grave no corpo ou saúde de outra pessoa, nas dimensões física e psicológica. Deve ser uma "ofensa grave", tal como prevista pelo artigo 144.º, do Código Penal (subsidiariamente aplicável ex vi artigo 34.º).

O que se pretende incriminar é uma conduta negligente, de inobservância de regras de prevenção e salvaguarda de riscos, que está na origem da falta de controlo sobre o animal, facultando que este ofenda gravemente a integridade física de outrem.

Para além da exclusão dos animais selvagens, previstos no artigo 2.º, n.º 2, a norma incriminadora não restringe o seu âmbito de aplicação quanto à espécie de animal em causa. Designadamente, não exige que o animal seja ou se tenha revelado previamente, "perigoso ou potencialmente perigoso", designadamente por pertencer a uma raça de cães classificada legalmente como tal.

A medida do cuidado exigível coincide com o necessário para evitar a ocorrência do resultado típico, cuja intensidade varia em função da importância do bem jurídico, da proximidade ou intensidade do perigo e de outras circunstâncias concretas do caso, em especial a perigosidade do animal. Os deveres de cuidado resultam de normas de cuidado que são aplicáveis em função de uma situação de perigo, em concreto, e não de uma hipótese imprevisível ao agente, tributária de uma qualquer visão apriorística e padronizada do comportamento animal.

Ao nível do ilícito negligente em que a violação do dever objetivo de cuidado não resulte tão só de regras jurídicas ou técnicas, como por regra sucede, impor-se-á uma valoração global da conduta lesiva, sendo natural que a adequação social da conduta funcione como critério geral de integração, como traço de união e, ainda, de valoração da conduta tipicamente relevante.

Como em qualquer crime de resultado, este deve ser imputável objetivamente à ação típica. O nexó de imputação objetiva no tipo de ilícito sob análise, traduz-se na imputação da ofensa grave (à integridade física) à violação do dever objetivo de cuidado pelo seu autor, que deve ter constituído "causa adequada" da ofensa, naquele sentido de ter criado ou aumentando um risco pré-existente ou não ter eliminado ou reduzido um risco preexistente, que se materializou na produção da ofensa.

A decisão penal resultará, quanto à criação ou potenciação do risco de um juízo *ex ante facto*, mas a sua materialização no resultado só pode ser determinada posteriormente, segundo um juízo *ex post facto*, que abranja todo o conhecimento dos factos à data do julgamento; sendo que a dúvida de facto nesta matéria deve favorecer o autor – *in dubio pro reo*.

Ficam excluídos da imputação objetiva e, por conseguinte, do tipo de ilícito, os casos de "comportamento lícito alternativo". O resultado não é imputável à violação do cuidado (por ação ou omissão) no caso de se apurar que, não obstante a realização da ação devida, a lesão no bem jurídico se teria igualmente produzido. Neste caso, porque não se verificou uma criação ou potenciação do risco, visa-se evitar a punição da violação de um dever cujo cumprimento teria sido inútil. Ficam ainda excluídos da imputação os casos de interrupção do processo causal por terceiro ou de exposição voluntária da vítima ao perigo criado, v.g. o terceiro que provoca o animal ou a vítima que se aproxima de animal solto ou o "enxota".

A **tentativa não é admissível em crimes negligentes**, por conter um elemento subjetivo relativo à vontade de realizar a infração (artigo 22.º, do Código Penal "*um crime que decidiu cometer*").

O crime tem **natureza procedimental pública**, respeitando a regra da oficialidade em direito penal, mas que, *in casu*, inverte o regime previsto no Código Penal, para o crime de ofensa à integridade física por negligência. Resulta, daqui, evidente a *ratio essendi* de reforçar a resposta punitiva existente, visando alcançar uma maior confiança da comunidade na proteção dos bens jurídicos protegidos. Esta é, aliás, quanto à punição das ofensas negligentes o principal meio de reforço. As ofensas graves passam a ser públicas e as ofensas simples passam a ter dois regimes, crime semipúblico e, subsidiariamente, contraordenação.

2.5.4. Detentor sob efeito de álcool ou de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas (artigo 33.º-A, do Decreto-Lei 315/2009, de 29 de outubro)

1 - *Quem, ainda que por negligência, circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, registando uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 360 dias.*

2 - *Na mesma pena incorre quem, ainda que por negligência, circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, não estando em condições de assegurar o seu dever de vigilância por se encontrar sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou de produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica. (...)*

9 - *Quem se recusar a ser sujeito aos exames previstos nos números anteriores incorre no crime de desobediência.*

(Artigo 33.º-A, do DL 315/2009, de 29.10)

Estamos perante um crime de perigo abstrato, que não pressupõe a demonstração da existência de um perigo concreto para **bens jurídicos**. Isto significa que o perigo não faz parte dos elementos típicos, existindo apenas uma presunção por parte do legislador, as mais das

vezes fundada numa observação empírica, de que a situação é perigosa em si mesma, ou seja, que na maioria dos casos em que essa conduta teve lugar demonstrou ser perigosa sob o ponto de vista de bens jurídicos penalmente tutelados.

Em causa está mais uma vez a segurança de quem se cruza com animal perigoso ou potencialmente perigoso, se bem que indiretamente se protejam outros bens jurídicos como a vida ou a integridade física.

O **tipo objetivo** de ilícito supõe, em primeiro lugar, a condução de animal perigoso ou potencialmente perigoso, tal como definido no artigo 3.º, alíneas b) e c), do DL 315/2009, na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos. A noção de condução de animal abrangerá todo o movimento do animal em lugar exterior à propriedade privada, condução essa sujeita às medidas de segurança reforçadas previstas no artigo 13.º, do aludido DL 315/2009.

O agente que levar a cabo essa condução, ainda que em cumprimento do estipulado no artigo 13.º, incorrerá na prática deste crime se apresentar uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/litro ou se encontrar sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas. Sujeito ativo pode ser todo aquele que conduza um animal perigoso ou potencialmente perigoso nas condições acima descritas, ainda que não seja o seu legítimo dono.

Pode afirmar-se que estamos perante um **crime continuado** na medida em que se inicia quando o agente assume a condução do animal, apenas terminando com o fim da viagem/recolha do animal em área privada ou com a eliminação pelo organismo do efeito do álcool.

Quanto ao **tipo subjetivo** de ilícito, o preenchimento do tipo legal tanto poderá ter lugar a título doloso como negligente. Para efeitos do preenchimento do artigo 33.º-A, do DL 315/2009 é irrelevante se o agente se sente ou não seguro na condução ou se esta na realidade é segura, sendo suficiente para o preenchimento do tipo legal a existência de um nível de álcool no sangue superior a 1,2 g/l ou a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas.

Neste ilícito em particular a **tentativa não é possível** uma vez que se trata de um crime de perigo abstrato, relativamente ao qual a ação tentada configura já a consumação.

2.5.5. Ofensa à integridade física por negligência (artigo 148.º do Código Penal)

1. *Quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.*
2. *No caso previsto no número anterior, o tribunal pode dispensar de pena quando:*
 - a. *O agente for médico no exercício da sua profissão e do acto médico não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 8 dias; ou*
 - b. *Da ofensa não resultar doença ou incapacidade para o trabalho por mais de 3 dias.*
3. *Se do facto resultar ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*
4. *O procedimento criminal depende de queixa.*

(Artigo 148.º, do Código Penal)

Valem também aqui os considerandos tecidos supra a propósito do crime de ofensas à integridade física negligentes, previsto e punido pelo artigo 33.º, do DL 315/2009.

Segundo o artigo 148.º, n.º 1, quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido (...). Em comparação com o artigo 143.º, n.º 1, ao recorte típico deste artigo 148.º, n.º 1, só acresce a comissão por negligência, o desvalor do resultado é o mesmo, num caso e noutro. O que separa os dois ilícitos é o **desvalor da ação**: o agente atua intencionalmente ou prevê a realização típica como consequência necessária da sua conduta ou conforma-se com essa realização (artigo 14.º) — a menos que se trate de um simples erro de conduta (artigo 15.º).

Numa boa parte dos casos, a negligência encontra-se associada a comportamentos humanos lícitos e a atividades próprias das sociedades modernas que comportam riscos nem sempre evitáveis. Põe-se em relação a tais atividades a questão da sua necessidade social ou da sua utilidade social e, por isso mesmo, o Direito aceita-as, não obstante os perigos que lhes estão associados.

Os elementos decisivos são a violação do dever de cuidado e a previsibilidade do resultado. Atendemos, no plano do ilícito típico, à violação do cuidado objetivo e à previsibilidade objetiva da realização típica — nos crimes negligentes de resultado não bastará, portanto, a simples causação do evento típico, por ex., a ofensa à integridade física de uma pessoa. A violação de um dever de cuidado é o eixo em torno do qual gira o conceito de negligência.

A causa das ofensas à integridade física deve assentar no comportamento do sujeito ativo, sendo-lhe objetivamente imputável como “*obra sua*”. A jurisprudência opera normalmente com os critérios da causalidade adequada. Conforme já tivemos oportunidade de referir, não basta, para a imputação de um evento a alguém, que o resultado tenha surgido em consequência da conduta descuidada do agente, sendo ainda necessário que tenha sido precisamente em virtude do carácter ilícito dessa conduta que o resultado se verificou.

No **plano da culpa**, atendemos ao *dever subjetivo de cuidado* e à *previsibilidade individual da realização típica*. Para que exista culpa negligente é necessário que o agente possa, de acordo com as suas capacidades pessoais, cumprir o dever de cuidado a que estava obrigado; deve portanto comprovar-se se o autor, de acordo com as suas qualidades e capacidade individual, estava em condições de satisfazer as correspondentes exigências objetivas.

Ou seja, a previsibilidade do resultado típico e do processo causal nos seus elementos essenciais deverá verificar-se não só no plano objetivo, mas igualmente no plano subjetivo, de acordo com a capacidade individual do agente.

2.5.6. Homicídio por negligência (artigo 137.º do Código Penal)

1. *Quem matar outra pessoa por negligência é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.*
2. *Em caso de negligência grosseira, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos.*

(Artigo 137.º, do Código Penal)

O artigo 137.º, n.º 1, do Código Penal pune quem matar outra pessoa por negligência. São **momentos típicos** a causação do resultado e a violação do dever de cuidado que todavia, só por si, não preenchem o correspondente ilícito típico. Acresce a necessidade da imputação objetiva do evento mortal. Este critério normativo pressupõe uma determinada *conexão de ilicitude*: não basta para a imputação de um evento a alguém que o resultado tenha surgido em consequência da conduta descuidada do agente, sendo ainda necessário que tenha sido precisamente em virtude do carácter ilícito dessa conduta que o resultado se verificou; por outro lado, a produção do resultado assenta precisamente na realização dos perigos que deve ser salvaguardada de acordo com o fim ou esfera de proteção da norma.

O risco desaprovado pela ordem jurídica, criado ou potenciado pela conduta descuidada do agente, e cuja ocorrência se pretendia evitar de acordo com o fim de proteção da norma, deve concretizar-se no resultado mortal, acompanhando um processo causal tipicamente adequado. No âmbito da culpa deve comprovar-se se o autor, de acordo com a sua capacidade individual, estava em condições de satisfazer as exigências objetivas de cuidado.

Em muitos domínios, a negligência começa quando se ultrapassam os limites do **risco** permitido. As condutas realizadas ao abrigo do risco permitido não são negligentes, não chegam a preencher o tipo de ilícito negligente. Se o agente não criou ou incrementou qualquer perigo juridicamente relevante não existe sequer a violação de um dever de cuidado.

2.5.7. Atentado à segurança de transporte por ar, água ou caminho de ferro (artigo 288.º, do Código Penal)

- 1 - *Quem atentar contra a segurança de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro: a) Destruindo, suprimindo, danificando ou tornando não utilizável instalação, material ou sinalização; b) Colocando obstáculo ao funcionamento ou circulação; c) Dando falso aviso ou sinal; ou d) Praticando ato do qual possa resultar desastre; é punido com pena de prisão de um a oito anos.*
- 2 - (...).
- 3 - *Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos.*
- 4 - *Se a conduta referida no n.º 2 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até cinco anos.*

(Artigo 288.º, do Código Penal)

Este tipo legal protege o interesse da generalidade na segurança das comunicações por ar, água e caminho-de-ferro, e ao mesmo tempo, **bens jurídicos** individuais como a vida, a integridade física, e bens patrimoniais alheios de valor elevado. Todos os comportamentos descritos nas alíneas a) a d) do tipo legal em causa terão assim que se mostrar capazes de lesar a segurança da circulação feita por via ferroviária, naval ou aérea.

Existe um "atentado à segurança" destes meios de comunicação quando aumenta o perigo normal e abstrato da circulação de tal forma que se tornem nitidamente mais prováveis perigos concretos. **Objeto da agressão** são os vários tipos de transporte por ar, água ou caminho-de-ferro. O agente terá que colocar em causa a segurança de qualquer um destes tipos de circulação, "*destruindo, suprimindo, danificando ou tornando não utilizável instalação, material ou sinalização*".

