

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE CATÓLICA
PORTUGUESA**

ESCOLA DE LISBOA



**O CRIME DE TRÁFICO DE INFLUÊNCIA – O
PROBLEMA DA INFLUÊNCIA SUPOSTA**

Ana Canto Noronha

Dissertação elaborada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos

Mestrado Forense

Orientação: Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Março de 2013

I. ÍNDICE

II. Introdução	3
III. Bem jurídico	8
IV. Classificação do crime	18
1. Critério: lesão ou perigo de lesão do bem jurídico	18
2. Critério: objeto sobre que recai o crime	19
3. Critério: bem jurídico tutelado	20
4. Critério: agente do crime	20
V. O tipo objetivo do ilícito	22
1. A inserção sistemática do preceito	22
2. O agente do crime	24
3. O conceito de “entidade pública”	26
4. A consumação do crime	28
5. Os requisitos da vantagem solicitada ou aceite	29
6. A influência	31
7. A questão da influência suposta	33
VI. Conclusões	41
VII. Referências Bibliográficas	45

Nota: A presente dissertação foi elaborada ao abrigo do novo Acordo Ortográfico.

II. INTRODUÇÃO

O crime objeto de análise na presente dissertação é o tráfico de influência, previsto e punido no artigo 335.º do Código Penal.

Os antecedentes legislativos da norma que tipifica o crime em causa remontam ao Direito Penal Medieval, nomeadamente às Ordenações Manuelinas e Filipinas, mas o crime em causa tem, ele próprio, uma origem muito mais remota. De facto, remonta ao Direito Romano a primeira norma que deu origem ao actual crime de tráfico de influência, a designada *vendita de fumo*¹ que descrevia a conduta de um tal Vetronio Turino mandado matar sufocado pelo fumo da fogueira pelo Imperador Alexandro Severo por frequentar a Corte e receber dinheiro com o propósito de influenciar as decisões a tomar. Enquanto era queimado na fogueira eram apregoadas as palavras *fumo punitur qui fumo vendidit* (pune-se com fumo aquele que vende fumo). A expressão *venda de fumo* pode assim ser também entendida como a venda de uma imagem que, na realidade, não se tem.

Já no âmbito das Ordenações Manuelinas era punido o “concerto” para despachar junto da Corte algum negócio², tendo as Ordenações Filipinas punido, além disso, a compra e venda de desembargos.³ Estes “concertos” para obter decisões na Corte incluíam na sua previsão a compra de uma influência real.

Desde então, o crime em análise foi alvo das mais profundas alterações, tendo-se mesmo registado um período durante o qual não teve consagração legal. De facto, o Código Penal de 1982 eliminou qualquer alusão legislativa ao tráfico de influência e durante algum tempo este ilícito penal esteve esquecido, regressando às legislações europeias em virtude do ambiente sociopolítico vivido nas democracias da Europa nos últimos anos, que trouxe ao conhecimento da opinião pública uma série de escândalos em que a corrupção surge explicitamente como fator preponderante e nos quais a

¹ ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, “Criminalidade na Administração Pública – Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígios”, in Revista da EMERJ – v.13 n.52, 2010 [pp.39-68], p.62, disponível para consulta em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf

² ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, in ob. cit., p.63.

³ 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 (org.), AAFDDL, 1998, [pp. 253 - 338], pp.271 e 272.

atividade político-partidária e a própria Administração Pública estava direta ou indiretamente envolvida.⁴

Não obstante os seus antecedentes, o tráfico de influência é, na legislação portuguesa, um tipo moderno que se inspira noutros Códigos Modernos, como o francês, o italiano e o espanhol, e representa a preocupação do legislador em punir aqueles que estão disponíveis para celebrar um negócio que, de forma direta ou meramente reflexa, manchará a imagem da Administração junto dos membros da sociedade em geral.

Foram assim essencialmente razões de ordem social, no âmbito da denominada criminalidade de “colarinho branco” (*white collar crime*), que marcaram o surgimento deste novo crime de tráfico de influência. A sociedade em geral foi ganhando consciência de que este tipo de crimes protegem bens jurídicos supra-individuais, pertencentes, por isso, a todos, e que ameaçam o regular funcionamento das instituições e do próprio Estado de Direito.

O crime de tráfico de influência, com a configuração que hoje lhe conhecemos, ainda que após as mencionadas alterações, teve origem na revisão do Código Penal de 1995⁵. No entanto, ao contrário do que se passou com a quase totalidade dos preceitos que provieram do Projeto elaborado pela Comissão Revisora do Código Penal, com o tráfico de influência as coisas passaram-se de uma forma totalmente diferente.

De facto, o crime em causa não tinha antecedentes à revisão operada ao Código Penal em 1995, nem constava do Projeto de Revisão elaborado pela Comissão Revisora, nem tão-pouco da proposta governamental. A tipificação do crime surgiu na Assembleia da República, fruto da iniciativa dos partidos com assento parlamentar, tendo depois o Governo sido incumbido, durante a discussão e votação na especialidade da proposta de lei, de estruturar um tipo autónomo de tráfico de

⁴ MOURAZ LOPES, “Sobre o novo crime de tráfico de influência (artigo 335.º do Código Penal)”, in Revista do Ministério Público, Ano 16.º, Outubro/ Dezembro 1995, n.º 64 [pp. 55 – 65], p. 56.

⁵ A Comissão Revisora foi presidida por Figueiredo Dias, encontrando-se publicada uma compilação dos seus trabalhos em *Código Penal. Atas e Projeto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, 1993.

influência.⁶ Não obstante a tarefa de que foi encarregue, o executivo optou por não cumprir, na sua totalidade, o comando parlamentar, e produziu uma versão minimalista daquilo que lhe tinha sido pedido, tendo a versão final do preceito suscitado algumas dúvidas em relação à sua constitucionalidade.

A redação dada ao preceito pela Lei n.º 65/98 pretendeu assim torná-lo mais abrangente tendo incluído na sua previsão a interposição de pessoas, a possibilidade da influência traficada ser real ou, ao invés, ser meramente suposta, bem como a hipótese da vantagem solicitada ou prometida ter carácter patrimonial ou não patrimonial.

Em 2001, o legislador alterou novamente a redação do texto do artigo 335.º do Código Penal, num esforço de adaptar o direito interno à Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em 30 de Abril de 1999. Assim, através da Lei n.º 108/2001, passou a considerar-se típica não apenas a conduta de quem trafica e vende uma influência junto de uma entidade pública, mas também a de quem compra essa influência. Foi também desde a mencionada lei que o artigo deixou de ter uma enumeração exemplificativa dos atos para cuja obtenção é traficada a influência, pois essa enumeração representava uma restrição da incriminação aos casos de decisões ilegais. Foi igualmente alargada a punição à venda de influência para obtenção de uma decisão lícita.

Ao longo dos anos e após algumas revisões, o tipo legal que hoje encontramos no artigo 335.º do Código Penal não é, pois, tão restrito como o original, tendo sido percorrido um longo caminho no que respeita à amplitude e abrangência da incriminação.

Tal como refere MAIA GONÇALVES, “a introdução deste crime destinou-se a colmatar eventuais lacunas na incriminação de condutas manifestamente censuráveis e que, sem ele, poderiam escapar à punição por impossibilidade de subsunção a tipos

⁶ Tal como refere MARGARIAGA SILVA PEREIRA, *Direito Penal – Direito do Risco. Participação Criminosa. Tráfico de Influência*, Quid Juris, 2012, p.93, «no art.º 335.º, porventura mais do que em qualquer outra norma, é o “político” no seu imediatismo que se impõe (...)».

afins ou conexos, designadamente aos de corrupção, de burla e de abuso de autoridade por funcionário.”⁷

Apesar da elevada importância que a norma objeto da presente dissertação reveste no âmbito do assumido combate à corrupção (entendida em sentido lato), não obstante as complexas questões por si suscitadas e, ao contrário do que se tem passado com o crime de corrupção, o estudo do crime de tráfico de influência em Portugal tem sido parco, sendo igualmente reduzida a sua aplicação por parte dos tribunais portugueses. De facto, não sendo este um ilícito “tradicional” e tratando-se de um crime suscetível de concorrer com outros igualmente previstos no Código Penal, não houve ainda ocasião para uma discussão doutrinal muito diversificada, nem para formação de abundante jurisprudência.

Acresce que, o tráfico de influência consubstancia uma prática que durante muito tempo foi encarada com naturalidade tendo sido, inclusive, objeto de aceitação social, revelando-se hoje ainda, não raras vezes, difícil a tarefa de delimitação concreta entre as condutas lícitas e as condutas criminalmente puníveis neste âmbito, uma vez que estamos perante conceitos abrangentes e que, em certos aspetos, ainda permanecem enraizados nas sociedades atuais.

Perante este cenário, pareceu-nos adequada a escolha deste tema tão atual e mesmo assim tão parcamente analisado, para objeto de análise no âmbito da presente dissertação.

Os objetivos a que nos propomos são o de clarificar o bem jurídico tutelado por este crime, tantas vezes confundido com o tutelado pelo crime de corrupção, procedendo para isso à sua classificação, destacando alguns aspetos incluídos no seu tipo objetivo, como as características do seu agente ou o momento da sua consumação. Acima de tudo, com a presente dissertação pretende-se analisar a problemática do tráfico de influência meramente suposta, refletindo-se sobre as principais questões por ela levantada.

⁷ M. MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português, Anotado e comentado, Legislação complementar*, 18.ª Edição, Almedina, p.1030.

Conscientes do grande desafio a que nos propomos, pretendemos, sobretudo, com a presente dissertação refletir sobre um conjunto de questões relacionadas com o crime de tráfico de influência que consideramos problemáticas e que suscitam incertezas.

III. BEM JURÍDICO TUTELADO

Antes de determinar o bem jurídico que se pretende proteger com a incriminação do tipo legal em causa, importa começar por esclarecer o que se entende por bem jurídico.

Os bens jurídicos não são realidades palpáveis ou concretas, são antes valores da convivência em sociedade. São interesses da coexistência social, são valores reputados fundamentais à própria existência da sociedade organizada em termos de Estado. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “poderá definir-se como bem jurídico a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.⁸ Os comportamentos que agridam, lesem, ponham em causa ou em perigo esses interesses devem portanto ser objeto de uma reação.

