

COLEÇÃO FORMAÇÃO



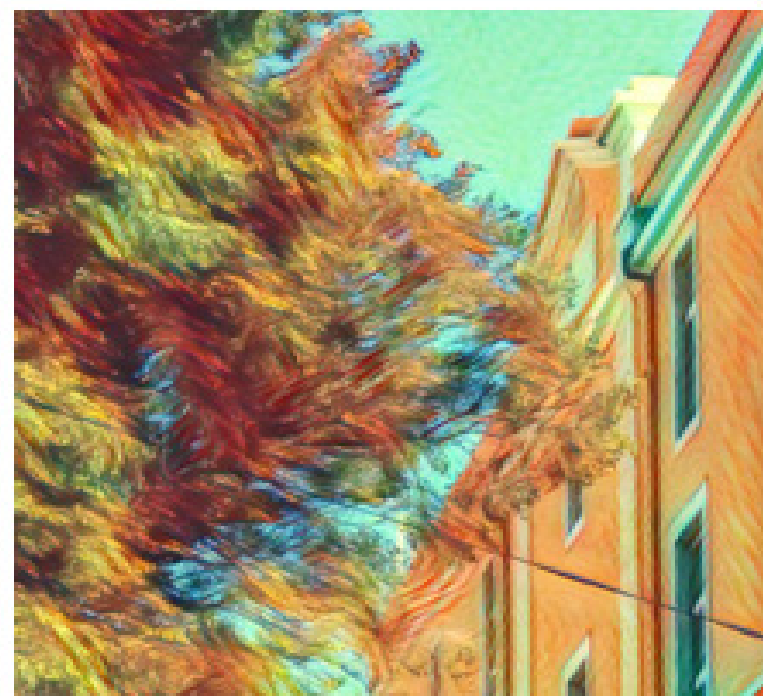
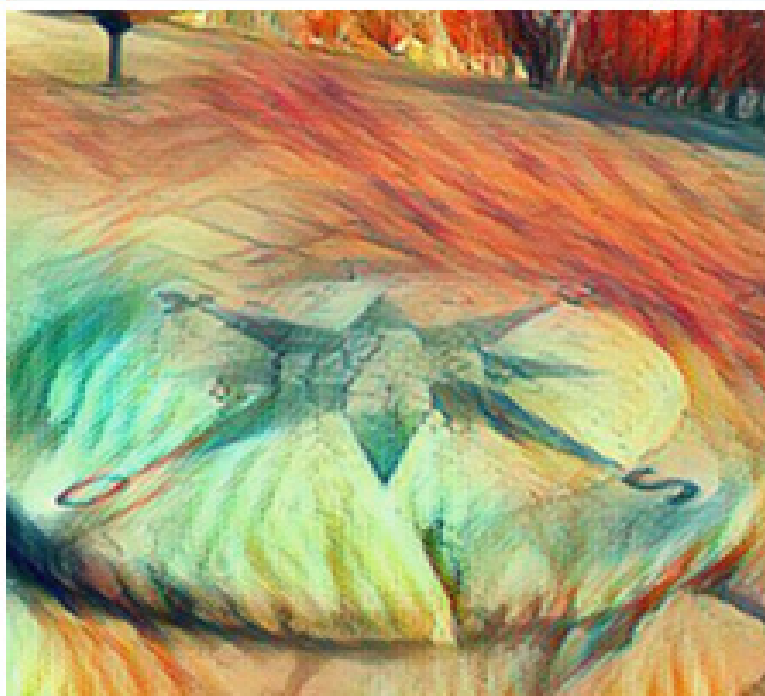
MINISTÉRIO PÚBLICO

O CRIME DE INFIDELIDADE E O CRIME DE FAVORECIMENTO PESSOAL

TRABALHOS DO 2.º CICLO DO 32.º CURSO

ABRIL 2019

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS





Diretor do CEJ: João Manuel da Silva Miguel, *Juiz Conselheiro*

Diretores Adjuntos:

Paulo Alexandre Pereira Guerra, *Juiz Desembargador*

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, *Procurador-Geral Adjunto*

Coordenador do Departamento de Formação:

Edgar Taborda Lopes, *Juiz Desembargador*

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais:

Helena Leitão, *Procuradora da República*

Grafismo: Ana Caçapo, *CEJ*

Fotos da capa: Edifício da Procuradoria Geral da República, Rosa dos ventos na PGR, Rosa dos ventos e pormenor da fachada do CEJ.



Apresentação

Dando continuidade à publicação da série de e-books da colecção Formação – Ministério Público “Trabalhos Temáticos de Direito e Processo Penal”, o Centro de Estudos Judiciários tem o grato prazer de proceder à divulgação dos volumes que compreendem os trabalhos temáticos realizados pelos auditores de justiça do 2.º ciclo, do 32.º Curso de Formação.

Como introdução a estes volumes remete-se, em grande medida, para as considerações efectuadas no momento da publicação dos seus antecessores.

Sem embargo, não será de mais salientar que as fases designadas por 2.º Ciclo e Estágio, que se desenrolam num contexto puramente judiciário e que correspondem a dois terços de toda a formação inicial organizada pelo Centro de Estudos Judiciários, constituem um tempo e um lugar onde se visa a qualificação de competências e práticas e o conferir de uma coerente sequência ao quadro de objectivos pedagógicos e avaliativos definidos como estruturantes para a preparação dos futuros magistrados do Ministério Público.

Neste contexto, a par da formação pessoal (o *saber* e o *saber-ser*) é fundamental continuar a desenvolver nessas fases formativas a dimensão institucional, traduzida na aquisição e aperfeiçoamento de competências, cultura, ética e deontologia judiciárias (o *saber-fazer* e o *saber-estar*).

Os e-books que agora se publicam recolhem o conjunto dos trabalhos elaborados pelos auditores de justiça do Ministério Público em formação no 2.º ciclo para a denominada *semana temática*, enquanto componentes de um modelo de avaliação que pretendeu privilegiar fins formativos.

A centralização da actividade onde foram publicamente apresentados, a dinamização que nela imprimiram os seus promotores, e o bom acolhimento que a iniciativa teve por parte dos formandos, permitiu confirmar o seu significado e impacto efectivo na execução de uma estratégia pedagógica coerente.

A apresentação dos trabalhos temáticos serviu de teste à validação das competências práticas que foram sendo adquiridas na comarca junto dos formadores, ao mesmo tempo que se avaliaram competências de adequação e de aproveitamento quanto a todos os auditores, uma vez que a aludida apresentação ocorreu na mesma oportunidade, perante os mesmos avaliadores e perante os pares, que assim também beneficiaram de efectiva formação.

Tratou-se, pois, de uma excelente oportunidade para apreciar competências relativas a todos os parâmetros avaliativos, tanto no que se refere ao estrito aproveitamento como, também, à adequação.

Pelo trabalho escrito foi possível avaliar, entre outros, o conhecimento das fontes, a destreza do recurso às tecnologias de informação e comunicação, a eficácia da gestão da informação, a gestão do tempo, o domínio dos conceitos gerais, o nível de conhecimentos técnico-jurídicos, a capacidade de argumentação escrita e oral, a capacidade de síntese ou o nível de abertura às soluções plausíveis. Por seu turno, a apresentação oral permitiu fazer um juízo sobre aspectos da oralidade e do saber-estar, sociabilidade e adaptabilidade (trabalho de equipa), permitindo igualmente a apreciação da destreza de cada auditor no que respeita à capacidade de investigação, à capacidade de organização e método, à cultura jurídica, à capacidade de ponderação e, sobretudo, à atitude na formação, que tem de ser (ainda que difícil e exigente) uma atitude de autonomia e responsabilidade.

A tónica na preparação e supervisão dos trabalhos pelos coordenadores regionais assentou sobretudo nos aspectos da prática e da gestão do inquérito ou da gestão processual, que são tão mais importantes quanto impõem aos auditores uma transição entre a teoria e a prática, evitando-se trabalhos com intuito e conteúdo exclusivamente académico.

É inegável que alguns temas têm dificuldades associadas, mesmo na circunscrição de um objecto passível de tratar em espaço e tempo limitados. Essa foi também uma oportunidade de testar a capacidade de gestão da informação e mesmo da destreza na identificação e formulação das questões essenciais, o nível de abertura às soluções plausíveis, a autonomia e personalização e o sentido prático e objectividade. A opção do

auditor, face ao tempo e espaço limitados de que dispõe, envolverá sempre riscos e a circunscrição do objecto do trabalho revelará a inteligência, o sentido prático, o grau de empenhamento individual e respectivo nível de iniciativa, de capacidade de indagação e de capacidade de gestão da informação.

Estes trabalhos não pretendem que, através deles, o futuro magistrado cultive a polémica, a retórica ou o academismo do direito sem experiência e sem aplicação. Trata-se de uma oportunidade para teorizar a prática, em consonância com a fase de formação de 2.º ciclo, fazendo com que a *praxis* se abra à pluralidade de contextos sociais, económicos, comunicacionais, político-legislativos, em atenção concomitante aos sentimentos e opiniões sociais que fazem apelo às ideias de Justiça, reclamando dos princípios e normas a capacidade de se adaptarem a esses contextos e às suas mutações.

Uma breve nota final descritiva da forma como se operacionalizou a elaboração destes trabalhos:

Na sequência de prévias reuniões dos coordenadores com o Director Adjunto, foram seleccionadas as temáticas que viriam a constituir o objecto dos trabalhos escritos.

Seguidamente foram difundidas aos auditores as seguintes orientações:

- a) Um tema para cada grupo de 4 auditores de justiça (sem possibilidade de repetição).
- b) Cada trabalho temático escrito seria individual, sujeito a avaliação.
- c) A escolha do tema e a constituição de cada grupo de auditores por tema decorreu de forma consensual entre os auditores de justiça.
- d) Foi fixada uma data limite para o envio do trabalho escrito e do suporte da respectiva apresentação aos coordenadores regionais.
- e) O trabalho escrito teve o limite de 30 páginas A4.
- f) A apresentação oral teve lugar no Centro de Estudos Judiciários, em Lisboa, em Junho de 2018.
- g) Nas apresentações orais foram utilizados meios de apoio, designadamente, o recurso a *data-show* (suporte «*powerpoint*» ou «*Prezi*»).

-
- h) Os auditores de justiça que trabalharam o mesmo tema, sempre na prossecução do conceito de trabalho em equipa, foram encarregados de se articularem entre si, empreendendo as diligências necessárias por forma a investirem, na oportunidade devida, numa apresentação oral que resultasse coordenada, lógica e sequencial, sem repetição de conteúdos e portanto operada num contexto de partilha de saber e de estudo e com observância do limite temporal fixado.
- i) A comparência foi obrigatória para todos os auditores de justiça (incluindo nos dias que não estiveram reservados à respectiva intervenção).

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira

Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte

Coordenador Regional Norte – Ministério Público

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze

Coordenadora Regional Centro – Ministério Público

José Paulo Ribeiro de Albuquerque

Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público

Olga Maria Caleira Coelho

Coordenadora Regional Sul – Ministério Público

Ficha Técnica

Nome:

O Crime de Infidelidade e o Crime de Favorecimento pessoal

Coleção:

Formação Ministério Público

Conceção e organização:

Luís Manuel Cunha da Silva Pereira (Director-Adjunto do Centro de Estudos Judiciários)

Jorge Manuel Vaz Monteiro Dias Duarte (Coordenador Regional Norte – Ministério Público)

Ângela Maria B. M. da Mata Pinto Bronze (Coordenadora Regional Centro – Ministério Público)

José Paulo Ribeiro de Albuquerque (Coordenador Regional Lisboa – Ministério Público)

Olga Maria Caleira Coelho (Coordenadora Regional Sul – Ministério Público)

Intervenientes:

Carlos Alberto Batista Correia*

Carlos Miguel Lopes Serras de Carvalho Rodrigues*

Marta Isabel Robalo Barata*

Nuno Alexandre Venâncio Pereira*

Rosa Maria de Melo Matias*

Sara Isabel da Silva Maia*

Sílvia Maria Morgado Trepado*

Tiago Rendeiro de Matos *

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

* Auditores/as de Justiça do 32.º Curso de Formação de Magistrados – MP à data da apresentação dos trabalhos.

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

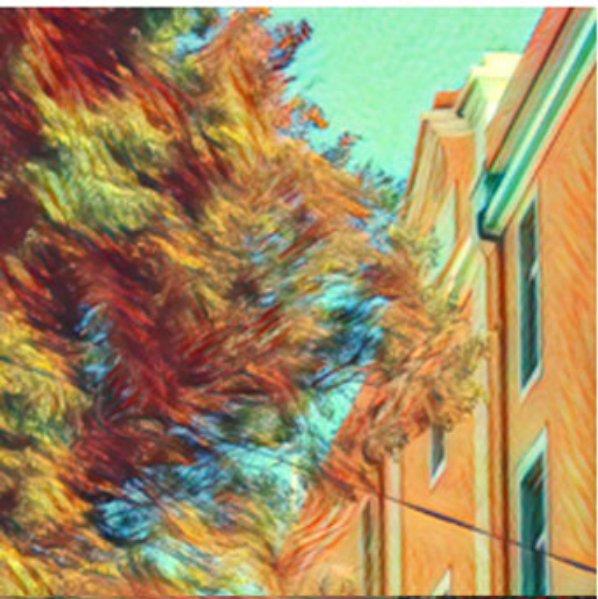
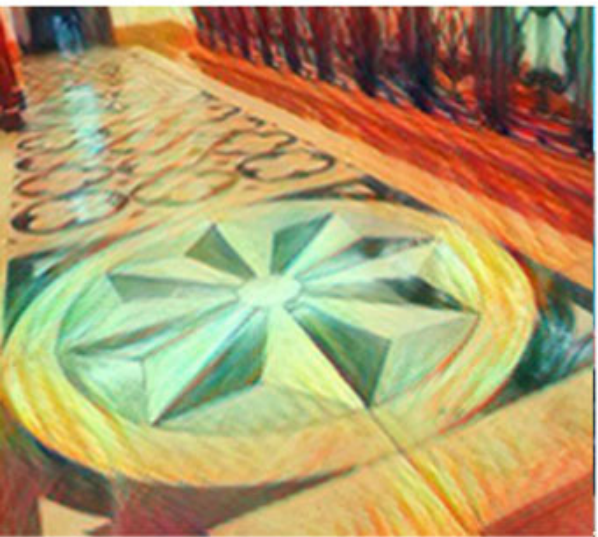
Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 08/04/2019	

O Crime de Infidelidade e o Crime de Favorecimento Pessoal

Índice

1. O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins Carlos Alberto Batista Correia	11
2. O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Carlos Miguel Lopes Serras de Carvalho Rodrigues	37
3. O crime de infidelidade: enquadramento jurídico, prática e gestão processual Marta Isabel Robalo Barata	67
4. Crime de infidelidade. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Nuno Alexandre Venâncio Pereira	91
5. Crime de infidelidade. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Rosa Maria de Melo Matias	119
6. O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins – enquadramento jurídico, prática e gestão processual Sara Isabel da Silva Maia	149
7. O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual Sílvia Maria Morgado Trepado	181
8. Crime de infidelidade - enquadramento jurídico, prática e gestão processual Tiago Rendeiro de Matos	213

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1.

O crime de favorecimento
pessoal face a figuras afins

Carlos Alberto

Batista Correia

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. O CRIME DE FAVORECIMENTO PESSOAL FACE A FIGURAS AFINS

Carlos Alberto Batista Correia

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins
 - 1.1. O bem jurídico-penal tutelado
 - 1.1.1. Delimitação extrínseca do tipo em torno do bem jurídico
 - 1.2. O tipo objetivo
 - 1.2.1. Da fase da prossecução penal. A exigência de crime pressuposto
 - 1.2.2. Da fase da execução penal
 - 1.2.3. Delimitação extrínseca do tipo em torno do elemento objetivo
 - 1.2.4. Delimitação intrínseca – o tipo específico impróprio
 - 1.3. O tipo subjetivo
 - 1.3.1. Delimitação extrínseca do tipo em torno do elemento subjetivo
 - 1.4. Formas de cometimento do ilícito típico
 - 1.4.1. Consumação e tentativa
 - 1.4.2. Comparticipação
 - 1.4.3. Concurso
 - 1.5. Dos limites à punição
 - 1.5.1. O limite da pena do crime pressuposto
 - 1.5.2. As causas de exclusão da culpa e da punibilidade
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. Da notícia do crime
 - 2.2. Da (não) delegação de competências
 - 2.2.1. Da desnecessidade de delegação de competências de investigação
 - 2.2.2. Da necessidade de delegação de competências de investigação
 - 2.3. Do decurso do inquérito
 - 2.4. Do encerramento do inquérito
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

O presente guia está subordinado à análise dos aspetos mais relevantes do crime de favorecimento pessoal e às suas delimitações face aos crimes de recetação, de auxílio material e de branqueamento.

Mais do que dar respostas, levantaremos questões relacionadas com a estrutura do crime de favorecimento, a sua génese hodierna, a razão da criminalização em torno do bem jurídico protegido, a amplitude conferida ao elemento objetivo do tipo, as formas e o tempo de cometimento do crime, as delimitações preconizadas pelas figuras afins e as causas que levam à sua não punição.

Ainda, daremos nota de alguns aspetos relacionados com a prática e gestão processual, designadamente, a notícia do crime, o modo de condução da investigação, a eventual delegação de competências de investigação nos órgãos de polícia criminal, bem como as formas de encerramento do inquérito aferido às causas de exclusão da culpa e da punibilidade.

II. Objetivos

O guia pretende, com recurso ao levantamento de questões de dogmática penal, conferir uma visão essencialmente prática na abordagem ao crime de favorecimento pessoal, destacando três linhas essenciais:

- O alcance conferido ao tipo de ilícito penal de favorecimento pessoal;
- Os limites à punição aferida ao crime referencial e em razão do sujeito;
- A condução do inquérito – o início, os fins e o *terminus*.

III. Resumo

O crime de favorecimento pessoal resulta de uma opção do legislador de criminalizar a conduta de quem, ainda que não tenha contribuído para a prática de um outro crime, contribuiu para obstaculizar a administração e a realização da justiça. Neste desiderato, surgiu na primeira versão do atual Código Penal o primeiro tipo de ilícito de favorecimento pessoal concebido para postergar todas as ações que impedissem, total ou parcialmente, uma resposta punitiva materialmente sustentada.

Desde a sua consagração no Código Penal novecentista, o crime de favorecimento manteve, de grosso modo, a sua estrutura inalterada.

As raízes penais do crime de favorecimento cruzam-se com os crimes de recetação, de auxílio material e, mais recentemente, de branqueamento, vulgarmente ditas de figuras afins. Nestes, o bem jurídico não tem que ver com a realização da justiça ou, no caso do branqueamento, não se cinge apenas a este bem jurídico. Estas figuras criminais, tal como o crime de favorecimento pessoal, preveem condutas cometidas após a prática de um facto ou de um crime referencial, constituindo ações que se relacionam com os produtos ou vantagens da prática de um crime anteriormente cometido ou com o agente de tal crime.

Apesar de o crime de favorecimento pessoal ter sido consagrado com o fim de tutelar a administração e a realização da justiça, logo um bem jurídico supraindividual, existem limites à punição do agente favorecedor que resultam de condições de procedibilidade e de causas de exclusão da culpa e da punibilidade.

O conhecimento da notícia do crime pelo Ministério Público constitui um marco relevante para se determinar a direção que a investigação deve tomar, pois que se haverá casos em que a prova incidirá em escassa prova testemunhal ou documental, outros haverá em que a intrincada relação de atos de favorecimento poderá dificultar a perceção do cometimento do crime e de quem foram os seus autores. Assim, é determinante saber qual a estratégia de investigação a adotar, designadamente, delegar ou não delegar competências de investigação nos órgãos de polícia criminal.

A correta definição da estratégia de investigação assume especial relevância devido ao facto de o crime de favorecimento pessoal conter limites à punição, pois que uma adequada percepção do agente do mesmo permitirá evitar atos inúteis e uma mais célere tomada de decisão final.

1. O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins

1.1. O bem jurídico-penal tutelado

A figura do ilícito típico do favorecimento pessoal é inovadora no nosso ordenamento jurídico, remontando a sua inicial consagração ao Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, que aprovou o Código Penal de 1982 e cujo artigo 410.^º¹ enformava uma norma com uma estrutura típica semelhante à atual.

No Código Penal vigente, o crime de favorecimento pessoal encontra previsão no artigo 367.^º², incluído no Capítulo III – *Dos crimes contra a realização da Justiça* –, do Título V – *Dos crimes contra o Estado* –, da Parte Especial, dispondo que:

«1 – Quem, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir atividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 – Na mesma pena incorre quem prestar auxílio a outra pessoa com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada.

3 – A pena a que o agente venha a ser condenado, nos termos dos números anteriores, não pode ser superior à prevista para o facto cometido pela pessoa em benefício da qual se atuou.

4 – A tentativa é punível.

5 – Não é punível:

a) O Agente que, com o facto, procurar ao mesmo tempo evitar que contra si seja aplicada ou executada pena ou medida de segurança;

¹ Na sua versão originária, o crime de favorecimento consagrava que:

«1 – Quem, total ou parcialmente, frustrar ou iludir a actividade probatória ou preventiva das autoridades competentes com a intenção ou com a consciência de evitar que outrem, que praticou um crime, seja submetido a reacção criminal nos termos da lei, será punido com prisão até 3 anos.

2 – Na mesma pena incorre quem prestar auxílio a outrem com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir ou frustrar a execução da reacção criminal que lhe foi aplicada.

3 – A pena não pode, todavia, ser superior à prevista na lei para o facto pelo qual for julgada a pessoa em benefício da qual se actuou.

4 – Não são puníveis pelas disposições deste artigo o cônjuge, ascendente, descendente e os colaterais ou afins até ao 3.º grau da pessoa em benefício da qual actuaram».

² O preceito legal foi alterado pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, designadamente a alínea b), do n.º 5, para aí incluir a referência a pessoa do «mesmo sexo», indo no mesmo sentido das recentes alterações legislativas proibitivas das práticas discriminatórias em função do género e assim harmonizar direito interno e direito internacional, abrangendo quaisquer situações análogas à conjugal (*vide Debates Parlamentares, Assembleia da República, Série II-A, X Legislatura, Sessão Legislativa 02, n.ºs 10 e 47, pp. 6 e 12*).

b) O cônjuge, os adotantes ou adotados, os parentes ou afins até ao 2.º grau ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que viva em situação análoga à dos cônjuges com aquela em benefício da qual se atuou».

Assim consagrado, o crime de favorecimento pessoal tutela a administração ou realização da justiça criminal³ numa dupla vertente – quer na investigação e perseguição do crime, quer na execução penitenciária – e constitui um crime de dano, quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido, e de resultado, quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação⁴. O bem jurídico protegido consiste na administração e realização da justiça criminal que é postergada pela prática de um crime que impeça, total ou parcialmente, uma resposta punitiva materialmente sustentada ou que impeça a execução das consequências jurídicas determinadas numa decisão judicial⁵.

1.1.1. Delimitação extrínseca do tipo em torno do bem jurídico

O crime de favorecimento pessoal partilha a sua raiz história com o crime de recetação e com o crime de auxílio material, respetivamente, artigos 231.º e 232.º, ambos do Código Penal, tendo estes seguido uma autonomização com o Código Penal de 1852, que se estabilizou no atual Código Penal por via da densificação do bem jurídico-penal protegido.

Assim, ao passo que o crime de favorecimento pessoal tutela, como vimos, o bem jurídico administração ou realização da justiça criminal, os crimes de recetação e de auxílio material tutelam o bem jurídico património, encontrando previsão legal no Capítulo IV – *Dos crimes contra direitos patrimoniais*, do Título II – *Dos crimes contra o património*, do Livro II do Código Penal.

O crime de **recetação**, na redação preconizada pela Lei n.º 48/95, de 15 de janeiro, visa a proteção do bem jurídico património, pois que a conduta tipicamente relevante está limitada à aquisição ou recebimento de coisa que se suspeita advir de facto ilícito típico contra o património, o mesmo sucedendo com o crime de **auxílio material**⁶, pois o crime referencial tem, igualmente, de ser um facto ilícito típico contra o património.

³ Não são, todavia, unânimes as considerações doutrinárias assumidas, nos vários ordenamentos jurídicos, em torno do bem jurídico-penal protegido pela incriminação do favorecimento pessoal. Autores há que tecem um conceito de bem jurídico protegido bastante mais ampla da assumida pelos nossos cânones e, bem assim, acolhida na jurisprudência (para maior desenvolvimento, MEDINA DE SEIÇA, *passim in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, pp. 577-580). Em consideração do bem jurídico administração da justiça PILAR GOMEZ PAVON, «El bien jurídico protegido en la receptacion, blanqueo de dinero y encobrimento», in *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, EDERSA, 1994, p. 474 [459-484].

⁴ Concordante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2008, p. 859.

⁵ Nestes termos, vide acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05-07-2006, processo n.º 0545127, relatado por Isabel Pais Martins, disponível em www.dgsi.pt, e MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, p. 577 e seguintes.

⁶ O crime de auxílio material tem natureza subsidiária face ao crime de recetação que assume também a tutela de bens jurídicos supraindividuais (concordante, PEDRO CAEIRO, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II., p. 504).

Por seu lado o crime de **branqueamento**⁷, a par do crime de favorecimento pessoal, visa tutelar a realização da justiça, através da perseguição e confisco pelos tribunais dos proventos da atividade criminosa⁸.

1.2. O tipo objetivo

O elemento objetivo do tipo de ilícito de favorecimento pessoal compreende as ações de:

(i) Total ou parcialmente impedir, frustrar ou iludir a atividade probatória ou preventiva de autoridade pública competente em processo criminal movido contra uma pessoa concreta⁹ (n.º 1) – apelidada de **fase da prossecução penal**;

(ii) Prestar auxílio a outra pessoa para, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que tenha sido aplicada por sentença transitada em julgado (n.º 2) – apelidada de **fase de execução penal**¹⁰.

No crime de favorecimento pessoal encontramos duas condutas típicas distintas, pois que enquanto no n.º 1 o tipo objetivo consiste em «(...) *impedir, frustrar ou iludir atividade probatória ou preventiva de autoridade competente* (...)», no n.º 2 o tipo objetivo consiste em «(...) *prestar auxílio a outra pessoa* (...)»¹¹.

Assim, afigura-se-nos legítima a questão de saber se temos apenas um crime de favorecimento pessoal ou dois crimes de favorecimento pessoal, previstos e punidos no artigo 367.º do Código Penal, pois que a consideração por uma ou por outra solução tem consequências ao nível da amplitude do tipo e na forma da consumação do mesmo, já que o n.º 2 do preceito parece permitir um maior espetro de punibilidade – por referência à conduta típica – do que o n.º 1. Vejamos.

1.2.1. Da fase da prossecução penal. A exigência de crime pressuposto

O favorecimento preconizado na fase de perseguição criminal implica que a pessoa favorecida tenha cometido um crime¹², mas não exige que tenha sido julgada¹³. Dito de outra forma, o agente do crime de favorecimento pessoal na fase de perseguição criminal impede, frustra ou

⁷ O crime de branqueamento encontra previsão legal no artigo 368.º-A do Código Penal, que lhe foi aditado pela Lei n.º 11/2004, de 27 de março.

⁸ Assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 2015, p.1152.

⁹ Na fase de perseguição criminal não é exigível a identificação do agente favorecido, mas tão só que exista uma concreta pessoa favorecida.

¹⁰ Quanto aos termos utilizados *vide* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 2008, p. 859.

¹¹ Consequentemente, o favorecimento pessoal consagrado no n.º 1 do preceito consiste num crime de resultado, enquanto o previsto no n.º 2, consiste num crime de mera atividade (com idêntica consideração, MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.* p. 581).

¹² Deve adotar-se a aceção legal de crime no sentido de ser um facto típico, ilícito, culposo e punível.

¹³ Inteiramente concordante, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31-10-1990, processo n.º 041086, relatado por Lopes de Melo, disponível em www.dgsi.pt. Todavia, em sentido inverso, mas sem desenvolvimento, MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português*, 6.ª ed., anotado e comentado, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 782.

ilude a atividade probatória ou preventiva da autoridade competente no âmbito da investigação criminal, sendo que tal pode ser efetuado através de diversas atividades, *e.g.* ocultar pessoa perseguida, destruir pistas, prestar falsas informações às autoridades de investigação e facilitar a fuga. Com tal conduta, o agente do crime de favorecimento pessoal procura obstaculizar a perseguição penal, conduzida por autoridade competente, prestando auxílio a quem cometeu um crime e para que este não seja submetido a uma pena ou medida de segurança^{14/15}.

Assim, para que uma determinada conduta integre o elemento objetivo do tipo de favorecimento, o preceito legal, vertido no artigo 367.º do Código Penal, exige, desde logo, que tenha sido cometido um crime precedente – é dizer um facto integrante de todas as categorias do crime¹⁶. Por conseguinte, sempre que uma das categorias do crime se encontre excluída, não teremos crime precedente, e consequentemente, a conduta posterior àqueloutros factos não integrará o tipo de ilícito do favorecimento pessoal por lhe faltar um dos elementos objetivos estruturantes – o crime precedente, pelo que não integra o crime de favorecimento pessoal a conduta de quem favoreceu outrem que tenha atuado a coberto de uma causa de exclusão – da tipicidade, da ilicitude, da culpa ou da punibilidade¹⁷.

Com igual premência se pode colocar a questão relativa às condições de procedibilidade, já que se o crime pressuposto tiver natureza semipública ou natureza particular será necessário o exercício de queixa ou a acusação particular para que haja prossecução penal. Posto de outra forma, dever-se-á perseguir penalmente a conduta de quem favoreça outrem que tenha praticado um crime, mas cujo titular do direito de queixa não a exerça e, bem assim, também nos casos em que não se constitua assistente e deduza acusação particular? Em bom rigor, a questão está longe de ser pura semântica, pois que, traduzindo de forma simplista, estar-se-ia a perseguir penalmente – e a executar penalmente – o agente do favorecimento nos casos em que o próprio ofendido do crime pressuposto não pretende a perseguição penal do agente deste crime. Seria, pois, um paradoxo se penalmente se punisse a conduta do favorecedor quando o favorecido não fosse punido nas situações em que o ofendido não o pretendesse¹⁸.

¹⁴ Assim, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-12-2012, processo n.º 36/11.6YFLSB.S1, relatado por Arménio Sottomayor, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵ Distinto é o caso do defensor do arguido, agente do crime pressuposto, que enceta todas as diligências processuais lícitas, cuja conduta não integrará o tipo de ilícito de favorecimento pessoal.

¹⁶ Como exemplo, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 07-06-2001, processo n.º 0111076, relatado por Francisco Marcolino, disponível em www.dgsi.pt, retratando um caso de uma arguida que, perante uma busca domiciliária efetuada por órgão de polícia criminal, introduz na sanita estupefacientes pertencentes a outra arguida, fazendo uma descarga do autoclismo com intenção de os destruir, cuja conduta integra o crime de favorecimento pessoal e não o crime de tráfico de produto estupefaciente.

¹⁷ Concordante, embora aludindo apenas a uma atuação em legítima defesa e excluindo os casos de impedimento da apresentação de queixa ou de provocação da ocorrência da prescrição do procedimento criminal, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 2008, p. 859.

¹⁸ Concordante, embora com o fundamento de que a conduta não atinge um grau de gravidade que justifique uma solução penal, MANUEL LEAL-HENRIQUES e MANUEL SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, 3.ª ed., II vol. Parte Especial, Lisboa, Editora Reis dos Livros, 2000, p. 1574. Ainda, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 06-09-1992, processo n.º 9240546, relatado por Vaz dos Santos, decisão sumária disponível em www.dgsi.pt, que, a propósito do artigo 410.º na versão originária do atual Código Penal, entende que perante uma situação de perdão ou amnistia do crime pressuposto o agente do crime de favorecimento também não deverá ser punido, assim sucedendo porque o julgamento configura uma condição objetiva de punibilidade.

Se bem entendemos, sendo o bem jurídico-penal protegido a administração ou realização da justiça criminal, e se esta – a justiça criminal – não é pretendida pelo ofendido no tipo de crime, logo o titular do bem jurídico, razão não assiste para que se possa considerar que a prossecução penal do favorecedor seja independente da natureza do tipo de crime que o favorecido praticou e, congruentemente, da sua manifestação de desejo de procedimento criminal¹⁹.

Para o preenchimento do elemento objetivo do tipo, o preceito não exige a consumação do crime pressuposto pela pessoa favorecida, bastando-se com a tentativa punível, entendendo o legislador que, em face do desvalor da ação do agente do crime precedente, também a conduta do agente favorecedor deve ser criminalmente perseguida e cujo modo de preenchimento deste ilícito não depende do modo de cometimento do crime precedente – consumação ou tentativa punível. Dito de outro modo, a pessoa favorecida pode ter cometido um crime na forma consumada como na forma tentada, desde que punível²⁰, e o agente favorecedor ter, em qualquer das circunstâncias, consumado ou apenas tentado o crime de favorecimento.

O crime de favorecimento pessoal é um tipo de ilícito de realização livre, é dizer a conduta típica compreende a ação²¹ de impedir, de frustrar ou iludir²², total ou parcialmente, a atividade probatória ou preventiva de autoridade competente no âmbito da prossecução penal²³, sendo que tais atos podem ser preconizados por qualquer forma.

A ação do agente no tipo de crime de favorecimento pessoal levanta algumas questões, desde logo o momento relevante para o seu preenchimento, os limites impostos à tipicidade, alguns problemas relativos à consumação do tipo e à conduta omissiva do agente.

Alguns autores²⁴ entendem que no crime de favorecimento pessoal o momento relevante para preenchimento do tipo não é o momento em que o agente atuou, mas sim o momento em que

¹⁹ Pressuposto será de que o favorecedor não obste ilicitamente à manifestação de desejo do procedimento criminal e, bem assim, à dedução de acusação particular (com idêntica consideração, MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.* p. 586).

²⁰ Quanto aos atos integradores da tentativa e sua punibilidade *vide* os artigos 22.º a 24.º do Código Penal.

²¹ O tipo de ilícito de favorecimento pessoal também pode ser preenchido por omissão, nos termos do disposto no artigo 10.º, n.º 2, do Código Penal, se sobre o omitente recair um dever jurídico que o obrigue a evitar o resultado de impedir, frustrar ou iludir a atividade probatória ou preventiva de autoridade competente (MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, pp. 593-594).

²² Como exemplo da ação de iludir, acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-03-2014, processo n.º 223/11.7GCCTB.C1, relatado por Abílio Ramalho, disponível em www.dgsi.pt, relatando uma situação de um arguido que se dirige a um Posto da GNR e que, acompanhado do aviso de apresentação de documentos entregue ao cidadão efetivamente surpreendido pela autoridade policial a conduzir uma viatura, assumindo ser ele próprio quem a conduzia aquando dessa interceção, apresenta a respetiva carta de condução para que o verdadeiro condutor não fosse condenado pela prática de tais factos.

²³ Em consequência, não cabem no âmbito de proteção do tipo as atividade de investigação de natureza diversa da penal, *e. g.*, as investigações de natureza disciplinar e contraordenacional. Concordante, MEDINA DE SEIÇA, que indica alguns exemplos característicos do cometimento deste ilícito típico como, por exemplo: «(...) *ocultar o perseguido, destruir pistas, impressões digitais, supressão de arma do crime, falsas informações às autoridades de investigação, facilitar a fuga, fornecer documentos falsos ou dinheiro (...)*» (*op. cit.* p. 588), enfim, uma série de ações compreendidas no tipo objetivo, desde que aptas – total ou parcialmente – a impedir, frustrar ou iludir a atividade probatória ou preventiva de autoridade competente.

²⁴ É o caso de MEDINA DE SEIÇA que, considerando que o critério para o preenchimento do tipo não pode ser meramente cronológico, adianta o exemplo de quem prepara um esconderijo para o agente do crime pressuposto, mesmo antes de este ter cometido tal crime (*op. cit.*, p. 588).

a conduta do agente produziu os seus efeitos, pois que o agente do tipo de favorecimento pode ter atuado antes ou durante a prática do crime pressuposto pela pessoa favorecida, mas os seus efeitos terem-se produzido depois do seu cometimento. Ao conceberem tal separação procuram distinguir os casos de cumplicidade dos casos de favorecimento, dizendo que o critério cronológico tendo por referência a ação do agente favorecedor só tendencialmente se mostra correto.

Ora, se bem se percebe a questão, para alguma doutrina o momento temporal em que o auxílio é prestado estará dependente da produção dos seus efeitos e não no momento em que o agente atuou. Não obstante se entenda o raciocínio subjacente no sentido de distinguir os casos de cumplicidade dos casos de favorecimento, afigura-se-nos que tal doutrina conclui certo, mas por falaciosa argumentação.

É dizer, a densificação do conceito de autoria e de cumplicidade encontram-se consagrados nos artigos 26.º e 27.º do Código Penal, sendo autor «(...) *quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução*» e cúmplice «(...) *quem dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso*».

Nestes termos, os casos de autoria – no favorecimento – distinguir-se-ão dos casos de cumplicidade – no crime pressuposto – não pelo momento da prática do facto, mas pela relevância da conduta para o cometimento do crime pressuposto. Se o agente prestar auxílio material ou moral à prática de um facto doloso – circunscrito ao conceito de crime – teremos cumplicidade, pois que releva para o cometimento do crime pressuposto. Por outro lado, se o agente prestar auxílio sem ser para a prática de tal facto doloso não será cúmplice do mesmo, pois que não releva para o cometimento do crime pressuposto. Poderá é incorrer na prática do crime de favorecimento pessoal, posto que a sua conduta impeça, frustrate ou iluda, total ou parcialmente, atividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança.

Se assim não se entender, como o preconiza alguma doutrina, estaremos a ir contra o preceituado no artigo 3.º do Código Penal no sentido de «*O facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado, independentemente do momento em que o resultado típico se tenha produzido*».

Reiteramos o que dissemos, tal doutrina conclui certo, mas a hermenêutica subjacente a tal conclusão terá, afigura-se-nos, de ser outra.

O momento da prática do facto – integrante do crime de favorecimento pessoal – terá de se estabelecer por força da prática do facto relevante para o cometimento do ilícito típico e não de qualquer outro. Assim, o facto relevante integrante do crime de favorecimento tanto poderá ter ocorrido antes, durante ou depois do crime pressuposto, mas estará sempre dependente deste ter ocorrido. O facto relevante para o crime de favorecimento pessoal será

aquele em que já é possível preencher o tipo de crime – a partir dos atos de execução deste tipo de ilícito – sendo os anteriores meros atos preparatórios²⁵.

Ora, tomemos como exemplo a situação de alguém de que prepara um esconderijo para o agente do crime pressuposto se esconder. Será facto relevante, para o crime de favorecimento pessoal, o momento em que o agente favorecedor esconde, ou pelo menos tenta esconder, o agente favorecido e não o momento em que concebe o esconderijo, salvo se tal for concomitante com aquele facto relevante.

Assim, concluindo no mesmo sentido de alguma doutrina, afigura-se-nos que a solução oferecida é inteiramente congruente com a dogmática penal.

Quanto ao problema dos limites da tipicidade, levantam-se algumas questões sobre se estamos perante um quadro de tipicidade ou atipicidade de favorecimento pessoal. São o caso de condutas que no plano objetivo preenchem o elemento do tipo, prestando auxílio ao agente do crime pressuposto, mas que resultam de uma adequação social das condutas em sociedade.

Se em alguns ordenamentos jurídicos se defende que as condutas que traduzam uma adequação social não preenchem os elementos do tipo de favorecimento pessoal, entre nós há quem defenda o inverso. Autores há que entendem que algumas condutas, tais como, o gerente do hotel ou da *rent a car*, que fornece um quarto de hotel ou um automóvel ao fugitivo, o médico que assiste o assaltante ferido, o gerente bancário que devolve ao fugitivo o seu dinheiro, que este lhe dera para guardar, ou ainda o defensor que assiste o arguido, são uma forma de auxílio do agente do crime pressuposto, pois que tais meios possibilitam a sua fuga ou a sua impunidade e, conseqüentemente, integram o elemento objetivo do tipo do crime de favorecimento pessoal²⁶. Ao que acresce que só em sede de subsunção ao tipo subjetivo do ilícito é possível perceber se a conduta preenche integralmente tal ilícito típico, o que remetemos para diante.

1.2.2. Da fase da execução penal

Para que o agente favorecedor preencha o tipo do n.º 2 do artigo 367.º do Código Penal é pressuposto que tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória, na inversa apenas preenche o tipo do n.º 1, pois que o auxílio é prestado com vista a não ocorrer execução de pena ou medida de segurança que tenha sido aplicada, o que só pode ter lugar após o trânsito em julgado da respetiva decisão. De igual modo que na fase de prossecução penal, também na fase de execução penal se prevê apenas a execução de pena ou de medida de segurança penais²⁷ e não de penas de outra natureza.

²⁵ Cf. artigos 21.º e 22.º ambos do Código Penal.

²⁶ MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, p. 589.

²⁷ Penas principais, de substituição ou acessórias e medidas de segurança detentivas ou não (*idem, op. cit.*, p. 594).

1.2.3. Delimitação extrínseca do tipo em torno do elemento objetivo

Encontramos no elemento objetivo do crime de **recetação** uma semelhança com o crime de favorecimento pessoal, pois que em ambos se exige o cometimento de um facto referencial. Dito de outro modo, para que a conduta do agente integre qualquer um dos tipos do crime de recetação e do crime de favorecimento pessoal terá de ter ocorrido um outro facto precedente. Mas esta mesma semelhança comporta uma significativa distinção relativa ao facto precedente. Com efeito, como vimos, o crime de favorecimento pessoal exige que tenha ocorrido um crime precedente – dito crime referencial ou crime pressuposto – mas a recetação não exige que a conduta integre o crime nas suas diversas categorias. Por conseguinte, o facto referencial no crime de recetação poderá apenas consistir num facto típico, ilícito, culposo ou não e punível ou não.

Dispõe o artigo 231.º, do Código Penal, que «Quem, com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, vantagem patrimonial, dissimular coisa que foi obtida por outrem mediante **facto ilícito típico** contra o património (...)» (n.º 1) e «Quem, sem previamente se ter assegurado da sua legítima proveniência, adquirir ou receber, a qualquer título, coisa que (...) faz razoavelmente suspeitar que provém de **facto ilícito típico** (...)» (n.º 2) (negritos nossos), pelo que verificamos que para cometimento do crime de recetação apenas se exige que a coisa objeto da ação típica apenas tem de resultar de uma conduta que constitua um facto ilícito típico. Esta é, pois, uma diferença de relevo entre o crime de recetação e o crime de favorecimento pessoal, pois que quanto a este exige-se que tenha ocorrido um crime referencial – independentemente do tipo – ao passo que o crime de recetação não exige que a conduta anterior constitua um crime, bastando um facto ilícito típico contra o património.

Ainda, enquanto no crime de favorecimento pessoal o agente visa um auxílio *tout court* do agente do crime pressuposto, no crime de recetação o agente visa uma relação patrimonial com uma coisa obtida por outrem através de um facto ilícito típico cometido contra o património, procurando obter, para si ou para terceiro, uma vantagem patrimonial.