A **alínea b)** deste preceito refere: "*colocando obstáculo ao funcionamento ou à circulação*". Um obstáculo é todo o processo suscetível de impedir ou retardar os serviços regulares das vias de circulação referidas. Integra esta alínea, o atear uma fogueira em plena linha do comboio, o colocar pedras nas vias, a construção de barricadas que impeçam a passagem, ou até o **pastorear carneiros em cima da linha**.

A alínea d) - "*praticando ato do qual possa resultar desastre*" - assume uma natureza subsidiária em relação às anteriores uma vez que a destruição ou danificação de material ou instalação - alínea a), a colocação de obstáculo ao funcionamento ou à circulação – alínea b), o falso aviso ou sinal – alínea c), mostram ser, na maior parte dos casos, comportamentos idóneos a causar desastre. Acresce que estas alíneas constituem direito especial face à alínea d), devendo esta ceder na sua aplicação face à disciplina particular que as mesmas traduzem ou contêm.

Por **desastre** poder-se-á entender qualquer circunstância de que resulte um sinistro ou um acidente que cria perigo e que é "anormal" em relação à forma corrente e usual do funcionamento do serviço de transportes e da sua utilização pelas pessoas ou objetos, ou animais.

Para além de se colocar em perigo a segurança dos vários tipos de circulação descritos, **o tipo legal exige** para se considerar preenchido, **a verificação de um perigo concreto** para a vida, a integridade física, ou bens patrimoniais alheios de valor elevado.

O tipo legal tanto poderá ser preenchido por ação como por omissão. De facto, e de acordo com as regras gerais de equiparação da omissão à ação, poderemos ter como punível a omissão do agente desde que esta se revele tão perigosa sob o ponto de vista dos bens jurídicos protegidos como a própria ação, e sobre o agente recaia um particular dever jurídico de evitar o resultado.

Nos casos abrangidos pelo n.º 1 é necessária a existência de dolo em relação a todos os elementos do tipo legal objetivo. O agente terá que atuar com o conhecimento e vontade de praticar qualquer uma das atividades descritas (criando dessa forma um perigo para a segurança dos transportes em causa) e, para além disso, tem que agir dolosamente em relação ao perigo concreto criado.

O n.º 3 prevê a combinação entre a execução dolosa da intervenção na segurança de transporte e a criação negligente de um perigo concreto para bens jurídicos individuais (crime de combinação dolo-negligência em sentido próprio). O que fundamenta aqui a punição do agente é a específica combinação entre a execução dolosa da conduta e a falta de cuidado havida em relação ao resultado (ao perigo concreto criado). Pode em concreto não se conseguir afirmar a negligência em relação ao perigo por falta de previsibilidade do mesmo.

O n.º 4 refere-se, por último, às situações em que todos os elementos do tipo legal são preenchidos por negligência.

2.5.8. Atentado à segurança de transporte rodoviário (artigo 290.º do Código Penal)

*1 - Quem atentar contra a segurança de transporte rodoviário: a) Destruindo, suprimindo, danificando ou tornando não utilizável via de comunicação, material circulante, obra de arte, instalação ou sinalização; b) Colocando obstáculo ao funcionamento ou à circulação; c) Dando falso aviso ou sinal; ou d) **Praticando ato do qual possa resultar desastre; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.***

2 - (...)

3 - Se o perigo referido no número anterior for criado por negligência, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

*4 - **Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa.***

(Artigo 290.º, do Código Penal)

O artigo 290.º aplica-se fundamentalmente a atuações externas - atuações que vêm de fora e que são, seguramente, as implicadas nas alíneas a), b) e c) do n.º 1, também elas portadoras de perigo para a segurança dos transportes rodoviários. Pode ser: a destruição de sinais de trânsito, a danificação de semáforos, o **atravessamento da autoestrada com um rebanho de ovelhas**, o falso aviso ou sinal, etc.

Os n.ºs 2, 3 e 4 do artigo 290.º protegem a segurança da circulação automóvel e ao mesmo tempo os **bens** individuais que aí se descrevem: a vida, a integridade física, bens patrimoniais de valor elevado. Exige-se que o perigo se concretize: trata-se de **crime de perigo concreto**.

O comportamento lesivo da segurança rodoviária deverá reconduzir-se a uma das formas previstas nas várias alíneas do n.º1 deste artigo. De acordo com a alínea b) preenche o tipo legal quem coloque obstáculo ao funcionamento ou à circulação. Integra a colocação de obstáculo toda a intervenção na estrutura rodoviária adequada a obstruir ou a pôr em perigo o processo de circulação.

É suscetível de integrar este tipo legal por esta via, a conduta daquele que coloca arames de um lado ao outro da via, **que empurra animais** ou veículos motorizados para um caminho público, ou que coloca pregos numa autoestrada.

Finalmente a alínea d) abrange a prática de ato do qual possa resultar desastre. Também aqui se coloca a questão da natureza subsidiária desta alínea face às restantes, que inclui todas as intervenções perigosas para a segurança rodoviária, não subsumíveis às formas de realização das alíneas a), b) e c), desde que não se trate em todo o caso de manobras perigosas no âmbito da condução de veículos.

Faz parte dos elementos típicos a criação de um perigo concreto para a vida ou a integridade física de outrem ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado. Entre a lesão da segurança do transporte rodoviário e a criação do perigo concreto terá que interceder uma relação de causalidade, de tal forma que se possa dizer que o perigo resultou de uma perturbação do tráfego rodoviário provocada pela intervenção do agente.

O atentado à segurança do tráfego rodoviário pode ter lugar por omissão se sobre o agente incidir um especial dever jurídico de evitar o resultado.

O tipo legal em análise compreende várias **formas ou graus de realização**. Relativamente ao grupo de situações abrangidas pelo n.º 1, o dolo do agente terá que abranger todos os elementos do tipo legal objetivo, incluindo, por conseguinte, a própria criação do perigo.

Relativamente às hipóteses contempladas pelo n.º 3, a atuação do agente tem que ser dolosa relativamente à realização das várias formas de preenchimento do tipo legal, se bem que em relação à criação do perigo seja suficiente a existência de negligência da sua parte.

O n.º 4 abrange todos aqueles casos em que, quer as várias formas de conduta descritas no n.º 1, quer a criação do perigo, são negligentes.

2.6. Da problemática do concurso de crimes nos casos de ofensa à integridade física

A "clonagem" incompleta dos tipos-base, residentes no Código Penal, em favor de um "nicho de punibilidade", com individualização normativa de pormenor, conduziu a uma complexa teia de complementaridades, sobreposições e justaposições, com as normas penais que protegem a integridade pessoal e o perigo para a vida, havendo quem, perante a densa "neblina normativa", questione a autonomização, como faz a Fernanda Palma.

As questões de concurso podem ser agregadas em **dois grupos autónomos**, entre a ação dolosa e a negligente. Por um lado, **sendo a conduta dolosa**, a questão do concurso coloca-se entre o crime de ofensas à integridade física dolosas (artigo 32.º, do DL 315/2009), ofensa à integridade física simples (artigo 143.º, n.º 1, do Código Penal), ofensa à integridade física grave (artigo 144.º, do Código Penal), ofensa à integridade física qualificada simples [artigo 145.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal] e ofensa à integridade física qualificada grave [artigo 145.º n.º 1, alínea a), do Código Penal].

Por outro, **sendo a conduta negligente**, entre o crime de ofensas à integridade física graves negligentes (artigo 33.º, do DL 315/2009), o crime de ofensa à integridade física grave por negligência (artigo 148.º, n.º 3, do Código Penal) e a contraordenação [alínea r) do n.º 1 do artigo 38.º, do DL 315/2009) - a "*não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves*".

Na primeira constelação problemática, relativa aos factos dolosos, o concurso de normas deve ser resolvido tendo em atenção que o novo regime visa reforçar a proteção dos bens jurídicos e a confiança comunitária, sem ter revogado expressamente nenhuma norma do Código Penal visa, tendencialmente, a implementação de um regime especial para as ofensas cometidas com animal.

A ofensa simples à integridade física, na forma tentada, cometida com animal, só é punível pelo crime previsto no artigo 32.º, n.º 1, não se colocando sequer a questão de concurso com o artigo 143.º, n.º 1, do Código Penal (neste a tentativa não é punível).

A ofensa simples à integridade física, consumada, cometida com animal, é punida pelo crime previsto no n.º 1 do artigo 32.º (*lex specialis*), cujo procedimento não carece de queixa, prevalecendo sobre a norma geral do artigo 143.º, n.º 1. Exclui o tipo geral por especialidade, pelo que não se verificando a plenitude do ilícito-típico específico, será eventualmente punível de acordo com o tipo geral, previsto no artigo 143.º, n.º 1, do Código Penal.

A ofensa grave à integridade física cometida com animal, é punida pelo n.º 2 do artigo 32.º (*lex specialis*), que exclui os artigos 143.º, n.º 1 e 144.º, do Código Penal, embora em clonagem perfeita, acaba por recuperar, na remissão parcial, o conteúdo do resultado previsto naquele artigo 144.º.

A ofensa à integridade física, qualificada pela culpa, cometida com animal, é punida pelo crime

previsto pelo artigo 145.º, n.º 1, alínea a) e b), com referência ao artigo 143.º, n.º 1 e ao artigo 144.º, todos do Código Penal, quando a ofensa seja simples ou grave, respetivamente (v.g. foi utilizado meio particularmente perigoso: um "animal perigoso" no sentido do regime específico - artigo 132.º, n.º 2, alínea h), *ex vi* artigo 145.º, n.º 2, ambos do CP).

Na segunda constelação problemática, relativa aos factos negligentes, há igualmente que ter em atenção que o novo regime tende a reforçar a proteção dos bens jurídicos e a confiança comunitária, sem ter revogado expressamente nenhuma norma do Código Penal visa, tendencialmente, a implementação de um regime especial para as ofensas graves provocadas por animal a que deu azo uma conduta negligente. No Decreto-Lei 315/2009 manteve-se a graduação punitiva e inovou-se quanto à natureza procedimental pública da promoção penal.

O crime do artigo 148.º, n.º 3, do Código Penal (ofensa grave), é *lex specialis* face ao do n.º 1 (ofensa simples); o crime previsto no artigo 33.º, do DL 315/2009 é *lex specialis* face ao artigo 148.º, n.º 3, do Código Penal e a contraordenação prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea r) do DL 315/2009 é subsidiária face ao artigo 148.º n.º 1 do Código Penal. Assim podemos dividir as situações de concurso de normas, em três níveis:

- A ofensa simples à integridade física por negligência, sem queixa, é sancionada pela contraordenação, prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea r), do DL 315/2009, subsidiária face ao artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal. A contraordenação inova, por prever o dano ao invés do mero perigo de lesão (como sucedia anteriormente), visando evitar que estas condutas fiquem descobertas de proteção apenas porque o ofendido optou por abdicar do procedimento criminal;

- A ofensa simples à integridade física por negligência, com queixa, é punida pelo artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal, excluindo a contraordenação, prevista no artigo 38.º, n.º 1, alínea r) do DL 315/2009, por subsidiariedade (*ex vi* artigo 36.º, n.º 3). A única alternativa a este entendimento, indefensável por colidir frontalmente com a enunciada *ratio legis* e a *mens legislatoris*, seria a descriminalização das ofensas simples negligentes, nestes casos em que um animal é a fonte do perigo, mediante degradação sancionatória para aquela contraordenação (em sentido inverso vai uma decisão proferida pelo Tribunal da Relação de Évora, em 05.06.2012, no âmbito do processo 193/10.9GACTX.E1);

- A ofensa grave à integridade física negligente é punida pelo artigo 33.º que é *lex specialis* face ao artigo 148.º, n.º 3, do CP, cuja principal diferença que traz é a natureza procedimental pública da infração.

Quanto às contraordenações em que o agente pode incorrer, em regra, verifica-se uma situação de concurso aparente **quando o mesmo facto constitua crime e contraordenação**, sendo o seu autor punido apenas pelo crime (artigo 36.º, n.º 3, do DL 315/2009). No entanto, o concurso já será efetivo, face àquelas normas de cuidado, detenção e circulação do animal, autónomas, embora com conexão objetiva ou subjetiva, que não se integram na mesma unidade de ação.

No caso de concurso aparente entre crime e contraordenação, sendo o seu autor punido apenas pelo crime, poderão ser-lhe aplicadas as sanções acessórias previstas para a infração criminal ou para a infração contraordenacional. Designadamente, são aplicáveis as sanções acessórias previstas no DL 315/2009, como as previstas no artigo 69.º, do DL 276/2001.

