

SUBSÍDIOS PARA UMA TEORIA DO CONTENCIOSO ADUANEIRO

(Da génese do Contencioso Aduaneiro ao concurso de infracções)

Pelo DR. ANTÓNIO JOSÉ DE LIMA

Preliminares

A vida em sociedade não é privatística ou exclusiva do homem.

O fenómeno da sociabilidade verifica-se mesmo naqueles seres que, na escala da valoração, ocupam ínfimo lugar, quase desprezível.

Há até quem pretenda ver em certos insectos uma vida de grupo mais bem organizada do que a do próprio homem. E, de algum modo, semelhante forma de ver não é desrazoável, se se atender à mínima inteligência de que são dotados ou à sua ausência absoluta de raciocínio.

Mas também não falta quem lhes não negue, embora em grau não elevado, estas nobres qualidades que deduzem de uma série de actos praticados sistemática e regularmente na sua vida de conjunto. (Maeterlinck).

Todavia, de entre os seres conhecidos, é certamente o homem o mais eminentemente social; a vida gregária é nele não só instintiva, mas racionalmente necessária. E é ele, sem dúvida, quem mais ordenada e inteligentemente a pratica.

Para a consecução dos seus fins, para a satisfação das necessidades de ordem vária que condicionam a sua existência, carece irrecusavelmente do concurso dos seus semelhantes.

Desde as necessidades mais elementares — alimentação, vestuário e defesa — até às de ordem moral e intelectual, é na íntima e apertada colaboração com os seus semelhantes que o homem lhes dá

plena satisfação e realiza os seus fins. Tem, pois, vida de interdependência necessária, a qual se observa através de toda a fenomenologia do grupo.

Com o andar dos tempos, e consequente evoluir do homem, esta vida de relação tornou-se cada vez mais intensa e mais complexa, originando situações da vida real de difícil ordenamento.

Ao contrário do que sucede nas sociedades animais, a vida de relação entre os homens é de mutações constantes e, — como é próprio de tudo o que evolue, — só poderá deixar de o ser quando encontrar a sua forma extrema ou última...

Na vida social dos seres inferiores não se verifica semelhante fenómeno. Os indivíduos praticam sempre as mesmas actividades no quadro limitado que a natureza traçou e lhes impôs. Quer dizer: a função atribuída a cada indivíduo na vida colectiva dos seres inferiores é, pois, orgânica e instintivamente exercida.

A natureza neles organizou tudo e tudo ordenou. E, assim, a sua marcha no tempo não sofre dos males que entorpecem ou dificultam a harmonia das sociedades humanas.

Ora, enquanto estes seres inferiores vivem em harmonia sempre ou quase sempre constante (por vezes há motivos de desarmonia exteriores ao grupo) o homem dotado de inteligência, de raciocínio e de imaginação, qualidades em que se cifra o seu enorme poder criador, vive num mundo extraordinariamente crescente de interesses antagónicos, por vezes de difícil harmonização. Daqui a necessidade de o próprio homem, emancipado da natureza, ordenar a sua própria vida e de criar o meio do seu ordenamento, meio que oscila na mesma medida em que os interesses de ordem vária se multiplicam ou tomam simplesmente aspectos novos no «mundo» social.

Houve de delimitar-se a cada indivíduo o campo próprio da sua acção na vida do grupo, assinar-se as suas obrigações e paralelamente os seus direitos.

Por outro lado, traçaram-se os domínios do grupo, direitos e deveres para com os agrupados e regimes de consecução dos fins colectivos ou sociais.

Mas o homem dotado de qualidades que lhe permitem autodeterminar-se, nem por isso consegue uma vida social isenta de atritos com os seus semelhantes. No seu constante evoluir não atinge, e parece

que jamais atingirá, aquele estado de perfectibilidade que lhe permita uma vida de relação sem chocar com os seus consócios.

Daquí uma série de conflitos dos indivíduos entre si e entre as entidades que na sociedade constituem a sua estrutura orgânica político-social.

Todavia, tanto os interesses derivados da vida de relação como os inevitáveis conflitos que originam, embora de não fácil ordenamento, nem por isso deixam de ser enformados numa ordem tutelar e coactiva, communmente chamada ordem jurídica.

E assim surgiram as normas reguladoras das situações da vida real criadoras de interesses, normas que, segundo os interesses especialmente protegidos, formam ou constituem o substractum das duas grandes divisões em que o direito se biparte — o público e o privado.

I

- 1 — Génese e função do direito fiscal.
- 2 — Objecto do direito fiscal.
- 3 — Direito aduaneiro.
- 4 — Natureza do direito aduaneiro.
- 5 — O contencioso aduaneiro e o Código Penal.