No que concerne ao crime de **auxílio material**, a ação típica consiste, tal como no crime de favorecimento pessoal, em auxiliar outrem, mas enquanto naquele o auxílio tem que ver com o aproveitamento de uma coisa objeto do facto ilícito típico, no favorecimento pessoal o auxílio visa, como vimos, que o favorecido permanece incólume perante a justiça. Assim, o marco distintivo entre ambos os crimes reside em que num dos tipos penais o auxílio está relacionado com o objeto da ação do facto referencial – caso em que incorre no crime de auxílio material – enquanto no outro tipo penal o auxílio está relacionado com a pessoa do agente e a sua demarcação da perseguição ou da execução penais²⁸.

O crime de **branqueamento** consiste numa forma de auxílio ao autor do facto precedente com a particularidade de ter uma conduta vinculada mas o mais abrangente possível, compreendendo as condutas de converter; transferir; auxiliar ou facilitar uma operação de

²⁸ Em razão da semelhança da conduta integradora de ambos os tipos, alguns autores afirmam que o crime de auxílio material consiste verdadeiramente num favorecimento pessoal de âmbito material (PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 505).

conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente; ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos. Todavia, distintamente do favorecimento pessoal, o facto precedente não tem de ser culposo e punível, bastando que seja um facto típico e ilícito, para que a conduta posterior integre o tipo de ilícito do branqueamento. Acresce que a ilicitude do facto pode ser afastada devido a uma causa de justificação, mas a conduta posterior poderá, ainda assim, integrar o crime de branqueamento²⁹.

O crime de branqueamento também prevê a conduta de quem «(...) **com o fim de dissimular a sua origem** [as vantagens descritas no n.º 1 do artigo 368.º-A do Código Penal] **ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, é punido com pena de prisão de dois a doze anos**» (n.º 2) (negritos nossos), mas tal conduta é aferida em torno das vantagens referidos no tipo, a saber:

«(...) os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos, assim como os bens que com eles se obtenham» (n.º 1).

Tal significa que integra o crime de branqueamento a conduta de quem, tendo por referência as vantagens obtidas com a prática de um facto típico precedente, procurar dissimular a sua origem ilícita ou evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal, desenvolvendo uma das atividades previstas no n.º 2, sendo assim um ilícito típico derivativo, secundário, acessório ou de conexão³⁰, logo idêntico, neste ponto ao crime de favorecimento pessoal³¹.

O crime de branqueamento constitui, ainda, uma forma de favorecimento pessoal de âmbito material, pois que a conduta do agente é preconizada, afigura-se-nos, em função de um duplo fim: a de providenciar um quadro de licitude para as vantagens provenientes da prática do facto referencial e de evitar que o agente de tal facto não seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal. É, pois, nesta segunda dimensão que o crime de branqueamento apresenta traços comuns com o crime de favorecimento pessoal, pois que em ambos se prevê a conduta de quem procura, com o seu auxílio, evitar que o agente do facto

²⁹ Neste sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, «Branqueamento de Capitais: Reação Criminal, in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 344 [337-358] e JORGE GODINHO, *Do Crime de «Branqueamento» de Capitais, Introdução e Tipicidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 168.

³⁰ Crítico do conceito de acessoriedade aplicada ao crime de favorecimento pessoal, mas defendendo ser uma relação de conexão, ANTONI GILI PASCUAL, *passim* «Consideraciones sobre el concepto de accesoriedad en el encubrimiento», in *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 61, Madrid, EDERSA, 1997, pp. 171-203.

³¹ Concordante, acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/06/2014, processo n.º 14/07.OTRLSB.S1, relatado por Raul Borges, disponível em www.dgsi.pt.

referencial seja perseguido criminalmente ou que venha a cumprir pena ou medida de segurança.

Uma leitura desatenta dos preceitos – do favorecimento pessoal e do branqueamento – poderia levar à conclusão de ambos preverem a mesmíssima conduta, já que tutelam o mesmo bem jurídico, no entanto a substancial diferença entre os dois tipos radica no elemento objetivo do tipo «vantagens». Enquanto a conduta típica do branqueamento está intrinsecamente ligada às vantagens obtidas com o facto precedente – os bens provenientes da prática deste facto – a conduta típica do favorecimento está apenas ligada à pessoa do agente do crime referencial. É dizer, no âmbito do crime de branqueamento, o auxílio proporcionado ao agente do facto referencial é realizado através de uma conduta que incide sobre as vantagens obtidas que, se mantidas num quadro de aparente licitude, impedem a perseguição ou reação penais daquele. Já no âmbito do crime de favorecimento pessoal o auxílio proporcionado ao agente do crime é realizado através de uma conduta que incide apenas na pessoa do agente, e não das vantagens obtidas por si ou por terceiro, para que não seja perseguido ou punido criminalmente.

Ainda, de modo distinto do crime de favorecimento pessoal, o autor do facto precedente pode ser punido como autor ou participante do crime de branqueamento quando sejam a mesma pessoa³².

Em conclusão, enquanto o crime de favorecimento pessoal pode ser considerado como um crime de referência, pois pressupõe um facto punível, os crimes de branqueamento, de recetação e de auxílio material ao criminoso podem ser considerados como crimes de conexão, pois pressupõem um ilícito típico³³.

1.2.4. Delimitação intrínseca – o tipo específico impróprio

Se o agente favorecedor for funcionário que intervenha ou tenha competência para intervir no processo, ou que tenha competência para ordenar a execução de pena ou de medida de segurança ou seja incumbido de a executar, a sua conduta integra o crime de favorecimento pessoal praticado por funcionário, nos termos do disposto no artigo 368.º do Código Penal, apresentando-se como um crime específico impróprio quanto ao crime de favorecimento pessoal *tout court*.

O crime de favorecimento pessoal praticado por funcionário mantém a mesma estrutura típica quanto aos elementos objetivos e subjetivos e às formas do seu cometimento, mas o preceito não prevê expressamente limites à punição. No entanto, na esteira da doutrina, somos de considerar que não se lhe aplica a limitação da pena prevista no artigo 367.º, n.º 3, do Código

³² Possível pela inserção do preceito no Código Penal operada pela Lei n.º 11/2004, de 27 de março, e Declaração de Retificação n.º 45/2004, de 24 de maio, que retificou a letra da lei nos seguintes termos «onde se lê “transferência de vantagens, por si ou por terceiro,” deve ler-se “transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro,”».

³³ JORGE GODINHO, *op. cit.*, 2001, p. 164.

Penal³⁴, porquanto o bem jurídico não é somente a administração e a realização da justiça, mas também a autonomia intencional do Estado.

De modo distinto, inexistente razão para não se aplicarem os limites à punição que resultam da ocorrência de causas de exclusão da culpa e da punibilidade, como sejam, o autofavorecimento e o favorecimento pelas pessoas contantes do artigo 367.º, n.º 5, alínea b), do Código Penal.

1.3. O tipo subjetivo

No que concerne ao elemento subjetivo do tipo, o artigo 367.º, n.º 1, do Código Penal, prevê que o agente favorecedor atue com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a uma pena ou medida de segurança. O agente atuará com intenção quando pretende o resultado previsto na norma, o que corresponde ao dolo direto, e atuará com consciência quando preveja o resultado como consequência segura da sua conduta, o que corresponde ao dolo necessário, o que se aplica *mutatis mutandis* ao n.º 2.

Por conseguinte, o elemento subjetivo do tipo não prevê o cometimento do crime de favorecimento a título de dolo eventual, sendo tal intensidade do dolo exigida quanto ao crime pressuposto³⁵ e quanto ao trânsito em julgado da decisão condenatória. É dizer, o agente favorecedor tem de representar como possível a existência do crime pressuposto (n.º 1) ou de trânsito em julgado da decisão condenatória (n.º 2) e atua conformando-se com essa realização.

1.3.1. Delimitação extrínseca do tipo em torno do elemento subjetivo

Do mesmo modo que o crime de favorecimento pessoal, integram apenas a prática do crime de **recetação** as condutas dolosas, exigindo-se o dolo direto ou necessário para integrar o n.º 1, do artigo 231.º do Código Penal, – o agente sabe que a coisa advém de facto ilícito típico contra o património – e o dolo eventual³⁶, mas não a negligência³⁷, para integrar a conduta do n.º 2, pois que o agente tem de, pelo menos, admitir que a coisa provém de facto ilícito típico contra o património.

Também só integram o crime de **auxílio material** as condutas cometidas a título de dolo direto ou necessário, porque o agente do crime tem de representar que o agente do facto referencial

³⁴ Assim, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 2015, p1146, e MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, p. 604.

³⁵ Assim, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22-09-2010, processo n.º 196/08.3GBPRG.P1, relatado por Pinto Monteiro, disponível em www.dgsi.pt, retratando um caso em que o agente favorecedor falta à verdade, afirmando à autoridade policial que era ele quem conduzia o veículo automóvel envolvido num acidente de viação.

³⁶ Sendo que esta modalidade do dolo não integra, no crime de favorecimento, a conduta típica.

³⁷ Note-se, no entanto, que a doutrina e a jurisprudência maioritárias têm entendido que o artigo 231.º, n.º 2, do Código Penal, prevê a conduta dolosa (dolo eventual) e conduta negligente. Discordando de tal entendimento, remetemos para PEDRO CAEIRO, com relevante enfoque quanto à divergência de entendimento (*op. cit.*, p. 496).

cometeu um facto ilícito típico contra o património e que o benefício que procura advém da coisa assim obtida³⁸.

No que respeita ao crime de **branqueamento** as normas contidas nos n.ºs 2 e 3, do artigo 368.º-A do Código Penal, apenas admitem o dolo direto ou necessário, porque a intenção de dissimular ou esconder a origem da vantagem e a intenção de evitar que alguém seja perseguido criminalmente são incompatíveis com a formulação do dolo eventual³⁹.

1.4. Formas de cometimento do ilícito típico

1.4.1. Consumação e tentativa

Nos termos do disposto no artigo 367.º, n.º 1, do Código Penal, verificar-se-á um impedimento total sempre que o agente favorecedor impeça a aplicação de uma pena ou medida de segurança e verificar-se-á um impedimento parcial sempre que uma pena ou medida de segurança seja aplicada em medida ou espécie menos gravosa daquela que seria sem a intervenção daquele agente⁴⁰. De igual modo, consoma o tipo o agente favorecedor que retarde por tempo considerável a reação criminal, porque uma extemporânea realização da justiça corresponde, amiúde, a uma má justiça⁴¹, não se exigindo que a pessoa favorecida seja efetivamente julgada, pois que tal seria uma limitação intrínseca ao tipo que não se encontra consagrada no preceito⁴².

Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal, a consumação do tipo ocorrerá sempre que o auxílio seja prestado a outra pessoa, com intenção ou consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada⁴³. A doutrina⁴⁴ tende a considerar que, tendo sido aplicada uma pena de multa ao

³⁸ Assim, PEDRO CAEIRO, *op. cit.*, p. 507.

³⁹ Concordantes, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 2015, p. 1155, e JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, «Para uma reforma do tipo de crime de “branqueamento” de capitais, in COSTA ANDRADE et al, *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1004.

⁴⁰ Para consumação do tipo exige-se que a pessoa favorecida tenha, efetivamente, cometido um crime e não que haja a suspeita da prática do crime consumado, tentado ou até mesmo atos preparatórios puníveis.

⁴¹ Assim, MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, p. 593, e o acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 08-11-2011, processo n.º 178/04.4TASRQ.L1-5, relatado por José Adriano, disponível em www.dgsi.pt, relativo a um Comandante de esquadra da PSP que não deteve um condutor que se encontrava inibido da prática da condução de veículo automóvel, retardando, assim, a aplicação da justiça e impedindo que aquele arguido fosse julgado em processo sumário, tendo sido, posteriormente, julgado em processo comum.

⁴² Em bom rigor, se o legislador fizesse depender a prossecução penal, ou até mesmo a punição, do agente do crime de favorecimento pessoal da efetiva prossecução penal da pessoa favorecida estaria a premiar o agente do favorecimento em função da sua maior capacidade de obstaculizar a realização da justiça, o que seria, certamente, um paradoxo jurídico.

⁴³ MEDINA DE SEIÇA, preconiza uma interpretação restritiva do tipo do n.º 2, entendendo reconduzir «(...) as duas formas de favorecimento pessoal [n.ºs 1 e 2 do artigo 367.º do Código Penal] a autênticos crimes de resultado, verificando-se a consumação apenas quando a submissão de uma pessoa a pena ou medida de segurança ou a execução dessas sanções sejam, no todo ou em parte, impedidas, frustradas ou iludidas» (*op. cit.*, p. 583). Todavia, nos quadros de uma interpretação estrita da letra da lei, bem como teleológica, não nos parece ser de fomentar tal interpretação restritiva, pois que o tipo consagrado no n.º 2 consiste num crime de resultado cortado, em que não se exige que o agente com a sua conduta provoque o resultado não previsto na norma. Assim, o agente apenas tem de, com dolo direto ou dolo necessário, pretender que tal resultado se produza. Como defendermos, a restrição da norma deverá sim ocorrer ao nível do respeito pelo princípio da ofensividade e do elemento subjetivo do tipo.

agente do crime pressuposto, incorrerá no crime de favorecimento pessoal quem pagar aquela multa. Consideramos, todavia, que aqui residirá alguma dificuldade probatória do preenchimento do tipo de ilícito. Tomemos, como exemplo, o caso em que o agente de um dado tipo de crime é condenado, com trânsito em julgado, numa pena de multa. Perante tal quadro, são possíveis duas situações distintas: o pagamento da multa por outrem, por mão própria ou por entrega ao condenado que posteriormente a paga,

- (i) No prazo fixado ou
- (ii) Fora do prazo fixado, no caso de conversão da multa não paga, quando pretenda evitar a prisão subsidiária.

Tanto na circunstância em que o favorecedor paga a multa por conta do favorecido, como naquela em que lhe entrega a quantia e o favorecido efetua tal pagamento, o favorecedor integra, com a sua conduta, o tipo de ilícito do favorecimento pessoal. No entanto, na segunda situação existe uma dificuldade probatória acrescida, que resulta desde logo do conhecimento do facto.

A razão da doutrina considerar que o pagamento por outrem da pena de multa, aplicada a um agente de um dado crime, integra o crime do favorecimento pessoal reside no facto de a pena de multa ter natureza pessoalíssima. Ora não se discute que a pena de multa tenha efetivamente natureza pessoalíssima e que com tal pena se vise aplicar ao arguido um constrangimento resultante do montante da multa, todavia suscitam-se-nos algumas questões quando a conduta não tem a capacidade ofensiva que, com respeito ao princípio da ofensividade, a norma penal visa prever. É dizer, contrariamente ao defendido pela doutrina, afigura-se-nos dever operar uma interpretação restritiva do tipo do artigo 367.º, n.º 2, do Código Penal, a fim de ali não se subsumirem as condutas que não tenham um potencial de ofensa ao bem jurídico – a administração ou realização da justiça – as mais das vezes circunscritas a condutas de adequação social. Assim, aquele que empresta ou entrega dinheiro para o condenado pagar a multa, pese embora o auxilie ao pagamento da mesma, não o faz com intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena que tenha sido aplicada, mas tão só com a intenção de auxiliar ao pagamento de tal multa – dizemos mesmo à execução da pena.

O crime de favorecimento será apenas tentado quando o agente preconize atos de execução sem que consiga impedir, frustrar ou iludir a atividade probatória ou preventiva de autoridade competente ou sem que consiga prestar efetivo auxílio⁴⁵.

⁴⁴ É o caso, entre outros, de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*op. cit.*, 2008, p. 860) e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 118-119, assim considerando devido à natureza pessoalíssima da pena de multa.

⁴⁵ De modo distinto, nem todas as condutas do crime de **recetação** integram o tipo a título de tentativa. É o caso do n.º 2, do artigo 231.º do Código Penal, que por não prever expressamente a punição da tentativa, tal conduta não merece censura penal (cf. artigos 21.º a 23.º do Código Penal), o mesmo sucedendo quanto ao crime de **auxílio material**. No que concerne ao crime de **branqueamento**, não serão puníveis quer o auxílio tentado quer a facilitação tentada de operações de conversão ou de transferência de vantagens por corresponderem a tentativas fracassadas de participação, logo não puníveis (Paulo Pinto de Albuquerque, *op. cit.*, 2015, p. 1155-1156).

1.4.2. Comparticipação

A comparticipação rege-se pelas regras gerais. No entanto, é merecida uma especial consideração quando é o agente do crime pressuposto que se autofavorece, caso em que a sua conduta não integra o tipo de ilícito de favorecimento⁴⁶.

1.4.3. Concurso

O crime de favorecimento pessoal rege-se pelas regras gerais em matéria de concurso, nos termos do artigo 30.º do Código Penal, sendo a unidade do bem jurídico ofendido que determina o número de crimes realizados⁴⁷, não estando dependente do número de crimes que o favorecido praticou, pois que as ações de favorecimento podem estender-se no tempo^{48/49}.

1.5. Dos limites à punição

No crime de favorecimento pessoal o legislador consagrou limites à punição do agente do tipo, que se circunscrevem em duas esferas de proteção, a saber: uma limitação objetiva, determinada pelo crime cometido, e uma limitação subjetiva, determinada em função do agente do crime⁵⁰.

⁴⁶ O que se aplica-se *mutatis mutandis* ao agente do facto referencial no crime de **recetação** que não pode ser punido por instigação à **recetação**, sendo facto posterior não punível, bem como aos agentes dos crimes de **auxílio material** e de **branqueamento**.

⁴⁷ Vide o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05-07-2006, processo n.º 0545127, relatado por Isabel Pais Martins, disponível em www.dgsi.pt, relativo a um concurso efetivo de crimes entre o crime de falsificação ou contrafação de documento e o crime de favorecimento pessoal. Ainda, Jorge Godinho defendendo a não punibilidade do agente em concurso quando seja uma situação de autofavorecimento, pois que não tem valor jurídico autónomo para efeitos punitivos («Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, AO, 1941 (jan./mar. 2011) p. 101).

⁴⁸ MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, p. 597, que admite o concurso real com o crime de homicídio, quando este visa favorecer o agente do crime pressuposto, porque o bem jurídico tutelado é distinto, mas em concurso aparente perante outros crimes cujo bem jurídico tutelado seja a administração da justiça, como, por exemplo, o falso testemunho.

⁴⁹ De modo distinto, no crime de **recetação** haverá tantos crimes, consumados ou tentados, quantas as coisas recetadas, já que a norma prevê, entre outras, a pluralidade de aquisições ou transmissões, bem como uma única ação de aquisição ou transmissão de uma coisa, o mesmo sucedendo com o crime de **auxílio material**, pois que as várias prestações de auxílio não constituem uma unidade criminosa. No que respeita ao crime de **branqueamento** este consome os crimes de **recetação** e de **auxílio material**, mas admite o concurso efetivo quando o crime precedente e o crime de branqueamento sejam perpetrados pelo mesmo agente (neste sentido, mas relativo a uma situação de branqueamento de vantagens decorrentes do tráfico de estupefacientes, acórdão de fixação de jurisprudência n.º 13/2007 do Supremo Tribunal de Justiça de 22-03-2007, processo n.º 05P220, relatado por João Sousa Fonte, publicado em *Diário da República*, 1.ª série, n.º 240, de 13 de dezembro de 2007).

⁵⁰ Tal não foi consagrado para os crimes de **recetação** e de **auxílio material** em que o legislador se bastou com a aplicabilidade da atenuação especial da pena no caso de restituição da coisa quando efetuada, respetivamente, pelo recetador ou pelo agente do auxílio material (cf. artigo 206.º *ex vi* artigos 231.º, n.º 3, alínea *a*), e 232.º, n.º 2, todos do Código Penal).

1.5.1. O limite da pena do crime pressuposto

Com a limitação objetiva o legislador procurou, pela imperatividade do n.º 3, estabelecer um limite máximo para a pena do agente favorecedor quando ao crime pressuposto couber uma pena máxima abstratamente aplicável inferior à estatuída nos n.ºs 1 e 2⁵¹. Assim, não obstante o bem jurídico-penal tutelado pelo crime de favorecimento encontrar autonomia face ao crime pressuposto – como vimos a administração ou realização da justiça – certo é que, porque o agente favorecedor apenas auxilia o agente do crime pressuposto, não deverá aquele ser mais severamente punido do que este^{52/53}.

1.5.2. As causas de exclusão da culpa e da punibilidade

O legislador consagrou no crime de favorecimento determinadas circunstâncias, atinentes ao agente do crime⁵⁴, que impedem a sua punição. É dizer, o agente pratica um facto típico, ilícito, que pode não ser culposo ou, então, não punível sempre que o agente procure evitar com o facto que lhe seja aplicada ou executada uma pena ou medida de segurança, devendo a sua conduta estar intrinsecamente relacionada com esse fim, caso em que temos uma causa exclusão da culpa.

Por outro lado se tivermos uma relação de parentesco ou afinidade nas concretas circunstâncias previstas na alínea b) do n.º 5 do artigo 367.º do Código Penal, designadamente,

⁵¹ O mesmo sucede no caso do crime de **branqueamento** em que a pena concreta aplicada não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens (cf. artigo 368.º-A, n.º 10, do Código Penal). Para melhor desenvolvimento, vide PEDRO CAEIRO, «A Decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição e o branqueamento e facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa», in COSTA ANDRADE et al, *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1129-1130 [1067-1133], e ainda do mesmo autor, *A consunção do Branqueamento Pelo Facto Precedente*, Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 100, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 187-222. Haverá lugar a uma atenuação especial da pena se houver uma reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, desde que sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância (cf. n.º 7). Se a reparação for parcial ou se o agente do crime de branqueamento auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos típicos ilícitos de onde provêm as vantagens, a pena também poderá ser especialmente atenuada (cf. n.ºs 8 e 9).

⁵² Alguns autores não concordam com esta limitação, sobretudo quanto o crime pressuposto seja um crime bagatela (MEDINA DE SEIÇA, *op. cit.*, p. 597). Contudo, afigura-se-nos que não lhes assiste razão, já que se tomarmos por comparação a figura do cúmplice, certamente mais gravosa do que quem meramente auxilia no pós cometimento do ilícito, concluímos que quem concorre para a prática do crime pressuposto vê a sua conduta penalmente prevista e punida na moldura encontrada no tipo de ilícito cometido, pelo que não fará sentido que quem não concorre para tal desvalor seja punido com pena mais severa do que aquele.

⁵³ Não relevam para o limite da punição os estados de erro do agente favorecedor, mas apenas a moldura estatuída para o crime pressuposto, nos termos do disposto no artigo 367.º, n.º 3, do Código Penal.

⁵⁴ Não constituem verdadeiras causas de exclusão da punibilidade as causas de procedibilidade dos tipos, pelo que no tocante ao crime de favorecimento remetemos para o disposto no título 1.2.1 deste trabalho. Quanto aos crimes de **recetação** e de **auxílio material**, ambos preveem a circunstância de entre o agente do crime – de recetação ou de auxílio material – e a vítima do facto referencial existir uma relação de familiaridade, caso em que o procedimento criminal dependerá de acusação particular, o que constitui um limite à prossecução penal do respetivo crime (cf. artigo 207.º, alínea a), *ex vi* artigos 231.º, n.º 3, alínea b), e 232.º, n.º 2, todos do Código Penal). De modo distinto, encontramos no crime de **branqueamento** uma condição de procedibilidade, em lugar paralelo com o crime de favorecimento pessoal, no sentido de não ser punível o facto quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens dependerem de queixa e esta não tenha sido tempestivamente apresentada (cf. artigo 368.º-A, n.º 5, do Código Penal).

sendo cônjuge, adotante, adotado, parente ou afins até ao 2.º grau⁵⁵ ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que viva em situação análoga à dos cônjuges com aquela em benefício da qual se atuou⁵⁶, teremos uma causa de exclusão da punibilidade⁵⁷.

Em ambos os casos estamos perante causas pessoais de exclusão, que radicam numa ideia de exigibilidade, ou, melhor dito, de inexigibilidade.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. Da notícia do crime

A notícia da prática do crime de favorecimento pessoal é, amiúde, concomitante com a notícia da prática do crime pressuposto, pelo que haverá casos em que a prática daquele crime é investigada e sopesada no processo em que corre a investigação do crime referencial.

Em todo o caso a aquisição da prática do crime de favorecimento pessoal pelo Ministério Público ocorre quer por conhecimento próprio, quer por intermédio dos órgãos de polícia criminal, quer ainda mediante denúncia, nos termos do disposto nos artigos 241.º a 246.º do Código de Processo Penal.

Desta feita, o inquérito inicia-se com a notícia do crime – pelo Ministério Público⁵⁸ – de uma conduta subsumível ao crime de favorecimento pessoal. Tal constitui um marco relevante para se determinar a direção que a investigação deva tomar, pois que se haverá casos em que a prova incidirá em escassa prova testemunhal ou documental, outros haverá em que a intrincada relação de atos de favorecimento poderá dificultar a perceção do cometimento do crime e de quem foram os seus autores, facto que assume enorme significância dada a existência de causas de exclusão da punibilidade que o tipo de ilícito reserva para os familiares, bem como as causas de exclusão da culpa para os próprios agentes do crime pressuposto.

Com a notícia da prática de factos subsumíveis ao crime de favorecimento pessoal, devem os serviços do Ministério Público apresentar os autos ao respetivo Magistrado – por via de regra elaborados pelos órgãos de polícia criminal – a fim de determinar a tipologia de crime e o grau de complexidade da investigação, após o que será remetido à distribuição, salvo se dever

⁵⁵ Como exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20-04-2006, processo n.º 06P363, relatado por Rodrigues da Costa, disponível em www.dgsi.pt, que absolveu uma arguida do crime de favorecimento pessoal por ser cônjuge do agente do crime pressuposto, sendo, todavia, condenada pelo crime de ocultação de cadáver, nos termos do disposto no artigo 254.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal.

⁵⁶ Concordante, defendendo que o artigo 367.º, n.º 5, alínea b), do Código Penal, visa preservar o círculo de relações pessoais e familiares do agente enquanto laços sociais relevantes, FREDERICO AUGUSTO GAIO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2013 pp. 789-790.

⁵⁷ Em crítica à posição adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 8-10-1997, no processo n.º 97P356, relatado por Lopes Rocha, decisão sumária disponível em www.dgsi.pt, JORGE DIAS DUARTE, «Branqueamento de capitais e favorecimento pessoal», *Revista do Ministério Público*, Ano 23.º, N.º 90, (abril-Jun.2002), pp. 173-174.

⁵⁸ De referir que não escassas vezes, os órgãos de polícia criminal tomando conhecimento direito dos factos encetam diligências – medidas cautelares e de polícia, nos termos do disposto nos artigos 248.º a 253.º do Código de Processo Penal – que melhor permitirão ao Ministério Público direcionar a investigação.

correr nos autos do crime referencial, como por exemplo no caso dos crimes de maior complexidade em função da natureza do crime ou do número de agentes.

2.2. Da (não) delegação de competências

Recebido o inquérito pelo Magistrado do Ministério Público, que do mesmo ficará titular, a este caberá dirigi-lo, sendo para o efeito assistido pelos órgãos de polícia criminal, nos termos do disposto no artigo 236.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

A questão que agora se coloca consiste em saber se o Magistrado do Ministério Público deverá delegar as diligências de investigação nos órgãos de polícia criminal ou inversamente deverá avocar por completo tais diligências ou, ainda, delegar apenas algumas delas que entenda necessárias à prolação de um despacho final no inquérito.

A resposta não tem um único sentido. Vejamos.

2.2.1. Da desnecessidade de delegação de competências de investigação

Algumas situações de crime de favorecimento pessoal apresentam menor complexidade, surgindo, amiúde, associadas a crimes referenciais muito delimitados no tempo, não sendo necessário encetar muitas diligências de investigação a fim de recolher todos os elementos de prova necessários a uma tomada de decisão no processo. Neste desiderato, o processo relativo ao crime de favorecimento poderá correr trâmites em separado do processo relativo ao crime pressuposto, não se determinando a conexão nos termos do disposto no artigo 24.º e seguintes.

São exemplo deste tipo de situações os casos de crime – pressuposto – de condução de veículo automóvel sem habilitação, previsto e punido nos termos do disposto nos artigos 3.º, n.ºs 1 e 2, do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de janeiro, por aplicação dos artigos 121.º, n.º 1, 122.º, n.º 1, e 123.º, n.º 1, todos do Código da Estrada, e do artigo 26.º do Código Penal, em que outra pessoa que não o condutor assume, perante os agentes fiscalizadores, estar no exercício da condução de determinado veículo intercetado num aparelho de radar ou interveniente num acidente de viação. Em tais circunstâncias, a pessoa que declara ter sido o condutor pretende iludir atividade probatória, com intenção que o efetivo condutor não seja submetido a uma pena, pois que este não se encontrava legalmente habilitado ao exercício da condução de veículo automóvel. Por conseguinte, encontram-se preenchidos os elementos objetivos e subjetivos do tipo e consumado o crime de favorecimento pessoal.

Perante a notícia da prática de tais factos, subsumíveis ao crime de favorecimento pessoal, o Magistrado do Ministério Público determina que se extraia certidão dos autos relativos à factualidade subjacente encobridora do crime de condução de veículo automóvel sem habilitação legal, dando início ao procedimento criminal por este crime, bem como pelo crime de favorecimento pessoal, nos termos do disposto no artigo 49.º do Código de Processo Penal,

podendo efetuá-lo sob o mesmo processo ou em processo separados, nas circunstâncias do artigo 30.º do Código de Processo Penal.

Perante tal situação, afigura-se-nos que os meios de prova cabalmente necessários e adequados à prova da prática do crime residem, essencialmente, em prova documental e testemunhal. Assim, somos de considerar que, neste caso concreto, não se mostra necessária a delegação da competência nos órgãos de polícia criminal para efetuarem diligências de investigação, sob pena de se fazerem perigar os princípios da imediação e da celeridade processual.

Um exemplo da tramitação possível desta situação-tipo⁵⁹ seria:

- **RDA como inquérito** (despacho efetuado na certidão extraída do inquérito sobre o crime pressuposto⁶⁰), para investigação da prática do crime de favorecimento pessoal (artigo 367.º do Código Penal) praticado por
- **Diligências de investigação:** inquirição de testemunhas, bem como constituição como arguido de ..., sua sujeição a TIR e interrogatório.
- **Prolação de despacho final.**

2.2.2. Da necessidade de delegação de competências de investigação

As situações onde, em regra, se verifica a necessidade de delegação da competência de investigação nos órgãos de polícia criminal, nos termos do disposto no artigo 270.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, e da Circular da PGR n.º 6/2002, de 11 de março, verificam-se quando a investigação do crime pressuposto exige uma miríade de diligências, *e. g.*, entre outras, perícias, inquirições, interrogatórios, buscas domiciliárias e/ou não domiciliárias e/ou informáticas, interceções de comunicações, sendo fisicamente impossível ao Magistrado do Ministério Público e aos respetivos serviços assegurarem tais diligências.

Qual o órgão de polícia criminal competente para as diligências de investigação?

A repartição de competências para efeitos de investigação encontra-se consagrada na Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto, diploma que aprovou a Lei de Organização da Investigação Criminal, tendo estabelecido um quadro de competências entre órgãos de polícia criminal em função da tipologia de ilícito. Este diploma consagra a competência reservada da Polícia Judiciária nos crimes previstos no artigo 7.º, n.º 2., do qual não figura o crime de favorecimento pessoal. Por conseguinte, a investigação da prática deste tipo de crime pode ser delegada nos demais

⁵⁹ Consultável nos autos com o NUIPC 1393/14.8TAPTM (Tribunal Judicial da Comarca de Faro/Juízo Local Criminal de Portimão).

⁶⁰ A certidão resultaria de um despacho prévio efetuado no processo do crime pressuposto, como por exemplo:

- Extraia certidão de fls. 01 a 20, bem como do presente despacho [despacho final do inquérito sobre o crime pressuposto] a fim de RDA como inquérito para investigação da prática do crime de favorecimento pessoal (artigo 367.º do Código Penal) praticado por

órgãos de polícia criminal, salvo se os autos estiverem incorporados nos autos do crime pressuposto.

2.3. Do decurso do inquérito

A fase de inquérito, sendo a primeira fase do processo penal, assume particular relevância na descoberta da verdade material, a fim de se formar uma convicção de arquivamento ou de acusação pela prática do crime de favorecimento, sendo essencial o conjunto de diligências de investigação que o Ministério Público ou os órgãos de polícia criminal venham a preconizar no inquérito.

É na fase de inquérito que, por excelência, se lança mão dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova possíveis, em cada caso, e no estrito respeito pelo princípio da legalidade, nos termos do disposto no artigo 125.º do Código de Processo Penal.

O crime de favorecimento pessoal não apresenta especificidades de relevo quanto aos elementos de prova a carrear para o processo, sendo admissíveis a prova testemunhal, a prova por declarações, a prova por acareação, a prova por reconhecimento, a reconstituição do facto, a prova pericial e a prova documental (artigos 128.º a 170.º do Código de Processo Penal), ao que se associam os meios de obtenção de prova, nomeadamente, os exames, as revistas, as buscas, as apreensões (artigos 171.º a 186.º, do Código de Processo Penal), mas não as escutas telefónicas, por exigirem moldura penal de máximo superior a três anos e pelo facto de o crime de favorecimento não corresponder a um dos crimes de catálogo, nos termos do disposto no artigo 187.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, salvo se os autos correrem em processo por crime em que seja admissível a autorização de tal meio de obtenção de prova.

Decorrente da moldura penal máxima admissível prevista para o crime de favorecimento pessoal, só são possíveis aplicar ao agente da prática deste ilícito penal determinadas medidas de coação, e desde que preenchidos os requisitos gerais e específicos para cada uma das possíveis medidas. Por conseguinte, são aplicáveis, perante o caso concreto, as medidas de coação de Termo de Identidade e Residência, de Caução, de Obrigação de Apresentação Periódica e de Suspensão do Exercício de Profissão, de Função, de Atividade e de Direitos. As restantes, ao exigirem crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos não são possíveis de aplicar ao agente da prática do crime de favorecimento pessoal.

2.4. Do encerramento do inquérito

O prazo de duração máxima de um inquérito que corra trâmites apenas pela investigação do crime de favorecimento tem o prazo geral de oito meses, nos termos do disposto no artigo 276.º, n.º 1, do Código Penal. Distintamente, se tal crime for investigado em processo em que corra investigação por outros tipos de crime, como, por exemplo, com o crime referencial, os prazos de duração máxima do inquérito serão tanto mais longos quanto o tipo de crime em causa.

Concluído o inquérito, o Magistrado do Ministério Público toma uma decisão com vista à prolação de um despacho final, ponderando a factualidade e os elementos de prova que foi possível carrear para os autos.

Se o processo-crime correu trâmites apenas para investigação do crime de favorecimento, o Magistrado do Ministério Público pode arquivar, nos termos do disposto no artigo 277.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, suspender provisoriamente o processo, nos termos do disposto no artigo 281.º, acusar, nos termos do disposto no artigo 283.º, n.º 1, sendo admissível a forma sumária, abreviada e comum do processo, desde que respeitados os respetivos requisitos, nos termos do disposto nos artigos 381.º, 391.º-A, bem como requerer a aplicação de pena em processo sumaríssimo, nos termos do disposto no artigo 392.º.

No que ao arquivamento concerne, e por se considerar que tal tipo de encerramento levanta mais questões, dadas as particularidades do tipo de ilícito de favorecimento pessoal, designadamente a exigência de crime referencial, bem como a causa de exclusão da culpa e a causa de exclusão da punibilidade, afiguram-se possíveis os seguintes tipos de arquivamento:

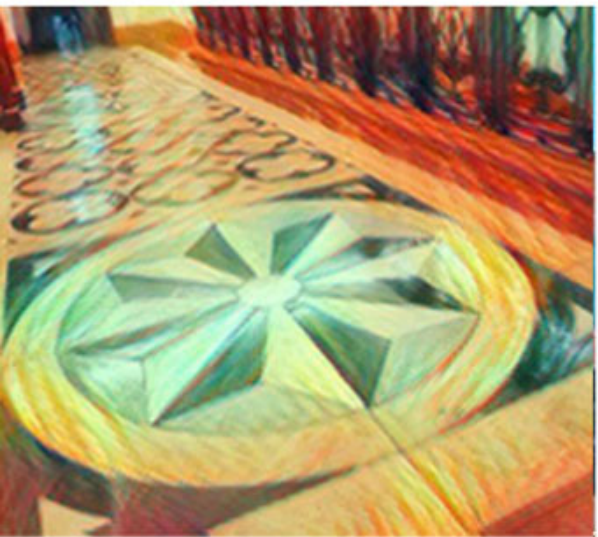
- Arquivamento quando se tiver recolhido prova bastante de se não ter verificado o crime, como é o caso de o crime referencial não ter ocorrido e o agente ter atuado com erro do tipo nos termos do artigo 16.º, n.º 1, do Código Penal.
- Arquivamento quando se tiver recolhido prova bastante de o arguido não o ter praticado a qualquer tipo, como é o caso do agente procurar evitar que contra si seja aplicada ou executada uma pena ou medida de segurança, bem como o caso de favorecimento por uma das pessoas previstas no artigo 367.º, n.º 5, alínea b), do Código Penal.
- Arquivamento em caso de inadmissibilidade do procedimento, como é o caso de inexistência de desejo de procedimento criminal quanto ao crime referencial, que como vimos constitui uma condição de procedibilidade quanto ao crime de favorecimento pessoal.

Quanto aos demais tipos de arquivamento entendemos inexistirem questões de relevo que devam ser suscitadas.

IV. Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2008, pp. 859-860, e 2015, pp.1152-1155.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, «Branqueamento de Capitais: Reação Criminal, in *Estudos de Direito Bancário*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 344 [337-358].
- CAEIRO, Pedro, *A consunção do Branqueamento Pelo Facto Precedente*, Boletim da Faculdade de Direito, *Stvdia Ivridica* 100, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 187-222.
- CAEIRO, Pedro, «A Decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição e o branqueamento e facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa», in COSTA ANDRADE et al, *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1129-1130 [1067-1133].
- CAEIRO, Pedro, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 496-504.
- DIAS, Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral*, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 118-119.
- DUARTE, Jorge Dias, «Branqueamento de capitais e favorecimento pessoal», *Revista do Ministério Público*, Ano 23.º, N.º 90, (abril-Jun.2002), pp. 167-177.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Do Crime de «Branqueamento» de Capitais, Introdução e Tipicidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 164-168.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, «Para uma reforma do tipo de crime de “branqueamento” de capitais», in COSTA ANDRADE et al, *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1004 [995-1012].
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, «Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, AO, 1941 (jan./mar. 2011) p. 101 [71-110]].
- GONÇALVES, Maia, *Código Penal Português*, 6.ª ed., anotado e comentado, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p.782.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel e Manuel Simas Santos, *Código Penal Anotado*, 3.ª ed., II vol. Parte Especial, Lisboa, Editora Reis dos Livros, 2000, p. 1574.

- PASCUAL, Antoni Gili, *passim* «Consideraciones sobre el concepto de accesoriadad en el encubrimiento», in *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 61, Madrid, EDERSA, 1997, pp. 171-203.
-
- PAVON, Pilar Gomez, «El bien jurídico protegido en la receptacion, blanqueo de dinero y encobrimento», in *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 53, Madrid, EDERSA, 1994, p. 474 [459-484].
-
- PINTO, Frederico Augusto Gaio de Lacerda da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2013 pp. 789-790.
-
- SEIÇA, Alberto Medina de, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo III, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 577-597.



2.

O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Carlos Miguel Lopes
Serras de Carvalho
Rodrigues

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. O CRIME DE FAVORECIMENTO PESSOAL FACE A FIGURAS AFINS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Carlos Miguel Lopes Serras de Carvalho Rodrigues

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Do encobrimento ao favorecimento pessoal
 - 1.2. Razão de ordem
 - 1.3. Do crime de favorecimento pessoal
 - 1.3.1. Do tipo objetivo
 - 1.3.1.1. Generalidades
 - 1.3.1.2. O favorecimento anterior ao trânsito em julgado de uma sentença condenatória
 - 1.3.1.3. O favorecimento em fase de execução penal
 - 1.3.2. Tipo subjetivo
 - 1.3.3. O bem jurídico protegido pela incriminação
 - 1.3.4. A tentativa
 - 1.3.5. Comparticipação
 - 1.3.6. As causas de exclusão da punibilidade
 - 1.3.7. A prática do crime de favorecimento pessoal por pessoas coletivas
 - 1.3.8. Concurso
 - 1.4. O crime de favorecimento pessoal por funcionário
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. Generalidades
 - 2.2. Aquisição de notícia do crime
 - 2.3. Da abertura de inquérito
 - 2.4. Do planeamento da investigação
 - 2.5. O primeiro despacho de inquérito
 - 2.6. Da sujeição a segredo de justiça
 - 2.7. Recolha de prova
 - 2.8. Das medidas de coação e garantia patrimonial
 - 2.9. Da constituição como assistente
 - 2.10. Do encerramento do inquérito
 - 2.10.1. Generalidades
 - 2.10.2. A suspensão provisória do processo
 - 2.10.3. A acusação
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

O presente trabalho versa, como o próprio título indicia, sobre o crime de favorecimento pessoal e as figuras que lhe são afins.

Pese embora a elevada importância que este tipo penal assume na correta conformação da atividade judiciária, a qual é consabidamente um pilar fundamental de um Estado de Direito Democrático, certo é que tanto a jurisprudência, como a doutrina, não lhe têm dedicado especial atenção.

Ainda assim, fruto da pressão mediática sofrida, o referido ilícito penal saltou recentemente para as páginas dos jornais, ainda que não sendo acompanhado do inerente conhecimento, por parte das diferentes franjas não judiciais da sociedade, do seu concreto recorte normativo. De tal forma que a factualidade apta a preencher o respetivo tipo penal é geralmente confundida com a cumplicidade¹. Naturalmente que essa errada subsunção jurídica é indiferente para efeitos de afirmação do tipo penal, porquanto aquilo que releva será apenas a “*valoração paralela na esfera do leigo*”².

As presentes linhas pretendem revestir um cariz eminentemente prático, não se pretendendo repletas de considerações de cariz teórico e dogmático, perdendo de vista o seu fim último.

II. Objetivos

O presente trabalho tem por objetivo último traçar algumas coordenadas básicas sobre o crime de favorecimento pessoal, apontando alguns nódulos problemáticos que avultam deste tipo penal, procurando delimitar, ainda que a traço grosso, os concretos contornos da figura.

De seguida pretende-se, fazendo uso dos quadros normativos anteriormente fixados e aqueloutros pressupostos do Direito Processual Penal, lançar pistas sobre as estratégias de investigação que devem ser seguidas para efeitos de assegurar a recolha de prova necessária à dedução de despacho de encerramento do inquérito.

Assim, nas linhas que se seguem, propomo-nos tecer algumas considerações acerca do crime de favorecimento pessoal, analisando o seu tipo objetivo e subjetivo e as cláusulas de exclusão da punibilidade, tendo em vista não só uma maior celeridade e eficácia do *iter* investigatório, mas também uma adequada narrativa da acusação.

III. Resumo

Constitui objetivo primordial do presente trabalho analisar o crime de favorecimento pessoal, previsto no artigo 367.º do Código Penal, em duas perspetivas distintas, mas complementares entre si.

De um lado, uma vertente mais teórica, enquadrando juridicamente o tipo criminal em apreço e analisando os principais aspetos que ao mesmo respeitam; de outro lado, uma vertente mais prática, procurando trilhar um percurso pela investigação realizada pelos Magistrados do Ministério Público.

¹ É, aliás, muito usual ouvir-se que aquele que destrói uma prova de um crime é cúmplice desse mesmo crime.

² Assim, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal: Parte Geral, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 352 a 354, *maxime* p. 353.