3. Prática

Efetuada este “percurso” pelos crimes em que pode ocorrer o condutor, dono e/ou terceiro que tenha a seu cuidado um animal, seja ele perigoso ou não, importará agora fazer uma breve incursão pelas mais recentes decisões dos nossos tribunais superiores sobre esta matéria, todas disponíveis em www.dgsi.pt. Apesar de existirem inúmeras decisões em matéria de responsabilidade civil, cingir-nos-emos às proferidas no âmbito de recurso penal.

Supremo Tribunal de Justiça:

- **Acórdão de 27.01.2011** (processo n.º 81/04.8GACDR.P2-S1):

Ao chegar ao Km 75 o arguido foi surpreendido pelo surgimento repentino de animais de raça caprina que invadiram cerca de 2 metros da faixa de rodagem onde aquele seguia. Tais animais vinham de um carreiro descendente em terra batida, que desemboca diretamente na estrada, encontrando-se tal carreiro, à data dos factos, tapado por pedras e arvoredo para quem circulava no sentido de trânsito do arguido. M tomava conta dos animais.

O arguido, para não atropelar os animais, guinou o volante para a esquerda, perdendo o controlo do veículo, transpondo a linha contínua e invadindo a via de trânsito reservada à circulação em sentido contrário. Ato contínuo, embateu com a parte da frente do seu veículo, a meio, no corpo de M, projetando-a para a berma da via de trânsito no sentido ..., continuou a sua marcha, invadiu essa berma esquerda e caiu numa ribanceira com cerca de 100 metros de altura. M apresentava uma taxa de álcool no sangue de 1,81g/l.

- **Acórdão de 24.05.2011** (processo n.º 167/07.7PBSNT.L1.S1):

(...) IV. O cão de raça rottweiler está rotulado na lista dos que se refere a al. b) do artigo 2.º do DL 312/2003, de 17.12 e o anexo da Portaria 422/2004, de 24.04, de particularmente perigoso, ao proceder-se à distinção entre animais perigosos e potencialmente perigosos.

V. Animal potencialmente perigoso é qualquer animal que, devido às características da espécie, comportamento agressivo, tamanho ou potência de mandíbula, possa causar lesão ou morte a pessoas ou outros animais, nomeadamente os cães pertencentes às raças que venham a ser incluídas em portaria, bem como os cruzamentos de primeira geração destas, os cruzamentos destas entre si ou cruzamentos destas com outras raças, obtendo assim uma tipologia semelhante a algumas das raças ali referidas.

VI. O detentor de um animal particularmente perigoso tem o dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e animais; a sua circulação não é livre na via pública ou em lugares públicos, devendo sempre ser conduzido por detentor maior de 16 anos, com meios de contenção adequados impeditivos de comer ou morder e, devidamente seguro com trela curta, até 1 m de comprimento e presa ao peito ou coleira.

VII. A responsabilidade civil enxertada na ação penal, baseada em danos causados por animais tem por fundamento, desde logo, o preceituado no artigo 493.º, n.º 1, do CC, que lança sobre o encarregado da vigilância de quaisquer animais, uma presunção de culpa, só ilidível pela prova de que nenhuma culpa houve da parte do agente ou que os danos sempre se teriam igualmente produzido ainda que houvesse culpa sua.

Tribunal da Relação do Porto:

- **Acórdão de 27.06.2007** (processo n.º 0712060):

Comete o crime previsto e punido pelo artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal, o arguido que permitiu que o seu cão, da raça Rottweiler, circulasse sozinho pelas ruas, sem açaime ou qualquer vigilância, sem que tenha previsto, como podia e devia, que o mesmo poderia provocar, como provocou, lesões corporais na ofendida que circulava na via pública.

- **Acórdão de 10.10.2007** (processo n.º 0743233):

Comete, por omissão, o crime de ofensa à integridade física por negligência do n.º 1 do artigo 148.º do Código Penal aquele que passeia com um seu cão da raça “pastor alemão” num local público, onde também passeiam outras pessoas, e não impede, por falta de cuidado, que o cão salte sobre uma dessas pessoas, provocando-lhe ferimentos.

- **Acórdão de 09.04.2008** (processo n.º 0714106):

I. No caso de detenção de animais de companhia, impende sobre o respetivo detentor um especial dever de vigilância de forma a evitar que do comportamento daqueles animais advenha risco para a vida ou a integridade física de outras pessoas (e animais).

II. Na eventualidade de o animal causar danos na integridade física de uma pessoa, o detentor só será penalmente responsabilizado se não tiver exercido devidamente o seu dever de vigilância, não tendo previsto o evento ou, tendo-o previsto, confiado que ele se não viesse a verificar, quando o podia e devia ter previsto e, conseqüentemente, evitado o evento.

Tribunal da Relação de Lisboa:

- **Acórdão de 12.12.2006** (processo n.º 9589/06):

(...) II. No caso dos delitos por omissão imprópria, essencial é que sobre o omitente recaia um dever jurídico de garante pela não produção do resultado, dever jurídico esse que é elemento integrante da tipicidade.

III. Ora, como proprietário dos cães, sobre o arguido recaía o dever especial de os vigiar, de forma a evitar que os mesmos pusessem em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas, dever esse expressamente consagrado quer no artigo 6.º do DL 276/01, de 17 de outubro, quer do DL 312/03, de 17 de dezembro, sendo que no artigo 7.º deste último diploma se concretiza a obrigação de, em relação a animais perigosos, ou potencialmente perigosos, serem adotadas medidas de segurança reforçadas e de afixação em local bem visível de placa de aviso de presença e perigosidade do animal.

IV. O cão de raça “rottweiler”, pelas suas especificidades ráticas - em particular, tamanho, robustez e potência de mandíbula - é um cão temido pela generalidade das pessoas e tido como potencialmente perigoso, qualificação que lhe foi atribuída pelo anexo à Portaria n.º422/04, de 24.04.

V. Ao se ausentar para a Madeira, por vários dias, deixando os cães soltos na sua propriedade, impunha-se que o arguido tivesse esta vedada para que não fosse possível os cães dela saírem só pela sua própria ação ou por intervenção fácil de um terceiro, não podendo ser aceite como suficiente um portão que pode ser vergado pela força dos animais ou que não está dotado de cadeado que impeça a sua fácil abertura por qualquer pessoa.

VI. Impunha-se que o arguido tivesse incumbido alguém de vigiar os cães regularmente – sendo que o mesmo só contratara os serviços de uma pessoa, apenas para tratamento dos mesmos, o que implicaria deslocação ao local apenas mais de 36 horas após os factos –, pois não seria de excluir a hipótese de surgir algum evento, da própria natureza ou provocado involuntariamente por terceiro, nomeadamente incêndio ou acidente de viação, que causasse destruição da vedação e permitisse a saída dos animais.

VII. Tendo o ofendido sido atacado, na via pública, pelos cães pertencentes ao arguido que, provenientes da aludida propriedade, o morderam, em várias regiões do corpo, e não existindo quaisquer indícios de ação humana no desencadear do evento (isto é, na abertura do portão da propriedade onde os cães deviam permanecer fechados), deve o arguido ser pronunciado por crime de ofensa à integridade física por negligência.

• **Acórdão de 11.04.2007** (processo n.º 8059/2006-3):

I. É de manter a pena de (...) por crime de ofensa à integridade física previsto e punido pelo artigo 148.º, n.º 1, do Código Penal ao arguido que deteve um cão em local público sem açaímo ou trela, não tendo, por isso, evitado que o animal provocasse a queda de um motociclista e ainda que lhe mordesse um braço (...).

Tribunal da Relação de Évora:

- **Acórdão de 05.06.2012** (processo n.º 193/10.9GACTX.E1):

Com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de outubro, que aprovou o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, enquanto animais de companhia, passou a constituir contraordenação, previsto e punido pelo artigo 38.º, n.º1, al. r), «a não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves», não integrando tal conduta a prática do crime, e punido pelo artigo 148.º, n.º1 do Código Penal.

- **Acórdão de 10.12.2013** (processo n.º 30/03.0TASTR.E2):

I. O tipo objetivo negligente, nos crimes materiais ou de resultado, inclui a violação de dever objetivo de cuidado, a produção de um resultado típico e a imputação objetiva desse mesmo resultado típico.

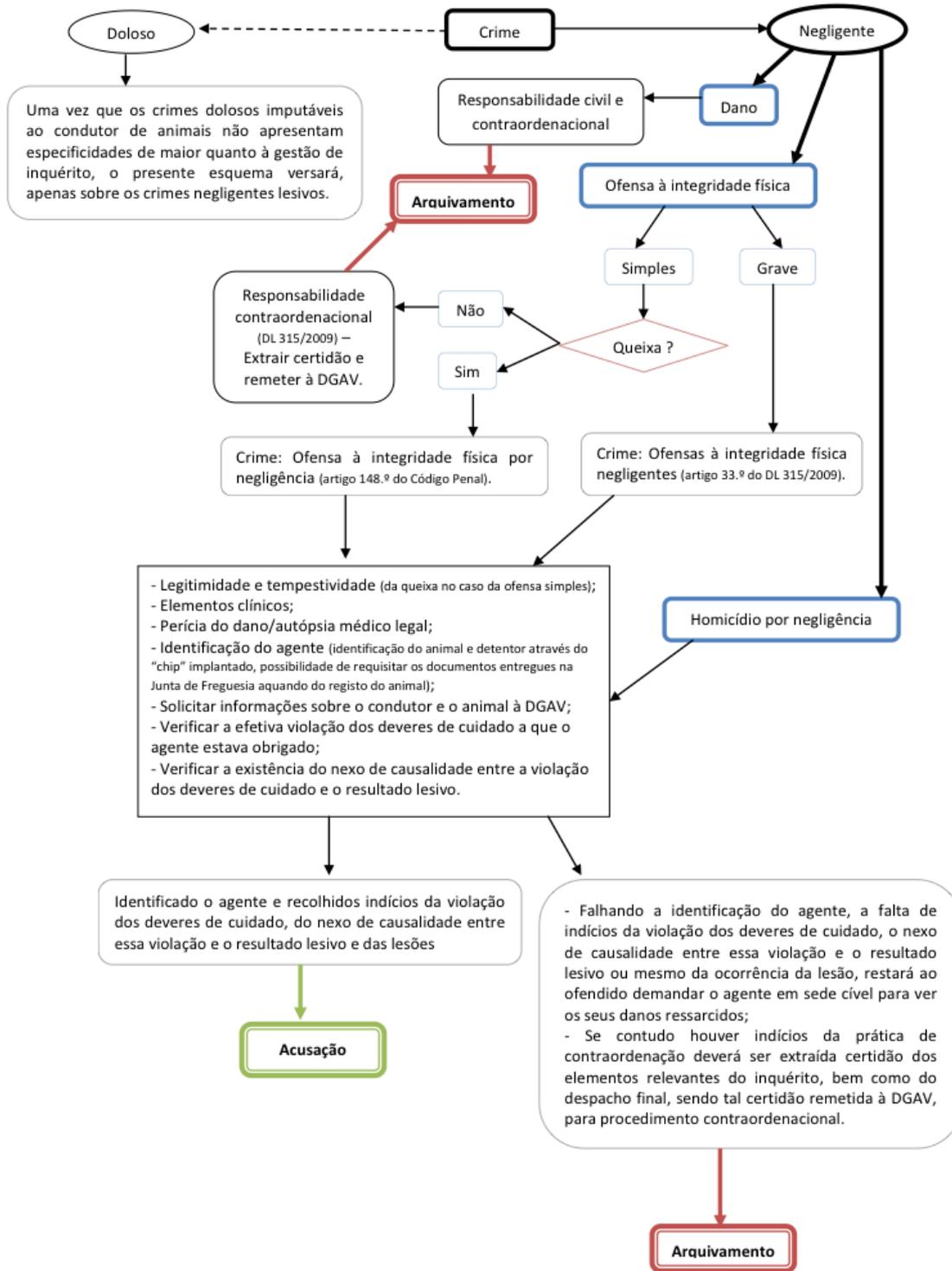
II. A imputação objetiva do resultado implica causalidade conforme às leis científico-naturais, previsibilidade objetiva, de acordo com um critério de «causalidade adequada» (artigo 10.º, do Código Penal) e concretização do risco proibido criado, potenciado ou não diminuído no resultado.

3. Gestão de inquérito

Em termos comparativos com os “habituais” crimes previstos no Código Penal, a gestão de inquérito no caso particular dos crimes imputáveis ao detentor de um animal, não apresenta especiais particularidades.

É transversal a toda a criminalidade a necessidade de levar a cabo uma gestão de inquérito célere, inovadora e com recurso às novas tecnologias, bases de dados e meios de comunicação. A par disso, revela-se ainda fundamental uma boa relação comunicacional entre os magistrados que dirigem os inquéritos e os “investigadores de campo”, sejam órgãos de polícia criminal ou funcionários judiciais.

Perante o que acabámos de referir, que se aplica naturalmente a todos os crimes referidos no ponto 2.5, parece-nos mais útil a esquematização das situações que suscitam maiores dúvidas, quais sejam, os crimes negligentes, nomeadamente os que resultam em ofensa à integridade física, o que faremos.



IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

[Bases Jurídico-Documentais](#)

[Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa](#)

[Centro de Estudos Judiciários](#)

[Direção Geral de Alimentação e Veterinária](#)

Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Fernando, “A Hora dos Direitos dos Animais”, Coimbra, Edições Almedina, 2003.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2.ª Edição atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.
- CORREIA, Eduardo, “Direito Criminal”, Volume I, reimpressão, Coimbra, Edições Almedina, 2014.
- COSTA, António Pereira da, “Dos Animais – O Direito e os Direitos”, 1.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 1998, p.72.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “Velhos e Novos Problemas da Negligência”, in “Temas Básicos da Doutrina Penal”, Coimbra, 2001, p. 365.
- DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- DIAS, Jorge de Figueiredo Dias, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo II, 1.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- FERNANDES, Plácido Mariano Conde de Sousa Rodrigues, *in* Comentário das Leis Penais Extravagantes, 1.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pp. 275-320.
- GARCIA, M. Miguez, “O Risco de Comer uma Sopa e Outros Casos de Direito Penal. I – Elementos da Parte Geral”, 1.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2012.
- GODINHO, Adriano Marteleto, “A responsabilidade do transportador rodoviário de mercadorias” *in* “Temas de Direito dos Transportes”, Volume I, Coimbra, Edições Almedina, 2010, pp. 129-132.

- LEITE, Fátima Correia, “Regime Jurídico dos animais de companhia”, 1.ª Edição, Coimbra, Edições Almedina, 2004.
- PALMA, Fernanda, Parecer do Conselho Superior do Ministério Público relativo à Proposta de Lei n.º 224/X, DAR, II Série A, n.º 149, de 4 de Julho de 2009, pp. 7-9.

V. Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

30º Curso - Apresentação de Trabalhos Temáticos

Condução de animais

Grupo 6

Sala de vídeo do Centro de Estudos Judiciários, 27.05.2014 15:30

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw1na/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CONDUÇÃO DE ANIMAIS. RESPONSABILIDADE PENAL DO CONDUTOR/DONO/TERCEIRO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO DO INQUÉRITO.

José David Matias

I. Introdução. II. Objectivos. III. Resumo.

1. Enquadramento do tema e evolução histórica; **1.1.** Condução de animais.

2. O DL 315/2009, de 29/10; **2.1.** A relevância do DL 315/2009, de 29/10; **2.2.** Condutas dolosas; **2.2.1.** O incitamento; **2.2.2.** Crime omissivo; **2.2.3.** Dano e furto; **2.3.** Os crimes negligentes – (in)cumprimento dos deveres de vigilância e cuidado; **2.3.1.** O crime de ofensas negligentes graves – art.º 33.º DL 315/2009; **2.3.2.** As ofensas negligentes simples – crime ou contra-ordenação?; **2.4.** Das condições da circulação.

3. Da condução de animais – como meio de transporte; **3.1.** Dos animais como meio de transporte; **3.2.** Acidentes de viação; **3.3.** Ingestão de álcool, animais e via pública; **3.3.1.** Do crime de desobediência – art.º 152.º, n.º3 do CE e 248.º, n.º 1, al. a) do CP; **3.3.2.** Dos crimes do art.º 291.º e 292.º do Código Penal.

4. Da prática e gestão do inquérito; **4.1.** Da notícia do crime e da delegação de competências de investigação; **4.2.** Da prova; **4.3.** Do destino do animal agressor.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas. **V.** Vídeo.

I. Introdução

O presente trabalho incidirá sobre a condução de animais e a responsabilidade penal do condutor, do dono e de terceiro.

Numa primeira parte procederemos ao enquadramento do tema, explicitando o ponto de partida para a análise, a qual radica nos vários significados da palavra condução e salientar que a abordagem centrar-se-á no animal, não enquanto merecedor de tutela jurídica, mas enquanto instrumento de crime.

No segundo capítulo, temos como ponto central da nossa análise o DL 315/2009, de 29/10, partindo deste para a descrição dos tipos de crime aí redigidos, sem esquecer os constantes do Código Penal (doravante CP): numa primeira parte, analisaremos as condutas dolosas; na segunda, as negligentes, mas sempre com o animal como meio para a concretização da lesão, causada pelas suas próprias características.

É nesta segunda parte do segundo capítulo que se localiza aquilo que entendemos como o ponto nevrálgico do nosso artigo, ou seja, a análise jurídica da subsunção das ofensas simples negligentes ou a ao tipo de crime do art.º 148.º do CP ou à contra-ordenação previsto no art.º 38.º, n.º 1, al. r) do DL 315/2009.

No terceiro capítulo, encaminharemos o leitor para os crimes envolvendo o animal enquanto meio de transporte, susceptível de ser conduzido na via pública, realçando apenas os aspectos em que a condução do animal implique especificidades próprias.

Por último, no capítulo 4, exporemos várias propostas de gestão e de condução do inquérito e com relevo para os conteúdos que entendemos essenciais apurar numa investigação deste tipo de crime.

II. Objectivos

O presente trabalho dirige-se aos juristas, nomeadamente Magistrados do Ministério Público e da Magistratura Judicial, Advogados e Órgãos de Polícia Criminal.

Não se terá a preocupação de aprofundar temas e conceitos comuns a todos os tipos de crime, mas sobretudo realçar as características específicas da utilização dos animais e as suas consequências penais, em virtude de nos mesmos radicar uma fonte de perigo constante, cujo controlo é exigível.

Na vertente destinada à abordagem da situação dos animais enquanto meio de transporte, apenas desejamos realçar pontos concretos de envolvimento da condução de animais, definindo os contornos das definições de “animal” e de “veículo” para aplicação das normas rodoviárias, realçando pontos específicos que o conceito de “animal” implica.

O capítulo 4 dedicado à prática e gestão de inquérito está direccionada para os profissionais forenses, contendo várias sugestões de recolha de elementos essenciais para a descrição e suporte da factualidade.

III. Resumo

A expressão “**condução**” significa acto de conduzir, levar, transportar, servir de condutor a, encaminhar, estar ou ter capacidade para comandar um veículo, guiar, dirigir. Desta definição partimos para a análise das várias hipóteses envolvendo actos de condução do animal, quer nas suas vertentes de controlo e vigilância, quer enquanto meio de transporte.

A detenção de um animal enquanto fonte de perigo conduziu a que o legislador redigisse o DL 315/2009, visando reforçar o poder de intervenção pública do Estado e alargando a punição a condutas não anteriormente abrangidas.

Assim, atribuiu carácter público ao crime de ofensas à integridade física simples dolosa e aos crimes de ofensas à integridade física negligentes, simples e graves, prevendo, ainda, a figura da tentativa para as primeiras.

Todavia, na senda modificadora em que caiu, o legislador abriu flanco para a dúvida, deparando-se com a criação nos Tribunais de duas respostas alternativas à mesma pergunta: A ofensa à integridade física na forma negligente é crime ou contra-ordenação?

No capítulo 2, ensaiaremos uma resposta a essa questão, com a descrição da problemática e dos vários argumentos a favor de uma e doutra, culminando na assunção da punição pelo crime do art.º 148.º do Código Penal.

No capítulo 3, abordou-se um dos outros significados do termo condução, encarando-se o animal como meio de transporte.

O capítulo 4 fornece várias sugestões para diligências a empreender e matérias a abordar na investigação de crimes envolvendo animais, enquanto fonte de perigo.

1. Enquadramento do tema e Evolução Histórica

1.1. Condução de animais

O termo “condução” significa acto de conduzir, levar, transportar, servir de condutor a, encaminhar, estar ou ter capacidade para comandar um veículo, guiar, dirigir (www.priberam.pt).

No trajecto que a seguir delinearemos incidiremos a nossa abordagem sobre actos típicos penalmente ilícitos em que sejam intervenientes animais, desde que este envolvimento se traduza sob a forma de instrumento para o crime e não enquanto objecto imediato do mesmo. Não pretendemos dirigir a nossa investigação para caminhos que desemboquem no tratamento dos direitos dos animais ou enquanto objectos de relações jurídicas civilísticas, como ressalta do conteúdo do Projecto de Lei n.º 173/XII/1.^a que altera o Código Civil, estabelecendo um estatuto jurídico dos animais.

Assim, interessar-nos-ão casos como o de Vira Chudenko, de 59 anos, que se deslocava, cerca das 07h00, para o local de trabalho quando foi atacada por quatro cães, vindo a falecer devido aos ferimentos (www.publico.pt).

1.2. Evolução histórica

Da História ressumbram registos de condenação de animais pela prática de determinados actos, sendo vistos como agentes do crime, podendo ser presos, julgados, condenados e mortos, em virtude dos actos a que deram origem.

A teoria da personificação dos animais, a sua ligação aos seus proprietários e, bem assim, as crenças relacionadas com a bruxaria que povoaram o pensamento até à Idade Média, foram factores que contribuiram para que se registassem casos como os seguintes: no ano de 864, a «Dieta de Worms decretou que um enxame de abelhas cujas picadas haviam causado a morte de um homem devia ser exterminado»¹; em 18 de Abril de 1499, em França, condenação na pena de enforcamento de um porco que matou uma criança, tendo os donos do animal sido condenados no pagamento de 16 francos por negligência; em 27 de Março de 1567, também

¹ Costa, António Pereira da, *Dos Animais (O Direito e os Direitos)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pág. 10.

em França, condenação na pena de enforcamento de um javali pela morte de uma rapariga de quatro meses de idade e proibição dos habitantes de permitir que esse tipo de animais se deslocasse livremente².

Com a evolução do conhecimento, assumiu-se que só o homem pode agir e ter consciência da ilicitude das suas condutas, pelo que no Direito Penal só o Homem pode ser agente de crimes, sendo os animais meros instrumentos para a prática dos mesmos. Baseando-se nessa consciência, o legislador português não deixou de se preocupar com as situações em que os animais intervêm na prática de crimes. Assim, analisaremos as condutas que envolvem animais, como instrumentos para a prática do crime.

2. O DL 315/2009, de 29/10

2.1. A relevância do DL 315/2009, de 29/10

Até à entrada em vigor do DL 315/2009, de 29/10 as lesões nos bens jurídicos através de condutas provocadas pela intervenção de animais eram integradas exclusivamente em normas do Código Penal (doravante CP).

Assim podia ser responsabilizado por homicídio o detentor ou o terceiro que incitava um animal, fazendo com que este atacasse uma pessoa, provocando a sua morte, resultado e conduta que foram previstos e queridos por aquele. A análise destes casos pouco difere para com as outras situações em que a arma utilizada é uma faca ou uma arma de fogo, podendo apenas salientar-se a possibilidade de considerar a qualificação do homicídio nos casos em que o animal utilizado tem natureza perigosa ou potencialmente perigosa (art.º 132.º, n.º1, al. h) do CP).

O legislador ao delinear o conteúdo do DL 315/2009, de 29/10 visou salientar o risco acrescido que é a fácil perda de controlo de uma fonte de perigo que tem alguma autonomia em relação ao agente humano, tendo sentido a necessidade de delimitar os tipos de ofensas corporais por referência ao Código Penal (Palma, Fernanda, em Parecer do Conselho Superior do Ministério Público relativo à Proposta de Lei n.º 224/X, apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, DAR, II Serie A, n.º 149, de 4 de Julho de 2009, pp. 7-9).

Assim, sucintamente, ressuma do referido Decreto-Lei que comparativamente com as normas constantes do Código Penal, presencia-se numas o decalque do tipo e da pena (art.º 32.º, n.º2 vs art.º 144.º do CP) e noutras a reprodução em diploma especial com o fito de tornar a tentativa punível (art.º 32.º, n.ºs 1 e 3 vs art.ºs 23.º, n.º1 e 143.º, n.º 1 do CP) ou atribuir carácter público às ofensas à integridade física simples.

Em suma, o diploma em questão procurou ser uma reacção aos sucessivos casos de ataques de animais e das consequências trágicas que produzem.

² E.P.Evans, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of animals*, 1906, disponível em <http://heinonline.org>, pág. 352 a 357.

Centraremos a nossa atenção na análise do referido decreto-lei porquanto o mesmo veio colocar em causa o modo como as ocorrências envolvendo animais vinham a ser tratadas na jurisprudência, tornando-se necessário esclarecer os novos aspectos da nova lei.

2.2. Condutas dolosas

Falamos neste ponto da utilização de animais como **instrumento** do crime, isto é, em que tenha havido **uma intervenção humana querida** – ou por acção ou omissão - nas condutas em que os animais foram incitados a atacar as vítimas ou em que não houve qualquer intervenção devida e decisiva por parte do responsável pelo animal no impedimento de tais actos.

Ainda que a principal preocupação deste capítulo seja a análise da perturbação gerada pela entrada em vigor do DL 315/2009, não deixaremos de aludir a casos em que a utilização do animal pelo seu detentor/proprietário ou terceiro foi querida e provocada por estes, por contraponto com as situações tratadas no ponto 2.3. em que há uma inobservância dos deveres de cuidados e de vigilância.

