

UNIVERSIDADE CATÓLICA

PORTUGUESA

Escola de Lisboa

Faculdade de Direito



**O Crime de Tráfico de Influência – a
Questão da Influência Suposta**

Sofia Sobreira Calado

Dissertação elaborada no âmbito do Mestrado Forense

Sob orientação do Professor Doutor Germano Marques da Silva

Março, 2016

Ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, por me ter dado o privilégio de me orientar neste trabalho, por toda a disponibilidade que sempre demonstrou e pela ajuda imprescindível que me deu.

Ao meu patrono, Dr. João Diogo Cortes Frazão, pelo tanto que aprendi com ele e pelo, incondicional, apoio.

À minha mãe, por todo o carinho, dedicação e amor, que sempre me deu e pelos princípios e valores que me inculuiu.

Ao meu pai, pelos ensinamentos de força e coragem que me ajudaram, em grande parte, a superar todos os obstáculos desta etapa difícil da minha vida.

À minha avó, que será sempre uma das grandes responsáveis por aquilo que sou hoje.

Ao Diogo, pela infinita paciência! Pelo seu amor e compreensão que me suportaram nos momentos de maior cansaço.

Ao Pedro, por acreditar em mim, e por, incansavelmente, me dizer isso.

À minha família, aos meus amigos, a todos os que, direta ou indiretamente, tornaram este trabalho possível.

“A primeira igualdade é a justiça”.

Victor Hugo

Lista de principais abreviaturas

Al. - Alínea

Art. – Artigo

Arts. - Artigos

Cfr. – Conferir

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

I.e. – Isto é

Nº - Número

Nt - Nota

Ob. Cit. – Obra Citada

P. – Página

Pp. – Páginas

Vd. - Vide

Vol. – Volume

ÍNDICE

Introdução	7
I. Evolução Histórica do Tráfico de Influência	8
II. O Tráfico de Influência no Direito Internacional	12
1. O Tráfico de Influência no Direito Espanhol	12
2. O Tráfico de Influência no Direito Francês	14
3. O Tráfico de Influência no Direito Italiano	15
4. O Tráfico de Influência nos Instrumentos Internacionais	16
III. O Bem Jurídico Protegido	17
IV. O Tipo Objetivo do Crime de Tráfico de Influência	21
5. O Agente	25
6. A Entidade Pública	27
7. A Consumação	29
8. A Vantagem Solicitada ou Aceite	31
9. A Influência	33
10. A Decisão	35
V. O Tipo Subjetivo do Crime de Tráfico de Influência	36
11. O Dolo	36
12. A Tentativa	36
VI. A Questão da Influência Suposta	38

VII. Distinção Face a Outros Tipos de Crime	43
13. O Crime de Burla	43
14. O Crime de Corrupção	44
Conclusão	45
Bibliografia	46

Introdução

As práticas corruptivas, que se manifestam na utilização de funções públicas para fins não concordantes com o interesse público, são reputadas, pela comunidade, como perniciosas para o Estado de Direito Democrático e para o regular e justo funcionamento das Instituições.

Para que o combate à corrupção seja materializado, urge a criminalização de condutas danosas da idoneidade da Administração Pública e que não integram o tipo de crime de corrupção.

Aludimos, isto posto, a atuações com o intento de lograr tratamento diferenciado num processo de tomada de decisão de uma Entidade Pública.

Esta dissertação tem por escopo precípua dissecar em análise um dos crimes corruptivos – o crime de tráfico de influência; debruçando-nos, mormente, nas questões suscitadas pelas situações de tráfico de influência meramente suposta.

Para esse propósito, começamos por estudar a sua evolução histórica, bem como analisar o que nos concedem os Direitos espanhol, francês e italiano.

Seguimos, perscrutando o bem jurídico raiz do preceito e os elementos integrantes do seu tipo objetivo e subjetivo, no que concerne ao Direito português em vigor. Subsequentemente, partiremos para a análise da problemática da punição da influência suposta e a sua constitucionalidade, como preposição fulcral da dissertação.

E, rematando com a clarificação do crime tráfico de influência quando alinhado aos crimes de corrupção e burla.

Afigurou-se-nos de muita conveniência a escolha deste tema, tanto pela sua relevância social como pela sua hodiernidade, e pela escassa análise de que tem sido motivo.

I. Evolução Histórica do Tráfico de Influência

Para encontrarmos a primeira incriminação do tráfico de influência precisamos de retroceder ao Direito Romano, à denominada, pela doutrina, *Vendita di Fumo*¹.

É conhecida a narração da cominação da pena capital a Vetrônio Turin, pelo imperador Alessandro Severo, por aquele ter explorado de modo fraudatário o prestígio que possuía junto do governo.

Conta-se que, Vetrônio Turin, aceitava dinheiro em troca de influir nas decisões governativas, gabando-se de conseguir granjear, junto do imperador, aquilo que desejasse.

Tendo conhecimento da conduta de Vetrônio, Alessandro Severo determinou que aquele fosse amarrado sobre uma pira de lenha verde, para que, inalando o fumo da fogueira, morresse por asfixia.

Enquanto era executado, o arauto do imperador repetia: *Fumo punitir, qui fumum vendidit* (pune-se com fumo, aquele que vende fumo). Daqui adveio a expressão “venditio fumi”, que se refere à ação do agente que não é senão fumaça, jactância.²

Em 228 d.C, a *vendita di fumo* tinha como propósito punir quem mercadejava influências, e estava incluída entre os crimes de injúria e corrupção contra a Autoridade. Certo é que a sua punição nasceu, particularmente, para proteger o prestígio e a reputação dos juízes.

Foi, aliás, a figura da *vendita di fumo* que, no século XIX, em Itália, esteve na génese do *millantado credito*³, também com a mesma pretensão de proteger a reputação dos magistrados e de evitar abusos na Administração Pública.

¹ Vd. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, in “Criminalidade na Administração Pública – Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio”, Revista da EMERJ, v. 13 n. 52 – 2010, n.º 37, pp. 39-68, disponível para consulta em <http://www.youblisher.com/p/228089-Revista-da/>

² Sobre a origem do tráfico de influência: Cfr. Parecer do Prof. Dr. LUIZ REGIS PRADO, disponível para consulta em http://www.oas.org/juridico/spanish/agendas/estudio_final_brasil.htm#_ftn89

³ Também ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, in Ob. Cit.

Ulteriormente, as Ordenações Manuelinas, datadas de 1513, puniam o epíteto “concerto”⁴, ou acordo, para deferir algum negócio na Corte⁵.

Adiante, em 1603, as Ordenações Filipinas⁶ foram mais longe e incriminaram também a compra e venda de desembargos⁷.

PASCOAL DE MELO FREIRE⁸, sobre as incriminações constantes nas Ordenações, referia-se aos «*vendedores de fumo*», aos que «*afetam valimento*», mencionando o negócio, ou acordo, de influência presumida. Contudo, o negócio de influência real, i.e, privado de intenção de engodar, também constituía crime.

Posteriormente, em 1823, o Projeto de Código Criminal⁹ alude ao crime de tráfico de influência, conquanto sem a tipificação que se reconhece atualmente, integrando-o, por isso, no crime de prevaricação¹⁰.

Ainda no século XIX, com o Código Penal de 1852, passou a punir-se “mercadejar influência”¹¹. Contudo, esta norma não incriminava a influência real, mas tão-somente a influência suposta: “Quem... com o pretexto de crédito ou influência”; e foi nesse sentido a crítica da maioria dos autores¹², considerando que o crime, da forma como se encontrava previsto, era demasiado restritivo, e, por inserido nos crimes contra o património, se assemelhava a um crime de burla.

⁴ Sobre o conceito de concerto: Cfr. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *in Ob. Cit*, p.63

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

⁶ Sobre a corrupção neste período, CAVALEIRO FERREIRA, “Crimes de corrupção e de concussão, *in Scientia Iuridica*”, Tomo X, n.º 52, Março – Abril, 1961, Editorial Scientia & Ars, Braga, 1961, p. 209-211

⁷ Ordenações Filipinas, Título XIV, Livro IV: “Pessoa alguma, de qualquer sorte, não compre desembargos nossos, nem da Rainha, nem do Príncipe a dinheiro, nem a mercadorias, nem a outros alguns partidos, ainda que se possa dizer que deu por elles outro tanto, como valiam”.

⁸ “Instituições de Direito Criminal Português”, *in BMJ*, n.º 155, 1966, p. 134-135.

⁹ Cfr. PASCOAL MELLO DE FREIRE, *in “Ensaio do Código Criminal”*, Lisboa, 1823, p. 17

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

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

¹² A este respeito: SILVA FERRÃO, *in “Theoria do Direito Penal Aplicado ao Código Penal Portuguez”*, Vol. VI, 1856, pp. 136-137, e LEVY MARIA JORDÃO, *in “Comentário ao Código Penal Portuguez”*, 1854, Vol. IV, p. 314

Subsequentemente, o Código Penal de 1886¹³ previa o crime de tráfico de influência mas, como sucedera com o seu antecessor, em termos meramente punitivos da influência suposta.

CAVALEIRO DE FERREIRA considerou, no mesmo sentido, que a incriminação era demasiado restritiva, supondo apenas um crédito ou influência pretextado, tornando-a semelhante a um crime de burla¹⁴.

Todas estas incriminações tinham por princípio a defesa do prestígio do Estado, o que se assemelha ao bem jurídico que pretende proteger o crime de tráfico de influência, como o reconhecemos hoje.

O Código Penal de 1982 eliminou qualquer referência ao crime de tráfico de influência, ficando este ilícito penal postergado durante mais de uma década.

Ressurgiu no Código Penal de 1995, inspirado nos Códigos Penais Francês e Espanhol¹⁵. Com efeito, as legislações europeias sentiram a necessidade de consagrar, novamente, este tipo penal, devido, essencialmente, aos “escândalos” corrutivos que vieram a público e que fragilizaram a imagem da Administração perante os cidadãos. A chamada criminalidade de “colarinho branco” criou a consciência na comunidade de que incriminar este tipo de ilícitos era proteger bens jurídicos pertencentes a todos, e que a sua criminalização era essencial para o regular funcionamento das Instituições e do Estado de Direito.