Tendo em conta o carácter subsidiário do Direito Penal, para que se justifique a sua intervenção é, no entanto, necessário que os bens jurídicos em causa sejam fundamentais e que a lesão seja grave. De facto, “o direito penal, enquanto direito de proteção, cumpre uma função de *ultima ratio*. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos (...). É, assim, um direito enformado pelo princípio da fragmentariedade, pois que há-de limitar-se à defesa de perturbações graves da ordem social e à proteção das condições sociais indispensáveis ao viver comunitário. E enformado, bem assim, pelo princípio da subsidiariedade, já que, dentro da panóplia de medidas legislativas para a proteção e defesa dos bens jurídicos, as sanções penais não-de constituir sempre o último recurso”.⁹

Atrás de cada incriminação existe, portanto, um bem jurídico-penal, sendo assim de extrema importância determinar o bem jurídico tutelado com cada incriminação, pois, tal como refere o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 179/2012, de 4 de Abril de

⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*, 2.ª Edição, Coimbra Editora 2007, p.114.

⁹ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º108/99, de 10 de Fevereiro de 1999, disponível para consulta em www.tribunalconstitucional.pt

2012, “a definição dos crimes não pode nunca surgir desligada dos bens jurídicos que se pretende proteger”.¹⁰

O entendimento sobre o bem jurídico que se visa tutelar com crime de tráfico de influência tem variado ao longo da História, estando diretamente relacionado com os diferentes circunstancialismos que marcaram cada época.

Nos moldes atualmente previstos no Código Penal, o crime de tráfico de influência é resultado de uma “tendência societária de «modernização» que vem sendo exigida ao exercício das funções públicas, nomeadamente no processo que leva à tomada de decisões pela administração pública.”¹¹

A norma que incrimina o crime de tráfico de influência surgiu em Portugal em 1995 no seguimento de uma necessidade sentida pela opinião pública de punição de comportamentos relacionados com a chamada criminalidade de “colarinho branco”, ligados aos escândalos políticos que se registaram no nosso país, bem como um pouco por toda a Europa¹², nos anos 80.

Já não faz, por isso, sentido, hoje, o entendimento de acordo com o qual o bem jurídico tutelado com a incriminação do tráfico de influência é o património do comprador da influência, na medida em que a venda de uma influência inexistente defrauda o terceiro interessado.

O perigo aqui em causa é pois o de que “nocivas determinações da vontade do decisor conduzam a que a função administrativa se desvirtue.”¹³ Assim, ao contrário do que se passava tanto na Antiguidade Clássica, como na Idade Média, em que a corrupção estava associada à aceitação de liberalidades pelos funcionários, nos dias

¹⁰ Disponível para consulta em www.tribunalconstiucional.pt

¹¹ MOURAZ LOPES, in ob. cit., p.62.

¹² Em Espanha, é conhecido o escândalo ligado ao Governo de Felipe Gonzalez (“escândalo Guerra”) que conduziu à imputação de promiscuidade com o poder e de corrupção a ministros seus e a parentes destes e que (re)lançou na sociedade o debate sobre a necessidade de um tipo legal que incriminasse o tráfico de influência. Também em França, no final do século passado, o escândalo relacionado com um deputado, genro do Presidente francês, que recebia vantagens a troco da influência que exercia junto do sogro para que este concedesse a Legião de Honra a certas pessoas e que, aquando do julgamento, foi absolvido por não haver um tipo legal adequado a punir os atos por si praticados, gerou indignação generalizada e conduziu à criação do tipo de “trafic d’influence”.

¹³ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “Acerca do novo...”, p.296.

que correm, a corrupção (em sentido lato) afeta o funcionamento da Administração Pública, bem como a sua credibilidade junto dos cidadãos.

Foi nesse contexto e numa tentativa de erradicação dessas condutas que surgiu uma maior regulamentação do exercício de funções na Administração, através de legislação específica como é o caso da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, relativa aos Crimes da Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos, da Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, que estabelece o Regime Jurídico de Incompatibilidades e Impedimentos dos Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos, ou da Lei n.º 58/2008, de 9 de Setembro, que consagra o Estatuto Disciplinar dos Funcionários da Administração Pública.¹⁴

De facto, são pilares de um Estado de Direito os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Tal como refere JORGE MIRANDA “os cidadãos têm direito à proteção da confiança, da confiança que podem pôr nos atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas”.¹⁵

O bem jurídico que se pretende tutelar está, portanto, associado à imagem de imparcialidade da Administração, isto é, à transparência e imparcialidade que devem pautar todo o processo de tomada de decisões, garantindo a igualdade de tratamento, por parte da Administração, de todos os cidadãos e, portanto, à confiança que se ambiciona que os cidadãos tenham na Administração Pública. No fundo pretende-se salvaguardar o prestígio da Administração Pública, a imagem que os serviços da Administração projetam para os cidadãos, de forma a garantir que estes confiam que os processos de tomada de decisões são transparentes, isentos de quaisquer pressões e

¹⁴ Também a nível internacional se intensificou o combate à corrupção, sendo notório o aumento da regulamentação destas matérias, sendo disso ilustrativas a Convenção Relativa à Luta contra a Corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia, assinada em 26 de Maio de 1997; a já mencionada Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa, assinada em 30 de Abril de 1999; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003; ou a Convenção Africana de Prevenção e Combate à Corrupção, que entrou em vigor em Agosto de 2006. Tal como escreve MARGARIDA SILVA PEREIRA na sua recente obra *Direito Penal – Direito do Risco. Participação Criminosa. Tráfico de Influência*, p.84, “a par das motivações nacionais, tem o direito português sofrido, nesta matéria, influências externas”, acrescentando ainda que “há uma preocupação que se estende, não só à Europa, mas a um acervo importante de países da América, no sentido de incrementar o combate à corrupção internacional de que a tipificação do tráfico é um marco importante e, pela formulação que possui em certas leis, coroado de importância.”

¹⁵ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008, p.274.

que todos são tratados de forma igual, respeitando-se assim a legalidade exigida pela Constituição da República Portuguesa.¹⁶

Enquanto entidade que zela pelo bem-estar geral e pelo bom funcionamento das instituições, a Administração deve assim abster-se de qualquer comportamento que apoie, favoreça ou auxilie os interesses de determinado particular, sob pena de pôr em causa a prossecução do interesse público, denegrindo dessa forma a imagem que dela própria projeta.¹⁷

Todavia, no entender PEDRO CAEIRO, seguindo a opinião de ALMEIDA COSTA, um dos primeiros Autores a escrever em Portugal sobre o tema que ora nos ocupa, e ilustrando a opinião da doutrina tradicional, a punição do tráfico de influência dirige-se à proteção da autonomia intencional do Estado.¹⁸

De acordo com o entendimento da doutrina dominante, o funcionário deve assim exercer as suas funções apenas de acordo com as regras do serviço e não por simpatia com uns ou com outros, ou seja, de uma forma independente e sem pressões de qualquer natureza, mantendo a sua independência face aos interesses privados em presença. Por outras palavras, os titulares de órgãos ou agentes da atividade administrativa devem atuar de uma forma desinteressada, de molde a assegurar a transparência de todo o processo, não devendo abusar da posição que ocupam para se

¹⁶ Semelhante é o entendimento de JULIO A. RODRIGUEZ DELGADO, “*El Solicitante En Las Influencias Traficadas: ¿todos son culpables?*”, [pp.1-25], p. 4 e 5, disponível para consulta em http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=julio+rodriguez+delgado+todos+s%C3%A3o+culpados%3F&source=web&cd=5&cad=rja&ved=0CEAQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.incipp.org.pe%2Fmodulos%2Fdocumentos%2Fdescargar.php%3Fid%3D16&ei=MwIIUbLaFs23hAe9hYEI&usg=AFQjCNFhF55PtnmlzITZKCzZk1xDdiB_mA&bvm=bv.42661473,d.d2k, “el bien jurídico tutelado por este tipo penal es la Administración Pública, específicamente el prestigio y correcto funcionamiento que los poderes públicos han de rendir a la comunidad.”.

É também este o entendimento de GABRIEL GARCÍAS PLANAS, “*El nuevo delito de tráfico de influencias*”, in Poder Judicial, 2.^a Época, N.º 29, Marzo 1993, Consejo General del Poder Judicial, [pp.21 – 33], p. 28 “el bien jurídico protegido es la Administración Pública y concretamente su imparcialidad y su prestigio; en consecuencia el contenido de injusto será su descrédito.”.

¹⁷ No mesmo sentido aponta ANDRÉS DELGADO GIL, “*Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública*”, in Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LXII, Fascículo Único, Enero-Diciembre 2009, Ministerio de Justicia y Boletim Oficial del Estado [pp.357 – 424], p. 391 “la incriminación de los delitos de tráfico de influencias (...) pretende evitar la interferencia de intereses particulares, no públicos, en la toma de decisiones públicas. Se pretende impedir la utilización de las funciones públicas para lograr intereses privados.” O Autor acrescenta ainda que “[el funcionario] há de actuar respetando la igualdad de todos los ciudadanos, sin que los intereses de unos sean tenidos en cuenta por encima de los de outros.”.

¹⁸ PEDRO CAEIRO, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo III*, Coimbra Editora, 2001, [pp. 275 – 287] p. p. 276 e ss.

sub-rogarem ao Estado e invadirem, dessa forma, a sua esfera efetiva de atuação, manipulando o aparelho estatal e infringindo as exigências de legalidade e independência.

MARGARIDA SILVA PEREIRA¹⁹ afirma mesmo que os Códigos portugueses ao deixarem impune a conduta de quem “perora pela palavra e pela escrita, acusando de venalidade e de corrupção a Administração Pública”, não identificam “como bem jurídico-criminal o prestígio da função administrativa”. Não acompanhamos, contudo, esta afirmação, pois entendemos que no tráfico de influência não está em causa uma acusação de que a Administração é corrupta (em sentido lato), mas ao invés, um comportamento ou atuação de decisores públicos (e, enquanto tal, membros da Administração Pública) através dos quais se revelam corruptos (em sentido lato), por se mostrarem permeáveis a pressões exteriores comprometendo, dessa forma, a imparcialidade exigida à Administração e, bem assim, violando o dever que sobre esta recai de igualdade de tratamento dos seus administrados, sendo nessa medida que se justifica que a imagem e prestígio da Administração sejam objeto de tutela penal autónoma.

Pretende-se, pois, salvaguardar a imagem e o prestígio da Administração, manchados pelo comportamento de alguns dos seus membros, reforçando, dessa forma, a confiança que se ambiciona que nela tenham todos os cidadãos.

Também o entendimento da jurisprudência nacional maioritária, do qual é ilustrativo o texto da decisão do Tribunal da Relação de Coimbra, no Acórdão de 28 de Setembro de 2011²⁰, aponta no sentido de que “o bem jurídico protegido no crime de tráfico de influência é a autonomia intencional do Estado, procurando-se evitar que o agente, contra a entrega ou promessa de uma vantagem, abuse da sua influência junto de um decisor público, de forma a obter dele uma decisão, criando assim o perigo de que a influência abusiva venha a ser exercida e, conseqüentemente, de que o decisor venha a colocar os seus poderes funcionais ao serviço de interesses diversos do interesse público.”.