2.2.1. O Incitamento

Dispõe o Artigo 32.º (com a epígrafe “Ofensas à integridade física dolosas”) que «1 - Quem, servindo-se de animal por via do seu incitamento, ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa», sendo que «se as ofensas provocadas forem graves a pena é de 2 a 10 anos» (n.º 2). O n.º 3 refere que «a tentativa é punível», o que naturalmente tem incidência com o teor do n.º 1 (art.º 23.º, n.º1 do CP).

Não resultam substanciais diferenças de redacção comparativamente com as normas correspondentes do Código Penal.

O Bem jurídico protegido é idêntico, protegendo «a integridade pessoal, incluindo a saúde física e psíquica, na vertente de crime de dano exigindo a lesão efectiva desse bem jurídico, sendo a protecção agravada pela gravidade do resultado danoso e pelo resultado de perigo para a vida» (Conde Fernandes, *Comentário das Leis Penais Extravagantes – Volume 1*, coordenação Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, pág. 294).

O que distingue este tipo da norma do art.º 143.º do CP é a especial previsão do modo de execução, ou seja, em que o autor se serve de um animal através do seu incitamento, o qual «inclui no seu âmbito todas as ordens, palavras, vocábulos, ruídos, sons, gestos, imagens, contacto físico ou qualquer outra forma de expressão, que de acordo com a concreta natureza do animal, o seu temperamento, adestramento ou qualquer outro modo de condicionamento comportamental, sejam adequados a desencadear a agressão, mesmo se em concreto não o tenham sido» (Conde Fernandes, ob. Cit.).

O **agente do crime** será aquele que actuar de forma adequada e querida a incitar o animal ao ataque, não tendo necessariamente de ser o seu proprietário ou sequer o seu detentor.

Não obrante a incriminação estar inserida num diploma que aprova o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, o animal incitado poderá ser de qualquer espécie, perigosa ou não, salvaguardando-se as excepções previstas no art.º 2.º, n.º2 do DL 315/2009 e no art.º 1.º, n.º2 do DL 276/2001, de 17/10 (neste sentido, Conde Fernandes, ob. Cit., pág. 297).

A característica de animal perigoso ou potencialmente perigoso apenas poderá ser utilizada para a subsunção dos factos susceptíveis de consubstanciar a um crime de ofensa à integridade física, **qualificada pela culpa**, com a mobilização do art.º 145.º, n.º1, alíneas a) e b) e n.º 2, em conjugação com a alínea h) do n.º 2 do art.º 132.º do CP, entendendo-se o animal como um meio particularmente perigoso (nos termos do art.º 2.º, n.º2, alíneas b) e c) do DL 315/2009, de 29/10, e, também em conjugação com o teor da portaria 422/2004, de 24/04, neste caso para a listagem de cães de raça perigosa (em sentido concordante, Conde Fernandes, idem, pág. 305).

Por seu lado, a expressão «servindo-se de animal» incide sobre «a conduta de quem usa o risco de perigosidade e a capacidade ofensiva específica de um animal», não se pretendendo «incriminar a conduta de quem usa um animal como objecto de arremesso» (Parecer do Conselho Superior de Magistratura relativo à Proposta de Lei n.º 224/X, apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, DAR, II Serie A, n.º 149, de 4 de Julho de 2009, pp. 6; no mesmo sentido, Conde Fernandes, ob. cit. pág. 296-297).

No que diz respeito ao preenchimento do tipo de ilícito subjectivo concordamos com Conde Fernandes quando refere que a previsão do art.º 32.º não «exige uma formulação específica de dolo», admitindo-se qualquer modalidade de dolo (Conde Fernandes, ob. Cit., pág. 301; em sentido contrário, afastando a possibilidade de integração de dolo eventual, ver Fernanda Palma, ob. Cit., pág. 9).

Assim sendo, comete o crime de ofensas à integridade física, previsto e punido no art.º 32.º, n.º 1 quem, «fazendo-se acompanhar por dois cães de raça “Boxeur”, ao vê-los a correr em direcção à ofendida, os não demoveu, antes os incentivou a que a mordessem, vindo um deles a mordê-la na perna esquerda», sendo a palavra “incentivou” suficiente para descrever a actuação do arguido, não tendo qualquer sentido jurídico ou conclusivo e «é facilmente apreensível pelo cidadão comum» (ver Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, de 17-05-2006, rec. n.º 3480/05, rel. Cacilda Sena, in Col. Jur. XXXI, III, pág. 47).

2.2.2. Crime Omissivo

Questão controversa é saber se a expressão “servindo-se de animal” permite que se estenda a aplicação do art.º 32.º a actos em que haja um comportamento omissivo do dono do cão como

quando este «assiste, impávido, à perseguição que este enceta a uma pessoa incitado por terceiro ou movido por instinto próprio nada fazendo para impedir que o animal morda essa pessoa, o que vem a suceder quando podia simplesmente chamá-lo e agarrá-lo, pois não diminuiu ou eliminou o perigo para a integridade física de terceiro como lhe competia» (Conde Fernandes, ob. cit., pág. 299).

Fernanda Palma defende que o art.º 32.º parece não pretender cobrir uma conduta omissiva «em que o agente não controle o animal, limitando-se a não impedir dolosamente que o animal provoque ofensas corporais» (Fernanda Palma, ob. Cit. fls. 9).

Não obstante tratar-se de um crime de execução vinculada (por meio da utilização de animal), é possível proceder à equiparação às condutas omissivas mobilizando-se o art.º 10.º do CP (neste sentido, Conde Fernandes, ob. Cit. pág. 299).

Essencial é que sobre o agente recaia um dever de agir, de garantir o controlo da fonte de perigo, neste caso o animal e evitar que o mesmo fira bens jurídicos alheios.

A posição de garante no que diz respeito ao proprietário/ detentor de animais decorre desde logo da lei, designadamente dos artigos 502.º do Código Civil, 6.º do DL 276/2001, de 17/10, e 11.º do DL 315/2009, de 29/10.

Exige-se, ainda, para mobilização do art.º 10.º que o detentor do animal não tenha adoptado todas as acções adequadas e necessárias a debelar o perigo (o que é tradução do dolo de ofensa) e que o não agir tenha sido adequado e decisivo para a concretização do dano (nexo de imputação objectiva).

Outro fundamento para a posição de garante decorre desde logo do dever de fiscalização de fontes de perigo, ou seja, quem exerce «um poder de disposição sobre um âmbito de domínio ou sobre um lugar determinado que se encontram acessíveis a outras pessoas, deve também dominar os riscos que para estas podem resultar de estados ou de situações perigosas» (Figueiredo Dias, Jorge de, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime - Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 947).

2.2.3. Dano e Furto

Uma situação que surge com alguma frequência em zonas rurais é aquela em que um proprietário de um rebanho conduz o mesmo a entrar numa propriedade alheia, com o objectivo de fazer com que os animais se alimentem de erva aí existente.

Nesse caso, estamos perante a prática de factos susceptíveis de consubstanciar a prática de um crime de furto, como bem decidiu o Tribunal da Relação do Porto de 18-03-1998, proc. 56/98, rel. Dias Ferreira, in CJ XXIII, II, pág. 235.

Ao invés, o crime seria de dano «se, por exemplo, o gado, em vez de se alimentar, apenas pisasse uma sementeira de modo a inutilizá-la ou mesmo na hipótese de os animais terem

comido uma plantação de flores, que não são próprias para a sua alimentação» (Pereira da Costa, ob. cit. pág. 85).

De salientar que nos casos em que o detentor que, violando as normas do art.º 12.º e 13.º do DL 315/2009, permitir que o seu animal ataque e morda um outro animal, tal conduta não consubstancia o crime de dano, atendendo a que este apenas comporta a forma dolosa (art.º 212.º e art.º 13.º do CP).

2.3. Os crimes negligentes – (in)Cumprimento dos Deveres de Vigilância e Cuidado

Se do incumprimento desses deveres de vigilância e cuidado resultar a morte de outra pessoa, poderá a mesma consubstanciar a prática de um crime de homicídio negligente, previsto e punido pelo art.º 137.º do CP, não prevendo o DL 315/2009 qualquer norma especial para tal situação.

Todavia, quando estão em causa ofensas graves, dispõe o art.º 33.º do DL 315/2009 que comete o crime em apreço quem viola o «cuidado a que o detentor do animal está obrigado, de acordo com o conhecimento e as capacidades do homem médio, cuja inobservância conduziu à produção de uma ofensa grave no corpo ou na saúde de outra pessoa, nas dimensões física e psicológica» (Conde Fernandes, ob. Cit. pág. 309).

O dever de cuidado exigível ao detentor ou ao proprietário do animal varia consoante a perigosidade do animal e a sua natureza (neste sentido, Conde Fernandes, ob. Cit. pág. 311).

Quer no crime previsto no art.º 33.º, quer nos art.ºs 137.º e 148.º do CP, o agente será o detentor do animal, a quem incumbe um dever objectivo de cuidado. Nos termos do art.º 3.º, al. f) do DL 315/2009 assume a qualidade de «“Detentor” qualquer pessoa singular, maior de 16 anos, sobre a qual recai o dever de vigilância de um animal perigoso ou potencialmente perigoso para efeitos de criação, reprodução, manutenção, acomodação ou utilização, com ou sem fins comerciais, ou que o tenha sob a sua guarda, mesmo que a título temporário» (no mesmo sentido, ver alínea v) do n.º1, do art.º 2.º do DL 276/2001, de 17/10).

Assim, o detentor não terá de ser necessariamente o proprietário do animal, bastando tê-lo sob a sua guarda, mesmo que a título temporário.

Ora, resulta do art.º 6.º do DL 276/2001, de 17/10 que «incumbe ao detentor do animal o dever especial de o cuidar, de forma a não pôr em causa os parâmetros de bem-estar, bem como de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e animais».

Por sua vez, no art.º 11.º do DL 315/2009 «o detentor de animal perigoso ou potencialmente perigoso fica obrigado ao dever especial de o vigiar, de forma a evitar que este ponha em risco a vida ou a integridade física de outras pessoas e de outros animais».

Assim, o dever objectivo de cuidado resulta não só dessas regras jurídicas, mas também das «regras prudenciais ou nos usos de convivência social, que qualquer pessoa sabe que tem de observar quando assume a responsabilidade de ter um animal a seu cargo» (Conde Fernandes, ob. cit., pág. 310).

Assim, poderá importar a comprovação da existência de uma violação de um dever objectivo de cuidado quando o detentor do animal não respeite as indicações dos artigos 12.º e 13.º do DL 315/2009, no caso de se tratar de animais perigosos ou potencialmente perigosos nos termos do art.º 3.º, alíneas b) e c) do referido diploma.

Já no que diz respeito aos restantes animais, apenas resulta a existência de normas específicas quanto à sua circulação, como por exemplo o art.º 7.º, n.ºs 1 e 2 do DL 314/2003, de 17/12 e o Art.º 10.º, n.º3 do DL 276/2001.

De realçar a existência da Portaria 972/98, de 16/11 que prevê as normas relativas à utilização de canídeos pelas entidades de segurança privada, estabelecendo regras próprias, como por exemplo quanto ao comprimento da trela (art.º 2.º do referido diploma).

Pese embora os artigos 12.º e 13.º acima referidos se destinem aos animais perigosos ou potencialmente perigosos, as mesmas podem ajudar a densificar o conceito e a medida do dever objectivo de cuidado a que estão adstritos os detentores dos restantes animais de companhia.

Ainda de realçar que, no que diz respeito a um animal não perigoso nos termos do DL 315/2009, as exigências de cuidado e de vigilância deverão ter em conta o carácter específico da cada animal em concreto e não ter por base concepções genéricas sobre, por exemplo, uma qualquer raça de cão (neste sentido, Conde Fernandes, ob. cit. pág. 311), como o fez o Ac. do Tribunal da Relação do Porto de 10-10-2007 (processo n.º 0743233, rel. Ernesto Nascimento, www.dgsi.pt) ao atribuir uma perigosidade potencial a um cão de raça Pastor Alemão, que não estava incluído na lista definida pela portaria 422/2004, de 24 de Abril.

Não se quer com isto dizer que, na determinação da existência de um dever objectivo de cuidado e do grau de conhecimento que o detentor teria de ter sobre a necessidade de vigiar e cuidar o animal, devemos postergar os conhecimentos adquiridos sobre uma determinada raça de animais. Tal é essencial, como aliás foi realçado no Ac. do STJ de 24-05-2011 (proc. 167/07.7PBSNT. L1.S1, rel. Armindo Monteiro, disponível em www.dgsi.pt) que decidiu que o detentor do cão de raça Rottweiler não podia «ignorar esta realidade, de todos conhecida, que não escapa ao homem médio, que lhe associa consequências típicas, por efeito directo e necessário da sua circulação sem controle, que, pela sua frequência, levou o legislador a intervir, estabelecendo, ainda, e complementarmente às já mencionadas, a obrigatoriedade de seguro de qualquer animal perigoso ou potencialmente perigoso».

