

**Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
Escola de Lisboa**

Mestrado Forense

Da Influência Suposta no Crime de Tráfico de Influência



*Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa
para obtenção do grau de Mestre por Miguel Nuno de Oliveira Cabral
Pereira de Sousa sob orientação do Professor Doutor GERMANO MARQUES
DA SILVA*

Lisboa,
Março de 2019

AGRADECIMENTOS

Ao meu Ilustre Professor Doutor Germano Marques da Silva, pelo empenho e dedicação que evidenciou no decurso desta dissertação e pelos ensinamentos que me facultou, revelando mestria e sabedoria na arte de ensinar.

À Faculdade de Direito de Lisboa, e em especial ao seu corpo docente, por todos os ensinamentos e conhecimentos técnicos ministrados e que em muito contribuíram para a minha formação no mundo do Direito.

À Universidade Católica Portuguesa, na pessoa dos seus lentes, por toda a logística e acompanhamento académico em toda a sua dimensão facultados ao longo deste mestrado.

À minha mãe, a quem devo todo o meu percurso no ensino superior, por nunca ter permitido que eu desistisse dos meus objetivos e por toda a força que, atravessando o atlântico, me ia fazendo chegar.

Ao meu pai, por todo o apoio que me ia dando, à distância, ao longo do meu percurso académico e pelo auxílio que me prestou no debater de algumas questões em torno das quais me debrucei na presente dissertação, bem como na revisão da mesma.

À minha irmã, que se prepara para o ingresso no universo da Justiça e do Direito e a quem desejo os maiores sucessos pessoais e profissionais.

“O crime é uma abstração convencional. Não há crimes. Há conveniências, necessidades, interesses e uma formidável fatalidade governando o mundo. Os piores crimes não são os que se cometem no espaço fugaz de um segundo, como as mortes, mas os que se calculam, preparam e perpetram sem derramar sangue, durante anos”.

Carlos Malheiro Dias

“O carrasco suprime o criminoso, mas a miséria mantém o crime. Não é com o esmagamento de uma lagarta no campo que se salva a sementeira.”

Henrique Maximiano Coelho Netto

Lista de Principais Siglas e Abreviaturas

Coord. – Coordenador

Cfr. – Confronte

CRP – Constituição da República Portuguesa

Dir. – Diretor

Ed. – Edição

Et al. – *Et alii*

Fasc. – Fascículo

Op. cit. – *Opus citatum*

Org. – Organização

N.º – Número

P. – Página

PP. – Páginas

Proc. – Processo

Reimp. – Reimpressão

SS. – Seguintes

T. – Tomo

V.g. – *Verbi gratia*

Vol. – Volume

Palavras-Chave

- ❖ *Venditio Fumi*
- ❖ *Millantato Credito*
- ❖ Crime de Tráfico de Influência
- ❖ Tráfico de Influência Passivo Próprio ou Impróprio
- ❖ Tráfico de Influência Ativo Próprio ou Impróprio
- ❖ Autonomia Intencional do Estado
- ❖ Prestígio, Reputação e Bom Nome da Administração
- ❖ Realização do Estado de Direito na vertente dignidade do Estado
- ❖ Princípio da Legalidade Administrativa
- ❖ Princípio da Igualdade dos Administrados
- ❖ Abuso de Influência
- ❖ Influência Real
- ❖ Influência Suposta
- ❖ Vendedor Traficante de Influência
- ❖ Comprador de Influência
- ❖ Entidade Pública
- ❖ Vantagem Patrimonial ou Não Patrimonial
- ❖ Consumação
- ❖ Tentativa
- ❖ Crime de Tráfico de Influência Próprio Antecedente Junto de Agente Desportivo
- ❖ Agente Desportivo
- ❖ Competição Desportiva
- ❖ Verdade e Lealdade na Competição Desportiva
- ❖ Dignidade do Desporto e dos Agentes Desportivos

Índice

Nota Introdutória	6
1. A Origem Histórica do Tráfico de Influência no Direito Português	8
1.1. A <i>Venditio Fumi</i> como resqúcio do Direito Romano	14
1.2. A Inspiração no Direito Estrangeiro	15
1.3. O Impacto Posterior do Direito Internacional	19
2. O Bem Jurídico Protegido	20
3. O Tipo Objetivo.....	27
3.1. Da Ação Típica.....	27
3.2. Do Abuso de Influência.....	29
3.3. Do Agente do Crime.....	33
3.4. Da Entidade Pública a Influenciar	36
3.5. Do Abuso de Influência, Real ou Suposta.....	37
3.6. Da Contrapartida – a Vantagem Patrimonial ou Não Patrimonial	43
3.7. Da Consumação do Crime de Tráfico de Influência	45
4. O Tipo Subjetivo	48
5. Em Especial, o Tráfico de Influência Próprio Junto do Agente Desportivo	49
Notas Finais	51
Bibliografia.....	53
Jurisprudência Consultada.....	58

Nota Introdutória

A origem do crime de tráfico de influência previsto no artigo 335.º do Código Penal não encontra paralelo com a da esmagadora maioria dos preceitos que foram introduzidos ou alterados pela Reforma de 1995. Na verdade, enquanto estes brotaram do Projeto que a Comissão Revisora do Código elaborou e cujo teor ficou em larga medida coberto pela proposta de Lei de Autorização Legislativa n.º 35/94, de 15 de setembro, e posteriormente, pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, o tráfico de influência resultou do decurso dos trabalhos legislativos no âmbito da Assembleia da República e, mais tarde, de um acordo dos partidos com assento na Assembleia da República.

O texto do então artigo 335.º do Código Penal estava contemplado no artigo 3.º, ponto 192 da referida Lei n.º 35/94 que autorizou o Governo a rever o Código Penal, tendo este último artigo sido aprovado por unanimidade de todos os partidos com assento parlamentar a respeito da Comissão Parlamentar de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias.

Aquela Lei de Autorização remetia para o Governo a estruturação de um *tipo autónomo de tráfico de influência*¹, bem como a inerente *sanção* aplicada no caso do seu cometimento, na proporção daquela existente para outros tipos próximos (como os de corrupção ativa e passiva). Por conseguinte, o Governo introduziu o crime de tráfico de influência no Decreto-Lei n.º 48/95.

Contudo, e não obstante esta génese parlamentar, o Governo veio depois modificar as orientações emanadas daquela Assembleia, aquando da elaboração da versão final do preceito. A alteração promovida pelo Governo traduziu-se numa restrição do comando parlamentar², evidenciando a norma um pendor “político”³ e uma

¹ Este tipo tinha de ter por base “*o comportamento de quem solicitasse ou aceitasse, para si ou para terceiro, sem que lhe fosse devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma entidade pública encomendas, benefícios ou outras decisões favoráveis*” (Ponto 192 do artigo 3.º da Lei de Autorização).

² Este não cumprimento na íntegra das orientações da Assembleia da República levantou problemas de constitucionalidade em virtude do desfasamento que se verificava entre o âmbito da autorização legislativa e o âmbito da norma emanada do Governo, que apontava para uma versão minimalista. Este facto conduziu alguns autores a terem a norma por inconstitucional. Para mais desenvolvimentos, cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência», in **Jornadas sobre a revisão do Código Penal**, MARIA FERNANDA PALMA e TERESA PIZARRO BELEZA (coord.), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998, p. 263, nota 18.

terminologia bastante diferente da utilizada pelo Código nos tipos criminais que mais se aproximam do agora em apreço⁴. Neste sentido, uma das discrepâncias⁵ entre o texto inicial do Parlamento e o que foi aprovado pelo Governo tinha a ver com o facto de no primeiro se punir a compra e/ou venda com vista ao exercício de influência tanto real como suposta, e no segundo esta última não ter sido contemplada, mas tão somente a influência real, vale dizer, sob a perspetiva do Governo, só deveria haver punição no caso de haver um acordo com um agente que detivesse efetivamente influência.

Em virtude da divergência que se verificou entre o texto aprovado pela Assembleia da República e o que foi introduzido pelo Governo, a Lei n.º 65/98 veio prever a interposição de pessoas, bem como a punição tanto da influência real como da suposta. Adicionalmente, veio estabelecer que a contrapartida solicitada ou aceite pelo traficante poderia ser qualquer vantagem, patrimonial ou não patrimonial.

Contudo, alguns autores discordam da punição da influência suposta, reputando-a mesmo de inconstitucional, na medida em que a mesma violaria o princípio jurídico-constitucional da necessidade da pena. Assim, cumpre verificar se aquela incriminação deverá ser suprimida ou se, pelo contrário, se apresenta em conformidade com a Constituição da República Portuguesa (“CRP”, doravante) e, neste último caso, qual o bem jurídico tutelado.

Daqui se conclui que o crime de tráfico de influência passou por um nascimento caracterizado por uma forte debilidade, na medida em que esta divergência de entendimento entre os dois legisladores que contribuíram para produzir a norma em nada abonou em favor da estabilidade do sentido desta última.

Deste modo, inferimos que o crime em apreço padeceu de “*traumas da sua infância difícil*”, que se reconduzem ao imediatismo legislativo com que o preceito surgiu e à embrionária consistência doutrinária que acompanhava o tipo, observações

³ Efetivamente, a Reforma de 1995 visou satisfazer a opinião geral que rejeitava determinadas práticas sociais que eram impunes ao tempo, tendo ainda em vista conseguir ganhos eleitorais. Cfr. *op. cit.*, p. 263. Contudo, para outros autores, o preceito foi enxertado no Código Penal por motivos de “*moralização do Estado*”, sendo uma consequência da “*modernização e globalização da vida em sociedade*”. Cfr. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, Vol. II, 3.ª ed., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000, p. 1471.

⁴ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 254.

⁵ Cfr. *op. cit.*, pp. 264 e ss.

críticas que já se apontavam ao tempo⁶. Além destes “traumas”, assomam-se outros que residem no facto de estarem presentes na norma em causa conceitos indeterminados.

A título exemplificativo de conceitos indeterminados, refira-se a expressão “*para abusar da sua influência*”, a qual se reveste de uma complexidade tal que torna difícil destrinçar a fronteira entre o que lá cabe e o que deve ser excluído do seu âmbito, sendo inevitável o surgimento de “zonas cinzentas”.

O facto de o crime constante do artigo 335.º do atual Código Penal ter importado grande parte do seu teor dos Códigos Espanhol e Francês, a verdade é que ele veio beber influência também dos Códigos Penais Portugueses de 1852 e 1886, bem como das Ordenações Manuelinas e Filipinas (não já das Afonsinas, as quais o ignoravam), cujos contornos se explanarão ao longo da presente dissertação.

1. A Origem Histórica do Tráfico de Influência no Direito Português

Adotando uma abordagem cronológica acerca da génese do crime de tráfico de influência no Direito Português, cumpre-nos, numa primeira fase, recuar às Ordenações Manuelinas e Filipinas.

As primeiras puniam a conduta designada de *Concerto*, prevista no Livro 5.º, título 70.º, § 1.º, cuja previsão consistia em “*algvas partes veem, ou enuiam aa Nossa Corte requerer seus negocios, e causas que nom sam de justiça, se concertam na dita Corte com algvas pessoas*”.

Já as segundas puniam também o *Concerto criminoso*, mas *para agência, solicitação ou vencimento de um negócio ou despacho*⁷, sendo a pena aplicável ao traficante a de degredo para África por dois anos, bem como a imposição de pagar “anoveado” que tivesse sido dado ou prometido. Além disso, puniam também a *compra e venda de desembargos* no Livro 4.º, título 14⁸. Nestas últimas Ordenações, apesar de

⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 255.

⁷ Livro 5.º, título 83.º das Ordenações Filipinas.

⁸ “*Pessoa alguma de qualquer sorte não compre desembargos nossos, nem da Rainha, e do Príncipe a dinheiro, nem a mercadorias, nem a outros alguns partidos, ainda que se possa dizer que deu outro tanto como valião*”.

ser só feita menção à punição das pendências na Corte, das causas e negócios não judiciais, os praxistas e intérpretes estenderam-na ao plano judicial⁹.

Deste modo, é possível extrair do texto de ambas as Ordenações que as pessoas condenadas eram as que fizessem ou aceitassem *Concertos* na Corte com vista a “fazer despachar (...) alguu negocio”. Este *Concerto* consistia na conduta daqueles que, induzindo os requerentes em erro e aproveitando-se da sua aflição, transmitiam a estes que a obtenção dos despachos na Corte era morosa e difícil¹⁰, e que a mesma só seria mais célere com a intervenção dos primeiros, fazendo-se cobrar pela mesma. Por conseguinte, poder-se-ia afirmar que ao tempo das Ordenações só era punido o traficante que detivesse influência real sobre o decisor público e não já o que detivesse uma suposta influência sobre este último.

No entanto, não é líquido que as Ordenações Filipinas não punissem a compra e/ou venda para o exercício abusivo de influência suposta, uma vez que, a propósito do seu título 83 do Livro 5.º, PASCOAL DE MELLO FREIRE aludia aos “vendedores de fumo, aos que afetam valimento¹¹”, os quais seriam punidos pelo propósito de enganar e pelo anunciar de influência que na realidade não detinham. Todavia, no seu projeto de Código Penal¹², aponta-nos para a incriminação do concerto de influência destituído da vertente do engano, ou seja, remetendo por seu turno para o exercício de influência real.

Diversamente, o Código Penal de 1852 seguia outra linha de pensamento. Nos termos do seu artigo 452.º, o crime de tráfico de influência tinha um âmbito restrito, punindo, contrariamente ao que se dispunha nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, a compra e/ou venda para exercer influência suposta, ficando, em consequência, descriminalizada a compra e/ou venda com vista ao exercício de influência real. Assim, a partir deste diploma, passava a ser incriminado quem “pretextasse”, isto é, alegasse contra a verdade, ter influência junto de uma autoridade, ou ter entregado o dinheiro recebido a um funcionário, em ordem à obtenção de uma decisão por parte deste último que de outra forma não conseguiria. Assemelha-se ao atual e punido tráfico de

⁹ Neste sentido, vide FRANCISCO DA SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez*, Vol. VIII, Imprensa Nacional, Lisboa, 1857, pp. 136 e 137.

¹⁰ Cfr. Livro 5.º, título 70.º das Ordenações Manuelinas: “ (...) e eso por os taees aas vezes os desesperarem, e lhes fazerem seus despachos difícutosos (...)”.

¹¹ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», pp. 273 e 274.

¹² PASCOAL DE MELLO FREIRE acolheu o crime de tráfico de influência no seu Projeto de Código Penal, embora enquadrado na *Prevaricação* (Título XLIV, § 17). Cfr. PASCOAL DE MELLO FREIRE, *Ensaio do Código Criminal*, Typographia Maigrense, Lisboa, 1823, p. 171.

influência suposta. Também corrobora essa afirmação o facto de naquele Código ter sido considerado injúria à autoridade o comportamento de quem afirmasse ter a capacidade de influenciar o decisor, cujo cargo era exercido em nome do Estado. Por esta mesma razão, LEVY MARIA JORDÃO sublinhava que este tipo de crime, cometido pelos *venditores fumi*, provocava descrédito na autoridade e nos empregados públicos¹³.