¹⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Acerca do novo...*”, p.303.

²⁰ No mesmo sentido, Acórdão do tribunal da Relação de Évora de 27 de Abril de 2010, ambos disponíveis em www.dgsi.pt

Na perspectiva dos tribunais portugueses, pretende-se, com a incriminação do tráfico de influência, salvaguardar que os decisores públicos no processo de tomada de decisões não privilegiam aqueles que lhes oferecem certas vantagens, almejando dessa forma garantir uma total independência face aos interesses privados em presença, tal como já foi supra referenciado.

No nosso entender, não é, contudo, a salvaguarda da autonomia intencional do Estado, que está aqui em causa, mas sim o próprio prestígio da Administração, e bem assim a transparência de atuação e “dignidade do Estado, como pressupostos da sua eficácia ou operacionalidade na prossecução legítima dos interesses que lhe estão adstritos”²¹, que merecem aqui uma tutela autónoma.

Nesse sentido aponta também o entendimento de CEZAR ROBERTO BITENCOURT, de acordo com o qual o bem jurídico protegido com a incriminação do tráfico de influência é a Administração Pública «no particular aspeto de prestígio, confiança e respeito perante a coletividade, que é exposta ao descrédito pela ação fraudadora do “trapaceiro”. Gabando-se de gozar de prestígio, vangloriando-se de desfrutar de influência perante a Administração Pública, lesa o bom nome, o conceito e o prestígio que esta deve ter junto à comunidade, difundindo a ideia de que tudo se resolve segundo a importância ou influência de quem desfruta de poder.»²²

A incriminação do tráfico de influência visa assim atingir os comportamentos prévios ao ato de corrupção, antecipando a tutela penal para o ato do negócio sobre o poder de

²¹ ALMEIDA COSTA, “*Sobre o crime de corrupção*”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º especial, 1984 [pp. 55 – 193], p.132.

²² CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “*Uma Revisão Conceitual do Crime de Tráfico de Influência*”, in Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, RUTH MARIA CHITTÓ GAUER (org.), EDIPURCS, 2008, [pp. 181 – 206], p.182 e 183, disponível para consulta em <http://books.google.pt/books?id=ZbPffQmfy3IC&pg=PA184&lpg=PA184&dq=cezar+roberto+bitencourt+rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativo#v=onepage&q=cezar%20roberto%20bitencourt%20rela%C3%A7%C3%A3o%20triangular%20entre%20sujeito%20ativo&f=false>. No mesmo sentido vai a opinião de MAGALHÃES NORONHA, citada por CEZAR ROBERTO BITENCOURT, que defende que “o bem jurídico tutelado é, pois, o bom nome, o prestígio e a confiança de que a administração pública não pode abrir mão.”.

influenciar o decisor, isto é, para o denominado *pactum sceleris*.²³ Só entendendo que com a mera solicitação de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial a troco do exercício de uma influência (ainda que suposta) junto de um decisor público é violado o bem jurídico em causa, é que é possível assegurar uma proteção adequada do mesmo.

Parafraseando ALMEIDA COSTA, Autor cujo entendimento sobre o bem jurídico tutelado é diverso do por nós perfilhado, mas com quem, no que a este aspeto respeita, estamos de acordo, a violação do bem jurídico “ocorre logo que o funcionário emita uma declaração de vontade de que resulte a inequívoca intenção de mercadejar com o cargo”²⁴, ou seja, basta que o agente se mostre disponível para “vender” o exercício da sua atividade, através das suas competências ou atribuições, celebrando para esse efeito um acordo com o comprador da influência, para que seja posta imediatamente em causa a imagem e o prestígio da Administração.

Não é, porém, isenta de controvérsia esta punição da mera solicitação de vantagem ou a sua promessa e, portanto, a disponibilidade das partes para celebrar o mencionado *pactum sceleris*, ao lado da efetiva obtenção ou promessa pelo traficante, sendo a questão amplamente discutida na doutrina.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE considera que não há uma violação dos princípios da necessidade e da mínima intervenção do Direito Penal, previstos nos artigos 1.º e 18.º da Constituição da República Portuguesa respetivamente, encarando antes essa antecipação da tutela penal para o momento da invocação da influência por parte do traficante como um “instrumento fundamental na defesa do próprio Estado de Direito”²⁵, respeitando também assim o princípio da legalidade.

Opinião diversa tem PEDRO CAEIRO. Entende este Autor que a incriminação da mera solicitação de vantagem ou a sua promessa ao lado da efetiva obtenção de

²³ Neste sentido vai também a orientação seguida por MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal – Direito do Risco...*, p.100, “o problema que se nos coloca neste desenho criminoso é um episódio muito anterior a qualquer comportamento de corrupção desencadeada.”

²⁴ ALMEIDA COSTA, in ob. cit., p.146.

²⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Edição, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2010, p.810.

vantagem ou a sua promessa pelo traficante, traduz uma maior aproximação ao crime de corrupção e despreza “as dimensões específicas de perigo contidas no tráfico de influência.”²⁶ Considera assim que punir a título de consumação a simples solicitação de vantagem, ou seja, a mera disponibilidade das partes para celebrar o *pactum sceleris*, implica alargar a punibilidade para além daquilo que é autorizado pelo princípio constitucional da necessidade da lei penal. Assim, na sua opinião, a norma em causa é, em parte, inconstitucional por violar o mencionado princípio.

Entendemos que assiste razão a PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, pois julgamos que só equiparando a simples solicitação de vantagem (ou simples promessa) à sua efetiva obtenção (ou simples promessa) se alcança o efeito útil que o legislador teve em vista aquando da incriminação desta conduta. Assim, quando se visa a proteção de bens jurídicos de elevada importância, como sucede no caso do crime de tráfico de influência, e sempre que seja descrita a conduta típica de uma forma precisa, clara e objetiva, entende-se que não são postos em causa os princípios constitucionalmente consagrados da legalidade, nem da necessidade da lei penal, por se conter dentro dos limites por estes estabelecidos.

De facto, se o bem jurídico que se pretende tutelar com a incriminação em causa é a imagem da própria Administração, então esse mesmo bem jurídico será violado, só por si e desde logo, com a invocação por parte de um agente que tem uma influência sobre um determinado funcionário, mostrando-se assim disponível para celebrar um acordo com o comprador da influência solicitando, para esse efeito, uma vantagem.

Na verdade, a imagem da Administração será já posta em causa com esse comportamento, justificando-se, portanto, a sua incriminação. Isto mesmo nos casos em que a influência é meramente suposta, pois isso é suficiente para criar a desconfiança dos cidadãos em relação à transparência e imparcialidade da Administração Pública, uma vez que o comprador da influência acredita que ela existe, que é real, e que a entidade pública envolvida no tráfico é, portanto, corruptível (em sentido lato).

²⁶ PEDRO CAEIRO, in ob. cit., p.277.

A simples invocação da influência por parte do funcionário (acompanhada da solicitação de vantagem para a exercer) compromete, por si só, a dignidade e o prestígio da Administração, enquanto pressupostos da confiança nela depositada pela coletividade. Se assim não se entendesse, os casos em que o traficante se limita a solicitar uma vantagem para abusar da sua influência sem que o comprador se mostre disponível para a facultar (ou, do prisma oposto, os casos em que o comprador se limita a prometer uma vantagem para que o traficante exerça a sua influência junto da entidade pública sem que ele, contudo, se mostre disponível para o fazer) permaneceriam impunes, pois, visto que não há acordo entre ambos, não consubstanciaríamos a prática de um crime. Ora, isso não é compatível com o bem jurídico que, no nosso entendimento, é aqui objeto de tutela.

É a imagem de uma Administração que não é permeável nem manipulável por interesses privados, que se pretende salvaguardar, pelo que a mera invocação de influência sobre um funcionário é suficiente para configurar uma violação.

Não obstante, e tal como alerta MARGARIDA SILVA PEREIRA, há ainda assim que ter em conta a ideia de “adequação social”, que, nas palavras da Autora, “determina a subtração do tipo de todos os comportamentos que apesar de aparentemente análogos, o não o são por não exprimirem o mesmo grau de perigo de lesão dos bens administrativos”²⁷ que se protegem com a incriminação do crime de tráfico de influência.

Tem assim entendido a doutrina que, atendendo ao tal juízo de adequação social, não configuram ilícitos típicos as ofertas insignificantes ou aquelas que são toleradas ou permitidas pela praxe social. Como exemplos dessas ofertas insignificantes podem indicar-se pequenas lembranças de cortesia, lembranças com intuito publicitário, ofertas em épocas festivas ou prémios ou recompensas por atos meritórios, praticados no exercício de funções públicas.

Entendemos assim que com a incriminação deste tipo legal se pretende tutelar a imagem da Administração Pública, almejando-se que os cidadãos confiem que os

²⁷ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Acerca do novo...*”, p.313.

decisores públicos agem de forma livre, isentos de pressões ou influências de qualquer natureza e, portanto, conforme com os parâmetros constitucionais de transparência e legalidade. Pretende-se assegurar uma atuação imparcial das entidades públicas, garantindo, dessa forma, que os cidadãos são tratados todos de forma igual.

Para assegurar a proteção adequada do bem jurídico em causa é, pois, fundamental garantir que no processo de tomada de decisões não são ponderados interesses privados de alguém que exerceu a sua influência junto do decisor público, pois caso contrário a imparcialidade da Administração encontra-se, desde logo, comprometida.

Resulta assim do acima exposto que, no nosso entender, o bem jurídico que se visa tutelar com a incriminação do crime de tráfico de influência é a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração, dessa forma, acautelando a confiança que se pretende que os cidadãos tenham na Administração e a transparência que deve pautar todo o processo de tomada de decisões.

Não deve, todavia, perder-se de vista, tal como inicialmente referido, que o tráfico de influência representa uma prática que durante muito tempo foi objeto de aceitação social²⁸, mostrando-se, ainda hoje, muitas vezes difícil a delimitação entre as condutas lícitas e as condutas ilícitas e que, enquanto tal, devem ser objeto de sanção criminal, apresentando-se, portanto, a tentativa da sua erradicação, um constante desafio.

Aliada à circunstância de ser uma prática enraizada na sociedade, está ainda a circunstância de a sua incriminação ser recente, bem como o facto de ser uma prática cuja prova se mostra de extrema complexidade e dificuldade. Representa, pois, um desafio para as sociedades atuais, a tarefa de tornar a corrupção (em sentido lato) uma atividade pouco compensatória de forma a assegurar a correta proteção dos bens jurídicos aqui objeto de tutela.