Em termos um pouco mais detalhados, na primeira parte deste trabalho (corporizada no capítulo 1) debruçamo-nos sobre questões eminentemente teóricas, desde a evolução histórica do ilícito criminal à análise dos elementos do tipo, analisando igualmente figuras jurídicas afins do crime de favorecimento pessoal, sem esquecer a abordagem a outros aspetos relevantes do ponto de vista do enquadramento jurídico, como seja a delimitação do bem jurídico protegido pela incriminação, o concurso de crimes e a prática do crime por pessoas coletivas.

Analisado o crime de favorecimento pessoal deste prisma, ficamos em condições de avançar para a prática e gestão processual (capítulo 2), focando-nos no planeamento e na condução da investigação, desde a aquisição da notícia do crime até ao encerramento do inquérito, no âmbito das competências atribuídas ao Ministério Público. Neste capítulo, exemplificamos, sempre que se justificar, os termos em que poderão ser proferidos despachos necessários à tramitação processual.

1. Enquadramento jurídico

1.1. Do encobrimento ao favorecimento pessoal

Durante muito tempo, a factualidade subsumível ao favorecimento pessoal integrou a categoria mais vasta do encobrimento, o qual era entendido como uma forma de participação no facto punível. Destarte, o encobridor era visto como um participante no crime e que se encontrava no quadro da dogmática penal coeva, localizado paralelamente à cumplicidade.

Assim, o Código Penal de 1886, o qual esteve em vigor até à aprovação do atual Código Penal, estabelecia no seu artigo 19.º que *“os agentes dos crimes são auctores, cúmplices, ou encobridores”*.

Após explicitar quem deveria ser considerado autor e cúmplice nos artigos 20.º a 22.º, o Código Penal de 1886 esclarecia quem deveria ser considerado encobridor, estabelecendo no seu artigo 23.º o seguinte:

“São encobridores:

.º Os que alteram ou desfazem os vestígios do crime com o propósito de impedir ou prejudicar a formação do corpo de delito;

.º Os que ocultam ou inutilizam as provas, os instrumentos ou os objectos do crime com o intuito de concorrer para a impunidade;

.º Os que, sendo obrigados, em razão da sua profissão, emprêgo, arte ou ofício a fazer qualquer exame a respeito de algum crime, alteram, ou ocultam nêsse exame a verdade do facto com o propósito de favorecer algum criminoso;

.º Os que, por compra, penhor, dádiva, ou qualquer outro meio, se aproveitam ou auxiliam o criminoso para que se aproveite dos produtos do crime, tendo conhecimento no acto da aquisição da sua criminosa proveniência;

.º Os que dão coito ao criminoso ou lhe facilitam a fuga, com o propósito de o subtraírem à acção da justiça.

§ Único. Não são considerados encobridores o cônjuge, ascendentes, descendentes e os colaterais ou afins do criminoso até ao terceiro grau por direito civil, que praticarem qualquer dos dos factos designados nos n.os 1.º, 2.º e 5.º deste artigo”.

No artigo 24.º fazia-se ainda alusão ao nexos de acessoriedade imprescindível para a punição da atuação a título de cumplicidade ou de encobrimento, aí se referindo que “*Não há encobridor, nem cúmplice sem haver autor; mas a punição de qualquer autor, cúmplice ou encobridor não está subordinada à dos outros agentes do crime*”.

Como decorre de forma clara dos preceitos acima transcritos, encontravam-se agrupados sob a designação de encobrimento “*todos os actos feitos em prol do delinvente depois de este ter consumado o delito, com o intuito de lhe assegurar as vantagens do crime (favorecimento real) ou a impunidade (favorecimento pessoal) a que se anexou, pela similitude, a situação do que pretende obter, a partir do primeiro delito, uma vantagem económica (receptação)*”³.

Todavia, o aprofundamento da dogmática penal e dos estudos em torno da comparticipação criminosa e a funcionalização do Direito Penal hodierno à proteção subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal levaram a que se procedesse a uma autonomização das figuras que, conjuntamente, integravam o conceito mais vasto de encobrimento.

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, “*não parece poder haver, por não ser nem normativamente adequada, nem em rigor facticamente pensável, uma comparticipação ex post facto, isto é depois do facto ter sido cometido e o tipo de crime já realizado*”⁴.

Acresce que a força centrípeta que o crime antecedente exercia sobre o encobrimento e que levava a que este fosse dogmaticamente tratado na teoria da comparticipação penal foi-se desvanecendo com a percepção clara de que esta categoria se limitava a englobar realidades fácticas muito díspares (v.g. a destruição de provas, a recetação ou o acolhimento de um condenado) e que visavam salvaguardar bens jurídicos muito distintos entre si. Adicionalmente, surge também a percepção de que o bem jurídico protegido pelo

³ MEDINA DE SEIÇA, «Anotação ao artigo 367.º, do Código Penal», AA.VV., Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, (coord. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 576.

⁴ FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal...ob. cit., p. 758.

encobrimento não é o mesmo do crime base, i.e., o crime antecedente ou pressuposto⁵, o que pôs em causa esse entendimento do encobrimento como forma de participação no crime.

A esta luz, assistiu-se no Direito Penal comparado a uma progressiva autonomização dos crimes de favorecimento real e pessoal, com o concomitante desaparecimento da figura do encobrimento⁶.

Entre nós, só com o atual Código Penal, aprovado na sua versão original pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, é que a figura do encobrimento desapareceu do nosso quadro legislativo e as figuras que aí estavam inscritas ganharam foros de autonomia no ordenamento jurídico português.

1.2. Razão de ordem

Feito este excuro de cariz histórico-dogmático, ainda que breve, pela figura do encobrimento enquanto forma de participação no crime, torna-se possível compreender em toda a sua extensão o que se pretende abarcar, no título do presente trabalho, com a alusão a *figuras afins*.

Uma figura afim na Teoria e na Metodologia do Direito será uma determinada realidade normativa (v.g. um instituto jurídico) que partilha uma relação de identidade material com outra com a qual é observada de um prisma comparativo. Ora, o estudo de uma determinada realidade normativa através dos pontos de contacto que esta estabelece com outras que lhe estão próximas permite que se extraia um conjunto de coordenadas fundamentais na compreensão do espaço normativo que a figura objeto de comparação tem na unidade do sistema jurídico.

As figuras afins não constituem um instrumento comparativo usual em sede de Direito Penal, sendo diferentemente utilizadas com maior acuidade no Direito Civil. Isto não significa que estas não possam encontrar o seu espaço e capacidade de rendimento na dogmática penal⁷. A análise do crime de favorecimento pessoal é um exemplo “vivo” dessa utilidade.

⁵ Neste sentido, veja-se, de forma clarividente, MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit., p. 577, que refere a este propósito o seguinte: “o tratamento unitário das formas de encobrimento, centro na comum característica de todas elas implicarem um auxílio, deixa de algum modo na sombra a diferente finalidade que preside à conduta do auto do auxílio bem como os distintos efeitos que produz na ordem social. Foi justamente a consideração da diversidade de bens jurídicos atingidos, não só entre o crime do autos principal e a conduta encobridora mas mesmo entre as diversas formas de encobrimento (umas dirigidas à vantagem patrimonial do encobridor, outras a conseguir a impunidade do autor do crime, impedindo, portanto, a realização da justiça), que, mediada pela reflexão doutrinal, conduziu a maior parte das legislações da actualidade a autonomizar o encobrimento em diferentes tipos legais de crime”.

⁶ Neste preciso sentido, veja-se MAIA GONÇALVES, Código Penal Português anotado e comentado, 16.ª edição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 1018.

⁷ Na dogmática penal é mais usual o recurso à figura do concurso para realizar este raciocínio comparativo. Todavia, o campo de comparação não é exatamente idêntico.

Vistas as coisas por este prisma, e tendo em consideração as observações acima, é possível avançar desde já que as figuras afins do favorecimento pessoal são as seguintes:

- i. O crime de recetação (artigo 231.º do Código Penal);
- ii. O crime de auxílio material (artigo 232.º do Código Penal);
- iii. O crime de branqueamento de capitais (artigo 368.º-A do Código Penal).

Uma vez traçado o conceito de figuras afins e identificadas aquelas que assumem essa categoria face ao crime de favorecimento pessoal, cumpre agora proceder à análise deste último. Contudo, importa deixar uma nota preliminar: atenta a exiguidade que o presente trabalho assume, não se revela possível proceder a uma análise individualizada de cada uma das figuras afins. Tal empreendimento redundaria num desequilíbrio interno do próprio trabalho. Face ao exposto, e centrando-se o presente trabalho no crime de favorecimento pessoal, apenas convocaremos as figuras afins se e quando se justificar ao longo da exposição.

1.3. Do crime de favorecimento pessoal

1.3.1. Do tipo objectivo

1.3.1.1. Generalidades

O crime de favorecimento pessoal encontra-se consagrado, entre nós, no artigo 367.º do Código Penal, o qual dispõe da seguinte forma:

1 – Quem, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir actividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

2 – Na mesma pena incorre quem prestar auxílio a outra pessoa com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada”.

Do cotejo da referida disposição é possível extrair 2 (duas) modalidades distintas que podem configurar a prática do crime de favorecimento pessoal e cujo recorte normativo assenta exclusivamente no momento temporal em que as condutas típicas têm lugar.

Assim, o tipo objetivo consagrado no n.º 1 do artigo 367.º do Código Penal diz respeito às situações de favorecimento ocorridas na fase anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória⁸. Importa sublinhar que esta modalidade típica não se circunscreve apenas à

⁸ A este respeito, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, Código Penal: Parte Geral e Especial, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015, p. 1272; MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob.cit.», p. 581; LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, Código Penal, 2.º Volume, Lisboa: Reis dos Livros, 1996, p. 1156.

fase de inquérito, como poderia parecer de uma leitura apressada da disposição, a qual se reporta num primeiro trecho à ilusão/frustração/impedimento da “*atividade probatória ou preventiva*”.

De facto, a primeira modalidade encontra-se recortada em função da intenção de evitar que ao agente de um determinado crime seja aplicada uma pena ou medida de segurança, pelo que a possibilidade de preenchimento do tipo não se esgotará com o encerramento do inquérito, estendendo-se outrossim até à fase de julgamento.

No que concerne ao n.º 2 do artigo 367.º do Código Penal, está em causa uma atuação na fase executiva, i.e., após a prolação de uma decisão condenatória.

Da análise do n.º 1 do artigo 367.º do Código Penal resulta que a ação objetivamente típica do crime de favorecimento pessoal se preenche com a ação de alguém que, total ou parcialmente, impeça, frustre ou iluda a atividade probatória ou preventiva de autoridade pública competente em processo criminal de crime praticado por outrem^{9/10}.

Esta construção típica permite que se conclua que estamos perante um crime de resultado, porquanto a consumação pressupõe a produção de resultado, *in casu*, o efetivo impedimento, frustração ou ilusão da atividade probatória. Por outro lado, estamos perante um crime de execução livre, uma vez que é irrelevante o modo pelo qual as condutas típicas são realizadas.

Do n.º 2 do artigo 367.º do Código Penal resulta que a ação objetivamente típica se preenche com a prestação de auxílio ao impedimento ou frustração da execução de pena ou medida de segurança aplicada por sentença transitada em julgado.

Uma vez que o preenchimento do tipo objetivo se basta com a mera execução de um comportamento, *in casu*, a prestação de auxílio a terceiro condenado por sentença transitada em julgado, consideramos que estamos perante um crime de mera atividade^{11/12/13}.

⁹ MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit.», p. 581 entende que o tipo objetivo será apenas a atividade de impedir, frustrar ou iludir, total ou parcialmente, atividade probatória ou preventiva. Parece-nos que um entendimento tão redutor do tipo objetivo do favorecimento pessoal teria como consequência que preenchesse o tipo objetivo o auto-favorecimento ou a frustração de atividade probatória em processo contraordenacional.

¹⁰ De forma idêntica, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008, p. 947.

¹¹ MEDINA DE SEIÇA pronuncia-se neste sentido. Todavia, em momento posterior, inflite a sua posição e procede a uma “redução interpretativa” do n.º 2, reconduzindo-o também a um crime de resultado, «Anotação...ob. cit.», p. 581. Salvo o devido respeito, não podemos acompanhar a posição do Autor, nem os motivos por este aduzidos. No nosso entendimento, o maior desvalor da ação do n.º 2 é evidente. Com efeito, o facto de nessa modalidade do crime de favorecimento já estarmos perante uma fase de execução da pena configura uma maior lesão do bem jurídico protegido pela incriminação, uma vez que o sistema de justiça já reconheceu definitivamente a atuação antecedente como crime, pelo que a atuação do agente é reveladora de uma redobrada indiferença pelo mesmo.

¹² Contra, aduzindo que estamos perante um crime de resultado, mas sem quaisquer justificações quanto à tomada de posição, pode ver-se MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, Código...ob. cit., p. 1274.

¹³ Defendendo que estamos perante um crime de empreendimento, podemos ver JORGE ALMEIDA FONSECA, Crimes de empreendimento e tentativa, Coimbra: Almedina, 1986, p. 57, que refere a este propósito que “[o]utros exemplos de equiparação típica entre tentativa e consumação a que nos referiremos aquando da caracterização da estrutura básica dos «crimes de empreendimento» serão os constituídos pelos arts. 330.º (auxílio material ao

1.3.1.2. O favorecimento anterior ao trânsito em julgado de uma sentença condenatória

Pese embora a autonomização do crime de favorecimento, certo é que existe uma relação de dependência com o crime antecedente que despoleta a atuação do agente. Com efeito, o tipo objetivo consagra que o auxílio tem em vista evitar que outrem que praticou um crime seja submetido a pena ou medida de segurança.

Por esse motivo, importa delimitar quais os requisitos que deve revestir o crime antecedente e em função do qual o agente atuou. Isto é, importa apurar se bastará que o crime antecedente configure uma ação típica e ilícita ou se, ao invés, é necessário o preenchimento na sua perfeição de todas as categorias dogmáticas em que se decompõe o conceito de facto punível.

A este respeito, tem-se entendido que o crime pressuposto tem de corresponder a uma ação – ou omissão – típica, ilícita, culposa e punível¹⁴.

Fundamental para a sedimentação desse entendimento tem sido o raciocínio comparativo a que se tem lançado mão através do recurso às famigeradas figuras afins.

Ora, no âmbito do Direito anterior, era exigido para a punição da recetação que a coisa tivesse sido obtida através de facto criminalmente ilícito. De igual sorte, o preenchimento típico reclamava a existência de um crime. Todavia, a Revisão do Código Penal de 1995 introduziu uma ligeira entorse em ambas as previsões normativas e que é repleta de conteúdo. Assim, passou a exigir-se que o facto referencial constitua um ilícito típico, tornando cristalino que o mesmo não terá de ser culposos ou punível.

Não obstante, a construção típica do crime de favorecimento permaneceu inalterada, mantendo-se a exigência de um “crime”. Como é bom de ver, deste silêncio legislativo é possível extrair uma pista fundamental: é necessário que o crime antecedente se encontre investido de todas as categorias dogmáticas em que se decompõe o facto punível¹⁵.

Esta opção de política-criminal não é isenta de consequências práticas. Destarte, o tipo objetivo do crime de favorecimento não estará preenchido acaso o crime antecedente tenha sido praticado ao abrigo de causas de exclusão da ilicitude ou da culpa. Mas, como facilmente se compreenderá, encontra uma razão de ser no bem jurídico protegido pela incriminação. Estando em causa a realização da justiça criminal, como teremos oportunidade de ver, o bem

criminoso) e 410.º, n.º 2 (favorecimento pessoal). Em ambos os casos, a conduta típica é caracterizada pela expressão «auxiliar», «prestar auxílio», a quem outrem ou se aproveite do benefício de coisa obtida, através de crime contra o património (330.º), ou para que resulte impedida ou frustrada a execução de uma reacção criminal (410.º, n.º 2). Ora, o «auxiliar» ou «prestar auxílio», não conseguindo por si só, sem uma referência de sentido ao objectivo prosseguido pelo agente dar uma ideia do seu conteúdo criminal, isto é, sem se saber em que sentido deve operar a acção de ajuda, traduz, no fundo, pela sua ligação particularmente tendencial a um certo resultado que, para a consumação do crime, não precisa de ser efectivamente realizado, a ideia de um «aproveitar-se do benefício...» ou de «impedir ou frustrar a execução...» tentado ou consumado. Com o «prestar auxílio», significar-se-á um conceito «fárblos» usando a expressão de Schröder, onde tentativa e consumação estão equiparadas”.

¹⁴ Neste sentido, MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit.», p. 584 a 588; MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, Código...ob. cit., p. 1273.

¹⁵ Como não poderia deixar de ser, seguimos de perto a lição de MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit.», p. 585.

jurídico não será de forma alguma posto em causa perante situações justificadas à luz de causas de exclusão da ilicitude ou da culpa¹⁶.

Por outro lado, não se afigura necessária a perfeição típica do crime antecedente, bastando que o mesmo se encontre num estágio de realização típica anterior à consumação, seja tentativa ou atos preparatórios, quando puníveis.

Não se exige no entanto que o crime antecedente seja ele próprio objeto de julgamento transitado em julgado¹⁷. Semelhante exigência não tem qualquer amparo legal. Neste sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal de Justiça em Aresto datado de 31.10.1990 e no qual pode ler-se que o “[o] julgamento da pessoa a favor de quem se agiu não constitui um pressuposto necessário do crime de favorecimento pessoal”¹⁸. À luz da atual redação do artigo 367.º do Código Penal, este entendimento sai reforçado, inexistindo quaisquer dúvidas quanto à desnecessidade de julgamento do crime antecedente.

A este respeito, MEDINA DE SEIÇA refere que “o Tribunal que conhece do favorecimento não tem de estabelecer com exatidão qual o crime anterior cometido. Basta que os elementos reunidos sejam de molde a concluir com segurança que a ajuda foi prestada ao agente de um crime que, por isso, deveria ser objecto de uma reacção criminal”¹⁹.

Tal como já tivemos oportunidade de referir, a modalidade de favorecimento consagrada no n.º 1 do artigo 367.º do Código Penal constitui um crime de resultado e, por isso, é necessário que a atuação do agente impeça, frustre ou iluda, *de facto*, a atividade probatória da autoridade competente.

1.3.1.3. O favorecimento em fase de execução penal

Nos termos do artigo 367.º, n.º 2, do Código Penal, “[n]a mesma pena incorre quem prestar auxílio a outra pessoa com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada”.

Esta modalidade de favorecimento pessoal verifica-se quando o agente auxilia uma outra pessoa condenada em pena ou medida de segurança de cariz criminal.

¹⁶ Raciocínio idêntico poderá ser transposto para as condições de procedibilidade. De facto, se o titular do direito de queixa não a apresenta por não estar interessado a tanto, não poderá o sistema jurídico-penal de forma paternalista impor a punição do crime de favorecimento que procura “branquear” o crime semi-público. Em sentido divergente, entendendo que há consumação do crime em caso de falta de condições de procedibilidade, podemos ver MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, Código...ob. cit., p. 1273.

¹⁷ A este respeito, veja-se VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, Código Penal Anotado e Comentado, Lisboa: *Quid Juris*, 2008, p. 890.

¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 31.10.1990, proferido no Proc. N.º 041086, em que é Relator Lopes de Melo, disponível em www.dgsi.pt

¹⁹ Neste sentido, MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit.», p. 587.

Neste âmbito, deverá realçar-se que o trânsito em julgado da decisão condenatória constitui elemento fundamental para a verificação da modalidade prevista no n.º 2 do artigo 367.º do Código Penal, sem o qual recaímos na previsão do n.º 1 do mesmo preceito legal.

A doutrina tem dado exemplos práticos subsumíveis a esta norma, materializados na ocultação de um condenado que se evadiu da penitenciária ou na falsificação de um mandado de libertação. No fundo, tudo o que possa representar uma conduta que, materialmente, impeça, frustre ou iluda a execução de pena ou de medida de segurança aplicada poderá ser considerado ato de favorecimento pessoal para estes efeitos²⁰.

1.3.2. Tipo subjetivo

O favorecimento pessoal só admite a sua imputação a título doloso, o que resulta desde logo da inexistência da previsão da sua punição a título de negligência (cfr. artigo 13.º do Código Penal).

No que concerne às modalidades de dolo admitidas, resulta da exegese do artigo 367.º do Código Penal que não são admissíveis todas as modalidades de dolo, apenas sendo admissível a comissão do crime a título de dolo direto e de dolo necessário²¹.

Com efeito, tanto o n.º 1 quanto o n.º 2, consagram aquilo que na dogmática-penal é designado por elemento subjetivo do tipo, ao redobram a exigência de preenchimento do tipo com a exigência de que a atuação do agente deve ser realizada *“com intenção ou com consciência de...”*.

Como bem referem a este propósito VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, *“com a intenção, o agente quer evitar e com a consciência, ele prevê o evitar como efeito seguro (não apenas possível) da sua acção”*²².

Diferentemente, MEDINA DE SEIÇA e MIGUEZ GARCIA consideram que a segunda modalidade de favorecimento se basta com o dolo eventual relativamente ao trânsito em julgado da decisão condenatória.

²⁰ MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit., p. 600, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, Código...ob. cit., p. 1275.

²¹ Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário...ob. cit., p. 948.

²² VICTOR DE SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, Código Penal...ob. cit., p. 892.

1.3.3. O bem jurídico protegido pela incriminação²³

Sem prejuízo dos avanços dogmáticos que pugnam pela superação do modelo teleológico-funcional e racional do Direito Penal, certo é que este continua assente numa função de tutela de bens jurídico-penais. Por esse motivo, revela-se de especial relevância para uma maior compreensão da fenomenologia deste tipo penal delimitar qual o bem jurídico que esta incriminação visa proteger.

Ora, o favorecimento pessoal encontra-se consagrado no artigo 367.º do Código Penal, estando sistematicamente inserido no Capítulo relativo aos crimes contra a realização da justiça, o qual, por sua vez, está integrado no Título referente aos crimes contra o Estado.

Desta arrumação resulta de forma clarividente que os interesses que esta incriminação visa proteger estão diretamente conexionsados com a justiça.

Perante a bipartição das modalidades típicas do favorecimento pessoal, MEDINA DE SEIÇA questiona se, embora interrelacionados, os interesses protegidos pela norma são idênticos²⁴. MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO têm entendido que o bem jurídico protegido por esta incriminação é “a segurança na administração da justiça por ocasião da perseguição criminal (das primeiras medidas de investigação até à sentença) ou de execução de uma pena ou medida de segurança”.

De forma próxima, mas não inteiramente coincidente, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE refere que o bem jurídico protegido “é a realização da justiça criminal”.

De forma mais hermética, MEDINA DE SEIÇA critica as posições que veem no favorecimento pessoal a proteção da administração ou a realização da justiça. Com efeito, embora reconheça que estas atuações contendem materialmente com a concretização da justiça, entende o Autor que, aprofundando o “conteúdo de danosidade específica da figura em apreço”, se chega à conclusão de que esta incriminação pretende “proteger a realização materialmente fundada e processualmente correcta da pretensão da justiça que decorre da prática de um crime” Assim, e em conclusão, defende o Autor que “o bem jurídico protegido no tipo de favorecimento é a realização da pretensão da justiça, decorrente, em primeiro lugar, da prática de um crime e que posterga todas as ações que impeçam, no todo ou em parte, a prolação de uma resposta punitiva materialmente sustentada; e, em segundo lugar, decorrente de uma decisão judicial e que proíbe as condutas impeditivas da execução das consequências jurídicas nela determinadas”²⁵.

²³ Pese embora alguma doutrina especializada proceda à análise do bem jurídico protegido por cada incriminação em momento anterior à análise do tipo penal, estamos em crer que essa abordagem não se apresenta metodologicamente correta. Com efeito, o bem jurídico que se encontra protegido em cada incriminação não é uma realidade *a se* e que se imponha externamente ao intérprete-aplicador. Diferentemente, o concreto bem jurídico protegido por uma determinada incriminação é o resultado da construção do respetivo tipo e das finalidades de política criminal que lhe estão insitas, pelo que apenas pode ser decantado após a exegese da norma.

²⁴ MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit., p. 578.

²⁵ MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit., pp. 578, 580 e 581.

Salvo o devido respeito, que é muito, a posição de MEDINA DE SEIÇA é excessivamente construtivista e não se distancia em muito daquelas que são as considerações tecidas pela generalidade da doutrina.

No nosso modesto entendimento, mais do que segurança na justiça ou a realização da pretensão da justiça, o que está em causa é a realização da justiça criminal que o caso concreto, espoletado pelo crime pressuposto, convoca.

1.3.4. A tentativa

A generalidade da doutrina admite a punição do crime de favorecimento pessoal a título de tentativa²⁶, atento o disposto no n.º 3 do artigo 367.º do Código Penal, o que terá lugar sempre que o agente pratique atos de execução do tipo objetivo, sem que consiga produzir o resultado.

Atenta a configuração por nós perfilhada do crime de favorecimento pessoal consagrado no n.º 2 do artigo 367.º do Código Penal como um crime de mera atividade, consideramos que a tentativa se equipara à consumação.

1.3.5. Comparticipação

Não se prefiguram especiais questões quanto à comparticipação criminosa, podendo o crime de favorecimento pessoal ser cometido a título de autoria imediata, mediata, coautoria e instigação, podendo, simultaneamente, verificar-se a participação de um agente a título de cumplicidade.

Tal como bem ressalta MEDINA DE SEIÇA, o preenchimento do tipo objetivo do favorecimento pessoal pressupõe uma atuação em nome de outrem, não havendo punição a título de autofavorecimento. Desta feita, se o autor do crime precedente instiga outrem à prática de atos que materialmente consubstanciem a prática do crime de favorecimento que, em última linha, o irão beneficiar, então não será punido²⁷.

A título de exemplo, veja-se o seguinte caso: A comete o crime de condução sem habilitação legal. Nessa ocasião, é mandado parar numa operação de prevenção rodoviária da Polícia de Segurança Pública (“PSP”). Antes que o agente da PSP se aproxime do carro, A convence B, passageiro que se encontra consigo no veículo, a trocar consigo de lugar e a assumir o lugar de condutor. Nesta situação, A instiga B a cometer o crime de favorecimento pessoal. B é autor imediato do crime (artigos 26.º, n.º 1, 1.ª parte e 367.º, n.º 1, ambos do Código Penal). Por outro lado, A seria instigador do crime. Todavia, seria simultaneamente

²⁶ Assim, MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, Código...ob. cit., p. 1274, MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit.», p. 595, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, Código...ob. cit., p. 1157 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário...ob. cit., p. 948.

²⁷ Neste preciso sentido, veja-se MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...ob. cit.», p. 595.

autor de um crime de condução sem habilitação legal e de (auto)favorecimento pessoal²⁸. Por esse motivo, a conduta posterior de A seria impunível.

1.3.6. As causas de exclusão da punibilidade

O n.º 5 do 367.º do Código Penal estabelece duas causas de exclusão da punibilidade. A primeira está relacionada com o autofavorecimento. Facilmente se compreende a consagração desta causa de exclusão da punibilidade, porquanto nenhum agente de um crime pretende colaborar com a justiça para a sua própria incriminação, procurando, regra geral, eximir-se à sua própria responsabilização.

Para além disso, encontra-se consagrada uma causa de exclusão de punibilidade relativamente a atuações que visem favorecer familiares. Como é bom de ver, esta atuação não se afigura particularmente desvaliosa e demonstrativa de indiferença perante o dever-ser jurídico-penal, assentando numa ideia de inexigibilidade que se compreende, atenta as relações de proximidade existencial entre familiares²⁹.

1.3.7. A prática do crime de favorecimento pessoal por pessoas coletivas

No que diz respeito ao agente do crime, o favorecimento pessoal é um dos crimes que consta do catálogo legal consagrado no artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal, admitindo a sua prática por pessoas coletivas e entidades equiparadas, conquanto tenha sido cometido em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança ou por quem aja sob a autoridade daquelas pessoas em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

A este respeito, e reportando-nos às figuras afins acima elencadas, cumpre referir que também o branqueamento de capitais admite a sua prática por pessoas coletivas e entidades equiparadas, enquanto que a recetação e o auxílio material não constam do catálogo taxativo de crimes previsto no artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal.

1.3.8. Concurso

Convocam-se ainda problemas relacionados com a unidade e pluralidade de infrações, os quais são resolvidos com recurso às regras gerais estabelecidas no artigo 30.º do Código Penal.

Cumpre realçar a este respeito que o critério de delimitação entre unidade e pluralidade de infrações não é um critério de dimensão naturalística e que radica no número de vezes que

²⁸ Repudiamos terminantemente o entendimento perfilhado por alguns Autores que veem na figura da instigação uma forma de participação no crime e não uma das modalidades de autoria.

²⁹ Aliás, uma manifestação processual deste princípio de proteção das relações de proximidade ético-existencial é o regime da recusa a depor consagrado no artigo 134.º do Código de Processo Penal.

o tipo penal é preenchido ou no número de beneficiários de uma concreta ação típica. Diferentemente, essa delimitação assenta, outrossim, num critério de dimensão normativa ou teleológica, que busca a unidade ou pluralidade de infrações na unidade ou pluralidade de valores jurídicos tutelados pelos tipos legais de crimes protegidos.

Vistas as coisas deste prisma, resulta forçoso concluir que a extensão temporal ou material das condutas típicas apenas leva ao preenchimento de um crime. Assim, se um determinado agente decide destruir 100 (cem) documentos que, de forma isolada, comprovariam a prática de um crime de tráfico de estupefacientes, apenas será punido pela prática de 1 (um) crime de favorecimento pessoal.

A ação típica do crime de favorecimento pessoal pode ser igualmente integradora de outros tipos penais e, conseqüentemente, espoletar uma situação de concurso de crimes.

A este respeito, a doutrina tem apontado os seguintes crimes como estando numa relação de concurso com o favorecimento pessoal:

- i. Falsidade de depoimento ou de testemunho (artigo 359.º do Código Penal);
- ii. Tirada de presos (artigo 349.º do Código Penal).

1.4. O crime de favorecimento pessoal por funcionário

Importa deixar ainda uma breve nota quanto ao crime de favorecimento pessoal praticado por funcionário e que encontra acolhimento legal no artigo 368.º do Código Penal.

O referido ilícito criminal mais não é do que uma qualificação do tipo base consagrado pelo artigo 367.º do Código Penal e encontra a sua *ratio essendi* não só na realização material da justiça criminal, como também no facto de a prática deste tipo comportar uma violação dos deveres funcionais que faz perigar a autonomia intencional do Estado³⁰.

Atenta esta ilicitude redobrada emergente de um maior desvalor da ação e do resultado desta conduta, porquanto a mesma se afigura em si mesmo mais apta a comprimir os bens jurídicos protegidos por esta incriminação, a moldura penal aplicável não se encontra funcionalizada àquela que é aplicada ao crime pressuposto.

Importa clarificar que para preenchimento deste tipo penal não basta que o agente reúna a condição de funcionário, na aceção do artigo 386.º do Código Penal, e que pratique atos suscetíveis de influir no processo. A pedra de toque e o *topos* de onde emana a redobrada desvaliosidade da conduta reside no facto de o funcionário em causa ter capacidade de influir no processo, v.g., destruindo provas, ainda que de um ponto de vista orgânico não fosse materialmente competente. A título de exemplo, podemos referir que preencherá o tipo penal o Magistrado que, colocado na secção do DIAP competente para a investigação dos

³⁰ Seguimos assim de forma próxima MEDINA DE SEIÇA, «Anotação...» ob. cit., p. 604.

crimes de violência doméstica, destrua as imagens de videovigilância que são prova da prática de um crime de roubo agravado. Diferentemente, não preencherá o tipo penal constante do artigo 368.º do Código Penal se o funcionário que proceder a esse ato de destruição for trabalhador de uma repartição de finanças.

Estamos perante um crime específico, sendo necessário para o seu preenchimento típico que o agente tenha uma determinada qualidade, *in casu*, que seja funcionário nos termos do disposto no artigo 386.º do Código Penal.

2. Prática e gestão processual

2.1. Generalidades

Ao Ministério Público compete, nos termos do artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa e dos artigos 1.º e 3.º, alínea h), ambos do Estatuto do Ministério Público, entre o mais, exercer a ação penal, orientada pelo princípio da legalidade, e a direção da investigação criminal.

No que diz respeito ao processo penal, compete em especial ao Ministério Público, de acordo com o disposto no artigo 53.º, n.º 2, alíneas a) a e), do Código de Processo Penal, receber as denúncias, as queixas e as participações, apreciando o destino a dar-lhes; dirigir o inquérito; deduzir acusação e sustentá-la, efetivamente, na instrução e no julgamento; interpor recursos, ainda que no exclusivo interesse da defesa; e promover a execução das penas e das medidas de segurança.

2.2. Aquisição de notícia do crime

De acordo com o preceituado no artigo 241.º do Código de Processo Penal, “[o] Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia”.

O crime de favorecimento pessoal reveste algumas especificidades a este respeito. Desde logo, não será muito comum a aquisição da notícia do crime na sequência de denúncia para o efeito. De facto, o crime de favorecimento pessoal não terá, regra geral, uma dimensão espaço-temporal que permita que o mesmo seja percecionado por terceiros externos ao mesmo. A título de exemplo, imagine-se a situação em que B, numa rua pejada de transeuntes, decide atirar para o caixote do lixo um taco de basebol, utilizado na prática de um crime de ofensas à integridade física cometidas por A. Como é bom de ver, os terceiros que presenciam esta situação não estão, à partida, investidos de conhecimentos suficientes que lhes permita percecionar o ato em questão como consubstanciando a destruição de uma prova material.

Igual raciocínio valerá, por maioria de razão, para a aquisição de notícia do crime por parte do Ministério Público por conhecimento próprio.

Assim, como se compreenderá, pelos motivos expostos, a aquisição da notícia do crime relativo a esta criminalidade ocorrerá, regra geral, por intermédio dos órgãos de polícia criminal, no âmbito da investigação do crime pressuposto.

2.3. Da abertura de inquérito

A notícia do crime dá lugar à instauração de inquérito, o qual, atento o disposto no artigo 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, “*compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação*”.

Tendo em consideração a natureza pública do crime de favorecimento pessoal, será suficiente para espoletar a abertura do inquérito a aquisição da notícia do crime (artigo 48.º do Código de Processo Penal).

Em termos de competência para a realização do inquérito, o artigo 264.º, n.º 1, do Código de Processo Penal estabelece que será competente o Ministério Público que exercer funções no local em que o crime tiver sido cometido³¹.

2.4. Do planeamento da investigação

Tal como já tivemos oportunidade de ver, ao Ministério Público compete o exercício da ação penal, mediatizada pela direção da investigação criminal, orientada pelo princípio da legalidade. O corolário desta competência funcional resulta na ilegitimidade de adoção de critérios de oportunidade absolutos, *i.e.*, selecionando quais os concretos crimes que deverão ser investigados. Com efeito, compete ao Ministério Público a investigação de todos os factos suscetíveis de indiciar a prática de um crime.

Ainda assim, isso não significa, como é bom de ver, que todos os inquéritos justifiquem o mesmo grau de afetação temporal, material e de recursos humanos. Semelhante atuação equivaleria igualmente a uma denegação de justiça, porquanto os casos de “*maior relevância*” seriam negligenciados, com as consequentes repercussões ao nível do seu desfecho final.

³¹ A este respeito, é importante ter em consideração que o artigo 47.º, n.º 1, alínea e), do Estatuto do Ministério Público confere ao DCIAP a competência para coordenar a direção da investigação do crime de branqueamento de capitais, bem como, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, para dirigir o inquérito e exercer a ação penal quando a actividade criminosa ocorrer em comarcas pertencentes a diferentes distritos judiciais, justificando uma investigação centralizada da investigação e, ainda, quando a complexidade da factualidade ou a dispersão territorial o justifique, neste caso, após despacho nesse sentido emitido pelo Procurador-Geral da República.

Por esse motivo, no início de uma investigação – de cada uma – devem ser feitas opções quanto ao grau de afetação de meios a orientar, devendo serem priorizadas aquelas que tenham maior possibilidade de sucesso e que contendam de forma mais desvaliosa com o sistema jurídico.

Naturalmente que *“a atribuição de prioridades a dadas investigações deve, porém, ser efectuada de forma objetiva, consistente e transparente com recurso a critérios escrutináveis”*^{32/33}.

Por outro lado, deverá estabelecer-se um planeamento da investigação funcionalizado ao seu fim último, *i.e.* à prolação de despacho final. O Ministério Público é o *dominus* do inquérito, pelo que é sobre si que impende em primeira e última linha a responsabilidade relativa ao desfecho do inquérito.

Aquando do planeamento da investigação, deverá ponderar-se da efetiva necessidade de delegação da competência de investigação em órgão de polícia criminal, bem como acerca da necessidade de criação de equipas de investigação (nomeadamente equipas multidisciplinares estando em causa crimes complexos, v.g. o branqueamento de capitais).

Adicionalmente, o planeamento da investigação deve ponderar cronologicamente as etapas de recolha de prova, porquanto a concreta ordenação das diligências pode ser fundamental para não fazer perigar as necessidades de segredo que se façam sentir.

Estando em causa a investigação do crime de favorecimento pessoal deverão ser ponderadas as eventuais vantagens/desvantagens decorrentes da investigação do referido crime conjuntamente com o crime antecedente.

2.5. O primeiro despacho de inquérito

Num momento cronologicamente anterior à delegação de competências de investigação, e por forma a evitar a pendência desnecessária de diversos inquéritos como o mesmo objeto, deverá ser determinada a realização de pesquisas nas bases de dados existentes acerca de processos pendentes relativos a um suspeito que já se encontre identificado, fazendo-se desde logo menção a que, caso existam processos pendentes, os mesmos deverão ser apresentados de imediato ao Magistrado para efeitos de apreciação de eventual conexão processual.

Caso a moldura penal dos factos indiciados o justifique, deverá ser solicitada, desde logo, pesquisa nas bases de dados sobre anteriores suspensões provisórias do processo do suspeito.

³² As *guidelines* são sugeridas pelo DCIAP no seu *“Manual de Boas Práticas no Combate à Corrupção”*, 2011/2012, p. 21, o qual pelo argumento de autoridade importa levar em linha de consideração.

³³ A priorização assente em critérios objetivos, consistentes e transparentes viabilizará a sua sindicância externa por terceiros (des)interessados, legitimando a decisão concretamente adotada, blindando-a à crítica.

Caso seja decidida a delegação de competência de investigação, o Ministério Público deverá elaborar um despacho o mais completo possível, procurando atalhar possíveis caminhos de investigação, especificando quais as concretas diligências que *in casu* deverão ser realizadas e concretizando, sempre que possível, quais as concretas diligências de recolha de prova a realizar.

Adicionalmente, deverão ser indicadas, se possível, quais as concretas questões a colocar, o que permitirá obter ganhos de eficiência nos prazos de inquérito e eficácia nas investigações.

As boas práticas exigirão que o Magistrado mantenha a todo o tempo o controlo sobre o processado, tenha a orientação da investigação devidamente circunscrita e esgote as diligências que se afiguram necessárias.

Apenas desta forma se assegura uma direção efetiva do inquérito e é possível assegurar que todas as diligências pertinentes serão realizadas, evitando-se a constante devolução do inquérito para realização de novas diligências que poderiam ter sido solicitadas em momento anterior ou para corrigir diligências realizadas de forma desadequada às necessidades dos autos.

Importa não perder de vista que é o Magistrado do Ministério Público que tem de ter noção quais os concretos elementos de que necessita para aquilatar da existência de um crime.

A direção efetiva do inquérito e o controlo do processado exigirão a fixação de prazos concretos para a conclusão das diligências de investigação. Todavia, a direção efetiva e o controlo do inquérito não serão materialmente exercidos se o Magistrado não fixar consequências para o caso da não remessa oficiosa do inquérito por parte dos órgãos de polícia criminal. Assim, o Magistrado deverá especificar desde logo no Despacho para que o funcionário diligencie por insistências.

A título de exemplo, segue o que consideramos um primeiro despacho adequado e com aplicação ao crime em estudo no presente trabalho.

Primeiro Despacho.

Nos presentes autos investigam-se factos suscetíveis de configurar, em abstrato, 1 (um) crime de favorecimento pessoal, previsto e punido pelo artigo 367.º, n.º 1, do Código Penal.

I. Pesquise e junte informação das bases de dados disponíveis sobre processos pendentes e anteriores suspensões provisórias do processo de [●], melhor identificado a fls. [●].

Em caso afirmativo, apresente-me esses inquéritos para consulta e apreciação de eventual conexão processual.

II. Requisite e junte certificado de registo criminal de [●] (artigo 274.º do Código de Processo Penal).

III. Pesquise e junte informação das bases de dados disponíveis sobre processos em que seja Denunciante [●].

IV. Da delegação da investigação

Nos termos do disposto no artigo 270.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, do Ponto IV, n.º 1 da Circular N.º 6/2002 da PGR e do artigo 6.º da Lei de Organização da Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de julho, delege na Esquadra de Investigação Criminal de [●] da PSP a competência para a realização das diligências de investigação, pelo prazo de 60 dias, após o que deverá ser solicitada informação sobre o estado da investigação e sobre o prazo provável da sua conclusão caso o inquérito não seja devolvido e devidamente concluído até ao termo do referido prazo.

Após o decurso dos 60 dias, nada sendo junto, solicite informações sobre o estado das investigações e a data em que previsivelmente estarão concluídas.

Entre outras diligências que venham a apurar-se oportunas, deve a PSP:

A. Proceder à inquirição de [●], que deverá esclarecer de forma tão detalhada quanto possível:

(i) As circunstâncias de tempo, modo e lugar em que os factos ocorreram, nomeadamente:

a) [●];

b) Outras questões que considere pertinentes.

B. Inquirição de outras testemunhas que se venham a apurar terem conhecimento dos factos.

C. Oportunamente, constituir o Denunciado [●] como Arguido, com prestação de termo de identidade e residência e realização de interrogatório (cfr. artigos 57.º, 58.º, n.º 1, 61.º, 196.º e 144.º do Código de Processo Penal):

(I). Devendo ser-lhe imputados os factos suscetíveis de integrar o crime de favorecimento pessoal que resultam do Auto de Notícia;

(II). Devendo aquele esclarecer, querendo:

a) [●].

b) Esclarecer a sua situação socioeconómica;

(iv) Outros esclarecimentos que considere pertinentes.

Durante o interrogatório, e caso não se venha a apurar que os factos revestem uma gravidade superior àquela que decorre do Auto de Notícia, deverá ser explicado ao suspeito, então Arguido, o funcionamento do instituto da suspensão provisória do processo, nomeadamente que, caso dê a sua concordância, o processo ficará suspenso pelo período determinado e que nesse período terá de cumprir as injunções e regras de conduta que lhe

forem impostas e que não poderá cometer crime da mesma natureza, pelo qual venha a ser condenado.

Informe ainda que, caso cumpra essas determinações, o processo será arquivado, não podendo ser reaberto, e nada ficando a constar do certificado de registo criminal.

Caso não concorde com a suspensão provisória do processo, ou caso venha a incumprir as injunções propostas, o processo prosseguirá os seus trâmites.

Posteriormente, deve o suspeito ser questionado se concorda com uma eventual suspensão destes autos de inquérito pelo período de [●] ([●] meses), condicionada ao cumprimento das seguintes injunções: (i) [●]; e (ii) [●].

A referida concordância deverá reportar-se (i) à suspensão do processo, (ii) à sua duração temporal; (iii) às injunções e regras de conduta indicadas.