De outra parte, a punição do tráfico de influência pretendeu, como defende MAIA GONÇALVES, “colmatar eventuais lacunas na incriminação de condutas manifestamente censuráveis e que, sem ele, poderiam escapar à punição por impossibilidade de subsunção a tipos afins ou conexos, designadamente aos de corrupção, de burla e de abuso de autoridade por funcionários”¹⁶. I.e, tornara-se fundamental a criação de um tipo autónomo, que preenchesse as lacunas existentes e que subsumisse as situações de tráfico de influência.

A norma ficou consagrada com uma redação que afastava a incriminação da influência suposta e do uso da influência para obter decisões legais, incriminando, unicamente, a influência real e o uso de influência para obter decisões ilegais. E, bem assim, não compreendia os bens não patrimoniais como vantagem.

¹³ Art. 452º do Código Penal de 1886

¹⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA, in “Crimes de Corrupção e de Concussão”, Tomo X, Editorial Scientia, 1961, pp. 209 a 211

¹⁵ Código Penal. Atas e Projeto da Comissão de Revisão, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, 1993

¹⁶ MAIA GONÇALVES, In “Código Penal Português, Anotado e Comentado”, Almedina, p. 1030

Mais adiante, em 1998¹⁷, assistiu-se a uma alteração ao tipo legal, incluindo-se a influência suposta e a possibilidade de se obter vantagem não patrimonial.

A norma final, que encontramos no artigo 335º do Código Penal¹⁸, passou a considerar elemento do tipo não apenas o agente que trafica e vende uma influência como o agente que compra essa influência. E, da mesma forma, passou a ser punida a venda de influência para obtenção de uma decisão lícita¹⁹.

Foi também, desde a redação de 2001, que o artigo deixou de ter uma enumeração das decisões para cuja obtenção era traficada a influência, abandonando uma restrição da incriminação aos casos de decisões ilegais.

Vários autores se manifestaram acerca das motivações subjacentes à aprovação do art. 335.º do CP,:

- MOURAZ LOPES²⁰ refere estarem na origem desta neocriminalização *«razões de adequação social, nomeadamente no âmbito da chamada criminalidade de «colarinho» – white collar crime»*.

- LOPES ROCHA²¹ atribui a consagração legal deste novo tipo *«ao generalizado clima de suspeição que se instalou em Portugal sobre a lisura de procedimentos por parte de entidades públicas»*.

- LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS²² referem que *«a inclusão deste ilícito no Código Penal obedece a propósitos de moralização do Estado e resulta de situações criadas pela modernização e globalização da vida em sociedade»*.

Em súmula, podemos dizer que a incriminação do tráfico de influência resulta de uma moralização da vida pública, em face da intransigência comunitária, e na crescente valorização ético-social da conduta por parte da comunidade nacional.

¹⁷ Redação retirada da Lei nº65/98, de 2 de Setembro

¹⁸ Resulta da Lei nº108/2001, de 28 de Novembro

¹⁹ Mais adiante abordaremos com mais pormenor os elementos do tipo legal

²⁰ Sobre o novo crime de tráfico de influência”, in *RMP*, Ano 16, n.º 64, 1995, p. 56-57

²¹ “Soluções de Neocriminalização”, in *Jornadas de Direito Criminal, Revisão do Código Penal*, Lisboa, CEJ, 1996

²² Artigo 335.º”, in *Código Penal Anotado*, Vol. II, 3ª Ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2000, p. 1471

II. O Tráfico de Influência no Direito Internacional

1. O Tráfico de Influência no Direito Espanhol

Em Espanha, o crime de tráfico de influência conta com um antecedente histórico no Código Penal de 1928 e um antecedente propínquo na proposta de anteprojeto do Código Penal de 1983.

O primeiro deles, punia, com muito maior definição e clareza, no seu artigo 467º, a conduta de quem “fazendo crer que possui crédito, influência, ou relações junto de funcionário público, receber ou prometer dinheiro ou outras coisas como recompensa de uma resolução favorável de um assunto que dele dependa”²³. Também, nesse mesmo código, os artigos 477º, 478º e 479º regravam as condutas de advogados e solicitadores no âmbito do tráfico de influências.

A proposta de anteprojeto do Código Penal de 1983, incorporava no seu artigo 407º o tráfico de influência como modalidade de crime dentro da figura genérica do suborno. Descreve este tipo penal que consistia em “solicitar de terceiros ofertas ou presentes ou aceitar promessas, oferecendo-se para fazer uso de influências junto das autoridades, funcionário ou responsáveis de serviços públicos”.

Contudo, mais tarde, a Lei 9/1991, de 22 de Março, fez medrar um novo capítulo no Código Penal espanhol: “del tráfico de influencias”. Bem assim, o legislador castelhano sentiu necessidade de tipificar o instituto do tráfico de influências por forma a controlar as condutas da Administração movidas de influência, que se tornavam cada vez mais frequentes, e que não integravam os tipos legais corruptivos existentes²⁴.

Pretendeu-se, desse modo, reprimir o mercado de influências através da incriminação de novas formas de crime: o tráfico de influências em sentido estrito (comércio de influências), no artigo 430º, punindo-se, também, os actos preparatórios; e, ainda, o exercício efetivo de influência, nos artigos 428º e 429º²⁵.

²³ ENRIQUE CASAS BARQUERO, in “Tráfico de influencias”, Estudios Penales en Memoria del Professor Agustín Fernández, Albor, 1989

²⁴ LAMARCA PÉREZ, In “Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex”, 2013, p.725

²⁵ Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo

O Código Penal que hoje vigora, em Espanha, pune o tráfico de influência nos seus artigos 428º, 429º e 430º²⁶.

O artigo 428º alude ao tráfico de influência exercido por um funcionário sobre outro funcionário²⁷. Por seu lado, no artigo 429º incrimina-se o tráfico de influência exercido por qualquer pessoa²⁸. Contudo, nestes artigos, pune-se, exclusivamente, o tráfico de influência ativo.

Por último, os casos de influência suposta não estão contemplados no tipo legal espanhol, considerando a maioria da doutrina castelhana a obrigatoriedade de existência de uma influência real para que o bem jurídico da Administração esteja afetado. Caso contrário, só poderia haver dano se o bem jurídico protegido fosse o prestígio da Administração e não a imparcialidade, independência, objetividade e igualdade²⁹, o que não é o entendimento perfilhado pela maioria da doutrina castelhana.

²⁶ Código Penal espanhol

²⁷ El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

²⁸ El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

²⁹ MIRIAM CUGAT MAURI, in “El tráfico de influencias en cuatro sentencias”, p.82

2. O Tráfico de Influência no Direito Francês

A 7 de Outubro de 1987 chegou ao conhecimento do público o célebre “escândalo das condecorações” que envolvia o deputado Daniel Wilson, genro do Presidente Jules Grévy. Construiu-se uma verdadeira associação criminosa dedicada ao tráfico de condecorações. Wilson dispunha, para esse efeito, de um escritório no interior do próprio palácio de Elysée onde vendia as condecorações a homens de negócios³⁰. Os agentes do crime foram acusados de corrupção, mas como esta situação, de tráfico de influência, não subsumia o tipo legal de corrupção, foram todos absolvidos.

Para colmatar esta lacuna, que ficou evidente após este episódio, foi criado, em França, o tipo autónomo de tráfico de influência.

Em 1989, foi introduzido nos artigos 177º e 178º do Código Penal Francês e, com ele, punia-se o tráfico de influências para obter decorações, medalhas, distinções ou recompensas, lugares, funções ou empregos.

No Código Penal francês em vigor, o crime de tráfico de influência encontra-se previsto nos artigos 432º³¹ e 433º³². Pune a lei penal francesa o tráfico de influência cometido por particulares e por funcionários públicos.

Em França, de modo idêntico à lei penal portuguesa, a influência pode ser real ou suposta.

³⁰ JEAN PAUL POUHALA, disponível em <http://pougala.org/europa-genese-da-corrupcao/>

³¹ “É punido com dez anos de prisão e \$150.000,00 euros de multa, o feito, de uma pessoa depositária de autoridade pública, encarregue de uma missão de serviço público, ou investida de um mandato eletivo público, de solicitar ou de aceitar, sem direito, em qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promessas, dons, presentes ou quaisquer vantagens para si mesma ou para outrem:

1º Seja para levar a termo ou se abster de levar a termo um ato da sua função, da sua missão ou do seu mandato ou facilitado pela sua função, pela sua missão ou pelo seu mandato;

2º Seja para abusar da sua influência real ou suposta tendo em vista fazer obter de uma autoridade ou de uma administração pública prerrogativas, empregos, mercados ou qualquer outra decisão favorável.”

³² É punido com dez anos de prisão e uma multa de \$1.000.000,00 euros, montante que pode atingir o dobro do produto da infração, o feito cometido por qualquer um, de propor sem direito, a qualquer momento, direta ou indiretamente, ofertas, promessas, dons, presentes ou quaisquer vantagens a uma pessoa depositária de autoridade pública, encarregue de uma missão de serviço público ou investida de um mandato eletivo público, para si mesma ou para outrem: - 1º Seja para que leve a termos ou se abstenha de levar a termo, ou porque já levou a termo ou se absteve de levar a termo, um ato da sua função, da sua missão ou do seu mandato ou facilitado pela sua função, pela sua missão ou pelo seu mandato; - 2º Seja para que abuse ou porque abusou da sua influência real ou suposta tendo em vista fazer obter de uma autoridade ou de uma administração pública, prerrogativas, empregos, mercados ou qualquer outra decisão favorável

3. O Tráfico de Influência no Direito Italiano

A legislação penal italiana não prevê o crime de tráfico de influência, mas antes o crime de *millantato credito*³³.

Esta norma não subsume as situações de influência real, mas apenas as situações de influência suposta: “*millantando*” significa, à letra, vangloriando, gabando. Assim, fica claro que a lei italiana incrimina a conduta do agente que se gaba, alardeia, ou se vangloria de possuir crédito.

As situações de influência real subsumem-se, na lei italiana, ao tipo de crime de corrupção e não ao tipo de crime *millantato credito*³⁴.

Vários autores italianos têm criticado o artigo 346º do Código Penal italiano entendendo que o bem jurídico protegido por tal norma é apenas o prestígio da administração, ao incriminar-se apenas a influência suposta. Segundo a doutrina italiana, é necessário que se incrimine a influência real para que se proteja outros bens jurídicos da Administração tais como a sua imparcialidade, a sua objetividade³⁵.