²⁸ Sobre a aceitação social das condutas de tráfico de influência pronuncia-se BELÉM MALAVÉ OSUNA, “*Tráfico de influencias y promesa de donación. Un fraude elevado a contrato en el siglo IV*”, in Sep. de: O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual, ed. especial da Revista da FDUL, Coimbra Editora, 2010, [pp.264 – 279], p. 277, “podemos imaginar la dificultad que entraña erradicar un fraude, se a la raíz del mismo se halla un fenómeno social perfectamente admitido por todos y que en la conciencia social no encuentra una clara e indubitada repulsa.”.

IV. CLASSIFICAÇÃO DO CRIME:

O artigo 335.º do Código Penal, na sua versão mais recente, que lhe foi dada pelo DL n.º 108/2001, de 28 de Novembro, estatui o seguinte:

“1 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, junto de qualquer entidade pública, é punido:

a) Com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão ilícita favorável;

b) Com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal, se o fim for o de obter uma qualquer decisão lícita favorável.

2 - Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial às pessoas referidas no número anterior para os fins previstos na alínea a) é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.”

1. Critério: lesão ou perigo de lesão do bem jurídico

Tendo como critério orientador a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado, os ilícitos criminais podem ser classificados como crimes de dano ou crimes de perigo.

Nos crimes de dano, exige-se uma lesão efetiva do bem jurídico tutelado para que se considere realizado o tipo incriminador.

Pelo contrário, nos crimes de perigo, não se exige a lesão efetiva dos bens jurídicos tutelados pela incriminação, mas apenas a colocação em perigo ou a ameaça de lesão do bem jurídico tutelado pela norma. Trata-se, portanto, de uma simples “potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto.”²⁹

²⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral II Teoria do Crime*, 2.ª Edição Revista e Atualizada, Editorial Verbo, 2005, p.32.

No âmbito dos crimes de perigo é ainda possível distinguir entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Nos primeiros, o perigo faz parte do próprio tipo, ou seja, o legislador tipifica o próprio perigo através da descrição de uma conduta perigosa, pelo que “a realização do tipo exige a verificação, caso a caso, do perigo real”³⁰. Só haverá assim crime quando se prove que o bem jurídico em causa foi efetivamente posto em perigo.

Já nos crimes de perigo abstrato ou presumido, o perigo não é um elemento do tipo, mas sim o motivo da proibição. O legislador contenta-se com a presunção de que aquele comportamento ou aquela atividade, é um comportamento ou atividade suscetível de pôr em perigo ou de ameaçar de lesão vários bens jurídicos, sem ter a preocupação de se lhe referir expressamente. Parte-se assim da presunção de que a conduta descrita é uma conduta perigosa, sendo punida independentemente de ter ou não posto em perigo o bem jurídico em causa.

2. Critério: objeto sobre que recai o crime

Adotando agora como critério o objeto sobre que recai o crime, é possível distinguir entre crimes de mera atividade e crimes de resultado.

Os crimes de mera atividade, também denominados crimes formais, são aqueles em que a mera conduta típica consuma imediatamente o crime, esgotando-se este assim na própria ação ou omissão, punindo-se, portanto, a ação adequada a produzi-lo, bem como a omissão adequada a evitá-lo.

Já os crimes de resultado, ou materiais, são aqueles que, segundo o tipo desenhado na lei, pressupõem a verificação de um certo resultado para se poder dizer que se consumou o crime em causa. Exige-se, portanto, a produção de um evento material, a ofensa de um objeto material.

³⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, in ob. cit., p. 32.

3. Critério: bem jurídico tutelado

Atendendo ainda ao bem jurídico, é possível distinguir entre crimes simples e crimes complexos, consoante se vise a tutela de apenas um ou de mais do que um bem jurídico.

Assim, nos crimes simples está em causa a tutela de apenas um bem jurídico, enquanto nos crimes complexos se pretende alcançar a proteção simultânea de vários bens jurídicos.

4. Critério: agente do crime

Do ponto de vista do agente que pratica o crime, é possível distinguir entre crimes comuns e crimes próprios.

Nos crimes comuns, também denominados pela doutrina crimes gerais, o agente é indeterminado, podendo assim ser qualquer um.

Já nos crimes próprios, é necessário que o agente possua uma determinada característica para o poder praticar.

Tal como refere GERMANO MARQUES DA SILVA³¹, o Código Penal Português utiliza, na tipificação dos crimes, o pronome “quem” quando pretende determinar que qualquer pessoa pode praticar o crime em causa, não necessitando de possuir qualquer característica específica. Ao invés, nos crimes próprios refere, desde logo, a característica específica do agente, como é o caso, por exemplo do crime de peculato, previsto e punido no artigo 375.º do Código Penal, cujo n.º1 estatui: “o funcionário”.

Tendo em conta os vários critérios de classificação supra expostos conclui-se que o crime de tráfico de influência, quer na modalidade de compra, quer na modalidade de venda, é um crime de dano quanto à lesão do bem jurídico tutelado, um crime de mera

³¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, in ob. cit., p. 30.

atividade quanto ao objeto sobre que recai a sua ação, um crime complexo, relativamente aos bens jurídicos que tutela, e, por fim, um crime comum no que toca ao seu agente.

Tal como já foi mencionado, o bem jurídico tutelado com a incriminação em causa é, de acordo com o entendimento perfilhado, a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração, sendo portanto suficiente a promessa de uma vantagem patrimonial ou não patrimonial, não sendo necessário o seu efetivo recebimento, para que o bem jurídico tutelado seja afetado. Basta que o vendedor da influência a invoque e se mostre disponível para, à custa dela, mercadejar com o cargo e celebrar um acordo com o comprador, para que a mencionada imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração sejam automaticamente lesados. Através desses comportamentos verifica-se uma efetiva lesão do prestígio do poder público e uma inequívoca quebra da confiança dos particulares na Administração.

No seguimento do que acaba de ser dito, sustentando que o bem jurídico objeto de tutela é a imagem e o prestígio da Administração Pública, entendemos que com a conduta tipificada o agente lesa de forma imediata esse mesmo bem jurídico, não configurando, portanto, a sua atuação um perigo abstrato de lesão, isto é, uma potencialidade de lesão do bem jurídico em causa.

Novamente ao contrário da doutrina maioritária, não se classifica o crime em causa como um crime de perigo abstrato, pois não perfilhamos o entendimento de acordo com o qual estamos perante um comportamento que gera um perigo de realização de um evento futuro, evento esse suscetível de violar o bem jurídico tutelado, não entendemos pois que se trata de uma potencialidade de lesão realizável ou não em concreto. Entendemos sim, tal como já referido, que com a sua atuação o agente lesa efetiva e imediatamente o bem jurídico protegido, pelo que se está perante um crime de dano.

Consideramos também que o crime em causa é um crime de mera atividade ou formal, visto que a simples adoção da conduta tipificada é suficiente para que o crime se considere consumado, ainda que deva ser tida em conta a teoria da adequação ou da causalidade adequada, no sentido de que não é a promessa de uma qualquer vantagem

patrimonial ou não patrimonial que é suficiente para que o crime se considere consumado. Essa vantagem tem assim que ser, de acordo com a experiência comum, suficiente para despoletar a atuação pretendida, isto é, o abuso da influência.

Tendo em conta o critério dos bens jurídicos tutelados, o crime de tráfico de influência é um crime complexo ou pluriofensivo porque, tal como já foi demonstrado, com a sua incriminação pretende-se tutelar a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração, refletidos na transparência, objetividade e legalidade que devem pautar a atuação da Administração em todas as suas vertentes.

Fazendo referência ao último critério enunciado, entendemos que o crime objecto de análise é um crime comum, podendo ser qualquer cidadão a praticá-lo, não estando, portanto, dependente de nenhuma característica específica exigida para a prática de outros ilícitos criminais, como é o caso por exemplo, da qualidade de funcionário ou de advogado.

V. O TIPO OBJECTIVO DO ILÍCITO:

1. A inserção sistemática do preceito

Observação prévia à discussão de qualquer aspeto relacionado com o tipo objetivo do ilícito em causa respeita à inserção sistemática do artigo 335.º no Código Penal.

O artigo integra-se no *Título V* do código referente aos crimes contra o Estado, o que se compreende visto tratar-se de um crime cujo bem jurídico objeto de tutela é a imagem e o prestígio da própria Administração Pública. Pretende-se, através da presente incriminação, assegurar a imparcialidade e transparência dos processos de tomada de decisão pela Administração, garantindo, dessa forma, o correto funcionamento das instituições estatais e, bem assim, a plena realização do Estado de direito.

Apesar da grande diferença que se verifica entre o crime de tráfico de influência que ora nos ocupa e os restantes crimes inseridos *Secção II* do *Capítulo I* do mencionado

Título V, como por exemplo, o crime de incitamento à guerra civil ou à alteração violenta do Estado de Direito (art. 326.º), o crime de incitamento à desobediência coletiva (art. 330.º) ou crime de ultraje de símbolos nacionais e regionais (art. 332.º), compreende-se a sua inserção nesta secção relativa aos crimes contra a realização do Estado de Direito

Ainda que totalmente distintos entre si, visto que os crimes supra mencionados a título exemplificativo são crimes de violência ou perigo de agressão material, o que nada tem a ver com a incriminação do artigo 335.º, todos atentam contra a realização do Estado de Direito nos moldes em que este se encontra previsto na Constituição da República Portuguesa. Assim, a todos eles está subjacente a ideia de tutela da imagem e prestígio da Administração enquanto bem jurídico digno de tutela autónoma.

Não obstante em termos materiais e em termos de conduta do agente o crime de tráfico de influência se assemelhar mais aos crimes inseridos na *Secção I do Capítulo IV* do Código Penal, não seria sistematicamente coerente incluí-los na mesma secção, pois o crime de tráfico de influência lesa o Estado democrático, violando os princípios de igualdade e imparcialidade subjacentes ao exercício de funções daqueles que o representam. O tráfico de influência destina-se pois a salvaguardar a imagem da própria Administração, a garantir a transparência e imparcialidade e a fomentar confiança dos cidadãos na Administração Pública.

O critério seguido pelo legislador foi, assim, o do bem jurídico protegido e não a semelhança com a conduta típica do agente do crime.

De facto, diversamente do que acontece com o crime de tráfico de influência, o crime de corrupção, por ser um crime próprio, protege a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário, violando este, com a prática do crime, um dever de fidelidade ao cargo, pelo que não faria sentido que se inserissem ambos no mesmo capítulo.³²

³²No mesmo sentido aponta MOURAZ LOPES, in ob. cit., p.62, “integrado na secção dos crimes contra a realização do estado de Direito – e não, como a corrupção, no âmbito dos crimes cometidos no exercício das funções públicas, porventura tão-só porque o sujeito ativo do tráfico de influência se não reduz ao funcionário (...)”.