Noutro plano, torna-se essencial conhecer o comportamento concreto do animal noutras situações passadas e, bem assim, quais as suas características físicas específicas, nomeadamente tamanho, corpulência, capacidade de salto, obediência.

E isto tem importância, também, para a análise de casos em que, por exemplo, o detentor do animal perigoso ou potencialmente perigoso respeita as exigências do sobredito artigo 12.º, n.º2, alíneas a), b) e c) e, ainda assim, o animal ultrapassa tais barreiras e morde um transeunte que por ali se deslocava. Ora, tendo o detentor tomado todos os cuidados exigíveis de segurança não ocorreu a violação do dever objectivo de cuidado para efeitos de preenchimento do tipo negligente de ilícito. Todavia, a decisão terá de ser contrária caso se prove que o detentor tinha perfeito conhecimento que o animal já tinha saltado a vedação noutras ocasiões e, não obstante sabê-lo, não adaptou as condições de protecção às características concretas do animal em questão.

Quanto aos restantes animais não perigosos ou não potencialmente perigosos, a extensão do feixe de deveres de cuidados e vigilância deve ser calculada tendo por base o caso concreto, como, por exemplo, foi correctamente ponderado no Ac. da Relação do Porto de 8 de Junho de 2005, no qual se concluiu que «não comete o crime de ofensa à integridade física por negligência aquele que, nuns terrenos de uma sua oficina de reparação de automóveis, tem um cão preso por uma corrente, cuja existência está anunciada em, pelo menos, duas placas com os dizeres “cuidado com o cão”, o qual mordeu um indivíduo que ali se introduziu numa altura em que a oficina se não encontrava em laboração e que, desse modo, sofreu ferimentos» (Proc. N.º 2080/05, rel. Fernando Monterroso, in CJ, XXX, III, pág. 210). No acórdão não ficou provada a raça do cão, tendo-se entendido que as lesões foram «imputáveis à imprevidência ou distração do queixoso, que não tomou na devida conta, ou não reparou nas placas que anunciavam o perigo em caso de entrada na propriedade», funcionando aqui o princípio da confiança, o qual tem o seu fundamento material «no princípio da auto-responsabilidade de terceiros: as outras pessoas são também seres responsáveis; se se comportam descuidadamente, tal só deverá afectar, em princípio, a sua própria responsabilidade» (Figueiredo Dias, Jorge de, Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime - Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pág. 882).

Quanto aos animais perigosos ou potencialmente perigosos a mera omissão da colocação de trela curta até 1 m de comprimento e a sua fixação a coleira ou a peitoral pode, desde logo, servir como comprovação da inobservância do dever de cuidado a que o seu detentor estava adstrito (art.º 13.º, n.º2 do DL 315/2009). Todavia, caso a circulação se faça de acordo com a norma legal, parece-nos que o detentor do animal não poderá ser responsabilizado pela prática de um crime de ofensa à integridade física (grave ou simples) na forma negligente.

Neste sentido, pronunciou-se o Ac. da Relação do Porto de 09/04/2008 (www.dgsi.pt), ao considerar que apenas se verifica o crime em questão se o detentor «não tiver exercido devidamente o seu dever de vigilância, não tendo previsto o evento ou, tendo-o previsto, confiado que ele se não viesse a verificar, quando o podia e devia ter previsto e, conseqüentemente, evitado o evento», o que no caso não ocorreu, uma vez que aquele deslocava-se cumprindo todas as normas, tendo o ataque do canídeo sido súbito e inesperado.

2.3.1. O crime de ofensas negligentes graves – art.º 33.º DL 315/2009

O art.º 33.º dispõe que «quem, por não observar deveres de cuidado ou vigilância, der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa, causando-lhe ofensas graves à integridade física é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias».

A epígrafe do artigo revela-se enganadora na medida em que induz a que se considere estar em causa um crime de ofensas à integridade física negligentes de conteúdo similar ao art.º 148.º do CP.

Ora, o tipo objectivo do art.º 33.º impõe que o resultado da acção cometida através de animal produza ofensas **graves** à integridade física, por referência às alíneas a) a d) do art.º 145.º do CP.

Não obstante a inserção sistemática da norma no diploma que aprova o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, pode ser instrumento do crime qualquer animal, não tendo de ser necessariamente um animal perigoso, conforme se referiu supra.

2.3.2. As ofensas negligentes simples – crime ou contra-ordenação?

Tema controverso é o problema da subsunção de factos que tenham resultado de uma inobservância do dever de cuidado a que aludimos no ponto antecedente e em que as lesões não sejam graves.

Segundo o entendimento explanado no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 5-6-2012 (processo n.º 193/10.9GACTX.E1, relator Carlos Berguete Coelho, disponível em www.dgsi.pt) «com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 315/2009, de 29 de Outubro, que aprovou o regime jurídico da criação, reprodução e detenção de animais perigosos e potencialmente perigosos, enquanto animais de companhia, passou a constituir contra-ordenação, p. e p. pelo art.º 38.º, n.º 1, al. r), “a não observância de deveres de cuidado ou vigilância que der azo a que um animal ofenda o corpo ou a saúde de outra pessoa causando-lhe ofensas à integridade física que não sejam consideradas graves”, não integrando tal conduta a prática do crime, p. e p. pelo art.º 148.º, n.º 1 do Código Penal».

Continua o referido Acórdão defendendo que «da comparação do referido nesse arts. 33.º e 38.º, ressalta inequivocamente, em termos literais, que a distinção entre crime e contra-ordenação (ambos decorrentes de omissão de dever jurídico que incumbe ao detentor) opera relativamente ao resultado verificado, consoante se esteja, ou não, em presença de ofensas graves».

Assim, conclui-se no referido Acórdão que, existindo **norma especial e específica** que abrange os casos em que da violação do dever de cuidado resultam ofensas simples, não há lugar à aplicação do art.º 148.º do CP por remissão do art.º 34.º do DL 315/2009.

Refere-se no dito Acórdão da Relação de Évora que o facto de o legislador ter especificamente colocado como crime as condutas negligentes causadoras de ofensas graves para a integridade física e, no mesmo diploma, ter integrado as mesmas condutas mas cujos resultados se reconduzem a lesões de menor gravidade numa contra-ordenação, quer significar que o legislador **expressamente** se pronunciou sobre tal matéria e entendeu que as ofensas simples criadas pela intervenção de um animal e sem que tenham sido tomadas as devidas diligências de cuidado integram conduta cujo desvalor é merecedor de uma mera sanção contra-ordenacional.

Ora, em primeiro lugar, tal entendimento não tem em conta o conteúdo do preâmbulo, onde se refere «que a punição como contra-ordenação das ofensas corporais causadas por animais de companhia não é factor de dissuasão suficiente para a sua prevenção, pelo que se entendeu como adequado tipificar tais comportamentos expressa e claramente como crime».

Ainda que a técnica legislativa não tenha sido a mais correcta, o que ressalta da redacção do diploma é que o legislador procurou vincar as preocupações com crimes desta natureza e solidificar o regime que já decorria da aplicação do Código Penal, ao abrigo do qual as condutas ora em análise eram integradas.

Pese embora as reproduções de artigos do CP, cremos que, para além do objectivo de carácter simbólico atrás referido, pretendeu-se estabelecer garantias de prossecução da criminalidade envolvendo animais, como fontes de perigo de difícil controlo.

Assim, atribuiu-se a natureza pública a crimes que com a mera aplicação do CP o procedimento criminal dependia de queixa, reforçando-se «a resposta punitiva existente, visando alcançar uma maior confiança a comunidade na protecção de bens jurídicos protegidos» (Conde Fernandes, ob.cit. pág. 306 e 319): crime de ofensa à integridade física dolosa (art.º 32.º, n.º1) e o crime de ofensa grave à integridade física negligente (art.º 33.º).

A inserção do art.º 32.º incidiu ainda sobre a preocupação de estender o instituto da tentativa ao crime de ofensas à integridade física simples, no caso em que o seu agente serve-se de animal por via do seu incitamento, realidade que não sucedia com a aplicação do art.º 143.º do CP, que não tinha uma norma expressa a prever a tentativa, nem a pena era superior a três anos (nos termos do art.º 23.º, n.º 1 do CP).

Em suma, o legislador, utilizando uma técnica jurídica criticável, quis tornar mais dura e abrangente a intervenção pública nestes casos.

A norma contra-ordenacional do art.º 38.º, n.º 1, al. r) foi criada com o fito de alargar o escopo do art.º 68.º, n.º 2, al. b) constante do DL 276/2001, de 17/10, prevendo-se naquela o dano e nesta o mero perigo de lesão, por forma a evitar que as condutas danosas «fiquem descobertas de protecção apenas porque o ofendido optou por abdicar do procedimento criminal» (Conde Fernandes, ob. Cit., pág. 318; neste sentido, embora não se pronunciando sobre a problemática, mas aplicando o art.º 148.º, n.º1 do CP, ver Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 25-02-2014, processo 1267-11.4TATSTR.E1, relator António João Latas, disponível em www.dgsi.pt).

Não se trata de querer fazer depender a opção de aplicação ou do art.º 148.º, n.º 1 do CP ou do art.º 38.º, n.º 1, al. r) do facto de **haver ou não queixa**. Embora esta seja a consequência, não deve ser confundida com o fundamento de que decorre da circunstância de a mesma infracção constituir, simultaneamente, crime e contra-ordenação, como decorre do art.º 36.º, n.º 3 que reproduz o conteúdo do art.º 20.º do Regime Geral das Contra-ordenações (RGCO – DL 433/82, de 27/10), expressão do princípio “*ne bis in idem*”, constitucionalmente garantido no art.º 29.º, n.º 5 da CRP.

O art.º 38.º, n.º 1, al. r) é expressão da preocupação do legislador em sancionar o acto de não observância dos deveres de cuidado nos casos em que devido a tal um animal provoque ofensas na saúde e no corpo de outra pessoa e que as lesões não sejam graves. Assim, ainda que não haja queixa para desencadear o necessário procedimento criminal, o legislador ainda entendeu que há uma réstia de necessidade da intervenção da autoridade pública. Caso haja queixa, a própria contra-ordenação já vem contida no crime (art.º 143.º, n.º 1 do CP), pelo que aquela conduta surge superiormente protegida, nos termos do art.º 36.º, n.º 3.

Acresce que a Lei n.º 82/2009, de 21/08, no seu artigo 2.º, al. c), apenas concedeu autorização legislativa para a criminalização das condutas que consubstanciarem «ofensas à integridade físicas graves causadas por animal, por negligência do seu detentor» (e analisando as alíneas a) e b) do referido art.º 2.º podemos verificar que as instruções foram seguidas à risca na redacção do DL 315/2009). Assim, ressuma dessa lei de autorização que em momento algum se referiu à necessidade de legislar sobre a tipificação do crime de ofensas à integridade física simples, na forma negligente, tanto mais que era pacífica na jurisprudência a aplicação do art.º 148.º, n.º 1 do CP, (ver Ac. da Relação de Lisboa, de 11-04-2007, proc. n.º 8059/2006-3, relator Telo Lucas, www.dgsi.pt; Ac. da Relação do Porto de 09-04-2008, proc. 0714106, relatora Maria Leonor Esteves, www.dgsi.pt ; Ac. da Relação do Porto de 27-06-2007, proc. 0712060, relator Joaquim Gomes, www.dgsi.pt; Ac. da Relação do Porto de 10-10-2007, proc. 0743233, relator Ernesto Nascimento, todos disponível em www.dgsi.pt).

De realçar, ainda, a própria redacção (argumento literal) da norma contra-ordenacional do art.º 38.º, n.º 1, al. r) a qual se debruça sobre a sanção à não observância de deveres de cuidado ou vigilância, sendo condição de aplicação da coima a intervenção de um animal e a existência de lesões não graves. O que se entende ser censurável é a inobservância dos deveres de cuidado: esta atitude é o ponto central da contra-ordenação.

Por outro lado, também não podemos concordar quando no sobredito Ac. da Relação de Évora de 05-06-2012 se refere que aplicar a norma do art.º 148.º, n.º 1 do CP por remissão do art.º 34.º é estar a fazer uma aplicação subsidiária de uma norma quando no DL 315/2009 (lei especial) já existe um artigo onde se pode integrar tal conduta (art.º 38.º, n.º 1, al. r)).

Tal entendimento resulta da redundância provocada pelo aditamento do art.º 34.º, sendo que a aplicação subsidiária do Código Penal a uma legislação penal especial já decorria do art.º 8.º do CP e naturalmente visa assegurar a aplicação de institutos como o da reincidência, as causas de justificação e de exclusão da culpa, da comparticipação, entre outros.