Foi, por isso, apresentada, em 2008, uma proposta de alteração³⁶ do referido artigo 346º, no sentido de que este venha a incriminar, do mesmo modo, a influência real, aproximando-se assim das exigências internacionais e dos restantes ordenamentos da União Europeia.

³³ Art. 346º Código Penal Italiano: “Chiunque, millantando credito presso un pubblico ufficiale o presso un pubblico impiegato che presti un pubblico servizio, riceve o fa dare o fa promettere, a sè o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione verso il pubblico ufficiale o impiegato, è punito con la reclusione da un anno a cinque anni e con la multa da lire seicentomila a quattro milioni. La pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da lire un milione a sei milioni, se il colpevole riceve o fa dare o promettere, a sè o ad altri, denaro o altra utilità, col pretesto di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale o impiegato, o di doverlo remunerare”

³⁴ CARLO BENUSSI, in “il delitti contro la pubblica amministrazione”, 2001

³⁵ ROBERTO GAROFOLI, in “Codice Penale Annotato com la Giurisprudenza”, 2008

³⁶ Disponível em

<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=16&id=311625>

4. O Tráfico de Influência nos Instrumentos Internacionais

O crime de tráfico de influência está previsto em vários instrumentos internacionais, nomeadamente, na convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁷ e na Convenção Criminal sobre a Corrupção do Conselho da Europa³⁸.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³⁹ foi adotada pela Resolução das Nações Unidas nº 58/4, de 31 de Outubro de 2003, e assinada, em Mérida, em Dezembro de 2003.

No artigo 18º da Convenção está previsto o crime de tráfico de influência e abrange tanto o tráfico de influência ativo como o passivo, podendo ser cometido por funcionários públicos ou particulares. A influência pode ser real ou suposta, desde que haja recebimento de vantagem⁴⁰.

A Convenção do Conselho da Europa entrou em vigor no dia 1 de Julho de 2002⁴¹ e estabelece a incriminação do crime de tráfico de influência no seu artigo 12º⁴². A incriminação subsume o crime de tráfico de influência na sua forma ativa e passiva e engloba a influência real e suposta.

³⁷ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº97/2007, de 21 de Setembro

³⁸ Ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº56/2001, de 26 de Outubro

³⁹ Negociada entre 21 de Janeiro de 2002 e 1 de Outubro de 2003

⁴⁰ Artigo 18º Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção: “Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente:

a) A promessa, o oferecimento ou a concessão a um funcionário público ou a qualquer outra pessoa, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido com o fim de que o funcionário público ou a pessoa abuse de sua influência real ou suposta para obter de uma administração ou autoridade do Estado Parte um benefício indevido que redunde em proveito do instigador original do ato ou de qualquer outra pessoa;

b) A solicitação ou aceitação por um funcionário público ou qualquer outra pessoa, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu proveito próprio ou no de outra pessoa com o fim de que o funcionário público ou a pessoa abuse de sua influência real ou suposta para obter de uma administração ou autoridade do Estado Parte um benefício indevido.”

⁴¹ Em Portugal foi assinada a 30 de Abril de 1999 e entrou em vigor a 1 de Setembro de 2002

⁴² “Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, o facto de uma pessoa, intencionalmente, prometer, oferecer ou entregar, directa ou indirectamente, quaisquer vantagens indevidas a título de remuneração a quem afirmar ou confirmar que tem capacidade para exercer influência sobre a tomada de decisão de qualquer pessoa referida nos artigos 2.º, 4.º a 6.º e 9.º a 11.º, quer essa vantagem se destine a si próprio ou a terceiros, bem como solicitar, receber ou aceitar a oferta ou a promessa de oferta, a título de remuneração pela referida influência, quer venha ou não a ser exercida ou a suposta influência conduzir ou não ao resultado pretendido.”

III. O Bem Jurídico Protegido

Primeiramente, é oportuno dilucidar o que se entende por bem jurídico, para que, em momento posterior, se possa compreender mais facilmente que bem jurídico se pretende proteger com a incriminação do crime de tráfico de influência.

A conceptualização do bem jurídico-penal tem-se alterado consoante o contexto histórico e jurídico sob o qual é formulada. Isto porque o bem jurídico é percebido como um produto socio-histórico, i.e, decorrente de uma estrutura de relações sociais em determinado período de tempo.

A exemplo disso, a doutrina italiana, entendeu, durante bastante tempo, que o bem jurídico protegido, pela norma incriminadora do tráfico de influência, seria o prestígio da Administração Pública⁴³. De outro ponto de vista, a doutrina alemã julgava ser o bem jurídico tutelado a confiança dos cidadãos no funcionamento idóneo e imparcial da Administração Pública. Anteriormente, chegou-se mesmo, como já vimos, a proteger-se o património do comprador de influência, assemelhando-se este crime a um crime de burla.

Vários são os conceitos doutrinários do bem jurídico-penal; não obstante, há certo consenso em torno do núcleo central do conceito do bem jurídico atual que permite defini-lo como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”⁴⁴.

Bem jurídico é, pois, todo o bem vital e indispensável para a convivência humana em comunidade que deve ser, por isso, protegido pelo poder coercivo do Estado mediante pena criminal. Assim, um Estado democrático e de Direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade.

A dificuldade reside, exatamente, na identificação desse conjunto de bens, ou seja, a determinação do que seria digno de tutela penal; essa determinação representa uma decisão política do Estado, que não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura.

⁴³ ALMEIDA COSTA, in “Sobre o crime de corrupção”, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º especial, Coimbra, 1984, p.81

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, “Direito Penal Geral” Tomo I, Coimbra Editora, p.114

Num Estado social e democrático de Direito, a escolha dos bens jurídicos merecedores de tutela penal haverá de ser realizada levando em consideração os indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem.

Considerando-se o Direito Penal com carácter subsidiário é indispensável que a sua ação seja fundada em bens jurídicos fundamentais e que a lesão desses bens jurídicos seja grave. Neste sentido se pronunciou o Tribunal Constitucional: “o direito penal, enquanto direito de proteção, cumpre uma função de *ultima ratio*. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos. É, assim, um direito enformado pelo princípio da fragmentariedade, pois que há-de limitar-se à defesa de perturbações graves da ordem social e à proteção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. E enformado, bem assim, pelo princípio da subsidiariedade, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para proteção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais hão-de constituir sempre o último recurso”⁴⁵.

Desta forma, detrás de cada incriminação existe um bem jurídico-penal que, pela sua relevância na vida em sociedade merece tutela. É, deste modo, necessário determinar o bem jurídico por detrás da norma, pois que “a definição dos crimes não pode nunca surgir desligada dos bens jurídicos que se pretende proteger”⁴⁶.

O bens jurídicos fundamentais, aqueles que visam proteger valores, interesses, sociais e individuais, juridicamente reconhecidos quer do próprio quer da coletividade, em virtude do especial significado que assumem para a comunidade, estão previstos na norma Constitucional, nomeadamente no seu artigo 18º⁴⁷.

Analisemos agora, mais concretamente, o bem jurídico, ou bens jurídicos, que a norma incriminadora do tráfico de influência pretende salvaguardar.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional nº108/99, de 10 de Fevereiro

⁴⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional nº179/2012, de 4 de Abril

⁴⁷ JORGE MIRANDA; RUI MEDEIROS, in “Constituição da República Portuguesa Anotada” Tomo I, 2010, p.343: “O dever do Estado de protecção de direitos fundamentais desenvolve-se regra geral segundo uma estrutura triangular: num dos vértices da base do triângulo situa-se o titular do direito fundamental que se encontra ameaçado por um perigo de origem não estadual, perigo esse que deve ser efetivo e suficientemente caracterizado; no outro vértice da base do triângulo situa-se a fonte desse perigo, quer se trate de sujeitos provados identificáveis, de pluralidade indeterminada ou difusa de sujeitos privados, de uma organização de um Estado estrangeiro, ou até de uma força da natureza; no vértice superior do triângulo está colocado o Estado, que no exercício das suas diferentes funções – começando na legislativa, onde goza de uma ampla liberdade de avaliação e conformação – está obrigado a prevenir (ou a reprimir) a consumação da ameaça jusfundamental em causa.”

Assim, a norma que prevê o tráfico de influência apareceu, em Portugal, no ano de 1995, após vários escândalos políticos, relacionados com criminalidade de “colarinho branco”, que foram tornados públicos no nosso país, e, também, noutros países da Europa⁴⁸, no decorrer dos anos 80. Em consequência, no sentimento da comunidade surgiu o reconhecimento da necessidade de se proteger os bens jurídicos coletivos fundamentais para assegurar a convivência em sociedade⁴⁹, e a protecção do Estado de Direito democrático.

Por outro lado, o facto da conduta do tráfico de influências não estar abrangida pelo tipo legal da corrupção, levou à necessidade de criação deste tipo autónomo.

A teoria doutrinária que, tendo por base a *vendita di fumo* romana, afirmava o património do comprador como o bem jurídico tutelado pela norma, há muito se encontra afastada.

Do mesmo modo, a concepção oitocentista que não previa a influência verdadeira, apenas a influência pretextada, o que poderia apontar para uma espécie de burla, está muito distante da posição da maioria da doutrina e da letra da lei em vigor.

Com efeito, o tráfico de influência está, atualmente, inserido na Secção II (Dos crimes contra a realização do Estado de Direito) do Capítulo I (Dos crimes contra a segurança do Estado) do Título V (Dos crimes contra o Estado) do Livro II do CP e, embora haja uma disparidade material entre o art. 335.º e os outros tipos de crime constantes da secção, ainda assim, é a preservação do Estado de Direito que, em última análise, se pretende proteger com a incriminação, e não o património de um particular.

Entende, a doutrina dominante, que a protecção da autonomia intencional do Estado está na base da incriminação do tráfico de influência⁵⁰.

⁴⁸ Em Espanha, o denominado “escândalo Guerra” ligado ao governo de Felipe Gonzalez; em França, o escândalo da “Legião de Honra” ligado ao genro do Presidente francês.