2. O agente do crime

Tal como supra referido, o agente do crime de tráfico de influência é um *extraneus*, visto que não tem de revestir nenhuma qualidade especial para o poder praticar, ou seja, não se inclui naqueles que só os funcionários podem cometer. Ainda assim, não se exclui a possibilidade de um *intraneus*, no exercício da sua atividade profissional, praticar um ato que corresponda à descrição típica do artigo 335.º.³³

Desta forma, aquele que *solicita ou aceita* vantagem para abusar da sua influência e *aquele que dá ou promete vantagem*, não têm de possuir qualquer uma qualidade especial para o poderem fazer.

Nos termos no n.º 1 do artigo 335.º, é punido o traficante da influência, isto é, aquele que por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicita ou aceita, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial ou a sua promessa, para abusar da sua influência, quer o faça com o intuito de obter uma qualquer decisão ilícita favorável, quer uma decisão lícita favorável.

A pena prevista neste n.º 1 varia assim consoante se trate de tráfico de influência próprio (influência para decisão ilícita favorável) ou de tráfico de influência impróprio (influência para decisão lícita favorável), sendo a penalidade concreta aplicável mais elevada no primeiro caso do que no segundo.

Já de acordo com o disposto no n.º 2 do mesmo preceito legal, é punido o comprador da influência, ou seja, aquele que por si ou por interposta pessoa, com o seu conhecimento ou ratificação, dá ou promete vantagem patrimonial ou não patrimonial às pessoas referidas no n.º 1, mas apenas quando o faça com o intuito de obter uma qualquer decisão ilícita favorável.

³³ O funcionário que trafica uma influência pratica, em concurso, um crime de abuso de poder e um crime de tráfico de influência, sendo o primeiro consumido pelo segundo. No mesmo sentido vai a opinião de MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal – Direito do Risco...*, p.160.

A dádiva implica uma transferência e, portanto, a aceitação da vantagem ou promessa de vantagem pelo agente, tal como sugere a própria letra da lei quando utiliza a expressão “der”, que supõe a produção de um resultado típico: a transferência da vantagem “dada” para quem a aceitou, justificando-se assim a punição do comprador da influência.³⁴

Ainda quanto ao n.º 2, cumpre assinalar a novidade que representa esta punição do comprador de influência, o que não se verificava na versão anterior da lei. A filosofia da lei portuguesa no que a este tipo de crimes respeita não vai, pois, no sentido de atender a quem toma a iniciativa da proposta.

Ainda assim, a solução legislativa ficou desequilibrada, pois, tal como já referimos, apenas é punido quem der ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com a intenção de obter uma decisão ilícita favorável, não sendo, portanto, punido o comprador de influência que pretenda obter uma decisão lícita favorável.

Temos assim que o traficante de influência é sempre punido, quer esteja em causa a venda de uma influência para obtenção de uma decisão lícita, quer esteja em causa a venda de uma influência para obtenção de uma decisão ilícita, ao contrário do que se passa com o comprador de influência, que apenas será punido no caso de comprar uma influência com o intuito de obter uma decisão ilícita.

Não conseguimos compreender o motivo desta distinção, uma vez que, tendo em conta o bem jurídico tutelado pela norma em apreço, este será posto em causa mesmo que a decisão que o comprador de influência pretenda obter seja lícita. De facto, a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração são postos em causa mesmo quando o comprador dá ou promete uma vantagem patrimonial ou não patrimonial em troca do exercício de uma vantagem para obtenção de uma decisão lícita. Não é a licitude ou ilicitude da decisão que se pretende obter que é objecto de reprovação, mas sim a atitude quer do traficante da influência, quer do comprador, que ao celebrarem

³⁴ Tal como referem VÍCTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, *Código Penal Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar*, Quid Juris, 2008, p.824, “só se vende porquanto alguém compra”, não se revelando assim despicienda a punição do comprador da influência.

um acordo mancham o prestígio da Administração, pondo dessa forma em causa a sua imagem.³⁵

Objeto de punição no âmbito da norma em causa é assim o comportamento quer do traficante/vendedor da influência, quer do beneficiário/comprador dessa influência, que pretende beneficiar-se através da influência que o traficante diz ter junto de uma entidade pública. É, pois, irrelevante que o comprador compre a influência em causa com o intuito de obter dessa mesma entidade pública uma decisão lícita, porque o que aqui se pune é o comportamento adotado, que transmite a imagem de uma Administração permeável a pressões exteriores o que compromete o seu prestígio e imparcialidade, quer se pretenda obter uma decisão lícita ou, ao invés, uma decisão ilícita por parte da Administração.

3. O conceito de “entidade pública”

O acordo celebrado entre o traficante e o comprador da influência tem por escopo uma *entidade pública* junto da qual será exercida a influência traficada.

Por entidade pública deve entender-se qualquer pessoa física ou coletiva que exerça funções estaduais, sejam elas políticas, administrativas, governamentais, empresariais ou jurisdicionais, incluindo igualmente as funções atribuídas por concessão.³⁶

As entidades públicas são assim as entidades servidas pelos agentes enumerados no artigo 386.º do Código Penal, devendo ainda acrescentar-se a essas os órgãos políticos

³⁵ O Relatório do GRECO (*Groupe D'Etats Contre La Corrupton*, do qual Portugal é membro desde 2002) de 3 de Dezembro de 2010, referente à terceira avaliação sobre Portugal relativa à Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa, cujo artigo 12.º incrimina o tráfico de influência, recomenda a Portugal a criminalização do tráfico de influência ativo (de quem dá ou promete a vantagem, isto é, a punição do comprador da influência) para obtenção de decisão lícita favorável. O GRECO, no âmbito do mesmo relatório, formulou ainda outras recomendações dirigidas a Portugal, nomeadamente, a criminalização tanto do tráfico de influência ativo como passivo em relação a funcionários estrangeiros e internacionais, de acordo com o estabelecido no artigo 12.º da mencionada Convenção; o aumento das penas aplicáveis ao crime de tráfico de influência (que são inferiores às previstas para o crime de corrupção) de forma a garantir que se tornam efetivas e dissuasoras; e a equiparação do prazo de prescrição previsto para o crime de tráfico de influência ao previsto para o crime de corrupção. O relatório encontra-se disponível para consulta em [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2010\)6_Portugal_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2010)6_Portugal_One_EN.pdf).

³⁶ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, in ob. cit., p.810

e a magistratura. Este conceito é, pois, mais difuso e abrangente do que o de funcionário descrito no referido artigo do Código Penal, bastando, para que o tipo se preencha, que o traficante celebre o acordo ou simples solicitação de vantagem, sem necessidade de se identificar uma pessoa humana concreta passível de ser influenciada pelo traficante ao nível da entidade decisora.

Este é o conceito de entidade pública que tanto PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE³⁷, como PEDRO CAEIRO³⁸ entendem estar aqui em causa. Já MARGARIDA SILVA PEREIRA defende que é de excluir deste conceito a magistratura, “uma vez que a exemplificação do tipo não se afeiçoa às decisões judiciais”.³⁹ Concordamos com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e com PEDRO CAEIRO, pois tal como estes Autores entendemos que não há motivo para excluir deste conceito a magistratura.

Deve ainda ser feita referência ao facto de a Reforma Penal de 2007, operada através da Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, ter aditado ao mencionado artigo 386.º do Código Penal um n.º 3 tendo incluído, dessa forma, no conceito de funcionário entidades não portuguesas. Este conceito mais alargado de funcionário amplia, ainda que indiretamente, o âmbito do crime de tráfico de influência, que deixa de estar cingido a entidades públicas nacionais e pode produzir efeitos jurídicos com grande impacto.⁴⁰

Bastará assim que o agente ocupe uma posição de primazia em relação ao decisor e que, ao utilizar a sua influência sobre a entidade pública (nacional ou estrangeira), esta viole os deveres do cargo que exerce, agindo dessa forma fora do âmbito dos interesses públicos.

Exercer influência abusiva sobre uma entidade pública significará, portanto, adotar uma atitude de ascendente, reveladora de poder sobre essa entidade. Nas palavras de

³⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, in ob. cit., p.810

³⁸ PEDRO CAEIRO, in ob. cit., p.282.

³⁹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Acerca do novo...*”, p.328.

⁴⁰ No mesmo sentido aponta o entendimento perfilhado por MARGARIDA SILVA PEREIRA, *Direito Penal – Direito do Risco...*, p. 85 a 88

MARGARIDA SILVA PEREIRA “o traficante estará em condições de exercer um influxo que desperte a venalidade ou o medo do funcionário”.⁴¹

4. A consumação do crime

No seguimento do já mencionado⁴², entende-se que, do lado do traficante da influência, o crime se consuma assim que se verifique uma *solicitação ou aceitação*, enquanto que do lado do comprador da influência, apenas se exige, para que o crime se consuma, a existência de uma *vantagem dada ou prometida*.

É, pois, através do acordo celebrado entre traficante e comprador que se dá a consumação do crime, sendo assim, irrelevante o facto de a influência vir a ser efetivamente exercida, pois, tal como já foi mencionado, o bem jurídico tutelado é automaticamente violado com a simples solicitação ou aceitação da vantagem pelo traficante, ou a sua dádiva ou promessa pelo comprador, uma vez que isso é suficiente para motivar o descrédito e desprestígio em relação à Administração. Entende-se, pois, que para que o crime seja cometido é irrelevante que a entidade pública emita ou não a decisão favorável pretendida, visto que aquilo que se pune é o tráfico da influência, e não a efetiva influência.⁴³

A orientação da jurisprudência portuguesa vai também no sentido de exigir, para a consumação do crime, a celebração de um acordo entre traficante e comprador da influência. Isso mesmo refere o texto do já mencionado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28 de Setembro de 2011⁴⁴, de acordo com o qual dá-se “a consumação do crime pelo acordo entre o traficante e o comprador, não sendo elemento indispensável à sua verificação o exercício efetivo da influência.”

Nestes termos, para que o crime seja consumado, e conseqüentemente possa ser punido, bastará apenas que um dos agentes pratique os atos ilícitos típicos estatuídos

⁴¹ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Acerca do novo...*”, p.328.

⁴² Ver supra, p. 14 e 15.

⁴³ De facto, a acção tipificada não se traduz na obtenção da decisão favorável pretendida, mas sim na possibilidade de abordar o decisor público e agir de forma a guiar ou orientar o processo de tomada de decisão pública.

⁴⁴ Ver supra, p.12.

na previsão legal, mesmo que se trate só de uma promessa e mesmo que a influência não venha, na realidade, a ser exercida.⁴⁵

Tal como já foi mencionado⁴⁶, basta que o funcionário se mostre disponível para “vender” o exercício da sua atividade, através das suas competências ou atribuições, isto é, basta que esteja disponível para mercadejar com o seu cargo, para que o crime se consuma.