1 — Na vida das sociedades politicamente organizadas o Estado não pode deixar de ter a seu cargo diversas funções em ordem à satisfação de múltiplas necessidades. Por um lado, aquelas que se situam no interesse de ordem vária dos cidadãos que, individualmente ou associadamente, não podiam realizá-las plena e efficientemente. Por outro, aquelas que no domínio da ordem interna ou externa só ao Estado competem como detentor da soberania e da ordem político-social.

Com efeito, certos serviços, como os da justiça, polícia, instrução e higiene, não poderiam sem grande gravame para a colectividade (ou para os cidadãos) ser da iniciativa particular nem tão pouco teriam a orientação mais conveniente. E há outras necessidades cuja satisfação, irrecusável e exclusivamente, têm de pertencer ao Estado, tanto no domínio interno como no externo, tais como a manutenção da ordem interna, a defesa externa e as derivadas da vida de relação dos estados entre si.

Embora os estados possam ter e tenham patrimônio próprio, com rendimentos próprios, a verdade é que estes rendimentos raramente ou nunca poderiam bastar à satisfação dos vários serviços a seu cargo. Para a consecução dos seus fins necessitam, pois, de outras fontes de receitas que obtêm por meios diversos.

Ora se os fins do Estado, nos seus efeitos, interessam a todos os cidadãos, estava indicado que estes contribuíssem, individual ou associadamente, com o quantum julgado suficiente. Nem de outro modo podia suceder.

E, assim, é sobretudo das riquezas particulares, das actividades individuais e colectivas, — comerciais, industriais e profissionais, — que tais receitas saiem, pela via dos impostos de vária natureza. Mas esta contribuição, por vezes algo penosa para uma parte dos cidadãos, não é dada espontâneamente nem o Estado a impõe sem subordinação a determinados princípios e normas.

A actividade do Estado no sentido de criar e recolher receitas e de realizar despesas é subordinada a uma ordem jurídica e a especiais normas reguladoras.

Ora estas normas, que regulamentam as receitas e as despesas e as relacionam, constituem um ramo importantíssimo do direito público — o direito financeiro do Estado. Mas não basta o ordenamento das receitas e despesas, a sua definição e a sua delimitação, para assegurar ao Estado os meios de satisfazer os fins que se propõe e lhe são impostos pela sua constituição político-social.

A natural tendência dos contribuintes, com mui raras e notáveis excepções, é fugirem aos encargos atribuídos usando de fraudes diversas, ou pelo menos procurarem diminuí-los o mais possível. E, assim, não só dificultam a acção do Estado como até procuram eximir-se aos encargos ou obrigações tributárias.

Verificando-se semelhante anomalia nestas relações dos cidadãos com o Estado, este, para assegurar e tornar efectivas as receitas, estabelece normas, forçando-os ao cumprimento das suas obrigações tributárias.

Embora estas normas ainda se devam considerar de direito financeiro, pelo seu conteúdo e natureza específica da sua função, constituem um ramo aparte e o mais importante daquele direito — o fiscal.

2 — Determinada a génese e a função do direito fiscal, parece fácil de ver qual o seu objecto. Na verdade, é pelos fins a que tendem as normas jurídicas, pelo escopo que visam, que o objecto do direito que constituem naturalmente se define e delimita.

Entre os mais versados neste ramo de direito não há discrepância em restringir o seu conteúdo às regras ou normas que tratam dos impostos. E, com efeito, não vemos fundamento para lhe atribuir conteúdo mais lato.

3 — Do objecto e função do direito fiscal logo se pode concluir que o direito aduaneiro nada mais é do que uma parte daquele.

Os estados normalmente não se bastam a si próprios. Uma vez não possuem as matérias-primas essenciais às suas indústrias ou não têm certas indústrias; nem o seu solo permite certas culturas nem dele se extraem produtos que bastem às suas necessidades económicas. Daqui a necessidade de um intercâmbio económico que lhes permita não só importar os produtos ou matérias-primas de que carecem, mas também colocar nos mercados externos o excedente das suas necessidades económicas. Por outro lado, dentro de certo condicionamento, é permitida a concorrência dos produtos estrangeiros com os nacionais.

Mas nem aquele intercâmbio nem esta concorrência se praticam sem um ordenamento jurídico. E do mesmo passo o Estado protege a vida incipiente de certas actividades nacionais e cobra apreciáveis receitas.

Deste modo, a entrada e a saída de mercadorias no país e a cobrança dos respectivos impostos deram lugar à criação das instituições e serviços aduaneiros, serviços e instituições estas que, no dizer do relatório da Reforma Aduaneira de 1941, constituem um dos mais importantes e complexos ramos da Administração Pública.