⁴⁹ Costa Andrade, “A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico”, In Direito Penal Económico e Europeu – Textos doutrinários, 1985, p.387-341, in <http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=20060037%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12-21&v05=&v06=&v07=&v08=&v09=&v10=&v11=Ac%F3rd%E3o&v12=2/2006&v13=&v14=&v15=&sort=0&submit=Pesquisar>

⁵⁰ Neste sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28.09.2011 e ainda Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de Abril de 2010. Ainda, ALMEIDA COSTA, “Sobre o crime de corrupção”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º especial, Coimbra, 1984, pp. 90-93 ; MARGARIDA SILVA PEREIRA, in “Acerca do novo tipo de tráfico de influência”, in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, p. 315 e Pedro Caeiro, “Comentário Conimbricense do Código Penal”, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, p. 275-287

Nesta perspetiva, defende-se que o funcionário da Administração deve efetuar as suas funções de acordo com as regras legais e não por identidade com terceiro. Deve o funcionário proceder com independência face a interesses alheios ao cumprimento exato da função que exerce. Não devem, por isso, os funcionários agir de forma a manipular a atuação do Estado, infringindo regras de legalidade, com o intuito de favorecer determinadas pessoas.

MARGARIDA SILVA PEREIRA defende mesmo que o espírito da lei penal portuguesa não é a protecção do prestígio da Administração mas, antes, a sua autonomia intencional, uma vez que não pune quem “perora pela palavra e pela escrita, acusando de venalidade e de corrupção a Administração Pública”. Ou seja, posiciona-se no sentido de que, se efetivamente o sistema quisesse defender a imagem da Administração, tê-lo-ia feito de forma clara, sobretudo, e mais, condenando todas as condutas tendentes a manchar a reputação da Administração.

Também nesse sentido segue a jurisprudência, que aponta no sentido de que “o bem jurídico protegido no crime de tráfico de influência é a autonomia intencional do estado, procurando-se evitar que o agente, contra a entrega ou promessa de vantagem, abuse da sua influência junto de um decisor público, de forma obter uma decisão, criando assim o perigo de que a influência abusiva venha a ser exercida e conseqüentemente de que o decisor venha a colocar os seus poderes funcionais ao serviço de interesses diversos do interesse publico”⁵¹.

Deste modo, e na perspetiva da jurisprudência portuguesa, com a incriminação do tráfico de influência pretender-se-á acautelar que os funcionários públicos, no processo de tomada de decisão, não privilegiem terceiros a troco de vantagens, de modo a garantir a independência da Administração face a interesses privados.

Em nosso entender, e em sentido contrário ao que atrás se disse, o que se pretende proteger com a incriminação do tráfico de influência é o prestígio, a honra, a imagem da Administração.

⁵¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de Setembro de 2011

Esta proteção reside, em último reduto, em preservar a confiança que os cidadãos devem ter na atuação das instituições, na manutenção da credibilidade e da dignidade das entidades públicas perante a comunidade. A certeza de cada cidadão que a Administração se regerá, na sua atuação, pelo princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Na verdade, são bases invioláveis do Estado de Direito os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Paraphrasing Jorge Miranda, “os cidadãos têm o direito à proteção da confiança, da confiança que podem pôr nos actos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas”.⁵²

Nesse sentido sustenta CEZAR ROBERTO BITENCOURT, defendendo que “vangloriando-se de desfrutar de influência perante a Administração Pública, lesa o nome, o conceito e o prestígio que esta deve ter junto da comunidade, difundindo a ideia de que tudo se resolve segundo a importância ou influência de quem desfruta de poder”⁵³.

Defendemos, sumariamente, que existe efetivamente um bem jurídico que se pretende tutelar associado à imagem de imparcialidade da Administração, à transparência que deve imperar durante o procedimento tendente à tomada de decisões de órgãos públicos, garantindo-se a igualdade de tratamento dos cidadãos e, conseqüentemente, a confiança que se deseja que os cidadãos tenham na Administração.

No fundo, a certeza, por parte da comunidade, que a Administração não é maleável a movimentações de influência, preservando a sua imagem de instituição credível e digna de confiança.

⁵²JORGE MIRANDA, in “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, Coimbra Editora, 2008, p.274

⁵³ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, In “Uma revisão conceitual do crime de tráfico de influência”, Criminologia e Sistemas Jurídico-penais contemporâneos, EDIPURCS, 2008, pp. 182 e 183 disponível para consulta em

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

IV. O Tipo Objetivo do Crime de Tráfico de Influência

O crime de tráfico de influência está previsto no artigo 335º do Código Penal Português⁵⁴. O artigo incriminador do tráfico de influência encontra-se sistematicamente inserido no Título V do Código que se refere aos crimes contra o Estado.

Esta sistematização escolhida pelo legislador não é isenta de críticas, na doutrina. O facto de este crime não se encontrar junto dos crimes cometidos no exercício das funções públicas, crimes que apresentam maiores semelhanças com ele, como o crime de corrupção, tem sido razão de manifestação de alguns autores. O crime de corrupção ativa, tal como o crime de tráfico de influência, não exige que o agente exerça funções públicas e, no entanto, está integrado no capítulo de crimes praticados no exercício de funções públicas⁵⁵.

No entanto, entendemos que a sistematização que vigora se justifica pelo facto de a incriminação pretender proteger o mesmo bem jurídico dos crimes que integram o Título V do Código: a imagem e o prestígio da própria Administração, a defesa do correto e justo funcionamento das instituições do Estado; no fundo, e em último reduto, a realização do Estado de Direito. Todos os crimes que compõem o leque de “crimes contra o Estado” atentam contra a realização do Estado de Direito.

Pese embora, a conduta do agente do crime de tráfico de influência se assemelhe mais, como veremos mais adiante, à de crimes que integram o Capítulo IV do Código (crimes cometidos no exercício de funções públicas), pensamos ser sistematicamente coerente a escolha do legislador, uma vez que, na base, estará sempre o bem jurídico de defesa do Estado de Direito. O critério foi, e em nosso entender corretamente, o do bem jurídico e não o da conduta típica do crime.

Até porque o crime de corrupção é um crime próprio, protegendo-se o exercício das funções públicas pelo funcionário estatal. Ou seja, o agente do crime de corrupção viola o dever de fidelidade ao cargo que exerce.

⁵⁴ Redação dada pelo DL n.º 108/2001, de 28 de Novembro

⁵⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, *in ob. Cit.*, p. 317

Já o agente ativo que trafica influência nem sempre se reduz ao funcionário público, não sendo de admitir que sua inclusão nos crimes cometidos no exercício de funções públicas fosse a mais adequada.

O crime de tráfico de influência, do modo como se encontra estatuído no Código, constitui um crime de perigo.

Os crimes de dano, obrigam a existência de uma lesão efetiva do bem jurídico tutelado para que se considere realizado o tipo incriminador. Já no que concerne aos crimes de perigo não se exige a lesão efetiva dos bens jurídicos tutelados pela incriminação, mas, somente, a colocação em perigo ou a ameaça de lesão do bem jurídico tutelado pela norma. Trata-se, portanto, de uma simples “potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto”⁵⁶.

No domínio dos crimes de perigo pode distinguir-se entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Nos primeiros, o perigo faz parte do próprio tipo, pelo que “a realização do tipo exige a verificação, caso a caso, do perigo real”⁵⁷.

Já nos crimes de perigo abstrato, o perigo não é um elemento do tipo, mas sim o motivo da proibição. O legislador parte da presunção de que a aquela conduta é uma conduta perigosa, sendo punida independentemente de ter ou não posto em perigo o bem jurídico em causa.

MARGARIDA SLVA PEREIRA considera o crime de tráfico de influência, um crime de perigo abstrato, pois mesmo que a lesão do bem jurídico não se venha a verificar, existe o perigo dessa lesão. Ou seja, para o crime de perigo basta o perigo de lesão do bem jurídico, não sendo necessário a verificação de uma lesão efetiva.

No crime de tráfico de influência, será apenas necessário que o agente solicite, por exemplo, uma vantagem, mesmo que não venha a consegui-la ou que não venha a mover influência de facto, para que haja perigo de lesão de bens jurídicos protegidos pela incriminação, e, conseqüentemente, de estar preenchido o tipo legal.

⁵⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, in *Direito Penal Português, Parte II Teoria do Crime*, Editorial Verbo, p.32

⁵⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, in *ob. Cit.* P.32

Tal como já foi mencionado, consideramos que o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora é a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração, sendo suficiente a promessa de uma vantagem, não sendo, pois, necessário o seu efetivo recebimento, para que o bem jurídico tutelado seja realmente afetado.

Basta que o traficante se mostre susceptível de celebrar um acordo com o comprador da influência para que os bens jurídicos protegidos sejam lesados. Verifica-se, automaticamente, uma efetiva lesão do prestígio do poder público e uma quebra da confiança dos cidadãos na Administração.

Entendemos, portanto, que com a conduta tipificada o agente lesa de forma imediata esse mesmo bem jurídico, configurando o crime de tráfico de influência um crime de perigo abstrato de lesão, isto é, há uma potencialidade de lesão do bem jurídico em causa.

É ainda possível distinguir entre crimes de mera atividade e crimes de resultado.

Os crimes de mera atividade, também denominados crimes formais, são aqueles em que com a mera conduta típica se consuma o crime, punindo-se, tanto a ação adequada a produzi-lo, assim como a omissão adequada a evitá-lo.

Já os crimes de resultado, ou materiais, são aqueles que pressupõem a verificação de um certo resultado para que haja efetiva consumação do crime. Exige-se, portanto, a produção de um evento material, a ofensa de um objeto material.

Consideramos que o crime em causa é um crime de mera atividade ou formal, uma vez que a simples adoção da conduta tipificada é suficiente para que o crime se considere consumado. Logo que o agente solicita ou aceita, uma vantagem, os bens jurídicos da idoneidade do Estado, da confiança na imparcialidade e legalidade da conduta da Administração está posto em causa.

5. O agente do crime

O crime de tráfico de influência é um crime comum, ou seja, ao contrário dos crimes próprios que só podem ser cometidos por pessoas que detenham uma qualidade ou sobre as quais recaia um dever especial⁵⁸, o agente não necessita de possuir qualquer qualidade específica. Não preciso, pois, de ser um funcionário público, como já tínhamos referido anteriormente.

Assim, o agente é um extraneus⁵⁹, e o tráfico de influência é um crime que pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente da sua função, cargo, profissão, ou outra característica especial que detenha.