Não obstante o artigo 452.º daquele Código só punisse “*quem maneja um crédito aparente para dele tirar vantagem ou interesse, enganando os outros*”¹⁴ – isto é, aquele que detinha apenas influência suposta –, alguns comentadores desejavam o caminho seguido por PASCOAL DE MELLO FREIRE no seu projeto de Código Penal, que afirmava a incriminação da compra e/ou venda do abuso de influência real.

A título exemplificativo, podemos aludir a FRANCISCO DA SILVA FERRÃO, o qual demonstrou o seu descontentamento com a redação do preceito de então pela inexistente incriminação também da compra e/ou venda para o exercício de influência real. No seu entender, pouco importava que a venda fosse de “*fogo*” ou de “*fumo*”, houvesse “*verdade*” ou “*mentira em relação ao objeto do concerto*”¹⁵, pelo que defendia a supressão da expressão “*pretexto*” ou o seu aditamento, no sentido de o tipo acolher também a influência real. Contudo, o autor não deixou de reconhecer que o crime daquele Código seria “*complexo de offensa à auctoridade publica, mentira e furto contra os pretendentes*”¹⁶.

Porém, rapidamente surgiram entendimentos que, contrariamente aos tradicionais, acompanhavam a redação do Código, pondo a tónica no engano e, por isso, na compra e/ou venda de influência suposta. Para estes, o objetivo do crime em questão seria o de proteger os bens da pessoa lesada ou a lesar por virtude da invocação do pretexto. Paradigmático desta posição é LUÍS OSÓRIO, o qual sustentou que a *ratio* do preceito, sendo um espécie de burla, se prendia não com o descrédito do empregado público, mas com o património individual, o qual era protegido contra as “*defraudações a pretexto de influência ou crédito perante um empregado público*”, sendo a proteção

¹³ Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, Vol. IV, Typographia de José Baptista Morando, Lisboa, 1854, p. 314.

¹⁴ Cfr. Aludindo ao “*fumos vendere*”, como a “*ação de prometer muito, dar ou nada fazer*”, cfr. FRANCISCO DA SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal...*, p. 137.

¹⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 138.

¹⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 137.

da “*honra do empregado público*” remetida para os crimes de injúria e difamação¹⁷. Por sua vez, sempre que o agente tivesse intenção de exercer a sua influência sobre a autoridade pública, incorreria na prática dos crimes de *peita, suborno e corrupção*, ficando, por isso, salvaguardada a boa administração da justiça¹⁸. No entanto, esta sua tese peca pela fragilidade que resulta do facto de o autor não proceder à crítica dos outros entendimentos antagónicos com o seu¹⁹.

Destarte, o legislador do século XIX concentrou-se com enorme veemência na palavra *pretexto*, acolhendo, por isso, o tráfico suposto e deixando de lado o tráfico para influência real ou verdadeira. Poderíamos ser, pois, tentados a concluir que seria dada maior relevância aos danos patrimoniais provocados por fraude e um enfoque especial ao património individual e aos atentados ao mesmo. Efetivamente, o facto de se enfatizar o dano patrimonial na esfera do enganado, conjugado com a ténue fronteira deste tipo com o crime de burla pareciam apontar no sentido de que estaria em causa um crime contra o património.

No entanto, em nosso entender, não parece despiciendo afirmar que, já ao tempo, poderia existir aqui um interesse na manutenção deste delito na qualidade de crime contra a Administração. Deste modo, e na esteira de MARGARIDA SILVA PEREIRA, sustentamos que os Códigos Oitocentistas portugueses perspetivavam o exercício de influência suposta como uma forma de tutela da Administração e não do património do enganado²⁰.

Na verdade, tanto o Código Penal de 1852, como o de 1886, cujo artigo 452.º, § 2 constituiu uma reprodução quase integral da norma do primeiro Código, contemplavam duas situações em que a mentira assumia um papel determinante na tipificação do crime: a primeira surge associada à promessa ou venda de influência suposta, fazendo-se o traficante pagar por meio de uma benesse determinável; já a segunda prende-se com o facto de a norma do segundo Código Oitocentista considerar injúria a um funcionário sempre que o traficante de influência diz ao respetivo comprador interessado na mediação que o bem que este último lhe entrega servirá para remunerar

¹⁷ Cfr. LUÍS OSÓRIO, *Notas ao Código Penal Português*, Vol. IV, 2.ª ed., Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1926, p. 232.

¹⁸ Cfr. *op. cit.*, p. 234.

¹⁹ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», pp. 275 e 276.

²⁰ Cfr. *op. cit.*, pp. 288 e ss.

ou presentear aquele funcionário. Também aponta no sentido da tutela da Administração a distinção entre o que se incrimina no artigo 452.º, § 2 do Código Penal de 1886 e o crime de burla. Esta distinção passa por dois aspetos.

Por um lado, para que o crime daquele preceito se consumasse bastaria a promessa de uma benesse patrimonial, não sendo necessário para tal a obtenção da vantagem patrimonial por parte do traficante de influência. Assim, dispensava-se a verificação de um dano na esfera do enganado comprador da influência suposta, o que é incompatível com o crime de burla, o qual exige a existência de prejuízo patrimonial.

No entanto, apesar da diferença registada, a moldura penal dos dois crimes era igualmente grave, veiculando, deste modo, que a *ratio* do preceito se prendia com a celebração de um negócio que visava interferir ilicitamente na atividade da Administração. Destarte, o facto de a consumação estar localizada num momento anterior conduzia a que o dano que se pretendia evitar fosse, naturalmente, outro que não o prejuízo verificado no património do enganado.

Por outro, o vendedor de influência “*pretextada*” não tinha de empregar quaisquer manobras fraudulentas ou astuciosas. Além disso, o elemento subjetivo sempre teve um significado peculiar no crime de burla, apesar de no artigo 452.º § 2 do Código Penal de 1886 também haver lugar à intenção de enganar com vista à obtenção de uma vantagem patrimonial. No fundo, toda esta argumentação corrobora o entendimento de que o objeto de tutela extravasava o interesse patrimonial do enganado, não podendo deixar de se identificar com o Estado/Administração.

Nem se diga que obsta a este entendimento o elemento sistemático de interpretação da lei, nos termos do qual seria determinante para aferir o objeto de tutela o facto de, ao tempo, o crime ter estado inserido no capítulo dos crimes patrimoniais. Na verdade, nem sempre se atende ao bem jurídico enquanto critério de classificação dos tipos aquando da elaboração da organização sistemática de um diploma, antes concorrendo outros critérios como a “*descrição do comportamento típico*”²¹, ao qual se deve dar observância neste âmbito. Deste modo, o crime de burla afigura-se-nos como

²¹ Cf. *op. cit.*, p. 290, nota 62. MARGARIDA SILVA PEREIRA acompanha, assim, LEVY MARIA JORDÃO e FRANCISCO DA SILVA FERRÃO, embora considere frágil a argumentação destes últimos, uma vez que se baseia em generalidades de índole político-criminal e deixa na sombra a interpretação do tipo.

insuscetível de abranger, ao tempo, o disposto no artigo 452.º, § 2 do segundo Código Penal Oitocentista.

Ademais, a compra e/ou venda para exercício de influência real nunca mereceu um lugar de destaque tão evidente como aquele em que sempre se inseriu o tráfico de influência suposta, uma vez que, mesmo em sede das Ordenações Filipinas, já PASCOAL DE MELLO FREIRE conseguia, numa interpretação extensiva, alargar a incriminação aos “*vendedores de fumo*”, isto é, àqueles que enganavam o contratante divulgando influência que na realidade não detinham. Aliás, a própria codificação liberal refutou o tráfico de influência verdadeira, daí a estranha atitude do Governo em 1995 que, numa postura rebelde ao comando parlamentar, não contemplou na norma a compra e/ou venda para exercício de influência suposta, mas tão-só o da real.

Já no entender de MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, aquando da vigência do artigo 452.º, § 2 do Código Penal de 1886, seria o funcionário ou a autoridade quem suportaria a “*desconfiança pública*”, vendo ferida a sua dignidade, porquanto terceiros estranhos à função pública traficariam entre si o “*valor dos atos do funcionário sem o seu conhecimento*”. Este ilustre Professor lamentava, ainda, o âmbito restrito do referido preceito, o qual deveria ter uma amplitude maior, na medida em que apenas surgia como crime de burla, supondo um “*crédito ou influência pretextadas, mas não reais*”, ficando, por conseguinte, por punir uma das “*formas modernas mais graves e perigosas da venalidade*”²², nomeadamente, a da influência real do traficante de influência.

Por último, chegados ao Código Penal de 1982 deparamo-nos com a eliminação do crime de tráfico de influência. Não se enquadrava o comportamento criminoso no crime de burla do artigo 217.^{o23}, uma vez que este pressupunha, já ao tempo, astúcia que determinasse o lesado à prática do ato prejudicial a si ou terceiros, partindo do pressuposto de que o enganado sofreria sempre uma lesão patrimonial. Também não era contemplado por nenhuma norma dos crimes contra o Estado. O atual artigo 335.º do Código Penal remonta-nos, pois, ao ano de 1995, na sequência do que já se explanou *supra*.

²² Cfr. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, «Crimes de Corrupção e de Concussão», in *Scientia Iuridica*, Tomo X, N.º 51-56, Editorial SCIENTIA & ARS, 1961, p. 211, nota 3.

²³ Apesar de algumas das condutas típicas do crime de tráfico de influência poderem, ao tempo, ser subsumidas ao crime de burla. Cfr. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, JORGE FIGUEIREDO DIAS (coord.), Tomo III, Coimbra Editora, 2001, pp. 275-276.

1.1. A *Venditio Fumi* como Resquício do Direito Romano

A figura da *venditio fumi* remonta ao Direito Romano, veiculando um acordo enganoso, em que alguém alegava influência que não detinha. Já PAULO alertava para a “*mentira*”, figura que consistia para ele na “*afetação de influência junto de amigos ou familiares do Príncipe, ou dos seus ministros e juízes*”²⁴.

Com efeito, o crime tem raízes emanadas do Direito Romano, importando, por isso, verificar se neste Direito ele era perspectivado sob a ótica do interesse patrimonial privado do enganado ou se, pelo contrário, se aproximava do *Concerto* para exercer influência constante das Ordenações.

No período clássico, ULPIANO, inspirando-se em PAPINIANO, propugnava ser aplicável pena de fustigação a quem recebesse dinheiro com o pretexto de o entregar ao juiz no intuito de evitar uma sentença desfavorável.

Em termos de sistemática, este crime inseria-se no âmbito das *injúrias graves*, porque dirigidas à autoridade. Já a punição deste crime foi-se agravando progressivamente, tendo culminado até na condenação à morte de VETRONIO TORINO, cidadão que anunciava ter influência junto do imperador ALEXANDRE SEVERO, visando com isso receber contrapartidas²⁵. O crime cometido por Vetronio seria complexo, uma vez que albergava tanto a injúria ao imperador, como o seu enriquecimento, condutas que, irremediavelmente, teriam beliscado o prestígio da autoridade.

Deste modo, é possível inferir que estava em causa um crime contra a Autoridade (Príncipe/Administração), não obstante ser dado ênfase a algo que se aproximava da compra e/ou venda para exercício de influência suposta, o qual nas fases ulteriores chegou a ser conotado com a finalidade de proteção do património do enganado.

Em face do exposto, é possível inferir que a *venda de fumo* romana, pese embora punisse apenas o tráfico suposto, se identificava mais com uma vertente pública e não

²⁴ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 284, nota 49.

²⁵ Apoiando-se no texto de PAPINIANO, o imperador ALEXANDRE SEVERO ordenou que VETRONIO TORINO fosse atado a um tronco e que por baixo fosse acendida uma chama que, embora não tocasse neste último, lhe provocaria a morte devido à inalação do fumo, havendo ainda um pregão onde se lia “*fumo punitir, qui venditit fumum*”. Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Comentário ao Código Penal Português*..., p. 314.

com uma privada, na medida em que o dano atendível era o relativo ao “*prestígio da autoridade*” e ao seu “*bom nome*”²⁶, tal como, no nosso atender, viria a suceder com os Códigos Oitocentistas Portugueses. Daí que, na esteira de MARGARIDA SILVA PEREIRA, entendamos que o Direito Português continuou a lógica romana, mesmo no âmbito dos *Concertos* de influência reais previstos pelas Ordenações, visto que já aqui se imputava venalidade àqueles que exerciam funções públicas.

1.2. A Inspiração no Direito Estrangeiro

O crime de tráfico de influência português foi em muito inspirado pelo Direito Estrangeiro, nomeadamente, pelo Código Penal Francês de 1994, nos seus artigos 432.º-11, 433.º-1 e 433.º-2, e pelo Código Penal Espanhol na sua alteração de 1991, a qual tipificou três tipos de tráfico de influências (os atuais artigos 428.º, 429.º e 430.º deste Código), os quais vieram a ser retomados em 1995, sendo que um deles se aproxima e muito do nosso artigo 335.º do atual Código Penal, designadamente, o artigo 430.º do Código Penal Espanhol.

O Direito Alemão não tipifica como crime o tráfico de influência, porém, no que concerne aos crimes de corrupção, entende a doutrina deste ordenamento jurídico que o que aqui se tutela é a confiança dos cidadãos no Estado/Administração, bem como a credibilidade desta perante os administrados²⁷. Há ainda aqueles que alegam estar em causa a eficácia da Administração para dar observância às suas funções.

Em Itália, contrariamente ao sucedido em Portugal, França e Espanha, a figura não resultou de episódios de agitação política, nem da necessidade de satisfazer as reivindicações da opinião pública. Na verdade, o legislador italiano legislou sem estar impregnado de quaisquer precipitações, tendo podido, por isso, apoiar-se numa bastante sedimentada doutrina e na jurisprudência.

O crime em causa foi introduzido no artigo 204.º Código Penal Italiano de 1889, com a designação de *millantato credito*, tendo permanecido quase inalterado até 1930, estando ainda em vigor no artigo 346.º do Código Penal Italiano atual. Conotado com a

²⁶ Cf. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 292.

²⁷ Cf. *op. cit.*, p. 304 e nota 73.

venditio fumi romana, o *millantato credito* consiste numa atitude de gabarolice, ostentação ou vanglória por parte do “*millantatore*” (vendedor de influência), o qual divulga deter influência sobre o decisor, mercadejando-a a troco de uma contrapartida para si ou para terceiro ou ainda com o pretexto de comprar o favor junto daquele.

Surgiu, pois, a dúvida interpretativa sobre se aquela influência seria inexistente ou se, pelo contrário, abrangeria também a influência realmente existente, mas em menor dimensão, comparativamente àquela que foi artificialmente ampliada. Perante esta dúvida, predomina na doutrina italiana uma leitura ampla do preceito, o qual abrangeria tanto a ostentação, a vanglória sem fundamento e fruto de fantasia, bem como a conduta de quem sublinha, exalta e amplifica as relações de que realmente dispõe junto do decisor²⁸.