Deverá proceder-se a uma breve justificação do motivo pelo qual foi escolhida aquela injunção e aquele prazo.

Deverá ainda ser explicado ao suspeito – então Arguido – que as injunções em causa poderão ainda ser revistas caso se apure que a gravidade da conduta e/ou as suas condições socioeconómicas são maiores ou mais reduzidas.

O Arguido deverá ficar ciente que a sua concordância em sede de interrogatório não acarreta a imediata suspensão do processo, podendo o Ministério Público ponderar se as injunções ora propostas são adequadas, suficientes e proporcionais, sujeitando-o a novo interrogatório se for caso disso.

V.

Uma vez decorrido o prazo de 60 (sessenta) dias sem que o processo se mostre concluído ou seja devolvido a esta secção do DIAP, solicite informação sobre o estado da investigação e sobre o prazo provável da sua conclusão.

*

Comunique de imediato, remetendo os presentes autos. Organize traslado.

*

Conclua oportunamente, quando chegarem as diligências de inquérito ou expediente do órgão de polícia criminal ou, ainda, decorrido o prazo de resposta.

2.6. Da sujeição a segredo de justiça

Logo nesta fase inicial do inquérito, o Magistrado do Ministério Público deverá ponderar a efetiva necessidade de sujeição do inquérito ao regime de segredo de justiça, a fim de proteger os interesses da investigação e a recolha de prova que seja necessário alcançar.

No caso dos crimes de favorecimento pessoal, de recetação e de auxílio material, a sujeição a segredo de justiça será aferida em função de critérios de oportunidade, necessidade e eficácia da investigação criminal. Diferentemente, relativamente ao crime de branqueamento de capitais, essa sujeição resulta obrigatória, não em termos de legalidade estrita, mas sim de cariz hierárquico.

Com efeito, de acordo com o Despacho N.º 3/08 de 03.01.2008, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, “[o] Ministério Público determinará, no início do inquérito, a sujeição deste a segredo de justiça, que submeterá a validação judicial, sempre que esteja em causa investigação relativa aos crimes previstos no artigo 47.º, n.º 1, do Estatuto, no artigo 1.º, alínea j) a m), do CPP, na Lei n.º 36/94 de 29 de Setembro e na Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro, sem prejuízo de o fazer também em situações não abrangidas pelas hipóteses anteriores, desde que, em concreto, o magistrado identifique a necessidade de sujeição a segredo”.

Despacho a sujeitar inquérito a segredo de justiça

Os presentes autos tiveram início com o [auto de notícia/ a denúncia] datado(a) do dia [●] e de acordo com o qual estão em causa factos suscetíveis de indiciar a prática de pelo menos, 1 (um) crime de [●].

*

Na presente data, os autos de inquérito em apreço são públicos, atento o disposto no artigo 86.º, n.º 1 do Código de Processo Penal.

Todavia, atento o facto de [●], afigura-se necessário proceder à realização de diversas diligências de prova adicionais, nomeadamente interceções telefónicas, cujo sucesso se encontra intrinsecamente dependente do sigilo com que devem decorrer.

Com efeito, os resultados dessas diligências realizadas a coberto do segredo de justiça permitirão apurar a concreta dimensão da atividade imputada ao suspeito, a sua posição na rede [de crimes contra o património / económico-financeira de circulação e ocultação de capitais] em que se encontra inserido, bem como a identidade de outros agentes do crime e os locais da prática dos crimes originais.

Tudo isto não será possível de alcançar acaso o acesso aos presentes autos de inquérito não esteja restringido.

De acordo com o artigo 86.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, o processo penal é, sob pena de nulidade, público. Desta regra geral resulta que a sujeição dos presentes autos ao segredo de justiça não é automática, estando sujeita a determinação nesse mesmo sentido.

De acordo com o disposto no artigo 86.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, durante o inquérito, o Ministério Público pode determinar a aplicação ao processo do segredo de justiça, acaso entenda que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justificam, ficando essa determinação sujeita a validação do Juiz de Instrução Criminal, no prazo máximo de 72 (setenta e duas) horas.

*

De acordo com o Despacho N.º 3/08 de 03-01-2008, da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa, “o Ministério Público determinará, no início do inquérito, a sujeição deste a segredo de justiça (...) sempre que esteja em causa investigação relativa aos crimes previstos (...) no artigo 1.º, alínea j) a m) do Código de Processo Penal (...) sem prejuízo de o fazer também em situações não abrangidas pelas hipóteses anteriores, desde que, em concreto, o magistrado identifique a necessidade de sujeição a segredo”.

De acordo com a linha investigatória agora definida, afigura-se possível que venham a ser identificados outros sujeitos como estando envolvidos nesta atividade de tráfico, conjuntamente com o Arguido ora preso.

Por esse motivo, revela-se necessária a realização de diversas diligências que se demonstrem aptas a circunscrever subjetivamente os participantes dessa rede, delimitando igualmente a extensão dessa atuação.

Assim, atendendo ao tipo de diligências que se irão realizar para carrear prova para os autos, revela-se imprescindível para o bom andamento da investigação e para assegurar a eficácia da recolha de elementos sujeitar os autos ao regime do segredo de justiça.

Face ao exposto, nos termos do artigo 86.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, determino a aplicação do segredo de justiça aos presentes autos de inquérito, uma vez que é do interesse da investigação garantir que os elementos probatórios já coligidos nos autos e as diligências de investigação que se desenvolverão doravante não sejam sujeitos ao regime da publicidade previsto no n.º 1 do mesmo artigo, de molde a não gozar a presente investigação e a regular a recolha e a manutenção da veracidade da prova, pois o sucesso para o cabal apuramento dos factos está dependente de não serem do conhecimento público as diligências de investigação.

Remeta de imediato os presentes autos à Mma. Juiz de Instrução Criminal, a quem se requer que seja validada a decisão *supra*, que determinou a aplicação do segredo de justiça aos presentes autos, nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 86.º do Código de Processo Penal, por considerar que se encontram reunidos os requisitos legais para o efeito.

Uma vez validada a decisão de sujeição do presente inquérito ao regime do segredo de justiça, e no cumprimento da Recomendação n.º 1/14, de 17-01-2014 da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa:

- Proceda à clara sinalização na respetiva capa e no sistema informático da vigência desse regime.
- Consigne, de forma clara, em todos os ofícios, mensagens e demais expediente escrito, a menção “Segredo de Justiça”.

2.7. Recolha de prova

Em abstrato, o crime de favorecimento pessoal não convoca especiais métodos de investigação. Desde logo, ao tipo base está vedada a possibilidade de recurso a interceções telefónicas, uma vez que este não é, nos termos do disposto no artigo 187.º do Código de Processo Penal, um crime do catálogo.

No que tange à aquisição da notícia do crime de favorecimento pessoal, temos que a mesma pode resultar da investigação do crime antecedente e nomeadamente das interceções telefónicas utilizadas para aquele (cfr. artigo 187.º, n.º 7, do Código de Processo Penal).

2.8. Das medidas de coação e garantia patrimonial

Pode, no decurso da investigação e atentas as necessidades cautelares que *in casu* se façam sentir, revelar-se necessário proceder à aplicação de uma medida de coação.

Todavia, da moldura penal com que é punível o crime de favorecimento pessoal resulta uma compressão *ex lege* das medidas de coação potencialmente aplicáveis. Com efeito, uma vez que apenas pode ser aplicada uma pena até 3 (três) anos de prisão, apenas poderão ser aplicadas ao Arguido as seguintes medidas de coação:

- (i) O Termo de Identidade e Residência;
- (ii) A caução;
- (iii) A obrigação de apresentação periódica; e
- (iv) A suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade ou de direitos.

Ora, salvo melhor opinião, a inadmissibilidade da aplicação da medida de coação de proibição de contactos afigura-se-nos francamente criticável *de iure condendo*. De facto, face à constelação de casos normalmente abrangidos pelo âmbito de proteção da norma e que se traduzem, como temos vindo a ver, na prática de atos com vista a isentar um terceiro da sua responsabilização penal, não se percebe como fica excluída, desde logo, a submissão do Arguido a esta medida de coação, quando ela se apresenta potencialmente como aquela com maior aptidão a aplacar as necessidades cautelares que, em concreto se façam sentir³⁴.

Nota para o favorecimento pessoal praticado por funcionário, ao qual podem ser aplicadas todas as medidas de coação, com exceção da prisão preventiva.

O crime de recetação comporta a aplicação de todas as medidas de coação legalmente previstas. Com efeito, o tipo base é punido com pena de prisão até 5 (cinco) anos, pelo que admite, pela moldura, todas as medidas de coação à exceção da prisão preventiva.

³⁴ Não conseguimos compreender como pode a aplicabilidade de medidas de coação, nomeadamente as não privativas de liberdade, estar condicionada por critérios como a moldura penal e não pela sua adequação ao caso concreto. Aliás, os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade sempre operariam como padrão crítico da bondade da decisão de aplicação de cada medida de coação.

Todavia, o artigo 202.º do Código de Processo Penal estabelece especificamente como sendo um dos crimes a que é, *em abstracto*, aplicável a prisão preventiva.

Já ao auxílio material apenas podem ser aplicados o Termo de Identidade e Residência, a caução e a obrigação de apresentações periódicas, nos termos conjugados do disposto nos artigos 196.º, 197.º e 198.º do Código de Processo Penal e no artigo 232.º, n.º 2, do Código Penal.

Por fim, o branqueamento integra o conceito de criminalidade altamente organizada à luz do disposto no artigo 1.º, alínea m) do Código de Processo Penal e é punível com pena de prisão de 2 (dois) a 12 (doze) anos (artigo 368.º, n.º 2, *in fine*, do Código Penal), pelo que lhe são aplicáveis todas as medidas de coação.

2.9. Da constituição como assistente

Demonstrativo do redobrado desvalor do crime de favorecimento pessoal praticado por funcionário e de um âmbito de proteção da norma que transcende a realização material da justiça criminal, visando também a proteção da autonomia intencional do Estado, é o facto de qualquer pessoa se poder constituir como assistente, atento o disposto no artigo 68.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal³⁵.

2.10. Do encerramento do inquérito

2.10.1. Generalidades

Uma vez realizadas todas as diligências de investigação que se julgam necessárias e oportunas à descoberta da verdade material e possuindo os autos elementos probatórios que permitam proferir decisão final, deve ser encerrado o inquérito.

Nessa ocasião, o Magistrado do Ministério Público deverá proceder a uma ponderação crítica dos elementos de que dispõe, realizando um escrutínio cuidadoso da consistência dos meios de prova que conseguiu recolher, em ordem a apreciar se nos autos existem indícios suficientes que tornem mais provável a futura condenação do arguido do que a sua absolvição.

Esse juízo de apreciação da existência de indícios suficientes deverá ser objetivado e filtrado pela valoração crítica dos elementos de prova recolhidos e que permita concluir pela justificação de submissão do Arguido a julgamento. Acaso se entenda de forma negativa, deverá ser proferido despacho de arquivamento.

³⁵ Esta conclusão é reforçada pelo facto de o catálogo de crimes que comporta esta possibilidade ser extremamente restrito. Destarte, do referido rol constam os crimes contra paz e a humanidade, crimes de tráfico de influência, denegação de justiça, prevaricação, corrupção, peculato, participação económica em negócio, abuso de poder e fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção. De fora fica o tipo base do favorecimento pessoal e, pasme-se, o branqueamento de capitais.

Afigura-se, pois, necessário que os indícios recolhidos sejam:

- (i) Sérios, encontrando-se solidamente fundados a ponto de ser mais provável a condenação do Arguido do que a sua absolvição;
- (ii) Precisos, inexistindo dúvida quanto à sua verificação e quanto ao concreto sentido em que apontam; e
- (iii) Concordantes, na medida em que se possam concatenar entre si de forma coerente.

Feito este raciocínio, caberá ao Magistrado do Ministério Público optar pela dedução de Despacho de Acusação ou de Arquivamento ou, diferentemente, pelo recurso aos institutos de consenso e de oportunidade.

2.10.2. A suspensão provisória do processo

A suspensão provisória do processo é configurada como uma das alternativas à disposição do Ministério Público, distinta da acusação, quando defronte uma situação em que existem indícios suficientes da prática de um crime punível com pena de prisão não superior a 5 (cinco) anos ou com pena distinta da prisão.

Este instituto constitui, por isso, um afloramento do princípio da oportunidade, traduzindo-se numa solução de diversão processual ancorada em razões de política criminal e que permite que a tramitação do processo penal seja suspensa, sob condição de o arguido cumprir determinadas regras de conduta ou injunções, procurando evitar o efeito dessocializador que o contacto com as instâncias formais de controlo, v.g. os Tribunais, pode revestir. Entende-se que o recurso a este instituto nas situações de diminuta gravidade do crime pode alcançar os fins de política criminal de forma mais eficaz, adequada e eficiente atento o recurso a injunções e regras de conduta de natureza socializadora, tutelando os interesses comunitários de modo pedagógico e assegurando a proteção da vítima.

De tal forma assim é que, de acordo com Diretiva da Procuradoria-Geral da República N.º 1/2014, de 15 de janeiro, *“os magistrados do Ministério Público devem optar, no tratamento da pequena e média criminalidade pelas soluções de consenso previstas na lei, entre as quais assume particular relevo a suspensão provisória do processo”*.

Ora, a aplicação de uma suspensão provisória do processo está subordinada ao preenchimento de diversos pressupostos cumulativos, a saber:

- (i) Crime punível com pena de prisão não superior a 5 (cinco) anos ou com sanção diferente de prisão;
- (ii) Concordância do Arguido;
- (iii) Concordância do Assistente, caso exista;
- (iv) Ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza;
- (v) Ausência de aplicação anterior de suspensão provisória de processo por crime da mesma natureza;

- (vi) Não haver lugar a medida de segurança de internamento;
- (vii) Ausência de um grau de culpa elevado;
- (viii) Ser de prever que o cumprimento das injunções e regras de conduta responda suficientemente às exigências de prevenção que no caso se façam sentir; e
- (ix) Concordância do juiz de instrução criminal.

Em abstrato, afigura-se possível aplicar uma suspensão provisória do processo quando esteja em causa inquérito em que se investigue a prática de crime de favorecimento pessoal, favorecimento pessoal praticado por funcionário, recetação e de auxílio material³⁶.

Contudo, somos do entendimento de que, na generalidade dos inquéritos em que se investiga a eventual prática de um crime de favorecimento pessoal, será difícil de sustentar a ausência de um grau de culpa elevado do Arguido.

Aliás, por princípio, tendemos a considerar que não será de sujeitar a suspensão provisória do processo facticidade suscetível de integrar a prática de um crime de favorecimento pessoal praticado por funcionário. Com efeito, a atuação de um funcionário que faz perigar a realização material da justiça criminal e, bem assim, a autonomia intencional do Estado é reveladora de uma atitude interna juridicamente desaprovada e pela qual aquele tem de responder, e que se materializa numa indiferença pelo bem jurídico protegido. Acresce que, no nosso entendimento, relativamente a este tipo penal existem fortes necessidades de prevenção geral positiva e negativa.

2.10.3. A Acusação

Quanto a este aspeto, cumpre apenas referir que, acaso seja decidido proceder à investigação do crime de favorecimento pessoal de forma autonomizada face ao crime antecedente, deverá ser tida em linha de conta a descrição dos elementos constantes do tipo objetivo e do tipo subjetivo referentes a este crime na narrativa acusatória.

Apenas este facto permitirá que a Acusação estabeleça o nexo de acessoriedade necessário entre o crime de favorecimento e o crime que teve por base.

Nota adicional para o facto de se afigurar necessária uma clara especificação do dolo do tipo e, bem assim, do elemento subjetivo do tipo, i.e., a intenção ou a consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança.

³⁶ Diversamente, não se afigura possível em caso de investigação do crime de branqueamento de capitais atenta a sua moldura penal ainda que, em concreto, não se entenda justificável a aplicação de uma pena superior a 5 (cinco) anos.

IV. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo *Direito Penal: Parte Geral, Tomo I*, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DÍAZ PITA, María Del Mar, *El delito de acusación y denuncia falsas: problemas fundamentales*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1996.

DUARTE, Jorge Dias, «Branqueamento de capitais e favorecimento pessoal», *Revista do Ministério Público*, Ano 23.º, N.º 90, (Abr.-Jun.2002), pp. 167-177.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal: A teoria do crime no Código penal*, Lisboa: Verbo, 1985-1989, vol. 1.

FONSECA, Jorge Almeida, *Crimes de empreendimento e tentativa*, Coimbra: Almedina, 1986.

GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, *Código Penal: Parte Geral e Especial*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2015.

GOMEZ PAVON, Pilar, «El bien jurídico protegido en la receptacion, blanqueo de dinero y encubrimiento», *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n.º 53 (1994), pp. 459-484.

GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português anotado e comentado*, 16.ª edição, Coimbra: Almedina, 2004.

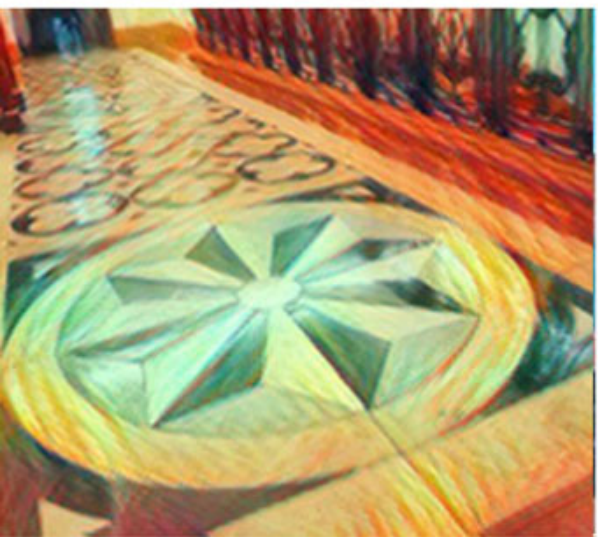
LEAL-HENRIQUES, Manuel e SANTOS, Manuel Simas, *Código Penal*, 2.º Volume, Lisboa: Reis dos Livros, 1996.

PEREIRA, Victor de Sá e LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal Anotado e Comentado*, Lisboa: Quid Juris, 2008.

SEIÇA, António Medina de, «Anotação ao artigo 367.º, do Código Penal», AA.VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, (coord. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS), Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

RILLO PERALTA, Elena, «Encubrimiento (541 CP)», AA. VV., *Probática penal: la prueba de los delitos contra la administración de justicia* [Coord. CARLOS DE MIRANDA VÁZQUEZ et. al.] Las Rozas: La Ley, [2012-0000], 1.v., p. 389-445.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



3.

O crime de infidelidade:
enquadramento jurídico,
prática e gestão
processual

Marta Isabel

Robalo Barata

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. O CRIME DE INFIDELIDADE: ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Marta Isabel Robalo Barata

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
- IV. Enquadramento jurídico
 - 1. Do crime de infidelidade
 - 1.1. Bem jurídico
 - 1.2. Sujeito activo e passivo
 - 1.2.1. O conceito de ofendido
 - 1.2.2. Titularidade do direito de queixa
 - 1.2.3. Constituição como assistente dos sócios/accionistas das sociedades
 - 1.2.4. A situação dos sócios/accionistas minoritários
 - 1.3. Elementos do tipo
 - 1.3.1. Tipo objectivo
 - a) Dever de fidelidade
 - b) Encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses Patrimoniais
 - c) Causação de um Prejuízo patrimonial importante
 - 1.3.2. Tipo subjectivo
 - 1.4. Tentativa e comparticipação
 - 1.5. Distinção do crime de abuso de confiança
 - 1.6. Distinção do crime de administração danosa
- V. Prática e gestão processual
 - 1. Da aquisição da notícia do crime e definição do objecto do processo
 - 2. A competência do ministério público
 - 3. Delegação de competências para investigação
 - 4. Diligências de inquérito
 - 5. Encerramento do inquérito
- VI. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

O objecto do presente trabalho prende-se com a análise do crime de infidelidade, previsto e punido pelo artigo 224.º, do Código Penal.

O que pretendemos através deste trabalho, é ressaltar as questões que consideramos pertinentes, alvo de discussões jurisprudenciais, e que no dia-a-dia da prática judiciária se podem suscitar, atenta desde logo, a própria natureza do trabalho que nos propomos apresentar.

Assim, analisaremos o crime em questão, de forma a permitir uma compreensão geral do seu enquadramento jurídico, e de seguida, abordaremos as diferentes questões controversas na Doutrina e na Jurisprudência, nomeadamente, as que dizem respeito à titularidade do direito de queixa e quanto à legitimidade para constituição como assistente quando o ofendido é uma pessoa colectiva.

Por fim, abordaremos os aspectos relacionados com a prática e gestão processual deste tipo de ilícito. Neste âmbito, analisaremos as questões relacionadas com o início do processo, competência para investigação, coordenação da actividade dos órgãos de polícia criminal com o Ministério Público e, bem assim, os meios de auxílio disponíveis à investigação.

II. Objectivos

O presente trabalho visa, essencialmente, proporcionar aos seus destinatários uma compreensão das questões mais relevantes no âmbito da investigação do crime de infidelidade, discutidas pela Doutrina e Jurisprudência Nacional, para o que contribuirá o enquadramento jurídico do ilícito em análise.

O presente trabalho é elaborado no âmbito do 2.º Ciclo de Formação de Auditores de Justiça do 32.º Curso de Formação de Magistrados Judiciais e do Ministério Público e, nessa medida, destina-se, desde logo, aos Auditores de Justiça, deste Curso de Formação e dos seguintes, mas também a todos os Magistrados Judiciais e do Ministério Público e restantes profissionais forenses.

III. Resumo

Iniciaremos a nossa abordagem ao tema com o enquadramento jurídico do crime de infidelidade, dando conta dos aspectos que nos parecem mais pertinentes, atenta a controvérsia que os mesmos suscitam na doutrina e na jurisprudência.

Assim, inicialmente, faremos uma abordagem quanto ao enquadramento jurídico do referido ilícito, expondo os elementos do tipo (objectivo e subjectivo).

Após, abordaremos os ilícitos criminais respeitantes ao abuso de confiança e à administração danosa, analisando as suas especificidades e salientando as suas diferenças relativamente ao crime de infidelidade.

Atenta a relevância que o conceito de ofendido assume no ilícito em questão, abordaremos tal conceito e as divergências doutrinárias quanto ao seu sentido, bem como a posição adoptada pela Jurisprudência quer em termos gerais, quer no que concerne ao ilícito em análise.

Por último, sob um prisma eminentemente prático, abordaremos a questão da gestão do inquérito, no âmbito do qual se tratará da investigação criminal do crime aqui em análise, com referência à competência para a sua investigação, as diligências de investigação a realizar, e os elementos auxiliares de que o Ministério Público e os órgãos de polícia criminal dispõem para a concretização de tal investigação.

IV. Enquadramento jurídico

1. Do crime de infidelidade

O crime de infidelidade foi introduzido no Código Penal pela revisão de 1982 (correspondendo, então, ao artigo 319.º), e após a revisão operada pela Lei n.º 48/95, de 15 de Março, passou a estar consagrado no artigo 224.º, do Código Penal, mantendo-se sem grandes alterações de fundo, até aos dias de hoje.

No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro referia-se quanto ao ilícito aqui em questão, que estávamos perante *“um novo tipo legal de crime contra o património, cujo recorte, grosso modo, visa as situações em que não existe intenção de apropriação material, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial. Além disso, ensina a criminologia e a política criminal que estes comportamentos não são tão raros como à primeira vista se julga. De mais a mais, no mundo do tráfico jurídico, a regra de ouro é a confiança e a sua violação, pode, em casos bem determinados na lei, necessitar da força interventora do direito penal, que apesar de tudo, tem de ser entendida, torna-se a dizer como, ultima ratio.”*

Conforme salientado por Américo Taipa de Carvalho¹, a consagração desta conduta criminosa visou, em primeiro lugar, preencher a lacuna existente no direito penal português de punir aqueles, a quem tendo sido confiado o encargo de administrar interesses alheios, consciente e dolosamente, causassem graves prejuízos a esses interesses.

A Comissão Revisora do Código Penal reconheceu, por um lado, a dignidade pessoal de tais comportamentos dolosos e gravemente lesivos do património alheios e, por outro, a necessidade penal desta incriminação, pois, não obstante, existirem meios civis à disposição dos lesados, designadamente, para indemnização dos danos patrimoniais causados, os mesmos não constituíam suficiente prevenção para tais condutas, além de que o lesante podia não ter capacidade patrimonial para indemnizar os prejuízos causados.

Entre as legislações europeias, as francesas e italianas consideravam que a indemnização civil era sanção suficiente, enquanto as legislações da Suécia, Noruega, Alemanha e Suíça apresentavam entendimento contrário, consagrando o crime de infidelidade.

Entre nós, a Comissão Revisora do Código Penal hesitou na consagração do crime de infidelidade, firmando as suas dúvidas no perigo de, perante uma sanção penal, as pessoas em geral se recusassem a ocupar cargos de representação. Porém, apesar das dúvidas, a Comissão Revisora aprovou por unanimidade, a inclusão daquele ilícito na legislação penal portuguesa².

O texto legal do artigo 224.º do Código Penal obteve inspiração nas legislações europeias que já consagravam o ilícito da infidelidade, designadamente, no artigo 158.º do StGB Suíço, e no §

¹ AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, - “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal”, in *Comentário Conimbrincense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

² Actas da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Ministério da Justiça, 1979, p. 157.

266.º, do StGB Alemão, optando-se, no entanto, no caso português, por uma formulação genérica, mas limitando-se de forma suficiente o tipo, que é integrado pelo:

- Encargo por lei ou acto jurídico de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios (tendo subjacente a ideia ética da confiança, cuja violação nas condições prescritas neste artigo, leva à punição criminal); e
- De provocação de prejuízo patrimonial importante, intencionalmente e com grave violação dos respectivos deveres.

1.1. Bem jurídico Protegido

O bem jurídico protegido pela incriminação é o património de outra pessoa. Para efeitos penais, o património inclui, numa concepção jurídico-económica, todos os direitos, posições jurídicas e as expectativas com valor económico compatíveis com a ordem jurídica³.

Assim, integram o património, os direitos subjectivos reais ou obrigacionais, todos os direitos patrimoniais resultantes do direito da família, as expectativas jurídicas (v.g., a imagem e a clientela), as expectativas fácticas certas e determinadas de obtenção de vantagens patrimoniais, as obrigações naturais encabeçadas em sujeito disposto a cumprir, as pretensões assentes em relações jurídicas de facto.

Excluídos do conceito estão os direitos, as posições jurídicas ou expectativas sem valor económico (independentemente do seu valor afectivo), e as pretensões resultantes de negócios em violação do direito penal ou contra-ordenacional.

1.2. Sujeito Activo e Passivo

O agente do crime é o titular do direito de dispor, administrar ou de fiscalizar interesses alheios, isto é, a pessoa que se encontra numa relação fiduciária com o titular primário desses interesses e que estará obrigado, por causa disso, a deveres gerais ou específicos de zelo, diligência e cuidado.

Quid juris quando a relação fiduciária não assentar numa situação eficaz? Prevenindo esta situação, Figueiredo Dias sugeriu, na respectiva Sessão da Comissão Revisora do Código Penal, que ao preceito fosse aditado o seguinte número: “o disposto nos números anteriores é aplicável ainda quando o acto jurídico que fundamenta a posição de confiança do agente for ineficaz.” Segundo o referido autor, a inclusão deste número *destinar-se-ia a evitar a não aplicação do tipo quando juridicamente não se criou a posição de garante da confiança*”.

³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Edição, Universidade Católica Editora, 2010, p. 678.

Não obstante, tal disposição não ter sido incluída do texto do artigo, Figueiredo Dias, e posteriormente outros autores, concluíram que a ineficácia da relação fiduciária, do ponto de vista jurídico, é irrelevante para aplicação do tipo, e conseqüente, punição do agente.⁴

Por outro lado, o sujeito passivo do crime de infidelidade é o titular dos interesses patrimoniais tutelados pela norma incriminadora, o qual pode ser, uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva (cf. artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal, e artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal).

1.2.1. O Conceito de ofendido

Nos termos do disposto no artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, são ofendidos os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos.

Como refere Germano Marques da Silva, a propósito deste conceito, “*não é ofendido qualquer pessoa prejudicada pelo crime; o ofendido é somente o titular do interesse que constitui o objecto jurídico imediato do crime.*”⁵ E, acrescenta, quanto ao disposto no artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, que “*só se considera ofendido (...), o titular do interesse que constitui objecto jurídico imediato do crime.*”⁶

No que concerne ao que se deve entender por ofendido e a extensão a dar ao conceito, existem diversos posicionamentos, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Na doutrina, Figueiredo Dias e Anabela Miranda Rodrigues⁷, Costa Andrade, Maia Gonçalves⁸ e Simas Santos⁹ defendem uma visão restritiva do conceito de ofendido, a qual se encontra plasmada na alínea a) do n.º 1 do artigo 68.º do Código de Processo Penal, baseando-se na nossa tradição jurídica¹⁰, de acordo com a qual só quem for titular do interesse que constitui objecto jurídico imediato da infracção poderá assumir o estatuto de ofendido e não também qualquer pessoa lesada ou prejudica pela prática do crime.

Por outro lado, Augusto Silva Dias defende um conceito alargado de ofendido para os fins da admissibilidade como assistente, esgrimindo a seu favor várias razões: umas, que assentam na «*moderna vitimologia*», ao «*recomendar uma aplicação da participação processual da vítima como uma forma de melhor conseguir a pacificação social, uma finalidade que é consensualmente cometida ao processo penal*»; outras, nas alterações operadas no âmbito do conceito de bem jurídico, que o fez catapultar para o domínio dos «*bens jurídicos da sociedade*

⁴ Nesse sentido, BARREIROS, José António, *Crimes contra o Património - Notas ao Código Penal*, Revista do Ministério Público, 1996, pp. 125-126.

⁵ MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal – I Volume*, Verbo Editora, 1994, p. 235.

⁶ Idem., págs. 302 e 303.

⁷ SILVA DIAS, Augusto, *A Sociedade Portuguesa de Autores em Processo Penal*, Temas de Direito de Autor, III.

⁸ MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, págs. 36 e ss.

⁹ LEAL-HENRIQUES, Manuel, Manuel Simas Santos e João Simas Santos, *Noções de Processo Penal*, Rei dos Livros, 2008, p. 130.

¹⁰ V.g., artigo 11.º do Código Penal de 1929 e no artigo 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 35.007, de 13 de Outubro.

civil, de estrutura circular, de titularidade intersubjectiva, cujo objecto é indivisível e que são responsáveis pelo aparecimento, no plano da tutela processual, da noção de interesse difuso», como são os casos do ambiente e da qualidade dos produtos de consumo; outras ainda, que radicam na actual «*opção político-criminal do legislador processual de alargar a área de abrangência do assistente»*, facultando a sua constituição a qualquer pessoa em circunstâncias especiais, como o fez na alínea e) do n.º 1 do art.º 68.º; e, finalmente, na coerência do sistema processual penal, que ficaria comprometida com a visão restritiva de ofendido, como aconteceria nos casos em que o Ministério Público, após o inquérito, decidisse arquivá-lo, frustrando assim a possibilidade de se exercer o controlo desse despacho através da instrução¹¹.

A jurisprudência, no entanto, tem defendido maioritariamente a tese restritiva do conceito, entendendo que da própria expressão legal resulta que não basta uma ofensa indirecta a um determinado interesse para que o seu titular possa considerar-se ofendido. Veja-se, a título de exemplo, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 02-03-2009, Processo n.º 2644/08.2¹², do Tribunal da Relação de Coimbra de 24-09-2015, Processo n.º 549/14.8T9SNT-A.L1¹³ e do Tribunal da Relação de Lisboa de 07-04-2016, Processo n.º 795/15.1T9GRD-A.C1¹⁴.

Assim, é considerando ofendido apenas o titular do interesse, mediata ou directamente protegido pela incriminação, que poderá requerer a sua constituição como assistente nos autos. E, no crime de infidelidade, aqui em análise, o titular do interesse protegido tanto pode ser pessoa singular (v.g., os menores) como pessoa colectiva (v.g., sociedades por quotas, anónimas, fundações ou associações).

1.2.2. Titularidade do direito de queixa

O procedimento criminal pelo crime de infidelidade depende sempre da apresentação de queixa por parte do ofendido, sendo, por isso, um crime de natureza semi-pública (cf. artigo 224.º, n.º 3, do Código Penal). Isto significa que, o procedimento criminal depende da iniciativa do ofendido, de outras pessoas a quem a lei atribui essa titularidade ou de participação de autoridade, para que o Ministério Público possa dar início à investigação relativa a tais factos (cf. artigo 49.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Este crime pode, no entanto, assumir natureza particular, se verificada a situação prevista na alínea a) do artigo 207.º do Código Penal, ou seja, quando o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2.º grau da vítima, ou que com ela viva em condições análogas às dos cônjuges. Nestes casos, atento o disposto no artigo 50.º, do Código de Processo Penal, o ofendido deve, não só apresentar queixa, mas constituir-se como assistente e deduzir a respectiva acusação particular pelo ilícito em causa.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente*, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Almedina, Coimbra 2004, págs. 55 e segts.

¹² Relator Estelita de Mendonça, disponível em www.dgsi.pt.

¹³ Relator Filipa Costa Lourenço, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁴ Relator Isabel Valongo, disponível em www.dgsi.pt.

O titular do direito de queixa é, em regra, o ofendido (cf. artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal), adoptando-se também aqui a concepção restrita de ofendido supra indicada. Em caso de falecimento do ofendido sem que tenha apresentado queixa ou renunciado àquela, o direito de queixa pode ser exercido sucessivamente pelas pessoas identificadas no n.º 2, daquele dispositivo legal. Se o ofendido for menor de 16 (dezasseis) anos ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado da dedução de queixa, o direito transmite-se ao seu legal representante (cf. n.º 4 do artigo 113.º do Código Penal).

Não obstante, o Ministério Público pode, ainda, dar início ao procedimento criminal sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa (alínea a), ou o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime (alínea b) do n.º 5 do artigo 113.º do Código Penal).

Assim, quanto ao crime de infidelidade em análise, entendemos que:

– Se o ofendido for pessoa singular e os actos penalmente puníveis tiverem sido praticados pelo seu representante legal (v.g., os menores), o Ministério Público tem legitimidade para dar início ao procedimento criminal, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar (cf. alínea b) do n.º 5, do artigo 113.º, do Código Penal).

– Se o ofendido for pessoa colectiva e os actos penalmente puníveis forem praticados, sobre o património daquela pelo seu gerente/administrador, também aqui, entendemos, que o Ministério Público deve fazer uso da faculdade prevista no n.º 5 do artigo 113.º, do Código Penal, e ao abrigo da alínea b) daquele dispositivo dar início ao procedimento criminal, por este ser do interesse da pessoa colectiva ofendida.

A recusa de tal solução poderia conduzir a verdadeiras situações de impunidade. Na verdade, competindo ao próprio agente do crime (por exemplo, o gerente ou administrador de sociedade comercial), o direito de apresentação de queixa, em representação da pessoa colectiva/ofendida (cf. artigos 252.º, n.º 1, 408.º e 409.º, do Código das Sociedades Comerciais), podemos facilmente concluir que sendo o próprio, o visado da queixa, a mesma não seria apresentada e, conseqüentemente, não seriam investigados os factos.

1.2.3. Constituição como assistente dos sócios/accionistas das sociedades

*«O epicentro da legitimidade para a constituição de Assistente localiza-se na figura do ofendido».*¹⁵

¹⁵ SILVA DIAS, Augusto, ob, cit., pág. 56.

Nos termos do disposto no artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, são ofendidos os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos.

Como supra deixamos exposto, a doutrina e a jurisprudência portuguesa têm maioritariamente adoptado um conceito restrito de ofendido, entendendo-se como tal o titular do interesse que constitui objecto jurídico imediato do crime e que, por isso, nem todos os crimes têm ofendido particular, só o tendo aqueles em que o objecto imediato da tutela jurídica é um interesse ou direito de que é titular uma pessoa.¹⁶,

Adoptando-se tal conceito, há, pois, uma inteira coincidência entre o titular do direito de queixa e a pessoa que pode constituir-se assistente (artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal e 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal).

O Assistente adquire no processo penal a posição de colaborador do Ministério Público, com a possibilidade, entre outras, de intervenção no inquérito e na instrução, oferecendo provas e requerendo diligências que se afigurem necessárias, e deduzir acusação independente da do Ministério Público, e no caso de procedimento dependente de acusação particular, ainda que este não a deduza (cf. artigo 69.º, n.º 1, alínea a) e b), do Código de Processo Penal).

Como tal, a apreciação de um pedido de constituição de assistente pressupõe uma análise da norma incriminadora, já que é através dela que se alcança o interesse que o legislador quis proteger ao tipificar determinada conduta como criminosa. Identificado o interesse, cumpre verificar quem é o seu titular e ofendido para efeitos penais.

No crime de infidelidade, o bem jurídico protegido pela incriminação é, como vimos, o património. Tratando-se de património de pessoa singular é da própria, se for maior, ou do seu representante legal, se for incapaz, a legitimidade para requerer a sua constituição como assistente. Porém, se o prejuízo incide sobre património de pessoa colectiva coloca-se a seguinte questão: quem tem legitimidade para requerer a sua constituição como assistente? A sociedade ou os seus sócios?

A jurisprudência já se pronunciou sobre esta questão, em particular, entendendo que os sócios, mesmo que representantes legais (administradores/gerentes da sociedade) são realidades distintas das pessoas colectivas para efeitos de legitimidade para intervir na qualidade de assistentes. São exemplos de tal entendimento as decisões proferidas pelo Tribunal da Relação de Lisboa de 03.06.2008, Processo n.º 3185/08, 5ª Secção¹⁷, de 20/06/07,

¹⁶ Nesse sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Junho de 2004, processo n.º 1393/2004-5, Relator Vasques Dinis, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷ “I- Num processo penal por factos susceptíveis de integrar o crime de burla, será ofendido, para efeitos de constituição de assistente, o titular do património que foi directamente prejudicado pela acção delituosa. II. O recorrente é gerente de sociedade cujo património, de acordo com os factos denunciados e os que constam do requerimento de abertura de instrução, foi directamente prejudicado pela acção do arguido pois de tal património saíram carne e derivados que foram enriquecer urna outra sociedade. III. Assim, sendo uma sociedade pessoa jurídica, o património social pertence-lhe e não aos sócios ou gerentes, sendo que a estes, cabe apenas a administração e a representação da sociedade pelo que, ainda que o recorrente haja invocado prejuízos materiais indirectos e prejuízos não patrimoniais, tais prejuízos, embora confirmem ao recorrente o estatuto de lesado, não o

Proc. 4721/07¹⁸, e de 10.10.2013, Processo n.º 210/11.5TELSB, 9.º Secção¹⁹, todos disponíveis em www.pdglisboa.pt.

Na verdade, as pessoas colectivas (v.g., as sociedades comerciais) não se confundem com as pessoas singulares, nem tão pouco com os seus sócios, já que as pessoas colectivas, como centros autónomos de imputação de direitos e deveres que são, possuem personalidade jurídica e judiciária²⁰. Assim, os interesses da sociedade são diferentes dos interesses dos sócios individualmente considerados, pelo que, a afectação dos primeiros apenas de forma mediata e indirecta pode atingir os segundos.

Salientando esta dicotomia entre interesses directa e indirectamente (ou reflexamente) postos em causa pela incriminação como conditio da legitimidade para intervenção como assistente nos processos criminais, o Tribunal Constitucional²¹ pronunciou-se, no sentido que “a lesão dos bens jurídicos particulares que se pode surpreender pela tipificação consagrada (...) apenas mediata ou indirectamente constitui a ratio daquele preceito”, e que, nessa “senda, é de considerar como não feridente da Lei Fundamental uma norma que unicamente atenda, para efeitos de permissão na constituição do ofendido como assistente, à circunstância de aqueles direitos ou interesses serem a razão directa e imediata (ou seja, o leit motiv situado em primeira linha) que levou o legislador à tipificação da infracção criminal”.

Ora, aos sócios é assegurado o direito aos ganhos da sociedade, bem como o direito ao bom-nome e à sua valorização, os quais, enquanto factores de valorização da sua quota são decerto respeitáveis e atendíveis, mas estes direitos são apenas interesses mediatos ou indirectos dos sócios e não da sociedade, cujo património é o protegido pelo ilícito aqui em causa.

É certo que qualquer sócio pode sofrer danos pela actuação do arguido (gerente/administrador da sociedade), podendo inclusive defender-se que a confiança depositada no agente também é tutelada pela norma incriminadora, na medida em que esta valora expressamente esta situação ao acrescentar ao tipo a quebra da confiança depositada naquele que, por lei ou por acto jurídico, ficou encarregado de dispor de interesses patrimoniais alheios causando-lhes intencionalmente prejuízo importante com grave violação dos seus deveres.

credenciam para entrar no círculo dos ofendidos, tal como são delimitados pela alínea a) do n.º 1 do art. 68.º do C.P.P. IV. Os prejuízos invocados pelo recorrente legitimariam apenas a dedução de pedido de indemnização cível, tendo presente o seu estatuto de lesado e o estatuido no art. 74.º, n.º 1 do CPP.V. Pelo exposto, não merece reparo a decisão que não admitiu o recorrente a intervir nos autos como assistente e, em consequência, falece também legitimidade ao recorrente para reagir contra o despacho de arquivamento através de abertura de instrução.”

¹⁸ “I -Os sócios de uma sociedade comercial não têm legitimidade para se constituírem assistentes nos processos penais em que é ofendida a sociedade.”

¹⁹ “O/s sócio/s de uma sociedade comercial não têm legitimidade para se constituírem assistentes nos processos penais em que é ofendida a pessoa colectiva (crime de infidelidade). Termos em que, ao abrigo dos arts 42oº, n.1, b) e 414º, n. 2, do CPP, decide-se pela rejeição do recurso por si interposto.”

²⁰ Nesse sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 30-06-2015, Processo n.º 1067/12.4TALLE.E1, Relator Renato Barroso, disponível em www.dgsi.pt.

²¹ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 145/2006, Processo n.º 873/2005, 3ª Secção, Conselheiro Bravo Serra, disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

Porém, como se assegura no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 145/2006²², “estes prejuízos são uma consequência indirecta ou reflexa da mesma actuação, pelo que aceitar-se o entendimento de que os sócios da sociedade seriam protegidos de modo particular pela incriminação, constituindo violação daquela relação de confiança um dos objectos imediatos do crime, acarretaria, necessariamente uma ampliação do conceito de ofendido, para efeitos do direito penal, o que, no caso, poderia abranger, igualmente, todos os titulares de direitos que assentaram os seus interesses e expectativas naquela relação de confiança.”

Em conclusão, o património de uma sociedade pertence à própria e não aos seus sócios (sejam estes, gerentes/administradores daquela, ou não), cabendo a estes apenas a administração e a representação da sociedade, não se repercutindo, por isso, na esfera jurídica de cada um destes, a violação dos bens jurídicos operada na esfera da pessoa colectiva. Assim, a pessoa que seja titular de uma quota de uma sociedade, cujo património foi lesado, mas que não a represente, não tem legitimidade para se constituir como assistente, podendo apenas a sociedade fazê-lo, por ser titular do património ofendido²³.

1.2.4. A situação dos sócios/accionistas minoritários

O entendimento supra explanado tem levantado algumas questões de relevância prática, designadamente, no que diz respeito à legitimidade de intervenção num processo por crime de infidelidade de outros sócios da sociedade (que não exerçam funções de representação daquela). De facto, é frequente suceder que a eventual prática de crime de infidelidade seja levada a cabo por sócio gerente da sociedade, que por ser, simultaneamente, sócio maioritário, tem facilidade em praticar actos contrários aos interesses da sociedade²⁴.

