



### **Direito Penal I**

**3.º Ano – Dia – Turmas A e B**

**Regência: Professora Doutora Maria Fernanda Palma**

**Colaboração: Professor Doutor Ricardo Tavares da Silva, Mestres Sónia Moreira Reis, António Brito Neves, Catarina Abegão Alves e Rita do Rosário, e Licenciado Nuno Igreja Matos**

**Época de recurso / coincidências - 14 de abril de 2021**

**Duração: 90 minutos**

Em 2 de janeiro de 2012, **Artur**, sócio gerente de uma sociedade comercial, prometeu a **Bernardo**, administrador de uma SGPS (Sociedade Gestora de Participações Sociais), que era a entidade gestora, entre outras, da sociedade concessionária de um serviço público, a quantia de cem mil euros se ele favorecesse a sua sociedade comercial num concurso aberto pela sociedade concessionária.

**Bernardo** aceitou e conseguiu influenciar, através de um almoço, em 2 de janeiro de 2013, os gestores da sociedade concessionária (embora eles desconhecêssem a combinação com **Artur**). Assim, a sociedade comercial de **Artur** venceu o concurso, por decisão de 2 de janeiro de 2014. Em 2 de janeiro de 2017, **Bernardo** recebeu a contrapartida ajustada, através de depósito numa conta num banco suíço.

**Em face destes factos, responda às seguintes questões:**

- 1** - De acordo com os princípios constitucionais de Direito Penal, pode interpretar-se o artigo 386.º, n.º 2, do CP no sentido de considerar **Bernardo** funcionário? (3 valores)
- 2** - Tendo em conta as incriminações da corrupção ativa e passiva nos artigos 373.º e 374.º e as regras consagradas no artigo 119.º do CP, quando se inicia a contagem do prazo prescricional nos crimes de corrupção ativa e passiva? (3 valores)
- 3** - Se uma lei que entrou em vigor em 2 de janeiro de 2018, antes do julgamento dos factos, alargasse do dobro para o triplo o prazo previsto no artigo 120.º, n.º 5, do CP, o novo prazo seria aplicável? (3 valores)
- 4** - Se o Tribunal Constitucional declarasse inconstitucional o artigo 119.º, n.ºs 1 e 4, do CP, na interpretação segundo a qual o prazo de prescrição só começa a contar, no crime de corrupção passiva, com o recebimento da vantagem, o arguido **Bernardo** beneficiaria da declaração apesar de já ter sido condenado por sentença transitada em julgado? (3 valores)
- 5** - É compatível com a CRP a existência de crimes imprescritíveis? Responda tendo em conta, além do CP, diplomas legais resultantes de acordos internacionais. (4 valores)
- 6** - Como se justifica a prescrição no plano criminológico? (2 valores)

**Ponderação global: 2 valores.**

## Tópicos de correção

1 – O conceito de funcionário público surge densificado no artigo 386.º do Código Penal (CP) e pretende servir de definição para um elemento típico comum a crimes cometidos no exercício de funções públicas. Uma vez que Bernardo era administrador de uma SGPS que, por sua vez, geria uma entidade concessionária de serviço público, coloca-se a questão de saber se pode Bernardo ser considerado um funcionário público à luz da equiparação inscrita no n.º 2 do artigo 386.º do CP. Neste sentido, o problema particular que o caso suscita relaciona-se com a possível recondução da situação de Bernardo à de um gestor, titular de órgão ou trabalhador de “empresa concessionária de serviços públicos” (artigo 386.º, n.º 2, *in fine*, do CP).

Acompanhando a conceção de interpretação sustentada por Maria Fernanda Palma, baseada em raciocínios analógicos, a delimitação da interpretação permitida em Direito Penal que potencia a segurança jurídica e a conformidade com o artigo 1.º, n.º 3, do CP deve partir do sentido possível das palavras (compreendido no quadro do seu sentido comunicativo comum), alicerçando-se ainda na articulação desse sentido com a essência do proibido subjacente à norma criminal. Esta conceção diferencia-se da tese sustentada, por exemplo, por Castanheira Neves, que vê nas palavras apenas uma exteriorização possível da norma, cuja ideia do proibido pode, por isso, ser encontrada noutras proveniências, como o sejam as intenções e valores elegidos pelo legislador com correspondência sistemática e jurisprudencial.

Manuseando a primeira conceção descrita, cumpre perceber se um administrador de sociedade gestora de empresa concessionária pode, então, ser considerado um funcionário público em virtude dessa sua ligação a uma “concessionária de serviços públicos”. No que respeita ao critério do sentido possível das palavras, a existência de uma correspondência entre a situação de Bernardo e o segmento textual do artigo 386.º, n.º 2, *in fine*, do CP, levanta dúvidas. Isto porque o legislador apenas se refere a pessoas que desempenham funções em empresas concessionárias de serviços públicos, nada se colhendo textualmente a propósito de pessoas com funções em empresas que tenham a seu cargo a gestão de sociedades concessionárias. Uma visão estrita do critério enunciado — que é admitida se devidamente fundamentada — permitiria, pois, sustentar uma interpretação proibida em face das exigências do princípio da legalidade, no seu corolário lei estrita, nos termos do disposto no artigo 29.º, n.ºs 1 e 3, da CRP e 1.º, n.º 3, do CP, dado que é diferente ser gestor de concessionária e ser administrador de empresa que gere uma concessionária.

No entanto, a inclusão do administrador de empresa gestora de sociedade concessionária no âmbito da parte final do n.º 2 do artigo 386.º do CP é, ainda, e apesar da formulação textual do preceito, enquadrável dentro dos limites juridicamente controláveis da concretização da norma criminal. Isto porque, em primeiro lugar, é nítido o contacto desta situação com a teleologia do elemento típico “qualidade de funcionário” — a atribuição de uma qualidade penalmente distinta a quem mantém uma relação especial com interesses públicos por via da concessão da gestão de bens e serviços de interesse público. Em segundo lugar, porque há uma suficiente conexão lógica com o teor textual daquele preceito legal (gestor de concessionária) e a situação

de Bernardo (administrador de sociedade gestora de concessionária). Por conseguinte, afigura-se excessivo impedir a subsunção de Bernardo à categoria de funcionário (seguindo-se, portanto, uma linha argumentativa próxima daquela que pode ser sustentada no que respeitava à Lei n.º 90/88, de 13 de agosto, e à incriminação do abate de lobos ibéricos).

2 – Nos termos do artigo 119.º, n.º 1 do CP, o prazo prescricional começa a contar-se desde o dia da consumação do crime.

Relativamente à corrupção ativa, a consumação pode dar-se tanto no momento em que o agente entrega ao funcionário a vantagem patrimonial em questão como naquele em que lhe promete essa vantagem, no caso de haver promessa prévia. Deste modo, no presente caso, a corrupção ativa praticada por Artur consumou-se logo no dia 2 de janeiro de 2012, parecendo admitir-se o entendimento de que deve contar-se o prazo de prescrição desde essa data. Contra tal orientação, porém, cabe notar o seguinte.

O depósito realizado a 2 de janeiro de 2017 por Artur constitui igualmente ato de realização do tipo em análise. Não se trata de novo delito, podendo afirmar-se a unidade típica dos dois momentos num único crime de corrupção ativa, sob pena de violação do artigo 29.º, n.º 5, da CRP. Visto que este ato, por si, implica igualmente consumação do crime, é igualmente de admitir ler a referência à consumação como feita ao momento da entrega, em vez de ao da promessa.

Esta última hipótese de leitura encontra respaldo sistemático. A corrupção ativa não é crime permanente, mas instantâneo, como não é crime habitual, por nenhum elemento típico apontar nesse sentido; além disso, tratando-se, como referido, de um só crime, não há crime continuado. Assim, não pode enquadrar-se o caso nas als. *a)* e *b)* do artigo 119.º, n.º 1. Não obstante, tanto das als. deste n.º como do n.º 4 parece extrair-se com clareza o propósito legislativo de situar o início do prazo em causa no último momento de consumação do delito. Acresce a isto que as consequências práticas da leitura alternativa, para lá de não se sustentarem em motivo validante, são desrazoáveis, porquanto levam a admitir a realização de vários atos de consumação do crime ao longo do tempo sem que possa haver procedimento criminal pelos mesmos, na pressuposição de que se reportam a uma promessa feita anos antes.

Em conclusão, o prazo de prescrição da corrupção ativa, no presente caso, deve contar-se desde o dia 2 de janeiro de 2017, pois tal interpretação do artigo 119.º não só se mostra enquadrada no sentido possível das palavras como vai ao encontro das intencionalidades normativas pertinentes, assim se respeitando o princípio da legalidade e, mais concretamente, a proibição de analogia incriminadora – artigos 29.º, n.º 1, da CRP e 1.º, n.ºs 1 e 3, do CP.

Relativamente à corrupção passiva, também nesta se registam possibilidades alternativas de consumação, podendo realizar-se o tipo com a solicitação ou aceitação pelo funcionário tanto da vantagem patrimonial como da sua promessa. Assim sendo, vale, com as devidas adaptações, o raciocínio acabado de expor relativamente à corrupção ativa, devendo, no presente caso, começar a contar-se o prazo prescricional desde 2 de janeiro de 2017.

3 – O caso convoca o princípio da legalidade e o seu corolário lei prévia, colocando-se a questão de saber se o princípio da proibição da retroatividade desfavorável (*cf.* artigos 29.º, n.ºs 1, 3 e 4, primeira parte, da CRP e do artigo 1.º e 2.º, n.º 1 do CP) também tem aplicação em matéria prescricional. Relacionando-se a prescrição com a vertente adjetiva da responsabilidade jurídico-penal, poder-se-ia supor ser bastante nesta matéria invocar o regime do artigo 5.º do Código de Processo Penal (CPP). Todavia, as normas relativas à prescrição do procedimento criminal, onde se incluem especificamente as que respeitam à suspensão do prazo do procedimento criminal, tal como sucede na hipótese, não se podem considerar como meras normas processuais penais formais, por dotadas de natureza substantiva penal. Embora o alargamento dos prazos prescricionais revele reconhecimento de maior dignidade do bem jurídico tutelado e até maior intensificação da necessidade de punir, a alteração desse crivo do legislador não pode bulir com a autolimitação do Estado de Direito Democrático ao direito que cria, nem, reflexamente, com as expectativas dos destinatários da norma relativamente às concretas possibilidades de efetivação da responsabilidade jurídico-penal. O princípio do Estado de Direito é candeia que impõe como regras a objetividade, a previsibilidade e a segurança jurídica geral, pelo que, fixando-se o *tempus delicti*, de acordo com o critério unilateral da conduta vertido no artigo 3.º do CP, em momento anterior à entrada em vigor da lei nova, datada de 2 de janeiro de 2018, temos que o prazo prescricional a considerar é, precisamente, o que vigora no momento da conduta e não o que resulta de lei posterior, por implicar retroatividade *in pejus*, constitucionalmente vedada.

Em suma, o novo prazo prescricional não seria aplicável pelos motivos aduzidos.

4 – À partida, no momento da prática do facto (artigo 3.º do CP), estava em vigor o artigo 119.º, n.ºs 1 e 4, do CP também na interpretação segundo a qual o prazo de prescrição só começa a contar, no crime de corrupção passiva, com o recebimento da vantagem: independentemente de se considerar que o momento da prática do facto (consumação do crime de corrupção passiva) se dá com a aceitação da promessa (2 de Janeiro de 2012), com o recebimento da vantagem patrimonial (2 de Janeiro de 2017), ou com qualquer deles, ele é anterior ao da declaração de inconstitucionalidade (**Bernardo** já havia, inclusivamente, sido condenado por sentença transitada em julgado). Por isso, ainda à partida, e de acordo com o artigo 2.º, n.º 1, do CP, o artigo 119.º, n.ºs 1 e 4, do CP, comportando a dita interpretação, seria a lei aplicável.

Porém, nos termos do artigo 282.º, n.º 1, da CRP, uma vez declarado inconstitucional, o mesmo, nessa interpretação, não é válido desde a sua entrada em vigor, restando a interpretação de acordo com a qual o prazo de prescrição começa logo a contar a partir da promessa de vantagem patrimonial. Consequentemente, no momento da prática do facto, estava em vigor o artigo 119.º, n.ºs 1 e 4, do CP apenas na interpretação restante, sendo esta a lei aplicável. Tendo havido trânsito em julgado, será ainda o regime do artigo 282.º, n.º 1, da CRP o prevalecente caso haja uma decisão do Tribunal Constitucional nesse sentido, nos termos do n.º 3.

Quanto a este aspeto, o artigo 282.º, n.º 3, da CRP exige que esteja em questão matéria penal e que a norma declarada inconstitucional seja menos favorável ao

arguido. Quanto ao primeiro requisito, e mesmo que o n.º 3 esteja a restringir-se a normas penais substantivas, o mesmo encontra-se preenchido, pois, como foi apontado na pergunta anterior, as normas respeitantes à prescrição não constituem meras normas processuais. Quanto ao segundo requisito, o mesmo também se encontra preenchido, considerando que quanto mais tarde se iniciar a contagem dos prazos, mais tarde prescreverá o crime, em prejuízo do agente.

Consequentemente, o arguido **Bernardo** beneficiaria da declaração apesar de já ter sido condenado por sentença transitada em julgado.

**5** – A compatibilidade da imprescritibilidade de certos crimes com a CRP apenas será admissível caso se conclua pela inexistência de um princípio geral de prescritibilidade ou pela existência de crimes aos quais em ele não se aplique. Embora ele não esteja expressamente consagrado na CRP, sempre se terá de ponderar a sua vigência como decorrência de outros princípios constitucionais.