Neste âmbito, a doutrina italiana tradicional sustentava que o que se visava proteger com este crime era o prestígio ou bom nome da Administração Pública, considerando-se ser injurioso para a autoridade o facto de se anunciar que se tem a capacidade de influenciar um decisor público, bem como o seu regular funcionamento, o qual se esperaria livre de “*invasões interessadas*” da influência indevida de outros²⁹.

Contudo, um recente setor minoritário da doutrina italiana, operando uma interpretação conforme à Constituição do *millantato credito*, e visando a sua incriminação enquanto tráfico de influência ilícito, passou a encará-lo como albergando apenas a vanglória e a amplificação de influência que deveria existir na realidade, sublinhando que a expressão *millantato* nada teria a ver com “engano” ou “mentira”, ficando, por isso, excluída, a sua incriminação enquanto *venda de fumo*, a qual poderia ser reconduzida a crime de fraude (*truffa*). Para esta conceção, só neste caso se tutelaria a imparcialidade e o bom andamento da atividade administrativa³⁰.

Porém, o referido artigo 346.º tem hoje um âmbito de aplicação restrito e residual, em virtude da introdução de um tipo autónomo de tráfico de influência ilícito (artigo 346.º bis do Código Penal Italiano) resultante da Lei Italiana n.º 190/2012.

²⁸ Cfr. MARIO ROMANO, «Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fondata da Giacomo Delitala, Fasc. III, Luglio-Settembre, Anno LVI, Giuffrè Editore, Milano, 2013, p. 1398.

²⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 1398; CARLO BENUSSI, *Diritto Penale della Pubblica Amministrazione*, CEDAM, Milano, 2016, p. 258.

³⁰ Cfr. ROBERTO RAMPIONI, «Millantato Credito», in *Digesto delle discipline Penalistische*, 4.ª ed., Vol. VII, Utet, Milano, 1993, pp. 684 e ss.

Assim, enquanto o *millantato credito* pune o engano subjacente à vanglória e à ostentação provocado pelo fanfarrão – o único destinatário desta norma –, cuja conduta é adequada a desacreditar a Administração Pública, a troco de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial –, o tráfico de influência ilícito pune a conduta do vendedor e do comprador de influência, em que o primeiro recebe uma vantagem patrimonial para, explorando as relações existentes e reais entre si e o decisor público, exercer uma influência indevida neste último, no intuito de fazer com que pratique um ato contrário aos deveres do seu cargo ou omita/atrase um ato do seu ofício³¹. Neste último crime, estaria em causa já o perigo de lesão da imparcialidade e o bom andamento da Administração Pública³².

Por seu turno, o crime de *trafic d'influence* foi introduzido no Código Penal Francês pela Lei de 4 de julho de 1889, como reação às lacunas verificadas no “*escândalo das condecorações*”³³, tendo assim a norma resultado também de uma precipitação do legislador na sequência de um sobressalto político.

Este escândalo ateve-se ao facto de o deputado DANIEL WILSON, que era genro do Presidente francês, anunciar, mediante uma contrapartida, ter influência junto do sogro no sentido de este conceder a condecoração da Legião de Honra a determinadas pessoas. O Tribunal do Sena condenou aquele deputado por crime de burla, tendo o mesmo recorrido da decisão, alicerçando-se no facto de a sua influência sobre o Presidente ser real e não meramente suposta, sustentando, por isso, que de burla não se trataria. Em virtude da lacuna legislativa existente ao tempo, a 2.^a Instância viu-se irremediavelmente obrigada a absolver o referido deputado, uma vez que apenas era incriminado o exercício de influência suposta. Como não havia, naquela altura, lugar à incriminação da compra e/ou venda para exercício de influência real, aquele não foi condenado. O resultado insatisfatório a que se chegou com esta decisão fez brotar o tipo de *trafic d'influence*³⁴.

Este crime vigora atualmente no Código Penal Francês, em que é punido o tráfico de influência passivo cometido por pessoa que exerce autoridade pública (artigo

³¹ Cfr. CARLO BENUSSI, *Diritto Penale della Pubblica Amministrazione*..., p. 258.

³² Cfr. *op. cit.*, p. 259.

³³ Cfr. BRUNO-ANDRÉ PIREYRE, «Corruption et trafic d'influence: l'approche du droit pénal», in *Revue Française de Finances Publiques – La corruption*, N.º 69, Mars, L.G.D.J, 2000, pp. 33 e ss.

³⁴ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 261, nota 15.

432.º-11), o tráfico de influência ativo cometido por particulares que se dirigem a pessoa que exerça aquela autoridade (artigo 433.º-1) e o tráfico de influência ativo e passivo cometido por particular (artigo 433.º-2). Em todos os casos prevê-se a incriminação tanto na circunstância de a influência ser real, como na de ser suposta.

No que respeita ao Direito Espanhol, o crime de tráfico de influência chegou a ser previsto no Código Penal de 1928, não obstante tenha sido eliminado pelo Código de 1932. Também foram empreendidos esforços na Proposta de Anteprojeto de Código Penal de 1983 no sentido da reposição da norma no Direito Espanhol, embora sem sucesso.

Finalmente, em 1991, são introduzidos em Espanha três tipos de tráfico de influência (artigos 428.º, 429.º e 430.º do Código Penal Espanhol). Só o último destes artigos se assemelha à norma portuguesa, já que os artigos 428.º e 429.º daquele Código Penal se reportam ao momento em que, respetivamente, o funcionário ou o particular levam a cabo o exercício de influência sobre outro funcionário público, prevalecendo-se das suas relações hierárquicas ou pessoais com o último, no intuito de conseguir uma resolução que pudesse gerar direta ou indiretamente benefício económico para si ou para terceiro. Pune-se, assim, a fase subsequente em que há lugar ao exercício de influência sobre o decisor, norma que o Direito Português não acolheu³⁵.

Por sua vez, o artigo 430.º do mesmo diploma pune aqueles que solicitam ou aceitam de terceiros dádivas ou presentes, como contrapartida de virem a pôr em prática a sua (eventual) influência sobre autoridades ou funcionários. Este preceito projetar-se-ia apenas na esfera de atividade privada, apresentando uma escassa relação com a função pública. Ademais, não se exige o uso de influência de forma efetiva, nem que essa influência exista ou seja real, podendo ser meramente suposta, apesar de o texto legal não a referir expressamente³⁶. Neste caso, o comprador apenas responde penalmente se posteriormente o traficante fizer uso efetivo da sua influência, e somente

³⁵ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal. Direito do Risco. Participação Criminosa. Tráfico de Influência*, Quid Juris, Lisboa, 2012, pp. 83 e 84. A autora lamenta que no Direito Português não se tenha chegado ao ponto nevrálgico do exercício direto de influência abusiva sobre a entidade pública, cuja incriminação, a ocorrer, viria colmatar o aspeto probatório.

³⁶ Cfr. FERMÍN MORALES PRATS Y MARIA JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA, «Del Tráfico de influencias», in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, GONZALO QUINTELO OLIVARES (Dir.), JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ *et al.* (coord.), Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996, p. 1885.

na qualidade de cúmplice ou de instigador do crime do artigo 429.º daquele Código³⁷.

É de salientar que também neste ordenamento a figura surgiu com o intuito de satisfazer a vontade da opinião pública, na sequência de, no término da década de 80, terem ocorrido situações que comprometeram a credibilidade do Governo de FELIPE GONZALEZ, que foi acusado de ter uma relação promíscua com o poder e de corrupção a ministros seus e familiares destes³⁸.

1.3. O Impacto Posterior do Direito Internacional

O crime de tráfico de influência também surge regulado em vários diplomas de Direito Internacional. A este propósito, importa atentar no artigo 12.º da *Convenção Penal sobre a Corrupção* de 1999, emanada do Conselho da Europa, e no artigo 18.º da *Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção)*, adotada pela Assembleia-Geral, a 31 de outubro de 2003, os quais punem tanto a influência real como a suposta. Este último artigo contém, aliás, duas normas: a primeira relativa à promessa de vantagem lícita ou ilícita e a segunda ao abuso de influência. Para alguns, ambos os textos internacionais tutelariam o “*bom nome, prestígio e transparência da ação da Administração Pública*”³⁹.

Constituiu, por conseguinte, um imperativo adaptar o direito interno à referida *Convenção Penal sobre a Corrupção*, tendo sido, por isso, introduzida uma nova redação do artigo 335.º do Código Penal pela Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro⁴⁰. O novo texto passou, assim, a incriminar também a conduta do comprador de influência – ele é chamado a responder criminalmente pela prática do crime devido ao propósito que o moveu ou que ele de qualquer forma compartilhou ao dar ou prometer dar uma vantagem ao traficante –, que até então não era punido, eliminando ainda a enumeração exemplificativa dos fins para os quais o traficante se comprometeria a abusar da sua influência, uma vez que ela era restrita à obtenção de decisões ilegais. Deste modo, este diploma estendeu a incriminação também à venda de influência para obtenção de uma

³⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 1886.

³⁸ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 262, nota 16.

³⁹ Cfr. MARIO ROMANO «Legge anticorruzione, millantato...», p. 1401.

⁴⁰ Cfr. Proposta de Lei n.º 91/VIII publicada no *Diário da Assembleia da República*, II série-A, suplemento, de 18 de julho de 2001.

decisão lícita – passando o preceito a contemplar assim o tráfico de influência impróprio⁴¹.

Merece ainda um especial destaque a Lei do Branqueamento de Capitais, introduzida pela Lei n.º 11/2004, de 27 de março, que atualmente já não está em vigor, e que resultou da transposição da Diretiva n.º 2001/97CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de dezembro. Aquela visou combater a prática de crimes que conduziam a um funcionamento perverso das instituições, acolhendo também o de tráfico de influência no seu rol de crimes precedentes (artigo 368-A, n.º 1, do Código Penal), nomeadamente, os proventos obtidos com este último crime.

Ao tempo, o legislador tomou consciência de que também as vantagens obtidas com a prática deste último crime eram de assaz importância, na medida em que poderiam suscitar uma forte suspeita de que estaria em causa um processo de criminalidade organizada e que poderia assumir caráter internacional⁴².

Da introdução deste crime de branqueamento resulta assim que o crime de tráfico de influência, que pode constituir, reitere-se, o crime precedente daquele, pode ser praticado à escala mundial, ficando-se, deste modo, cômico de que se está perante um fenómeno que pode extravasar o âmbito nacional e passar a realizar-se também no plano internacional.

2. O Bem Jurídico Protegido

O bem jurídico, enquanto “*objeto jurídico do crime*”, isto é, o “*interesse ou bem que a norma penal incriminadora visa proteger*”⁴³, parece, relativamente ao crime de tráfico de influência, estar intimamente associado ao Estado e à Administração Pública.

Com efeito, a doutrina que se debateu sobre a questão dá-nos conta de cinco entendimentos distintos.

⁴¹ Cf. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português. Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18.ª, Almedina, Coimbra, 2007, p. 1030.

⁴² Cf. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal...*, Quid Juris, Lisboa, 2012, p. 81.

⁴³ Cf. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português. Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 26.

Assim, no entender do Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, o bem jurídico protegido no crime em apreço seria a preservação do Estado de Direito, na vertente de liberdade de ação das entidades públicas, bem como a integridade do exercício das funções dos funcionários estrangeiros e dos funcionários (incluindo os pertencentes a organizações de Direito Internacional Público)⁴⁴.

Por seu turno, o Professor GERMANO MARQUES DA SILVA perfilha semelhante entendimento no sentido de perspetivar o bem jurídico tutelado como sendo a realização do Estado de Direito, porém com uma diferença significativa em relação ao anterior autor – não estaria em causa já a realização do Estado de Direito na sua vertente de liberdade de ação das entidades públicas, mas na da dignidade do Estado, sendo o tipo objetivo o ultraje ao Estado/Administração.

Com maior proximidade a esta última posição, é a sufragada por MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, para quem estaria em causa a seriedade do funcionamento da Administração, o seu crédito e prestígio. Na verdade, a forma de venalidade em apreço conduziria ao descrédito sobre a Administração, sendo esse descrédito “*fonte rendosa de proventos de tanto pretense «intermediário» no exercício de funções públicas*”. Acresceria que esta forma ocorreria tanto na hipótese de o traficante ser apenas um “*pretense intermediário*” (influência suposta), como naquela em que a sua influência existe realmente, em virtude da “*qualidade da pessoa ou do seu cargo ou posição*” (influência real)⁴⁵. Acompanhando esta posição, refira-se também o pensamento de ÁLVARO MAYRINK DA COSTA e de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, para quem o bem jurídico protegido seria o interesse da Administração Pública em “*preservar o bom andamento, prestígio, confiança e moralidade, na proteção da legalidade e imparcialidade do seu efetivo exercício*”⁴⁶. Refere aquele segundo autor que aquele que se vangloria de deter influência junto da Administração Pública “*lesa o nome, o*

⁴⁴ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2015, p. 1085.

⁴⁵ Cf. MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, «Crimes de Corrupção e de Concussão...», p. 210.

⁴⁶ Cf. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, «Criminalidade na Administração Pública. Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio», in *Revista da EMERJ*, vol. 13, n.º 52, 2010, p. 64, disponível no sítio www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf.

conceito e o prestígio que esta deve ter junto da comunidade”, veiculando a ideia de que tudo se resolve com base na importância ou influência dos detentores de poder⁴⁷.

Contudo, na doutrina portuguesa alguns autores manifestaram repulsa por esta ideia de prestígio da Administração. Como exemplo paradigmático desta repulsa, aponte-se o entendimento da Professora MARGARIDA SILVA PEREIRA⁴⁸. No seu entender, a ser essa a intenção do legislador, significaria que o crime de difamação a uma autoridade pública deixaria de estar sujeito aos princípios que emanam da *exceptio veritatis*, o que colidiria com a opção atual do Código Penal.

A autora chega a referir o artigo 187.º do Código Penal, o qual dispõe sobre ofensa a organismo, serviço ou pessoa coletiva, afirmando que ele também dá observância à já mencionada *exceptio veritatis*. Daqui extrai que o agente nunca seria punido se acusasse um determinado organismo de corrupção, fazendo, contudo, prova dessa acusação. Na sua perspetiva, nunca estaria em causa proteger o prestígio da Administração, uma vez que sempre ficaria o agente impune contanto que as suas afirmações prejudiciais à reputação daquela fossem verdadeiras. Efetivamente, neste cenário o prestígio da Administração sairia ferido e sem qualquer proteção, dado o conteúdo verdadeiro daquilo que, em concreto, lhe fosse imputado.

Com a devida vénia, não podemos sufragar tal perspetiva. Efetivamente, entendemos que o que está em causa no crime do artigo 187.º do Código Penal é uma ponderação do legislador entre dois direitos: o direito fundamental à liberdade de expressão daquele que difama a Pessoa Coletiva representante da Administração (artigo 37.º, n.º 1, da CRP) e o direito ao bom nome e à imagem/prestígio da última. Na verdade, no sopesamento operado entre os dois, será dada prevalência ao direito à liberdade de expressão se os factos que o agente imputa à Administração forem verídicos.