Deste modo, incumbindo ao próprio agente do crime, não só o poder de decidir sobre a apresentação de queixa, como também a legitimidade para apresentar a mesma, poderiam verifica-se situações de verdadeira impunidade penal e de denegação de justiça. No entanto, face ao que supra deixamos exposto, é possível o Ministério Público dar início ao procedimento criminal, nos termos da alínea b) do n.º 5 do artigo 113.º, do Código Penal, i.e., quando o interesse do ofendido o aconselhar e o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime, como sucederia na situação exemplificada.

Entendemos, no entanto, que seguindo esta solução legal, o Ministério Público pode instaurar inquéritos, realizar todas as diligências úteis e pertinentes à descoberta da verdade, protegendo, por um lado, os interesses da sociedade, enquanto ofendida (e, indirectamente, os dos seus sócios minoritários), e afastando, por outro, a ideia de impunidade adiantada por alguma Doutrina.

²² Idem.

²³ Nesse sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23.05.1990, *in* CJ, XV, 3, 73, e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.09.2005, *in* CJ, XXX, 4, 141.

²⁴ Como salienta, Carlos de Almeida de Lemos, *in* *Pode um sócio constituir-se assistente em processo crime de infidelidade praticado contra a sociedade pelo Gerente?*, Abreu Advogados, Newsletter n.º 47, Março de 2011.

De resto, o exercício da acção penal pelo Ministério Público, com autonomia, e em respeito por princípios de objectividade e legalidade, implicam a obrigação, desta autoridade judiciária, de investigar e contra investigar, visando atingir uma verdade processualmente válida, mesmo que o resultado não favoreça a acusação (cf. artigo 2.º, n.º 2, do Estatuto do Ministério Público, aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro). De resto, como salienta Figueiredo Dias, a vocação do Ministério Público *“não é a de parte, mas a de entidade unicamente interessada na descoberta da verdade e na realização do direito.”*²⁵

Por meio dos princípios enunciados, o Ministério Público está obrigado a promover o processo penal, abrindo o inquérito, e no final deste, deve arquivar o processo, se tiver recolhido prova bastante de se não ter verificado crime, de o arguido não o ter praticado a qualquer título ou de não ser admissível o procedimento criminal, e ainda, por não ter recolhido indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os agentes, ou deduzir acusação, se tiver recolhido indícios suficientes de se ter verificado o crime de quem foi o seu agente.

No entanto, investigando crime de infidelidade, se no final do inquérito, o Ministério Público decidir pelo arquivamento daquele, nos termos do disposto no artigo 277.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, entendemos, face ao conceito restrito de ofendido, maioritariamente, defendido pela Doutrina e Jurisprudência nacional, que os sócios minoritários de uma sociedade comercial, não podem requerer a sua constituição como assistente nos autos e, subsequente, abertura da instrução, pelo que, a decisão do Ministério Público será a decisão final do inquérito.

1.3. Elementos do Tipo

Dispõe o artigo 224.º, do Código Penal, que *“Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.”*

1.3.1. Tipo Objectivo

O tipo objectivo consiste na provocação de um prejuízo patrimonial importante a interesses patrimoniais alheios, por pessoa a quem foi confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor, administrar e fiscalizar esses interesses. Como defende Paulo Pinto de Albuquerque *“a conduta do agente do crime de infidelidade é idêntica à do crime de dano, mas incide sobre um objecto distintos: os interesses patrimoniais alheios.”*²⁶

²⁵ Cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “O dever de obediência hierárquica e a posição do Ministério Público no Processo Penal (anotação ao Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 1972)”, in RLJ, Ano 106.º, n.º 35000, 1 de Outubro de 1973, p. 31.

²⁶ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, ob. Cit., p. 698.

a) Dever de Fidelidade

Decorre do Preâmbulo do Código Penal de 1982, que o crime de infidelidade tem por base a existência de uma relação de confiança, de um dever de fidelidade do administrador na gestão de interesses patrimoniais alheios.

Esta relação de confiança pode fundar-se na lei, nomeadamente, os deveres que por força do direito da família recaem sobre os pais, tutores ou curadores, relativamente ao património de filhos menores ou inimputáveis (interditos ou inabilitados), ou em acto jurídico (que tanto pode ser unilateral como contratual), tanto na esfera jurídico-civil, como na jurídico-económica, como por exemplo, a procuração para administração patrimonial, a indicação de testamenteiro, mandato judicial de administração patrimonial, a nomeação ou eleição de gerentes ou administradores de pessoa colectiva.

No que concerne ao acto jurídico, a sua eventual invalidação não condiciona a relação de confiança estabelecida. Assim, aquele que, tendo-lhe sido confiado o encargo, pratica actos patrimoniais prejudiciais, não vê a sua responsabilidade penal excluída pelo facto de, posteriormente a tais actos, vir a ser considerado inválido o acto jurídico que o fundamenta²⁷. Assim, só após a declaração de invalidade do acto jurídico (por exemplo, a partir da anulação da deliberação tomada pela assembleia dos sócios de nomeação de determinada pessoa para gerente da sociedade) é que cessam os poderes e consequentes deveres de administração patrimonial.

Também a ineficácia do acto jurídico não destrói a aplicabilidade do tipo, ressalvando-se, tão-só aqueles em que nem sequer à aparência do vínculo.²⁸ Deste modo, o dever de fidelidade juridicamente assumido, impõe-se até ao momento em que, formalmente, tenha sido anulado o acto jurídico que o gerou.

b) Encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais

O conceito de administração, usado na lei, é um conceito amplo que abrange, quer os actos de alienação ou oneração, quer os actos de administração ou gestão ordinária ou corrente, e ainda os actos das pessoas cujo trabalho se exerce numa relação de subordinação ao titular do encargo de fiscalização.²⁹

O crime de infidelidade exige, da parte do administrador, autonomia, no âmbito dos poderes que lhe foram conferidos, traduzindo-se esta na capacidade de tomada de decisões, de forma autónoma, relativamente ao património que lhe foi confiado.

Os encargos de administração e fiscalização implicam a existência de deveres de lealdade para com os interesses tutelados – ou seja, a actuação no interesse ou na defesa desses mesmos

²⁷ Nesse sentido, Américo Taipa de Carvalho, ob. cit., p. 365.

²⁸ Cf. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 165.

²⁹ Nesse sentido, Taipa de Carvalho, Américo, ob. cit., p. 366.

interesses; o núcleo do ilícito será constituído pelo desrespeito ou pela ausência de consideração por esses deveres decorrentes da posição de garante. Por outro lado, o encargo de disposição pressupõe que o agente disponha de capacidade para actuar em nome de outrem por forma válida e legítima, e não para poder usurpar qualquer poder ou ultrapassar os limites do mandato que lhe foi conferido.³⁰

Por último, o crime em causa pode ser praticado por omissão (v.g., a omissão de celebrar um contrato), ou por acção (v.g., quando há utilização em proveito próprio de materiais ou do pessoal de uma empresa).

c) Causação de um prejuízo patrimonial importante

O crime de infidelidade é um crime de resultado, sendo o prejuízo patrimonial, o resultado típico da conduta, comissiva ou omissiva, do agente. No entanto, apenas releva para a incriminação, que o prejuízo verificado seja importante para o titular dos interesses confiados àquele.

O prejuízo é um verdadeiro dano patrimonial, isto é, inclui, quer a provocação de um prejuízo, quer a não obtenção de um determinado ganho. Como tal, não há dano e, conseqüentemente, não há responsabilidade criminal, se a conduta se traduz numa situação de ganho igual ou superior ao dano que é produzido.

O legislador nacional não definiu o que deve ser entendido por prejuízo importante, recorrendo-se, por isso, à Doutrina para preenchimento do conceito, apresentando-se soluções diversas. Por um lado, Paulo Pinto de Albuquerque³¹ defende uma concepção objectiva, segundo a qual a importância do prejuízo deve ser medida por referência ao valor elevado, noção apresentada na alínea a) do artigo 202.º do Código Penal, como sucede, por exemplo, no crime de dano. Por outro lado, Taipa de Carvalho³² defende uma concepção mista ou objectivo-subjectiva, de acordo com a qual a importância do prejuízo causado deve ser medida, não só através de um critério objectivo, mas também subjectivo, ou seja, recorrendo-se à situação económica em que a vítima/lesado do crime fica, a qual nos parece, de resto, mais correcta. Veja-se, a título de exemplo, o procurador que levanta de forma legítima de uma conta bancária a pensão de sobrevivência de outrem, e que pode causar um prejuízo patrimonial importante ao ofendido, mas o mesmo pode não ter valor elevado (nos termos da alínea b) do artigo 202.º, do Código Penal).

1.3.2. Tipo Subjectivo

No crime de infidelidade, o agente actua com intencionalidade e grave violação dos deveres que lhe incumbem (cf. artigo 224.º, n.º 1, do Código Penal). Actua, assim, com dolo directo,

³⁰ Nesse sentido, Damião da Cunha, José M., *in* Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental, Universidade Católica do Porto, 2017, pp. 237-238.

³¹ Cf. Pinto de Albuquerque, Paulo, *ob. cit.*, p. 699.

³² Cf. Taipa de Carvalho, Américo, *ob. cit.*, p. 366.

isto é, o agente representa o facto ilícito e actua com intenção de o realizar (cf. artigo 14.º, n.º 1, do Código Penal).

No que concerne à actuação do agente com dolo necessário, a Doutrina tem apresentação posições diversas. Assim, Américo Taipa de Carvalho³³ defende que o termo intenção deve ser interpretado no sentido de consciência e conhecimento da inevitabilidade do resultado. Esse conhecimento que uma conduta é adequada a produzir um resultado e que o mesmo se produzirá, afasta a punição a título de dolo eventual ou por conduta negligente do agente. Por outro lado, Paulo Pinto de Albuquerque³⁴ defende, que a utilização da expressão “intencionalmente” implica apenas a prática do crime como dolo directo, afastando a sua punição, quer por dolo necessário, quer por dolo eventual.

Quanto a nós, entendemos que o termo intenção deve ser interpretado no sentido de consciência e conhecimento da inevitabilidade do resultado, o que exclui a punição do crime de infidelidade por dolo eventual (que pressupõe que o agente represente como possível um determinado resultado típico e actue, conformando-se com aquela realização – no caso, com o existência de um prejuízo patrimonial importante para o titular dos interesses que o agente tem dever de administrar).

1.4. Tentativa e Comparticipação

A tentativa é punível, nos termos do disposto no artigo 224.º, n.º 2, do Código Penal.

Por outro lado, o crime de infidelidade constitui um crime específico próprio, uma vez que a ilicitude assenta na qualidade do agente, a quem foi conferido o encargo de dispor, administrar ou fiscalizar os interesses patrimoniais alheios. Sendo assim, apenas pode cometer este crime, e por ele ser responsabilizado, quem possuir essa qualidade.

Quanto à comunicabilidade desta qualidade aos comparticipantes que não a possuem, a Doutrina apresenta entendimentos divergentes. Por um lado, Figueiredo Dias e Paulo Pinto de Albuquerque³⁵, defendem que a qualidade do agente é comunicável, nos termos do disposto no artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal. Por outro lado, Taipa de Carvalho³⁶, defende que considerando as preocupações do legislador em restringir a punibilidade da infidelidade administrativa, a decisão parece dever ser no sentido de exclusão da comunicabilidade e, portanto, no sentido de não punibilidade dos comparticipantes não administradores.

1.5. Distinção do crime de abuso de confiança

O crime de infidelidade (artigo 204.º, n.º 1, do Código Penal) distingue-se do crime de abuso de confiança (artigo 205.º, do Código Penal), em primeiro lugar, quanto aos bens jurídicos

³³ Idem, p. 368.

³⁴ Cf. Pinto de Albuquerque, Paulo, ob. cit., p. 699.

³⁵ Cf. Pinto de Albuquerque, Paulo, ob. cit., p. 700.

³⁶ Cf. Taipa de Carvalho, Américo, ob. cit., p. 371.

protegidos pelas incriminações. Enquanto o crime de infidelidade tutela o património, abrangendo quer a propriedade, quer outros direitos com valor ou expressão económica, o crime de abuso de confiança protege, exclusivamente, a propriedade.

Por outro lado, no crime de abuso de confiança, o objecto da conduta do agente é coisa móvel alheia (da qual o agente se apropria), enquanto no crime de infidelidade aquele objecto são interesses patrimoniais alheios, englobando não apenas coisas móveis, mas também coisas imóveis, direitos de crédito e expectativas juridicamente fundadas (o agente provoca um prejuízo patrimonial importante, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem).

No entanto, a principal divergência entre os dois ilícitos assenta no facto de no crime de abuso de confiança se exigir a intenção de apropriação do agente, enquanto no crime de infidelidade não existe aquela apropriação, mas apenas a intenção de causar um prejuízo patrimonial importante.

Porém, se através da mesma conduta se verificar, não apenas a apropriação de coisa móvel, mas também a intenção de causar prejuízo patrimonial importante, aplicar-se-á apenas um destes crimes. Com efeito, Taipa de Carvalho³⁷ refere a existência de uma relação de subsidiariedade entre o crime de infidelidade e os restantes crimes contra o património, nomeadamente, o crime de abuso de confiança (artigo 205.º, do Código Penal). Por outro lado, Paulo Pinto de Albuquerque³⁸ e Jorge Figueiredo Dias defendem a existência de uma relação de mútua exclusão entre os dois ilícitos, atentos os respectivos modos de execução (com ou sem apropriação).

1.6. Distinção do crime de administração danosa

O crime de administração danosa encontra-se previsto no artigo 235.º, n.º 1, do Código Penal, representa uma forma qualificada do crime de infidelidade. Esta qualificação justifica-se, atenta a qualidade do agente, que tem capacidade para vincular a empresa pública ou cooperativa perante terceiros, e com o carácter público ou cooperativo dos valores patrimoniais atingidos³⁹.

Assim, o tipo objectivo do crime de administração danosa corresponde à conduta típica do crime de infidelidade, isto é, à provocação de um dano patrimonial importante em unidade económica do sector público ou cooperativo, com infracção de normas de controlo ou de regras económicas de gestão racional.

Por outro lado, os dois tipos de ilícitos diferenciam-se, desde logo, pelo bem jurídico protegido pela incriminação, que no caso da infidelidade protege o património das pessoas, enquanto na

³⁷ Cf. ob. cit., p. 371.

³⁸ Cf. Pinto de Albuquerque, Paulo, ob. cit., p. 648.

³⁹ Nesse sentido, Costa Andrade, Manuel da, - "Anotação ao artigo 235.º do Código Penal", in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial Tomo II*, dirigido por Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, p. 540.

administração danosa, o património protegido é de pessoa colectiva do sector público ou cooperativo.

Outra diferença a assinalar refere-se ao resultado típico dos delitos. No caso do crime de infidelidade, o legislador refere que actuação do administrador tem de causar um prejuízo patrimonial importante (veja-se, o ponto c) do 1.3.2 supra), enquanto no crime de administração danosa a actuação do gestor deve ser adequada a causar um dano patrimonial importante.

Por fim, entre o crime de infidelidade e de administração danosa existe uma relação de especialidade, pelo que verificando-se a factualidade típica de ambos os ilícitos, o agente será punível apenas pelo ilícito do artigo 235.º, n.º 1, do Código Penal.

V. Prática e Gestão Processual

1. Da aquisição da notícia de crime e da definição do objecto do processo

O inquérito é a fase do processo penal destinada à investigação da existência de um crime, ao apuramento dos seus agentes e respectivas responsabilidades, bem como à descoberta e recolha de provas relevantes que sustentem a decisão sobre a acusação (cf. artigo 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

A aquisição da notícia do crime, nos termos do disposto no artigo 241.º, do Código de Processo Penal, pode acontecer por três formas, i.e., por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal (que elabora auto de notícia e, posteriormente, o transmite ao Ministério Público) ou, por denúncia feita verbalmente ou por escrito ao Ministério Público.

Em regra, a notícia de um crime dá lugar à abertura de inquérito, ressalvadas algumas excepções, designadamente, nos crimes semipúblicos, em que a promoção do processo penal, por parte do Ministério Público, está dependente do exercício do direito de queixa por parte dos respectivos titulares (cf. artigo 113.º, do Código Penal).

Se não for apresentada a respectiva queixa, o Ministério Público carece de legitimidade para abrir o inquérito, salvo as excepções consagradas no n.º 5 do artigo 113.º, do Código Penal. Assim, ao abrigo deste dispositivo legal, o Ministério Público pode dar início ao procedimento criminal, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e este for menor ou não possuir discernimento para entender o alcance e o significado do exercício do direito de queixa (alínea a), ou o direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime (alínea b).

Assim, quanto ao crime de infidelidade, temos que:

- Se o **ofendido for pessoa singular e capaz**, o próprio tem legitimidade para apresentar queixa (cf. artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal).

- Se o **ofendido for pessoa singular, menor de 16 anos ou sem discernimento para entender o alcance e o significado do exercício de queixa**, este pertence ao seu representante legal e, na sua falta, as pessoas indicadas nas alíneas do n.º 2 do artigo 113.º do Código Penal (cf. artigo 113.º, n.º 4, do Código Penal).

Nestas circunstâncias, o Ministério Público pode, ainda, dar início ao procedimento criminal, no prazo de seis meses, a contar da data em que tiver conhecimento dos factos e dos seus autores sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e se verifique uma das situações previstas nas alíneas a) e b) do n.º 5 do artigo 113.º, do Código Penal.

No caso de não ser instaurado procedimento criminal, por nenhuma das formas supra descritas, o legislador consagra, ainda, a possibilidade do direito de queixa ser exercido pelo ofendido (menor de 16 anos), a partir da data em que perfizer 16 anos (contando-se seis meses sobre aquela data).

- Se o **ofendido for pessoa colectiva**, tem legitimidade para apresentar queixa, a própria pessoa colectiva, na pessoa do seu representante legal (v.g., gerente ou administrador, nos termos do disposto nos artigos 252.º, n.º 1 e 408.º e 409.º, do Código das Sociedades Comerciais).
- Se o **ofendido for pessoa colectiva e o agente do crime for o seu legal representante**, entendemos, como supra deixamos exposto, que o Ministério Público pode dar início ao procedimento criminal nos termos do disposto na alínea b) do n.º 5 artigo 113.º do Código Penal, actuando, assim, em defesa dos interesses da pessoa colectiva ofendida e, com respeito pelos princípios da legalidade e da objectividade a que se encontra adstrito.

2. A competência do Ministério Público

A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido por órgãos de polícia criminal, que actuam sobre a sua directa orientação e dependência funcional (cf. artigo 263.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Isto é o que resulta, entre outros, dos artigos 9.º, n.º 2, e 55.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, segundo os quais, no exercício da função jurisdicional, os tribunais e demais autoridades judiciárias (artigo 1.º, alínea b), do Código de Processo Penal) têm o direito de ser coadjuvadas por todas as outras entidades, com vista à realização das finalidades do inquérito supra identificadas, e no artigo 3.º, n.º 1, alínea h) e n), do Estatuto do Ministério Público.

Quanto à competência para a realização do inquérito, esta pertence ao Ministério Público que exercer funções no local em que o crime tiver sido cometido (artigo 246.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

3. Delegação de Competência para Investigação

Como supra deixamos exposto, a direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, podendo ser assistido por órgãos de polícia criminal, os quais se encontram na dependência funcional do magistrado titular do inquérito (cf. artigo 263.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal).

Esta assistência por parte dos órgãos de polícia criminal concretiza-se através da delegação de competência para a realização de quaisquer diligências de investigação relativas ao inquérito, conforme decorre do disposto no artigo 270.º, n.º 1, do Código de Processo Penal. Esta delegação de competência pode ser efectuada por despacho de natureza genérica que indique os tipos de crimes ou os limites das penas aplicáveis aos crimes em investigação.

Assim, após a distribuição do processo ao magistrado titular, e em momento prévio à prolação do primeiro despacho do inquérito, o magistrado do Ministério Público deve ponderar se efectua ele próprio a investigação de crime de infidelidade ou se, em alternativa, delega a competência para a investigação em órgão de polícia criminal, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 270.º do Código de Processo Penal.

Ao abrigo da Circular 6/2002, de 11 de Março, a intervenção directa dos magistrados do Ministério Público deve ocorrer relativamente aos crimes que sejam puníveis com pena de prisão inferior a cinco anos, em relação aos quais, pela qualidade dos agentes ou das vítimas, ou pelas particulares circunstâncias que rodearam a sua prática, se justifique essa intervenção. Entendemos que o crime de infidelidade, punível com pena de prisão até três anos ou com pena de multa se enquadra neste âmbito de intervenção, atenta, desde logo, a qualidade do agente neste crime e a relação de confiança existente entre este e o ofendido.

Por outro lado, o crime de infidelidade, objecto do presente guia, não é, em nosso entender, um crime que caiba na competência reservada da Polícia Judiciária (cf. artigo 7.º, n.º 2, *a contrario*, da Lei de Organização da Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, adiante L.O.I.C), uma vez que o crime aqui em questão trata da infidelidade administrativa, i.e., de violação dos deveres que incumbiam ao agente, que lhe foram confiados por lei ou por acto jurídico, para dispor, administrar e fiscalizar interesses alheios.

Deste modo, caso a investigação não seja conduzida directamente pelo magistrado titular do inquérito, nos termos supra descritos, a competência para a investigação pode ser delegada na Guarda Nacional Republicana ou na Polícia de Segurança Pública, nos termos do disposto no artigo 6.º, da L.O.I.C.

Por último, de salientar que, após a delegação de competência, os órgãos de polícia criminal gozam de autonomia técnica e tática, que o despacho do Ministério Público não pode colocar em causa.

4. Diligências de Inquérito

Antes de ser proferido o primeiro despacho do inquérito, o magistrado titular do inquérito deve analisar a queixa/denúncia apresentada, confirmando o ilícito sob o qual o inquérito foi registado e, bem assim, como verificar se estão juntos aos autos, todos os elementos necessários à determinação das diligências de investigação.

Caso se mostre necessário, o magistrado do Ministério Público deve solicitar ao denunciante a junção aos autos de toda a documentação relevante, em especial, a demonstrativa da existência de uma relação de confiança entre ofendido e suspeito, estabelecida por lei (v.g., a junção de certidões de nascimento ou judiciais) ou por acto jurídico (v.g., contratos de sociedade, procurações, etc.), bem como do prejuízo patrimonial importante (v.g., informação bancária ou contabilística, no caso de da sociedade, ou escrituras de celebração de negócios jurídicos).

Se o Ministério Público deu início ao procedimento criminal, nos termos do disposto nas alíneas do n.º 5 do artigo 113.º, do Código Penal, o Ministério Público pode oficiar às entidades competentes, designadamente, Conservatórias de Registo Civil e Comercial, Cartórios Notariais, Instituições Bancárias, entre outras, pelo envio da referida documentação.

Após tal junção, o magistrado do Ministério Público deverá, então, ponderar a oportunidade da remessa do inquérito para investigação em órgão de polícia criminal. Esta delegação de competências deve ser ponderada, caso a caso, sendo que apenas devem ser remetidos àquela entidade os casos mais complexos, designadamente, os que reclamam uma maior dispersão territorial ou uma investigação de cariz iminentemente policial. Nos restantes casos, de reduzida complexidade, em que a prova será, essencialmente, documental ou testemunhal, os autos deverão ser tramitados nos próprios serviços do Ministério Público.

Em qualquer dos casos, a investigação deverá prosseguir com a inquirição do denunciante, do ofendido (quando não for aquele), bem como dos terceiros com quem os negócios jurídicos (eventualmente) prejudiciais foram celebrados. Após a recolha dos elementos de prova referidos, havendo suspeita fundada da prática de crime, deve ainda proceder-se à constituição como arguido do suspeito/denunciado, e ao seu subsequente interrogatório, nessa qualidade (cf. artigo 58.º, n.º 1, alíneas a) e d), e 144.º, n.º 1 e 2, do Código de Processo Penal).

Se o ofendido for pessoa colectiva, designadamente, sociedade comercial, devem ser, igualmente, inquiridos outros membros daquela sociedade (por exemplo, sócios, accionistas, membros de associação, etc.) e deve, igualmente ser solicitada toda a informação contabilística da referida pessoa colectiva, com vista à determinação e avaliação do património da ofendida e à análise dos negócios jurídicos celebrados em nome daquela.

Caso o envio da documentação seja negado, o órgão de polícia criminal pode sugerir ou o próprio titular do inquérito, após ponderação, pode determinar a prática de actos da exclusiva

competência da autoridade judiciária (como seja, solicitar informação ao Banco de Portugal, realização de buscas, entre outras).

Quando não for possível esclarecer todas as dúvidas contabilísticas com a inquirição do respectivo Técnico Oficial de Contas, o Ministério Público deve ponderar a necessidade de realização de perícia financeiro-contabilística, socorrendo-se, se entender necessário, da coadjuvação do Núcleo de Apoio Técnico da Procuradoria-Geral da República (N.A.T.).^{40 41}

Caso os esclarecimentos fornecidos pelo N.A.T. não sejam suficientes à remoção das dúvidas existentes, designadamente, porque o valor estimado dos prejuízos é consideravelmente elevado, o magistrado titular do inquérito pode ponderar a conveniência de accionamento dos mecanismos de deferimento da competência investigatória à Polícia Judiciária, a fim de ser realizada perícia financeiro-contabilística (cf. artigo 8.º, n.ºs 3 e 6, da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto.⁴²

5. Encerramento do Inquérito

Terminado o inquérito, realizadas todas as diligências de prova uteis e pertinentes à descoberta da verdade, se forem recolhidos indícios suficientes da prática do crime e de quem foram os seus agentes, deverá ser deduzida acusação, nos termos do disposto no artigo 283.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Não obstante, atento o disposto na Directiva n.º 1/2014, de 15-01-2014, *“Os Magistrados do Ministério Público devem optar, no tratamento da pequena e média criminalidade, pelas soluções de consenso previstas na lei, entre as quais assume particular relevo a suspensão provisória do processo.”*

Assim, deve ser solicitado Certificado de Registo Criminal e efectuada Consulta à base de dados da Suspensão Provisória do Processo, com vista à verificação dos pressupostos de aplicação daquele instituto (cf. artigo 281.º, do Código de Processo Penal). No caso de se verificarem os pressupostos, deve o referido instituto ser aplicado, determinando-se a suspensão do processo, mediante a imposição ao arguido do cumprimento de injunções ou regras de conduta.

Caso não seja possível a aplicação daquele instituto, deve, ainda assim, ser ponderada a apresentação de requerimento para aplicação de pena em processo sumaríssimo (cf. artigo 392.º, do Código de Processo Penal), impondo-se ao arguido a sanção, com a qual aquele

⁴⁰ O N.A.T. foi criado pela Lei n.º 1/97, de 16 de Janeiro, e visa assegurar assessoria e consultadoria técnica à Procuradoria-Geral da República e, em geral, ao Ministério Público em matéria económica, financeira, bancária, contabilística e de mercado de valores mobiliários.

⁴¹ O recurso ao N.A.T. deve verificar-se, essencialmente, nas comarcas em que não estejam instituídos Departamentos de Investigação e Acção Penal e em que não haja órgãos de polícia criminal com adestramento adequado à realização de investigações dessa natureza.

⁴² Cf. Informação da Procuradoria-Geral da República de Regras sobre boas práticas investigatórias nos crimes de abuso de confiança e infidelidade, de 21-07-2011.

concorda, sem necessidade de sujeição do mesmo a julgamento (cf. ponto 1, do Capítulo I, da Directiva 1/2016, de 15 de Fevereiro).

Não se mostrando viável o recurso a tais institutos, será deduzida acusação – em processo abreviado, caso haja no inquérito, provas suficientes e evidentes (aqui na acepção do artigo 391.º-A, n.º 3, alínea b), do Código de Processo Penal), e não tenham ainda decorrido 90 (noventa) dias sobre a aquisição da notícia do crime (cf. 391.º-B, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal), ou em processo comum (cf. artigo 283.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

VI. Hiperligações e Referências Bibliográficas

Hiperligações

www.dgsi.pt

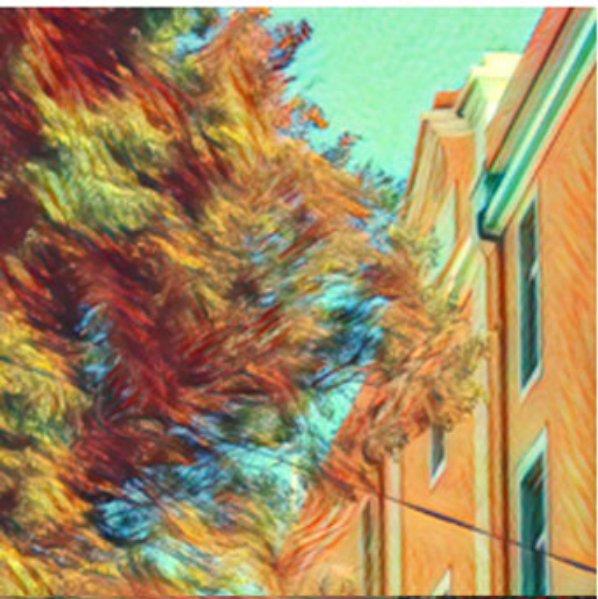
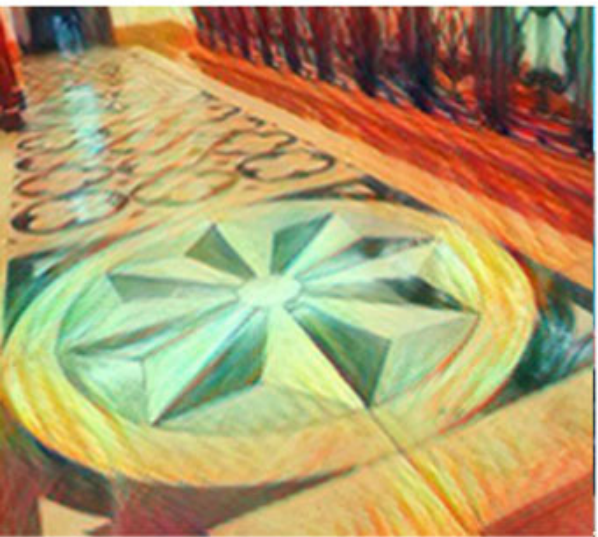
Referências Bibliográficas

- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010.
- ALEGRE, Carlos, *Crimes contra o património – Notas ao Código Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º 3, Lisboa: Editorial Minerva, 1988.
- ALMEIDA DE LEMOS, Carlos de, *in Pode um sócio constituir-se assistente em processo crime de infidelidade praticado contra a sociedade pelo Gerente?* Abreu Advogados, Newsletter n.º 47, Março de 2011.
- BARREIROS, José António, *Crimes contra o Património – Notas ao Código Penal*, Revista do Ministério Público, 1996.
- CORREIA, Eduardo, *O crime de abuso de confiança*, Revista de Legislação de Jurisprudência, Ano 93, Coimbra Editora, 1960.
- DAMIÃO DA CUNHA, José M., *Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental*, Universidade Católica do Porto, 2017.

- DIAS DUARTE, Jorge, *Crime de abuso de confiança e de infidelidade*”, RMP, Director: Eduardo Maia Costa, Ano 20, n.º 79, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *A Tutela do Ofendido e a Posição do Assistente*, Jornadas de Direito Processual e Direitos Fundamentais, Almedina, Coimbra 2004.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, “O dever de obediência hierárquica e a posição do Ministério Público no Processo Penal (anotação ao Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 1972)”, *in* RLJ, Ano 106.º, n.º 35000, 1 de Outubro de 1973.
- GOMES, Mário Manuel Vargues Gomes, “O crime de infidelidade”, *Crimes contra o património em geral – Notas ao Código Penal – artigos 313.º a 333.º*”, Lisboa : Rei dos Livros, 1983.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel, Manuel Simas Santos e João Simas Santos, *Noções de Processo Penal*, Rei dos Livros, 2008.
- MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980.
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal – I Volume*, Verbo Editora, 1994.
- MIGUEZ GARCIA, M., *O Direito Penal Passo a Passo – Volume II*, Coimbra: Almedina, 2015.
- PIZARRO BELEZA, Teresa e COSTA PINTO, Frederico Lacerda da Costa Pinto, *A tutela penal do património após a revisão do Código Penal de 1995*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1999.
- RAMOS, Maria Rita Oliveira, *Da importância do crime de infidelidade nos crimes contra o património – Dissertação de Mestrado*, Universidade Católica de Lisboa, 2014, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16230/1/Dissertação.pdf>
- SILVA DIAS, Augusto, *A Sociedade Portuguesa de Autores em Processo Penal*, Temas de Direito de Autor, III volume.
- TAIPA DE CARVALHO, AMÉRICO, *Comentário Conimbrincense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

Agradecimentos

Uma especial palavra de agradecimento deve ser dirigida à minha formadora, Dra. Tânia Agostinho, Procuradora-Adjunta do D.I.A.P de Sintra – Comarca de Lisboa-Oeste, pela disponibilidade, colaboração e visão prática que em muito serviram para enriquecimento deste trabalho.



4.

Crime de infidelidade.

Enquadramento jurídico,
prática e gestão
processual

Nuno Alexandre

Venâncio Pereira

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. CRIME DE INFIDELIDADE. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Nuno Alexandre Venâncio Pereira

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Nota histórica
 - 1.2. O bem jurídico protegido
 - 1.3. Os sujeitos activo e passivo do crime
 - 1.4. A conduta incriminada
 - 1.5. As fontes do encargo
 - 1.6. O elemento subjectivo
 - 1.7. O prejuízo patrimonial importante
 - 1.8. A punibilidade da tentativa
 - 1.9. A comparticipação
 - 1.10. A possibilidade de atenuação especial da pena
 - 1.11. Distinção entre o crime de infidelidade e figuras afins
 - 2. Prática e gestão do inquérito
 - 2.1. A questão da legitimidade para o procedimento
 - 2.2. O inquérito – soluções de consenso e oportunidade.
 - 2.3. Da delegação de competências
 - 2.4. Dos actos de investigação
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

O presente trabalho versa sobre o crime de infidelidade tipificado no artigo 224.º, n.º 1, do Código Penal.

O Código Penal de 1982 tipificou pela primeira vez o crime de Infidelidade com o fito de punir a gestão desleal e conferir tutela penal às situações não abrangidas pelo crime de abuso de confiança ou da burla, contemplando casos que neles não poderiam estar compreendidos, por não haver intenção de enriquecimento ou de apropriação por parte do agente. *Grosso modo*, como se alcança do preâmbulo do Código Penal, este ilícito visa as situações em que não existe a intenção de apropriação material por parte do agente, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial.

Não obstante se tratar de crime cujo procedimento criminal depende de queixa (n.º 3 do artigo 224.º do CP), ou de acusação particular (nos casos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 207.º por remissão do n.º 4 do artigo 224.º) e da moldura penal não ir além dos três anos de prisão, o ilícito que nos irá ocupar reveste-se de inegável gravidade, quer pela verificação frequente deste tipo de comportamentos desleais e pela sanção que merece a violação da confiança no mundo do comércio jurídico quer ainda porque o preenchimento do mesmo implica um prejuízo patrimonial importante para o ofendido.

Na verdade, o elemento típico “prejuízo patrimonial importante”, aproxima o crime de infidelidade de outros crimes contra o património na sua forma qualificada (cfr. artigo 205.º,

n.ºs 4 e 5 e artigo 218.º do CP), de natureza pública, o que só por si evidencia a atenção que tal ilícito nos deverá merecer.

Como se verá, na prática, o crime de infidelidade acaba por ter um campo de aplicabilidade reduzido por razões que se prendem com o difícil preenchimento de todos os elementos do tipo, delineado de modo restrictivo para não dissuadir os agentes de assumirem riscos e ocuparem cargos de representação voluntária sendo certo ainda que a nossa Jurisprudência também contribui para a desvalorização deste tipo legal uma vez que tende a enquadrar no abuso de confiança ou noutros tipos legais condutas típicas do crime de infidelidade.

Todavia, o crime de infidelidade é um dos tipos legais que tem sido objecto de maior reformulação noutros países da Europa no sentido de ampliação do seu âmbito de aplicação e de agravamento da sua moldura penal, sobretudo após as recentes crises económico-financeiras, tendendo a adquirir maior relevância, no futuro (face à actual economia de prestação de serviços e de troca de valores imateriais), do que o crime de abuso de confiança (que pressupõe como objecto coisas móveis corpóreas), uma vez que o crime de infidelidade tem por objecto não apenas bens corpóreos como incorpóreos.

Compete, pois, ao Magistrado do Ministério Público, munir-se de uma adequada capacidade de resposta na investigação deste tipo de crime, atenta a relevância do bem jurídico tutelado, as consequências danosas que resultam da prática deste ilícito, a importância previsivelmente crescente que o mesmo tenderá a assumir na sociedade e tendo sempre presente os particularmente exigentes elementos do tipo.

II. Objectivos

O presente trabalho visa, por um lado, traçar o enquadramento jurídico do crime de infidelidade e por outro lado, proporcionar uma visão prática da investigação deste crime, nomeadamente as principais diligências a realizar pelo Ministério Público dirigidas ao apuramento da existência de crime, da identidade dos seus agentes e de recolha de provas com vista à decisão sobre a acusação.

São destinatários principais do presente trabalho os auditores de justiça do 32º Curso Normal de Formação de Magistrados e os Magistrados do Ministério Público.

III. Resumo

No primeiro capítulo deste trabalho será feita uma abordagem do tipo ilícito em questão, designadamente, será analisado o bem jurídico tutelado pelo crime de infidelidade; o sujeito activo e passivo do crime; as condutas típicas abrangidas, as fontes do encargo; o elemento subjectivo do tipo; o conceito de prejuízo patrimonial importante; a punibilidade da tentativa; a comparticipação e a possibilidade de atenuação especial da pena neste tipo de crime.

De modo a delimitar o âmbito de aplicação do crime de infidelidade relativamente a figuras próximas (diferenciação que se afigura relevante porquanto permitirá explicar a função do ilícito de infidelidade), far-se-á uma breve referência aos elementos que concretamente o distinguem de crimes como o abuso de confiança, a burla e administração danosa.

Numa vertente mais prática, dedicaremos também atenção à questão da legitimidade oficiosa do Ministério Público para o exercício da acção penal relativamente a este tipo de crime, em determinados casos, face ao entendimento restrictivo do conceito de ofendido que tem vindo a ser dominante na Jurisprudência e que gera uma diminuição do campo de aplicabilidade deste tipo de crime, sugerindo-se uma solução que poderá ser adoptada pelos Magistrados do Ministério Público para prevenir a impunidade do crime.

Por fim, deter-nos-emos no modo de organização e de gestão do inquérito, com especial enfoque nas soluções de consenso e de oportunidade e nas diligências investigatórias que poderão assumir maior preponderância na investigação deste tipo de crime, atentas as especificidades do mesmo.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Nota histórica

Dispõe o artigo 224.º, n.º 1, do Código Penal: *“Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”*.

Como se retira das Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial¹, o crime de Infidelidade é suportado por uma ideia ética. Pressupõe a existência de uma relação de confiança que vem a ser traída. A ideia de quebra de confiança está assim subjacente à figura, vindo a tutela penal em reforço da indemnização civil².

Com a previsão legal deste crime pôs-se termo às hesitações até aí existentes e que se prendiam com dois aspectos fundamentais:

- 1) o receio de dissuadir as pessoas de ocuparem cargos de representação voluntária face às eventuais consequências jurídico- penais;
- 2) A tutela das situações de gestão desleal já estaria plenamente salvaguardada pelo instituto da responsabilidade civil.

O legislador acabou por dar acolhimento à tese de que em determinados casos tal tutela não ficaria plenamente salvaguardada pelo direito civil, justificando-se a intervenção do direito penal ante certas situações de violação de deveres de confiança, legais ou contratuais, por

¹ Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, pp. 164, 165.

² BARREIROS, José António “Infidelidade” in Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 210.

parte de quem se encontrava especialmente incumbido de zelar por determinados interesses patrimoniais.

Optou-se por uma tipificação retirada da formulação genérica do artigo 159.º do Código Penal Suíço, mas delimitando-se suficientemente o tipo de modo a prevenir a excessiva amplitude da incriminação na Lei Penal Suíça e de molde a não afastar os cidadãos do exercício de cargos de representação voluntária³.

Inicialmente previsto no artigo 319.º do Código Penal de 1982, o crime viria a ficar previsto no artigo 224.º na sequência da revisão do Código Penal operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, adquirindo a formulação actual na sequência das Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e da Lei n.º 19/2013, de 21 de Fevereiro, as quais modificaram o n.º do artigo 224.º do CP devido às alterações inseridas nos artigos 206.º e 207.º do CP, respectivamente.

1.2. O Bem Jurídico protegido

O património é o bem jurídico que primeiramente é objecto de tutela pela norma incriminadora.

Como nota Jorge Dias Duarte⁴, abrangem-se aqui realidades jurídicas que ultrapassam o conceito de propriedade, designadamente *“todos os bens e direitos economicamente avaliáveis”*, não só a propriedade material sobre coisas físicas como também *“a propriedade imaterial (direitos de autor, direitos de marca e patente, etc.), a posse e direitos de crédito obrigacionais”*, em suma *“quaisquer direitos com valor e expressão económica”*.

Além do património, reflexamente, é também protegida a relação de confiança que, por lei ou contrato, foi atribuída a certas pessoas, sancionando-se a respectiva ofensa, pois como se lê no preâmbulo do Código Penal de 1982, *“no mundo do tráfico jurídico, a regra de ouro é a confiança e a sua violação pode, em casos bem determinados na lei, necessitar da força interventora do direito penal, que apesar de tudo, tem de ser entendida, torna-se a dizer, como ultima ratio.”*

1.3. Os sujeitos activo e passivo do crime

O agente do crime de Infidelidade é aquele a quem a lei ou alguém, voluntariamente, por acto jurídico, conferiu o dever de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios. O

³ROCHA, Manuel António Lopes, Jornadas de Direito Criminal, O novo Código Penal Português e Legislação Complementar, A Parte Especial do novo Código Penal - Alguns Aspectos inovadores, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983 pp. 380, 381.

⁴DUARTE, Jorge Dias – “Crime de abuso de confiança e de infidelidade”, RMP, ano 20, n.º 79, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999, pp. 69-70.

sujeito activo está numa relação fiduciária com o titular primário dos referidos interesses e está obrigado a especiais deveres de lealdade, zelo, diligência e cuidado.⁵

Poderá ser o testamenteiro, o cabeça-de-casal, o tutor, o curador, os progenitores em relação aos interesses patrimoniais dos menores.⁶

Poderá cometer o crime de infidelidade aquele que *“tendo, espontânea e unilateralmente, assumido a gestão de negócios de alguém que se encontre ausente (artigo 464.º e ss do CC), vem, depois de ter iniciado a gestão segundo a vontade presumível do dono do negócio, a causar, dolosamente, importante prejuízo a este”*⁷.

Tratando-se de uma sociedade apenas poderá cometer este crime o administrador da mesma e não o sócio que não assuma funções de gerência ou administração.

Com deveres de fiscalização, poderão ser agentes do crime de infidelidade: os membros dos conselhos de fiscalização, os que, por lei, tenham poderes de supervisão sobre agentes hierarquicamente inferiores a ele subordinados, ou ainda os auditores⁸.