Por último, desde a entrada em vigor do DL 276/2001, de 17/10 que está em vigência uma norma que sanciona como contra-ordenação a violação do dever de cuidado de vigiar o animal previsto no artigo 6.º [desse diploma] que crie perigo para a vida ou integridade física de outrem (art.º 68.º, n.º2, al. b)). Não se depreendendo de que outra forma esse perigo para a vida possa ser concretizado sem ser através da lesão da integridade física, então nesses casos – seguindo-se o raciocínio do Ac. do Tribunal da Relação de Évora de 05-06-2012-, também se poderia colocar em causa a aplicação do art.º 148.º, n.º 3 do CP em face da redacção da contra-ordenação do art.º 68.º, n.º 2, al. b) do DL 276/2001, o que manifestamente não nos parece razoável nem legalmente fundado.

Efectivamente, quer no art.º 68.º, n.º2, al. b) do DL 276/2001, quer no art.º 38.º, n.º1, al. r) do DL 315/2009, o legislador pretendeu tornar como mínimo sancionável a atitude de inobservância de cuidados, apenas inovando nesta última norma ao indicar como condição para a aplicação a existência de lesões não graves (até porque as lesões graves resultantes da inobservância de deveres de cuidado passaram a estar englobadas pela norma do art.º 33.º do DL 315/2009, norma que, na nossa opinião, revoga o art.º 68.º, n.º2, al. b) do DL 276/2001, atenta a natureza procedimental pública daquela norma penal.

Em suma, da mobilização dos referidos argumentos histórico, literal e sistemático, não podemos deixar de concluir que quem, por negligência, ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa, de forma não grave e por não ter observado os deveres de cuidado ou vigilância do animal que detinha e aos quais estava adstrito, permitindo, desta forma, que este cause as lesões não graves, comete o crime de ofensa à integridade física negligente, previsto e punido pela conjugação dos artigos 15.º, 148.º, n.º 1 do CP e 38.º, n.º 1, al. r) do DL 215/2009, em conjugação com o art.º 11.º deste diploma (caso se trate de animal perigoso nos termos do art.º 3.º, al. b) e c) do DL 315/2009, com a excepção do art.º 2.º, n.º 2) ou 6.º do DL 276/2001 (caso se trate de animal de companhia, com a excepção do art.º 1.º, n.º 2 deste diploma).

2.4. Das condições da circulação

Embora não seja um crime que vise a protecção de bens jurídicos como a vida e a integridade física, o art.º 33.º-A do DL 315/2009 tem uma importância fundamental ao exigir que o detentor do animal perigoso ou potencialmente perigoso esteja em perfeitas condições de físicas e psíquicas que permitam uma reacção rápida perante uma necessidade imediata de controlar a fonte de perigo que é o animal que leva consigo na via pública.

Assim, dispõe o art.º 33.º-A do DL 315/2009 que «quem, ainda que por negligência, circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, registando uma taxa de álcool no sangue igual ou superior a 1,2 g/l é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 360 dias³.

³ No que diz respeito à questão de se relevar ou não os erros máximos admissíveis (EMA) – que constam do quadro do Regulamento dos Alcoólímetros anexo à Portaria 1556/2007 – propendemos para a necessidade de ter em conta os mesmos, em virtude da recente alteração do Código da Estrada – art.º 170.º, n.º1, al. b) do CE, modificado pela Lei 72/2013 – que, embora se direcione para os autos de notícia levantados por contra-

2 - Na mesma pena incorre quem, ainda que por negligência, circular na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios urbanos, com animal perigoso ou potencialmente perigoso, não estando em condições de assegurar o seu dever de vigilância por se encontrar sob a influência de substâncias estupefacientes ou psicotrópicas ou de produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica».

Trata-se de uma reprodução do art.º 292.º do CP, apenas variando a sua redacção na parte em que aqui se visa impedir a circulação de animais perigosos ou potencialmente perigosos na via pública, em lugares públicos ou em partes comuns de prédios, tendo em comum o facto de ambos serem crimes de perigo abstracto, que podem ser cometidos tanto por negligência, como com dolo.

Exige-se é para o preenchimento do tipo objectivo que o animal em causa seja perigoso ou potencialmente perigoso, nos termos do art.º 3.º, al. b) e c) do DL 315/2009.

Assim, será Animal perigoso» «qualquer animal que se encontre numa das seguintes condições:

- i) Tenha mordido, atacado ou ofendido o corpo ou a saúde de uma pessoa;
- ii) Tenha ferido gravemente ou morto um outro animal, fora da esfera de bens imóveis que constituem a propriedade do seu detentor;
- iii) Tenha sido declarado, voluntariamente, pelo seu detentor, à junta de freguesia da sua área de residência, que tem um carácter e comportamento agressivos;
- iv) Tenha sido considerado pela autoridade competente como um risco para a segurança de pessoas ou animais, devido ao seu comportamento agressivo ou especificidade fisiológica».

Por seu turno, adquirirá a natureza de potencialmente perigoso o animal que «devido às características da espécie, ao comportamento agressivo, ao tamanho ou à potência de mandíbula, possa causar lesão ou morte a pessoas ou outros animais, nomeadamente os cães pertencentes às raças previamente definidas como potencialmente perigosas em portaria do membro do Governo responsável pela área da agricultura, bem como os cruzamentos de primeira geração destas, os cruzamentos destas entre si ou cruzamentos destas com outras raças, obtendo assim uma tipologia semelhante a algumas das raças referidas naquele diploma regulamentar», como é exemplo a Portaria 422/2004, de 24/04.

Quem se recusar a submeter aos testes, incorrerá na prática de um crime de desobediência, nos termos conjugados do art.º 33.º-A, n.º9 do DL 315/2009 e do art.º 248.º, n.º1, al. a) do CP.

ordenação, não pode deixar de ser aplicado ao crime, sendo tais mecanismos utilizados na detecção, quer para um quer para outro – neste sentido, ver Garcia, M. Miguez/Rio, J.M. Castela, Código Penal – Parte Geral e Especial com notas e comentários, Coimbra, Almedina, 2014, pág. 1105; Ac.Relação Porto de 15/01/2014, proc. 295/12.7SGPRT.P1, rel. Neto de Moura, www.dgsi.pt; Ac. Relação de Lisboa de 21/01/2014, proc. 270/13.4PAAMD.L1-5, rel. Jorge Gonçalves, www.dgsi.pt.

3. Da condução de animais – como meio de transporte

3.1. Dos animais como meio de transporte

Como já referimos o termo condução de animais também abrange os actos em que estes são dirigidos, guiados, comandados na via pública, como por exemplo quando se tripula uma carroça de bois, trota um cavalo ou se passeia o cão na rua.

Todavia, o termo condução em cada uma das situações apresenta consequências diversas a nível de inserção nos vários tipos de crime.

No que diz respeito às consequências da análise da condução no sentido de comando ou supervisão, sem que se trate de um meio de transporte, já procedemos à análise dos vários tipos de crime no ponto 2.

No presente capítulo, analisaremos as principais questões que ressaltam da análise da condição dos animais como meios de transporte.

Diz-nos o art.º 11.º, n.º1 do Código da Estrada (DL 114/94, de 3 de Maio – doravante CE) que «todo o veículo ou animal que circule na via pública deve ter um condutor», abrangendo também as vias do domínio privado, quando abertas ao trânsito público (art.º 2.º, n.º2 do CE).

Para efeitos do referido artigo são, também, condutores todas as pessoas que «guiem animais de tiro, carga ou sela, que conduzam grupos de animais, ou tenham a seu cargo o seu domínio efectivo» (cfr. art.º 4.º da Convenção sobre o Trânsito Rodoviário – disponível em www.gddc.pt).

As normas do art.º 11.º ao 78.º do CE são comuns quer a veículos, quer a animais, sendo especificamente dedicadas à circulação de animais as normas do art.º 14.º, n.º2, 32.º, n.º6, 40.º, 56.º, n.º2, 68.º, 72.º, n.º1, 85.º, n.º3, 97.º, 98.º, do mesmo diploma.

3.2. Acidentes de viação

A condução de animais na via pública pode envolver a prática de crimes na mesma medida no que diz respeito, por exemplo, à circulação de veículos automóveis. Exige-se, nesta parte da análise, que a responsabilidade criminal do condutor e/ou do proprietário se fundamente no trânsito na via pública e na violação de normas que o disciplinam e que os factos não radiquem unicamente nas características próprias do animal, como resulta da apreciação feita no ponto 2 (neste sentido, ver Pereira da Costa, ob. Cit. pág. 72).

Com efeito, a título de exemplo, a condução de animal na via pública pode envolver a prática de factos susceptíveis de consubstanciar crime de homicídio negligente (art.º 137.º do CP) ou de ofensa à integridade física negligente (art.º 148.º do CP), derivados de acidente de viação.

O envolvimento de animais em acidentes de viação não envolve questões jurídicas específicas, podendo a imputação decorrer da violação de normas estradais, no decurso do acto de condução rodoviária.

Na verdade, o cerne da consubstanciação do crime reside na violação de normas estradais, pelo que, por exemplo, no caso de ofensa à integridade física por negligência (simples ou agravada) derivado de acidente de viação o campo de aplicação será sempre o do Código Penal, nomeadamente das normas dos artigos 148.º, n.º1 e 2, não se aplicando a norma do DL 315/2009 – art.º 33.º.

3.3. Ingestão de álcool, animais e via pública

3.3.1. Do crime de desobediência – art.º 152.º, n.º 3 do CE e 248.º, n.º 1, al. a) do CP

Dispõe o artigo 152.º, n.º 1, do CE que «devem submeter-se às provas estabelecidas para a deteção dos estados de influenciado pelo álcool ou por substâncias psicotrópicas a) Os condutores; b) Os peões, sempre que sejam intervenientes em acidentes de trânsito; c) As pessoas que se propuserem iniciar a condução».

A questão que se impõe determinar é quem pode ser designado como condutor e se dentro do conceito para efeitos deste artigo se poderá integrar a conduta daquele que cavalga um cavalo na via pública, o que dirige uma carroça de bois ou, ainda, o indivíduo que passeia o seu cão.

Desde logo, o art.º 4.º da referida Convenção sobre o Trânsito rodoviário permite que se integre como condutor quer o indivíduo que trota o cavalo, quer aquele que guia a carroça. Na verdade, o art.º 97.º, n.º1 do CE abrange como condutores quer os que conduzem veículos de tracção animal (carroça) ou que conduzam animais, obrigando tal norma a que a condução deve ser efectuada «de modo a manter sempre o domínio sobre a sua marcha e a evitar impedimento ou perigo para o trânsito».

Assim sendo, quer o que cavalga o cavalo, quer o controlador da carroça de bois, ambos serão condutores para efeitos de aplicação das normas estradais e, bem assim, devem ser obrigados a submeter-se aos testes de despistagem de taxa de alcoolemia. Caso recusem, ambos incorrerão na prática do crime de desobediência, nos termos conjugados dos artigos 152.º, n.º 3 do CE e do art.º 248.º, n.º1, al. a) do CP.

Já não é condutor para efeitos das alíneas a) e c) do referido artigo aquele que passeia com o seu cão ou gato na via pública, podendo integrar-se na alínea b), caso intervenha num acidente de viação.

3.3.2. Dos crimes do art.º 291.º e 292.º do Código Penal

Para o cometimento dos crimes de condução perigosa de veículo rodoviário (art.º 291.º do CP) e condução de veículo em estado de embriaguez (art.º 292.º do CP) é essencial que o agente conduza veículo, com ou sem motor.

Ainda que como concluímos no ponto anterior, pode ser condutor quer quem controle uma carroça de bois, quer quem cavalgue um cavalo, para efeitos de preenchimento destes artigos as situações são distintas.

Diz-nos o dicionário de língua portuguesa do sítio www.priberam.pt que «veículo é qualquer meio de transporte». Neste sentido, cavalo seria também um veículo, porquanto permite o transporte de um local para outro. Todavia, como bem conclui Francisco Marques Vieira, tal «definição apresenta-se como demasiado abrangente para integrar as normas penais em análise» (Vieira, Francisco Marques, Direito Penal Rodoviário – os crimes dos condutores, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007, pág. 101-102).

Não havendo no Código Penal norma expressa que defina o conceito de veículo temos de mobilizar normas como a do art.º 208.º do CP, que nos diz que comete o furto de uso de veículo «quem utilizar automóvel ou outro veículo motorizado, aeronave, barco ou bicicleta, sem autorização de quem de direito».

Por sua vez, pelo artigo 104.º estabelece-se uma equiparação de certos meios de transporte à categoria de peão, os quais se excluem da categoria de veículo e, bem assim, do conceito de condutor.

No capítulo IV do CE podemos vislumbrar várias classificações de veículos existentes, sem que tal listagem se possa considerar exaustiva (em sentido diverso, limitando a integração do conceito de veículo apenas aos constantes no Código da Estrada, ver Vieira, Francisco, Marques, ob. cit. pág. 103).