⁴⁷ Cfr. CEZAR ROBERTO BITENCOURT, «Uma revisão conceitual do crime de tráfico de influência», in *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, RUTH MARIA CHITTÓGAUER (org.), EDIPURCS, 2008, pp. 182 e 183, disponível no sítio <https://books.google.pt/books?id=ZbPffQmfy3IC&pg=PA183&lpg=PA184&focus=viewport&dq=c+ezar+r+roberto+bitencourt+rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativ+o&hl=ptPT#v=onepage&q=c%20ezar%20roberto%20bitencourt%20rela%C3%A7%C3%A3o%20triangular%20entre%20sujeito%20ativ%20o&f=false>. Considerando o prestígio como elemento subjetivo que teria de ser conjugado com o bem jurídico da imparcialidade da Administração Pública, cfr. GABRIEL GARCÍAS PLANAS, «El nuevo delito de tráfico de influencias», II. *Colegio de Abogados de Baleares*, Palma de Mallorca, 1992, p. 12.

⁴⁸ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», pp. 302 e 303.

Pelo contrário, estabelecer-se-á o primado do prestígio e imagem da Administração sempre que os factos de que é acusada forem inverídicos. Com efeito, não é por, nas circunstâncias apontadas, se dar prevalência à liberdade de expressão que o tipo de ofensa à Pessoa Coletiva deixa de tutelar o prestígio desta última. Acresce que o argumento invocado pela autora não colhe relativamente à influência suposta, uma vez que, seguindo o seu raciocínio, seria equiparada a uma afirmação falsa, e, por conseguinte, incriminada pela norma plasmada no artigo 187.º do Código Penal.

Outros autores colocam a tónica na “*retitude e imparcialidade da atuação administrativa*”⁴⁹.

Finalmente, a maioria da Jurisprudência⁵⁰, MARGARIDA SILVA PEREIRA, PEDRO CAEIRO⁵¹, VICTOR DE SÁ PEREIRA, ALEXANDRE LAFAYETTE⁵² e JOSÉ MOURAZ LOPES⁵³ sustentam que o bem jurídico aqui tutelado seria, ao invés, a autonomia intencional do Estado. Efetivamente, consideram estes autores estar-se no crime em apreço, em princípio, perante um crime de perigo, já que ocorreria uma antecipação do momento incriminatório para a preparação do abuso de influência a exercer, o que demonstraria a necessidade de pena logo aquando da celebração desse acordo. Ora, como só numa fase posterior é que se concretizaria um dano – o abuso de influência que o traficante exerceria sobre o decisor público, daqui decorrendo a violação da legalidade administrativa caso o decisor viesse a aquiescer –, no momento da celebração do concerto ainda não haveria lugar àquele dano, pelo que de um crime de perigo se trataria⁵⁴.

⁴⁹ Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el Código Penal, (Apéndice a: Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 8.ª ed., Valencia, 1990.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 9.

⁵⁰ Cfr. Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de setembro de 2011, Proc. n.º 169/03; do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de setembro de 2011, Proc. n.º 618/07, todos disponíveis em www.jusnet.wolterskluwer.pt; do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de abril de 2010, Proc. n.º 31/08, disponível em www.dgsi.pt. Em sentido contrário, defendendo estar em causa a moralidade da Administração, cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de junho de 1994, Proc. n.º 045950, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt.

⁵¹ Cfr. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal...», pp. 276 e 277.

⁵² Cfr. VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal. Anotado e Comentado. Legislação Conexa e Complementar*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2014, pp. 898 e 899.

⁵³ Cfr. JOSÉ MOURAZ LOPES, «Sobre o novo tipo de tráfico de influência (artigo 335.º do Código Penal)», in *Revista do Ministério Público*, n.º 64, ano 16, Outubro-Dezembro, 1995, p. 63, o qual acolhe esse mesmo termo no sentido de legalidade administrativa que é dado por ALMEIDA COSTA. Cfr. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Sobre o Crime de Corrupção», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. I, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984, pp. 141 e 144. No mesmo sentido do texto, mas utilizando a

Rigorosamente, estaria, via de regra, em causa um crime de perigo abstrato e, excepcionalmente, um crime de dano, a cuja explanação nos dedicaremos *infra*⁵⁵. Deste modo, esta “*disponibilidade do agente*” para vir a exercer um abuso da sua influência sobre o decisor público criaria um perigo abstrato de que ela viesse a ser exercida e, por conseguinte, de que o decisor preterisse o interesse público e se curvasse perante interesses privados.

Acresceria que, o facto de o influenciador ser, no entender daqueles autores, dotado de um poder pessoal e funcional resultante do exercício das suas funções, conduziria a que, com muita probabilidade, ele fosse exercer o referido abuso sobre o decisor público. Deste modo, essas circunstâncias fariam do traficante de influência um “*credível concretizador*”⁵⁶ do negócio inicial celebrado com o comprador de influência.

Aludindo àquele que hoje corresponde ao artigo 266.º, n.º 2, da CRP, onde se refere que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à lei e se faz menção à igualdade dos cidadãos perante ela, nomeadamente, sempre que seja tomada uma determinada decisão administrativa, aquela autora sublinha que ficariam comprometidos a legalidade administrativa e o princípio da igualdade dos administrados. Na verdade, aqueles cidadãos que fossem preteridos pela decisão administrativa que viesse a ser tomada, em virtude do abuso de influência que o traficante teria exercido sobre o decisor público, estariam a ser objeto de tratamento discriminatório.

Com a devida vénia, não podemos acompanhar este entendimento. Se, por um lado, é verdade que ele se verifica e está perfeitamente adequado ao exercício de influência real, por outro, parece deixar na sombra o exercício de influência suposta. Importa não descurar que, ao tempo em que a autora reduziu a escrito a sua posição, o então artigo 335.º do Código Penal não tipificava o exercício de influência suposta. É certo que, se o agente vende uma “*pretextada*” (alegada, suposta) influência, a qual, na verdade, não detém, poderia parecer não existir o perigo de vir a exercer um abuso sobre o decisor público, na medida em que ele não possui aquelas circunstâncias pessoais a que se fez referência.

expressão “legalidade administrativa”, *vide* MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*..., p. 1473.

⁵⁴ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», pp. 305 e ss.

⁵⁵ *Vide* o capítulo 3.3 (“*Do agente do crime*”).

⁵⁶ Cfr. *op. cit.*, p. 307.

Porém, o atual artigo 335.º daquele diploma reclama, antes, um bem jurídico com um alcance mais vasto, suscetível de acolher também os perigos resultantes do exercício de influência suposta.

Assim, salvo melhor opinião, sustentamos que a razão assiste ao Professor GERMANO MARQUES DA SILVA, quando alude a que o bem jurídico protegido é a realização do Estado de Direito, o qual tem assento constitucional no artigo 2.º da Lei Fundamental, na vertente da dignidade do Estado e em que o tipo objetivo seria o ultraje ao Estado/Administração. Com efeito, para o nosso entendimento aponta, desde logo, a inserção sistemática do preceito na secção II (“*crimes contra a realização do Estado de Direito*”), do Capítulo I, do Título V do Código Penal.

Na verdade, o referido bem jurídico parece ser o único que dá cobertura integral tanto aos cenários de influência real como de influência suposta. Efetivamente, na esmagadora maioria das vezes, gera-se o perigo de os cidadãos, ao tomarem conhecimento da prática do crime de tráfico de influência real ou suposta, deixarem de confiar no regular funcionamento das instituições que enformam a Administração Pública. Esta circunstância poderá conduzir, assim, ao descrédito e à falta de confiança dos cidadãos relativamente ao Estado/Administração, na medida em que tais condutas transparecem a ideia de permeabilidade, por parte da Administração Pública, a influências provenientes de terceiros estranhos ao processo decisório, a troco de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, ficando, assim, denegrida a sua dignidade.

Deste modo, será indiferente que os cidadãos saibam se o traficante tem ou não influência sobre o decisor público, porquanto em ambos os casos poderão passar a encarar, de igual modo, os processos decisórios estaduais como viciados, porque tomados de forma parcial e à revelia das regras e princípios que o Estado de Direito preconiza e a que está subordinado, como o princípio da imparcialidade, da legalidade da decisão administrativa, bem como o da igualdade dos cidadãos perante a lei. Ao cometer este crime, o agente está a atuar em prejuízo da função pública do Estado, e afeta, de igual modo, a dignidade do Estado e o prestígio social de que gozam os entes públicos⁵⁷, manchando, por conseguinte, a sua imagem, bom nome e reputação. Deste modo, estas condutas são perigosas em si mesmas, importando uma lesão da confiança

⁵⁷ Cfr. ENRIQUE CASAS BARQUERO, «Tráfico de influencias», in *Estudios Penales en memoria del Professor Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 165 a 174, embora o autor só aplique este raciocínio se o crime for praticado por um particular.

pública⁵⁸ no exercício do poder administrativo e judicial, atuando o agente à revelia do princípio do Estado de Direito⁵⁹.

Importa salientar que a tese que sufragamos não é a que identifica o bem jurídico com a ideia de prestígio, reputação e bom nome da Administração em si. É certo, contudo, que o direito à reputação, bom nome e prestígio têm assento constitucional no artigo 26.º, n.º 1, da CRP, logrando o estatuto de direitos fundamentais. Todavia, a esmagadora maioria da doutrina entende que as Pessoas Coletivas de direito público, em que o Estado se inclui, não são titulares de direitos fundamentais porquanto o elemento subjetivo destes apenas teria sentido a “*benefício de quem pretende enfrentar o poder estadual, ou qualquer outro poder público*”, devendo estes, por isso, somente ser titulados “*por pessoas que se integram na Sociedade e que em relação ao Poder se possam contrapor*”⁶⁰. Também é defendido que “*seria contraditório pensar em direitos fundamentais das entidades em que se desdobra o poder político*”, uma vez que estes direitos seriam situações jurídicas ativas das pessoas na qualidade de membros da comunidade política⁶¹.

Contudo, ainda há quem sustente que possa assistir a estas entidades um “*direito de outra ordem de exigir respeito pela sua imagem e bom nome*”⁶², funcionalizado aos fins da pessoa coletiva entidade pública em questão, nomeadamente, à prossecução do interesse coletivo da população pertencente à respetiva circunscrição. Dito por outras palavras, poder-se-ia admitir que as pessoas coletivas de direito público fossem titulares

⁵⁸ Neste sentido, vide LORENZO MORILLAS CUEVA y GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias» (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo), in *Comentarios a la legislación penal*, T. XVI, Madrid, 1994, p. 230.

⁵⁹ Cfr. ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», in *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 37-40/1983, p. 1098, embora o autor só aponte este argumento se o crime for praticado por funcionários.

⁶⁰ Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 919. Também neste sentido, cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, 2012, p. 124, embora consinta na titularidade de direitos fundamentais das entidades públicas que visem “*proteger ou promover a liberdade e a dignidade das pessoas*” (v.g., as Universidades).

⁶¹ Cfr. JORGE MIRANDA/ RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 211. Não obstante, admitem os autores a titularidade destes direitos por parte das associações públicas, *maxime* a profissionais, e das Universidades Públicas. Em idêntico sentido, vide GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, os quais consentem apenas o alargamento destes direitos às pessoas coletivas de direito público quando se trate de “*defender os direitos e a autonomia das pessoas coletivas públicas intraestaduais (...) perante o Estado propriamente dito*”. Cfr. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª ed., revista, Reimp., Coimbra Editora, 2014, p. 330.

⁶² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16 de fevereiro de 2017, Proc. n.º 364/12, disponível em www.dgsi.pt.

de um direito subjetivo ao prestígio e ao bom nome (embora destituído da tutela de direito fundamental), exercitável *erga omnes*, ou seja, também contra elementos da população, os quais terão coincidente interesse no bom nome da entidade pública em questão, nada parecendo obstar a que aí residisse o bem jurídico do crime em apreço.

Todavia, na medida em que sustentamos que o bem jurídico criminalmente tutelável só existe “*onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social e que (...) preexiste ao ordenamento jurídico penal*”⁶³, só sendo, por conseguinte, digno de tutela através da “*ordenação axiológica jurídico-constitucional*”, não se vê como o prestígio, bom nome e reputação, enquanto meros direitos subjetivos desprovidos da qualidade de direitos fundamentais, possam consubstanciar um bem digno de tutela penal, uma vez que não encontram assento constitucional.

Relativamente ao modo de ofensa ao bem jurídico mencionado, advogamos que se trata de um crime de perigo abstrato, na medida em que o perigo de lesão da dignidade do Estado não surge como verdadeiro elemento do tipo, mas como fundamento da sua incriminação. A conduta é tipificada na medida em que a sua perigosidade é mais que provável e comum para beliscar um determinado bem jurídico, não sendo, por isso, necessário comprovar que o concreto bem jurídico em causa foi colocado em perigo em cada caso. Já quanto ao modo de execução do crime, está-se perante um crime instantâneo, na medida em que a sua execução se esgota num único momento.

3. O Tipo Objetivo

3.1. Da Ação Típica

O artigo 335.º, n.º 1 do Código Penal dispõe sobre o designado tráfico de influência passivo, cuja conduta típica consiste em o vendedor-traficante solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, em ordem a abusar da sua influência real ou suposta junto de qualquer

⁶³ Neste sentido, *vide* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2007, pp. 119 e 120.

entidade pública, a fim de ser obtida uma determinada decisão. Acresce que aquela vantagem pode ser “*a pronto ou apenas prometida e à conta do interessado*”⁶⁴.

Além disso, cumpre referir que, neste caso da venda de influência, o objetivo, solicitado ou aceite pelo vendedor e incriminado pela norma, abrange tanto a decisão ilícita favorável – tráfico de influência passivo *próprio* (alínea *a*) do n.º 1 do artigo 335.º do Código Penal) –, como uma qualquer decisão lícita favorável, isto é, não violadora da legalidade – tráfico de influência passivo *impróprio* (alínea *b*) do n.º 1 do artigo 335.º daquele Código)⁶⁵.

Por seu turno, o n.º 2 daquele preceito dispõe sobre o tráfico de influência ativo, cuja ação típica consiste em o comprador de influência dar ou prometer, às pessoas do n.º 1, uma vantagem (patrimonial ou não), a título de preço, para que o traficante influente interessado venha a abusar da sua influência junto do decisor. Porém, paradoxalmente, neste caso da compra de influência, o objetivo pretendido pelo comprador e que é incriminado pela norma é tão-só qualquer decisão ilícita favorável – tráfico de influência ativo *próprio* –, pelo que, lamentavelmente, é atípica a conduta do comprador que paga ou promete pagar a um traficante vendedor interessado para que este abuse da sua influência junto de um decisor público em ordem à obtenção de uma decisão lícita favorável.

A nosso ver, está-se perante uma lacuna de punibilidade, a qual deve, sem demoras, ser colmatada pelo legislador, sob pena de, por um lado, se estar a permitir um comportamento que colide, de igual modo, com toda a consciência jurídica e com o Direito, e de, por outro, se estar a violar o princípio da igualdade. Efetivamente, o legislador incorreu aqui num contrassenso colossal, ao punir o vendedor traficante por aceitar ou solicitar uma vantagem para abusar da sua influência a fim de obter do decisor público uma decisão lícita favorável, e isentar de responsabilidade penal o comprador de influência que dá ou promete dar a vantagem para exatamente os mesmos fins. O legislador está, por conseguinte, a utilizar aquilo que a sabedoria popular designa por “*dois pesos e duas medidas*”, o que não é de aplaudir.