A existência de uma relação fiduciária, pela qual haja sido confiado ao sujeito activo o poder/dever de dispor, administrar ou fiscalizar interesses alheios é requisito essencial do tipo como desde logo se alcança da expressão *“tendo-lhe sido confiado”* constante do n.º 1 do artigo 224.º⁹.

A pedra de toque reside aqui na especial confiança conferida por lei ou acto jurídico ao agente e na autonomia que lhe é conferida relativamente ao titular dos interesses patrimoniais de que foi encarregado de dispor, administrar ou fiscalizar e que lhe permite dispor de facto ou de direito sobre o património do titular do interesse, devendo esse poder ser exercido em benefício do mesmo.

Dito de outro modo o agente deste tipo de ilícito tem necessariamente poder de decisão relativamente ao património confiado, (assim e a título exemplificativo, o caixa de um supermercado não pode cometer este crime, o mesmo valendo para o contabilista de uma empresa que não goze de autonomia no âmbito daquele sector da actividade empresarial)¹⁰.

Ainda quanto ao agente, só as pessoas singulares que tenham praticado os factos nele descritos podem preencher este tipo de crime, excluída que está, *in casu*, a responsabilidade penal da pessoa colectiva (cf. artigo 11.º, n.º 2, do CP).

⁵ BARREIROS, José António “Infidelidade” in Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 210)

⁶ LEAL-HENRIQUES/ SIMAS SANTOS, “Anotação ao artigo 224º do Código Penal” in Código Penal: referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 594.

⁷ CARVALHO, Américo Taipa de – “Anotação ao artigo 224º do Código Penal” in Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 363.

⁸ DAMIÃO DA CUNHA, J. M.; “Direito Penal Patrimonial: sistema e estrutura fundamental”, Universidade Católica, 2017, P.238.

⁹ BARREIROS, José António, “Infidelidade” in Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 210).

¹⁰ CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 366.

Por sua vez, o sujeito passivo do crime é apenas o titular dos interesses patrimoniais cuja disposição, administração ou fiscalização foi confiada. Sendo uma sociedade comercial a titular de tais interesses, o sujeito passivo será exclusivamente a sociedade e não os sócios. E tal terá implicações na legitimidade para o exercício do direito de queixa, constituição como Assistente e na punibilidade das condutas incriminadas por este tipo legal como à frente melhor se verá.

1.4. A conduta incriminada

A infidelidade é um crime de dano pelo que abrange qualquer acto danoso cometido por acção ou omissão sendo fundamental que tal acção ou omissão:

- 1) Incida sobre interesses patrimoniais alheios;
- 2) Tenha a intenção de causar prejuízo patrimonial importante;
- 3) Se traduza na grave violação dos deveres que impendem sobre o agente.

Na infidelidade foi concedido ao agente o encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios.

A disposição de interesses alheios, *“tanto pode significar dar aplicação a um valor ou a uma quantia, como negociar, transferir ou transmitir, agravar financeiramente, ou dar um diferente conteúdo a uma determinada posição jurídica”*¹¹.

O conceito de administração deve aqui ser tomado em sentido amplo *“abrangendo os actos de alienação ou oneração, os actos de administração ou gestão extraordinária ou corrente e os actos de fiscalização das pessoas cujo trabalho se exerce numa relação de subordinação ao titular do encargo de fiscalização”*¹².

A lei não discrimina, pelo que podem ser quaisquer actos danosos, *“desde que cometidos intencionalmente e – cumulativamente – com grave violação dos deveres que incumbem ao sujeito activo”*¹³.

Exemplos de condutas susceptíveis de integrar a previsão da norma: a omissão de celebrar um contrato ou celebração de um contrato prejudicial ao titular dos interesses patrimoniais confiados; utilização em proveito próprio de materiais ou de pessoal de uma empresa; o facto de o agente não se opor ao pagamento de somas indevidas, a omissão de propositura de uma acção judicial ou de interposição de recurso^{14/15}.

¹¹GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M., Castela, Código Penal, Parte Geral e Especial, com notas e comentários, Coimbra, 2015, Almedina, 2ª Edição, p. 996.

¹²CARVALHO, Américo Taipa de – *“Anotação ao artigo 224.º do Código Penal”* in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 364.*

¹³BARREIROS, José António, *“Infidelidade”* in *Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 212.

¹⁴CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 366; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *“Anotação ao artigo 224.º do Código Penal”* in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 699.*

¹⁵No Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15/12/2015 – Proc. 1214/11.3TAFAR.E1, em <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7bdf7b409274f6cb80257f250035dd06?OpenDocument>, considerou-se que *“a extinção da hipoteca, sem a concomitante extinção do crédito garantido, importa*

Por outro lado, tendo presente que todas as actividades comportam um risco permitido, mais ainda, no campo económico, não estarão compreendidas na conduta típica as condutas que se situem dentro do risco permitido – situações em que o próprio titular dos interesses patrimoniais, entendido como alguém avisado e conhecedor dos mesmos dados objectivos que o agente, teria actuado da mesma forma.

Podemos, pois, dizer, seguindo o entendimento do Prof. Faria Costa, que o fiduciário que cause prejuízo patrimonial importante ao titular dos interesses patrimoniais que lhe foram confiados não excederá a margem do risco permitido e por conseguinte não verá a sua conduta punida sempre que actue através de meio lícito, praticando actos tendentes a um fim socialmente adequado, dentro das regras por que se regem os interesses que lhe foram confiados e desde que a objectivação do perigo de dano por si criado se situe dentro dos valores normais¹⁶.

1.5. As fontes do encargo

O encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios resultará ou da Lei (poderes-deveres conferidos aos pais, tutores ou curadores relativamente ao património do menor, interdito ou inabilitado; ao cabeça-de-casal); ou de acto jurídico (indicação de testamentário; Procuração com poderes necessários para administrar o património, nomeação de gerente de sociedade colectiva)^{17/18}.

Pode perguntar-se o que acontece quando o acto jurídico que fundamenta a posição de confiança do agente for ineficaz ou inválido. A doutrina tem sido unânime em considerar que não é elemento do tipo a plena validade ou eficácia do acto que constitui o vínculo.

Basta a mera aparência do vínculo. Assim o tipo só é afastado se nem sequer existe aparência do vínculo no que toca à eficácia. Relativamente à invalidade do acto, a mesma também só implica o não preenchimento do tipo quando tenha sido o próprio titular dos interesses protegidos com a incriminação a causar, com o seu comportamento ilícito, a invalidade do acto

uma diminuição daquele património. (...) Não pode, para efeitos de integração no crime de infidelidade, pp. no artigo 224.º, n.º 1, do C. Penal, deixar de ser qualificado de importante o prejuízo patrimonial de €543.382,71, causado ao lesado como consequência directa e necessária da conduta da arguida”.

¹⁶ COSTA, José Faria, *O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão de ilicitude*, Coimbra, 1985, P., 59 e ss, dá o seguinte exemplo de uma conduta do fiduciário que não ultrapassa a margem de risco permitido: O procurador a quem é confiada a missão de vender determinado número de acções no período de 2 meses, por necessitar o seu mandante de liquidez, mas que não pratica tal acto em tal período por ser objectivamente expectável a subida vertiginosa do valor das acções em tal período pelo que conjectura vendê-las, mais tarde, na alta, porém, face à queda abrupta e inesperada do valor das acções vem a causar grande perda de capital ao titular das acções. Segundo o autor, tal omissão não preenche o tipo de ilícito de infidelidade não só por não haver intencionalidade em causar prejuízo como também porque a conduta do agente não ultrapassou a margem de risco que jogar na bolsa sempre acarreta.

¹⁷ CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 365., ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 700. LEAL - HENRIQUES/SIMAS SANTOS – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” in *Código Penal: referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 594.

¹⁸ A título de deveres que podem incumbir ao agente em resultado da lei: cfr. artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, no que toca ao administrador de uma sociedade; artigos 2086.º, 2088.º, 2089.º, 2090.º do Código Civil, no que toca ao cabeça-de-casal; 1935.º e ss do CC no que toca ao tutor; 2325.º e ss do CC no que toca ao testamentário.

de constituição do vínculo, caso em que não poderá prevalecer-se da situação por si criada (o que configuraria um caso claro de abuso de direito)¹⁹.

Compreende-se que assim seja. Num tipo de ilícito que visa sancionar a violação de deveres de confiança, o importante é que a relação de fidúcia seja estabelecida, até porque a norma apenas fala em acto jurídico e não em acto jurídico válido ou eficaz²⁰.

1.6. O elemento subjectivo

O crime é exclusivamente doloso, sendo insuficiente o dolo eventual. Não é elemento do tipo a intenção de enriquecimento por parte do agente, pois como já se referiu a especificidade do crime de infidelidade reside precisamente em exigir-se uma intencionalidade por parte do agente em causar prejuízo patrimonial importante a outrem.

Não é, porém, essencial que o principal objectivo do agente seja a provocação de um prejuízo patrimonial importante. O fiduciário pode em primeira linha ter a intenção de não prejudicar ou beneficiar outrem, p.e., perdendo uma dívida ou deixando de cobrar com a intenção de não provocar a insolvência do devedor do titular dos interesses que lhe foram incumbidos²¹.

Porém, o agente tem consciência que ao agir dessa forma causará necessariamente prejuízo (que tem que ser sempre importante) aos interesses pelos quais lhe competia, em primeiro lugar, zelar.

E desde que o agente fiduciário tenha consciência de que a sua conduta é não só adequada à produção de tal resultado (prejuízo patrimonial alheio e importante) como ainda de que este é uma decorrência inevitável da sua acção/omissão, tanto basta para o preenchimento do elemento subjectivo deste tipo de crime, ou seja, exige-se, no mínimo, o dolo necessário²².

A lei exige ainda que a actuação intencional atrás referida esteja conexas com uma grave violação de deveres que incumbem ao agente como se retira do segmento da norma *“intencionalmente e com grave violação dos deveres”*.

¹⁹ Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, pp. 164, 165.

²⁰ GOMES, Mário Manuel Vargues, Crimes contra o Património em Geral, Notas ao Código Penal, O Crime de Infidelidade, p. 75.

²¹ DUARTE, Jorge Dias, ob. cit., pp. 80, 81.

²² Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 368. DUARTE, Jorge Dias, ob. cit., p. 81. Em sentido diverso, defendendo a exclusão do dolo eventual e do dolo necessário, a Comissão Revisora do CP de 1966 (Actas, ob. cit., p. 164); BARREIROS, José António “Infidelidade” in Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 213. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 699; LEAL-HENRIQUES/SIMAS SANTOS, “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” in Código Penal: referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 595.

Ou seja, fica afastada a situação em que o agente se limita a negligenciar os seus deveres e daí resulta um dano. É necessária a negligência grave na violação desses deveres (“intensa, importante, significativa”²³) e com intenção de causar danos aos interesses confiados.

Estamos assim perante uma exigência subjectiva que acresce à intenção do agente de originar um prejuízo patrimonial²⁴.

1.7. O prejuízo patrimonial importante

O crime de infidelidade é um crime de dano consubstanciado num prejuízo patrimonial importante. Não havendo um prejuízo importante, não haverá sequer crime. A primeira questão com que nos deparamos desde logo é o que é que devemos entender por prejuízo patrimonial importante visto que o legislador não definiu tal conceito.

Existem autores que defendem que tal conceito seja equiparado ao critério objectivo do valor elevado ínsito no artigo 202.º, alínea a), do Código Penal, o mesmo do crime de dano, considerando-se como prejuízo patrimonial importante aquele que exceda as 50 unidades de conta (5.100,00 €)²⁵.

Outros autores destacam que o prejuízo patrimonial importante deve ser aferido pelo saldo contabilístico da actuação do agente. Se a conduta típica provocar um ganho igual ou superior ao dano produzido não há prejuízo. O prejuízo terá que traduzir-se numa diminuição do activo/ aumento do passivo ou não aumento do activo/não diminuição do passivo tendo-se sempre por referência o critério do “valor elevado” definido no artigo 202.º, alínea a), do Código Penal²⁶.

Todavia, como nota Jorge Dias Duarte²⁷, o legislador não adoptou expressamente tal critério, devendo por conseguinte aferir-se, caso a caso, do preenchimento de tal conceito, avaliando-se se no caso concreto a conduta do agente produziu o resultado necessário ao preenchimento do ilícito.

Autores como Taipa de Carvalho vão mais longe, acrescentando elementos subjectivos, como a situação económica em que a vítima fica. Deste modo, deverá atender-se“(…) a um duplo critério: objectivo e subjectivo, isto é, deve atender-se à gravidade do prejuízo em termos absolutos, mas também à situação económica em que a vítima ficou colocada. Se a vítima fica em situação económica difícil, o prejuízo deve ser considerado importante, mesmo que em termos absolutos ou quantitativos, não seja elevado...); mesmo que a vítima não fique em situação económica difícil, o prejuízo deve considerar-se importante, sempre que o valor seja

²³LEAL -HENRIQUES/SIMAS SANTOS – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” in Código Penal: referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 595.

²⁴BARREIROS, José António, “Infidelidade” in Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 212.

²⁵Defendendo apenas a utilização do critério objectivo, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 699.

²⁶GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M. Castelo, Código Penal Parte Geral e Especial, com notas e comentários, 2015, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, Anotação ao artigo 224.º, p. 997.

²⁷DUARTE, Jorge Dias, ob. cit., pp. 82, 83.

considerado elevado, isto é, seja superior a 50 unidades de conta (artigo 202.º, alínea a), do Código Penal”²⁸.

1.8. A Punibilidade da tentativa

O crime consuma-se com a verificação do prejuízo patrimonial importante. Todavia, o artigo 224.º, n.º 2 do Código Penal estabelece a punibilidade da tentativa. Deste modo, será punível a conduta adequada a produzir o efectivo prejuízo patrimonial importante, mas se a não ocorrência do prejuízo for consequência da desistência do agente ou ele tenha diligenciado no sentido de evitar tal ocorrência, tal desistência será relevante nos termos do artigo 24.º do Código Penal²⁹.

A punibilidade da tentativa neste tipo de crime constitui-se como uma das excepções previstas no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal, onde se estabelece como regra que a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão.

Todavia, é de notar que ao estabelecer-se a punibilidade da tentativa, alarga-se o âmbito do tipo, contrariando a intenção expressa do legislador de o restringir e delimitar de modo a afastar o perigo de, ante a previsão de uma sanção penal, as pessoas se furtarem a ocupar cargos de ocupação voluntária³⁰.

1.9. A Comparticipação

Trata-se de um crime específico próprio, dado que somente pessoas que reúnam em si determinadas qualidades são passíveis de chamamento à responsabilidade criminal. Neste tipo de crime, que tem subjacente uma ideia ética de confiança³¹, é fundamental que o agente seja detentor da qualidade de administrador dos interesses patrimoniais confiados.

Pode problematizar-se a comunicabilidade dos poderes-deveres do administrador aos participantes que os não detenham, nos termos do artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal, porém, atendendo à forma restrictiva como se encontra estruturado o tipo de ilícito, parece que terá sido intenção do legislador excluir a punibilidade do participante não administrador, verificando-se a excepção consagrada na segunda parte do artigo 28.º, n.º 1, do CP, ou seja, neste ilícito criminal a qualidade ou relação especial do agente não é comunicável aos participantes que não tenham a qualidade de administrador³².

²⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 367.

²⁹ CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 370.

³⁰ GOMES, Mário Manuel Varges, ob. cit., p. 80. e CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 370.

³¹ Cf. Actas, ob. cit., pp. 164, 165.

³² No mesmo sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., pp. 364, 365. Em sentido diverso, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 700.

1.10. A possibilidade de atenuação especial da pena

O n.º 4 do artigo 224.º do Código Penal manda aplicar o n.ºs 2 e 3 do artigo 206.º do mesmo Diploma, o que significa que a restituição, ou a reparação integral do prejuízo causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, importa a atenuação especial da pena, ou essa possibilidade se a restituição ou a reparação forem parciais.

A restituição/reparação, deve ser feita por iniciativa do agente do crime, pois só assim será possível alcançar o efeito ressocializador que fundamenta a atenuação especial da pena, assente em razões de ordem preventiva ligadas à necessidade de pena³³.

No caso de restituição ou reparação integral a atenuação especial da pena é obrigatória, nos termos previstos no artigo 206.º, n.º 2, do Código Penal e com as consequências estabelecidas no artigo 73.º do mesmo diploma.

Se a restituição ou a reparação do prejuízo forem parciais, a atenuação especial da pena assume carácter facultativo, cabendo ao julgador avaliar se aquele acto, ainda que não integralmente reparatório, ocorreu em circunstâncias tais que, considerada a imagem global do facto, diminuem por forma acentuada a sua ilicitude, a culpa do agente ou a necessidade da pena, procedendo, assim, a uma ponderação à luz das razões atenuativas previstas no artigo 72.º, n.º 2, do Código Penal.

1.11. Distinção entre o crime de infidelidade e figuras afins

De modo a delimitar a função do ilícito da infidelidade no ordenamento jurídico-penal português é importante destacar-se o que o distingue dos tipos legais que com ele partilham elementos típicos e que por esse motivo mais facilmente se poderiam confundir com ele.

Vejamos, desde logo, o que o diferencia do crime de burla (p. e p pelo artigo 217.º, n.º 1, do Código Penal). Embora ambos os crimes tutelem o mesmo bem jurídico, ou seja, o património, a burla é um crime comum que pode ser cometido por qualquer pessoa enquanto o crime de infidelidade, como vimos, é um crime específico próprio que apenas pode ser cometido por aquele a quem foi conferido, por lei ou acto jurídico, o poder/dever de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios.

Por outro lado, a burla é um crime de execução vinculada, que pressupõe o recurso a meios enganosos, sendo a astúcia o elemento mais relevante. Ora, no crime de infidelidade, o desvalor específico da acção/omissão do agente reside na provocação de um dano em património colocado à disposição do agente, todavia, é de execução livre o modo como pode ser causado tal prejuízo patrimonial.

³³Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp.116, 120 (anotação ao artigo 206.º).

Acresce que tais prejuízos incidem sobre interesses patrimoniais alheios confiados licitamente ao agente (por lei ou acto jurídico). Ora, no crime de burla o empobrecimento da vítima resulta de um erro ou engano astuciosamente provocados por aquele.

Por fim, na infidelidade, ao contrário do que impõe o crime de burla, não se exige intenção de enriquecimento ilegítimo, apenas intenção de causar prejuízo patrimonial importante a outrem³⁴.

Por outro lado, a distinção entre a infidelidade e o crime de abuso de confiança (p. e p. pelo artigo 205.º, n.º 1, do Código Penal) alcança-se, desde logo, da respectiva inserção sistemática: o crime de infidelidade insere-se no Capítulo III – Dos Crimes Contra o Património em Geral, o crime de abuso de confiança insere-se no Capítulo II – Dos Crimes Contra a Propriedade, ambos do Título II do Livro II do CP.

Deste modo, é distinto o bem jurídico protegido por aqueles ilícitos criminais: o abuso de confiança é um crime contra a propriedade que pressupõe actos de apropriação de coisa alheia. No crime de Infidelidade, o bem jurídico protegido é o património (que abrange, para além da propriedade, outros direitos com valor ou expressão económica).

No crime de infidelidade, a conduta do agente tem por objecto interesses patrimoniais alheios (incluindo coisas móveis, imóveis, direitos de crédito e expectativas juridicamente fundadas), enquanto a lesão da propriedade, no ilícito de abuso de confiança, requer a disposição de coisas móveis³⁵.

Acresce que na infidelidade o agente não actua com intenção de apropriação, mas com a intenção de causar um prejuízo patrimonial importante^{36/37}.

Assim, para Taipa de Carvalho, verificar-se-á uma relação de subsidiariedade entre o crime de infidelidade e o crime de burla ou abuso de confiança, sendo o agente punível por um destes últimos crimes conforme actue com *animus lucrandi ou apropiandi*, respectivamente (recordando-se, mais uma vez, que a infidelidade se consuma com o *dolus nocendi*³⁸).

Parece-nos mais rigorosa a posição de Damião da Cunha que sustenta a existência de uma relação de mútua exclusão entre os dois crimes, considerando que “*quem tem o encargo de dispor de uma coisa não pode cometer o crime de abuso de confiança (...) porque a*

³⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de ob. cit., p. 681. e Barreiros, José António – “Burla” in *Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 174.

³⁵ Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 366. e Albuquerque, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 698.

³⁶ CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., pp. 362, 363; BARREIROS, José António, ob. cit., pp. 210-211; BELEZA, Teresa Pizarro – “Os crimes contra a propriedade no Código Penal de 1982 (Sumários Desenvolvidos)”, in *Colectânea de textos de parte especial do direito penal / Augusto Silva Dias... [et al.]*, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 146; GOMES, Mário Manuel Vargas, ob. cit., p. 77.

³⁷ TAIPA DE CARVALHO entende que existe uma relação de subsidiariedade entre a infidelidade e o abuso de confiança, considerando que preenchendo-se a factualidade típica de ambos os crimes (apropriação de coisa alheia e prejuízo patrimonial importante, o agente será punível somente por um deles - Cf. CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 371.

³⁸ CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 371.

*entrega/recebimento pressuposta no abuso de confiança supõe a “ausência” da capacidade de dispor, ou ao menos a impossibilidade de dispor livremente da coisa*³⁹.

Por fim, cumpre atentar no crime de administração danosa p. e p. pelo artigo 235.º, n.º 1, do Código Penal.

Estamos perante *um tipo qualificado do crime de infidelidade*⁴⁰, punível com pena mais grave (pena de prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias), tendo em conta desde logo o carácter público ou cooperativo dos valores patrimoniais atingidos. Ou seja, a principal diferença entre os tipos legais decorre da especial natureza dos interesses públicos com que se lida na administração danosa.

Com efeito, o crime de administração danosa tem como objecto de acção específico uma «unidade económica do sector público ou cooperativo», visando responsabilizar penalmente as pessoas que *“através de uma execução vinculada (infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional), provoquem um dano de um certo tipo a uma unidade económica pública ou cooperativa”*⁴¹.

As condutas previstas no crime de administração danosa seriam enquadráveis quase na sua totalidade no artigo 224.º. Pelo que a verificar-se, no caso concreto, a factualidade típica do crime de administração danosa (artigo 235.º, n.º 1, do CP) e do crime de infidelidade (artigo 224.º do CP), estamos perante um concurso aparente (especialidade), aplicando-se a pena prevista no artigo 235.º, n.º 1, do Código Penal⁴².

Caso esteja em falta algum dos elementos para a qualificação de uma determinada conduta como típica do crime de administração danosa, é comum cair-se na previsão do crime de infidelidade⁴³.

Outro traço distintivo que importa salientar entre o crime de administração danosa e o crime de infidelidade refere-se ao resultado típico daquele crime. Com efeito, a conduta do agente do crime de administração danosa tem de causar um “dano patrimonial importante”.

O “dano” previsto no artigo 235.º do CP, tal como o “prejuízo” previsto no artigo 224.º do CP, pode consistir na diminuição do activo patrimonial ou no aumento do passivo patrimonial, como na ausência de um acréscimo patrimonial⁴⁴.

³⁹DAMIÃO DA CUNHA, J.M.; “Direito Penal Patrimonial: sistema e estrutura fundamental”, Universidade Católica, 2017, P.233. No mesmo sentido, PINTO DE ALBUQUERQUE, sustentando a existência de uma “relação de mútua exclusão” entre estes dois tipos legais de crimes, tendo em conta a intenção (ou a falta dela) de apropriação-ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 648.

⁴⁰No mesmo sentido, COSTA ANDRADE, Manuel da – “Anotação ao artigo 235.º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 540, 556 e 557.

⁴¹(LEITE, André Lamas, Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa, in <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/104434/2/92515.pdf>, pp.50, 51).

⁴²Neste sentido, CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 371. e Albuquerque, Paulo Pinto de, ob. cit., p. 700.

⁴³No mesmo sentido, COSTA ANDRADE, “Anotação ao artigo 235.º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 540.

⁴⁴Em sentido análogo, CARVALHO, Américo Taipa de, ob. cit., p. 366.

Todavia, para Costa Andrade, o dano a que se reporta o artigo 235.º é aquele que «(...) pelo seu impacto concreto (...) possa pôr em causa a subsistência, o funcionamento e o desempenho das tarefas comunitárias cometidas à unidade económica»⁴⁵.

Assim, e tendo sempre presente que no crime de administração danosa estão em causa unidades económicas do sector público ou cooperativo, podem existir actos de gestão que, segundo um critério contabilístico, não causam uma diminuição do património da unidade, mas em que se deve entender que provocam um dano patrimonial relevante, pois comprometem a subsistência e a finalidade da empresa pública ou cooperativa⁴⁶.

2. Prática e gestão do Inquérito

2.1. A questão da legitimidade para o procedimento

O crime de infidelidade é um crime semi-público, o que significa que o procedimento criminal por este crime está dependente de queixa (n.º 3 do artigo 224.º do CP), excepto nas situações previstas no artigo 207.º n.º 1 alínea a) *ex vi* artigo 224.º n.º 4 do CP, casos em que se verifica uma relação especial do agente com o titular dos interesses patrimoniais (*o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2.º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges*), em que reveste a natureza de crime particular.

Dispõe o artigo 113.º n.º 1 do Código Penal que “Quando o procedimento criminal depender de queixa, tem legitimidade para apresentá-la, salvo disposição em contrário, o ofendido, considerando-se como tal o titular dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação”.

A Jurisprudência tem adoptado um conceito restrito de ofendido, só se entendendo como tal, aquele que é titular do interesse “directa”, “imediata” ou “predominantemente” protegido pela incriminação.

Tal entendimento tem repercussões na perseguibilidade penal deste tipo de crime na hipótese de estar em causa uma sociedade.

⁴⁵COSTA ANDRADE, “Anotação ao artigo 235.º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 550/551.

⁴⁶“Até podemos estar perante um dano economicamente pouco significativo mas que, p. ex., tenha afectado de tal forma a imagem exterior da empresa que provoque uma debandada de clientes/consumidores para outras empresas, em especial em sectores concorrenciais. P. ex., uma decisão de deixar de apoiar financeiramente um projecto social muito querido da população, até para evitar despesas, importa uma quebra da hoje propalada «responsabilidade social das empresas» (21). Ora, as *leges artis* de uma «gestão racional» nos tempos atuais comportam, por certo, este nível de responsabilidade, de tal modo que o afastamento do consumo de bens ou da utilização de serviços dessas unidades económicas detidas pelo Estado se teria ficado a dever, do prisma da «teoria da adequação», a essa decisão que, no imediato, até se traduzira em uma poupança de despesas”.⁴⁶ (LEITE, André Lamas, *Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa*, in <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/104434/2/92515.pdf>, p.54/55.

Com efeito, entendendo-se que o artigo 224.º protege o património da sociedade e não o dos seus sócios, o ofendido será sempre a sociedade e não os seus sócios, carecendo estes últimos de legitimidade para apresentarem queixa e para se constituírem assistentes quando não exerçam funções de gerência (cfr. artigo 68.º n.º 1 alínea a) do Código de Processo Penal).

De facto, a Jurisprudência dominante vem considerando que só os titulares do órgão colectivo “administração” ou “gerência” têm capacidade para se constituir como assistentes⁴⁷.

Frequentemente surgem assim acórdãos que negam provimento ao recurso interposto por um dos sócios, considerando que estes se encontram impedidos de se constituir como assistentes em Processo Penal, por não poderem ser considerados “ofendidos” nos termos do artigo 68.º, n.º 1, al. a), do C.P.P., ficando assim impedidos de, por exemplo, requerer a abertura de instrução, nos termos do artigo 287.º, n.º 1, al. b), do C.P.P. e pôr em causa o arquivamento do Inquérito decidido pelo Ministério Público.

Gera-se, desse modo, o efeito pernicioso de, sendo o administrador o autor dos factos danosos, não se reconhecer como legítimos titulares dos interesses protegidos pela norma os detentores do capital que não exerçam funções de administração ou gerência, abrindo assim caminho à impunidade e a uma grande restrição do âmbito de aplicabilidade deste tipo de crime relativamente a titulares de órgãos de Direcção ou Administração.

Na verdade, tendemos a concordar com a jurisprudência dominante no tocante à legitimidade para o exercício do direito de queixa e constituição como assistente no tocante ao crime de infidelidade, uma vez que a norma não visa tutelar os interesses dos sócios e estes têm ao seu dispor os mecanismos previstos no direito societário, designadamente, as faculdades previstas no artigo 77.º e ss. do CSC.

Todavia, não pode deixar de se assinalar que a tutela do património da sociedade não pode deixar de ficar salvaguardada nos casos em que a titularidade do direito de queixa caiba apenas ao agente do crime e os outros sócios, por inércia ou desconhecimento, não lancem mão dos instrumentos que lhes faculta o direito societário.

A mesma situação de desprotecção pode gerar-se relativamente a pessoas colectivas sem fins comerciais, como uma associação ou fundação.

⁴⁷ Neste sentido, veja-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25/11/2015, Processo n.º 851/12.3TASXL.L1-3, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/91535063a339812d80257f7100506faf?OpenDocument>; e de 22/09/2005, Processo 7063/2005-9, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/cc24004e90176b5080257108003ba217?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/06/2014, Processo n.º 1290/11.9T3AVR.C1, in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/093f32c98bc6a01180257cf600338bc3?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 02/07/2013, Processo 139/10.4JAFAR.E1, in <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/15a98f6894802b8880257de10056fc24?OpenDocument>; Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02/03/2011, Processo 1438/05.2TAVFR-A.P1, in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0467dfb420aef66802578550035b3e6?OpenDocument>.

Verificado um tal circunstancialismo, pode, a nosso ver, o magistrado do Ministério Público que adquira por qualquer modo a notícia do crime (cfr. artigo 241.º do C.P.P.), lançar mão do disposto no artigo 113.º, n.º 5, do C.P., de modo a evitar a impunidade do administrador nos casos em que apenas eles possuam a legitimidade para exercer o direito de queixa.

Com efeito, o artigo 113.º, n.º 5, do Código Penal, desde a redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, confere legitimidade ao Ministério Público para dar início ao procedimento no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse do ofendido o aconselhar e (...) *O direito de queixa não puder ser exercido porque a sua titularidade caberia apenas ao agente do crime* (alínea b).

O referido normativo legal confere ao Ministério Público legitimidade oficiosa para o exercício da acção penal, faculdade que não deverá deixar de ser utilizada quando o interesse do ofendido o aconselhe e desde que a legitimidade para o exercício do direito de queixa esteja, efectivamente, na disponibilidade exclusiva do agente do crime.

Tal não sucederá, por exemplo, quando a Direcção/gerência/administração da pessoa colectiva em causa se obrigar pela assinatura conjunta de outros membros, que não apenas o agente do crime. Em tal caso, caberá àqueles actuar no sentido de apresentar queixa-crime pelos factos, detendo nesse caso legitimidade exclusiva para o efeito, uma vez que dispõem de poderes para vincular a sociedade/associação/fundação.

A utilização da faculdade prevista no artigo 113.º, n.º 5, do CP deverá ser avaliada casuisticamente, mediante a recolha e análise de elementos como a certidão do registo comercial, pacto social, actas de deliberações, que permitirão aferir da titularidade dos poderes de representação/vinculação da pessoa colectiva em causa e consequentemente da possibilidade de o Ministério Público usar da sua legitimidade oficiosa para exercer a acção penal.

2.2. O Inquérito – Soluções de consenso e oportunidade

O Ministério Público é o titular da acção penal, segundo um poder-dever que resulta directamente da Constituição da República (artigo 219.º, n.º 1, da CRP) e é reafirmado no artigo 1.º do seu Estatuto⁴⁸.

Por sua vez, dispõe o artigo 262.º, n.º 1, do Código de Processo Penal: “O inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação”.

⁴⁸Lei n.º 47/86, de 15/10, com as seguintes e sucessivas modificações: Lei 2/90, de 20/01; Lei 23/92, de 20/08; Lei 10/94, de 05/05, e Lei 60/98, de 27/08.

A direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal – artigo 263.º, n.º 1, do Código de Processo Penal e artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da Lei de Organização da Investigação Criminal.

O exercício de tal Poder-dever é orientado pelos princípios da oficialidade e da legalidade, ambos temperados pelo que o direito penal e processual penal determinam quanto aos crimes cujo procedimento criminal depende de queixa ou acusação particular (cf. os artigos 48.º a 50.º, CPP), e ainda, pelo que, a propósito de crimes de pequena e média gravidade se encontra estabelecido em matéria de suspensão provisória do processo (artigos 281.º e 282.º do C.P.P.) e processo sumaríssimo (392.º e ss do C.P.P.), procedimentos estes onde vai implicado, também, um juízo de consensualização e oportunidade⁴⁹.

A aplicação de tais institutos, desde que verificados determinados pressupostos fixados naquelas disposições legais, permitirá diminuir o tempo de resposta da justiça aos casos concretos, pela redução de diligências e poupança de recursos humanos, mas sem esquecer o objectivo principal que é a boa administração da Justiça⁵⁰.

Assim, tendo em conta que a moldura penal do crime de infidelidade (punível com pena de prisão até 3 anos nos termos do artigo 224.º, n.º 1, do Código Penal) admite o recurso a tais institutos de consensualização, será de toda a conveniência que o Ministério Público, logo no primeiro contacto com o processo faça uma avaliação da situação, ponderando desde logo da possibilidade legal de evitar o longo procedimento inerente a um processo comum e aferir da verificação dos pressupostos de aplicação de algum daqueles institutos mais expeditos, diligenciando em conformidade.

Consequentemente, entre as diligências iniciais a levar a cabo no inquérito, refiram-se a consulta do Registo Criminal e da Base de Dados da Suspensão Provisória do Processo, a fim de verificar se o agente tem condenação anterior ou se lhe foi aplicada suspensão provisória por crime da mesma natureza.

Igualmente, deverá o Ministério Público transmitir orientações aos órgãos de polícia criminal no sentido de as diligências de investigação e recolha da prova incidirem não só sobre a

⁴⁹ Como assinala ALBUQUERQUE José P. Ribeiro, em “Consenso, Aceleração e Simplificação como Instrumentos de Gestão Processual”, disponível em http://www.pqdlisboa.pt/novidades/files/gestao_inquerito_albuquerque.pdf, pág.6 “A simplificação e aceleração da justiça dá a imagem de um Estado fiável, mais eficaz, com a sua autoridade recuperada e respeitada. A simplificação é uma componente da modernização do Estado, que participa da exigência de qualidade do serviço público, exigida tanto do exterior da justiça, como dos seus profissionais, magistrados e advogados. No processo penal, adapta-se a justiça ao imperativo de uma maior eficácia, uma eficácia que permite responder com rapidez, competência e respeito pelos direitos de defesa, abrindo-se uma nova fase que adapte a via do processo penal escolhida à natureza dos factos praticados e à personalidade do autor. Ganha-se ainda com o facto de as decisões penais poderem ser efectivamente cumpridas e executadas. Dá-se força à decisão judiciária penal e personalizam-se as modalidades de execução das sanções. Impõe-se sobretudo evitar a desconfiança dos cidadãos na justiça. Para aproximar a justiça aos cidadãos é necessário inovar e associá-los aos trabalhos da justiça. Simplificar e acelerar a justiça é reformá-la!”.

⁵⁰ Cfr. Directiva 1/14, de 15-01-2014, relativa à Suspensão Provisória do Processo, actualizada pela Directiva 1/2015, relativas à suspensão provisória do processo, in <http://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas> e Directiva 1/2016 da PGR, relativa ao processo sumaríssimo, disponível em https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/diretiva_sumarissimo_notas_complementares_1_2016.pdf.

existência de crime, a determinação dos seus agentes e respectiva responsabilidade, mas também sobre as motivações e consequências do crime, valor dos prejuízos provocados, situação socioeconómica dos arguidos e pretensões de ressarcimento patrimonial e ou moral das vítimas – *Directiva 1/2014, de 15/01, da Procuradoria-Geral da República*.

Em sede de injunções aplicáveis ao arguido, e face ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, afigura-se adequado o condicionamento da suspensão à fixação de uma indemnização ao lesado no seu património, nos termos do artigo 281.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal.

Inviabilizado o recurso a tal instituto, será ainda de ponderar a formulação de requerimento de aplicação de pena em processo sumaríssimo, sendo que em tal caso deve ser recolhida na investigação toda a prova e informação disponíveis respeitantes não só aos factos constitutivos do crime, mas também à escolha e determinação da medida da pena a aplicar eventualmente ao arguido e ainda ao apuramento da sua responsabilidade civil – *Directiva 1/2016, de 15/02, da Procuradoria-Geral da República*.

Mostrando-se inviáveis tais modos de encerramento de inquérito, a acusação deverá, em princípio, ser deduzida em processo comum dado que, previsivelmente, neste tipo de crime, a prova não será simples nem evidente e exigirá a recolha de abundante documentação, bem como múltiplas diligências de inquérito que dificilmente serão compatíveis com as formas de processo sumário ou abreviado.

É sobre o tipo e âmbito de investigação exigidos por este tipo de crime que nos debruçaremos de seguida.

2.3. Da delegação de competências

Conforme resulta do artigo 7.º, n.º 2, a *contrario*, da Lei de Organização da Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto, com a redacção que lhe foi conferida pela Lei n.º 57/2015, de 23/06, o crime de infidelidade não é um crime cuja investigação esteja integrada na competência reservada da Polícia Judiciária, podendo ser investigado pelos restantes órgãos de polícia criminal, designadamente, a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública.

Será assim possível a delegação de competências em tais órgãos de polícia criminal pelo Ministério Público nos termos do disposto no artigo 270.º do Código de Processo Penal.

Todavia, excepto para a prática de específicos actos de investigação ou de inquérito, tal delegação não se afigura aconselhável, atenta a preparação técnica e os conhecimentos especializados que serão, na maior parte dos casos, reclamados pela investigação deste tipo de

crime, devendo ser o magistrado a definir as concretas diligências de investigação a levar a cabo, ou participando directamente na sua realização⁵¹.

A Procuradoria-Geral da República não deixou já de ponderar a utilidade de deferimento da competência para investigação deste tipo de crime na Polícia Judiciária, verificados determinados pressupostos no caso concreto.

Com efeito, no documento emitido pela PGR em 21.07.2011 intitulado “*Crimes de abuso de confiança e de infidelidade - algumas regras sobre boas práticas investigatórias*”⁵² pode ler-se que: “*concluindo pela desnecessidade de, pelo menos, por ora, ser emitida ordem/directiva/circular sobre a matéria, com vista à adopção de regras uniformizadoras (...) no que concerne a boas práticas procedimentais(...)foi no entanto, considerado de todo o interesse que fosse elaborado um documento(...)contendo as regras sobre boas práticas investigatórias nos crimes de abuso de confiança e de infidelidade, e do mesmo fosse dado conhecimento aos Exmos Senhores Procuradores –Gerais Distritais, para que, no âmbito das competências estabelecidas nos artigos 56.º, alínea b) e 58.º, nº 1, alínea a), do Estatuto do Ministério Público, e caso assim for entendido seja transmitido aos magistrados do Ministério Público em exercício de funções nas áreas dos respectivos distritos judiciais*”.

Decorre de tal “memorando” que deverá ser ponderado, caso a caso, o accionamento dos mecanismos de deferimento da competência investigatória na Polícia Judiciária, nos termos do artigo 8.º n.ºs 3 e 6, da Lei de Organização da Investigação Criminal apenas em casos mais complexos, que reclamem a realização de perícias financeiro-contabilísticas e os valores dos prejuízos estimados consideravelmente elevados, em comarcas onde não haja órgãos de polícia criminal com o adestramento necessário para a realização de investigações desta natureza.

Não se verificando tais pressupostos, tal recurso deve ser evitado, devendo o magistrado titular do processo socorrer-se da coadjuvação do Núcleo de Assessoria Técnica (NAT)⁵³ para a realização das perícias financeiro-contabilísticas que no caso se afigurarem necessárias.

2.4. Dos actos de investigação

No Direito Processual Penal português vigora um princípio de livre admissibilidade de todos os meios de prova que não forem proibidos por lei – artigo 125.º do Código de Processo Penal.

⁵¹ Cfr. Ponto I-2 da Circular n.º 6/2002 da Procuradoria-Geral da República em https://simp.pgr.pt/circulares/cir_ficha.php?nid_circular=160&nid_especie_selected=1&lista_resultados=160&stringbusca=#topo.

⁵² Consultado em https://simp.pgr.pt/circulares/mount/anexos/1314897187_oficio_n.16172-2011_-_pgr.pdf.

⁵³ Criado e regulado pela [Lei n.º 1/97, 16.01](#), o NAT goza de autonomia técnico-científica. É dirigido por um coordenador nomeado pelo [Procurador-Geral da República](#) (artigo 2.º, n.º 5, Lei n.º 1/97, 16.01). É constituído por 10 especialistas com formação científica e experiência profissional adequada às suas competências (artigo 2.º/1, Lei n.º 1/97, 16.01; [Portaria nº607/99, 09.08](#)). É apoiado técnica e administrativamente por funcionários de justiça ou por elementos pertencentes aos quadros de órgãos de polícia criminal (artigo [25.º, DL333/99, 20.08](#)), in <http://www.ministeriopublico.pt/pagina/nucleo-de-assessoria-tecnica>.

O Código de Processo Penal prevê, expressamente, como meios de prova, a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, a prova por acareação, a prova por reconhecimento, a prova por reconstituição do facto, a prova pericial e a prova documental – artigos 128.º, e seguintes.

Como meios de obtenção de prova, o nosso direito processual prevê, expressamente, os exames, as revistas, as buscas, as apreensões e as escutas telefónicas – artigos 171.º e seguintes do Código de Processo Penal.

A investigação do crime de infidelidade irá necessariamente incidir sobre a averiguação/concretização de comportamentos causadores de prejuízo patrimonial no património do ofendido; aferição do montante em que tal prejuízo se consubstanciou (tem que ser sempre importante), sua conexão adequada com a intenção do agente em causar tal prejuízo e com a violação dos deveres confiados aos administradores/autores.

A recolha de prova integradora dos elementos do tipo afigura-se tarefa complicada, face às suas exigências e tendo ainda em conta que o “prejuízo patrimonial importante” é um conceito indeterminado.

As condutas a apurar poderão ser de natureza diversificada. A título de exemplo, poderão traduzir-se em: negócios jurídicos celebrados (compra/venda) que importam diminuição do activo ou aumento do passivo mas também negócios que o administrador deixou de celebrar e que importam o não aumento do activo patrimonial ou a não diminuição do passivo; utilização em proveito próprio de materiais ou de pessoal de uma empresa; omissão de propositura de uma acção judicial ou de interposição de recurso; o facto de o agente não se opor ao pagamento de somas indevidas; perdão de dívidas ou omissão de cobrança das mesmas (deixando-se prescrever créditos por exemplo).

Tomando para análise o exemplo de uma compra ou venda efectuada, em primeiro lugar haverá que aferir se o negócio foi efectivamente concretizado e em que termos, pois esse acto pode nada ter que ver com a intenção de causar prejuízos ao património confiado.

Uma das diligências obrigatórias será a solicitação de certidão de escritura pública junto do cartório notarial a fim de aferir dos termos do negócio bem como, eventualmente, certidões de registo predial ou automóvel, consoante a natureza do bem transmitido.

A fim de apurar a motivação de tal conduta e de que modo a mesma se reflectiu no património da ofendida, há que analisar extractos bancários de ambas as contrapartes do negócio, a fim de se verificar se a ofendida recebeu qualquer contrapartida financeira por aquela operação e qual o montante.