Esse é também o entendimento do legislador, de acordo com o qual é suficiente para a consumação do crime ora em análise, por um lado, a mera *solicitação ou aceitação* ou, por outro, a existência de uma *vantagem dada ou prometida*, que está na base do acordo firmado entre traficante e comprador da influência.

Sendo efetivamente celebrado o acordo entre o traficante da influência e o seu comprador é, tal como refere PEDRO CAEIRO, «imprescindível, portanto, que o acordo preceda os atos constitutivos do dito abuso, pelo que a “gratificação” outorgada depois daquele momento, sem acordo prévio, não é abrangida pelo tipo.»⁴⁷ A dívida de vantagem posterior não é assim objeto de criminalização, sendo indispensável para a punição a existência de uma negociação prévia entre traficante e comprador da influência.

5. Os requisitos da vantagem solicitada ou aceite

Do que vem a ser dito resulta que, para que o crime se consuma, é necessário que exista, para o agente ou para terceiro, uma vantagem solicitada, isto é, pedida, ou aceite, resultante de uma proposta feita por terceiro.

⁴⁵ Esta é também a opinião perfilhada por CEZAR POBERTO BITENCOURT in ob. cit., p.205, “consuma-se (...) com a mera solicitação, exigência ou cobrança da vantagem ou promessa desta (...) independentemente de outro resultado. (...) Para a consumação do tráfico de influência, convém destacar, é absolutamente desnecessário que a influência seja efetivamente exercida.”

⁴⁶ Ver supra, p.14.

⁴⁷ PEDRO CAEIRO, in ob. cit., p.282

Essa vantagem pode ser destinada ao próprio traficante da influência ou a um terceiro e, desde que seja concreta e determinada, ou, por outras palavras, pré-determinada, pode ser uma promessa futura, podendo ainda ser patrimonial ou não patrimonial.

Tal como esclarece CEZAR ROBERTO BITENCOURT, a vantagem “pode ser de qualquer natureza (material, moral ou, inclusive, sexual), ainda que não patrimonial, bem como para o próprio sujeito ativo ou para terceira pessoa (outrem).”⁴⁸

Seguindo o entendimento de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁴⁹ a propósito do crime de corrupção passiva para ato ilícito, a vantagem pretendida tem que ser indevida, isto é, não deve corresponder “a uma prestação devida ao funcionário nos termos da lei”, apenas existindo porque o traficante está a tirar partido da sua influência. É, pois, fundamental a correlação direta entre a influência e a vantagem solicitada ou aceite, devendo a vantagem corresponder a um sinalagma, a uma contra-prestação por uma conduta concreta do funcionário, não tendo, todavia, que ser necessariamente proporcional.⁵⁰

Tal como já foi mencionado⁵¹, é ainda necessário que a vantagem solicitada ou aceite seja relevante do ponto de vista da tutela penal, não devendo enquadrar-se no “socialmente adequado”, isto é, não deve enquadrar-se nas condutas que, em abstrato se podem considerar como infrações, mas que são comumente suportadas como toleráveis, porque não põem em causa o bem jurídico tutelado com a incriminação.

Será assim necessário perceber se a conduta em causa é ou não aceite pela sociedade, se se enquadra ou não nos costumes da comunidade, para, depois, determinar se deve ou não ser objeto de censura penal. Tem entendido a doutrina que, atendendo ao tal juízo de adequação social, não configuram ilícitos típicos as ofertas insignificantes ou aquelas que são toleradas ou permitidas pela praxe social.

No que toca à determinação do *quantum* que deve corresponder à vantagem oferecida ou solicitada, esclarece ALMEIDA COSTA que esta deve fazer-se de acordo

⁴⁸ CEZAR ROBERTO BITENCOURT, in ob. cit., p.187.

⁴⁹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, in ob. cit., p.986

⁵⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, in ob. cit., p.986

⁵¹ Ver supra, p.12.

com o “sentido”, “modelo” ou “imagem” que a ofensa ao bem jurídico tutelado assume no contexto ético-social em causa.⁵²

Imperativo se torna proceder então a uma análise casuística, pois só tendo em conta as circunstâncias concretas de cada caso será possível perceber se a vantagem tem ou não relevância penal.

6. A influência

A influência significa um poder, ascendência, preponderância, autoridade ou superioridade que alguém possui sobre outrem, consistindo o abuso da influência no acto de exercer esse poder, ascendência ou autoridade com o intuito de obter uma decisão que não seria obtida sem esse exercício, isto é, de uma forma livre e sem pressões, sem interferência da tal superioridade.

Nas palavras de MOURAZ LOPES, “influenciar alguém será atuar sobre ela, induzindo-a ou determinando-a à prática de determinados atos. Abusar dessa influência será prevalecer-se desse facto – relação pessoal familiar, profissional ou outra – para obtenção de uma vantagem que, de outro modo, não seria possível obter.”⁵³

Tal como esclarece MARGARIDA SILVA PEREIRA⁵⁴, em termos penais, influenciar não é, portanto, o mesmo que coagir ou ameaçar, visto que não existe uma luta de vontades opostas, mas antes uma “adesão por constrangimento” do decisor ao traficante da influência.

Amplamente discutida é a questão de saber qual a natureza dessa influência, ou seja, discute-se se a influência que o traficante detém junto da entidade pública pode resultar das suas relações pessoais, ou se, pelo contrário, apenas pode derivar de uma relação profissional estabelecida com o decisor.

⁵² ALMEIDA COSTA, in ob. cit., p. 171.

⁵³ MOURAZ LOPES, in ob. cit., p.64

⁵⁴ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Acerca do novo...*”, pp.294 e 295.

No entendimento de MARGARIDA SILVA PEREIRA⁵⁵, não é suficiente para que exista um abuso de influência penalmente relevante que se verifique uma qualquer relação objetivamente desigual entre o decisor e o traficante da influência, como ocorre nos casos em que haja, por exemplo, diferença de idades ou parentesco. Nesse sentido vai também a posição defendida por PEDRO CAEIRO, de acordo com o qual o constrangimento ou pressão exercida sobre o decisor devem ter um nexo com a sua situação profissional do decisor.⁵⁶

Diferente é a opinião sufragada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. Nas palavras do Autor, a influência “pode resultar de qualquer tipo de ascendente do traficante de influência sobre o decisor, seja de natureza familiar, profissional, creditícia, religiosa, afetiva ou outra natureza”.⁵⁷ No mesmo sentido aponta a tese defendida por MIRIAM CUGAT MAURI⁵⁸, de acordo com a qual a influência a exercer poderá ter origem na relação profissional existente entre o traficante e o decisor, bem como em qualquer outra relação existente entre ambos, uma vez que aquilo que se pune é a pressão exercida sobre a Administração para que actue em determinado sentido em resultado da influência sobre si exercida.⁵⁹

Tal como PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE e MIRIAM CUGAT, entendemos que a influência exercida pode ser de natureza profissional, bem como de natureza familiar, creditícia, afetiva ou qualquer outra. De facto, existe uma verdadeira influência exercida sobre o decisor público por alguém que tem com ele uma relação de parentesco, de afinidade, isto é, uma relação pessoal, que não resulta de ligações profissionais. Neste caso, a imagem da de imparcialidade da Administração é igualmente afetada e é isso que se pretende punir com o crime em causa.

⁵⁵ MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Acerca do novo...*”, p.297, “O amigo, o pai, o credor, poderão constranger, sim, mas não poderão enquanto tais, por causa dessa relação, instilar venalidade (...)”.

⁵⁶ PEDRO CAEIRO, in ob. cit., p.281.

⁵⁷ PEDRO PINTO DE ALBUQUERQUE, in ob. cit., p.810.

⁵⁸ MIRIAM CUGAT MAURI, “*El tráfico de influencias en cuatro sentencias*”, p.80, nota 24, disponível para consulta em http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CFAQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D174690&ei=EXImT-rqEIrL8QP80InpBw&usq=AFQjCNEO6njCi57d492HwU9xHGvKjW0cCg&sig2=IXzu0re1EYRrODfLw h7-YQ

⁵⁹ Semelhante entendimento é partilhado por MOURAZ LOPES, tal como resulta da citação feita da sua obra na página anterior.

Não se compreende, porém, o porquê de não se considerarem incluídos na “lista” dos traficantes da influência os amigos, familiares e aqueles com quem o decisor público tenha uma relação não estritamente profissional, pois estes têm, tal como aqueles com quem mantém apenas uma relação profissional, igual, ou até maior, capacidade de o influenciarem na tomada de decisões, fazendo-o dessa forma ceder à pressão exercida. Acresce que não se vislumbra na letra da lei uma intenção de restringir este aspecto da punição aos casos de relacionamento profissional entre o traficante da influência e o decisor público.

A relevância penal da decisão tomada com base numa influência exercida por um familiar do decisor público ou com base na influência exercida por alguém que com ele mantém uma relação profissional é a mesma, pelo que não se justifica que as condutas influenciadoras que resultam de relações pessoais permaneçam impunes, até porque tal como já foi mencionado, o bem jurídico tutelado é posto em causa em ambos os casos.

Pretende-se salvaguardar a imagem de uma Administração imparcial, que não cede a pressões, o que não acontece se o decisor público acede a uma influência sobre si exercida, independentemente da natureza ou origem dessa influência, causando dessa forma o descrédito dos cidadãos no exercício das funções públicas, comprometendo necessariamente o prestígio da Administração.

7. A questão da influência suposta

Ponto central da presente dissertação prende-se com o problema do tráfico de influência suposta. A influência traficada é meramente suposta quando o traficante, aquando da solicitação da vantagem junto do comprador da influência, invoca uma influência inexistente sobre uma entidade pública, ou seja, o traficante simula ou finge que tem influência sobre uma entidade pública quando na realidade não a tem, acreditando, contudo, o comprador que essa influência é real.

A influência suposta trata-se assim de uma influência inexistente, construída pelo traficante através de enganos e artifícios destinados a convencer o comprador de um estado de coisas que não é real, que não existe.

Na versão inicial do crime de tráfico de influência inserida no Código Penal não estava prevista a influência suposta⁶⁰, tendo esta sido incluída posteriormente, com a revisão operada ao Código em 1998.⁶¹

A inserção, no texto do preceito em análise, da punição do tráfico de influência meramente suposta não foi isenta de discussão, sendo a questão ainda hoje debatida. No fundo, discute-se até que ponto se justifica a punição do tráfico de uma influência que não existe, isto é, questiona-se qual a justificação da punição do acordo celebrado entre o traficante de influência e o seu comprador para o primeiro exercer uma influência inexistente junto de uma entidade pública.

Vários são os Autores que se pronunciam contra a punição do tráfico de influência meramente suposta. MARGARIA SILVA PEREIRA apelida a influência suposta de “simulações de influência” e entende que estas “não têm consistência lesiva com dignidade penal, pois não significam recurso a formas institucionalizadas de uso constringedor do poder, e muito menos têm idoneidade para desencadear uma decisão iníqua da Administração.”⁶²

Também PEDRO CAEIRO defende que “é necessário que o agente realmente detenha influência sobre o decisor no momento em que celebra o acordo”, mesmo que a perca posteriormente, antes de a poder exercer, pois não basta que alardeie essa

⁶⁰ O artigo 335.º do Código Penal, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-lei n.º48/95, de 15 de Março, estabelecia: “Quem obtiver, sem que lhe seja devida, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou a sua promessa, para, abusando da sua influência, conseguir de entidade pública decisão ilegal sobre encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções ou outros benefícios é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.”

⁶¹ Após a alteração operada pela Lei n.º67/98, de 2 de Setembro, o artigo 335.º do Código Penal passou a estatuir que: “Quem, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para abusar da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de entidade pública encomendas, adjudicações, contratos, empregos, subsídios, subvenções, benefícios ou outras decisões ilegais favoráveis, é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”

⁶² MARGARIDA SILVA PEREIRA, “*Acerca do novo...*”, p.323.

influência. Nesse caso cometerá, na opinião do Autor, uma tentativa impossível de tráfico de influência.⁶³

No entender de quem defende que influência traficada deve ser real, isto é, que deve de facto existir no momento da celebração do acordo com o comprador, a incriminação do tráfico de influência suposta é inconstitucional pois entendem, tal como resulta da opinião dos dois Autores supra mencionados, que não há (na influência suposta) qualquer perigo penalmente relevante para a Administração, e, portanto, a sua punição viola o princípio constitucionalmente consagrado da necessidade da lei penal, estatuído no artigo 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa.

Afigura-se assim fundamental para determinar se se justifica ou não a incriminação do tráfico de influência suposta, recordar o que se pretende salvaguardar com a incriminação da conduta em análise, pois só tendo esse aspeto presente se poderá concluir pela inconstitucionalidade ou não da punição do tráfico de influência meramente suposta.

Outro aspeto a considerar na análise deste tópico é o de saber se não será de exigir pelo menos uma aparência para poder justificar o logro, isto é, importa determinar se será suficiente pra justificar a punição do tráfico de influência meramente suposta a influência suposta *per si*, desacompanha de qualquer aparência que leve o comprador a acreditar que a influência é real, ou, pelo contrário, será exigível a existência de uma conjuntura que justifique que o comprador tenha acreditado que a influência que o traficante diz gozar junto da entidade pública a influenciar é real, apesar de na realidade ser inexistente.

Subjacente a ambas as questões formuladas está ainda a da natureza da influência objeto do tráfico, que apesar de já ter sido analisada supra não deve ser olvidada também neste contexto.

⁶³ PEDRO CAEIRO, in ob. cit., p.281

Debruçando-nos então primeiro sobre a problemática do objeto que se pretende tutelar com a incriminação ora objeto de análise, comece-se por dizer, tal como já anteriormente defendido, que entendemos que o bem jurídico tutelado pela presente incriminação é primordialmente a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração e, reflexamente, a transparência subjacente ao processo de tomada de decisões pela Administração.

Nestes termos, pouco releva se a influência traficada é meramente suposta, pois a imagem da Administração, a sua imparcialidade e prestígio perante a coletividade serão, desde logo, comprometidos com a mera invocação pelo traficante de que detém uma influência junto de uma entidade pública, seja ela real ou suposta. No seguimento do supra mencionado, o bem jurídico objeto de tutela será imediatamente violado com a invocação por parte do agente que tem uma influência (ainda que apenas suposta) sobre um determinado decisor público, mostrando-se assim disponível para celebrar um acordo com o comprador da influência solicitando para tal uma vantagem. Mesmo que essa influência não exista e, como tal, não possa ser exercida, a imagem transmitida é a de uma Administração corruptível e que cede a pressões e isso é, por si só, suficiente para que a credibilidade desta seja afetada e que o bem jurídico seja violado.

O prestígio da Administração Pública, a imagem que os serviços da Administração projetam para os cidadãos e a confiança que estes neles depositam serão desde logo comprometidos com a invocação de uma influência detida junto de uma entidade pública, mesmo que esta influência não exista, ou seja, mesmo que seja meramente suposta.

No mesmo sentido aponta MIRIAM CUGAT MAURI no âmbito da obra já citada, ao referir que para aqueles que entendem que o bem jurídico tutelado pelo crime de tráfico de influência é o prestígio da Administração Pública, é suficiente para a sua violação a invocação de uma influência meramente suposta, pois mesmo nesse caso será transmitida a imagem de que os funcionários públicos (e, portanto, a própria Administração) são corruptíveis.⁶⁴

⁶⁴ MIRIAM CUGAT MAURI, in ob. cit., p.82

Resulta assim claro que a orientação quanto à admissibilidade ou não da punição do tráfico de influência meramente suposta está intimamente relacionada com o entendimento perfilhado quanto ao bem jurídico tutelado com a incriminação.

Tal como já referido, a opinião da doutrina portuguesa maioritária aponta no sentido de que o bem jurídico tutelado através da incriminação da conduta ora em análise é a autonomia intencional do Estado e, como tal, entende que a influência suposta não tem dignidade penal para lesar esse bem jurídico. Ilustrativas desse entendimento são as opiniões de MARGARIDA SILVA PEREIRA e de PEDRO CAEIRO, referidas logo no início deste ponto 7.

Para estes Autores, a defesa do prestígio e imparcialidade da Administração não são objeto de tutela penal autónoma, estando antes aqui em causa o perigo de que interesses particulares determinem uma decisão de interesse público, isto é, o fundamento incriminatório deste tipo legal “reside no desvalor de um pacto ilícito criador de perigo para o funcionamento isento da Administração”, e, portanto, a invocação de uma influência meramente suposta não criará esse perigo sendo, ao invés, irrelevante, pois uma vez que a influência na realidade não existe, nunca será idónea a desencadear uma decisão da Administração nela baseada.

Mesmo entendendo que é a defesa da imagem de prestígio e de imparcialidade da Administração que está aqui em causa, impõe-se, todavia, determinar se não será, ainda assim, exigível uma aparência que justifique que o comprador acredite que a influência invocada é real. No fundo trata-se de perceber se é suficiente a simples invocação de uma influência, desacompanhada de qualquer aparência que a faça parecer real, ou se, pelo contrário, é necessário que exista uma conjuntura que atribua credibilidade ao traficante e à influência que ele invoca ter junto da entidade pública em questão.

No seguimento do supra defendido, abusar de uma influência consiste em prevalecer-se de um determinado facto para obter uma vantagem que, de outro modo, não seria possível obter, ou seja, pressupõe uma situação de superioridade de quem exerce a

influência sobre quem essa influência é exercida. É, pois, tendo este aspeto em conta que deve ser ponderada a questão ora em apreço.

Apesar de a letra da lei se referir apenas a uma influência suposta parece ser, pelo menos, de exigir uma aparência que justifique o logro e que legitime, portanto, a punição do tráfico de uma influência que não existe, pois só nesse caso fará sentido uma tal punição, visto que só assim será violado o bem jurídico tutelado com a incriminação.

Não é assim suficiente que o traficante se limite a invocar que pode influenciar quem decide em nome do Estado, exigindo-se ainda, para que seja punível o tráfico de influência suposta, que aliada a essa invocação exista uma aparência que atribua credibilidade à suposta influência. De facto, não seria admissível punir quem se limita simplesmente a invocar uma influência junto de um decisor público, sem que existissem quaisquer outras circunstâncias que conferissem credibilidade a essa invocação.

A influência suposta desacompanha de qualquer aparência de “realidade” não é punível porque não “belisca” a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração. É o facto de o traficante ser um credível concretizador do acordo celebrado com o comprador da influência que justifica a punição do tráfico de influência suposta.

Para que se puna o tráfico de influência meramente suposta é, pois, necessário que o traficante aparente efetivamente gozar de uma influência junto de uma entidade pública em causa, pois se assim não fosse estar-se-ia a elevar a punição a um extremo inaceitável, não compatível com o carácter subsidiário do Direito Penal.

A influência que o traficante goza junto do decisor público pode provir de qualquer tipo de relação que mantenha com este. Tal como já supra defendido, entendemos que influência exercida pode ser de natureza profissional, bem como de natureza familiar, creditícia, afetiva ou qualquer outra, não se restringindo, portanto, a uma relação profissional existente entre o traficante e o decisor público.

Questão que igualmente se coloca aquando da reflexão sobre a punição do tráfico de influência suposta é a estreita relação com o domínio do crime de burla. O agente do crime, no caso de influência suposta, induz a contraparte em erro sobre o seu poder junto de uma entidade pública para receber uma contrapartida, questionando-se se não se estará já aqui no âmbito do crime de burla.

No crime de burla, o bem jurídico tutelado é o interesse patrimonial do burlado, porque se defende a boa fé na formação e execução do contrato, não sendo admissível que o burlão consiga, para si ou para terceiro, um enriquecimento ilegítimo porque obtido à custa do engano de outrem, a quem causa um prejuízo patrimonial.

No crime de tráfico de influência, quando a influência traficada é meramente suposta, o traficante obtém uma vantagem patrimonial à custa da convicção que criou no comprador de que detém efetivamente uma influência junto de um decisor público, quando na realidade não a tem, resultando assim prejudicado o comprador.

Apesar da semelhança entre a conduta do burlão no crime de burla e a conduta do traficante de influência suposta no crime de tráfico de influência, um aspeto existe que os distingue de forma drástica: no crime de tráfico de influência, a “vítima” participou ela própria no cometimento do crime, uma vez que comprou a influência que supostamente iria ser exercida, mesmo sabendo que a lei não o admite, o que não acontece no crime de burla, no qual o burlado é uma verdadeira vítima.

É o facto de, no âmbito do tráfico de influência meramente suposta, o burlado ter também em vista um fim ilícito quando acredita que a influência que o burlão lhe apresenta é verdadeira, que altera o carácter criminoso dos factos em relação ao agente do crime. Está assim afastado o ilícito penal por não haver bem jurídico digno de tutela, não se justificando a proteção do “burlado” quando ele próprio foi autor de um outro crime que, no entanto, resultou frustrado.⁶⁵

⁶⁵ Semelhante é o entendimento perfilhado por MARGARIGA SILVA PEREIRA, *Direito Penal – Direito do Risco...*, p.88 “este comportamento [o tráfico de influência], espécie de burla, (vimos que se afasta desta porque não considera a lei que a contraparte seja uma vítima, antes um agente que converge no sentido de um deterioramento da função administrativa) ”.