Importa ainda sublinhar que, tanto no n.º 1 como no n.º 2, o agente pode atuar “*por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação*”. Assim, a

⁶⁴ Cf. VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal...*, p. 899.

⁶⁵ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código...*, p. 1085.

interposição pode ser efetuada por dois modos distintos: ou por *autorização/encargo* que é concedido ou imposto pelo agente principal à pessoa interposta, ou por *confirmação* (“*ratificação*”) do ato que esta última praticou, por sua iniciativa, agindo no interesse daquele agente e na convicção de que procedia em conformidade com vontade deste último.

Ademais, a atuação por ele próprio, enquanto traficante principal, ou com a colaboração da pessoa interposta atém-se à compra e/ou venda de um exercício abusivo de influência (real ou suposta) sobre uma entidade pública. Esta “*relação de colaboração*” tem uma amplitude suscetível de acolher situações de *instigação* ou de *autoria mediata* (na perspectiva do traficante principal), subsumíveis ao artigo 26.º do Código Penal, bem como de *atuação em nome de outrem* (na perspectiva da pessoa interposta), na circunstância de a pessoa interposta estar a agir em representação do traficante principal, reconduzida ao artigo 12.º do mesmo diploma, contanto que estejam reunidos os restantes requisitos⁶⁶.

Adicionalmente, a compra e/ou venda de influência tem que preceder a eventual execução do abuso de influência para que a conduta seja típica. Deste modo, na circunstância de não existir qualquer compra e/ou venda de influência prévia e, ainda assim, o comprador interessado venha a gratificar o indivíduo influente depois de este ter abusado da sua influência – aqui necessariamente real – junto do decisor público, a conduta do pretense comprador ficará impune porque atípica⁶⁷.

Em face do exposto, extrai-se que o crime em apreço é um crime de mera atividade porquanto o tipo incriminador se preenche pela mera execução dos comportamentos descritos (solicitar, aceitar, dar ou prometer dar uma determinada vantagem patrimonial ou não patrimonial).

3.2. Do abuso de influência

Por motivos didáticos, optamos na presente dissertação por tratar primeiro da expressão “*abusar da sua influência*” para, só numa segunda fase, nos debruçarmos

⁶⁶ Cf. VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal...*, p. 899.

⁶⁷ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 1086.

sobre o agente do crime. De facto, não se pode compreender quem são os agentes do crime sem apreender o que se entende por *abuso de influência*, na medida em que, como diria *La Palice*, só pode abusar da sua influência quem a tiver ou quem a alegue deter sobre um decisor.

Com efeito, nos termos do n.º 1 do artigo 335.º do Código Penal, é punido aquele que solicita ou aceita, para si ou para terceiro, uma vantagem patrimonial ou não patrimonial para “*abusar da sua influência*” junto de qualquer entidade pública. A expressão “*abusar da sua influência*” consubstancia um conceito indeterminado, sobre o qual têm corrido rios de tinta na doutrina em diversos sentidos.

Assim, para MARGARIDA SILVA PEREIRA, para que exista abuso de influência teriam que estar preenchidos os seguintes requisitos cumulativos: o constrangimento da vontade do decisor público, “*constrangimento funcional*” atinente ao exercício de cargo público e poder pessoal do traficante para desencadear os efeitos receados pelo decisor, bem como a capacidade daquele para gerar constrangimento.

Quando alude ao “*constrangimento funcional*”, a autora explica que o comportamento venal que ocorreria em sede de tráfico de influência implicaria a existência de umnexo causal entre o constrangimento provocado pelo traficante e a situação profissional do decisor público⁶⁸, que acederia em face da pressão exercida pelo primeiro, violando este último, por isso, a deontologia que o seu cargo encerra.

Deste modo, no seu entender, não se estaria perante um “*abuso de influência*” se o decisor cedesse ao pedido de um amigo, dos seus pais, do credor em relação ao qual aquele decisor sentisse uma dependência de qualquer ordem. Efetivamente, a ascendência ou dependência que poderia resultar da qualidade dos sujeitos elencados decorreria de uma “*relação meramente pessoal*” para com o decisor, sendo esta insuscetível de dar azo à venalidade. Eles não estariam envolvidos no ambiente da decisão administrativa, não se encontrando, conseqüentemente, na posição de poder beneficiar ou prejudicar profissionalmente o decisor a quem recorreriam. Além disso, no entender da autora, nestes casos o decisor mover-se-ia pelo seu arbítrio,

⁶⁸ Neste sentido, também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de setembro de 2011, Proc. n.º 169/03, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt. Também neste sentido, cfr. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal...», p. 281.

determinando-se livremente, não se detetando qualquer constrangimento da parte deste último, não havendo, por isso, crime de tráfico de influência.

Quando muito, o decisor que cedesse às solicitações daqueles sujeitos incorreria na prática do crime de *abuso de poder*, tendo por instigadores do crime aqueles “influenciadores” que têm relação pessoal com o primeiro. Seria, pois, um contrassenso cominar com uma pena mais severa a instigação do crime de *abuso de poder* do que a sua própria autoria. Daí que entenda que o traficante influenciador teria que ter um ascendente profissional sobre o decisor para incorrer no crime de tráfico de influência⁶⁹. Assim, para que o abuso de ascendente tivesse dignidade penal exigir-se-ia a verificação de “*aptidão*” por parte do traficante para constranger o decisor em matérias que tivessem a ver com o cargo exercido por este último⁷⁰. Neste sentido, só teriam mais hipóteses de suceder aqueles traficantes de influência que pertencessem ao ambiente decisório e que usassem as relações pessoais que tivessem e o seu poder para vender favores⁷¹.

Em suma, no entender da autora, para que se estivesse perante um crime de tráfico de influência não bastaria que se verificasse a venda ou compra com vista a um exercício abusivo de influência. Determinante seria a capacidade influenciadora do traficante, veiculadora de uma “*aptidão especial*”⁷² para provocar venalidade no decisor público, e a probabilidade de se concretizar o abuso de influência.

Mui respeitosamente, não podemos perfilhar tal corrente doutrinária. Em primeiro lugar, o traficante de influência não se tem de mover no ambiente decisório da Administração para que possa ter influência sobre o decisor, porquanto a lei não faz referência a tal situação. Na verdade, nada impede nem colide com a experiência comum que os pais do decisor ou um amigo também tenham “*aptidão*” para o influenciar no seu processo decisório, visando determinados interesses particulares.

⁶⁹ Neste sentido, cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 297.

⁷⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 298. Resultaria do exposto para esta autora que a mentira contida numa mera declaração de que se vai abusar da influência junto de alguém mediante um preço não assumiria uma dimensão tal que pudesse comprometer o funcionamento da Administração.

⁷¹ Estar-se-ia aqui no cenário mais suscetível de provocar as consequências mais nefastas e perversas, na medida em que só seria alcançado pelos mais poderosos, os quais constituiriam uma minoria.

⁷² Cfr. *op. cit.*, p. 307.

Acresce que discordamos do argumento da autora referente à instigação de abuso de poder por parte daqueles. Efetivamente, a autora parece ignorar que, sendo o instigador punido com a mesma pena aplicável ao autor do crime na circunstância de este último o vir a praticar, a sua pena não ultrapassaria os três anos de prisão. Na verdade, importa não descurar que o crime de abuso de poder constante do artigo 382.º do Código Penal tem carácter subsidiário, uma vez que só encontra aplicação na falta de um outro preceito legal que, para o caso, comine uma pena mais gravosa. Por conseguinte, tendo por base que, em sede de tráfico de influência, o traficante pode ser punido até cinco anos de prisão, é manifesto que este crime prevaleceria sobre o de abuso de poder, porquanto cabe uma moldura penal mais gravosa do que a prevista neste último.

Em consequência, não podemos acompanhar a autora quando alude a que os pais do decisor ou os seus amigos seriam apenas instigadores do crime de abuso de poder, não podendo ser considerados agentes que abusarão da sua influência junto de uma entidade pública. Pese embora tenham somente uma relação meramente pessoal para com o decisor, a verdade é que a lei não distingue a forma de ascendente que aqueles devem ter sobre este, não fazendo sentido, por isso, traçar a destringência onde a lei não o faz.

Na esteira de JOSÉ MOURAZ LOPES e de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, sustentamos que influenciar certa pessoa implica uma atuação sobre a mesma, no sentido de a induzir ou determinar a praticar determinados atos. Por conseguinte, abusar dessa influência consistirá em alguém se prevalecer desse estatuto ou ascendente sobre o decisor – “*relação pessoal, familiar, profissional ou outra*” – com vista a conseguir uma vantagem que, noutras circunstâncias, não lograria obter⁷³, não fazendo assim sentido restringir a uma especial qualidade ou à inserção do traficante no ambiente decisório da Administração, uma vez que a lei não opera tal restrição.

⁷³ Cfr. JOSÉ MOURAZ LOPES, «Sobre o novo tipo de tráfico de influência...», p. 64; Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 1086. Neste sentido, também o Acórdão Tribunal da Relação de Évora, de 27 de abril de 2010, Proc. n.º 31/08, disponível em www.dgsi.pt. Dando também relevância a relações de amizade, conhecimentos pessoais e políticos, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de abril de 2005, Proc. n.º 0531773, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt.

3.3. Do Agente do Crime

Na sequência do que se expôs no capítulo anterior, está-se agora em condições de enunciar os tipos de agentes que poderão praticar o crime de tráfico de influência.

A Ilustre Professora MARGARIDA SILVA PEREIRA começa por apontar, como agentes paradigmáticos do crime em apreço do lado do vendedor de influência, os titulares de cargos políticos, como por exemplo os membros do Governo, e os dirigentes da Função Pública, uma vez que qualquer comando seu iria, com fortes probabilidades, constranger o decisor. Na verdade, todos eles poderiam condicionar a subida na carreira profissional dos funcionários que estivessem situados num plano hierárquico inferior ao deles – têm poderes de nomeação, de exoneração, incumbindo-lhes também definir os critérios de seleção ou promoção dos candidatos.

Por conseguinte, estas duas tipologias de agentes seriam dotadas da referida especial qualidade, que, no entender da autora, é indispensável para a prática deste crime. Além destes, seriam considerados traficantes de influência os profissionais que agissem em violação da deontologia da sua arte específica e aqueles a quem estaria vedado o exercício de certas funções, mas que, ainda assim, vendessem o abuso da sua influência junto da Administração decisora.

Haveria, por isso, um perigo potencial de que estes agentes fizessem um mau uso daqueles poderes que lhes são exclusivamente cometidos no exercício da sua profissão, induzindo venalidade nos decisores públicos, conjugado com a agravante inerente à facilidade que teriam em aceder aos mesmos.

Importa salientar a este respeito que a autora sustenta que o crime de tráfico de influência é, via de regra, um crime de perigo abstrato, na medida em que se verificaria um mero perigo eventual de a legalidade administrativa ser violada, o de ser beliscado o princípio da igualdade dos administrados, bem como o “*perigo de lesão da autonomia intencional do Estado*”⁷⁴. A autora acrescenta, ainda, que este perigo só existiria se os meios aptos a desencadeá-lo fossem “credíveis”. Contudo, na sua ótica, sempre que o crime fosse praticado por aquelas duas tipologias de autores estar-se-ia já perante um crime de dano e não já de perigo, uma vez que haveria já nesta sede um incumprimento

⁷⁴

Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 315.

da legalidade administrativa, ficando, por conseguinte, ferido o interesse público prosseguido pelo Estado, ocorrendo uma lesão da “*autonomia intencional*”⁷⁵ do último.

A autora sustenta, também, que não seria suficiente pertencer a um serviço da Administração para se ser um potencial agente deste crime, não obstante essa pertença constituir um forte indício de titularidade dessa relação especial. Efetivamente, sempre faltaria averiguar da solidez do poder que seria detido pelo alegado traficante de influência. Esta Professora aponta-nos o caso de um funcionário pertencente aos quadros da Função Pública, mas que esteja, contudo, situado num plano hierárquico relativamente baixo. Assim, um funcionário com esta qualidade nunca poderia constituir um autor “*credível*” de tráfico de influência⁷⁶.

Salienta ainda que o tráfico de influência nada teria a ver com o mérito profissional que adviesse do exercício de uma determinada profissão liberal (advogado, médico, arquiteto). No entanto, a situação já seria diferente se este profissional liberal fizesse uso não tanto da sua perícia técnica, mas sim do seu prestígio profissional e da sua especial capacidade de determinar o sentido das decisões da Administração. Assim, já se estaria perante um crime de tráfico de influência se o profissional liberal fizer uso do ascendente de que goza nas relações sociais, políticas, sindicais, entre outras, para com isso exercer uma influência abusiva sobre o decisor administrativo⁷⁷.

Com a devida vénia, não podemos acompanhar esta corrente de pensamento. Na verdade, sustentamos que o crime de tráfico de influência é um crime comum, isto é, que pode ser praticado por qualquer pessoa, embora se conceda que haverá um “*círculo natural de agentes*”⁷⁸ que poderá praticar este crime, na qualidade de vendedores de influência, mas tão-só para hipóteses de influência real, porquanto os agentes que

⁷⁵ Cfr. *op. cit.*, pp. 308 e 315, nota 86. Para a autora, neste cenário seria atingido o desvalor máximo do comportamento tipificado, o qual se identificaria com “*o perigo de lesão da legalidade administrativa*”. Cfr. *op. cit.*, p. 319, nota 91.

⁷⁶ Efetivamente, este decisor não teria como se sentir constrangido por motivo relacionado com o lugar que aquele funcionário ocuparia na orgânica da Administração Pública. O exercício de influência abusiva pressuporia assim uma “*atitude de ascendente*”, isto é, de poder sobre o funcionário, que impeliria nele o receio e o decorrente comportamento venal. Cfr. *op. cit.*, p. 328.

⁷⁷ Cfr. *op. cit.*, pp. 311 e 312.

⁷⁸ PEDRO CAEIRO, VÍCTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE enquadram neste círculo natural os “*titulares de cargos políticos e os dirigentes da Administração Pública e, de um modo geral, aqueles que são portadores de uma qualidade ou relação especial perante a Administração Pública, e, por isso, obrigados a um especial dever de fidelidade*”. Cfr. VÍCTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal...*, p. 899; PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal...», pp. 279 e 281.

difundirem influência, que na realidade não detêm (suposta), não se enquadram no referido círculo e nada obsta a que possam ser autores do crime. Deste modo, em ambos os casos, o crime pode ser cometido por qualquer pessoa⁷⁹. Pelo lado do vendedor de influência, não têm, por isso, que estar verificadas as condições de a influência poder vir a ser exercida sobre um decisor público, abusando dessa mesma influência⁸⁰.

Debruçando-nos agora também sobre a figura do comprador de influência, ou seja, aquele que efetua a dádiva ou promessa de dádiva, parece hoje pacífico que o crime de tráfico de influência não é um crime de participação necessária, uma vez que, se assim fosse, a punição do comprador de influência dependeria de uma aceitação ou solicitação do traficante vendedor e vice-versa. Não há, por isso, qualquernexo entre a compra e a venda de influência, configurando antes cada uma destas condutas, dois crimes autónomos.