Poderá assim haver necessidade de recolha de informação bancária (números e extractos de contas, fichas de clientes, fichas de assinaturas, etc...), as quais deverão ser solicitadas, pelo Ministério Público, ao abrigo do artigo 79.º, n.º 2, alínea e), do Regime Geral das Instituições

de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, na redacção dada pela [Lei n.º 109/2017, de 24/11](#)).

Para o tipo de investigação a levar a cabo perante este tipo de condutas, poderá ser ponderada a realização de buscas e apreensões, designadamente na sede da sociedade ou fundação administrada (174.º e 178.º do CPP); ou no domicílio do agente fiduciário (havendo que observar o disposto no artigo 177.º do C.P.P.), sendo que a documentação obtida por essa via poderá ditar o curso da investigação e determinar as diligências de investigação subsequentes.

Tendo em vista reunir o máximo de informação, com o mínimo dispêndio de tempo e de recursos humanos e materiais, o Ministério Público deve requisitar directamente, através do sistema TMenu elementos documentais aos registos públicos (Conservatórias de Registo Comercial, Predial, Civil e Automóvel), evitando ofícios e diligências desnecessárias.

Quanto à demais informação relevante insusceptível de obtenção com recurso a tal ferramenta, ao abrigo do dever de todas as entidades públicas privadas colaborarem com a administração da justiça, deverá solicitar-se, aos serviços da Segurança Social e à Autoridade Tributária e Aduaneira informação sobre o património administrado, designadamente, tratando-se de uma sociedade, declarações periódicas de rendimentos, declarações anuais de informação contabilística e fiscal, para avaliação da evolução da situação da mesma e recolha de elementos tradutores de uma diminuição do activo patrimonial da sociedade, do aumento do seu passivo patrimonial ou do não aumento do activo ou não diminuição do passivo.

Deverão ainda instruir os autos, os registos contabilísticos em poder do técnico ou revisor oficial de contas e os documentos de prestação de contas entregues nas Conservatórias do Registo Comercial (tratando-se de sociedades comerciais).

Na investigação deste tipo de crime, assume especial importância o conhecimento em matérias de contabilidade e economia que pela elevada complexidade técnica, poderão não ser dominadas por uma grande parte dos Magistrados do Ministério Público pelo que para a análise da documentação carreada para os autos poderá solicitar-se-á a colaboração do Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) da Procuradoria- Geral da República.

Com efeito, nos termos do artigo 49.º, n.º 1 do Estatuto do Ministério Público, compete ao Núcleo de Assessoria Técnica/NAT assegurar assessoria e consultadoria técnica à Procuradoria-Geral da República e ao Ministério Público em matéria económica, financeira, bancária, contabilística e de mercado de valores mobiliários.

A prova pericial à escrituração da ofendida poderá afigurar-se imprescindível em casos de particular complexidade e caso existam indícios de descapitalização, de vendas a preços reduzidos; de assunção de dívidas avultadas, de créditos incobráveis ou de cobrança duvidosa; de alienação de bens por montantes inferiores aos valores de mercado.

O despacho que determinar a realização de perícia deverá respeitar o disposto no artigo 154.º, do Código de Processo Penal, indicando o objecto da perícia e os quesitos a que os peritos deverão responder, remetendo-se toda a informação e documentação relevantes.

A prova testemunhal é, como em quase todos, essencial na investigação deste crime e é recomendável que todas as inquirições sejam presididas por magistrado do Ministério Público, atendendo à especificidade da matéria sobre que se pretende recolher elementos probatórios.

Uma inquirição essencial será a do técnico oficial de contas da sociedade que poderá esclarecer vários aspectos contabilísticos, evitando o recurso a perícias, muitas vezes desnecessárias.

Deverão ser inquiridos outros colaboradores/trabalhadores, com intervenção na área contabilística, administrativa e financeira, bem como as pessoas com quem o agente fiduciário possa ter celebrado actos/negócios jurídicos prejudiciais ao património administrado a fim de indagar dos termos, contrapartidas, prejuízos que dos mesmos possam ter resultado e de se identificar mais testemunhas ou recolher outros elementos probatórios.

O interrogatório do arguido (administrador/gerente; cabeça-de-casal; tutor) deve ser realizado já numa fase mais avançada do inquérito devendo ser preferencialmente presidido pelo magistrado do Ministério Público pois este é quem melhor sabe qual os elementos que necessita colher tendo em vista as finalidades previstas no artigo 262.º, n.º 1 do Código Penal.

De sublinhar que a investigação do crime de infidelidade não permite o recurso ao regime especial de quebra de segredo, controlo de contas bancárias e registo de voz e imagem, previstos na Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, na redacção dada pela Lei n.º 30/2017, de 30/05 nem o recurso as acções encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 61/2015, de 24/06⁵⁴.

⁵⁴ Saliente-se ainda que, nos termos do disposto na Circular n.º 11/99, de 03 de Novembro, da Procuradoria-Geral da República, deve ser comunicada a instauração do inquérito ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal, mediante preenchimento e envio de uma ficha cujo modelo se encontra anexo à referida Circular quando se trate do crime de Infidelidade económico-financeira referido na mesma circular.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

Hiperligações

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 03/06/2014, Processo1290/11.9T3AVR.C1, in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/093f32c98bc6a01180257cf600338bc3?OpenDocument>;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15/12/2015:
<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/7bdf7b409274f6cb80257f250035dd06?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 02/07/2013, Processo 139/10.4JAFAR.E1, in <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/15a98f6894802b8880257de10056fc24?OpenDocument>;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de25/11/2015, Processo n.º 851/12.3TASXL.L1-3, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/91535063a339812d80257f7100506faf?OpenDocument>;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22/09/2005, Processo 7063/2005-9, in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/cc24004e90176b5080257108003ba217?OpenDocument>;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02/03/2011, Processo 1438/05.2TAVFR-A.P1, in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/0467dfb420aef66802578550035b3e6?OpenDocument>

<http://www.ministeriopublico.pt/iframe/diretivas>

<http://www.ministeriopublico.pt/pagina/nucleo-de-assessoria-tecnica>

https://simp.pgr.pt/circulares/cir_ficha.php?nid_circular=160&nid_especie_selected=1&lista_resultados=160&stringbusca=#topo

https://simp.pgr.pt/circulares/mount/anexos/1314897187_oficio_n.16172-2011_-_pgr.pdf

https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/diretiva_sumarissimo_notas_complementares_1_2016.pdf

Referências bibliográficas

- Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, pp. 164-165.
- ALBUQUERQUE José P. Ribeiro, “Consenso, Aceleração e Simplificação como Instrumentos de Gestão Processual”, em:
http://www.pgdlisboa.pt/novidades/files/gestao_inquerito_albuquerque.pdf, p.6.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” *in* Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 648,681, 698 a 700.
- BARREIROS, José António “Infidelidade” *in* Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, pp. 174, 210 a 213.
- BELEZA, Teresa Pizarro – “Os crimes contra a propriedade no Código Penal de 1982 (Sumários Desenvolvidos)”, *in* Colectânea de textos de parte especial do direito penal / Augusto Silva Dias... [et al.], Lisboa: AAFDL, 2008, p. 146.
- CARVALHO, Américo Taipa de – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” *in* Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 363 a 371.
- COSTA ANDRADE, “Anotação ao artigo 235.º do Código Penal” *in* Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 540.
- COSTA, José Faria, O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão de ilicitude, Coimbra, 1985, pp. 59 e ss.
- DAMIÃO DA CUNHA, J.M.; “Direito Penal Patrimonial: sistema e estrutura fundamental”, Universidade Católica, 2017, pp. 233, 238.
- DIAS, Jorge de Figueiredo (dir.), Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 116-120 (anotação ao artigo 206.º).
- DUARTE, Jorge Dias – “Crime de abuso de confiança e de infidelidade”, RMP, ano 20, n.º 79, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999, pp. 69-70, 82, 83.
- GARCIA, M. Miguez e RIO, J.M., Castela, Código Penal, Parte Geral e Especial, com notas e comentários, Coimbra, 2015, Almedina, 2.ª Edição, pp. 996, 997.

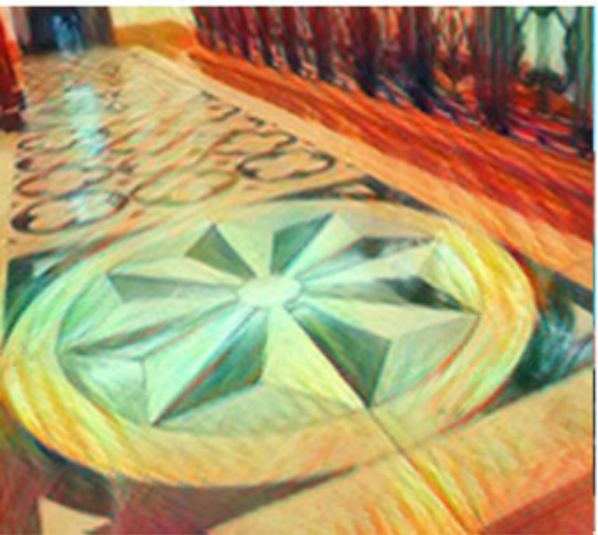
- GOMES, Mário Manuel Varges, Crimes contra o Património em Geral, Notas ao Código Penal, O Crime de Infidelidade, pp. 75, 77, 80.

- LEAL-HENRIQUES/ SIMAS SANTOS, “Anotação ao artigo 224º do Código Penal” in Código Penal: referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 595.

- LEITE, André Lamas, Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa, in <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/104434/2/92515.pdf>, pp. 50/51.

- ROCHA, Manuel António Lopes, Jornadas de Direito Criminal, O novo Código Penal Português e Legislação Complementar, A Parte Especial do novo Código Penal - Alguns Aspectos inovadores, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 380, 381.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



5.

Crime de infidelidade.

Enquadramento jurídico,
prática e gestão
processual

Rosa Maria de Melo

Matias

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. CRIME DE INFIDELIDADE. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Rosa Maria de Melo Matias

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. Enquadramento jurídico
 - 1.1. Actualidade da tutela penal
 - 1.2. O bem jurídico protegido
 - 1.3. O tipo objectivo de ilícito
 - 1.3.1. Sujeitos activo e passivo da infracção
 - 1.3.2. Poderes conferidos ao agente
 - 1.3.3. Prejuízo importante
 - 1.3.4. O elemento subjectivo
 - 1.4. Comparticipação
 - 1.5. Figuras criminais próximas
 - 1.5.1. Crime de abuso de confiança
 - 1.5.2. Crime de administração danosa
 - 1.5.3. Crime de corrupção no sector privado
 - 1.5.4. Crime de prevaricação de advogado ou solicitador
 - 1.6. Tentativa
 - 1.7. Prescrição
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. O inquérito – generalidades
 - 2.2. O inquérito – especificidades
 - 2.3. Procedimento criminal
 - 2.4. As diligências de inquérito
 - 2.5. O planeamento da investigação criminal
 - 2.6. O encerramento do inquérito
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

O crime de infidelidade encontra-se previsto no artigo 224.º, do Código Penal, estando inserido no Capítulo III – dos crimes contra o património em geral, do Título II, relativo aos crimes contra o património.

Centrando-se esta incriminação na violação de uma relação de confiança, seja esta resultante da lei (cabeça de casal, tutor, administrador judicial, etc.) ou de contrato ou nomeação (gestor, administrador, director, etc.), a sua abordagem revela-se especialmente pertinente no momento actual, pela premência de proteger o sector económico e financeiro, face a tomadas de decisão dos agentes a quem são confiadas funções de administração e gestão de património de terceiros, nomeadamente *top management*.

Sobretudo em contextos de crise económico-financeira, importa avaliar se o Direito Penal deve ser chamado a intervir em situações de desregulação do mercado, como instrumento de prevenção e de resolução de tais crises.

«A explicação da crise não ficará completa se ao modelo ruinoso de corporate governance, materializado nas estratégias de crédito generalizado à aquisição de imóveis e na criação/aquisição de activos tóxicos que titularizavam esse crédito e ao ambiente de desregulação económico-financeira em que tal modelo medrou, não acrescentarmos o fracasso do sistema de regulação vigente. As autoridades reguladoras americanas e europeias pautaram a sua actuação por um certo laissez faire, não actuando atempada e adequadamente junto das instituições financeiras e dos mercados, possibilitando que umas e outros operassem em “roda livre”, sobretudo efectuando os seus negócios sem o respaldo de ratios de capital adequados e credíveis.»¹

Hoje em dia, as empresas e as instituições bancárias lançam mão do *compliance* enquanto instituto de regulação e fiscalização dos que exercem poderes de direcção e de gestão. Como ensina Augusto Silva Dias, deve recusar-se uma orientação político-criminal que instrumentalize a intervenção penal ao reforço de políticas e estratégias de *compliance*.² O legislador não pretendeu, com o tipo legal de crime de infidelidade, embaraçar a capacidade decisória dos responsáveis do sector da economia nacional, antes visou uma responsabilização – pela tutela penal – daqueles cujas condutas intencionais provocam prejuízos.³

A actuação tipificada no crime de infidelidade implica uma violação da relação de confiança, depositada nos titulares do poder decisório económico e de administração, violação essa que intencionalmente é causadora de um prejuízo patrimonial importante. Tais comportamentos acarretam não só a responsabilidade civil, mas são ainda merecedores da tutela penal, atenta a violação da relação de confiança, que sustenta a segurança do tráfico jurídico-económico e face à importância do prejuízo causado.

Atenta a particularidade de inexistir neste crime patrimonial, uma intenção de apropriação por parte do agente, impõe uma preocupação distinta na perspectiva da investigação criminal, ou seja, na forma como o inquérito deve ser conduzido.

II. Objectivos

Com o presente trabalho pretende-se proporcionar a todos os destinatários, em especial aos Magistrados do Ministério Público, uma apreciação teórica e prática focada no crime de infidelidade.

Dada a economia do presente trabalho, não se pretende, propositadamente, uma abordagem dogmática da distinção entre o crime de infidelidade, enquanto crime contra o património em geral e os crimes contra a propriedade. Todavia, e face à proximidade com outros tipos legais, iremos abordar comparativamente os crimes de abuso de confiança, de administração danosa,

¹ SILVA DIAS, Augusto, in “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, Revista de Ciências Jurídico- Criminais, n.º 0, Julho-Dezembro de 2014, Almedina, p. 48.

² SILVA DIAS, Augusto, obra citada, p. 63.

³ Cfr. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal- Parte Especial, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, pág. 155.

de corrupção no sector privado e de prevaricação de advogado ou solicitador, visando uma melhor distinção entre as condutas tipificadas.

III. Resumo

O presente trabalho pode ser apreciado em duas vertentes: uma de pendor mais doutrinário e jurisprudencial e outra de índole mais prática.

Na primeira parte, procederemos a um enquadramento jurídico do tipo legal de crime em apreço, analisando questões como o bem jurídico tutelado, a conduta típica, o agente, e a proximidade com outros tipos legais.

Analizam-se possíveis condutas típicas elencadas no n.º 1 do artigo 224.º, do Código Penal.

Ainda em sede do Enquadramento Jurídico desenvolveremos o elemento subjectivo do tipo, na ponderação do conceito “intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem”, enquanto elemento específico que determinará a conduta do agente.

A primeira parte termina com uma breve análise sobre a comparticipação e a prescrição do procedimento criminal.

Na segunda parte (Prática e Gestão Processual), realçam-se as generalidades e especificidades do inquérito, cenário primordial da investigação da existência de crime, da identidade dos agentes e da recolha da prova do seu cometimento, tudo visando a decisão de acusar.

Destarte, apreciamos em sede própria o planeamento e dinâmica da investigação criminal: desde a aquisição da notícia do crime, algumas possíveis diligências de inquérito e seu encerramento.

1. Enquadramento Jurídico

1.1. Actualidade da tutela penal

As recentes crises económicas e financeiras têm conduzido ao reforço punitivo das condutas tipificadoras do crime de infidelidade: responsabilização do gestor/administrador incumbido, por lei ou por contrato, de deveres de dispor, administrar ou fiscalizar interesses de terceiros, que viola esses deveres, com intenção de causar um prejuízo patrimonial importante.

Atenta a fluidez do mercado financeiro (conexa com a falta de auto regulação) deve proceder-se à análise das condutas que, não preenchendo o tipo legal de abuso de confiança, poderão configurar um crime de infidelidade [nomeadamente, quando apenas não se apure a intenção de apropriação, verificada que esteja a existência de um dever de garante, por parte do agente].

Sendo certo que o risco negocial não deve ser criminalizado, os novos modelos de negócios financeiros são compagináveis com factores de risco na gestão. Todavia, e mesmo que não exista intenção de apropriação, será punível a conduta do gestor que, contrariando os deveres assumidos, v.g., investe sem autorização em activos derivados de alto risco.

Na sequência do rebentamento da “bolha imobiliária” e uma vez instalada a crise financeira, vários foram os comportamentos de gestores de topo que implicaram a necessidade de tutela penal, face à falta de regulação do próprio mercado financeiro.

Em rigor, ao invés de actuarem na protecção do interesse dos accionistas, muitos dirigentes de *top management* de instituições de crédito e sociedades financeiras pautaram os seus comportamentos pela retirada de benefícios próprios, agudizando a segurança e credibilidade do sistema financeiro.

Não olvidando que o próprio mercado financeiro era convidativo a um “capitalismo de casino”⁴, vários foram os comportamentos de risco de gestores financeiros que, sob a égide da ausência de regulação, actuaram em violação grave dos seus deveres profissionais.

*«A descrição típica exige que a conduta adoptada pelo administrador cause prejuízo patrimonial importante ao titular dos interesses patrimoniais, isto é, ao sujeito passivo. Trata-se, portanto, de um crime de resultado. O prejuízo patrimonial pode consistir na diminuição do activo patrimonial ou no aumento do passivo patrimonial bem como no não aumento do activo ou na não diminuição do passivo.»*⁵

De entre as condutas típicas integradoras do crime de infidelidade, mais frequentes ao nível da alta finança, pode assinalar-se a colocação de elevadas quantias em paraísos fiscais, sem a aprovação formal dos respectivos conselhos de administração e/ou dos accionistas. Salienta-se ainda como conduta integradora deste tipo de ilícito a “atribuição e auferimento por dirigentes de instituições financeiras de avultadas remunerações, prémios ou boni”.⁶

Não obstante o crime de infidelidade no direito português versar apenas sobre a gestão de direito privado, no sector público, encontra-se previsto o crime de administração danosa – como evidencia Augusto Silva Dias – caso em que, verificando-se a violação dos deveres profissionais mediante a atribuição de remunerações no seio de instituição intervencionada com dinheiros públicos, consubstanciar-se-á um concurso efectivo a prática do crime de infidelidade e do crime de desvio de subsídio ou subvenção, previsto e punido pelo artigo 37.º do Decreto-Lei 28/84, de 20 de Janeiro.⁷

⁴ SILVA DIAS, Augusto, obra citada, p. 54.

⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/3/2006, relator Simas Santos, processo 06P959, in www.dgsi.pt.

⁶ SILVA DIAS, Augusto, obra citada, p. 49.

⁷ SILVA DIAS, Augusto, obra citada, p. 60.

1.2. O bem jurídico protegido

Inserido no Título II do Código Penal (“Dos Crimes contra o Património”), o bem jurídico tutelado pelo crime de infidelidade é o património entendido em sentido lato e não circunscrito apenas ao conceito de propriedade.

Sendo o resultado típico do crime de infidelidade um “*prejuízo patrimonial importante*”, o bem jurídico tutelado traduz-se num conceito jurídico-económico que não se esgota na propriedade, antes abrange outras realidades economicamente mensuráveis, corpóreas ou incorpóreas, desde que susceptíveis de avaliação pecuniária, tais como direitos reais, direitos obrigacionais, a posse, direitos de propriedade industrial, etc.

O bem jurídico centra-se no património sobre o qual recai um dever de administrar ou fiscalizar (decorrente da lei ou de acto jurídico). Uma vez violado este dever, tem-se o crime por cometido.

A danosidade provocada pelo crime de infidelidade não se reduz à ofensa directa e individualizável do património dos lesados, atinge ainda os bens jurídicos supra-individuais da confiança no tráfico económico e financeiro e nas relações comerciais. Este tipo legal de crime pressupõe assim a existência de uma relação fiduciária: uma relação de confiança que se traduz numa obrigação de fidelidade na gestão, administração ou fiscalização de um património, de onde emana uma exigência legal de não prejudicar dolosamente os interesses do respectivo titular.

O agente está investido num dever de garante, devidamente formalizado, isto é, deriva da lei ou de um acto jurídico público ou privado (v.g. uma nomeação judicial de tutor ou um mandato por procuração).

«Como se refere no Ponto 34 do Preâmbulo do D.L. 400/82, de 23 de Setembro, “a infidelidade - novo tipo legal de crime contra o património - ..., grosso modo, visa as situações em que não existe a intenção de apropriação material, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial. Além disso, ensina a criminologia e a política criminal que estes comportamentos não são tão raros como à primeira vista se julga. De mais a mais, no mundo do tráfico jurídico, a regra de ouro é a confiança e a sua violação pode, em casos bem determinados na lei, necessitar da força interventora do direito penal que, apesar de tudo, tem de ser entendida como ultima ratio.»⁸

1.3. O tipo objectivo de ilícito

O tipo legal de crime de infidelidade é preenchido quando:

⁸ Citado por Jorge Dias Duarte, in “Crimes de abuso de confiança e de infidelidade”, Revista do Ministério Público n.º 79, Julho-Setembro de 1999, pág. 78.

- Existe um encargo conferido por lei ou por acto jurídico de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios;
- É provocado um prejuízo patrimonial importante;
- A actuação do agente é intencional, com a consciência e o *animus* de causar prejuízo patrimonial e de violar de forma grave os deveres de administração ou fiscalização que lhe foram confiados.

1.3.1. Sujeitos activo e passivo da infracção

O crime de infidelidade é um crime específico próprio, na medida em que só pode ser cometido por um agente com características especiais, ou seja, tem de estar incumbido de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, resultando essa incumbência de encargo conferido por lei ou por acto jurídico.

Derivam da lei poderes de administração como os dos pais em sede de responsabilidades parentais, ou os dos tutores, ou os dos curadores; decorrem de acto jurídico os poderes de administração a procuração que confere mandato para administrar um património, a nomeação de gerente ou administrador de sociedade comercial.⁹

Os entes colectivos não podem ser criminalmente responsabilizados pelo cometimento de crime de infidelidade, uma vez que a norma do artigo 11.º, n.º 2, do Código Penal não o prevê. Esta circunstância justifica-se, tendo em conta que os entes colectivos não poderiam ser, concomitantemente, titulares do bem jurídico e autores do facto típico ilícito.

Por sua vez, a vítima será o titular do interesse patrimonial que sofre um prejuízo importante, quer se trate de pessoa singular ou ente colectivo.

1.3.2. Poderes conferidos ao agente

Apesar de o ilícito de infidelidade dever ser interpretado numa concepção unitária - atenta a violação de um especial dever de salvaguarda de interesses patrimoniais alheios - certo é que, face à redacção do tipo legal, há que reconhecer a existência de diversas modalidades de funções de que o agente pode estar investido:

- i. Dispor de interesses patrimoniais alheios
- ii. Administrar e fiscalizar interesses patrimoniais alheios.

⁹ «Agente do crime de infidelidade apenas pode ser a pessoa a quem foi concedida a autorização ou imposto o dever de administrar interesses patrimoniais alheios, sendo certo que as fontes ou fundamentos do encargo de administrar os interesses patrimoniais alheios têm que ser formalmente jurídicas: lei ou acto jurídico.» - Acórdão da Relação de Lisboa de 9/5/2006, relator Agostinho Torres, processo 11871/2005-5, in www.dgsi.pt.

Na Exposição de Motivos (n.º 35) clarifica-se: *“Sabe-se que a vida económica se baseia, muitas vezes, em decisões rápidas que envolvem riscos, mas que têm de ser tomadas sob pena de a omissão ser mais prejudicial que o eventual insucesso da decisão anteriormente assumida. Daí que não seja punível o acto decisório que, pelo jogo combinado de circunstâncias aleatórias, provoca prejuízos, mas só aquelas condutas intencionais que levam à produção de resultados desastrosos.”*

Essencial para o cometimento do crime é que se verifique um prejuízo patrimonial importante, o que pode resultar de uma acção ou de uma omissão. Assim, tanto comete o crime de infidelidade aquele que aliena por um preço irrisório um bem do património que lhe competia administrar, como aquele que não intenta acção judicial para cobrança de crédito, deixando-o prescrever.¹⁰

Defendendo que as funções de administrar, dispor e/ou fiscalizar acarretam sempre um factor de risco, poder-se-ia cair na tentação de assumir que um “bom” gestor nunca cometeria o crime de infidelidade, já que sempre alegraria exercer as suas funções, visando obter lucros para a empresa.

Apenas o caso concreto fornecerá os elementos suficientes para aferir da gravidade da violação dos deveres, já que só a análise casuística permitirá determinar quais os específicos deveres que incumbiam ao agente. Só no âmbito dos deveres impostos se pode reputar a conduta como contrária ao dever (legal ou contratualmente) imposto.

A título de exemplo: cabendo ao administrador o dever de conservar e/ou melhorar um património, pode ou não ser contrário a esse dever o facto de o administrador não outorgar um contrato que seria lucrativo.

O tipo legal exige uma “violação grave” conceito cuja integração será de difícil aplicação prática. Ditam as regras da experiência que, uma administração regular, prudente nunca poderá fazer incorrer o agente na prática deste crime.

O exercício do dever de administrar encerra em si mesmo um conceito de risco comercial, de jogo financeiro visando um escopo lucrativo. Para o preenchimento do crime de infidelidade, a conduta do agente tem que extrapolar esse risco inerente ao negócio financeiro, tem que consubstanciar uma prática desleal face aos deveres assumidos.

O legislador não pretendeu criminalizar os actos inerentes a uma gestão de risco, ainda que lesiva de interesses, desde que fique demonstrado que essa gestão almejava o benefício dos interesses protegidos.

i. Poder de disposição de interesses patrimoniais alheios

O agente que comete o crime de infidelidade é aquele a quem foi confiado, por lei ou por contrato, o encargo de disposição de interesses alheios, v.g. um mandato de representação

¹⁰ TAIPA DE CARVALHO, Américo, in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo II Artigos 202.º a 307.º”, Coimbra Editora, p. 366.

perante terceiros, sendo-lhe permitido dispor do património alheio, onerá-lo ou vinculá-lo. O agente encontra-se investido, de forma válida e legítima, do poder de actuar em nome de outrem e viola esse dever, desvirtuando-o ou ultrapassando-o.

São actos de disposição aqueles que *“dizendo respeito à gestão do património administrado, afectam a sua substância, alteram a forma ou a composição do capital administrado, atingem o fundo, a raiz, o casco dos bens. São actos que ultrapassam aqueles parâmetros de actuação correspondente a uma gestão de prudência e comedimento, sem riscos”*.¹¹

A capacidade de disposição traduz-se no poder conferido ao agente de representar interesses alheios perante terceiros.

A violação de deveres será aferida à luz do conteúdo do mandato, ou seja, face à relação preestabelecida com o mandante. Perante o terceiro, o agente actua sob a égide de um acto jurídico eficaz, todavia, a conduta não respeita os vínculos estabelecidos pela fonte do seu dever (por exemplo, contraria as instruções do seu representado, actuando contra os seus interesses patrimoniais).

ii. Poder de administrar e fiscalizar interesses patrimoniais alheios

São actos de mera administração *“os correspondentes a uma gestão comedida e limitada, donde estão afastados os actos arriscados, susceptíveis de proporcionar grandes lucros, mas também de causar prejuízos elevados. São os actos correspondentes a uma actuação prudente, dirigida a manter o património e a aproveitar as suas virtualidades normais de desenvolvimento, mas alheia à tentação dos grandes voos, que comportam risco de grandes quedas”*.¹²

O agente tem o dever de actuar sob o controlo do terceiro e não o faz, actuando de forma autónoma, em violação com o dever de garante que assumiu enquanto administrador; ou o agente, na salvaguarda dos interesses patrimoniais do terceiro, tem o dever de fiscalizar outrem e não o faz.

Nesta modalidade, o agente administra um património (gerente, administrador, tutor, titular das responsabilidades parentais) e actua sob a égide de um encargo de zelar pelos interesses patrimoniais de terceiro, ainda que dotado de alguma autonomia na sua capacidade decisória. É essa fonte de confiança, esse especial dever de lealdade para com os interesses cuja tutela lhe compete, que é violado pela conduta do agente. Verifica-se uma desconsideração dos deveres decorrentes da posição de garante, assumida pelo agente.

Também comete o crime de infidelidade o agente que viola os especiais deveres de supervisão que lhe são atribuídos por nomeação ou por acto jurídico ou contratual (v.g. conselho fiscal de sociedade comercial).

¹¹ *Idem.*

¹² MOTA PINTO, Carlos Alberto, in “Teoria Geral do Direito Civil”, 4.ª edição, Coimbra Editora, pp. 407-408.

O prejuízo tem que decorrer da actividade de “administrar” e de “dispor” e tem que ocorrer na esfera de protecção desses deveres. Já na actividade de “fiscalizar”, a censura recai sob a permissão da causação de tal prejuízo por outrem.

1.3.3. Prejuízo importante

«O crime de infidelidade é um crime de dano (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de resultado (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção)»¹³
Não será punível o prejuízo causado por força das regras e das circunstâncias do circuito financeiro.

Para preenchimento do tipo legal de infidelidade, para além da violação grave dos deveres de que o agente se encontrava incumbido, torna-se necessário que os interesses patrimoniais sofram um prejuízo patrimonial e que este seja importante.

Ao optar pelo conceito “importante” para definir o prejuízo causado pelo agente, ao invés de se socorrer dos conceitos de “valor elevado” e de “valor consideravelmente elevado”, o legislador deixa ao intérprete a tarefa de concretizar casuisticamente tal “importância”.¹⁴

Da leitura das actas resulta ser impossível determinar um critério legal válido que preencha a lacuna interpretativa deste conceito de “prejuízo importante”.

Para Paulo Pinto de Albuquerque, “prejuízo” deve ser interpretado como um verdadeiro dano patrimonial, o que se traduz na provocação de uma perda ou na não obtenção de um ganho. Para este autor, a importância do prejuízo patrimonial tem por referência o valor elevado previsto no artigo 202.º, alínea a), do Código Penal.¹⁵ Assim, para este autor, sempre que o valor do prejuízo seja superior a 50 unidades de conta (actualmente €102,00 x 50 = €5.100,00) ter-se-á por preenchido este elemento do tipo legal objectivo.

Também neste sentido da ponderação do valor elevado previsto no artigo 202.º, alínea a), do Código Penal, temos o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23/3/2006, processo 06P959, relator Simas Santos, in www.dgsi.pt, onde se lê: “Vê-se, assim, que a decisão recorrida teve por integrada toda a conduta dos recorrentes num único crime de infidelidade, pelo que todo o prejuízo patrimonial causado à assistente é relevante nesse mesmo contexto, independentemente das verbas em causa terem saído dos cofres desta mensalmente ou de uma vez só. Com efeito, o “desvio” de todas aquelas importâncias foi abrangido pela mesma atitude subjectiva dos recorrentes, pelo mesmo dolo.

Por outro lado, o Tribunal recorrido teve como importante o prejuízo patrimonial corresponde à saída do património da sociedade das quantias pagas a título de salários, impostos e

¹³ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, in “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Portuguesa, 3.ª edição, 2015, p. 870.

¹⁴ BARREIROS, José António, in “Infidelidade”, Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 212.

¹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, obra citada, p. 870.

contribuições sociais sem a correspondente contrapartida, por o mesmo ser manifestamente superior a 50 unidades de conta, avaliadas à data da prática dos factos (1997 e 1998), socorrendo-se explicitamente do critério constante da al. a), do art. 202.º que considera, para efeitos dos crimes patrimoniais do C. Penal, tal valor como valor elevado.

Situou-se, assim, no critério já usado por este Supremo Tribunal de Justiça (Ac. de 18-12-97, proc. n.º 970/96) e que se reafirma, de que «embora a lei não refira o que se deva entender por "prejuízo importante", deverá considerar-se como correspondendo, pelo menos, ao de "valor elevado" da lei actual».

Miguez Garcia e Castela Rio pugnam que “prejuízo patrimonial importante” depende de uma apreciação contabilística mas numa perspectiva de verificação do elemento objectivo do tipo caso ocorra: diminuição do activo; ou aumento do passivo; ou não aumento do activo; ou não diminuição do passivo.¹⁶

Todos os autores supra citados entendem inexistir prejuízo quando a conduta do agente provocar um ganho igual ou superior ao dano produzido.

Já Taipa de Carvalho defende que a determinação da importância do prejuízo deve ser aferida à luz de um “duplo critério: objectivo e subjectivo”, ponderando a gravidade do prejuízo em si mesmo e a situação económica em que a vítima ficou colocada.

Assim, caso a vítima tenha ficado em situação económica difícil mercê da conduta do agente, então o prejuízo deve ser considerado “importante”, ainda que em termos quantitativos possa até nem ser um prejuízo elevado. Na concretização deste critério de situação de dificuldade económica (referido por Eduardo Correia, cfr, Actas ponto 164), poder-se-á dizer que, v.g., um procurador que procede ao levantamento de uma pensão de sobrevivência, do seu mandante, causa um prejuízo patrimonial importante – mesmo que esse prejuízo não seja de valor elevado.

Na situação inversa, pode ocorrer um prejuízo importante quando a vítima não fica numa situação económica difícil, mas o valor é considerado elevado à luz do critério fixado no artigo 202.º, alínea a), do Código Penal, ou seja, quando for de valor superior a 50 Unidades de Conta.¹⁷

1.3.4. O elemento subjectivo

O crime de infidelidade exige o dolo directo ou necessário, excluindo-se, nesta conformidade, a imputação subjectiva quando o agente actuou apenas com negligência ou com dolo eventual.

¹⁶ GARCIA, Miguez e RIO, Castela, in “Código Penal – Parte geral e especial com notas e comentários”, Almedina, 2.ª edição, p. 997.

¹⁷ TAIPA DE CARVALHO, Américo, obra citada, p. 367.

O legislador, movido por uma preocupação de restringir o domínio da punição, estabeleceu ainda uma exigência cumulativa: a intencionalidade do agente e uma grave violação dos deveres que lhe compete exercer. O que, como bem nota Taipa de Carvalho, resulta em algo paradoxal, pois a intencionalidade significa, pelo menos, dolo, mas a grave violação dos deveres é característica da negligência: *“Os actos para os quais o administrador não tinha, digamos, competência abstracta, não poderão reflectir-se no património do respectivo titular. Pretende isto dizer que todo e qualquer prejuízo causado, intencionalmente, nos interesses patrimoniais do representado, implica, necessariamente, uma grave violação dos deveres que incumbem ao administrador.”*¹⁸

Para além do dolo directo, o agente incorrerá na prática do crime de infidelidade caso fique demonstrado o dolo necessário: *«...sempre que o agente actue com a consciência de que vai provocar um prejuízo importante aos interesses patrimoniais de que lhe incumbe dispor, administrar ou fiscalizar, ainda que a sua actuação vise primacialmente outro fim que não a produção de tal prejuízo, deve o mesmo ser jurídico-penalmente responsabilizado pela prática do crime de infidelidade».*¹⁹

No momento em que pratica o facto, o agente tem que ter consciência de que causará um prejuízo patrimonial importante e tem que saber que a sua actuação é adequada a causar esse resultado.

Ao deixar a tónica na “intenção” de causar prejuízo patrimonial, o legislador visou excluir da criminalização, aquelas condutas arriscadas do agente, através das quais o mesmo pretende obter o lucro, mas em que, contra a sua expectativa e vontade, um qualquer evento conduz ao prejuízo.

Caso o agente actue com a consciência de que a sua conduta irá necessariamente provocar um prejuízo importante aos interesses patrimoniais abrangidos pelo dever de garante, deverá o mesmo ser punido, ainda que a sua actuação visasse outro fim primordial.

1.4. Comparticipação

O crime de infidelidade é um crime específico próprio, pois só pode ser cometido por aqueles a quem couber o poder de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios.

Neste sentido, Américo Taipa de Carvalho defende tratar-se de um crime por mão própria, pugnando pela punibilidade da infidelidade apenas do agente a quem aqueles poderes estão confiados.

Assim, para este autor, quanto ao crime de infidelidade vigora a excepção prevista no artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal [*“excepto se outra for a intenção da norma incriminadora”*] no

¹⁸ TAIPA DE CARVALHO, Américo, obra citada, p. 368.

¹⁹ DUARTE, Jorge Dias, in “Crimes de abuso de confiança e de infidelidade”, Revista do Ministério Público n.º 79, Julho-Setembro de 1999, p. 90.

sentido de que, a norma incriminadora do 224.º, do Código Penal, exige um dolo específico e uma violação grave de deveres especificamente atribuídos ao agente. Por conseguinte, não será punível a conduta dos participantes não administradores.²⁰

Em sentido contrário, Paulo Pinto de Albuquerque e Miguez Garcia e Castela Rio admitem que a qualidade do agente será comunicável aos participantes do crime que a não possuam, nos termos do artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal.^{21 22}

1.5. Figuras criminais próximas

1.5.1. Crime de abuso de confiança

Comparando as duas incriminações (infidelidade e abuso de confiança), importa realçar que ambos os tipos legais pressupõem a existência de uma relação fiduciária, sendo distinta a natureza do objecto dessa *fiducia*: no abuso de confiança, tutela-se a propriedade; no crime de infidelidade, a tutela abrange, para além da propriedade, direitos com valor ou expressão económica.

No crime de infidelidade, o agente tem a possibilidade de dispor do bem/património com alguma autonomia decisória, balizada por um dever de lealdade.

Diferentemente, no crime de abuso de confiança, o agente não tem um poder de disposição de “coisa alheia”, já que sobre ele recai o dever de restituir ou o dever de a utilizar para fim determinado. O agente sabe que o bem se encontra em seu poder, por força de um título que implica a obrigação de o restituir, e não obstante quer desencaminhar ou dissipar o bem, prevendo que dessa conduta resultará um prejuízo para o proprietário, possuidor ou detentor.

No crime de abuso de confiança, o agente actua como se fosse o proprietário, invertendo o título da posse, comporta-se como dono, *ut dominus*, com intenção de apropriação.

No crime de infidelidade, a conduta do agente é animada da intenção de causar um prejuízo patrimonial importante, inexistindo a intenção de apropriação material, não se trata de um crime de enriquecimento.

Pode suceder que o crime de abuso de confiança se sobreponha ao crime de infidelidade: veja-se o caso de o agente ter o poder de dispor de um património, do qual faça parte bem móvel determinado e dele se apropria, causando com essa conduta um prejuízo patrimonial importante, violando de forma grave um poder que lhe tinha sido confiado.²³

²⁰ TAIPA DE CAVALHO, Américo, obra citada, p. 371.

²¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, obra citada, p. 871.

²² GARCIA, Miguez e RIO, Castela, in “Código Penal – Parte geral e especial com notas e comentários”, Almedina, 2.ª edição, p. 997.

²³ “1 – Se a arguida faz transferências de dinheiro de terceira pessoa, à qual tem acesso por virtude das suas funções, para a conta da sua filha sem que nada o justifique, e à qual o ofendido não tem acesso, a arguida passa a agir como dona das quantias transferidas e assim procede de modo inequívoco à inversão do título de posse,

Todavia, ainda que a conduta seja subsumível aos dois tipos legais (de abuso de confiança e de infidelidade), há que atender à natureza dos poderes conferidos ao agente: se o poder foi atribuído estritamente vinculado a um fim determinado e se se apropria do bem, o crime em apreço será o de abuso de confiança. Defende Damião da Cunha que, caso o agente se encontre dotado do poder para dispor, de forma autónoma, da globalidade de um património, sem que o mandante tenha determinado um fim específico para gerir um bem, o crime será o de infidelidade [ainda que o agente se venha a apropriar de uma coisa]: “*Numa moderna economia de prestação de serviços ou mesmo de troca de valores imateriais, o abuso de confiança deve passar a ser visto como um tipo legal do direito penal clássico ou tipo que abrange as formas negociais “clássicas” e, por isso, com âmbito muito restrito e cada vez com menor aplicabilidade.*”²⁴

1.5.2. Crime de administração danosa

Esta incriminação “(...) configura uma manifestação particular e qualificada da infidelidade. A qualificação (...) explica-se tanto por razões atinentes ao desvalor de acção (tendo, nomeadamente, em conta a qualidade do agente) como ao desvalor de resultado (o carácter público ou cooperativo das unidades económicas atingidas) (...)”²⁵.

Actualmente, não se vislumbram razões que justifiquem a destrinça, já que o sector cooperativo deixou de assumir pertinência autónoma, por força da Decisão Quadro 2003/568/JAI, de 22/7/2003, que equipara as entidades com ou sem fins lucrativos, no que diz respeito à corrupção privada. Tanto assim que, no sector cooperativo, os gestores conduzem a sua actividade de acordo com as mesmas regras que qualquer gestor privado.

Todavia, certo é que, o tipo legal previsto no artigo 235.º do Código Penal, diferentemente do crime de infidelidade, implica que o dano patrimonial seja causado em “unidade económica do sector público ou cooperativo”.

A diferenciação do crime de infidelidade face ao crime de administração danosa passa ainda pelo facto de que, no sector público, a infracção das regras económicas será sindicada pelo Tribunal de Contas, o que implica uma redução da tipicidade penal.

Para Damião da Cunha, “*a administração danosa no sector público deverá constituir um crime de infidelidade agravada (p. ex. em razão de o agente ser funcionário).*”²⁶ Este crime de infidelidade agravada assumiria natureza de crime público, a par, v.g., do crime de peculato.

independentemente da existência ou não de uma interpelação para a devolução das quantias, uma vez que estas já se encontravam na disponibilidade de terceira pessoa que não a arguida.

II - O crime de infidelidade pressupõe a inexistência de apropriação, pelo que existindo aquela verifica-se um concurso aparente com o crime de abuso de confiança.” Acórdão da Relação do Porto, de 13/1/2016, relatora Lígia Figueiredo, processo 478/11.7GAVGS.P1, in www.dgsi.pt.

²⁴ DAMIÃO DA CUNHA, José, in “Direito Penal Patrimonial Sistema e Estrutura Fundamental”, Universidade Católica, Editora Porto, Dezembro de 2017, p. 243.

²⁵ COSTA ANDRADE, Manuel, in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo II Artigo 235.º”, Coimbra Editora 2001, p. 540.

²⁶ DAMIÃO DA CUNHA, José, obra citada, p. 245.

Para Paulo Pinto de Albuquerque, o crime de administração danosa é uma forma especial do crime de infidelidade.²⁷

O sector público e cooperativo encontra ainda tutela penal no artigo 234.º do Código Penal, sendo certo que o tipo legal aí previsto exige que o agente manifeste intenção de “apropriação ilegítima” – como resulta da epígrafe deste tipo legal – ou de permissão de apropriação por terceiro.

1.5.3. Crime de corrupção no sector privado

No crime de infidelidade, o agente viola os deveres de lealdade e de representação a que se encontra vinculado, causando prejuízos a interesses patrimoniais alheios. Assim, colocar-se-á a questão a sobreposição entre o crime de infidelidade e o crime de corrupção no sector privado, tal como definido no artigo 8.º, da Lei 20/2008, de 21 de Abril.

O artigo 8.º, n.º 1, da Lei 20/2008, prevê a punição da corrupção praticada pelo trabalhador que viola os seus “deveres funcionais”, solicitando ou aceitando uma vantagem patrimonial indevida, ou a sua promessa.