O artigo 335º do Código Penal, no seu nº1, estatui a punição do agente que vende a influência. Ou seja, aquele que por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicita ou aceita, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial ou a sua promessa, para abusar da sua influência, quer o faça com intuito de obter uma decisão ilícita ou uma decisão lícita favorável.

Prevê ainda, o nº1 do referido artigo, uma pena mais elevada para o tráfico de influência próprio, venda de influência para obtenção de uma decisão ilícita favorável, e uma pena menos gravosa para o tráfico de influência impróprio, venda de influência para obtenção de uma decisão lícita favorável.

O seu nº2 dispõe a punição do agente que compra a influência. Aquele que por si ou por interposta pessoa, com o seu conhecimento ou ratificação, dá ou promete vantagem patrimonial ou não patrimonial ao vendedor de influência, mas apenas e só quando o fizer com a intenção de obter uma decisão ilícita favorável.

Desta forma, o crime de tráfico de influência pressupõe, pois, uma transferência, mesmo que apenas prometida, de uma vantagem de um agente para outro. Por esse motivo, tanto se pune o agente que vende a influência, como o agente que compra a influência.

No entanto, segundo a letra da lei, apenas é punido o comprador da influência quando este der ou prometer uma vantagem, patrimonial ou não patrimonial, com a intenção de obter uma decisão ilícita favorável, não sendo punido no caso de objetivar

⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal: Parte Geral, Vol.I, p.304

⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15 de Dezembro de 2009 e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13 de Dezembro de 2000

obter uma decisão lícita. Já o vendedor é punido independentemente de o intuito ser a obtenção de decisão lícita ou ilícita favorável.

No entendimento de PEDRO CAEIRO⁶⁰, o comprador da influência não deveria ser destinatário da norma, uma vez que entende que incriminar como autor, ainda que com uma moldura penal mais branda, aquele que oferece a vantagem patrimonial representaria um perigo muito remoto de ofensa à autonomia intencional do Estado.

Em sentido oposto, manifestam-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁶¹, e MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, defendendo que o comprador da influência tem obrigatoriamente de ser punido, desde logo, porque se não fosse a solicitação ou a aceitação da parte dele, na grande maioria das vezes não se verificava o tráfico de influências.

Não encontramos justificação para esta dissemelhante incriminação do traficante vendedor e do traficante comprador.

Na verdade, pensamos que, sendo bens jurídicos tutelados, pela norma, a imagem e prestígio da Administração, a sua imparcialidade, e o prosseguimento dos processos decisórios de forma justa e legal, estes são sempre ofendidos, quer pelo comprador quer pelo vendedor, quer se tratando de obtenção de decisão lícita ou ilícita favorável.

De facto, não depende de a decisão, que se pretende obter, ser ou não lícita, a lesão dos bens jurídicos que pretendem ser protegidos pela norma incriminadora do tráfico de influência. O dano é, pois, real, apenas e só pela existência de um acordo de transferência de uma vantagem, para obtenção, em troca, de uma decisão administrativa favorável⁶².

60 Vd.,CAEIRO,Pedro, *in ob. Cit.*,P.279

61 Cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *in ob. Cit.*,P.810

62 O relatório do GRECO (Groupe D'États Contre La Corrupton) de 3 de Dezembro de 2010, referente a avaliação relativa á Convenção sobre a Corrupção do Conselho da Europa, recomenda a Portugal que criminalize o tráfico de influência ativo para obtenção de uma decisão lícita favorável.

6. O Conceito de Entidade Pública

O traficante comprador dá ou promete uma vantagem, patrimonial ou não patrimonial, ao traficante vendedor para que este mova influência junto de uma entidade pública, para que esta decida favoravelmente ao primeiro. Assim, na base do acordo entre os dois agentes está a existência de uma entidade pública junto da qual será movida a influência.

Por entidade pública compreende-se qualquer pessoa individual ou coletiva que exerce funções estatais, sejam essas funções de natureza política, administrativa, governamentais, empresariais ou jurisdicionais⁶³. Engloba-se, pois, no conceito, todos os agentes que tenham uma relação profissional com a Administração Pública, que exerçam serviços para o Estado e que, por esse facto, estão sob um dever especial de fidelidade.

O artigo 386º do Código Penal estatui o conceito de funcionário público, sendo que as entidades públicas serão aquelas entidades servidas pelos agentes por ele enumerados. Assim, são, em ultimo reduto, funcionários públicos todos aqueles que exerçam uma função relacionada com uma entidade que tenha por objetivo a prossecução do interesse público.

Dentro do conceito legal de funcionário público estão, ainda, aqueles que desempenham funções em órgãos políticos e os magistrados⁶⁴. E, também, depois da Reforma Penal de 2007⁶⁵, as entidades públicas internacionais.

Este é o conceito de entidade pública que defendemos, no sentido dos autores PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁶⁶ E PEDRO CAEIRO⁶⁷, e que inclui a magistratura.

No entanto, Margarida Silva Pereira considera que é de excluir a magistratura do conceito de entidade pública, “uma vez que a exemplificação do tipo não se afeiçoa às decisões judiciais”⁶⁸. A autora entende que o conceito de entidade pública remete para o conceito de funcionário público e que a ele se reduz.

⁶³ Paulo Pinto de Albuquerque, in ob. Cit. P.810: «a “entidade pública” é qualquer pessoa física ou colectiva, que exerça funções estaduais (políticas, governativas, administrativas, empresariais ou jurisdicionais), incluindo as funções atribuídas por concessão»

⁶⁴ Sobre: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 20 de Junho de 2012

⁶⁵ Lei nº48/2007, de 29 de Agosto

⁶⁶ Paulo Pinto de Albuquerque, in ob. Cit. P.810

⁶⁷ Pedro Caeiro, in ob. Cit, p 282

⁶⁸ Margarida Silva Pereira, in ob cit p 328

Em nossa opinião, o conceito de entidade pública é mais abrangente, bastando que o agente se encontre numa posição de superioridade face ao decisor, ou seja, que a posição que ocupa lhe permita mover influência sobre entidade pública e que esta venha a actuar consoante interesses privados.

7. A Consumação do Crime

O crime de tráfico de influência consuma-se logo que se verifique a existência de a solicitação ou aceitação de uma qualquer vantagem, por parte do traficante vendedor; ou, a existência de uma vantagem dada ou prometida, por parte do traficante comprador.

Desta forma, existindo duas atuações diferentes, pode haver lugar a duas punições diversas, e independentes uma da outra. Vejamos: o agente que solicita ou aceita uma vantagem, independentemente da existência efetiva de uma vantagem dada ou prometida, incorre no crime de tráfico de influência ativo. Já, no sentido oposto, o agente que dá ou promete vantagem, independentemente da existência efetiva de uma aceitação ou solicitação, incorre no crime de tráfico de influência passivo.

Por isso, não é necessário, para a consumação do crime, que haja acordo entre o agente vendedor e agente comprador, mas tão só a conduta típica de um deles; da mesma forma que não é necessário que a influência seja, de fato, exercida⁶⁹.

Acontece que o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora é violado com a simples solicitação ou aceitação da vantagem, assim como com a simples oferta ou promessa da vantagem, pois é susceptível de colocar em causa a credibilidade da Administração, e, conseqüentemente, a confiança dos cidadãos, a simples possibilidade de se abordar o decisor público e agir de forma a falsear o processo de decisão, ou de, oferecer a terceiro a possibilidade de o fazer. É, pois, também, irrelevante que a entidade pública profira a decisão pretendida para que o bem jurídico seja lesado, e para que haja, efetivamente, um tráfico de influência⁷⁰.

Na verdade, se fosse necessário o acordo entre os dois agentes, estaríamos perante um crime de participação necessária, e não nos parece que seja esta a intenção do legislador, muito menos a interpretação correta da letra da lei. O perigo da solicitação/aceitação e da oferta/promessa de vantagem é suficiente para que o prestígio da Administração seja posto em causa, e, conseqüentemente, no nosso entender, para que o crime seja consumado.

⁶⁹ Acórdão da Relação de Coimbra, de 29 de Setembro de 2011

⁷⁰ Em sentido contrário: Pedro Cairo, in. Ob. Cit. p. 278; entende o autor que o desvalor está no pactum sceleris e não na mera disponibilidade para celebrar o acordo, pois tal configura um perigo abstrato para o bem jurídico, violando o princípio da necessidade da lei penal.

De um lado, PEDRO CAEIRO⁷¹ entende punir a título de consumação a simples solicitação de vantagem, ou seja, a mera disponibilidade das partes para celebrar o *pactum sceleris*, será a punibilidade para além daquilo que é autorizado pelo princípio constitucional da necessidade da lei penal.

De outro, e perfilhando a opinião, ALMEIDA COSTA, a violação do bem jurídico “ocorre logo que o funcionário emita uma declaração de vontade de que resulte a inequívoca intenção de mercadejar com o cargo”⁷².

Também no mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, que defende que só equiparando a simples solicitação de vantagem (à sua efetiva obtenção (ou simples promessa) se alcança o efeito útil que o legislador teve em vista aquando da incriminação desta conduta.

Entendemos que a imagem da Administração será posta em causa logo que haja uma solicitação ou aceitação de vantagem, justificando-se, portanto, a sua incriminação. Com efeito, essa conduta é suficiente para criar a desconfiança dos cidadãos em relação à sua transparência e imparcialidade, e, por isso, de pôr em causa o prestígio e a imagem da Administração.

⁷¹ PEDRO CAEIRO, in ob. cit., p.277.

⁷² ALMEIDA COSTA, in ob. cit., p.146

8. A vantagem solicitada ou aceite

Resulta do que foi sendo dito que, para o crime de tráfico de influências estar consumado, na sua forma ativa, é necessária a existência de um agente que solicite/aceite uma vantagem proposta por um terceiro.

A vantagem solicitada ou aceite pode ser destinada ao agente traficante ou a terceiro e pode constituir uma oferta ou promessa futura, patrimonial ou não patrimonial⁷³. Neste sentido, defende Cezar Roberto Bitencourt: a vantagem “pode ser de qualquer natureza (material, moral, ou, inclusive, sexual), ainda que não patrimonial, bem como para o próprio sujeito ativo ou para terceira pessoa”⁷⁴.