Novamente este não é um ponto isento de controvérsia e a discussão em seu torno é abundante.

VI. CONCLUSÕES

Após esta curta e, quanto a certos aspetos até mesmo redutora, incursão sobre o crime de tráfico de influência, impõe-se apresentar algumas conclusões:

- As origens do crime de tráfico de influência remontam ao Direito Romano, mais precisamente à *vendita de fumo*, norma que descrevia a conduta de um cidadão morto sufocado pelo fumo após ter recebido dinheiro com o propósito de influenciar as decisões a tomar pela Corte do Imperador Alexandro Severo.
- Em Portugal, a norma figurou, desde logo, nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, tendo-se, contudo, registado um período durante o qual não teve consagração legal. Regressou depois às legislações europeias e, designadamente, ao Código Penal português por razões de ordem sociopolítica, no âmbito da denominada criminalidade de “colarinho branco”.
- De facto, a norma do artigo 335.º do Código Penal, inspirada nos Códigos francês, italiano e espanhol, apresenta-se como resposta aos escândalos políticos registados nas últimas décadas, nos quais a corrupção (em sentido lato) se apresenta como um fator predominante, numa tentativa de assegurar a correta proteção dos bens jurídicos supra-individuais, pertencentes à sociedade em geral, até então desprovidos de adequada tutela penal.
- Concluímos, pois, que o bem jurídico tutelado com a incriminação do tráfico de influência é assim a imagem de imparcialidade e o prestígio da Administração Pública, pretendendo-se salvaguardar a transparência e imparcialidade de todos os processos de tomada de decisão pelos decisores públicos e, bem assim, garantir a igualdade de tratamento de todos os cidadãos, acautelando, dessa forma, a confiança que se ambiciona que estes depositem na Administração.
- O bem jurídico objeto de tutela será violado logo que o funcionário se mostre disponível para mercadejar com o cargo, isto é, logo que o agente se disponibilize para “vender” o exercício da sua atividade, através da influência a exercer junto

da entidade pública, solicitando para tal uma vantagem. Consideramos que antecipação da tutela penal para o momento em que traficante e comprador se mostram disponíveis para celebrar o *pactum sceleris* não viola, ainda assim, os princípios constitucionalmente consagrados da necessidade e da mínima intervenção do Direito Penal.

- Na determinação de quais as vantagens que se devem considerar indevidas deve, todavia, atender-se a um juízo de adequação social o que levará à subtração do tipo dos comportamentos que, apesar de semelhantes, não atentem contra o bem jurídico protegido com a incriminação do tráfico de influência. Assim, caso a vantagem resulte de um acto socialmente aceitável, não constituirá um ilícito típico.
- Concluímos também que a influência a exercer pelo traficante junto da entidade pública poderá ser de natureza profissional, podendo igualmente resultar de qualquer outro tipo de ascendente do traficante sobre o decisor, como uma relação de parentesco, afinidade ou qualquer outra relação de cariz pessoal, uma vez que não se antevê na letra da lei uma intenção de restringir apenas a esses casos a punição, resultado a imagem e o prestígio da Administração igualmente afetados quando o traficante influencia o decisor público na tomada da decisão por ter com ele uma relação pessoal.
- A influência traficada poderá ser meramente suposta, isto é, poderá corresponder apenas a uma invenção feita pelo traficante na qual, todavia, acreditou comprador da influência. Entendemos que, mesmo nestes casos, a punição se mostra justificada, pois atendendo novamente ao bem jurídico tutelado, o mesmo será violado quer a influência exercida pelo traficante seja real ou, pelo contrário, meramente suposta.
- Ainda assim, entendemos que, para que se justifique a punição do tráfico de influência suposta, se deve exigir uma aparência que legitime a crença por parte do comprador de que a influência o traficante dizia gozar sobre a entidade pública

era de facto real. Não, será, pois punível a mera invocação de uma influência desacompanhada de qualquer aparência que a faça parecer real.

- Consideramos igualmente que no caso em que o traficante alega ter uma influência sobre uma determinada entidade pública apurando-se depois que, na realidade, não a tem, tendo mesmo assim recebido do comprador a vantagem que havia solicitado ou aceite, não se está perante um crime de burla, pois o próprio “burlado” tinha também em vista a prática de um crime. Não há, pois, nestes casos um bem jurídico digno de tutela penal.
- Concluimos ainda que apesar da elevada importância que assume a incriminação do tráfico de influência, a norma do artigo 335.º do Código Penal não foi, porém, dotada da necessária amplitude, continuando a sua aplicação prática a ser reduzida, o que é comprovado pelo diminuto número de decisões judiciais que versam de forma expressa e detalhada sobre o crime em análise.
- Não obstante as suas origens serem longínquas, e de se tratar, portanto, de um crime para o qual, desde cedo, o legislador esteve desperto, o tráfico de influência é um crime moderno, típico das sociedades atuais, nas quais as economias paralelas proliferam e a inversão de certos valores é flagrante.
- Neste sentido, consideramos que carece, pois, de sentido a solução adotada pelo legislador de deixar de fora a punição do comprador da influência que pretende obter uma decisão lícita favorável.
- Entendemos que, *de jure condendo*, deve ser punido o comprador de influência que pretenda a obtenção de uma decisão lícita, pois só dessa forma se alcançará o objetivo pretendido pelo legislador aquando da incriminação da conduta em causa.
- Mesmo entendendo que há ainda um longo caminho a percorrer nos diversos domínios relacionados com crime analisado ao longo da presente dissertação,

reconhecemos que a sua incriminação representa, só por si, um importante passo dado no sentido de assumir que estas condutas deixaram de ser toleradas pela sociedade e que se pretende pôr fim ao sentimento generalizado de impunidade por parte de quem as pratica.

- A luta contra a corrupção (entendida em sentido lato) apresenta-se assim como uma das principais “bandeiras” das sociedades atuais, revelando-se cada vez maior o esforço por estas desenvolvido no sentido de erradicação completa destas condutas que corroem a democracia e comprometem o Estado de Direito Democrático.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1) ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a Edição, Universidade Católica Editora, 2010.
- 2) CAEIRO, Pedro, *Comentário ao artigo 335.º do Código Penal*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001.
- 3) COSTA, António Manuel de Almeida, *Sobre o crime de corrupção*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, N.º especial, 1984.
- 4) DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I, 2.^a Edição, Coimbra Editora, 2007.
- 5) GIL, Andrés Delgado, *Sobre el bien o bienes jurídicos protegidos en los denominados delitos contra la Administración pública*, in *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LXII, Fascículo Único, Enero-Diciembre 2009, Ministerio de Justicia y Boletim Oficial del Estado, 2009.
- 6) GONÇALVES, M. Maia, *Código Penal Português: Anotado e comentado e Legislação Complementar*, 18.^a Ed., Almedina, 2007.
- 7) LOPES, José Mouraz, *Sobre o novo crime de tráfico de influência (artigo 335.º do Código Penal)*, in *Revista do Ministério Público*, n.º 64, ano 16, Outubro – Dezembro, 1995.
- 8) MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2008.

- 9) OSUNA, Belém Malavé, *Trafico de influencias y promessa de donación. Un fraude elevado a contrato en el sigilo IV*, Sep. De : O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual, ed. Especial da Revista da FDUL, Coimbra Editora, 2010.
- 10) PEREIRA, Margarida Silva, *Acerca do novo tipo de tráfico de influência*, in Jornadas sobre a Revisão do Código Penal, Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza (org.), Lisboa, AAFDL, 1998.
- _____, *Direito Penal – Direito do Risco. Participação Criminosa. Tráfico de Influência*, 1.ª Edição, Quid Juris, 2012.
- 11) PEREIRA, Vítor de Sá, LAFAYETTE Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado, Legislação conexa e complementar*, Quid Juris, 2008.
- 12) PLANAS, Gabriel Garcías, *El nuevo delito de tráfico de influencias*, in Poder Judicial, 2.ª Época, N.º 29, Marzo 1993, Consejo General del Poder Judicial, 1993.
- 13) SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral II Teoria do Crime*, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Editorial Verbo, 2005

DOCUMENTOS CONSULTADOS ONLINE:

- 1) BITENCOURT, Cezar Roberto, *Uma Revisão Conceitual do Crime de Tráfico de Influência*, in Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos, RUTH MARIA CHITTÓ GAUER (org.), EDIPURCS, 2008, disponível para consulta em <http://books.google.pt/books?id=ZbPffQmfy3IC&pg=PA184&lpg=PA184&dq=cezar+roberto+bitencourt+rela%C3%A7%C3%A3o+triangular+entre+sujeito+ativ#v=onepage&q=cezar%20roberto%20bitencourt%20rela%C3%A7%C3%A3o%20triangular%20entre%20sujeito%20ativo&f=false>; consulta efetuada em 20/02/2013.

- 2) COSTA, Álvaro Mayrink da, *Criminalidade na Administração Pública – Peculato, Corrupção, Tráfico de Influência e Exploração de Prestígios*, in Revista da EMERJ – v.13 n.52, 2010, disponível para consulta em http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_39.pdf; consulta efetuada em 19/01/2013.
- 3) DELGADO, Julio A. Rodriguez, *El Solicitante En Las Influencias Traficadas: ¿todos son culpables?*, disponível para consulta em http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=julio+rodriguez+delgado+todos+s%C3%A3o+culpados%3F&source=web&cd=5&cad=rja&ved=0CEAQFjAE&url=http%3A%2F%2Fwww.incipp.org.pe%2Fmodulos%2Fdocumentos%2Fdescargar.php%3Fid%3D16&ei=MwIIUbLaFs23hAe9hYEI&usg=AFQjCNFhF55PtnmlzITZKCzZk1xDdiB_mA&bvm=bv.42661473,d.d2k; consulta efetuada em 10/12/2012.
- 4) MAURI, Miriam Cugat, *El tráfico de influencias en cuatro sentencias*, disponível para consulta em http://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CF AQFjAE&url=http%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fservlet%2Ffichero_articulo%3Fcodigo%3D174690&ei=EXImT-rqEIrL8QP80InpBw&usg=AFQjCNEO6njCi57d492HwU9xHGvKjW0cCg&sig2=IXzu0re1EYRrODfLwh7-YQ; consulta efetuada em 6/12/2012.
- 5) Relatório GREGO (*Groupe D'Etats Contre La Corrupton*) de 3 de Dezembro de 2010, disponível para consulta em [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3\(2010\)_6_Portugal_One_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3(2010)_6_Portugal_One_EN.pdf); consulta efetuada em 22/02/2013.