Por intermédio das Alfândegas e respectivos serviços cobra o Estado português, segundo o referido relatório, 80 % dos impostos indirectos, o que representa mais de 40 % da receita global dos impostos.

Pode parecer que a disciplina de tais serviços, por se destinarem à arrecadação de receitas provenientes de impostos, devia entrar no âmbito do direito fiscal geral. Mas há razão para assim não suceder.

A sua complexidade e importância desde logo indicaram um tratamento jurídico aparte.

Já o nosso Código Penal, nos seus art.ºs 279.º e 280.º, se limitou a definir o contrabando e o descaminho de direitos. E quanto ao mais, isto é, quanto aos meios de assegurar os direitos do Estado e dos contribuintes, relegou a sua regulamentação a leis especiais.

Na verdade, é no decreto n.º 2, de vinte e sete de Setembro de 1894, que a matéria fiscal aduaneira tem o seu mais amplo e completo ordenamento até à publicação do decreto n.º 31.664, de vinte e dois de Novembro de 1941, que aprovou o Contencioso Aduaneiro.

Todavia, aquele decreto n.º 2 de vinte e sete de Setembro de 1894, com o decorrer do tempo, passou a não corresponder às alterações profundas da vida social de então para cá e aos seus novos conceitos informadores. Por isso, surgiu o decreto n.º 31.664, onde, como se diz no notável relatório que o precede, se introduziram preceitos novos e se alteraram disposições velhas em ordem à satisfação de necessidades novas.

4 — Já se viu qual a função do direito fiscal e também já se disse que o direito aduaneiro constitui uma parte importante daquele direito. Concluiu-se também que a função do direito aduaneiro era fundamentalmente idêntica à do direito fiscal, por ser uma parte deste e apenas diferente pelo seu conteúdo específico.

Determinada a função do direito fiscal aduaneiro, há-de agora ver-se qual a natureza específica das suas normas.

Se, como se viu, o direito aduaneiro tem por fim assegurar a arrecadação de uma categoria especial de impostos e resolver as questões emergentes das relações que por via dela se estabelecem entre o Estado e os particulares, os seus preceitos são necessariamente de pura *garantia*.

Sem dúvida os interesses que as normas de direito aduaneiro protegem são imediatamente públicos e só mediamente particulares. Mas, embora na órbita da sua protecção abranjam interesses privados, a verdade é que os interesses predominantemente tutelados são os do Estado. Por consequência os seus preceitos são de interesse e ordem pública absoluta e a sua violação importa o sofrimento de uma sanção de natureza penal e responsabilidade civil em certos casos.

5 — O direito aduaneiro tem conteúdo penal sem, no entanto, ter fins de polícia. E foi certamente por o seu âmbito transcender os domínios do da polícia que o ordenamento jurídico das relações entre o fisco e os particulares não teve enquadramento no sistema penal geral, mas em leis especiais.

Na verdade, supomos ter-se procedido pelo melhor modo, porquanto, no Código Penal não teriam cabimento normas punitivas das infracções fiscais. Estas infracções resultam da ofensa do direito que o Estado tem de cobrar os impostos necessários à satisfação das suas actividades, ao passo que os delitos de polícia derivam da inobservância de uma obrigação geral de não violar a ordem social existente.

No entanto, o ordenamento jurídico aduaneiro, como se pode ver no Livro I do decreto n.º 31.664, foi algo inspirado no nosso velho Código Penal.

Alguns princípios, porém, se consagraram no Contencioso Aduaneiro, por exemplo os dos art.ºs 4.º e 5.º, que o antiquado Código Penal totalmente ignorou.

Por outro lado, o Contencioso Aduaneiro não ordenou por completo a sua matéria penal e no seu art.º 11.º manda observar os preceitos do Código Penal quanto à responsabilidade fiscal de natureza criminal, em tudo o que nele não estiver regulado ou em leis fiscais especiais.

Mais adiante teremos ocasião de abordar matéria não regulada no Contencioso Aduaneiro que bem podia ter sido contemplada neste diploma — o concurso real de infracções fiscais.

II

6 — Das infracções fiscais.

7 — Classificação destas infracções.

6 — No domínio do decreto n.º 2 de vinte e sete de Setembro de 1894, entendeu-se que nem todas as infracções nele previstas e punidas eram de natureza fiscal.

Afirmava-se que naquele diploma legal havia apenas duas categorias de infracções fiscais: os delitos de fraude e as irregularidades fiscais ou transgressões, estas distinguindo-se daqueles por faltar no agente a intenção de prejudicar os rendimentos do Estado.

Além destas duas categorias de infracções, o delito de contrabando, considerado mero delito de polícia, por não constituir uma violação do direito que tem o Estado de cobrar os seus impostos.