Assim, o agente tem de beneficiar de uma vantagem para abusar da sua influência de modo a obter uma decisão favorável para outro, no processo de decisão da Administração. A vantagem tem de constituir uma contrapartida. Não é, pois, punido o agente que, após decisão favorável, pretenda oferecer uma vantagem, não existindo qualquer conexão entre esta e a influência. Em suma, a vantagem tem de ser indevida⁷⁵, e o agente tem de a receber em troca da utilização da sua influência, de modo a existir uma efetiva contraprestação⁷⁶, é necessária a existência de uma correlação direta.

Por outro lado, a vantagem deve estar definida e determinada, ou seja, a influência tem de ser exercida em troca, como contrapartida, de uma vantagem pré-definida e não de uma vantagem que se obterá mais tarde, em altura mais conveniente, e a acordar em momento futuro.

Por fim, é ainda necessário que a vantagem solicitada ou aceite tenha relevância penal. Com isto quer dizer-se que a vantagem não pode ser “socialmente adequada”, ou de outro modo, não pode corresponder a uma conduta que é socialmente tolerada, uma vez que a comunidade considera que não importam dano para o bem jurídico tutelado.

Afigura-se necessário que a conduta em causa não seja aceite pela sociedade, que não se encaixe nos costumes da comunidade, para que possa merecer efetiva tutela penal. Tem, neste sentido, entendido grande parte da doutrina, que não se afiguram ilícitas as ofertas irrisórias ou as que são toleradas e permitidas pelos costumes sociais.

⁷³ Sobre a vantagem solicitada ou aceite: Paulo Pinto de Albuquerque, in Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2010, anotação 10

⁷⁴ Cezar Roberto Bitencourt, in Ob. Cit., p. 187

⁷⁵ Paulo Pinto de Albuquerque, in Ob. Cit., anotação 12

⁷⁶ Paulo Pinto de Albuquerque, in Ob. Cit., anotação 13

Para analisar, no caso concreto, se a vantagem é penalmente relevante é recorre-se à teoria da adequação social⁷⁷ que determina a irrelevância penal de uma determinada conduta quando a sociedade a entende como lícita e, por isso, não censurável⁷⁸.

Nestes casos, apesar de estarmos perante uma conduta que preenche o tipo legal, ela não deve ser punida, uma vez que a sociedade não a reprova. O comportamento do agente será, então, socialmente adequado, porque conforme aos costumes e tradições da comunidade. Esta análise far-se-á segundo critérios culturais que variam de acordo com o tempo e o espaço a que se referem.

Deve, pois, ser feito um juízo de acordo com as características e a situação patrimonial do agente, e, ainda, critérios de proporcionalidade. A vantagem recebida tem de ser proporcional ao acordo celebrado, sendo as vantagens excessivamente diminutas excluídas de relevância penal. Assim, apenas existe crime quando o agente que recebe a vantagem retire dela uma utilidade concreta⁷⁹.

⁷⁷ Paulo Pinto de Albuquerque, in ob. Cit., anotação 15 e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Setembro de 2010: “certas condutas que, em abstrato se poderiam considerar como infrações, mas que são comumente suportadas como toleráveis”.

⁷⁸ Figueiredo Dias, in Ob. Cit. p. 290 a 294

⁷⁹ Margarida Silva Pereira, in Ob. Cit., p 327

9. A Influência

A influência consiste no acto de influir⁸⁰, influxo, preponderância, ascendência, acção que uma pessoa exerce sobre outra pessoa ou coisa. Exercer influência é ocasionar um resultado pretendido consequente do facto de ter poder, autoridade, sobre alguém ou algo.

Como defende MOURAZ LOPES⁸¹: “influenciar alguém será atuar sobre ela, induzindo-a ou determinando-a à prática de determinados atos. Abusar dessa influência será prevalecer-se desse facto – relação pessoal, familiar, profissional ou outra – para obtenção de uma vantagem que, de outro modo, não seria possível obter”.

Deste modo, no âmbito penal, influenciar apresenta-se como um conceito diferente de ameaçar, ou coagir⁸². Coagir ou ameaçar depende da existência de duas vontades opostas, e da atuação contrária à sua vontade de um sujeito por medo ou receio das consequências da recusa. Ora, no tráfico de influência, o decisor adere ao à vontade do traficante de influência.

Para que se verifique o abuso de influência do traficante, este tem de possuir poderes, inerentes a uma posição que ocupa junto de uma entidade, e utilizá-los com intenção de obter para terceiro uma decisão favorável.

Têm-se discutido na doutrina se a influência da qual o traficante é detentor pode derivar das suas relações pessoais ou se deve resultar, exclusivamente, das suas relações profissionais.

PEDRO CAEIRO⁸³ e MARGARIDA SILVA PEREIRA⁸⁴ defendem que não é suficiente, para que exista abuso de influência, que o traficante possua uma relação de parentesco, ou amizade, com o decisor, e que seja esse o fator de ascendência que detém sobre este. A influência exercida tem de ter um nexos causal com a situação profissional do decisor.

Em resumo, segundo estes autores, estão excluídas do tráfico de influencia as situações quem que a superioridade que o traficante tem derive de relações como pai e filho, amigo, ou mesmo credor e devedor.

⁸⁰ Dicionário: Cfr. <http://www.priberam.pt/dlpo/influ%C3%Aancia>

⁸¹ MOURAZ LOPES, “Sobre o novo crime de tráfico de influência (artigo 335.º do Código Penal)”, in Revista do Ministério Público, Ano 16.º, Outubro/ Dezembro 1995, n.º 64, p. 62

⁸² MARGARIDA SILVA PEREIRA, in ob. Cit. Pp. 294

⁸³ VD. PEDRO CAEIRO, in Ob. Cit. P281

⁸⁴ MARGARIDA SILVA PEREIRA, in Ob. Cit. P. 297

Em sentido oposto defendem PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁸⁵ E MIRIAM CUGAT MAURI⁸⁶.

O Autor defende que a influência “pode resultar de qualquer tipo de ascendente do traficante de influência sobre o decisor, seja de natureza familiar, profissional, creditícia, religioso, afetiva ou outra natureza”.

A Autora, no mesmo sentido, diz que a influência que se poderá exercer pode ter origem numa relação profissional entre o traficante e o decisor, mas também em qualquer outra relação existente, uma vez que aquilo que se pune é a influência exercida junto de uma entidade que resulte numa atuação em determinado sentido.

Concordamos com os últimos autores, uma vez que acreditamos que a influência exercida pode ter qualquer natureza. De facto, o que revela é que exista uma verdadeira influência do traficante perante o decisor e não de onde deriva essa influência. Pois, em qualquer um dos casos, o bem jurídico da imparcialidade e transparência da Administração serão afetados. O facto de o agente influenciar a entidade, *per si* põe em causa a confiança dos cidadãos na Administração e fere a sua idoneidade, e imparcialidade na tomada de decisão.

Ademais, a própria letra da lei não refere a origem da influência mercadejada, mas antes a mera existência de uma influência. Assim, e fazendo uma interpretação literal da norma, afirmamos que não revela para o preenchimento do tipo legal a procedência da influência, podendo ela resultar de qualquer qualidade, profissional ou não, de que o traficante seja detentor.

⁸⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, in Ob. Cit., p. 281

⁸⁶ MIRIAM CUGAT MAURI, in “El trafico de influencias en cuatro sentencias” p. 80

10.A decisão

A influência exercida pelo traficante tem sempre o objetivo de obter uma decisão favorável, lícita ou ilícita.

Essa decisão não necessita, como já referimos anteriormente, de ser ilícita, mas tem de ser obtida ilegitimamente, ou seja, através do abuso de influência perante a entidade decisora.

Na verdade, o tráfico de influência é punido quer se pretenda obter uma decisão lícita⁸⁷, o denominado tráfico de influência impróprio, quer se pretenda obter uma decisão ilícita, apenas variando a medida da pena para cada uma, à semelhança do crime de corrupção para ato lícito ou ilícito. A tomada de uma decisão ilícita impõe que a entidade pública “pratique um ato ou omita um ato em violação aos deveres do seu cargo”⁸⁸.

Por outro lado, a decisão tem, pois, de ser favorável⁸⁹, ou seja, tem de visar satisfazer interesses de outrem, de um terceiro.

E ainda, não pode ser uma decisão livre, consciente e voluntária. Não é punível a conduta do agente quando a decisão que é tomada não apresenta nexos causal com acordo prévio para exercer influência. Assim, mesmo que exista uma tomada de decisão favorável, não existe crime caso esta seja tomada com outra motivação que não a influência exercida pelo traficante.

⁸⁷ ALMEIDA COSTA, *in Ob. Cit.*, p. 110, nota 287.

⁸⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE *in ob. cit.*, a propósito do crime de corrupção ativa, anotação ao artigo 374º, ponto 4, p. 887 e ss.

⁸⁹ PEDRO CAEIRO, *in Ob.Cit.*, p.283

V. O Tipo Subjetivo do Crime de Tráfico de Influência

11. O Dolo

O crime de tráfico de influência é necessariamente um crime doloso⁹⁰.

Admite-se qualquer modalidade de dolo na conduta do agente: dolo direto, dolo necessário, ou dolo eventual⁹¹.

Não há, contudo, crime de tráfico de influência negligente, e entende-se uma vez que o agente tem que querer mover influência a troco de uma vantagem. E o comprador oferece a vantagem com o claro intuito de obter uma decisão favorável aos seus interesses.

12. A Tentativa

A tentativa é o crime incompleto, i.e, é a prática, pelo agente, de actos de execução de um crime, sem que se verifique a efetiva consumação do mesmo.

Segundo o artigo 22º do Código Penal⁹², a tentativa é, em princípio, punível. Casos há em que a lei afasta a punição da tentativa, obrigando, para que a conduta do agente seja punível, a consumação do ilícito penal. Noutros, como vereemos, com a sua conduta na forma tentada, o agente não necessita de consumir o crime para ser susceptível de punição penal a título de tentativa.

A permissão legal da punibilidade da tentativa deve-se ao facto de a prática dos atos tentados constitui, em si mesma, uma violação do bem jurídico protegido pela norma⁹³.

⁹⁰ Sobre o conceito de dolo e suas modalidades, FIGUEIREDO DIAS, p. 349 e ss., e GERMANO MARQUES DA SILVA, in Ob. Cit, pp. 175 e ss

⁹¹ Art. 14º CP

⁹² 1 - Há tentativa quando o agente praticar actos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se. 2 - São actos de execução: a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam actos das espécies indicadas nas alíneas anteriores.