Contudo, só com a Lei n.º 108/2001, de 28 de novembro é que foi introduzida a punição do comprador no atual n.º 2 do artigo 335.º do Código Penal, entendendo-se, até então, que a compra de influência era socialmente adequada e que seria uma mera colaboração com a conduta do vendedor. Andou aqui bem o legislador, na medida em que, sendo o comprador “*parte diretamente interessada no resultado da ação*”⁸¹, é justo que responda igualmente pela prática deste ilícito criminal. Adicionalmente, a prestação que efetua tem subjacente uma razão ilícita, que consiste em poder contar com uma influência exercida sobre o decisor público⁸².

Acresce que, para o legislador, a atuação do vendedor traficante encerra uma maior gravidade do que a do comprador do exercício abusivo de influência, razão pela qual estabeleceu uma moldura penal mais pesada em relação ao primeiro⁸³. Assim, o comprador que praticar o crime referido é punido com uma pena de prisão de 3 anos ou

⁷⁹ Importa, contudo, alertar para os artigos 2.º e 5.º da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, a que está sujeito o crime de tráfico de influência quando cometido por políticos. Trata-se de um caso mais grave, pelo que se adotou uma agravação especial.

⁸⁰ Em sentido contrário, cfr. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*..., pp. 1473 e 1474.

⁸¹ Cfr. ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, «Criminalidade na Administração Pública...», p. 64.

⁸² Neste sentido, vide CARLO BENUSSI, *Diritto Penale della Pubblica Amministrazione*..., p. 253.

⁸³ Cfr. VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal*..., p. 900. Já assim o desejava MARGARIDA SILVA PEREIRA, referindo, ao tempo, que ao comprador “*conceder-se-ia um quadro punitivo mais brando*”. Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 321.

com pena de multa, enquanto a moldura penal do traficante pode atingir os 5 anos de prisão.

3.4. Da Entidade Pública a Influenciar

Importa, ainda, explanar o que se entende por “*entidade pública*”, para efeitos do artigo 335.º do Código Penal. Na verdade, aí se diz que o traficante irá abusar de influência “*junto de qualquer entidade pública*”.

Para MARGARIDA SILVA PEREIRA, esta expressão remeter-nos-ia para o conceito jurídico-penal de “*funcionário*”, o qual se distanciaria do utilizado por outros ramos do Direito, nomeadamente, pelo Direito Administrativo. Teria, assim, de se recorrer à enumeração e às equiparações a funcionário plasmadas no artigo 386.º do Código Penal, porém com um pequeno reparo – deveriam considerar-se excluídos do elenco do artigo 386.º daquele diploma, para efeitos do artigo 335.º do mesmo, os magistrados, na medida em que a fisionomia do último preceito não se adequaria às decisões judiciais⁸⁴ e porque a norma em apreço visaria um leque de destinatários que não seriam dotados das especiais responsabilidades e deveres a que se subordinaria um magistrado. No seu entender, nunca poderia ser exercida influência sobre qualquer titular de órgão de soberania, uma vez que aqueles que atuam “*no topo do Estado de Direito Democrático*” não seriam tão vulneráveis como as outras entidades⁸⁵.

Na esteira de PEDRO CAEIRO, não podemos sufragar tal entendimento. Efetivamente, os termos “*funcionário*” e “*entidade pública*” não podem ser empregados como sinónimos, porquanto o primeiro nos remete para uma pessoa humana enquanto o último nos remete para algo mais amplo. Com efeito, a ser utilizado o termo “*funcionário*”, isso implicaria que fosse necessário identificar a pessoa concreta sobre a qual o traficante exerceria influência, o que a lei não impõe em sede de tráfico de influência.

Pelo contrário, a expressão “*entidade pública*” traduz-se em toda a instituição cuja atividade vise a prossecução do interesse público e não se subordine aos interesses

⁸⁴ Cfr. *op. cit.*, 328.

⁸⁵ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal...*, p. 91.

privados dos particulares⁸⁶, isto é, qualquer pessoa física ou coletiva que exerça funções estaduais (políticas, legislativas, governativas ou jurisdicionais)⁸⁷. Deste modo, deve atender-se não à natureza da entidade junto da qual se vai abusar de influência, mas sim aos poderes que ela exerce. Por conseguinte, o que é determinante para a qualificação como entidade pública para efeitos penais reside no facto de a mesma exercer poderes públicos⁸⁸. Estão assim em causa as entidades para as quais os agentes enumerados no já referido artigo 386.º prestam serviços, a que se devem juntar os órgãos políticos e os magistrados, por não se vislumbrar nenhuma razão que os exclua⁸⁹.

Contudo, cumpre agora alertar para uma questão que não é de somenos importância – a ampliação indireta⁹⁰ do crime de tráfico de influência em virtude do alargamento do conceito de funcionário operado pela Reforma de 2007, passando a acolher também os funcionários estrangeiro e internacional (artigo 386.º, n.º 3, do Código Penal). É indireta na medida em que, prestando também eles serviços para as entidades que consideramos alvo do abuso de influência, o crime em apreço ganha novos contornos.

Efetivamente, esta alteração visou combater atuações a uma escala internacional e organizada, em que o perigo e os efeitos corrosivos na Administração e na economia poderiam ser ainda mais gravosos porquanto as administrações de cada Estado poderão ficar descredibilizadas, afetando, por conseguinte, as relações diplomáticas entre Estados, os quais poderão ver a sua dignidade ferida perante um universo maior de instituições.

3.5. Do Abuso de Influência, Real ou Suposta

Ao longo da presente dissertação, teceu-se algumas linhas em torno da compra e/ou venda para exercício abusivo de influência real ou suposta tanto no Direito Estrangeiro (italiano, francês e espanhol), como nos antecedentes da figura no Direito

⁸⁶ Cfr. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal...», p. 282.

⁸⁷ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 1086.

⁸⁸ Em idêntico sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de setembro de 2011, Proc. n.º 618/07, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt.

⁸⁹ Neste sentido, também VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal...*, p. 900.

⁹⁰ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal...*, pp. 85 e ss.

Português. Cumpre nesta fase atender-se à redação atual do artigo 335.º do Código Penal.

O legislador português procedeu à incriminação tanto do tráfico para o exercício de influência real (recorde-se, verdadeira, aquela que de facto o agente detém sobre o decisor público) como para o de influência suposta (a “*pretextada*”, aquela que o agente na realidade não detém), embora a punição deste último só tivesse sido introduzida com a revisão de 1998. Antes de nos debruçarmos sobre a questão, importa chamar à colação outras situações relativamente às quais a lei não se pronuncia diretamente no que tange à sua (não) incriminação. A título exemplificativo, aponte-se o tráfico com reserva mental. Perfilhamos o entendimento segundo o qual o agente que haja com reserva mental preenche ainda o artigo 335.º do Código Penal – está-se aqui perante uma situação em que o agente detém na realidade influência, mas provoca um erro ou engano no comprador (com astúcia ou não) no sentido de que irá subsequentemente abusar da sua influência junto do decisor público, não tendo, contudo, intenção de o fazer.

Adiante-se que este comportamento não se subsume ao crime de burla, uma vez que neste último se prescinde de um enriquecimento na esfera do traficante ou terceiro, mas sim ao tráfico de influência. Está-se, em todo o caso, perante um crime de tráfico de influência, nomeadamente, na circunstância em que o traficante emite uma declaração negocial viciada por reserva mental no sentido de ir exercer influência real sobre o decisor público.

A este propósito, cumpre salientar que a conduta punida a título de tráfico de influência suposto não poderia ser acolhida, na falta deste, pelo crime de burla do artigo 217.º do Código Penal. É certo que no entender de alguns, como se explanou em sede própria, aquele que mente a terceiro, anunciando ser dotado de uma influência que, na realidade, não detém sobre o decisor, cometeria crime de burla.

Repudiamos por completo tal entendimento. Efetivamente, o crime de burla reclama, para o seu preenchimento, que a mentira que induziu o engano tenha sido produzida com astúcia. Exige, igualmente, a existência de prejuízo patrimonial na esfera do burlado – que, em sede de tráfico de influência suposto, seria o comprador de influência, que se veria enganado ao oferecer uma vantagem para que o vendedor

abusasse de influência que afinal não detém sobre o decisor –, embora prescindida do ganho do burlão⁹¹. Ora, o crime de tráfico de influência, ainda que suposto, prescinde destes elementos – prejuízo patrimonial na esfera do comprador de influência e a astúcia – essenciais, todavia, ao crime de burla.

Além disso, o crime de burla é um crime de dano patrimonial, enquanto o tráfico de influência constitui um crime de “*dano público*”, o qual não se coaduna com qualquer forma de tutela privada. É que no crime de burla há sempre uma vítima (o burlado), que, através da sua própria ação, sofre uma perda patrimonial fruto do engano provocado por outrem, sendo o agente do crime (o “burlão”) responsável por este engano da primeira.

Ora, perspetivar como “vítima” no crime de tráfico de influência aquele que promete dar ou dá uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, para que o traficante abuse da sua alegada influência (suposta) junto de uma entidade pública, colide com toda a consciência jurídica. Por conseguinte, não seria coerente vitimizar uma das partes do crime, uma vez que, se o agente que promete ou dá aquela vantagem fosse encarado como vítima, passaria incólume nas malhas da justiça, não lhe sendo assacada qualquer responsabilidade penal. Pelo contrário, se esta “vítima” for considerada ela própria agente do crime (tráfico de influência ativo), como o é nos termos da atual redação do preceito, já incorrerá em responsabilidade penal.

Retomando a questão de se incriminar hoje a aceitação ou solicitação e a dádiva ou promessa de dádiva com vista ao exercício de influência real ou suposta, coloca-se a questão de saber se tinha fundamento a opção inicial do Governo de não tipificar a influência suposta, à revelia do comando parlamentar. Alguns autores como MARGARIDA SILVA PEREIRA e PEDRO CAEIRO respondem afirmativamente.

Aquela autora entendia, ao tempo, que a *ratio* da incriminação do tráfico de influência se identificava com o perigo de se comprometer o funcionamento imaculado da Administração, e não com “*simulações de influência*”, que não seriam suficientemente lesivas para merecerem dignidade penal porquanto o traficante não seria dotado das já referidas relações especiais que pudessem, de forma credível, provocar um constrangimento no decisor público. Além disso, aquelas simulações de

⁹¹ Cf. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», pp. 334 e 335.

influência nunca seriam aptas a promover uma decisão injusta, porque contrária à legalidade administrativa, por parte do decisor público⁹². E em 2012 a autora reiterou a sua posição, afirmando não haver diferença prática entre a jactância e a mentira relativamente aos bens da Administração, pelo que se deveria ignorar “*ambos os casos, pela sua incapacidade de intervenção criminosa*” e por o tráfico de influência não ser punido “*como forma de atentado contra o património privado*”⁹³.

Também PEDRO CAEIRO rejeita a incriminação do crime de tráfico de influência quando a influência do agente é meramente suposta, reputando-a de inconstitucional por não afetar o bem jurídico por si defendido e, por conseguinte, por violar o princípio da necessidade da pena⁹⁴, qualificando a respetiva conduta, quando muito, como tentativa impossível de tráfico de influência. O autor refere que a influência suposta sempre esteve relacionada ora com a proteção do património do comprador, sendo disso exemplo, na posição adotada por LUÍS OSÓRIO, os Códigos Oitocentistas, ora com a imagem e prestígio da Administração, como era o caso da paradigmática *venda de fumo romana*. Estabelecendo o paralelo com a figura da corrupção ativa subsequente, o autor sublinha não haver ilicitude, mas apenas desvalor da ação. Por último, o autor desvaloriza a maior facilidade de prova que decorre da incriminação da venda de influência suposta⁹⁵, por essa maior facilidade não poder ultrapassar o obstáculo intransponível do princípio constitucional da necessidade da pena.

Sufragando idêntico entendimento, MIRIAM CUGAT MAURI sustenta que a ação só seria típica se a influência do traficante fosse real, uma vez que, no caso de ser falsa, ela cairia no crime de *estafa* espanhol, e em virtude da necessária restrição inerente aos crimes de perigo abstrato e da conceção de bem jurídico por si defendida. Na medida em que se estaria perante um crime de perigo contra o correto funcionamento da Administração, a conduta do traficante só seria objetivamente perigosa se a influência por ele colocada à disposição fosse real⁹⁶.

⁹² Todavia, a autora não descarta a eventual relevância da conduta em sede de crime contra o património, eventualmente como subespécie do crime de burla. Cfr. *op. cit.*, p. 323.

⁹³ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal...*, p. 88.

⁹⁴ Cfr. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal...», pp. 278 e 281.

⁹⁵ Efetivamente, se apenas fosse punida a venda de influência real, haveria dificuldades acrescidas de prova dessa mesma influência sobre o decisor, podendo, em caso de dúvida razoável, o juiz determinar a absolvição do agente com fundamento no princípio processual penal do “*in dubio pro reo*”.

⁹⁶ Cfr. MIRIAM CUGAT MAURI, *La Desviación del Interés General y el Tráfico de Influencias*, Editorial CEDECS, Barcelona, 1997, p. 249.

Salvo o devido respeito, sufragamos uma posição distinta. Contrariamente ao defendido por MARGARIDA SILVA PEREIRA, perspetivamos as “*simulações de influência*” como dotadas de dignidade penal, tendo em conta a gravosa danosidade social da conduta que lhes está subjacente, a qual é idónea a fazer perigar o valor jurídico-constitucional da dignidade do Estado e, por isso, da realização do Estado de Direito constante do artigo 2.º da CRP, nos termos já explanados.

A referida dignidade penal reside em estar-se perante a concretização de um valor constitucional, cuja violação é adequada a comprometer as relações sociais no seio da comunidade, uma vez que a própria população tem também um coincidente interesse no bom nome e reputação do Estado em que está inserida. Assim, e na esteira de RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES, sustentamos que o bem jurídico presente no crime de tráfico de influência é lesado quer a influência prometida seja real quer seja suposta em virtude de, em ambos os casos, se transmitir a imagem de que os funcionários são corruptos, o que poderá redundar, assim, num prejuízo para a confiança na Administração por parte dos cidadãos⁹⁷.

Já CASAS BARQUERO parece apontar para este entendimento, quando alude a que o interesse da Administração Pública na correção, imparcialidade e boa reputação dos funcionários públicos também é beliscado por quem alardeia poder influir nas decisões imparciais dos entes públicos, podendo decorrer daqui o desprestígio destes ao imprimir naqueles funcionários considerações de venalidade e vulnerabilidade⁹⁸.

Também não acompanhamos a posição de PEDRO CAEIRO, na asserção de que inexistiria necessidade da pena sempre que a conduta do agente consistisse em mercadejar influência suposta. Na verdade, não obstante o Direito Penal ser de *ultima ratio*, apenas a tutela penal é adequada e necessária para a prevenção da supramencionada danosidade social, na medida em que não vislumbramos para esta situação quaisquer alternativas idóneas, eficazes e menos onerosas de tutela não penal.