Não se negava, porém, que o delito de contrabando resultasse da violação de uma norma que podia ter conteúdo económico. O que se afirmava era que juridicamente não tinha a natureza do delito fiscal, mas simplesmente de polícia, visto resultar da violação de uma obrigação geral de não se alterar a ordem social constituída.

Efectivamente, a definição legal do delito de contrabando dada por aquele decreto n.º 2 de vinte e sete de Setembro de 1894 levamos a semelhantes conclusões. No seu art.º 7.º, este decreto declara contrabando a importação e a exportação fraudulenta de mercadorias, cuja entrada ou saída do país fosse absolutamente proibida.

Esta disposição, como se vê, visa um fim diferente daquele que caracteriza as normas de direito fiscal. Nestas contêm-se preceitos que protegem o direito de o Estado cobrar impostos, ou seja o poder penal do Estado em matéria fiscal.

Ora, no art.º 7.º daquele citado decreto nada mais se alcançava do que a protecção de um interesse de ordem social geral — a economia nacional. Quer dizer: o delito de contrabando não derivava da ofensa de interesses do Estado em matéria de impostos aduaneiros.

7 — Há-de ver-se agora se em face do direito aduaneiro moderno — decreto 31.664 de vinte e dois de Dezembro de 1941 — se poderá sustentar uma tal classificação das infracções fiscais.

Logo no seu artigo 1.º houve o cuidado de se afirmar que a infracção fiscal é o facto ilícito declarado punível por lei ou regulamento fiscal. Formalmente, pois, não sofre discussão o que deva entender-se por infracção fiscal. E, assim, não há dúvida de que toda a infracção prevista e punida em leis ou regulamentos fiscais é de natureza fiscal.

Ora, desde que o delito de contrabando está contemplado nos art.ºs 35.º, 36.º e 37.º daquele Contencioso, formalmente é um delito fiscal. Mas intrinsecamente considerado este delito será também um delito fiscal?

Confrontando-se o disposto naquele art.º 35.º com o preceituado no art.º 7.º do decreto n.º 2 de vinte e sete de Setembro de 1894,

logo se vê que o alcance daquele é maior e algo diferente do deste. Na verdade, no decreto de 1894 procurou-se simplesmente evitar a importação e a exportação de mercadorias, cuja entrada ou saída do país fosse absolutamente proibida. É verdadeiramente uma medida de protecção à economia nacional.

No art.º 35.º do actual Contencioso Aduaneiro quis-se muito mais. Por um lado, abrange no seu âmbito quaisquer mercadorias proibidas ou não. Por outro, o seu fim é evitar também que quaisquer mercadorias entrem ou saiam do país sem passar pelas Alfândegas. Quer dizer : do mesmo passo assegurou-se a protecção que o Estado deve à economia nacional e garantiu-se a percepção dos impostos que lhe são devidos.

Assim já não se poderá negar que tal disposição visa, ao menos indirectamente, um interesse fiscal do Estado que é o de cobrar os impostos através das Alfândegas e instituições semelhantes. E, consequentemente, há-de concluir-se que o delito de contrabando é um delito formal e substancialmente fiscal.

Do exposto parece poder afirmar-se que as infracções previstas e punidas no Contencioso Aduaneiro moderno formam duas categorias : delitos de fraude e simples irregularidades fiscais.

A primeira categoria é constituída pelos delitos de contrabando, descaminho de direitos, de fraude às garantias fiscais e de opposição a verificação ou a exame.

A segunda pelas transgressões que, na expressão do art.º 50.º, são toda a acção ou omissão que, não constituindo delito, seja contrária às leis ou regulamentos fiscais. Ou, como se disse mais atrás, infracções originadas de simples irregularidades fiscais.

III

8 — Concurso de infracções fiscais.

9 — Concurso real (acumulação).

10 — Concurso aparente (inexistência de acumulação).

11 — Sistema do Contencioso Aduaneiro.

12 — Confronto dos art.ºs 4.º e 5.º com os art.ºs 37.º e 43.º (sua interpretação).

8 — Disse-se que o ordenamento do direito aduaneiro havia sido algo inspirado no nosso Código Penal. E afirmou-se também que alguns princípios de ordem geral se consagraram no decreto

n.º 31.664, totalmente ignorados por aquele Código. E ainda, que tais princípios eram os que se consubstanciavam nos seus art.ºs 4.º e 5.º.

Efectivamente, nestes preceitos estabeleceram-se as regras reguladoras do concurso de infracções.

No primeiro o concurso exclusivo de infracções fiscais; no segundo o concurso de infracções fiscais com outras de natureza não fiscal. Todavia, em qualquer daqueles referidos preceitos só se regulou o concurso aparente de infracções, como adiante se verá.

O decreto do Contencioso Aduaneiro de 1941 não regulou nas suas disposições o concurso real de infracções fiscais, se bem que esta espécie do concurso se possa verificar, a cada passo, na vida real do direito fiscal aduaneiro com consequências diversas.

Umaz vezes do concurso real de infracções resulta uma reincidência, outras uma simples acumulação. É sempre consequência da primeira um agravamento da pena ao agente reincidente. Na segunda estabelece-se, em princípio, um benefício para o agente de uma pluralidade de infracções cometidas ou não na mesma ocasião.

Em matéria tão importante mal se justifica a sua omissão no Contencioso Aduaneiro. Mas o mal não é sem remédio, porquanto, lá está o seu art.º 11.º a ordenar o suprimimento no antiquado Código Penal.

A questão de melindre em matéria de concurso de infracções é quando do concurso resulta uma acumulação real ou aparente de infracções.

9 — No sistema do nosso Código Penal, verifica-se a acumulação de crimes quando o agente comete mais de um crime na mesma ocasião ou quando, tendo perpetrado um, comete outro antes de ter sido condenado pelo anterior, por sentença passada em julgado — art.º 38.º.

Neste art.º 38.º distinguem-se duas hipóteses: 1.ª cometer o agente mais de um crime na mesma ocasião; 2.ª ter o agente cometido um crime e, posteriormente, cometer outro ou outros antes de ter sido condenado pelo primeiro com trânsito de sentença. Quer dizer: em ocasiões distintas e antes de condenado pelo primeiro e por sentença transitada.

A primeira hipótese não oferece dúvidas nem dificuldades em matéria de infrações fiscais. Como sucede em direito penal, e ainda por força do art.º 11.º do Contencioso Aduaneiro, o agente de duas ou mais infrações fiscais cometidas na mesma ocasião será punido de harmonia com as regras estabelecidas no art.º 102.º do Código Penal.

Na segunda hipótese, porém, podem surgir algumas dificuldades derivadas de a competência para o julgamento das infrações fiscais não ser exclusiva das auditorias fiscais. Por outro lado, o decreto n.º 31.664 não estabeleceu a obrigação de juntar aos processos boletins onde se registem ou averbem os acontecimentos processuais que denunciem a possibilidade do concurso de infrações, do qual resulta o cúmulo jurídico das penas.

Mas, desde que as infrações sejam praticadas na zona jurisdiccional da mesma auditoria, a segunda hipótese não implicará dificuldades nem impedirá a observância do princípio jurídico-penal da acumulação.

Pode acontecer também ter sido o agente das infrações julgado pela que praticou posteriormente, estando ainda para julgamento, ou em fase mais atrasada, o processo relativo à infração que em primeiro lugar cometeu. E esta circunstância não impede a observância do princípio do cúmulo jurídico das penas, ainda mesmo quando o agente tenha cumprido a pena imposta pela primeira sentença.

O nosso mais alto tribunal assim o ensina, por interpretação analógica do § 3.º, com referência ao § 2.º do art.º 55.º do nosso Código do Processo Penal. E ensina ainda que a primeira sentença tem de ser tomada em consideração na posterior, aplicando-se uma só pena para as duas infrações.

Como corolário lógico desta doutrina, há-de o juiz, na última sentença, declarar sem efeito a pena anteriormente imposta. (Sup. Trib. Just. de 7-1-944, in Bol. do M.º J., ano IV, pág. 52).

Ao que parece não há fundamento para assim se não proceder nos domínios do direito fiscal aduaneiro. As razões que levaram o legislador do Código do Processo Penal a assim estatuir são as mesmas que impõem prática idêntica no domínio do direito processual aduaneiro. De resto, muito embora o decreto n.º 31.664 não aluda

àquele art.º 55.º do Código do Processo Penal, o certo é que semelhante disposição está de harmonia com o princípio do cúmulo jurídico das penas a observar no concurso de infracções fiscais, por virtude do disposto no art.º 11.º daquele decreto.

Deste modo, não vemos razões para se não proceder no domínio processual aduaneiro como ensina o Supremo Tribunal de Justiça.

10 — Afirmou-se já que nos art.ºs 4.º e 5.º do Contencioso Aduaneiro se contêm as regras reguladoras do concurso aparente de infracções (Conf. n.º 8). Vejamos agora em primeiro lugar o preceituado naquele art.º 4.º.

Este art.º 4.º determina que os factos que forem qualificados, no todo ou em parte, como infracções fiscais por mais de uma disposição de lei ou regulamento serão punidos pela disposição que estabeleça pena mais grave.

A primeira questão que o artigo suscita é a de se saber se a «lei ou regulamento» a que se refere poderão ser de natureza não fiscal ou só de natureza fiscal. Com efeito, como no artigo não se distingue, a dúvida pode ser legítima. No entanto, é mais aparente do que real.

O art.º 4.º do Contencioso Aduaneiro refere-se a infracções *fiscais* e estas, segundo o art.º 1.º, são os factos ilícitos declarados puníveis por lei ou regulamento fiscal. Por virtude da definição que aquele art.º 1.º dá da infracção fiscal, há-de necessariamente concluir-se que a lei ou regulamento nele referidos têm de ser de natureza fiscal e não de outra? Não nos parece que assim seja.

Como já se demonstrou ao apreciar-se o delito de contrabando, os delitos fiscais podem ser formal ou substancialmente fiscais. Ora os delitos substancialmente fiscais não perdem a sua natureza pelo facto de estarem prevenidos em leis ou regulamentos de natureza não fiscal. O conteúdo e o fim da disposição é que determinam a sua natureza e não sòmente a declaração legal ou o simples facto de estar contida em uma lei ou regulamento de certa espécie. Pode, pois, ser indiferente para a caracterização de uma disposição legal a natureza especial da lei em que está contida.

Parece, pois, poder afirmar-se que as leis ou regulamentos referidos no art.º 4.º do decreto n.º 31.664, tanto podem ser de natureza fiscal como de outra qualquer. As suas *disposições* é que hão-de ser

caracterizadamente fiscais pelo seu conteúdo e fim. E, como consequência lógica, o concurso de infracções fiscais, regulado naquele art.º 4.º, tanto se pode dar por virtude de disposições de leis ou regulamentos fiscais, como de outras leis desde que tenham conteúdo igualmente fiscal.

Posta de lado esta questão, de certo modo prévia, vejamos o concurso de infracções regulado nos art.ºs 4.º e 5.º do Contencioso Aduaneiro.

Como já se viu, o concurso real de infracções é caracterizado pela pluralidade da conduta criminosa, isto é, o agente pratica factos distintos com incriminação penal diversa para cada. Ao contrário, no concurso aparente de infracções verifica-se a unicidade do facto, uma só conduta criminosa violando simultâneamente mais de uma disposição legal. A acção do agente é, deste modo, classificada criminalmente por mais de uma disposição da mesma lei ou de leis diferentes que se não excluem.

Nesta espécie de concurso de infracções haverá na realidade uma pluralidade real de infracções?

Os doutrinários divergem, pronunciando-se uns no sentido afirmativo e outros no sentido negativo. De resto, é o que sempre ou quase sempre sucede em matéria onde o critério pessoal encontra campo propício.

Para os que entendem que a infracção é antes de tudo a violação de uma norma, há tantos crimes quantos os preceitos violados. Os que vêem na infracção principalmente uma conduta humana entendem que o agente pratica um só crime.

O nosso Código Penal, no § único do seu art.º 38.º, declarou que se o mesmo facto é previsto e punido em duas ou mais disposições legais, como constituindo crimes diversos, não se dará acumulação de crimes.

Em face deste preceito pode afirmar-se que no nosso direito penal se seguiu a doutrina daqueles que na essência da infracção vêem uma conduta humana e não a violação de uma norma.

Entre nós segue-se, pois, o princípio segundo o qual não se verifica uma pluralidade de crimes (tantos quantas as normas violadas) se o mesmo acto viola várias disposições de lei, mas apenas um só crime.

Verifica-se a unicidade de crime quando o acto ou facto criminoso for um só ainda que dele resultem várias infracções e vítimas (Rev. Leg. Jurisp., ano 31, pág. 181 e 187).

Mas de entre as disposições de leis violadas qual a atender para a punição do agente?

Há quem entenda que se o mesmo acto viola mais do que uma disposição de lei só há um crime, aquele que o agente *quis* e se os *quis* todos o *mais grave*. (Cit. Rev.) Outros solucionam a questão atendendo à produção do resultado da acção do agente. Assim, se de uma só acção do agente se verificar um só resultado, a infracção é única e tudo se resumirá a um conflito de leis, isto é, em saber qual de entre as diversas normas a aplicável. E conclui-se por afirmar que ninguém contestará que a incriminação deve fazer-se pela norma que contiver pena mais grave (Prof. Marcelo Caetano — Lições de Direito Penal, pág. 302).

Mas nem aquela citada Revista nem este Professor dão a razão das suas afirmações relativas à incriminação do agente pela norma que contiver pena mais grave.

Por seu lado, a nossa jurisprudência dos tribunais tem seguido constantemente a doutrina da incriminação do agente pela norma violada que contiver pena mais grave.

Deve afirmar-se o desconhecimento de qualquer preceito onde expressamente se consignasse semelhante doutrina. O fundamento desta prática parece extraído das regras do art.º 102.º do nosso Código Penal onde se regula ou determina a aplicação das penas quando se verifica o seu cúmulo jurídico. E este só se dá no concurso real de infracções.

Ora, o § único do art.º 38.º do nosso Código Penal apenas declara que a circunstância de o mesmo facto ter enquadramento em duas ou mais disposições legais, como constituindo crimes diversos, não dá lugar a acumulação de crimes. E isto significa que ao mesmo facto, embora punido por mais de uma disposição legal, cabe uma só pena.

Mas, se o nosso Código Penal estabeleceu e fixou regras de punir o agente no caso de acumulação de crimes (resultante do concurso real de infracções), nos termos do corpo do seu art.º 38.º, a verdade

é que é omissa no caso do concurso de disposições legais que previnam e punam o mesmo facto como constituindo crimes diversos.

Desta omissão (que alguns doutrinários e a nossa jurisprudência dos tribunais remediaram, aplicando a pena que cabe à infracção mais grave) surge a questão de se saber como se há-de punir o facto igualmente contemplado em duas ou mais disposições legais, como constituindo crimes diferentes, isto é, com figura jurídica autónoma, típica.

Segundo o nosso modo de ver, e salvo melhor e mais esclarecido entendimento, duas hipóteses se devem considerar: 1.^a ser o facto previsto e punido em duas ou mais disposições da mesma lei; 2.^a ser o facto previsto e punido em duas ou mais disposições de leis diferentes.

Na primeira hipótese ninguém poderá contestar que há-de aplicar-se ao agente a pena prevista na disposição legal que punir mais gravemente o facto delituoso. E isto, pela simples e natural consideração de que, se o mesmo facto ofendeu dois interesses juridicamente protegidos, se há-de atender àquele cuja ofensa se considerou maior e a que, em consequência, se atribuiu uma pena mais grave.

Na segunda hipótese dá-se um verdadeiro conflito *positivo* de leis penais que nos parece dever ter solução muito diferente. Na verdade, ou se há-de atender à natureza específica do interesse penalmente protegido com a norma violada, ou à simples teoria geral da aplicação das leis. E assim, por nos parecer ilógico resolver o conflito derivado do concurso de leis penais diversas, pelo mesmo modo por que há-de resolver-se o conflito de duas disposições da mesma lei.

O modo de solucionar a segunda hipótese pode ilustrar-se com o seguinte exemplo: Aníbal, de maior idade, pratica com Benjamim, menor de dezasseis anos, actos contra a natureza caracterizados pelo nosso Código Penal como atentado ao pudor no seu art.º 391.º. De harmonia com este preceito, Aníbal sofreria uma pena correccional de três dias a dois anos de prisão. Posteriormente, porém, o decreto n.º 20.431 classificou tais actos, quando praticados intencionalmente, de perversão ou desmoralização de menores. E atribuiu ao agente deste crime pena de prisão correccional até um ano.

É, como se vê, o caso nítido de a mesma acção criminosa ser prevista e punida em leis diversas com aplicação de penas quantita-

tivamente diferentes e ainda de o decreto 20.431 conter normas especiais em relação ao Código Penal que é lei geral.

Não só, pois, por ser *específico* o interesse protegido naquele decreto, mas também por ser *posterior* ao Código Penal, a pena a aplicar a Aníbal devia ser a prevista no § único do art.º 25.º deste decreto, muito embora quantitativamente menos grave do que a atribuída pelo art.º 391.º daquele código.

Este nosso modo de solucionar a segunda hipótese figurada não é tão pessoal e revolucionário como poderá parecer. Embora referindo-se apenas ao concurso de uma lei especial com uma lei geral, STOOS também afirma que, se das duas disposições ofendidas uma é geral e outra especial, se deve aplicar a pena da disposição especial, quer esta contenha um crime qualificado, quer um crime privilegiado.

11 — Exposta a nossa opinião sobre o modo da aplicação das penas nos casos derivados do concurso real e aparente de infracções na teoria do nosso Código Penal, vejamos agora qual o sistema do Contencioso Aduaneiro em matéria desta última espécie de concurso de infracções.

O exame das disposições dos art.ºs 4.º e 5.º do decreto n.º 31.664 mostra-nos que se adoptou um sistema muito diferente do Código Penal que bem pode denominar-se *misto*.

Na verdade, naquele art.º 4.º consagrou-se a doutrina daqueles que vêem na essência da infracção uma conduta humana. E, assim, quando o facto ilícito for classificado como infracção fiscal por mais de uma disposição de lei ou regulamento, o seu agente será punido pela disposição que estabeleça pena mais grave.