⁹³ FIGUEIREDO DIAS, in Ob. Cit. P. 694

Ou seja, o agente que pratica atos tendentes à execução de um crime, mesmo sem o ter consumado, pode, e em regra será, atentar contra a ordem pública, contra os valores que se pretendem invioláveis na sociedade, e por consequência, que estão protegidos nas normas legais.

De referir que, enquanto o artigo 22º do Código Penal, consagra a punibilidade dos actos de execução, como elementos integrantes da tipicidade da tentativa e que geram, por isso, responsabilidade penal do agente; o artigo 21º prevê os actos preparatórios que, em regra, não são puníveis.

CAVALEIRO FERREIRA define os actos preparatórios como “atos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituem ainda actos de execução⁹⁴.

A título de exemplo, um acto preparatório, no crime de tráfico de influência, será o agente que planeia comprar influência vender um dos seus bens para conseguir ter o montante em dinheiro com o qual irá aliciar e pagar ao agente traficante. Diferente será o ato executório de contatar o agente traficante e propor-lhe um acordo com objetivo de traficar influência, mesmo que este acordo não se venha a verificar.

No primeiro dos exemplos, o bem jurídico não será afetado pela simples venda do bem e retenção do produto da mesma. Já no segundo exemplo, o bem jurídico já se considera afetado e o agente pratica o crime na sua forma tentada.

Assim, a distinção última dos atos de execução e os atos preparatórios residirá na sua suscetibilidade ou insusceptibilidade de responsabilização do agente.

Mais, no caso de a tentativa se mostrar impossível, será punida. Desta forma, se, no momento do acordo, a decisão já tiver sido tomada, o que implica que nenhuma influência se revelou relevante para a decisão, o agente é punido.

⁹⁴ CAVALEIRO DE FERREIRA, in Ob. Cit, p.36

VI. A Questão da Influência Suposta

Terminada a análise do crime de tráfico de influências, vamos debruçarmo-nos sobre a questão da influência suposta, o ponto fulcral desta dissertação, e demarcar a posição que defendemos.

Como vimos, em capítulos anteriores, a influência suposta nem sempre esteve penalmente consagrada na lei portuguesa, e, em muitos ordenamentos, continua a não se encontrar prevista.

Bem assim, só em 1998, com a revisão do Código Penal⁹⁵, se incluiu na redação da norma “uma influência real, ou suposta”.

Existe uma influência real do traficante quando este detém, verdadeiramente, a influência que mercadejou. Ou seja, o traficante está em condições reais de mover uma influência junto de uma entidade pública.

Nas situações em que o agente traficante, quando solicita ou aceita a vantagem dada ou prometida pelo agente comprador, não detém influência alguma sobre uma entidade pública, embora invoque a sua existência fictícia, estamos perante uma influência suposta. Não existe uma verdadeira influência que possa ser movida, mas o traficante simula a sua existência, levando o comprador a supor que está a comprar uma influência real.

Assim, o traficante, com o intuito de engodar o comprador, fá-lo crer numa realidade inexistente, num estado de coisas irreal, recebendo uma vantagem a troco de uma influência que não têm, nem no momento do acordo, nem terá em momento posterior.

A norma atual do tráfico de influência incrimina, de forma clara, a influência suposta. Contudo, este elemento do tipo é muito debatido na doutrina portuguesa.

Tem-se discutido, e vários autores têm-se manifestado sobre esta questão, qual a verdadeira justificação, e se ela existe, da punição de um tráfico de influência inexistente. Em última análise, qual o sentido de se punir uma conduta impossível, um comportamento que nunca se poderá realizar.

⁹⁵ Lei nº679/98, de 2 de Setembro

No sentido da inexistência de justificação para esta incriminação, e, portanto, contra a punição do tráfico de influência meramente suposta, manifestaram-se MARGARIDA SILVA PEREIRA e PEDRO CAEIRO.

MARGARIDA SILVA PEREIRA⁹⁶ entende que o facto de o traficante simular influência não lesa a Administração, pois as circunstâncias em que se encontra o agente nunca poderão desencadear uma decisão ilegal da mesma. Diz a autora que estas situações “não tem consistência lesiva com dignidade penal, pois não significam recurso a formas institucionalizadas de uso constrangedor do poder, e muito menos tem idoneidade para desencadear uma decisão iníqua da Administração”.

No mesmo sentido, PEDRO CAEIRO⁹⁷ defende que o traficante que não detém influência real, nem que seja no momento do acordo, podendo deixar de a ter em momento posterior, comete apenas uma tentativa impossível de tráfico de influência. Não sendo, pois, punível a conduta do agente. Para tal punição se justificar, na opinião do autor, teria sempre que existir uma influência real, pelo menos no momento em que o traficante a mercadeja.

Para a doutrina que defende que a influência tem de ser real, a incriminação da influência suposta apresenta-se ferida de inconstitucionalidade. Com efeito, argumentam que não existindo verdadeira influência, não existirá, por consequência, perigo relevante para a Administração. Não havendo um efetivo perigo para a Administração, a incriminação dessa conduta apresenta-se violadora do princípio da necessidade da lei penal, que se encontra previsto no artigo 18º, nº2 da CRP.

Diz o princípio da necessidade da lei penal que a lei só pode restringir direitos, liberdade e garantias, dentro dos limites do que se afigura necessário para salvaguardar bens jurídicos. Não existindo violação do bem jurídico, a lei extravasa os limites da sua atuação.

Posicionamo-nos no sentido oposto, acreditando que a influência suposta deve ser incriminada porque tem relevância penal.

⁹⁶ MARGARIDA SILVA PEREIRA, in Ob. Cit. P. 323

⁹⁷ PEDRO CAEIRO, in Ob. Cit, p281

Em primeiro lugar, importa referir aquilo que pensamos serem o bem jurídico que se pretende salvaguardar com a punição do tráfico de influências. Na verdade, acreditamos que, efetivamente, o bem jurídico tutelado pela norma é posto em causa, mesmo nas situações de influência meramente suposta.

Desde logo, e como anteriormente referimos, o prestígio e a imagem da Administração, a confiança dos cidadãos no funcionamento justo das Instituições no processo de tomada de decisão.

Na verdade, o facto da influência se apresentar como meramente suposta não significa que o bem jurídico protegido não seja ferido. Isto porque a mera invocação por parte do traficante de possuir uma influência junto de uma entidade pública, seja ela real ou suposta, afigura-se susceptível de manchar a reputação da Administração, e de quebrar a confiança dos cidadãos no seu justo funcionamento.

Nesse sentido, afirmamos que o facto de o agente se demonstrar disposto a mercadejar uma influência com o comprador, mesmo que esta não exista, é suficiente para que, perante a comunidade, a imagem da Administração seja posta em causa, dando a entender que existe a possibilidade de corromper as Instituições, independentemente de o acordo vir a ser celebrado, ou que a influência venha a ser movida.

MIRIAM CUGAT MAURI⁹⁸ refere que considerando que o bem jurídico tutelado pela norma do tráfico de influência é o prestígio da Administração, é suficiente para a sua violação a invocação de uma influência mesmo que suposta, porque nesse caso será transmitida a imagem de que os funcionários públicos, e a Administração em si, são corruptíveis.

Deste modo, é evidente que a aceitação da incriminação da influência suposta está dependente da posição adotada quanto ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Quem entende que o prestígio da Administração é bem jurídico fundamental no tráfico de influência, dirá que o facto de a influência invocada ser real ou suposta é irrelevante para a sua violação.

De outro lado, a doutrina portuguesa maioritária, como já referimos, defende que o bem jurídico protegido é a autonomia intencional do Estado, e por consequência, entende que não há violação desse bem jurídico se a influência for meramente suposta.

⁹⁸ MIRIAM CUGAT MAURI, in Ob. Cit, p.82

Para quem defende que a autonomia intencional do Estado é o único bem jurídico merecedor de tutela penal e que o prestígio da Administração e a confiança dos cidadãos na idoneidade da mesma não revelam penalmente, a invocação de uma influência que não é real nunca será susceptível de desencadear uma decisão da Administração. Ou seja, para estes autores, a norma penal existe unicamente para evitar que a Administração seja influenciada a tomar decisões que privilegiem interesses particulares, o que, na verdade, nunca sucederá se a influência alardeada pelo traficante não existir.

Defendemos, contudo, que a autonomia intencional do Estado não é o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora do tráfico de influência e, portanto, que a influência suposta é passível de incriminação uma vez que é suficiente para descredibilizar a Administração.

Contudo, importa analisar se a influência suposta, per si, será sempre susceptível de punição, ou se é necessário que esta se apresente com alguma aparência real, que induza o comprador a acreditar que o traficante detém, efetivamente, uma influência.

Embora a letra da lei não faça qualquer referência à necessidade da influência suposta ter de possuir um mínimo de aparência que justifique a crença do comprador na sua existência de facto, parece-nos que para que as situações de influência suposta serem alvo de incriminação é necessário que a invocação do agente se constitua aparente o suficiente.

Deste modo, acreditamos que é de se exigir mais do que a mera invocação do agente de que detém uma influência inexistente. É, pois, fundamental que a influência se muna de circunstâncias que credibilizem a sua invocação. Não se afigura legítimo que se possa incriminar a mera invocação de uma influência se esta não for acompanhada de circunstâncias que possam ferir o prestígio da Administração. Ou seja, se o agente invocar uma influência mas, devido à sua falta de fundamento, não seja de compreender que o comprador tinha motivos para acreditar na veracidade da invocação, a confiança na Administração não será posta em causa.

Só as situações em que, dadas as circunstâncias, a influência, sendo inexistente, se mostra, porém, possível de ser real, se justifica a sua incriminação e se sustenta a sua suscetibilidade de criar na comunidade desconfiança da idoneidade dos funcionários públicos.

Em suma, posicionamo-nos no sentido de que a incriminação da influência suposta não se mostra inconstitucional pois não fere o princípio da necessidade penal, e que, desde que aparente alguma credibilidade, é susceptível de lesar bens jurídicos penalmente relevantes.

VII. Distinção Face a Outros Tipos Legais

13. Crime de Burla

Tem-se discutido a ligação entre a incriminação das situações de tráfico de influência meramente suposta e o crime de burla.

Com efeito, o traficante vendedor, ao invocar a existência de uma influência que não é real, induz o comprador em erro com o intuito de conseguir para si uma vantagem. Ou seja, o agente convence o comprador de uma realidade inexistente e, com isso, consegue tirar uma vantagem, à custa do último.

O crime de burla consiste no agente, através de engano, conseguir para si uma vantagem patrimonial à custa do enganado.

No crime de tráfico de influência, quando a influência é meramente suposta, o traficante obtém uma vantagem patrimonial à custa do comprador enganado.

Apesar de ser evidente a semelhança entre as duas condutas: a do burlão e a do traficante de influência suposta; há um aspeto que os distingue.

No crime de tráfico de influência o enganado participou na execução do crime, pois celebrou um acordo com o intuito de conseguir para si uma decisão favorável da Administração, mesmo sabendo que a lei não o permite. Já no crime de burla, o burlado não participa ativamente no cometimento do crime.

Rematando, no crime de burla, o burlado não agir ilicitamente, ao contrário do crime de tráfico de influência suposta em que o “enganado” agir com o intento de alcançar um objetivo ilícito, não sendo justificável protegê-lo nem ao seu património.

14. Crime de Corrupção⁹⁹

O crime de tráfico de influência apresenta algumas semelhanças com o crime de corrupção, contudo, coexistem diferenças que fazem deles dois crimes distintos¹⁰⁰.

O crime de tráfico de influência é um crime comum, como vimos anteriormente, ou seja pode ser cometido por qualquer pessoa, independentemente de características específicas que detenha. O crime de corrupção é um crime próprio¹⁰¹, i.e, só pode ser cometido por quem exerça funções públicas¹⁰².

Outra das grandes diferenças refere-se ao bem jurídico protegido. O crime de tráfico de influência pretende proteger a Administração, o Estado de Direito, a confiança dos cidadãos no funcionamento justo, imparcial, e legal das Instituições públicas. Por seu lado, o bem jurídico que está na base do crime de corrupção é a integridade do exercício de funções públicas¹⁰³, o exercício das funções públicas adstrito ao dever de fidelidade ao cargo que incumbe ao funcionário.

Outra das distinções prende-se com a moldura penal dos dois crimes. Enquanto no primeiro, o limite máximo de pena aplicável é de 5 anos; no segundo, é de 8 anos. Tendo o crime de corrupção uma pena mais gravosa que o crime de tráfico de influência.

Do mesmo modo, o prazo de prescrição é de 15 anos para o crime de corrupção e de apenas 10 anos para o crime de tráfico de influência.

⁹⁹ Art. 372º CP: 1 - O funcionário que por si, ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

¹⁰⁰ ALMEIDA COSTA, Comentário Conimbricense do Código Penal, Vol. III, Coimbra, 2001, p. 655

¹⁰¹ Ac. STJ de 11 de Fevereiro de 1998

¹⁰² Art. 386º CP

¹⁰³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, anotação ao art. 372º

Conclusão

O crime de tráfico de influência teve origem no Direito Romano, tendo aparecido no Direito português com as Ordenações Manuelinas.

O aparecimento desta figura penal, em Portugal, ficou intimamente ligada às influências recebidas pelo Direito Espanhol e Francês.

Depois de algumas décadas desaparecido, o crime de tráfico de influência regressou ao Código Penal português, motivado pelos inúmeros escândalos chegados a público na década de 80.

O legislador sentiu a necessidade de incriminar condutas que passavam impunes porque não subsumíveis ao crime de corrupção.

Defendemos que o bem jurídico protegido pela incriminação é o prestígio, a imparcialidade, a idoneidade da Administração e, por consequência, a confiança dos cidadãos no regular e justo funcionamento dos processos de tomada de decisão por parte desta.

Defendemos, ainda, que a influência pode ser meramente suposta, desde que se mostre com alguma aparência que leve o comprador a acreditar na sua veracidade. E que essa influência pode derivar de qualquer relação que o traficante detenha junto de uma Entidade Pública.

Por fim, acreditamos que, nas situações de influência suposta, não estamos perante um crime de burla, uma vez que o agente enganado tinha como objetivo um fim ilícito, pelo que não se justifica que seja protegido penalmente.

Bibliografia

- 1) 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, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.
- 2) BARQUERO, ENRIQUE CASAS, «Tráfico de Influencias», in *Estudios Penales en Memoria del Professor Agustín Fernández- Albor*, 1989, pp. 165-174.
- 3) BENUSSI, CARLO, «*I Delitti contro la pubblica amministrazione, tomo I, I delitti dei pubblici ufficiale*», in GIORGIO MARINUCCI e EMILIO DOLCINI (dir.), *Trattato di Diriritto Penale*, Parte Speciale, Padova, CEDAM, 2001.
- 4) CAEIRO, PEDRO, “Tráfico de influência – art. 335”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo III, FIGUEIREDO DIAS (dir.), Coimbra, Coimbra Editora, 2001 [pp. 275-287].
- 5) COSTA, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA, “Sobre o crime de corrupção”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º especial, Coimbra, 1984 [pp. 55 - 193].
- 6) DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, *Direito Penal: Parte Geral*, vol. I, 2.^a Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- 7) FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, “Crimes de corrupção e de concussão”, in *Scientia Iuridica*, tomo X, n.º 52, Março – Abril, 1961, Editorial Scientia & Ars, Braga, 1961 [pp.205 – 229].

- 8) FERREIRA, MANUEL CAVALEIRO DE, *Direito Penal Português, parte geral, Tomo II, Verbo*, 1982,P.27.
- 9) FREIRE, PASCOAL MELLO DE, «Ensaio do Código Criminal», Lisboa, 1823, 17.
- 9)GONÇALVES, M. MAIA, «Código Penal Português: Anotado e comentado e Legislação Complementar», 13ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- 10) JORDÃO, LEVY MARIA, «*Commentário ao Código Penal Portuguez*», 1853-54
- 11) LEAL-HENRIQUES, MANUEL DE OLIVEIRA, e SANTOS, MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS, «*Código Penal*», 2.ª Edição, Lisboa, Rei dos Livros, 1997.
- 12) LOPES, JOSÉ MOURAZ, «Sobre o novo crime de tráfico de influência (artigo 335 do Código Penal)», *in Revista do Ministério Público*, n.º 64, ano 16, Outubro – Dezembro, 1995 [pp. 55 - 65].
- 13) MAURI, MIRIAM CUGAT, «*La desviación del interés general y el tráfico de influencias*», Barcelona, Editorial CEDECS, 1997.
- 14) PRATS, FERMÍN MORALES Y PUERTA, MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ, *in Comentários a la Parte Especial del Derecho Penal*, OLIVARES, GONZALO QUINTERO, 2.ª edición, Pamplona, Aranzadi, 1999.
- 15) OSÓRIO, LUÍS, «*Notas ao Código Penal Português*», 2ª ed., Vol. IV
- 16) MIRANDA,JORGE; MEDEIROS,RUI, *in Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2ª Edição,Tomo 2010,P.343

- 17) PEREIRA, MARGARIDA SILVA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência», in *Jornadas sobre a Revisão do Código Penal*, MARIA FERNANDA PALMA e TERESA PIZARRO BELEZA (org.), Lisboa, AAFDL, 1998.
- 18) MARIA MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal*, *Quid Iuris*, 2012.
- 19) PLANAS, GABRIEL GARCÍAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», in *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 29, Marzo 1993, Madrid, Consejo General del Poder Judicial [pp. 21 – 33].
- 20) PRADO, LUIS REGIS, *Revista de Derecho Penal y criminología*, 3ª Época, n.º 1, 2009, P.170
- 21) SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral II Teoria do Crime*, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Editorial Verbo, 2005

DOCUMENTOS CONSULTADOS ONLINE:

- 1) BITENCOURT, Cezar Roberto, *Uma Revisão Conceitual do Crime de Tráfico de Influência*, in *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, RUTH MARIA CHITTÓ GAUER (org.), EDIPURCS, 2008, disponível para consulta em <http://books.google.pt/books?id=ZbPffQmfy3IC&pg=PA184&lpg=PA184&dq=cezar+roberto+bitencourt+rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativo#v=onepage&q=cezar%20roberto%20bitencourt%20rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativo>

[%A3o% 20triangular% 20entre% 20sujeito% 20ativo&f=false;](#) consulta efetuada em 20/02/2013.

2) COSTA, Álvaro Mayrink da, *Criminalidade na Administração Pública – Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígios*, in Revista da EMERJ – v.13 n.52, 2010, disponível para consulta em [http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.p df](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf); consulta efetuada em 19/01/2013.

3) DELGADO, Julio A. Rodriguez, *El Solicitante En Las Influencias Traficadas: ¿todos son culpables?*, disponível para consulta em [http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=julio+rodriguez+delgado+todos+s%C3%A3o+culpados%3F&source=web&cd=5&cad=rja&ved=0CEAQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.incipp.org.pe%2Fmodulos%2Fdocumentos%2Fdescargar.php%3Fid%3D16&ei=MwIIUbLaFs23hAe9hYEI&usg=AFQjCNFhF55PtnmlzITZKCz Zk1xDdiB_mA&bvm=bv.42661473,d.d2k](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=julio+rodriguez+delgado+todos+s%C3%A3o+culpados%3F&source=web&cd=5&cad=rja&ved=0CEAQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.incipp.org.pe%2Fmodulos%2Fdocumentos%2Fdescargar.php%3Fid%3D16&ei=MwIIUbLaFs23hAe9hYEI&usg=AFQjCNFhF55PtnmlzITZKCz Zk1xDdiB_mA&bvm=bv.42661473,d.d2k;); consulta efetuada em 10/12/2012.

4) MAURI, Miriam Cugat, *El tráfico de influencias en cuatro sentencias*, disponível para consulta em [http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CFAQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D174690&ei=EXlmT-rqEIrL8QP80InpBw&usg=AFQjCNEO6njCi57d492HwU9xHGvKjW0cCg&sig2 =lXzu0re1EYRrODfLwh7-YQ](http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CFAQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D174690&ei=EXlmT-rqEIrL8QP80InpBw&usg=AFQjCNEO6njCi57d492HwU9xHGvKjW0cCg&sig2 =lXzu0re1EYRrODfLwh7-YQ;); consulta efetuada em 6/12/2012.