Adicionalmente, não é de aplaudir o raciocínio daqueles que associam o bem jurídico protegido à tutela do património do comprador de influência com o argumento

⁹⁷ Cfr. RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES, «Consideraciones politico-criminales sobre el delito de tráfico de influencias» in *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993, pp. 1100 e 1102.

⁹⁸ Cfr. ENRIQUE CASAS BARQUERO, «Tráfico de Influencias...», pp. 168 e 169.

de, ao longo da História, esta tutela ter estado frequentemente relacionada com a compra e/ ou venda para o exercício de influência suposta. Na verdade, a esta argumentação se opõe, desde logo, a inserção sistemática do artigo 335.º do Código Penal, diferentemente do que sucede com o crime de burla, o qual se localiza no capítulo dos *Crimes Contra o Património* e visa, por conseguinte, a proteção do património do enganado. Também concorre para a refutação do referido raciocínio o facto de o comprador não ficar prejudicado nas situações em que o agente coloca à disposição a sua influência real⁹⁹. Além disso, o comprador nunca figura como vítima no crime em apreço, mas antes como autor, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo 335.º, daqui se extraindo que o seu património não pode, em caso algum, constituir o objeto de tutela do crime em estudo.

Também não se adere à ideia de que o prestígio da Administração possa constituir o bem jurídico do crime em apreço, dando-se aqui por reproduzida toda a argumentação exposta anteriormente.

Acresce que, contrariamente ao que sustenta PEDRO CAEIRO, o desvalor do resultado existe, na medida em que, com a prática deste crime, é sempre afetada a “*situação de tranquilidade*”¹⁰⁰ do bem jurídico por nós defendido. Também não estão em causa preocupações probatórias, porquanto defendemos que o crime em questão é de perigo abstrato, não sendo, por isso, necessário comprovar que o bem jurídico foi colocado em perigo no caso concreto.

Em face do exposto, sustentamos que a incriminação da influência suposta não é inconstitucional, na medida em que a respetiva conduta belisca o bem jurídico a que se fez referência, havendo, por conseguinte, a necessidade de intervenção do Direito Penal.

Porém, não preencherão o tipo todos os casos em que a influência do agente seja meramente suposta. Sem prejuízo de o comprador de influência ser também encarado como autor do crime, haverá uma ideia de *dolus bonus* por parte dos traficantes de influência, em termos semelhantes aos concebidos pela doutrina e jurisprudência em sede de crime de burla, embora este nada tenha a ver com o crime aqui em apreço.

⁹⁹ Neste sentido, cfr. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal...», p. 276.

¹⁰⁰ Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, p. 288.

Destarte, para que a conduta do traficante que alega falsamente ter influência real junto do decisor seja penalmente relevante, a mesma tem de ter “*idoneidade objetiva*”¹⁰¹ para gerar no comprador essa convicção. Assim, se um homem médio, colocado na posição do comprador de influência, fizer uso de toda a diligência e cautela e ainda assim não conseguir desfazer o quadro de engano provocado pelo traficante de influência (suposta), deverá este último ser punido, se tiver solicitado ou aceitado a dádiva patrimonial como contrapartida de um abuso da sua (inexistente) influência. Deste modo, tem que se estar perante um traficante em que “*tudo leve a crer que tem essa influência [real sobre o decisor público]*”¹⁰². Já o comprador será punido nos termos descritos se a sua conduta preencher o n.º 2 do artigo 335.º do Código Penal.

Cumpra também analisar a figura do *millantato credito* à luz do Direito Português. É certo que ela nunca foi prevista no ordenamento jurídico português, nem o nosso Código Penal dispõe sobre essa situação em que alguém exagera ou hiperboliza a sua influência que realmente detém sobre a entidade pública decisora. Contudo, a verdade é que o agente que assim age deverá à mesma ser punido, na medida em que o artigo 335.º daquele Código acolhe tanto as hipóteses de influência real como as de influência suposta.

Efetivamente, aquele que exagera a (pouca) influência que realmente detém, está a cometer tráfico de influência real quanto à parte em que detém verdadeiramente influência, e tráfico de influência suposta no remanescente, ou seja, em relação ao exagero. Na verdade, em relação a este exagero, o agente está a revelar ter uma influência que está para além daquela que realmente detém, sendo esta influência, por conseguinte, suposta em relação à influência – de menor dimensão – que ele detém junto do decisor.

3.6. Da Contrapartida – a Vantagem Patrimonial ou Não Patrimonial

Nos termos do artigo 335.º do Código Penal, a contrapartida do eventual abuso subsequente de influência a ser exercido pelo traficante identifica-se com uma

¹⁰¹ Versando sobre o crime de burla, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de junho de 2010, Proc. n.º 120/06, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰² Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de setembro de 2011, Proc. n.º 618/07, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt.

vantagem, patrimonial ou não patrimonial. Cumpre densificar estes conceitos.

A vantagem patrimonial reconduzir-se-á a toda aquela que seja suscetível de avaliação pecuniária, como por exemplo a entrega de dinheiro, o fornecimento de quaisquer bens móveis corpóreos ou incorpóreos, como refeições, viagens, alojamento em hotéis, a atribuição de descontos, o pagamento de dívidas do traficante, etc. Já a vantagem não patrimonial será, paralelamente, aquela que não seja suscetível de avaliação pecuniária, como por exemplo, a conduta de aumentar a reputação social do traficante com pareceres e louvores, etc.

Contudo, não parece razoável que um preço irrisório seja idóneo a desencadear o perigo que o tipo visa evitar. O valor patrimonial aqui em apreço terá de passar pelo crivo da proporcionalidade¹⁰³ para assumir relevância. Nem se refira que bastaria um critério de relatividade no sentido de um traficante com escassez financeira se satisfazer com uma ínfima prestação pecuniária para praticar o crime. O critério que propomos é, pelo contrário, o da proporcionalidade – o preço acordado tem de ser suficientemente consistente para criar o aludido perigo que subjaz ao artigo 335.º do Código Penal. Dito por outras palavras, terá de haver consonância entre o valor do preço pago e o valor financeiro correspondente à decisão a tomar. Assim, se se estiver perante uma decisão de elevada envergadura, parece utópico que o traficante aceitasse receber uma quantia pecuniária irrisória.

Para se aferir o carácter irrisório desta quantia, dever-se-á recorrer ao critério do valor diminuto patente no artigo 202.º, alínea c) do Código Penal: será todo aquele que não exceder uma unidade de conta avaliada no momento da prática do facto, ou seja, que não exceder € 102,00 porquanto se trata do “*critério geral sobre o valor patrimonial das coisas*”¹⁰⁴ no nosso Direito Penal. Ademais, para que a quantia seja penalmente relevante, sustentamos que esta não pode ser socialmente adequada, isto é, não pode estar a coberto de uma “*cláusula de adequação social*”. Porém, entendemos que, ao contrário da aceitação, a solicitação é sempre ilícita, pelo que nunca poderá ser socialmente adequada.

¹⁰³ Neste sentido, cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 327.

¹⁰⁴ Utilizando esta argumentação a propósito do crime de recebimento indevido de vantagem, cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 1180.

Com efeito, a aceitação poderá ser socialmente adequada se a vantagem for concedida enquanto tradição de época festiva ou no âmbito do aniversário do seu destinatário. Assim, esta dádiva poderá não se perfilar como uma relação de troca com a influência que o vendedor poderá vir a exercer. Efetivamente, importa salientar que o tráfico desinteressado de influência é penalmente atípico, isto é, aquele que é efetuado a título gratuito, sem qualquer vantagem patrimonial ou não patrimonial, nem promessa da mesma para o traficante, pelo que, por maioria de razão, será de admitir que algumas vantagens estarão a coberto da referida cláusula. Na verdade, sempre foi socialmente aceite a mediação gratuita a favor de um amigo ou de um conhecido¹⁰⁵.

3.7. Da Consumação do Crime de Tráfico de Influência

Não é pacífico na doutrina o momento a partir do qual se deve considerar que o crime de tráfico de influência se consumou. Para MARGARIDA SILVA PEREIRA, este crime consuma-se no momento da obtenção da vantagem patrimonial ou no da promessa da mesma obtenção. Relega, contudo, para os quadros da tentativa, a solicitação. Para esta autora e também para PEDRO CAEIRO, o traficante seria punido apenas por tentativa, nos termos do artigo 22.º do Código Penal, se o comprador ainda não tivesse respondido ou tivesse mesmo recusado essa mesma solicitação. A consumação nada teria a ver com o “*propósito subsequente do traficante*”, que poderia ou não exercer a sua influência abusiva sobre terceiro¹⁰⁶.

Já para VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, este crime consuma-se com o “*acordo*¹⁰⁷ *entre traficante e interessado comprador (n.º 1) ou entre vendedor e interessado traficante (n.º 2)*”. Para este autor, o acordo em si, como “*relação interativa*”, seria a projeção da conduta do agente no exterior, pelo que este acordo seria o “*resultado típico*”, estando-se assim, perante um crime de resultado¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cfr. BELÉN MALAVÉ OSUNA, «Tráfico de Influencias y Promesa de Donación. Un Fraude Elevado a Contrato en el Siglo IV», in *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Atual*, Coimbra Editora, 2010, p. 268.

¹⁰⁶ Cfr. MARGARIDA SILVA PEREIRA, «Acerca do novo tipo de tráfico de influência...», p. 322 e 332; VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal...*, p. 900.

¹⁰⁷ Neste sentido, *vide* os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de setembro de 2011, Proc. n.º 169/03, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt, e do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de abril de 2010, Proc. n.º 31/08, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁰⁸ Cfr. VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal...*, pp. 900 e 901.

Sem prejuízo de as restantes posições também nos suscitarem reservas, sustentamos, contudo, que esta última posição não é rigorosa, uma vez que ao aludir a um acordo, faz transparecer a ideia de que este crime é de participação necessária, o que não podemos aceitar em face de toda a argumentação aduzida *supra*. De facto, o vendedor de influência pode unilateralmente cometer o crime, sem que o comprador o tenha cometido, como por exemplo no caso em que o primeiro solicita ao segundo uma vantagem em troca do eventual abuso de influência que ele poderá vir a exercer sobre o decisor público, sem que o segundo tenha prometido ou efetuado qualquer dádiva.

PEDRO CAEIRO vai um pouco mais longe, sustentando a inconstitucionalidade do preceito por violação do princípio constitucional da necessidade da lei penal (artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa), por entender que o então “acordo” para o exercício de influência abusiva provocaria um perigo abstrato para o bem jurídico, pelo que, punir também a simples solicitação de vantagem, significaria extravasar a punibilidade além do permitido por aquele mandamento jurídico-constitucional. Por conseguinte, para este autor, além da solicitação, todas as diligências e negociações efetuadas até o vendedor de influência obter a vantagem ou a sua promessa deveriam ser punidas a título de tentativa.

Na esteira de MANUEL MAIA GONÇALVES, não podemos acompanhar este entendimento. Efetivamente, a vida real oferece-nos uma diversificada panóplia de comportamentos que não se compagina com a formulação de um único preceito que os abranja na sua plenitude. Na verdade, podem conceber-se casos de solicitação de vantagem que assumem uma gravidade muito superior à de casos de aceitação da mesma¹⁰⁹. Aponte-se, a título exemplificativo, o facto de o traficante solicitar uma vantagem de € 50.000,00 comparativamente àquele que aceita € 500,00 para abusar da sua influência sobre um decisor. Ambas as condutas devem ser punidas como crime consumado, cabendo, posteriormente, ao intérprete e ao julgador aplicar a moldura penal mais adequada por referência ao grau de ilicitude e de culpa do agente. Acresce que a mera solicitação de vantagem, ao constituir uma manifestação de venalidade da Administração, consubstancia já um ultraje à dignidade do Estado.

Deste modo, entendemos que o tráfico de influência passivo (n.º 1 do artigo 335.º do Código Penal), ou seja, cometido pelo vendedor de influência, se consuma logo

¹⁰⁹ Cfr. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português...*, p. 1031.

que o vendedor emita a declaração negocial da qual resulte a vontade inequívoca de aceitar ou solicitar a dádiva do comprador interessado e a faça chegar ao conhecimento da pessoa que lhe solicita o exercício dessa mesma influência¹¹⁰.

Assim, não é determinante a obtenção da vantagem por parte do vendedor, sendo, de igual modo, irrelevante que a influência seja efetivamente exercida junto do decisor, até porque poderá estar em causa a mera influência suposta. Acresce que o facto de o potencial comprador ter recusado essa solicitação não leva a que a conduta seja relegada para a tentativa, sendo antes crime consumado. É também irrelevante que o destinatário não tenha compreendido o sentido daquela manifestação de vontade, bastando que ela pudesse ser compreendida por terceiro, segundo padrões objetivos do homem médio.

Releva sobremaneira mencionar que só o tráfico de influência passivo próprio, constante do artigo 335.º, n.º 1, alínea *a*) do Código Penal, é punido a título de tentativa, na medida em que apenas a respetiva moldura penal é superior a três anos, para efeitos do artigo 23.º, n.º 1 do Código Penal. Consequentemente, não é punido a título de tentativa o tráfico de influência passivo impróprio¹¹¹, plasmado na alínea *b*) do n.º 1 do mesmo preceito, uma vez que a correspondente moldura penal não é superior a três anos de prisão.

Apenas concedemos que cairá nos quadros da tentativa punível o comportamento do vendedor que tenha enviado uma mensagem com esta proposta e ela, por qualquer motivo, não tenha chegado ao conhecimento do potencial comprador e, consequentemente, ele não tenha respondido. Determinante é, neste caso, que a forma ou meio utilizado para comunicar a solicitação ou aceitação passem pelo crivo da teoria da adequação, para que estas condutas possam ser consideradas um ato de execução do crime a fim de estar verificada a tentativa¹¹².

¹¹⁰ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 1086. Também neste sentido, cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de setembro de 2011, Proc. n.º 618/07, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt.

¹¹¹ Esta opção legislativa resultou de uma recomendação dirigida a Portugal a propósito da aplicação da Convenção contra a Corrupção, das Nações Unidas. Cfr. *op. cit.*, p. 1085.

¹¹² Aplicando este raciocínio *mutatis mutandis* à corrupção, cfr. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, «Sobre o Crime de Corrupção...», p. 152.

No que tange ao tráfico de influência ativo, sustentamos que ele se consuma com realização da dádiva ou da promessa de dádiva por parte do comprador de influência¹¹³. Assim, para que o comprador seja punido, bastará que, aproximando-se do eventual traficante interessado, lhe pergunte se aceita a quantia de x, como contrapartida de um futuro exercício abusivo da sua influência. Contudo, do lado do comprador de influência, a tentativa não é punível, uma vez que a sua moldura penal tem como limite máximo os três anos de prisão, sendo que, nos termos do artigo 23.º, n.º 1 do Código Penal, a tentativa só é punível se ao crime corresponder pena de prisão superior a três anos¹¹⁴.