Não nos fornecendo tais normas pistas que respondam à questão de saber se uma carroça de bois ou um cavalo são veículos para efeitos dos artigos em análise, há que partir da letra do art.º11.º do CE o qual nos diz que «todo o veículo ou animal que circule na via pública deve ter um condutor». Ao distinguir veículo de animal, pretendeu o legislador claramente afastar o conceito de animal do de veículo. Assim sendo, podemos concluir que quem cavalgar um cavalo, ainda que possa ser sujeito a teste de despistagem de álcool no sangue, não cometerá os crimes dos artigos 291.º e 292.º do CP.

Ai invés, entendemos que se integram no conceito em análise os veículos de tracção animal, como as carroças de bois ou puxadas por cavalos, como se pode retirar da letra dos artigos 14.º-A, n.º2, 32.º, n.º 6, 40.º, n.º1, 72.º, n.º1, 85.º, n.º3, 97.º, n.ºs 1 e 4 e 98.º do CE (no mesmo sentido, Garcia, M. Miguez/Rio, J.M. Castela, Código Penal – Parte Geral e Especial – com notas e comentários, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 1103).

Assim, ao agente que conduzir uma carroça de bois após ter ingerido bebidas alcoólicas e apresentando uma taxa de álcool no sangue superior a 1,2 g/l comete o crime de condução em estado de embriaguez, p. e p. pelo art.º 292.º, n.º1 do CP, devendo ser, igualmente,

condenado na pena acessória prevista no art.º 69.º, n.º1, al. a) do CP, ficando proibido de conduzir veículos com motor, mas mantendo a possibilidade de continuar a conduzir o seu veículo de tracção animal.

Neste sentido, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional a norma do art.º 69.º, n.º1, al. a) do CP quando aplicada a um arguido que conduzia um veículo de tracção animal não se detectando «qualquer falta de adequação ou de proporcionalidade na imposição de um prazo variável de inibição de conduzir veículos motorizados para os responsáveis por infracções estradais – designadamente por uma infracção com a gravidade objectiva da condução na via pública, sob efeito do álcool – e ainda que de veículos de tracção animal, dos quais, aliás, podem igualmente resultar perigos significativos para a circulação» (Ac. do Tribunal Constitucional n.º 630/2004, Processo n.º 586/04, 2.ª Secção, Relator: Conselheiro Paulo Mota Pinto, disponível em www.pgdl.pt).

4. Da prática e Gestão do inquérito

4.1. Da notícia do crime e da delegação de competências de investigação

O art.º 30.º do DL 315/2009 debruça-se sobre o modo de efectivação da fiscalização do correcto cumprimento das normas de detenção constantes do referido diploma, sendo o n.º 1 do sobredito artigo dedicado à fiscalização em geral das várias formalidades de exigência de detenção do animal em geral e condições de alojamento dos mesmos, ao passo que o n.º 2 ancora-se na necessidade de fiscalização do modo de circulação dos cães na via e locais públicos.

Assim, o n.º 1 do art.º 30.º impõe um dever de fiscalização à DGAV, às câmaras municipais, designadamente aos médicos veterinários municipais, à polícia municipal, à GNR, à PSP, à Polícia Marítima e à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).

Já o n.º 2 atribui à PSP, GNR e Polícia Municipal a obrigação de proceder «à fiscalização sistemática dos cães que circulem na via e locais públicos, nomeadamente no que se refere à existência de identificação eletrónica, ao uso de trela ou açaimo, registo e licenciamento e acompanhamento pelo detentor».

Assim, no decurso das acções de fiscalização, ao abrigo dos artigos 241.º, 242.º, 243.º do Código de Processo Penal (CPP), essas entidades deverão exercer o dever de comunicar a notícia do crime ao Ministério Público, lavrando auto de notícia, nos casos em que estejamos perante crimes públicos, ou seja, quando tiverem conhecimento de factos subsumíveis aos tipos de crime do art.ºs 32.º, 33.º e 33.º-A do DL 315/2009 e art.ºs 131.º e 137.º do CP.

De realçar que a norma do art.º 35.º aplica-se quando já tiver sido instaurado processo de contra-ordenação e a autoridade administrativa verificar que a infracção constitui crime (eis mais um exemplo de reprodução desnecessária de norma do RGCO, mormente do art.º 40.º).

No caso dos crimes dependentes de queixa, como é o caso do art.º 148.º, n.º1 do CP, em caso de ofensas à integridade física simples provocadas por animal, então o processo iniciar-se-á com a denúncia efectuada pelo seu titular, ou directamente ao Ministério Público ou aos órgãos de polícia criminal (art.º 244.º e 246.º do CPP).

A delegação do crime poderá ser atribuída à GNR ou à PSP, nos termos do art.º 270.º do CPP e do art.º 6.º do DL 49/2008, de 27/08 ou à Polícia Judiciária quando estivermos perante um crime de homicídio doloso com a utilização de animal. Neste campo, de salientar a opção tomada no processo 167/07.7PBSNT, que correu termos no Tribunal Judicial da Comarca da Grande Lisboa-Noroeste, no âmbito do qual a Procuradora-Adjunta titular do inquérito optou por avocar a investigação, atentas as proporções mediáticas que o processo gerou (ver Ac. do STJ de 24-05-2011, disponível em www.dgsi.pt).

Quanto aos crimes decorrentes da utilização de animal como meio de transporte, a competência para a investigação dos mesmos pode ser deferida à PSP e à GNR.

4.2. Da prova

No decurso das diligências de prova nos casos de crimes negligente, um dos objectivos fulcrais é apurar factos que permitam concluir pela existência ou não da omissão de um dever de cuidado.

Veja-se o Ac. da Relação do Porto de 10-10-2007 (www.dgsi.pt), no qual se entendeu que comete «o crime de ofensa à integridade física por negligência do nº 1 do art. 148º do Código Penal aquele que passeia com um seu cão da raça “pastor alemão” num local público, onde também passeiam outras pessoas, e não impede, por falta de cuidado, que o cão salte sobre uma dessas pessoas, provocando-lhe ferimentos», **ainda que se tivesse dado como não provado «que a cadela não era conduzida à trela»**. Ora, entendemos que o apuramento da verificação ou não de tal facto é essencial, tal como é imprescindível que se apure a dinâmica sequencial dos factos.

Noutro plano, torna-se essencial recolher dados que permitam ajudar a definir se estamos ou não perante um animal perigoso ou potencialmente perigoso ou nenhuma destas hipóteses. Assim sendo, aquando das inquirições (vizinhos, familiares) teremos de apurar se o animal já mordeu, atacou ou ofendeu o corpo ou a saúde de uma pessoa; se já feriu gravemente ou morto um outro animal, fora da esfera de bens imóveis que constituem a propriedade do seu detentor; se tiver sido declarado, voluntariamente, pelo seu detentor, à junta de freguesia da sua área de residência, que tem um carácter e comportamento agressivos; se tiver sido considerado pela autoridade competente como um risco para a segurança de pessoas ou animais, devido ao seu comportamento agressivo ou especificidade fisiológica.

Ainda para o apuramento destes dados é essencial oficiar as Juntas de Freguesias territorialmente competentes, nos termos e para os efeitos do art.º 7.º do DL 315/2009, excepto quando estivermos perante um caso em que intervenha um cão ou o gato, os quais

estão registados no sistema nacional do **SICAFE** - Sistema de Identificação de Caninos e Felinos (SICAFE), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 313/2003, de 17 de Dezembro, alterado pela Lei n.º 49/2007, de 31 de agosto.

Nesses casos é imprescindível solicitar certidão do processo de licenciamento do animal.

Deve-se determinar a realização de autópsia médico-legal ao cadáver (em processos de homicídio (negligente ou doloso com incitamento de animal) ou relatório médico-legal de dano corporal (crimes de ofensa à integridade física, simples ou grave) e, concomitantemente, solicitar a recolha de sangue ao cadáver ou ao ofendido e a, posterior, remessa ao LPC para realização de exames de comparação de vestígios hemáticos que foram recolhidos aos animais agressores (na coleira, focinho, etc.), a fim de se apurar se foram estes os causadores das lesões.

Importante é solicitar igualmente ao OPC que proceda à realização de relatório fotográfico aos animais, ao local onde estes estavam alojados e ao cadáver ou ao local do corpo do ofendido ferido pelas condutas dos animais.

Será fundamental oficiar às autoridades de polícia criminal, às juntas de freguesia e às Câmaras Municipais, territorialmente competentes, informação sobre a existência de denúncias de ocorrências sobre comportamentos indevidos dos animais da propriedade do detentor do animal agressor.

No que diz respeito às condições de alojamento, é essencial verificar, por exemplo, a altura do portão de entrada e a qualidade, tipo de estrutura, resistência e estado de conservação da vedação que delimitava o local onde o animal agressor se encontrava, a fim de apurar de que forma o animal saiu do seu alojamento ou, caso os animais tenham saído através de um qualquer buraco existente na rede (como sucedeu no processo 167/07.7PBSNT que correu termos no Tribunal Judicial de Comarca da Grande Lisboa-Noroeste, Média Instância Criminal, 1.ª Secção, juiz 1), será fulcral verificar de que modo o buraco foi aberto, isto é, se por dentro ou pela parte de fora.

4.3. Do destino do animal agressor

Dispõe o art.º 15.º, n.º1 do DL 315/2009 que «o animal que cause ofensas graves à integridade física, devidamente comprovadas através de relatório médico, é eutanasiado através de método que não lhe cause dores e sofrimentos desnecessários, uma vez ponderadas as circunstâncias concretas, designadamente o carácter agressivo do animal».

Por sua vez, o n.º 2 do art.º 15.º do DL 315/2009 refere que «a decisão relativa ao abate é da competência do médico veterinário municipal, após o cumprimento das normas vigentes em matéria de isolamento e sequestro dos animais agressores e agredidos em caso de suspeita de raiva».

Tais normas contêm com o disposto no art.º 109.º, n.ºs 1 e 3 do Código Penal e no art.º 178.º do CPP, que dispõe que «são declarados perdidos a favor do Estado os objectos que tiverem servido (...) para a prática de um facto ilícito típico ou (...), quando, pela sua natureza ou pelas circunstâncias do caso, puserem em perigo a segurança das pessoas (...) ou oferecerem sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos factos ilícitos típicos».

Concatenando ambas as normas, entendemos que o legislador quis fornecer um regime especial para os casos em que o animal cause ofensas graves, deixando a um técnico de saúde a ponderação das consequências da entrega ao detentor do animal, nos termos do art.º 15.º, n.º.3 do DL 315/2009.

Contrariamente, entendemos que no caso em que o animal provoca a morte de uma pessoa caberá ao Ministério Público a promoção da declaração de perda do animal a favor do Estado, determinando, em sede de inquérito e depois de efectuados todas as recolhas de prova e exames necessários à prova, a morte do animal.

De salientar que entendemos que esta será a solução inevitável nos casos óbvios em que a morte de pessoa ocorreu na sequência de comportamento agressivo do animal, como no caso tratado no processo 167/07.7PBSNT. L1.S1 (acima referido e disponível em www.dgsi.pt), em que os cães de raça Rottweiler despedaçaram o corpo de Vira Chudenko. Já no caso em que a morte decorre de um movimento do animal que por si só não revela agressividade, dever-se-á mobilizar o art.º 15.º, n.º1 do DL 315/2009, solicitando-se a colaboração de autoridade médico-veterinária competente (como por exemplo num caso em que o cão salta para cima de uma criança provocando a queda desta e a morte em virtude da pancada na cabeça).

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

www.pgdl.pt

www.priberam.pt

<http://heinonline.org>

www.publico.pt

Referências bibliográficas

- Conde Fernandes, *Comentário das Leis Penais Extravagantes – Volume 1*, coordenação Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco, Lisboa, Universidade Católica Editora.

- Costa, António Pereira da, *Dos Animais (O Direito e os Direitos)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- E. P. Evans, *The Criminal Prosecution and Capital Punishment of animals*, 1906, retirado de <http://heinonline.org>
- Figueiredo Dias, Jorge de, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime - Tomo I, 2.ª Edição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- Garcia, M. Miguez/Rio, J.M. Castela, *Código Penal – Parte Geral e Especial com notas e comentários*, Coimbra, Almedina, 2014.
- Palma, Fernanda, em Parecer do Conselho Superior do Ministério Público relativo à Proposta de Lei n.º 224/X, apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, DAR, II Série A, n.º 149, de 4 de Julho de 2009.
- Parecer do Conselho Superior de Magistratura relativo à Proposta de Lei n.º 224/X, apresentado à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, DAR, II Serie A, n.º 149, de 4 de Julho de 2009.
- Vieira, Francisco Marques, *Direito Penal Rodoviário – os crimes dos condutores*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2007.

V. Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

30º Curso - Apresentação de Trabalhos Temáticos

Condução de animais

Grupo 6

Sala de vídeo do Centro de Estudos Judiciários, 27.05.2014 15:30

FCCN Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2f1gvmw1na/flash.html>

Título:

**Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal
Volume II – Tomo II**

Ano de Publicação: 2017

ISBN: 978-989-8815-89-7

Coleção Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt