

de 1200 103
plano de 2015

REVISTA PORTUGUESA

DE

CIÊNCIA CRIMINAL

ANO 24 • N.º 2 • abril-junho 2014 • DIRETOR: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

10/10/14



ALVARO ADUNES

Coimbra Editora

Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

O CRIME DE DESCAMINHO OU DESTRUIÇÃO DE OBJECTOS COLOCADOS SOB O PODER PÚBLICO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICAS E PROCESSUAIS PENAIS ^(*)

André Lamas Leite

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

RESUMO: *Analisa-se algumas especificidades dogmáticas do crime de descaminho, quanto ao tipo-de-ilícito objectivo, em especial o seu carácter de crime de execução continuada, bem como a sua concatenação com o efeito de caso julgado. O autor pronuncia-se pela admissibilidade da constituição como assistente nestes tipos legais e trata de questões específicas sobre a suspensão provisória do processo.*

PALAVRAS-CHAVE: *Crime de descaminho, crime de execução continuada, constituição como assistente, suspensão provisória do processo.*

I — Introdução e objecto

Apesar de o tipo legal de crime em epígrafe ser dotado de um considerável lastro histórico, não tem o mesmo merecido um tratamento muito aprofundado na nossa doutrina ⁽¹⁾, devendo-se sobretudo ao labor

^(*) O presente escrito tem por base um parecer jurídico que o autor emitiu. Por nossa opção, segue-se a ortografia anterior ao Acordo de 1990. Agradece-se, penhoradamente, a leitura atenta do Senhor Doutor JOSÉ TAVARES DE SOUSA e os seus preciosos comentários.

⁽¹⁾ Cf. EDUARDO CORREIA, «O depósito de bens judicialmente penhorados, arrestados ou apreendidos e os crimes de peculato e de abuso de confiança», in: *RLA*, n.º 3157, pp. 244, ss., onde se trata de casos similares, mas cujo enquadramento no

jurisprudencial algum desenvolvimento de pontos específicos do respectivo regime, seja em perspectiva jurídico-dogmática, seja do prisma processual penal.

É exactamente com o objectivo de nos debruçarmos sobre aspectos concretos de regime, nessa dupla vertente, que o presente artigo foi escrito, privilegiando-se alguma ilustração dos *topoi* apresentados. Assim, porquanto se trata de uma das factuais que, na prática, mais ocupa os ditos «operadores judiciários», vamos focar a nossa atenção apenas na modalidade típica do crime de descaminho que se traduz na não entrega de um bem penhorado regularmente, em violação da lei processual civil e criminal. Apesar de nos limitarmos à penhora, o que vai dito encontra aplicação, por regra e *a pari*, a todas as providências públicas tradutoras do exercício do poder de autoridade do Estado e que se achem recobertas pela protecção jurídico-penal do tipo desenhado no art. 355.º do Código Penal (CP).

II — Alguns traços fundamentais do crime p. e p. pelo art. 355.º do CP e o efeito de caso julgado (material)

1. Comece por se divisar os pontos diferenciadores do preenchimento do crime de descaminho e de outros que com ele se podem encontrar, numa facticidade típica concreta, em relação de concurso aparente.

Foquemos a nossa atenção, sobretudo, sobre os bens objecto de penhora, embora o que vai dito se aplique, *mutatis mutandis*, aos diversos títulos jurídicos através dos quais uma coisa se encontra abaixo do domínio do poder público. Assim, tradicionalmente ⁽³⁾ entendia-se que essa violação poderia configurar, em função da concreta actuação do

CP de 1852 era bastante diferente do actual, salientando-se, todavia, a «especial fiança (*publica fidejussio*)» inerente ao estatuto jurídico-processual dos bens sujeitos a penhora (p. 244), mas também a necessidade de atender aos interesses «do credor» (n.º 3159, p. 27), o que será importante, mais à frente, quanto à possibilidade de constituição como assistente.

⁽³⁾ Entre outros, cf. o ac. do STJ de 13/10/99, Proc. n.º 1002/98, in: *CJ — AcS. STJ*, VII, III.

agente, ou um crime de descaminho ou destruição de objectos colocados sob o poder público, havendo «destruição, danificação, inutilização ou de alguma forma subtracção» do bem, com o fim de prejudicar, total ou parcialmente, as finalidades desta providência, o de abuso de confiança p. e p. pelo art. 205.º do CP, caso se verificasse «apropriação» por depositário não proprietário, ou o de desobediência do art. 348.º do CP, caso os elementos do tipo incriminador anteriores se não cumprissem, sem justificação, existindo uma ordem judicial de apresentação desses bens.

A benefício de ilustração, quando um veículo automóvel se encontrar penhorado à ordem de autos de execução em processo civil, não sendo cumpridas as determinações deste último ramo de Direito quanto à entrega dessa coisa, concluímos pela existência de indícios da prática do crime p. e p. pelo art. 355.º, afastando-se, desde logo, qualquer das modalidades típicas do abuso de confiança (o n.º 1, do art. 205.º do CP), por preverem sanção menos severa que a constante do primeiro tipo, preenchendo-se a cláusula de subsidiariedade expressa do art. 355.º O n.º 5, do art. 205.º, como regra, não logra aplicação, para tal bastando uma mera leitura do tipo; do mesmo passo, o n.º 4 do inciso (conjugado com o art. 202.º, al. b)) acha-se numa relação de *consumção impura* com o art. 355.º Quanto ao art. 348.º, não há remissão para um tipo concreto, pelo que a desobediência seria uma qualificação possível, em abstracto, da conduta do executado que não haja cumprido uma ordem de apresentação. Acresce que, muitas vezes, não há advertência do agente de execução para efeitos da al. b), do n.º 1, para além de a punição ser menos severa na desobediência (ainda que qualificada).

2. No que concerne à determinação do *bem jurídico*, existe consenso doutrinário e jurisprudencial no sentido que o mesmo contende com a «autonomia intencional do Estado, aqui concretizada através de uma ideia de inviolabilidade das coisas sob custódia pública» ⁽³⁾, ou seja, no

⁽³⁾ CRISTINA LIBANO MONTEIRO, in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), t. III, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, § 4, p. 419.

cumprimento das várias formas em que se corporizam as ordens legítimas de autoridade que dele emanam ⁽⁴⁾. O elemento sistemático na interpretação das normas penais — mero critério auxiliar — aponta no mesmo sentido, dado que o art. 355.º do CP se acha inserido na «secção III — da violação de providências públicas», «capítulo II — dos crimes contra a autoridade pública», «título V — dos crimes contra o Estado».

Talvez de modo mais plástico, em face de disposição paralela do *StGB* (*Strafgesetzbuch* — Código Penal alemão) — § 133 ⁽⁵⁾ — e que aqui serviu de *fons iuris* ao art. 355.º, preferimos dizer que está em causa o *domínio sobre as coisas colocadas sob a custódia do poder público (oficial) e a consequente confiança geral na segurança de tal custódia, i. e.*, que o fim que a determinou vai ser *efectivamente cumprido* ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português anotado e comentado*, 14.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 952 refere-se à defesa do «poder público do Estado, de apreensão e guarda de objectos e documentos, cujo desaminho ou destruição, enquanto sob o poder público, se pretende evitar». PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 1.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, n.º 2, p. 837, por seu turno, fala na «autoridade das “providências públicas”, ou seja, das decisões de colocação de coisas sob o poder público». E que, como bem aponta CRISTINA LIBANO MONTEIRO, *op. cit.*, § 8, p. 420, não tem necessariamente de importar uma transferência de lugar como acontece nos casos em que a penhora do bem se faz (pode estar, p. ex., na garagem do executado), em regra, mantendo-se o executado como fiel depositário da coisa recoberta pelo *ius imperium*.

⁽⁵⁾ «§ 133 (Verwahrungsbruch) (1) Wer Schriftstücke oder andere bewegliche Sachen, die sich in dienstlicher Verwahrung befinden oder ihm oder einem anderen dienstlich in Verwahrung gegeben worden sind, zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder der dienstlichen Verfügung entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.» Em tradução nossa: «§133 (Destruição de bens sob custódia pública) (1) Quem destruir, danificar ou remover do acesso oficial documentos ou outros bens móveis sob domínio público ou que tenham sido oficialmente colocados à sua guarda ou de outrem, será punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa. (...)». Não se traduzem os restantes dois números do artigo por nada terem que ver com a constelação de situações típicas abordadas no presente artigo.

⁽⁶⁾ É esta a solução que se retira de um estudo dos principais comentários ao *StGB*. Assim, entre vários, vide JEBBERGER, in: SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (Hrsg.),

3. Passando à análise do *tipo-de-ílicito objectivo*, e interessando-nos aqui, atenta a sua grande verificação prática, somente a penhora de bens cuja entrega não é cumprida pelo fiel depositário (em regra, o seu proprietário), trata-se — o que não é extensível à totalidade das formas de realização prevenidas no art. 355.º do CP — de um *crime formal* ou de mera actividade, embora de *dano*, pois exige-se a efectiva lesão do bem jurídico identificado.

Na verdade, a lei não exige, para a consumação, a existência de um autónomo resultado, perfeccionando-se o tipo a partir do momento em que o agente incumpra os deveres que *in casu* se lhe impunham de, por acção ou omissão, não atentar contra a custódia pública do bem ou concorrer, através de um *facere*, para que a coisa possa ser entregue a quem, segundo a lei, no caso, deve passar a exercer sobre ela os poderes de guarda e administração corrente previstos no art. 760.º, n.º 1 (aplicável *ex vi* do art. 772.º; ambos do Código de Processo Civil — CPC). Após a consumação da penhora, o bem encontra-se afectado à satisfação do crédito do exequente, a que se seguem os actos executivos da venda e do pagamento, que vão permitir obter, no seio do processo executivo, a satisfação do crédito. Por outro lado, não basta que a autonomia intencional do Estado esteja em perigo de lesão (*iuris et de iure* ou *iuris tantum*), mas que seja, *de facto*, atingida. Tudo o que se passa antes é do domínio da tentativa.

Cumpra ainda sublinhar que, tal como sucede com outros interesses ou valores juridicamente relevantes e que, na escala axiológica do Direito Penal se acham em posição destacada, o tipo legal recorre à *técnica da subsidiariedade expressa*, no domínio do chamado «concurso aparentes», assim reservando um *quantum* mínimo de pena nas circunstâncias em que não se aplique, *in casu*, uma outra norma criminal mais severa.

StGB Kommentar, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2009, Rn 6, p. 935; FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, 59. Auflage, München: Beck, 2012, Rn 2, p. 985; KÜHL/HEGER, *StGB Kommentar*, 28. Auflage, München: Beck, 2014, Rn 1, p. 749; RUDOLPH/STEIN, in: *SK StGB*, 2012, Rn 1, p. 1; HOHMANN, in: HEINTSCHEL/HEINEGG, *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 2/2, München: Beck, 2005, Rn 1, p. 612.

Ainda no que contende com o tipo-de-ílicito objectivo, o crime de descaminho é um *delito de execução continuada ou permanente ou duradouro*, i. é, cuja consumação se protraí no tempo ⁽⁷⁾, tal como sucede com o exemplo paradigmático do crime de sequestro. Nas palavras de EDUARDO CORREIA ⁽⁸⁾, na estrutura dos delitos permanentes distinguem-se duas fases: «uma, que se analisa na produção (*Herbeiführung*) de um estado antijurídico, que não tem aliás nada de característico em relação a qualquer outro crime (...); outra, e esta propriamente típica, que corresponde à permanência ou, vistas as coisas de outro lado, à manutenção (*Aufrechterhaltung*) desse evento e que para alguns escritores (...) consiste no não cumprimento do comando (...) que impõe a remoção pelo agente dessa compressão de bens ou interesses jurídicos, em que a lesão produzida pela primeira conduta se traduz» ⁽⁹⁾.

⁽⁷⁾ Também julgamos ser essa a orientação doutrinal alemã ao menos maioritária, dado se considerar que uma momentânea detenção ilegal de um bem colocado sob o domínio público pode ser suficiente para preencher o tipo. Tal só poderá assim ser na medida em que a execução se vai exaurindo no tempo, só cessando com o efectivo deixar de exercer alguma disponibilidade sobre a coisa — assim, JEBBERGER, *cit.*, Rn 9, p. 936: «Bereits ein kurzzeitiges Eingreifen der Sache kann im Einzelfall geeignet sein, das Merkmal zu verwirklichen». Aliás, é consensual naquele país que a duração da detenção, o local onde a coisa se encontra e se existe ou não possibilidade de acesso por parte de terceiros é indiferente para o preenchimento típico («Auf Dauer und Grund der Verwahrung es nicht an; ebenso wenig auf das Eigenum, den Ort des Gewahrhams und eine Zugänglichkeit für Dritte.» — THOMAS FISCHER, *StGB und Nebengesetze*, 59. Auflage, München: Beck, 2012, Rn 4, p. 985). Logo, tal importa que assim que a coisa se ache sob o domínio público, sob o mesmo permanença, de jeito ininterrupto, até se pôr termo à ilegalidade da actuação do agente. Numa palavra, o crime é de *execução permanente*. De idêntico jeito se afirma que a violação do bem jurídico dura até que uma intervenção estatal ou de outro tipo cesse a hipótese em que a custódia do Estado é constantemente afrontada, como se mostra claro em MATTHIAS KRAUB, in: GROTZ/ESSER/KIRSCH, *StGB. Leipziger Kommentar*, Berlin: De Gruyter, 2008, Rn 15, p. 614 («Die dienstliche Verfügungsgewalt dauert so lange an, bis sie durch Erfüllung des Zwecks der Verwahrung oder durch anderweitige dienstliche Verfügung wieder aufgehoben wird»).

⁽⁸⁾ *Unidade e pluralidade de infracções*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 23, n. 1.

⁽⁹⁾ Na jurisprudência p. ex., o ac. do TRL de 5/2/2014, Proc. n.º 7950/05.6TDL.SB, L1-3 (MARIA MARGARIDA ALMEIDA): «[I]rata-se de infracção de execução continuada,

Dito de outro modo, enquanto o agente não entrega o bem à entidade competente para lhe dar o fim designado na lei, não cessa a respectiva execução, o que acarreta consequências em sede de determinação do *tempus* e da *sedes delicti*, bem com, p. ex., no domínio do estabelecimento da responsabilidade criminal de cada um dos eventuais participantes, de acordo com o tempo e o modo em que tenham intervindo no projecto criminoso, com posteriores efeitos em sede de comunicabilidade das circunstâncias, *inter alia*.

Ora, se o bem jurídico é aquele que se identificou, o mesmo é lesado sempre e enquanto a coisa objecto de uma providência pública (p. ex., a penhora) não seja cumprida na sua integralidade.

Se o crime p. e p. pelo art. 355.º do CP não fosse um crime duradouro, então seria a *protecção da própria norma* que estaria em risco — como se verá —, para além de se colocarem problemas de não fácil resolução, todos eles atinentes à consumação delitual. Esta classificação do crime quanto à conduta do agente é relevante na sua articulação com o modo como pode ser praticado e, daí, com o efeito de caso julgado que se forme sobre uma qualquer decisão judicial que sobre ele recaia.

que se prolonga no tempo, consumando-se com o primeiro facto praticado, mas persistindo enquanto perdurar o estado de compressão do interesse, objecto jurídico do crime, verificando-se uma voluntária manutenção da situação antijurídica, que só termina quando a execução cessa, ficando então o crime exaurido, momento em que a licitude é reposta»; «II — Nos crimes permanentes há uma voluntária manutenção da situação antijurídica. Enquanto a execução não cessar, em cada momento está a haver consumação. Só quando cessa a execução é que o crime fica exaurido e há possibilidade de começar a correr o prazo prescricional.» (ac. do TRG, de 30/1/2006, FERNANDO MONTERROSO, acessível em *datajuris.pt* e, no mesmo sentido, o ac. do TRP de 25/11/2009, Proc. n.º 7497/07.6TDPRT-A.P1 — MARIA LEONOR ESTEVES, disponível em *http://www.dgsi.pt*, consultado em 29/10/2014. Todos os acertos citados estavam acessíveis nesta data e, salvo indicação em contrário, no último sítio da *internet* identificado). Sobre o crime de sequestro como de execução duradoura, *inter alia*, cf. o ac. do STJ de 3/10/1990 (MAIA GONÇALVES), in: *BMJ*, 400 (1990), p. 240. Quanto à caracterização dogmática do delito de associação criminosa da mesma forma, cf. o ac. do TRP de 29/11/1992, Proc. n.º 9150370, CARLOS FIGUEIREDO.

4. Vejamos agora os termos em que a configuração do delito como permanente se articula com o efeito de caso julgado.

De novo recorrendo a um exemplo, se o arguido não tiver procedido em conformidade com a notificação do agente de execução — interveniente processual dotado de autoridade pública no estrito cumprimento das competências que a lei processual (civil) lhe atribui (art. 719.º, n.º 1, do CPC) — e se tiver lançado mão do mecanismo do art. 281.º do CPP, apesar de o crime ser duradouro ou de execução continuada, estabelece-se um campo definido sobre o efeito de caso julgado.

Na verdade, a decisão do juiz de instrução criminal — JIC (no âmbito da suspensão provisória) recai *sobre aquela concreta conduta omissiva* de não indicar o local onde a coisa podia ser encontrada. Ora, *é exactamente sobre esta factualidade — e só esta —*, assim configurada, que os limites do caso julgado material operam. Por outras palavras, a circunstância de o agente ter preenchido a factualidade típica do art. 355.º do CP através de uma conduta não importa que ele deixe de continuar a praticar o crime se, novamente notificado para a prática do *fáctere* legalmente exigido, *voltar a omitir* tal conduta. Aliás, a ordem jurídica continua a impor ao agente do crime esse *fáctere*, mesmo sem necessidade de repetir a notificação. Tal é a função do agente de execução.

Para além da natureza de crime de execução continuada que sempre faria, *por si só*, com que o caso julgado se afigurasse meramente *parcial* sobre aquele primeiro incumprimento do arguido — e nada mais —, ao existir uma segunda notificação do arguido/executado para cumprir, há um *novo facto jurídico* que se introduz nos autos (*super-veniência objectiva*) e que, porque posterior, *nunca poderia ser reoberto pelo efeito de caso julgado*. Simplesmente — e de modo lapidário —, na medida em que o «pedaço de vida» sobre que se formou é diferente deste último, já que o segundo facto, lógica e cronologicamente posterior, não poderia estar presente nos elementos fácticos sobre os quais se formou caso julgado parcial.

Se assim não fosse, então o tipo legal de crime e a hermenêutica que dele se fizesse conteriam, em si mesmos, uma possibilidade clara de *fraude à lei*, em contradição evidente com as regras basilares da

interpretação jurídica do art. 9.º do Código Civil. Bastaria que, notificado para proceder à entrega devida de uma coisa sob o poder público, o agente o não fizesse, arcaasse com as consequências penais desse *omittere* e, de futuro, se mantivesse na posse do bem, impunemente, pois beneficiaria de um pretenso «efeito de caso julgado» que não admitiria que *jamais* fosse criminalmente perseguido. A solução assim obtida fere os mais rudimentares conceitos de justiça criminal e padece de um errado entendimento da concatenação entre a caracterização do crime de descaminho como de execução permanente e o efeito de caso julgado. Mais: estar-se-ia, no seio do processo penal, a criar uma nova, injustificada e violadora do princípio da legalidade (porque sem previsão legal) causa de impenhorabilidade de bens. Um verdadeiro uso perverso e pervertido de um *procedere* para um fim que não é socialmente desejado e juridicamente se assume como uma aberração.

Quando existe, *v. g.*, uma decisão do JIC de suspender de jeito provisório o processo que teve por origem uma primeira denúncia, esse trânsito em julgado abrange, como não podia deixar de ser, os exactos termos com que o «pedaço de vida» (FIGUEIREDO DIAS) sobre que se pronunciou se acha contido nesses autos de inquérito. Tal efeito processual (*e material*, desde logo com implicações constitucionamente protegidas — cf. o art. 32.º, n.º 5, da CRP) produz-se apenas e tão-só *quanto ao primeiro acto de incumprimento* da entrega do bem sob o poder público e *nada mais*, exactamente na medida em que o *crime se continua a consumir: dia a dia, momento a momento, até à efectiva entrega do bem*. Se assim não fosse, a norma do art. 355.º do CP seria vazia de conteúdo e de eficácia, verdadeira «letra morta», pois o executado, como se disse *supra*, de modo muito simples, teria encontrado uma forma de provocar a distorção das regras da penhorabilidade, usando o processo penal. Por rectas contas, este legitimaria a actuação do executado *contra legem*, sendo, assim, um *instrumento criminógeno*, no mínimo, «justificador» do não cumprimento de deveres de prestar fundados no Direito Privado. Manifestamente assim não pode ser, desde logo tendo em conta as lídimas funções do Direito Processual Penal e o «princípio da unidade da ordem jurídica».

O efeito de caso julgado operado quanto à decisão de suspender provisoriamente o processo não impede que, promovida a colocação efectiva da coisa a penhorar sob o domínio público, e tendo o comportamento do executado frustrado a concretização do acto da penhora, careça de fundamento a invocação de qualquer obstáculo material ou adjectivo à instauração de um novo processo de inquérito no qual se investigará se, na verdade, o arguido incumpriu a legítima ordem de autoridade do agente de execução, sem motivo justificado, após o que, assim se concluindo, haverá condenação pela prática do crime do art. 355.º do CP, agora necessariamente vedada estando a possibilidade de utilizar a forma de consenso a que alude o art. 281.º do Código de Processo Penal — CPP (cf. o art. 281.º, n.º 1, al. b), do mesmo Código). Há, assim, *superveniência objectiva não recoberta pelo caso julgado*.

Donde, pelo exposto, invocar a violação do *ne bis in idem*, nestas hipóteses, não é, para nós, admissível.

Apesar de a matéria não ser consensual, a *ratio* deste princípio constitucional, de larga tradição em Portugal e nos países do nosso entorno cultural e jurídico, é a de garantir a justiça material que sempre se acharia vulnerada pelo julgamento c/ou pelo cumprimento de pena ou medida de segurança em relação a factos sobre os quais existira já pronunciamiento judicial. A tal se junta o desiderato de se não obterem decisões contraditórias sobre os mesmos factos ⁽¹⁰⁾. Do prisma de qualquer das concepções sobre os fins das penas, não resulta justificado um novo julgamento ou um novo cumprimento de reacção criminal. Escrevemos «desta forma», na medida em que não há consenso doutrinal quanto a saber se o *non bis in idem* se acha vulnerado com o simples facto de o mesmo crime ser uma vez mais submetido a julgamento — entendimento *formal* — ou se, para além disto, se exige uma efectiva condenação com cumprimento de pena. Trata-se de matéria relevante, entre outros, para o funcionamento prático do disposto no art. 6.º n.º 1. do CP.

⁽¹⁰⁾ Preocupação a que aludia EDUARDO CORREIA, *A teoria do concurso em Direito Criminal*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 302.

Na hipótese que vimos colocando, não se nos exige que adentremos em tal discussão, porquanto a questão é mais simples: sendo o crime de descaminho de execução duradoura, tal não impede que se punam autonomamente factos que integram essa execução, porque consumados, desde que exista um novo impulso processual que origine um novo dever para o arguido cumprir o que o ordenamento dele exija.

«O bem jurídico é violado *tantas vezes quantas as providências públicas violadas*» ⁽¹¹⁾, não se consentindo tergiversações quanto a julgar que uma segunda notificação por agente de execução para entrega do bem, p. ex., e respectivo incumprimento originam *um novo e autónomo crime*, desde logo perceptível até empiricamente por se tratar de um diverso acto de desafio frontal à autoridade do Estado, vazado em um projecto criminoso *ex novum*.

O que está recoberto pelo efeito de caso julgado é a consumação do crime até ao momento em que o agente incumpriu a primeira ordem legítima de autoridade do agente de execução e, sobre esses factos, ocorridos até àquele concreto *tempus delicti*, dúvidas inexistem que não pode o mesmo ser conhecido em novo processo penal, sob pena de violação grosseira do *ne bis in idem*. A partir desse momento temporal, ao invés, sendo provocado o arguido a vir cumprir o que dele as leis processual civil e penal exigem, *pode e deve* ser organizado novo processo criminal sem qualquer obstáculo divisível, pela já conhecida natureza de crime cuja consumação se protraí no tempo. Diverso seria, portanto, se o delito, como em geral sucede, fosse de execução instantânea.

III — Da admissibilidade da constituição como assistente no crime p. e p. pelo art. 355.º do CP

1. Está em causa a interpretação que se tem por mais consentânea com os elementos da hermenêutica jurídica do art. 68.º, n.º 1, al. a).

⁽¹¹⁾ Lapidamente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, n.º 11, p. 838.

do CPP, conjugada com o tipo legal de crime em estudo, o que não temos por tarefa linear.

Indubitável é estarmos, no art. 355.º do CP, perante um *crime público* e que, por isso, protege, como interesse *preponderante* — *que não único ou exclusivo*, como veremos — um bem jurídico supra-individual. O que encontra, *ab initio*, arrimo na letra do preceito — «[o] vocábulo «especialmente» usado pela lei significa, pois, de modo especial, num sentido de «particular», (...) e não «exclusivo»⁽¹²⁾. Assim entendido, é admissível que, como sucede aqui, exista um interesse estatal que não custa em considerar de grande relevo na economia da hermenêutica do bem jurídico da incriminação, mas também de *um outro interesse*, digno de tutela legal e que é o do credor que não dispõe de uma via alternativa ao processo executivo para tentar obter a cobrança do crédito executando, resultado que, por *culpa exclusiva* do executado/fiel depositário, se não cumpre. A não ser assim, então todos os crimes deixariam de admitir a constituição como assistente (excepto os particulares em sentido estrito e, mesmo aí, com uma assinalável aporia intra-sistemática), visto que o Direito Penal só tutela bens jurídicos essenciais ao convívio comunitário e ao livre desenvolvimento da pessoa. Não pode ser esta, manifestamente, a hermenêutica acertada, até pelo constante maior papel que se deseja atribuir ao ofendido em processo penal⁽¹³⁾.

E a doutrina germânica não parece ir em sentido oposto, ao defender que é irrelevante para o preenchimento do tipo correspondente ao nosso art. 355.º do CP a duração em que o bem está sob o domínio público e a natureza do interesse — público ou privado — que o mesmo serve⁽¹⁴⁾,

⁽¹²⁾ Acórdão uniformizador do STJ n.º 1/2003, de 16/1/2003, Proc. n.º 609/02, SIMAS SANTOS, DR. I-A, 27/2/2003, p. 1413.

⁽¹³⁾ É essa, aliás, a nossa tradição, como nota GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, vol. I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 278.

⁽¹⁴⁾ STERNBERG/LIEBEN, in: SCHÖNKE/SCHRÖDER (Hrsg.), *StGB Kommentar*, 28. Auflage, München: Beck, 2010, Rn 9, p. 1441: «Unerheblich ist ferner die Dauer der Aufbewahrung oder ob die Aufbewahrung im öffentlichen oder privaten Interesse erfolgt».

o que implicitamente significa a identificação de *dois interesses* na matéria incriminatória, como vimos defendendo.

Na verdade — adiantemo-lo desde logo —, situações existem em que o ofendido é titular de um *interesse próprio juridicamente relevante*⁽¹⁵⁾, na medida em que o processo executivo movido contra o exequente é essencial à satisfação do seu direito de crédito. Nas últimas palavras do acima citado aresto, sempre que os interesses sejam «simultaneamente, do Estado e de particulares (...), a pessoa que tenha sofrido danos em consequência da sua prática», admite-se que o ofendido seja alçado a assistente⁽¹⁶⁾.

Como se proíbe — e bem — a auto-defesa, como regra, no exercício de direitos subjectivos (art. 1.º do CPC), apenas com o concurso do Estado pode o ofendido satisfazer a sua pretensão, a qual é descejada pelo próprio ordenamento, no seu conjunto considerado. Onde, em uma primeira nota, *a vontade do ofendido corre no mesmo sentido da do Estado*⁽¹⁷⁾, o que revela uma total congruência entre *dois interesses* e mostra, por simples lógica, que, afinal, *existem dois e não um único* interesse no crime *sub specie*.

Numa certa acepção do «princípio da unidade da ordem jurídica» — que cremos não somente vinculada ao estrito campo dos tipos jus-

⁽¹⁵⁾ É interpretação pacífica entre nós. Por todos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, n.º 3, p. 212, admitindo a constituição de assistente nos delitos públicos «sempre que [o] bem jurídico puder ser encabeçado num portador concreto».

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*, *idem*. Nas palavras de JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, «A participação dos particulares no exercício da acção penal», in: RPCC, 8 (1998), p. 593, «o assistente está legitimado a agir no processo penal, enquanto detentor de um específico interesse na questão de direito sujeita a apreciação judicial. Sendo que esse interesse, embora particular, é um elemento de ponderação na concreta decisão do caso, pelo que a intervenção do assistente é também uma exigência de ordem pública (pois que a decisão justa é aquela que tem por suporte a consideração de todos os pontos juridicamente relevantes — incluindo o do assistente)» (nossos itálicos).

⁽¹⁷⁾ Faça-se a analogia com a matéria do acordo, causa de exclusão da tipicidade, no âmbito do dito «paradigma dualista», em face do consentimento. Sobre a matéria, por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, *passim*.

tificadores (art. 31.º, n.º 1, do CP) —, este é o único resultado hermenéutico que temos por consequente com aquela proibição de auto-tutela e a respectiva imposição de recurso aos meios coercitivos normais do Estado para a satisfação do crédito.

Donde, seria *contraditório* com as finalidades pretendidas pela própria ordem jurídica que se não admitisse a concorrer *para e na* acção penal quem teve de recorrer a esse mesmo Estado para efectivar um direito de que é titular. Repare-se que se é certo que é a autonomia intencional estatal que ora se protege, também é exacto que não é — nem podia ser — esse ente colectivo que fiscaliza *sem-pra* o cumprimento ou incumprimento das suas ordens legítimas. Principalmente no tangente ao Direito Privado, tal função é como que «delegada» nos particulares, por estarem em melhores condições — materiais e processuais, desde logo, probatórias — de fazerem chegar aos meios normais de coacção os factos que, normativamente enquadrados, conduzam ou não à conclusão do inadimplemento da ordem do Estado.

Assim, negar a possibilidade de constituição como assistente em circunstâncias como esta seria não dar continuidade lógica às funções que o mesmo Estado «compartilha» com os cidadãos, amputando-lhes uma faculdade essencial à concretização da Justiça ao serviço da qual está a descoberta da verdade material (art. 20.º da CRP). Por fim, neste ponto, na base de um entendimento próximo do que vem de explicar-se, tem-se assistido a um saudável movimento de admissão jurisprudencial da intervenção como assistente de ofendidos em crimes públicos, em uma casuística que abrange, *v. g.*, a falsificação de documentos, a contrafacção, a denúncia caluniosa, a falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução, denegação de justiça, prevaricação, violação do segredo de justiça (ou fiscal) e a desobediência ⁽¹⁸⁾.

Ainda conexonado com o que vem de dizer-se, o crime em análise é, *na estrita factualidade sob escrutínio*, o resultado da conjugação de

⁽¹⁸⁾ Confrontem-se as referências aos aresos em PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n.º 3, pp. 212-213.

disposições processuais civis (de natureza executiva: aqui, desde logo, o art. 768.º, n.º 3, e, fundamentalmente, o art. 767.º, n.º 2, *in fine*, do CPC, anterior art. 850.º, n.º 2, no CPC de 1961) e penais, pelo que parte do tipo legal do art. 355.º é, *hic et nunc*, verdadeira «norma criminal em branco». Ora, neste domínio, é sabido que a parte «importada» de outro ramo de Direito deve obedecer, nos seus traços fundamentais, também à região jurídica da qual provém, para além de, bom é de ver, não poder conflitar com o essencial do ramo «de acolhimento».

Assim, apesar de o novo CPC ir no sentido de um aumento do poder inquisitório do juiz, mantém-se como traço essencial desse ordenamento o *princípio do dispositivo*, desde logo na inexistência — como regra (pensamos, ao invés, *p. ex.*, em certas ditas «acções de estado») — do dever de promover ou não acção judicial, a qual fica, por isso, na disponibilidade das partes. No caso *sub judice*, o ex-querente/ofendido não tem outro meio ao seu dispor para satisfazer o direito de crédito que titula, pelo que lança mão do dito «princípio do dispositivo», o que é uma marca indelével e inegável da existência de um direito livremente disponível. Não se ignora que não é deste tipo de direitos que o campo penal trata. Mas também se não pode dizer que o legislador tenha sido *in totum* a eles alheio. Muito ao invés: vejamos os crimes semipúblicos e particulares em sentido estrito e as crescentes soluções de oportunidade e consenso introduzidas por via material e processual.

Donde, mesmo na identificação do interesse protegido por um bem jurídico, pode existir uma *marca de disponibilidade* pelo respectivo titular, o que vemos reforçado pela circunstância de, *na modalidade típica do art. 355.º sob apreciação*, o processo executivo e, dentro dele, a penhora decretada, serem parte da matéria de proibição por via da assinalada norma criminal em branco. E esta última tem origem em um ramo de Direito marcadamente dispositivo, o que empresta um conteúdo heurístico não desprezível na indagação quanto a saber se o interesse vazado no crime sob escrutínio contém ou não, também, uma *marca individual espelhada no concreto ofendido*. Estamos em crer, aberta e irrestritamente, que sim.

Aliás, sempre que o CPC se refere a um desvio de uma coisa da custódia pública à qual a mesma deve estar vinculada ou ao incumprimento de uma decisão judicial ou de um interveniente processual dotado de poderes públicos, fá-lo sob cominação da prática do delito de «desobediência» (simples ou qualificado) — cf. artigos 166.º, n.º 3, 232.º, n.º 5 e 375.º Em outros casos, prefere a locução «eventual responsabilidade criminal» (artigos 519.º, n.º 2, 767.º, n.º 2, 858.º, 866.º, todos do CPC).

Por tudo o que se alinhou, não se vislumbra em que medida a actuação do ofendido possa colocar em causa as atribuições do Ministério Público (MP) e afirmar-se como empecilho à consecução das mesmas. *Muito pelo contrário*: a admissão do ofendido, pelo juiz de instrução, a intervir nas vestes de assistente só pode contribuir para a efectivação do respeito pela conhecida «autonomia intencional do Estado». *Realisticamente*, se não for o exequente no processo civil a impulsionar a notificação do executado, o mesmo mantém-se sem qualquer consequência penal a usufruir de todas as vantagens decorrentes do bem penhorado, *contra a vontade do Estado*.

Ora, em casos como estes em que cabe ao ofendido o impulso, em outro processo — *in casu*, o civil —, para que o objecto de protecção da norma (WELZEL) seja efectivamente cumprido, não se vê como pode o próprio Estado — *interessado primeiro* em que as ordens que dele emanam (directa ou indirectamente) sejam cumpridas — não admitir como colaborador do MP (art. 69.º, n.º 1, do CPP) aquele que, *na prática*, é o único a titular a efectividade do respectivo crédito. *Brevitatis causa*: inexistem dúvidas quanto à titularidade do direito do ofendido em relação ao objecto penhorado e, por isso mesmo, o Estado conferiu a essa coisa uma *especial relação de protecção consigo mesmo*, colocando-a sob o manto do poder público. É *esquizofrénica*, assim, uma argumentação que não admita a auxiliar o órgão encarregue da perseguição criminal alguém que, processualmente, é, na materialidade do acontecer, o único que pode conseguir a efectiva apreensão do bem.

Uma verdadeira *contradictio in adiecto*, sem se vislumbra qualquer estorvo à actuação do MP. Aliás, como tem sido recorrentemente subli-

nhado, a figura deste último sujeito processual é uma originalidade (muito positiva) do nosso Direito Processual Penal, que não compara, p. ex., mesmo com ordenamentos tão exigentes como o alemão na concessão de poderes interventivos e de conformação do objecto processual. E este é um dos motivos pelos quais o assinalado *esquecimento crónico da vítima* (aqui entendida esta última mais em sentido criminológico e sociológico), apesar de merecer atenção da nossa parte, não ser tão fundo como o que sucede em ordenamentos em que a intervenção do ofendido se limita quase em exclusivo à dedução de pedido de indemnização civil ⁽¹⁹⁾.

Por fim, neste ponto — e em reforço do que também se já escreveu —, recorramos a um outro argumento. Voltando ao *modus adificandi criminis*, o delito de descaminho é construído como um *crime de desobediência especial, qualificada*, na medida em que a ordem incumprida é tida por mais relevante na axiologia sistémica. Na verdade, o agente, dolosamente, dirige a sua conduta e vontade no sentido de obviar a que seja executada uma decisão de um ente público dotado de *potestas* que lhe advém da soberania do Estado. Donde, a factualidade vertente é praticável *por omissão* ⁽²⁰⁾, dado que a consumação do delito ocorre com a falta de entrega devida do bem sob poder público ⁽²¹⁾. A ser assim — como cremos —, bastará remeter, por economia discursiva, para a fundamentação exarada em acórdão uniformizador de jurisprudência, em cujo sumário se lê: «[e]m processo por crime de desobediência qualificada decorrente de violação de providência cautelar, previsto e punido pelos artigos 391.º do CPC ⁽²²⁾ e 348.º, n.º 2,

⁽¹⁹⁾ Vejam-se, entre outros, o nosso *A mediação penal de adultos — um novo “paradigma” de justiça?*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*.

⁽²⁰⁾ Em face de norma similar, no Direito alemão, WEILER, in: DÖLING/DUTTCHEL/RÖSSNER (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden: Nomos, 2011, Rn 7, p. 876.

⁽²¹⁾ Sobre o tema, também o nosso *As “posições de garantia” na omissão impura. Em especial a questão da determinabilidade penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, *passim*.

⁽²²⁾ Não se tratando, *in casu*, de uma providência cautelar, de idêntico modo estamos perante um acto de soberania estatal — ainda que delegado em agente de

do CP, o requerente da providência tem legitimidade para se constituir assistente» ⁽²³⁾. Ou, em reforço, o bem fundamentado ac. do TRL de 3/10/2007 ⁽²⁴⁾, de onde se respiga: «[s]ucedendo que, concomitantemente com a “autonomia intencional do Estado”, o legislador pretendeu também, com a norma incriminadora em apreço, proteger o direito que aos particulares legitimamente assiste de verem cumpridas ordens dimanadas do Estado (poder legislativo, executivo ou judicial) que directamente visem acautelar os seus direitos e interesses legalmente protegidos, *maxime*, quando, como no presente caso, se tratem de ordens proferidas no âmbito de um processo judicial instaurado por sua iniciativa, e que visa a composição, ainda que provisória, de um litígio em que sejam partes».

Per summa capita, todas as razões ponderadas quanto às considerações político-criminais que estiveram na base da construção da figura do assistente e do respectivo estatuto processual depõem, no caso vertente, no sentido da sua admissão, mesmo adoptando uma lógica de *costs and benefits* em termos de celeridade processual. Muito claramente: a intervenção do assistente em um delito desta natureza é, na prática, *quase condição* para a efectiva punição do agente — excepto, claro está, se o bem for público, e mesmo aí exige-se o concurso do MP ou da Fazenda Pública —, ponto é que os demais requisitos objectivos e subjectivos do art. 355.º do CP estejam preenchidos, pela iniciativa processual que impende sobre o exequente, aqui, para nós, (também) tecnicamente «ofendido» para os efeitos da previsão normativa do art. 68.º, n.º 1, al. a), do CPP.

execução —, tal como no caso do arresto, i. é, sob o poder de custódia pública, pelo que achamos autorizada a paridade argumentativa.

⁽²³⁾ Proc. n.º 40/10.1YFLSB, de 17/11/2010, relatado por MAIA COSTA, DR, I, de 16/12/2010.