Será possível também a desistência da tentativa se o traficante desistir voluntariamente da celebração do “negócio”, sendo insindicáveis os motivos que estão na base dessa desistência. Basta que, por exemplo, ele não chegue a acordo sobre o montante ou a espécie de vantagem em questão e que, por isso, o “negócio” não se celebre¹¹⁵. Também a tentativa impossível deste crime é punível no caso de, por exemplo, a decisão já ter sido tomada quando é emitida a declaração negocial de solicitação ou aceitação do tráfico de influência junto do decisor a fim de ser tomada uma decisão ilícita favorável.

4. O Tipo Subjetivo

O comportamento subjacente ao crime de tráfico de influência é doloso, na medida em que, para ser punido, tem que estar presente a vontade consciente, livre e esclarecida dirigida, na perspetiva do vendedor, à obtenção uma vantagem ou promessa da mesma, como contrapartida do abuso da sua influência real ou suposta junto do decisor público. Já na perspetiva do comprador de influência, aquela vontade tem em vista o abuso de influência do traficante vendedor, a troco de uma determinada remuneração. O dolo pode revestir todas as suas formas, incluindo a de dolo eventual, nos termos do artigo 14.º, n.º 3 do Código Penal¹¹⁶.

¹¹³ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 1086.

¹¹⁴ Cf. *op. cit.*, p. 1085.

¹¹⁵ Cf. PEDRO CAEIRO, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal...», pp. 278 e 284.

¹¹⁶ Cf. VICTOR DE SÁ PEREIRA/ ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal...*, p. 901.

Cumpra alertar para a existência de um elemento subjetivo adicional, o que se pode verificar pela expressão “*para abusar da sua influência*”. O abuso em si, a ocorrer e na condição de a influência do traficante ser real e existir efetivamente, é provocado só por uma ação posterior que este poderá praticar, pelo que se está perante um crime de ato cortado¹¹⁷.

5. Em Especial, o Tráfico de Influência Próprio Junto do Agente Desportivo

Sem prejuízo da regra geral enunciada no artigo 335.º do Código Penal, cumpre alertar para a existência de uma regra especial patente no artigo 10.º da Lei n.º 50/2007, de 31 de agosto, a qual prevê a incriminação do tráfico de influência ativo ou passivo próprio antecedente no âmbito das competições desportivas.

A redação desta norma vem decalcar a norma geral, porém com diferenças atinentes à finalidade sobre a qual se pretende fazer recair o abuso de influência e à entidade junto da qual se visa aquele exercício abusivo de influência. Assim, o abuso de influência dirige-se aqui a “*obter uma decisão destinada a alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva*”. Adicionalmente, neste preceito, o traficante e/ou o comprador de influência têm em vista o exercício abusivo de influência por parte do primeiro não junto de uma entidade pública, mas de um agente desportivo. Também nesta norma especial se pune tanto a influência real como a suposta.

Ora, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea f) desta Lei, considera-se agente desportivo “*as pessoas singulares ou coletivas referidas nas alíneas anteriores [dirigente desportivo, técnico desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo e pessoas coletivas desportivas], bem como as que, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, a título individual ou integradas num conjunto, participem em competição desportiva ou sejam chamadas a desempenhar ou a participar no desempenho de competição desportiva*”.

Por seu turno, a competição desportiva consiste na “*atividade desportiva regulamentada, organizada e exercida sob a égide das federações desportivas ou das*

¹¹⁷ Cfr. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, p. 1086.

ligas profissionais, associações e agrupamentos de clubes nelas filiados ou das instâncias internacionais de que aquelas pessoas coletivas façam parte”, nos termos da alínea g), do n.º 2 daquele artigo do mesmo diploma.

Relativamente aos bens jurídicos protegidos na presente norma especial, o Professor PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE sustenta estarem em causa a verdade e a lealdade na competição desportiva¹¹⁸. De facto, esse mesmo entendimento parece decorrer do preâmbulo do referido diploma, ao dispor que se “[e]stabelece um novo regime de responsabilidade penal por comportamentos suscetíveis de afetar a verdade, a lealdade e a correção da competição e do seu resultado na atividade desportiva”.

Com o devido respeito, não se acompanha esta posição, na medida em que a mesma não contempla a possibilidade de a influência do traficante ser suposta. Efetivamente, nessa circunstância nunca ficariam a verdade e a lealdade comprometidas, uma vez que não haverá lugar ao perigo de o resultado de uma competição desportiva ser alterado ou falseado.

Em nosso entender, o bem jurídico aqui tutelado consiste na dignidade do desporto, enquanto atividade económica, e, em especial, dos agentes desportivos. Aponta para este entendimento, desde logo, a proteção constitucional conferida ao desporto, o qual é acolhido pelo artigo 79.º da Lei Fundamental – que se insere no capítulo III (“Direitos e deveres culturais”) do Título III (“Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”) –, sendo, por conseguinte, os referidos bens jurídicos a concretização desse valor constitucional.

Efetivamente, só nestes casos é que estão em jogo avultadas quantias monetárias, podendo a prática deste crime redundar no descrédito da atividade desportiva e dos agentes desportivos, porque encarados como desleais e desonestos, ficando manchada a sua imagem e reputação, decorrendo daqui nefastas consequências para a referida atividade. Desde logo, esse descrédito pode refletir-se em perdas financeiras por parte das pessoas coletivas e empresários desportivos, conduzindo essa situação, por conseguinte, à crise do desporto enquanto atividade económica. Na verdade, se o desporto, enquanto atividade económica, for conotado como sendo conivente com a prática do crime de tráfico de influência, perderá a visibilidade

¹¹⁸ Cfr. *op. cit.*, p. 1087.

desejada e consistência financeira traduzida na perda de patrocínios, de publicidade, de receitas, etc.

Está, assim, em causa um crime de perigo abstrato e de mera atividade. Deste modo, a norma não parece aplicar-se às competições desportivas que constituam exclusivamente puros momentos de lazer ou meros *hobbies*, isto é, aquelas competições que não se reconduzam a uma atividade económica. Como decorre da norma, só se tutela a competição desportiva e, conseqüentemente, o desporto enquanto atividade económica, na qual os agentes desportivos desenvolvem a sua atividade profissional.

O tipo não exige que se verifique um resultado desportivo falso ou alterado, nem uma ação idónea a provocá-lo, nem que a influência seja efetivamente exercida pelo traficante junto de um agente desportivo, na medida em que, requerendo o tipo um elemento subjetivo adicional (“*para abusar da sua influência*”), se está perante um crime de ato cortado, nos mesmos termos descritos a propósito do artigo 335.º do Código Penal. Adicionalmente, não é punido o tráfico de influência ativo ou passivo impróprio, isto é, aquele que visa a tomada de uma decisão lícita, “*por se entender que não tem significado bastante para ser criminalizado no âmbito desportivo*”¹¹⁹, nem o tráfico de influência ativo ou passivo próprio ou impróprio subsequente, uma vez que ele tem que preceder a tomada da decisão¹²⁰.

É, ainda, de salientar que a pena do artigo 10.º, n.º 1 da referida Lei é agravada de um terço nos seus limites mínimo e máximo se o agente for dirigente desportivo, árbitro desportivo, empresário desportivo ou pessoa coletiva desportiva, nos termos do n.º 1 do artigo 12.º do mesmo diploma.

Notas Finais

Em face do exposto, não obstante a conturbada génese por que passou o crime de tráfico de influência, em nosso entender, a norma logrou alcançar, paulatinamente, a estrutura típica desejada pela Lei de autorização n.º 35/94. No entanto, apelamos ao legislador para o imperativo atinente à necessidade de ser colmatada a lacuna de

¹¹⁹ Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 108/X.

¹²⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 1087.

punibilidade do tráfico de influência ativo impróprio, porquanto só assim a norma revelará coerência e observância ao princípio da igualdade relativamente ao âmbito do que é incriminado.

Neste sentido, sustentamos que o bem jurídico do crime em apreço se prende não com a autonomia intencional do Estado, como é defendido pela esmagadora maioria da jurisprudência e doutrina, mas sim com a realização do Estado de Direito na sua vertente de dignidade do Estado, na medida em que, quer a influência do agente seja real ou suposta, aquele verá a sua imagem desacreditada por parte dos cidadãos, os quais passarão a perspetivar a atuação da Administração como contrária às regras e princípios que o Estado de Direito impõe a todos os entes públicos, nomeadamente, o cumprimento do princípio da imparcialidade, da legalidade da decisão administrativa e da igualdade dos cidadãos perante a lei.

Na verdade, perfilhando-se o entendimento segundo o qual a influência suposta não é inconstitucional, sendo esse também o caminho trilhado pelo atual Código Penal, parece inequívoco que o bem jurídico da autonomia intencional do Estado não fica, em momento algum, comprometido sempre que a influência do traficante for meramente suposta, uma vez que nunca o processo decisório subjacente à vontade do Estado ficará tolhido, já que não haverá o perigo de a influência ser efetivamente exercida.

No entanto, defendemos que a incriminação do traficante que alegue deter uma influência que, na realidade, não possui, só se verificará quando “*tudo levar a crer*” que o agente detém influência real sobre o decisor público. Deste modo, só se um homem médio, colocado na posição do comprador de influência, fizesse uso de toda a diligência e cautela para desfazer o quadro de engano a que seria sujeito e, ainda assim, não tivesse sucesso, é que se poderá preencher o tipo e afirmar a presença de uma influência suposta por parte do traficante.

Finalmente, no que tange ao tráfico de influência no desporto, defendemos que o bem jurídico protegido é a dignidade do desporto enquanto atividade económica e, em especial, dos agentes desportivos, porquanto a prática deste crime poderá redundar no descrédito da atividade desportiva e daqueles agentes, os quais serão encarados como desleais e desonestos, ficando, por conseguinte, a sua imagem e reputação manchadas, com as inerentes consequências que daí poderão advir.

Bibliografia

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

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012.

BACIGALUPO – v. ZAPATER.

BARQUERO, Enrique Casas, «Tráfico de influencias», in *Estudios Penales en memoria del Professor Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.

BENUSSI, Carlo, *Diritto Penale della Pubblica Amministrazione*, CEDAM, Milano, 2016.

CAEIRO, Pedro, «Anotação ao Artigo 335.º do Código Penal», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, JORGE FIGUEIREDO DIAS (coord.), Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes /MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., revista, Reimp., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CASAS – v. BARQUERO.

CONDE, Francisco Muñoz, *Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el Código Penal, (Apéndice a: Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, 8.^a ed., Valencia, 1990.)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

COSTA, António Manuel de Almeida, «Sobre o Crime de Corrupção», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Vol. I, Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984.

CUEVA, Lorenzo Morillas y CONTRERAS, Guillermo Portilla, «Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias» (Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo), in *Comentarios a la legislación penal*, T. XVI, Madrid, 1994.

CUGAT – v. MAURI.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

FERRÃO, Francisco António Fernandes da Silva, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez*, Vol. VIII, Imprensa Nacional, Lisboa, 1857.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, «Crimes de Corrupção e de Concussão», in *Scientia Iuridica*, Tomo X, N.º 51-56, Editorial SCIENTIA & ARS, Braga, 1961.

FREIRE, Pascoal de Mello, *Ensaio do Código Criminal*, Typographia Maignense, Lisboa, 1823.

GARCIAS – v. PLANAS.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português. Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 18.^a, Almedina, Coimbra, 2007.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de Direito Constitucional*, II, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013.

JORDÃO, Levy Maria, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, vol. IV, Typographia de José Baptista Morando, Lisboa, 1854.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira /SANTOS, Manuel José Simas, *Código Penal Anotado*, Vol. II, 3.^a ed., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000.

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

MALAVÉ – v. OSUNA.

MAURI, Miriam Cugat, *La Desviación del Interés General y el Tráfico de Influencias*, Editorial CEDECS, Barcelona, 1997.

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MUÑOZ – v. CONDE.

MONTES, Rodrigo Fabio Suarez, «Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias» in *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosa*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1993.

MORALES – v. PRATS.

MORILLAS – v. CUEVA.

OSÓRIO, Luís, *Notas ao Código Penal Português*, Vol. IV, 2.^a ed., Coimbra Editora Limitada, Coimbra, 1926.

OSUNA, Belén Malavé, «Tráfico de Influencias y Promesa de Donación. Un Fraude Elevado a Contrato en el Siglo IV», in *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Atual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

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 (coord.), Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1998.
- *Direito Penal. Direito do Risco. Participação Criminosa. Tráfico de Influência*, Quid Juris, Lisboa, 2012.

PEREIRA, Victor de Sá/ LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal. Anotado e Comentado. Legislação Conexa e Complementar*, 2.^a ed., Quid Juris, Lisboa, 2014.

PIREYRE, Bruno-André, «Corruption et trafic d'influence: l'approche du droit pénal», in *Revue Française de Finances Publiques – La corruption*, N.º 69, Mars, L.G.D.J, Paris, 2000.

PLANAS, Gabriel Garcias, «El nuevo delito de tráfico de influencias», II. *Colegio de Abogados de Baleares*, Palma de Mallorca, 1992.

PORTILLA – v. CONTRERAS.

PRATS, Fermín Morales y PUERTA, Maria José Rodríguez, «Del Tráfico de influencias», in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, GONZALO QUINTELO OLIVARES (Dir.), JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ *et al.* (coord.), Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996.

RAMPIONI, Roberto, «Millantato Credito», in *Digesto delle discipline Penalistische*, 4.^a ed., Vol. VII, Utet, Milano, 1993.

RODRÍGUEZ – v. PUERTA.

ROMANO, Mario, «Legge anticorruzione, millantato credito e traffico di influenze illecite» in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Fondata da Giacomo Delitala, Fasc. III, Luglio-Settembre, Anno LVI, Giuffrè Editore, Milano, 2013.

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português. Teoria do Crime*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

SUAREZ – v. MONTES.

ZAPATER, Enrique Bacigalupo, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», in *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 37-40/1983.

Documentos consultados online:

- BITENCOURT, CEZAR ROBERTO, «Uma revisão conceitual do crime de tráfico de influência», in *Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, RUTH MARIA CHITTÓGAUER (org.), EDIPURCS, 2008, disponível no sítio <https://books.google.pt/books?id=ZbPffQmfy3IC&pg=PA183&lpg=PA184&focus=viewport&dq=c+ezar+roberto+bitencourt+rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativ+o&hl=ptPT#v=onepage&q=c%20ezar%20roberto%20bitencourt%20rela%C3%A7%C3%A3o%20triangular%20entre%20sujeito%20ativ%20o&f=false>.
- COSTA, ÁLVARO MAYRINK DA, «Criminalidade na Administração Pública. Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígio», in *Revista da EMERJ*, v. 13, n.º 52, 2010, disponível no sítio www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf.

Jurisprudência Consultada

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de junho de 1994, Proc. n.º 045950, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de abril de 2005, Proc. n.º. 0531773, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27 de abril de 2010, Proc. n.º 31/08, disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de junho de 2010, Proc. n.º 120/06, disponível em www.dgsi.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de setembro de 2011, Proc. n.º 618/07, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de setembro de 2011, Proc. n.º 169/03, disponível em www.jusnet.wolterskluwer.pt;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16 de fevereiro de 2017, Proc. n.º 364/12, disponível em www.dgsi.pt.