Nos «crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão», a imprescritibilidade – consagrada pelo legislador ordinário (artigo 7.º da Lei n.º 31/2004, de 22 de julho) em cumprimento do Estatuto do Tribunal Penal Internacional – fundamenta-se na excepcional gravidade e «atentos os valores em causa, dos quais não estariam arredados valores "máximos" (ou de "sensibilidade máxima") acolhidos na Constituição», (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 483/2002, de 10 de janeiro de 2003, cuja citação contará, apenas, para cotação extra), que se sobrepõem à ideia de que a passagem de certo período de tempo deve dar lugar ao «perdão» em função da mitigada relevância dos atos praticados para a comunidade e a consequente erosão das necessidades preventivas da punição.

Noutros campos, a mesma conclusão não poderá ser sustentada, uma vez que não subsistem os argumentos que permitem, nos casos de violação de direito internacional humanitário, ultrapassar os problemas resultantes do confronto com os princípios da necessidade da pena (artigo 18.º da CRP) e da proibição de arbítrio (artigo 2.º da CRP), bem como com o direito do arguido a um julgamento dentro de um prazo razoável compatível com as garantias de defesa (artigo 32.º, n.º 2, da CRP). Aqui, impor-se-á o direito à paz jurídica, bem como os valores da certeza e segurança, podendo concluir-se que a prescrição, como instituto historicamente consolidado no ordenamento jurídico português e «constitucionalmente atendível» (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 483/2002), não poderá ser negada, sob pena de inconstitucionalidade por violação dos princípios *supra* referidos, pelo que deverá ser salvaguardada para a generalidade dos crimes, os quais não têm a particularidade de deixar, passado um período de tempo razoável, de reclamar perseguição criminal.

O voto de vencido apresentado pela Professora Maria Fernanda Palma naquele Acórdão alerta, no entanto, para a necessidade de concretização do critério distintivo, a fim de evitar que, por não se explicitar o apoio constitucional do mesmo, se caia «num certo "impressionismo jurídico", gerador de insegurança e incerteza para o legislador, para os tribunais e para os cidadãos em geral». Com efeito, o caso subjacente à fiscalização da constitucionalidade evidenciava a difícil configuração da «justificação da prescrição na ausência de necessidade punitiva em face da atenuação na sociedade

dos efeitos do crime e da dificuldade de, ao fim de certo lapso de tempo, as provas manterem consistência» quando os «efeitos se continuam a produzir no termo de processos causais complexos e morosos». Assim sendo, a consideração geral de incompatibilidade da imprescritibilidade com a CRP não deve dispensar a análise de constitucionalidade aquando da consagração da mesma, ponderando as necessidades preventivas concretas e o fim de evitar inércia e a utilização abusiva do poder punitivo do Estado, por oposição a «afirmações genéricas acerca da violação de princípios, em que a dimensão da violação da Constituição não é, verdadeiramente, identificada».

**6** – A prescrição, ao implicar a produção de efeitos extintivos de direitos e deveres (no que diz respeito ao procedimento criminal, ao poder do Estado de perseguir penalmente os agentes e de fazer executar a pena correspondente, promovendo a realização dos efeitos da condenação), traduzir-se-á numa extinção da responsabilidade criminal pelo decurso do tempo. Isto poderá justificar-se à luz de linhas criminológicas associadas sobretudo à sociologia criminal, segundo as quais o fenómeno criminal seria expressão de uma deficiência na relação da pessoa com o meio.

Assim, na lógica do interacionismo simbólico, o crime seria produto da própria interação social, da relação entre cada pessoa e as outras, pois os comportamentos sociais são explicados como o resultado da interação entre a sociedade e o indivíduo. Pelo decurso do tempo, o significado atribuído a determinado comportamento criminoso, que se estabelece a partir da interação social, poderá ter-se alterado. Deste modo, uma vez que os próprios processos de interação social poderão já não ser os mesmos devido ao decurso do tempo, isso poderá não permitir tornar previsível e reconfigurável o fenómeno criminoso, o que desta forma justifica a prescrição.

Adicionalmente, a visão do crime enquanto construção social, a partir da perspectiva da *labeling approach*, já não seria eficaz na identificação da *deviance*, pois sendo o crime o produto dos grupos sociais que criam regras cuja violação suscita tal qualidade, ao já não ser possível aplicar a lei e uma sanção a um agente, devido ao decurso do prazo prescricional, já não é possível identificar a *deviance* (que não corresponde a uma qualidade do ato ou do agente, mas sim a uma consequência da aplicação da lei e da sanção correspondente pelas instâncias formais de controlo).