Estamos de acordo com a doutrina estabelecida, mas somente quando o facto ilícito for considerado infracção fiscal por duas ou mais disposições da mesma lei ou regulamento, isto é, no caso do concurso de disposições contidas no mesmo diploma legal. Já assim não entendemos quando o ilícito fiscal for considerado como tal por disposições de leis diferentes, isto é, quando se der o concurso de duas ou mais leis fiscais.

A nossa discordância funda-se nas razões produzidas no número anterior ao analisar-se o disposto no § único do art.º 38.º do Código Penal e a doutrina e a jurisprudência baseadas nele.

No art.º 5.º do citado decreto n.º 31.664 declarou-se que, se o mesmo facto importar infracção fiscal e *doutra natureza*, as disposições deste contencioso aplicam-se *independentemente* da legislação respeitante às outras infracções.

Aqui, como transparece da expressão do artigo, seguiu-se doutrina diversa da consagrada no art.º 4.º. Adoptou-se deliberada e expressamente o critério daqueles doutrinários que fazem consistir a infracção essencialmente na violação da norma, considerando-se tantos os delitos quantos os preceitos violados. Outro entendimento não se tira da expressão «as disposições deste contencioso aplicam-se independentemente». O que é necessário, porém, é que o facto ilícito importe simultâneamente uma infracção fiscal e outra de natureza não fiscal para a observância do disposto no art.º 5.º do decreto n.º 31.664.

Deste modo, o agente de uma infracção que simultâneamente constitua um delito fiscal e outro de natureza não fiscal pode sofrer duas penas. Pelos fundamentos apresentados no número anterior, não podemos concordar com a doutrina seguida no citado art.º 5.º. Para mais, perfilhamos a doutrina dos que vêem na essência da infracção uma conduta humana. Se o agente pratica uma só acção, a esta deve corresponder uma só penalidade, respeitando-se assim o princípio que soe chamar-se clássico do «non bis in idem».

12 — Tratada e exposta a teoria geral do concurso de infracções no Contencioso Aduaneiro, há-de ver-se agora se nos art.ºs 37.º e 43.º, que punem respectivamente o delito de contrabando e o de descaminho de direitos, se estabeleceram desvios dos princípios consignados nos art.ºs 4.º e 5.º que acabámos de estudar.

Aqueles art.ºs 37.º e 43.º determinam a pena a aplicar aos agentes dos delitos de contrabando e de descaminho de direitos mas, «salvo se outra pena estiver estabelecida em lei especial...».

Ter-se-á querido significar que a pena a aplicar aos agentes daqueles delitos, quando previstos em leis especiais, serão as cominadas nestas leis? A ser assim teria de reconhecer-se que o legislador havia considerado o Contencioso Aduaneiro como lei geral, sempre que outra lei especial — de natureza fiscal ou não — tratasse penalmente os delitos de contrabando e de descaminho de direitos. E, assim,

haveria duas exceções à teoria que relativamente ao concurso aparente de infracções regulara na parte geral daquele contencioso nos seus art.º 4.º e 5.º.

Na verdade, dizendo-se «salvo se outra pena estiver estabelecida em lei especial» e não se acrescentando se *for mais grave*, pode concluir-se que o agente de um delito de contrabando ou de descaminho de direitos sofrerá a pena da lei especial, sempre que esta exista e, por consequência, concorra com a geral. E isto independentemente de a pena da lei especial ser ou não mais grave.

Ora, como já se viu, não foram estes os princípios que se consubstanciaram nos preceitos dos art.º 4.º e 5.º daquele Contencioso Aduaneiro. Mas haverá na realidade oposição entre estes artigos e os referidos art.º 37.º e 43.º?

Ao que nos parece a oposição é puramente aparente. No fundo não se verifica nem se pode dar.

Com efeito, se a lei especial for de natureza fiscal dar-se-á o concurso de duas leis fiscais à punição do mesmo delito e, neste caso, entrará em função o disposto no art.º 4.º O delito será punido pela disposição que estabeleça pena mais grave. Se, ao contrário, a lei especial for de natureza não fiscal o mesmo se verificará ainda. Efetivamente, a *disposição* da lei especial que estabelecer uma pena diferente, mais ou menos grave, para os delitos de contrabando e de descaminho de direitos, não pode deixar de ser considerada como disposição *intrínseca* ou substancialmente fiscal. E, em consequência, o concurso desta disposição da lei especial com as da lei geral terá de ser resolvido de harmonia com a doutrina do art.º 4.º; ao agente será aplicada a pena mais grave.

Caso típico do que se acaba de afirmar é o preceito do § único do art.º 6.º do decreto n.º 31.328, de vinte e um de Junho de 1941, que previne os delitos contra a economia nacional.

ANTÓNIO JOSÉ DE LIMA