⁽²⁴⁾ Proc. n.º 6227/2007-3, relatado por MORAIS DA ROCHA, em cujo sumário se lê: «[a] Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, na qualidade de requerente de uma providência cautelar decretada contra duas sociedades, tem legitimidade para se constituir como assistente no processo instaurado com base em queixa daquela contra estas, pelo crime de desobediência decorrente do não acatamento, pelas mesmas sociedades, da decisão proferida na dita providência cautelar».

IV — Nótulas sobre a suspensão provisória do processo aplicável ao crime de descaminho

1. Tendo em conta a natureza do crime em estudo e as finalidades do instituto que encima esta epígrafe, a injunção que julgamos mais adequada é a da *entrega do bem penhorado* (cf. art. 281.º, n.º 2, al. m), do CPP), dado ser esse o fim último de qualquer processo em que esteja em causa o crime de descaminho. Vejam-se, por outro lado, os requisitos cumulativos do art. 281.º, n.º 1, al. f) que, pela sua centralidade, nos permitimos transcrever: «f) [s]er de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta *responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir* ⁽²⁵⁾».

Não vemos como outras obrigações assumidas pelo arguido, v. g. pagar uma dada soma a uma *qualquer* instituição de solidariedade social, sejam aptas a cumprir as finalidades preventivas que o instituto do art. 281.º do CPP também visa atingir. A reafirmação contrafáctica da norma não se consegue minimamente desta forma ⁽²⁶⁾ e a reintegração dos bens jurídicos recebe uma mensagem assaz contraditória: «incumpra a obrigação de entrega do bem penhorado, pois pagas uma quantia a uma instituição e podes, impunemente, continuar a fruir dessa coisa». Na verdade, não sendo embora sanções penais, tais injunções,

⁽²⁵⁾ Nossos itálicos.

⁽²⁶⁾ Chamando a atenção para este ponto, também PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do CPP*, cit., n.º 12, p. 762. Do estrito prisma-técnico jurídico, não encontramos obstáculo legal a que tal suceda — cf. art. 281.º, *a contrario sensu*, do CPP. Todavia, atendendo a considerações de prevenção geral e especial, bebendo das palavras de COSTA ANDRADE, em estudo seminal sobre a Vitimologia («A vítima e o problema penal», sup. do BFD, 21, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1980), achar-se-ia mais adequada a indicação específica de uma instituição ou de um conjunto delas que tivessem um objecto «social» que as agrupassem. Trata-se de matéria a que a doutrina e a jurisprudência têm, em nossa opinião, dedicado pouca atenção, esquivando que a tese do ilícito pessoal e a defesa da prevenção geral positiva melhor se cumprem por via de injunções ou regras de conduta mais conformes com o que designariamos de uma *refracção do princípio da determinabilidade ou da taxatividade penais* e que, por regra, beneficiem pessoas singulares ou colectivas que mais próximas se achem do *locus delicti*.

na medida em que contendem sempre, em maior ou menor medida, com a *compressão de direito fundamentais*, apresentam uma *natureza para-penal*, ou *quase-penal*, podendo ser caracterizadas como *obrigações dirigidas a constranger o arguido ao respectivo cumprimento*.

2. Durante o período de suspensão, se existir *notitia criminis* de que, no seu decurso, o arguido tenha cometido crime da mesma natureza, em conformidade com o art. 282.º, n.º 4, al. b), do CPP, não pode haver despacho de arquivamento do inquérito por cumprimento da injunção imposta. Ao invés, deverá o MP averiguar da nova comissão delitual.

Outra questão importante, neste domínio, diz respeito aos meios ao dispor para reagir quando haja discordância de um sujeito processual quanto ao cumprimento ou incumprimento de tais injunções.

Estamos em face de um verdadeiro *incidente processual* (o da averiguação do inadimplemento) que se não acha *expressis verbis* regulado, o que configura, em nosso entender, uma grave lacuna ⁽²⁷⁾. Na verdade, no livro das execuções do CPP não existe qualquer referência ao instigado e não há outro que se lhe possa aplicar por analogia, desde logo na medida em que as regras e injunções não são tecnicamente penas ou medidas de segurança, como acabámos de ver. Assim sendo, ficamos-nos pela regra geral dos artigos 53.º, n.º 2, al. e), e 469.º, ambos do CPT, em conformidade com os quais cabe ao MP velar pelo cumprimento das penas (aqui interpretadas *lato sensu*, como se disse). A única via processual disponível em caso de discordância é a da hierarquia do próprio MP, na medida em que inexiste — excepto o requerimento para abertura de instrução, aqui inaplicável — meio impugnatório para um juiz. O Estado confiou no MP para uma tarefa que padece de um défice de garantias dos sujeitos intervenientes, porquanto se deveria admitir,

⁽²⁷⁾ Nem tem merecido grande interesse na jurisprudência, de que é excepção o ac. do TRL de 21/6/2006, Proc. n.º 4452/2006-3, CARLOS ALMEIDA, que conclui pela necessidade de proferir acusação e não reabrir o inquérito para aferir da existência de indícios suficientes quando o MP entender não ter sido cumprida a injunção aplicada — desde logo na medida em que o art. 281.º CPP é uma *alternativa* à acusação.

de iure condendo, em tais hipóteses, recurso judicial, desde logo baseado na circunstância de que a decisão de suspender provisoriamente um processo penal resulta do *curso de uma promoção do MP e de um despacho de um JIC* que, ao menos formalmente, tem a «última palavra» (não se desconhecendo a polémica sobre a possibilidade de o JIC discordar ou não da dita promoção do MP, a qual julgamos hoje inclinar-se no sentido dessa admissibilidade, embora depois inexistia recurso) quanto à decisão judicial assim tomada ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ Cf. o ac. de uniformização de jurisprudência n.º 16/2009, Proc. n.º 270/09-9YFLSB, DR, I, de 24/12/2009, relatado por SANTOS CABRAL.