Todavia, ao passo que, no crime de infidelidade, o tipo legal objectivo passa pela violação grave de deveres assumidos ou atribuídos ao agente e pela causação de um prejuízo patrimonial importante, aos interesses patrimoniais cuja protecção competia ao agente, no crime de corrupção activa, o resultado “prejuízo patrimonial” é tido como uma agravante dessa conduta, cfr. o n.º 2, do artigo 8.º, da Lei 20/2008.

Sendo certo que, o crime de corrupção activa no sector privado abrange uma conduta de violação dos deveres de lealdade por parte do trabalhador, essa violação é determinada pela solicitação/aceitação/promessa de uma vantagem patrimonial que pode ser, ou não, causadora de um prejuízo patrimonial para terceiros.

1.5.4. Crime de prevaricação de advogado ou solicitador

O artigo 370.º do Código Penal prevê o tipo legal de crime de prevaricação de advogado ou solicitador, reportando-se o elemento objectivo ao prejuízo, provocado por um destes profissionais, a causa que lhe tenha sido confiada.

Diferentemente do crime de infidelidade, o bem jurídico aqui tutelado é a realização da justiça, numa perspectiva da integridade da advocacia e da solicitadoria, mas também da relação de *fiducia* que cumpre proteger no âmbito dos mandatos forenses estabelecidos ou da nomeação oficiosa.

²⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, obra citada, p. 899.

Para Medina de Seíça²⁸, este tipo legal protege ainda o interesse individual do cliente, o seu direito a uma tutela judicial efectiva, já que o cometimento deste crime compromete os bens ou interesses, implicados na posição processual que ao advogado/solicitador cumpria defender.

A tutela destes bens jurídicos é cumulativa, pelo que, encontrando-se um deles lesado, verificar-se-á o preenchimento do tipo legal objectivo.

Também aqui o agente é confiado de um poder (conferido por mandato forense ou por nomeação oficiosa, de patrocinar uma causa) e violando os deveres profissionais que sobre si impendiam, provoca um prejuízo à causa que lhe foi entregue.

A diferenciação do crime de infidelidade face ao crime de prevaricação de advogado ou solicitador passa pela especificidade dos poderes confiados ao agente neste crime, já que o agente do crime tem que ser profissional do foro, tratando-se assim de um crime praticado “por mão própria”.

A prática do crime de prevaricação por advogado ou solicitador pode provocar um prejuízo patrimonial ou não patrimonial, ficando o ofendido prejudicado, desde logo, com o mero agravamento da sua posição processual na causa. Ao passo que, no crime de infidelidade o prejuízo tem que ser patrimonial.

*“Os casos não abrangidos pelo crime de prevaricação de advogado podem ser punidos por infidelidade (ACTAS CP/EDUARDO CORREIA, 1979:473), sendo esta incriminação subsidiária.”*²⁹

1.6. Tentativa

A tentativa é punível, nos termos dos artigos 22.º e 224.º, n.º 2, do Código Penal.

O crime consuma-se com a existência do prejuízo patrimonial, assim a tentativa verifica-se quando praticada ou iniciada a execução da conduta adequada a produzir o resultado (prejuízo patrimonial importante), mas este não se materializa.

Caso se verifique a desistência por parte do agente e o prejuízo patrimonial importante não ocorra, a tentativa não será punível, nos termos do artigo 24.º, do Código Penal.

1.7. Prescrição

²⁸ MEDINA DE SEIÇA, António in “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo III, Artigos 308.º a 386.º”, Coimbra Editora 2001, p. 631.

²⁹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, obra citada, p. 1162.

Atenta a moldura prevista no artigo 224.º, do Código Penal, o prazo de prescrição do procedimento criminal por crime de infidelidade é de cinco anos, nos termos do disposto no artigo 118.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal.

A este propósito, dispõe o artigo 119.º, n.º 1, do Código Penal, que *“O prazo de prescrição do procedimento criminal corre desde o dia em que o facto se tiver consumado”*.

Como é sabido, nos crimes de resultado, o início do prazo de prescrição verifica-se no dia em que ocorre o resultado.³⁰

Como resulta do Acórdão da Relação do Porto, de 30/3/2011: *“O crime de infidelidade consuma-se com a verificação da ofensa e não com a reintegração do bem no património do lesado.”*³¹

No crime de infidelidade, o resultado típico é a causação do prejuízo patrimonial importante, sendo este o momento que determina o início do prazo prescricional.

2. Prática e gestão processual

2.1. O inquérito – generalidades

O inquérito é constituído por diligências de investigação que visam recolher prova dos factos constantes da notícia do crime, apurando se a mesma se confirma e em que termos, quem foi o agente e o grau da sua responsabilidade.

A direcção do inquérito compete ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal – artigos 262.º, n.º 1, e 263.º, n.º 1, ambos do Código de Processo Penal, e artigo 2.º, n.º 1, da Lei de Organização da Investigação Criminal – a quem cabe a recolha dos elementos probatórios que, incriminando ou inocentando o agente, conduzam a uma acusação ou arquivamento.

*“Ora, o momento em que se verifica a suspeita de um crime, implica para o MP a obrigação de investigar toda aquela situação de facto («aquele recorte ou pedaço de vida», na expressão de FIGUEIREDO DIAS), segundo todos os pontos de vista juridicamente relevantes e, por isso, as investigações são realizadas já em função de um dado «objecto» (de um problema ou de um conjunto de problemas)”*³²

O Código de Processo Penal prevê como meios de prova, a prova testemunhal, as declarações do arguido, do assistente e das partes civis, a prova por acareação, a prova por

³⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, obra citada, p. 479.

³¹ Processo 4850/02.5TDPRT.P1, relator José Manuel Araújo Barros, in www.dgsi.pt.

³² DAMIÃO DA CUNHA, José, in “Caso Julgado Parcial”, citado por Francisco Marcolino de Jesus, in “Os meios de obtenção de prova em Processo Penal”, 2011, Almedina, Coimbra, p. 67.

reconhecimento, a prova por reconstituição do facto, a prova pericial e a prova documental – artigos 128.º e seguintes, do Código de Processo Penal.

Como meios de obtenção de prova, o nosso direito processual penal prevê a realização de exames, revistas, buscas, apreensões e escutas telefónicas – artigos 171.º e seguintes do Código de Processo Penal.

2.2. O inquérito – especificidades

Havendo arguidos presos ou sob obrigação de permanência na habitação, o prazo de duração máxima do inquérito é de 6 meses, não havendo, a duração máxima do inquérito será de 8 meses – 276.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Caso o Ministério Público declare a existência de excepcional complexidade do inquérito, o prazo de 6 meses será alargado para 10 meses – artigo 276.º, n.º 2, alínea b), do Código de Processo Penal. Não havendo arguidos sujeitos àquelas medidas de coacção, os prazos são elevados para 16 meses – artigo 276.º, n.º 3, alínea b), do Código de Processo Penal.

Nos termos do disposto no n.º 4 do mesmo normativo, estes prazos contam-se a partir do momento em que o inquérito tiver passado a correr contra pessoa determinada, ou em que se tiver verificado a constituição de arguido, o que, no caso do crime de infidelidade sucederá desde o conhecimento do facto pelo Ministério Público.

Não sendo um dos tipos legais de crime previstos pelo legislador na Lei 101/2001, de 25 de Agosto, e na Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, apenas será admissível o recurso a acções encobertas ou ao regime especial de quebra de segredo, controlo de contas bancárias e registo de voz e imagem, caso esteja também em investigação um dos tipos legais previstos naqueles diplomas.

A investigação do crime de infidelidade não é da competência reservada da Polícia Judiciária – artigo 7.º, n.ºs 2 e 3, da Lei de Organização da Investigação Criminal.

Os magistrados do Ministério Público podem proceder à delegação genérica de competências nos órgãos de polícia criminal, mas devem intervir directamente nos inquéritos relativos a crimes puníveis com pena de prisão inferior a 5 anos, em relação aos quais se justifique esta intervenção, pela complexidade das circunstâncias ou pela qualidade do agente ou da vítima – Ponto I, n.ºs 2 e 3, da Circular 6/2002, da Procuradoria-Geral da República.

No caso do crime de infidelidade, a investigação criminal deve ser interdisciplinar, utilizando técnicas e investigadores de disciplinas científicas diversas, assumindo especial relevo os conhecimentos nas áreas da economia, fiscalidade e contabilidade.

2.3. Procedimento criminal

Nos termos do disposto no artigo 241.º, do Código de Processo Penal, a notícia do crime adquire-se por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia.

O crime de infidelidade é um crime semi-público, pelo que o procedimento criminal está dependente de queixa dos ofendidos, ou seja dos titulares dos interesses alheios lesados pela violação grave dos deveres por parte do agente, nos termos do artigo 224.º, do Código Penal.

Todavia, caso o agente seja cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2.º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges, o crime assumirá natureza particular, pelo que o procedimento criminal passará a depender de dedução de acusação particular, nos termos do artigo 207.º, n.º 1, alínea a), aplicável por força do 224.º, n.º 4, ambos do Código Penal.

Havendo lugar à reparação ou à restituição integral do prejuízo causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento, a pena é especialmente atenuada, nos termos dos artigos 72.º e 73.º, do Código Penal, aplicáveis por força das disposições conjugadas dos artigos 224.º, n.º 4, e 206.º, n.º 2, todos do Código Penal. Caso a reparação ou restituição sejam parciais, a pena pode ser especialmente atenuada, nos termos dos mesmos normativos, aplicáveis desta feita por força do 206.º, n.º 3, do Código Penal.

Tem legitimidade para apresentar queixa e para a constituição de assistente o titular dos interesses patrimoniais prejudicados, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal.

No caso de se tratar de um crime de infidelidade praticado por um dos pais, em caso de responsabilidades parentais, o outro progenitor terá legitimidade para apresentar queixa e para requerer a constituição de assistente, enquanto legal representante da criança ou jovem. Tratando-se de crime praticado por tutor, a legitimidade competirá a qualquer outro membro do conselho de família.

É incontestável que, no caso do crime de infidelidade praticado por um administrador ou gerente de uma sociedade comercial, esta tem legitimidade para apresentar queixa e para se constituir assistente, já que é a titular dos interesses patrimoniais prejudicados pelo agente, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal.

A jurisprudência tem vindo a perfilhar o entendimento de que o sócio, titular de uma quota ou participação societária minoritária, não tem legitimidade para ser admitido a constituir-se assistente, na medida em que apenas a sociedade é a titular do interesse que constitui o objecto jurídico da tutela penal. Veja-se neste sentido o Acórdão da Relação do Porto, de 2/3/2011, processo 1438/05.2TAVFR-A.P1, relatora Lígia Figueiredo, *in* www.dgsi.pt." Em

*processo por crime de infidelidade cometido contra uma sociedade, só esta tem legitimidade para se constituir como assistente, e não um sócio.”*³³

O tipo legal de crime de infidelidade exige que se verifique um prejuízo patrimonial para o titular dos interesses confiados ao agente, o que implica que, o património com relevo para este crime é o da sociedade e não o dos sócios, carecendo estes de legitimidade para a constituição de assistente, bem como para a apresentação da queixa.³⁴

Ainda que se compreenda que a tutela penal, no crime de infidelidade, abrange um conceito supra individual de património (o património societário e não cada quota/participação individualizável dos sócios), certo é também que, o património societário se compõe da soma dessas quotas/participações, colocadas ao dispor do administrador/gerente pelos sócios. A que acresce que os sócios minoritários beneficiarão também da repartição dos lucros, circunstância também merecedora de tutela penal, face a uma gestão desleal, integradora do crime de infidelidade.

Em rigor, os sócios confiaram parte do seu património ao administrador/gerente e nele depositaram a confiança, numa gestão leal e conforme às regras. Ora, no crime de infidelidade o bem jurídico é complexo, não abrangendo apenas o património, mas também a relação de *fiducia* que, por lei ou por contrato, foi confiada ao agente.³⁵

Por esta via, os sócios minoritários têm legitimidade para a apresentação de queixa e para a constituição de assistente.

Perfilhando o entendimento jurisprudencial maioritário, cumpre ponderar da eventual impunidade de que o agente do crime beneficia, com a falta de protecção judicial dos sócios minoritários.

O administrador/gerente que detenha a maioria do capital impossibilita a votação de uma deliberação, que possa colocar em causa os seus próprios actos criminosos, já que os sócios minoritários não conseguirão fazer prevalecer uma deliberação de fiscalização e controlo, em assembleia geral onde o seu direito de voto é menor.

³³ Em sentido contrário – ainda que sobre os crimes de abuso de confiança e de burla – cfr. Acórdão da Relação de Coimbra, de 25/1/2006, processo 4100/05, relatora Brízida Martins, in www.dgsi.pt: “Mesmo não se devendo confundir o todo dum pessoa colectiva e o seu património com os seus sócios, quando um dos sócios é arguido da prática dos crimes de abuso de confiança e burla, ao outro sócio deve ser reconhecida a legitimidade para se constituir assistente se foi este quem pagou os montantes resultantes daquela actividade delituosa.”

³⁴ Neste sentido Acórdão do Tribunal Constitucional 5/2006, Processo n.º 873/2005, 3.ª Secção, relator: Conselheiro Bravo Serra, in www.tribunalconstitucional.pt, onde se reconhece não ser inconstitucional a interpretação do artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, no sentido de não conferir legitimidade para a constituição de assistente a quem seja titular de uma quota de uma sociedade, não sendo representante da sociedade, em processo-crime pela prática do tipo legal de infidelidade, previsto e punido pelo artigo 224.º, do Código Penal.

³⁵ No Preâmbulo do texto de 1982 do C. Penal escreveu-se, a propósito do crime de infidelidade: «Definiu-se a infidelidade... — novo tipo legal de crime contra o património —, cujo recorte, grosso modo, visa as situações em que não existe a intenção de apropriação material, mas tão só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial. Além disso, ensina a criminologia e a política criminal que estes comportamentos não são tão raros como à primeira vista se julga. De mais a mais, no mundo do tráfico jurídico a regra de ouro é a confiança e a sua violação pode, em casos bem determinados na lei, necessitar da força interventora do direito penal, que apesar de tudo, tem de ser entendida, torna-se a dizer, como última ratio».

Caso se pugne pelo entendimento jurisprudencial maioritário de que o sócio minoritário carece de legitimidade para apresentar queixa e para se constituir assistente, face a uma conduta eventualmente integradora do crime de infidelidade praticado pelo sócio maioritário, o sócio minoritário, antes de promover pela tutela penal, deve lançar mão dos mecanismos civis ao seu dispor. Por conseguinte, deverá o sócio minoritário intentar acção de responsabilidade proposta ao abrigo do artigo 77.º, do Código das Sociedades Comerciais; ou dar entrada de providência cautelar de suspensão de deliberação social, nos termos dos artigos 380.º e seguintes, do Código de Processo Civil.

Sucedem que, caso tais acções sejam procedentes, ou seja, quando o sócio minoritário vir reconhecida a nulidade da deliberação lesiva dos interesses patrimoniais da sociedade, já terá decorrido o prazo para apresentar queixa crime (seis meses a contar do facto, nos termos do artigo 115.º, n.º 1, do Código Penal).

O decurso normal de uma acção judicial para declaração da nulidade de uma deliberação social, facilmente excederá o prazo de seis meses, fazendo com que o sócio maioritário não seja criminalmente responsabilizado, não obstante o sócio minoritário ter obtido já uma sentença cível que reconhece o carácter lesivo daquela deliberação.

Caso o sócio minoritário tenha apresentado queixa, antes de intentar a competente acção cível, e o inquérito tenha sido arquivado por falta de legitimidade, os mecanismos civis não conseguem dar resposta em tempo útil, para lhe conferir legitimidade para a constituição de assistentes, indispensável para requerer a abertura de instrução, no prazo de 20 dias, nos termos do artigo 287.º, do Código de Processo Penal.

Ao pugnar pelo entendimento jurisprudencial maioritário, tal implica que caso o agente seja detentor da maioria do capital, pode praticar o crime de infidelidade contra a sociedade, e reflexamente contra o património dos demais sócios, sem qualquer perseguição penal, já que a legitimidade para o procedimento criminal pertence à sociedade, representada, afinal, pelo próprio agente do crime. Sendo, ainda assim, de admitir, nos termos do artigo 113.º, n.º 5, alínea b), do Código Penal, que o Ministério Público possa dar início ao procedimento criminal, no prazo de seis meses a contar da data em que tiver tido conhecimento do facto, quando o interesse do ofendido o aconselhe, já que o exercício do direito de queixa caberia ao agente do crime: o sócio maioritário.

Nesta sede entendemos que, para efeitos do n.º 5, do artigo 113.º, do Código Penal, deve ser admissível a interpretação de que “ofendido” tanto pode ser a sociedade, como o sócio minoritário.

Perfilhamos uma interpretação não restritiva do conceito de ofendido no crime de infidelidade, de forma a abranger os sócios minoritários, como resulta no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23 de Novembro de 2010: “Assim, como no crime de infidelidade apesar do interesse predominantemente protegido ser o da sociedade, também se protegem os interesses dos sócios.”; “A sociedade só existe porque tem sócios que a constituíram. O sócio tem direitos na sociedade e pode pretender acautelá-los e in casu a única via é pela

*constituição como assistente. Protegem-se bens de natureza individual que enraízam na pessoa do sócio.”*³⁶

2.4. As diligências de inquérito

Ao crime de infidelidade [punível com pena de prisão até três anos ou com pena de multa (de 10 a 360 dias) – artigo 224.º, n.º 1, e artigo 47.º, n.º 1, ambos do Código Penal] é aplicável a Directiva n.º 1/2014, de 15 de Janeiro de 2014, da Procuradoria-Geral da República, a qual determina que, sempre que seja registado um inquérito com suspeito identificado e cujo objecto da investigação integre crime a que seja aplicável a suspensão provisória do processo, deverá ser apurado, de imediato, através da consulta do Registo Criminal e da Base de Dados da Suspensão Provisória do Processo, se aquele tem condenação anterior ou se lhe foi aplicada suspensão provisória por crime da mesma natureza (ponto 1, do Capítulo II, da Secção I).

Assim, a requisição de Certificado de Registo Criminal e a consulta da Base de Dados deverão ser das primeiras diligências a levar a cabo no inquérito.

Não esquecer que deverá ser comunicada a instauração do inquérito pela prática do crime de infidelidade ao Departamento Central de Investigação e Acção Penal, mediante preenchimento e envio de uma ficha, cujo modelo se encontra anexo Circular n.º 11/99, de 3 de Novembro, da Procuradoria-Geral da República.

2.5. O planeamento da investigação criminal

Atentas as especificidades deste tipo legal de crime, a fixação do objecto do processo, bem como o planeamento da investigação, é fundamental logo desde o momento em que é adquirida a notícia do crime, não só para permitir o cumprimento dos prazos máximos de duração do inquérito, mas porque, tratando-se de um crime cuja conduta se centra em dispor, administrar ou fiscalizar património de terceiros, a documentação a recolher e analisar será tendencialmente volumosa e complexa.

Dever-se-á atender à pertinência e momento da prática de actos da competência exclusiva da autoridade judiciária (recolha de informações bancárias, buscas, apreensões, etc), para que o inquérito apenas seja remetido ao OPC após a determinação e realização dos mesmos, assim evitando que o inquérito seja devolvido pelo OPC aos serviços do Ministério Público, para a determinação da prática de actos dessa natureza.

De entre as diligências de prova a planear podemos ponderar:

³⁶ Citado por Carlos de Almeida Lemos, *in* “Capital Minoritário e Crime de Infidelidade- A constituição como assistente do titular de órgão social de pessoa colectiva, não titular do órgão e administração- crime de infidelidade”, *in* Fórum Penal – Associação dos Advogados Penalistas [Retirado de www.forumpenal.pt/docs/CAPITALMINORITARIOCRIMEDEINFIDELIDADE.pdf].

I) Na investigação do crime de infidelidade, a recolha de prova documental é essencial, determinando o curso das diligências probatórias a realizar em sede de inquérito, bem como as pessoas que serão ouvidas.

Deverá ser recolhida documentação relativa ao contrato, ou procuração ou nomeação de tutor, caso se trate de agente a quem cabe a administração ou disposição de património de ofendido, pessoa singular.

No caso, por exemplo de património de interdito, deverá ser solicitada certidão judicial do processo de interdição em que foi nomeado tutor, aferindo da identificação dos elementos do Conselho de Família.

Apreciar-se-á da necessidade de pedido do próprio processo de interdição ou inabilitação – caso o ofendido seja interdito ou inabilitado – para consulta e extracção de fotocópias de documentos que nele já constem, nomeadamente, dos próprios articulados.³⁷

Com efeito, poderá ser benéfico conhecer a posição que o tutor tomou nos articulados que apresentou no processo de interdição/inabilitação.

II) Tratando-se de ofendida, pessoa colectiva, deverá ser recolhida toda a documentação contabilística respeitante, no mínimo aos três últimos exercícios (balancete analítico, registo de existências, etc).

Atento o vertido no artigo 35.º, do Código das Sociedades Comerciais, tratando-se de sociedade comercial, devem ser apreendidas as contas do exercício para apurar da existência de indícios de perda de metade do capital social – caso em que os gerentes ou administradores têm a obrigação de convocar de imediato, a assembleia geral a fim de informar os sócios.³⁸

Deverá ainda ser apreendida documentação atinente aos actos de gestão ou administração, como o Livro de Actas da Assembleia Geral (e tratando-se de sociedade anónima, das listas de presenças, atinentes a cada assembleia realizada); o Livro de Actas do conselho de administração (tratando-se de uma sociedade anónima); o organigrama da empresa, ou não existindo um organigrama definido, deverá ser confrontada a declaração de Informação Empresarial Simplificada (IES) com o mapa de pessoal, constante da Segurança Social, para apurar a distribuição de funções e responsabilidades dentro da estrutura empresarial.

Devem ser solicitadas à Autoridade Tributária e Aduaneira declarações periódicas de rendimentos e declarações anuais de informação contabilística e fiscal (IRC, IRS, IVA e IES), relativas, no mínimo, aos três últimos exercícios, bem como declarações de rendimentos do agente. Tal documentação poderá auxiliar a aferir da alienação, oneração ou dissipação de património da pessoa colectiva ofendida no crime de infidelidade.

³⁷ Petição inicial, contestação, relatório de avaliação, sentença de declaração da interdição/inabilitação.

³⁸ Nos termos do n.º 2 do artigo 35.º, do Código das Sociedades Comerciais, considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social.

Deverá ser solicitada à Segurança Social informação sobre mapas de pessoal, trabalhadores e membros dos órgãos sociais da pessoa colectiva ofendida, que permitam a evolução da situação da empresa e padrão de comportamento (v.g., prémios retributivos atribuídos a colaboradores ou a membros dos órgãos sociais).

III) Deverá ser obtida documentação junto dos registos públicos sobre património do ofendido e do agente, bem como tratando-se de pessoa colectiva, da titularidade das participações sociais da pessoa colectiva e do exercício dos cargos nos órgãos estatutários.

Para tal, poderão ser obtidos documentos das Conservatórias de Registo Comercial, Predial, Civil e Automóvel, através das Bases de Dados disponíveis nos Serviços do Ministério Público (Sistema *TMenu*), tornando-se desnecessário o recurso a escritórios, o que permite elevada economia de tempo na recolha.

IV) De modo a apurar dos actos de disposição e de administração levados a cabo pelo agente e da importância do prejuízo patrimonial por ele causado, deverá proceder-se à recolha de informação bancária, relativa ao agente e ao ofendido – seja pessoa singular ou pessoa colectiva (números e extractos de contas bancárias, fichas de clientes, fichas de assinaturas, etc...), as quais deverão ser solicitadas pelo Ministério Público, ao abrigo do artigo 79.º, n.º 2, alínea e), do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, na redacção dada pela Lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro).

Sendo necessário lançar mão dos mecanismos de cooperação judiciária internacional [v.g., DEI, nos termos da Lei 88/2017, de 21 de Agosto; ou carta rogatória; ou MDE, nos termos da Lei 65/2003, de 23 de Agosto, com as alterações introduzidas pela Lei 35/2015, de 4 de Maio], tal deverá ser determinado o mais precocemente possível – ainda que a expedição de carta rogatória, ou DEI, seja uma causa de suspensão dos prazos de duração máxima do inquérito, nos termos referidos no artigo 276.º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

V) Será útil proceder-se à inquirição dos membros dos órgãos estatutários da pessoa colectiva [gerentes, administradores, membros dos órgãos de fiscalização] e directores de departamentos cuja área de actuação dentro da empresa, seja relevante para a descoberta de indícios da prática do crime.

Tais sujeitos deverão fazer-se acompanhar de toda a documentação que tenham em seu poder, relativamente à sociedade ofendida.

Sempre que possível, deverá o Magistrado do Ministério Público presidir a essa inquirição, dada a especificidade do crime em causa e a necessidade de seleccionar a documentação apresentada, que deverá ser junta aos autos. Salientando que, tratando-se de testemunha ou parte civil, sendo tais declarações prestadas perante Magistrado do Ministério Público, as mesmas poderão ser lidas em sede de audiência de julgamento, nos termos do artigo 356.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

Em face das declarações prestadas pelos gerentes/administradores e titulares de cargos de relevância na hierarquia da empresa e dos documentos que forem juntos – no acto da sua inquirição ou posteriormente – o Magistrado deverá ponderar a oportunidade da constituição de arguido, cfr. artigo 59.º, n.º 3, do Código de Processo Penal. Acrescendo a vantagem de, estando presente o defensor, poder vir a ser permitida a leitura de tais declarações do arguido, em sede de audiência de julgamento, desde que cumpridos os pressupostos previstos no artigo 357.º, n.º 1, alínea b), do Código de Processo Penal.

VI) Por vezes, será útil a inquirição de trabalhadores da sociedade, devendo para o efeito ser apurada a estrutura hierárquica e distribuição de responsabilidades na dinâmica da empresa. Assim, é necessário aferir a identidade dos trabalhadores que tenham intervenção na área contabilística, administrativa e financeira. A sua inquirição permitirá conhecer a evolução do desempenho contabilístico e económico da sociedade e a quem competia o poder decisório na estrutura empresarial – nomeadamente apurar da existência de gestores/administradores de facto e de direito.

Casos existem em que a inquirição de clientes assumirá particular relevância – nomeadamente em situações de dívidas para com a sociedade e que o gerente/administrador não cuidou de proceder à respectiva cobrança, como era seu dever.

Nesta sede, poderá ser solicitada informação contabilística a esses clientes – nomeadamente contas-corrente que permitam aferir da existência de dívidas não cobradas e a respectiva antiguidade.

VII) Apenas deverá ser solicitado apoio de consultores técnicos em casos mais complexos, que reclamem especiais conhecimentos técnicos (ex. contabilidade), de grande dispersão territorial.

Pelo contrário, em casos mais simples, em que a prova se fará quase exclusivamente por recurso a prova documental e à inquirição – consoante o caso – dos outorgantes do contrato de mandato, ou dos titulares dos membros do conselho de família, ou dos órgãos sociais, deverão os autos ser tramitados nos próprios serviços do Ministério Público.

VIII) Tratando-se de uma pessoa colectiva, na qualidade de ofendida, será útil proceder-se à inquirição do técnico oficial de contas da sociedade, que poderá prestar esclarecimentos sobre vários aspectos contabilísticos – assim podendo evitar a realização de perícias.

IX) Sendo necessária a realização de perícias – face à complexidade da factualidade em apreço – a prova pericial pode ser efectuada pela Unidade de Perícia Financeira e Contabilística da Polícia Judiciária³⁹ ou pelo Núcleo de Apoio Técnico da Procuradoria-Geral da República.⁴⁰

³⁹ Ver Ponto X) *infra*.

⁴⁰ O N.A.T. foi criado pela Lei n.º 1/97, de 16 de Janeiro, e visa assegurar assessoria e consultoria técnica à Procuradoria-Geral da República e, em geral, ao Ministério Público em matéria económica, financeira, bancária, contabilística e de mercado de valores mobiliários.

O despacho que determina a realização de perícia deve indicar o objecto da perícia, bem como os quesitos a que os peritos deverão dar resposta – cfr. artigo 154.º, do Código de Processo Penal. Para o efeito, de modo a agilizar a realização da perícia, deverá ser remetida toda a informação e documentos relevantes – deixando-se cópia nos autos de inquérito, em volume apenso, se necessário.

X) Quando o valor do prejuízo patrimonial for consideravelmente elevado, deve ser ponderado o deferimento de competência para a investigação criminal na Polícia Judiciária, ao abrigo do artigo 8.º, n.ºs 3 e 6, da Lei 49/2008, de 27 de Agosto – Lei de Organização da Investigação Criminal (ainda que não se trate de um dos tipos legais elencados na L.O.I.C.).

XI) O recurso a meios especiais de investigação, como as buscas, deverá ser avaliado nesta fase inicial, aferindo-se da adequação e proporcionalidade da medida relativamente aos objectivos da investigação e à gravidade da infracção.

XII) O agente que pratica o crime assume um dever de dispor administrar ou fiscalizar um património, sendo que este património pode pertencer a uma pessoa singular ou a uma pessoa colectiva – com natureza comercial ou civil.

Assim, atenta a complexidade técnica inerente às actividades em causa, a realização de buscas e apreensões de documentos deve ser acompanhada de peritos ou de pessoas com adequados conhecimentos técnicos. Só assim será possível assegurar que é recolhida a informação relevante para a demonstração dos factos, visando também uma diminuição do volume de documentação e conseqüente economia processual e simplicidade da prova.

A realização de buscas assumirá particular relevância na obtenção de documentação necessária ao apuramento dos indícios, incluindo não só as buscas à sede da pessoa colectiva em causa, mas também buscas domiciliárias ou em escritórios de contabilidade ou de advogados, frequentemente os depositários de documentos sensíveis das sociedades.

No que concerne a buscas em escritórios de advogados ou de revisores oficiais de contas, há que ter presente que terão de ser presididas, pessoalmente, pelo Juiz de Instrução, com a presença de um representante das respectivas ordens profissionais – artigo 177.º, n.º 5, do Código de Processo Penal.

XIII) A aplicação do segredo de justiça ao inquérito de crime de infidelidade está sujeita aos requisitos do artigo 86.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

2.6. O encerramento do inquérito

Uma vez findo o inquérito e tendo sido recolhidos indícios suficientes da prática do crime de infidelidade e de quem foi o seu agente, deverá ser deduzida acusação, nos termos do disposto no artigo 283.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

«Os magistrados do Ministério Público devem optar, no tratamento da pequena e média criminalidade, pelas soluções de consenso previstas na lei, entre as quais assume particular relevo a suspensão provisória do processo», nos termos da Directiva n.º 1/2014, de 15/1/2014, da Procuradoria-Geral da República.

Destarte, sempre que se encontrem preenchidos os pressupostos estabelecidos no artigo 281.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, deve ser determinada a suspensão provisória do processo, mediante imposição de injunções e/ou regras de conduta ao arguido, condizentes com a protecção dos interesses patrimoniais lesados.

Não sendo viável o recurso à solução de consenso da suspensão provisória do processo, dever-se-á lançar mão de requerimento para aplicação de pena em processo sumaríssimo, nos termos do artigo 392.º, do Código de Processo Penal.

Caso não seja possível o recurso às soluções de consenso supra mencionadas, poderá ser deduzida acusação em processo abreviado, caso tenham sido recolhidas provas simples e evidentes, no decurso do inquérito, na acepção do artigo 391.º-A, do Código de Processo Penal, e não tenham ainda decorrido 90 dias sobre a aquisição da notícia do crime, nos termos da alínea a), do n.º 2, do artigo 391.º-B, do Código de Processo Penal.

Encontrando-se vedado o recurso a soluções de consenso, ou em caso de concurso de infracções cujo limite máximo da pena aplicável seja superior a 5 anos, será deduzida acusação em processo comum, perante tribunal singular ou colectivo.

Verificando-se concurso de infracções cujo limite da pena aplicável seja superior a 5 anos, poder-se-á lançar mão do mecanismo previsto no artigo 16.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, deduzindo-se acusação em processo comum singular.

Tal despacho será comunicado hierarquicamente, nos termos previstos na Circular n.º 6/2002, de 11/03/2002, da Procuradoria-Geral da República.

IV. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, in “Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, Universidade Católica Portuguesa, 3.ª edição, 2015.

ALMEIDA LEMOS, Carlos in “Capital Minoritário e Crime de Infidelidade- A constituição como assistente do titular de órgão social de pessoa colectiva, não titular do órgão e administração-crime de infidelidade”, in Forum Penal – Associação dos Advogados Penalistas [Retirado de www.forumpenal.pt/docs/CAPITALMINORITARIOCRIMEDEINFIDELIDADE.pdf].

BARREIROS, José António, in “Infidelidade”, Crimes Contra o Património, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996.

COSTA ANDRADE, Manuel, *in* “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo II Artigos 202.º a 307.º”, 2001, Coimbra Editora.

DAMIÃO DA CUNHA, José, *in* “Caso Julgado Parcial- Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória”, 2002, Universidade Católica, Porto.

DAMIÃO DA CUNHA, José, *in* “Direito Penal Patrimonial Sistema e Estrutura Fundamental”, Universidade Católica, Editora Porto, Dezembro de 2017.

DUARTE, Jorge Dias, *in* “Crimes de abuso de confiança e de infidelidade”, Revista do Ministério Público n.º 79, Julho- Setembro de 1999.

GARCIA, Miguez e RIO, Castela, *in* “Código Penal – Parte geral e especial com notas e comentários”, Almedina, 2015, 2.ª edição.

JESUS, Francisco Marcolino de, *in* “Os meios de obtenção de prova em Processo Penal”, 2011, Almedina, Coimbra.

MEDINA DE SEIÇA, António *in* “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo III Artigos 308.º a 386.º”, Coimbra Editora 2001.

MOTA PINTO, Carlos Alberto, *in* “Teoria Geral do Direito Civil”, 4.ª edição, Coimbra Editora.

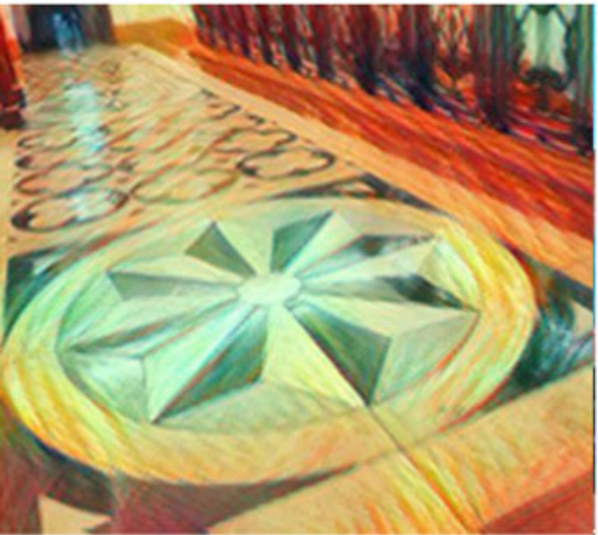
SILVA DIAS, Augusto, *in* “O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas”, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, n.º 0 Julho-Dezembro de 2014, Almedina.

TAIPA DE CARVALHO, Américo, *in* “Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial Tomo II Artigos 202.º a 307.º”, 2001, Coimbra Editora.

Agradecimentos

Pela partilha, um agradecimento aos meus colegas de grupo, Sra. Dra. Marta Barata, Sr. Dr. Nuno Venâncio e Sr. Dr. Tiago Matos. Pela disponibilidade manifestada, um especial agradecimento à Sra. Dra. Catarina Fernandes, Procuradora da República; ao Sr. Dr. Jorge Mariano, Procurador da República; à Sra. Dra. Ludovina Ferreira, Procuradora Adjunta; ao Sr. Dr. Júlio Barbosa e Silva, Procurador Adjunto. A minha gratidão pelo altruísmo do Sr. Dr. Daniel Silva, Procurador Adjunto. #acudam, grata pela amizade. Pelo espírito de sacrifício e apoio abnegado, sempre grata à minha família.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



6.

O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins
- enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Sara Isabel da Silva Maia

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. O CRIME DE FAVORECIMENTO PESSOAL FACE A FIGURAS AFINS – ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Sara Isabel da Silva Maia

- I. Introdução
- II. Objetivos
- III. Resumo
- 1. O crime de favorecimento pessoal
 - 1.1. Da autonomização do “encobrimento”
 - 1.2. O tipo de ilícito
 - 1.1.1. Bem jurídico e elemento subjetivo
 - 1.1.2. Elementos objetivos: o crime precedente
 - 1.1.3. Elementos objetivos: o julgamento do crime precedente
 - 1.1.4. A tentativa
 - 1.1.5. A comparticipação e classificação do tipo legal de crime
 - 1.1.6. A tipicidade das condutas do agente com a qualidade de médico ou advogado
 - 1.1.7. Da punibilidade
 - 1.1.8. Do tipo qualificado previsto no artigo 368.º do Código Penal
 - 1.1.9. Do Concurso
 - 1.3. Das figuras afins
- 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. Da competência para a investigação
 - 2.2. Da aplicação do segredo de justiça
 - 2.3. Dos meios de obtenção de prova e meios de prova
 - 2.4. Das medidas de coação

I. Introdução

Expurgado o auxílio “*post delictum*” do seio da comparticipação criminosa, a lei penal procedeu à autonomização da figura do encobrimento (real ou pessoal), vindo a consagrar novos tipos legais de crimes, como o favorecimento pessoal, que se encontra hoje previsto, respetivamente, na forma simples e qualificada, nos artigos 367.º e 368.º, ambos do Código Penal.

Contudo, apesar da autonomização da figura, não se mostram já inteiramente superadas as dificuldades decorrentes da necessária distinção entre cumplicidade e crime de favorecimento pessoal.

Por outro lado, a compreensão do tipo legal de crime, com as suas respetivas matizes (quanto a nós, ainda não totalmente exploradas) resulta facilitada no confronto com outras figuras afins, como sejam os crimes de recetação, auxílio material e branqueamento de capitais.

Finalmente, e sob um ponto de vista mais prático, pretendemos enunciar as questões mais relevantes no domínio da investigação deste tipo de crimes.

II. Objetivos

Nesse sentido, o presente trabalho visa dar a conhecer o enquadramento jurídico do crime de favorecimento pessoal (ponto 1) e a gestão prática do inquérito pela prática do crime de favorecimento pessoal (ponto 2).

Na primeira parte do trabalho, relativa ao enquadramento jurídico do crime de favorecimento pessoal, pretendemos caracterizar o tipo legal de crime (bem jurídico, elementos objetivos e subjetivos do tipo), assim como abordar outras questões, que se revelem de maior interesse teórico-prático, nomeadamente aquelas que concernem ao regime da tentativa, comparticipação, tipicidade das condutas levadas a cabo por médico e advogado, punibilidade e concurso.

Na segunda parte, respeitante à prática e gestão processual de inquérito que tenha por objeto a prática do crime de favorecimento pessoal, abordaremos matérias que se reconduzem à competência para a investigação, pertinência da aplicação de segredo de justiça, admissibilidade e relevância de meios de obtenção de prova e meios de prova e aplicabilidade de medidas de coação.

III. Resumo

O presente trabalho encontra-se dividido em dois pontos: o crime de favorecimento pessoal (ponto 1) e a prática e gestão processual (ponto 2).

Quanto ao ponto 1, que intitulamos de “*O Crime de Favorecimento Pessoal*”, pretende-se fazer uma breve abordagem histórica sobre a figura do encobrimento e a posterior autonomização do crime de favorecimento pessoal, e caracterizar, ainda que nuns pontos de forma mais ou menos pormenorizada, o tipo legal de crime (bem jurídico, elementos objetivos e subjetivos do tipo), o regime da tentativa, a comparticipação criminosa, a tipicidade das condutas levadas a cabo por médicos e advogados, a punibilidade e o concurso.

Relativamente ao ponto 2 – “*Prática e Gestão Processual*” – o trabalho pretende apresentar a visão prática da gestão do inquérito-crime, focando nos pontos concernentes à competência para a investigação, aplicação de segredo de justiça, meios de obtenção de prova e meios de prova e medidas de coação.

1. O crime de favorecimento pessoal

1.1. Da autonomização do “*encobrimento*”

A figura da comparticipação criminosa tem assumido ao longo dos tempos, diferentes contornos, sendo que atualmente a lei portuguesa distingue as seguintes formas: autoria e

cumplicidade¹, as quais se encontram consagradas, respetivamente nos artigos 26.º e 27.º do Código Penal.

Nos termos do artigo 26.º do Código Penal *“É punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”*.

Dessa feita, mostra-se possível distinguir diferentes formas de autoria: autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação.

A autoria imediata *“consiste na execução do facto pelo próprio agente (“quem executar o facto, por si mesmo”), verificando-se nele os elementos típicos objetivos e subjetivos”*.

A autoria mediata *“consiste na execução do facto por intermédio de um homem-da-frente (“quem executar o facto...por intermédio de outrem”), verificando-se no homem de trás os elementos típicos objetivos e subjetivos do crime. (...) O homem da frente é instrumentalizado pelo homem de trás, ou dito de outro modo, o homem de trás tem o domínio da vontade do homem da frente”*.

A execução do facto *“por acordo ou juntamente com outro ou outros”*, afirma-se como coautoria.

Finalmente, a instigação modela-se pela determinação dolosa de outrem, à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução.

Assim, *“a instigação consiste na determinação de outra pessoa à prática de um facto ilícito típico concreto, quando esta pessoa não tivesse anteriormente dolo desse facto ilícito típico”*.

Por isso, o instigador tem um dolo duplo, quer no que respeita à determinação de outrem para a prática do facto, como no que concerne ao concreto facto ilícito típico que pretende seja executado pelo instigado.

A cumplicidade, enquanto forma de participação, constitui um auxílio moral ou material à prática, por outrem, de um facto ilícito doloso.

Nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque *“o auxílio moral pode consistir no conselho ou influência do agente desde que ele já esteja previamente decidido à prática do facto (alias faturus ou omnimodo faturus). Trata-se, portanto, de um mero fortalecimento de uma decisão já tomada pelo autor de cometimento do facto. O auxílio material consiste na entrega de meios ou instrumentos ao autor que favoreçam a realização do facto pelo mesmo”*.

¹ Para alguns autores, a cumplicidade mostra-se como a única forma de participação, consagrada no sistema jurídico-penal português. Assim, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 824.

Dessa feita, o cúmplice assume-se como um “*facilitador*” da prática do crime.

De todo o modo, exige-se sempre que haja lugar à atuação dolosa, quer por parte do cúmplice, como do autor do facto – o designado dolo duplo.

Neste ponto, e no que ao presente estudo nos importa, cumpre referir que o sistema jurídico-penal português consagrou igualmente como forma de participação criminosa, a figura do **encobrimento**.

O encobrimento visava abarcar situações respeitantes à atuação *post delictum*, punindo como participante do facto típico ilícito precedente, o agente que, por exemplo, auxiliasse o autor na sua fuga (encobrimento pessoal) ou na sonegação de bens, por si, ilegitimamente apropriados (encobrimento real).

Contudo, desde pelo menos o Código Penal de 1982, o legislador português deixou de prever tal figura.

O que bem se compreende, pois mostra-se incongruente considerar que qualquer auxílio prestado após o facto contenha ligações ao nível do cometimento do próprio crime.

Com efeito, aquele que auxilia o autor de um crime de homicídio, proporcionando-lhe abrigo em sua casa, e assim frustrando a ação das autoridades, não pode qualificar-se como sendo participante daquele crime, tanto mais que o mesmo já se consumou, não se verificando qualquer nexo de causalidade² entre a atuação posterior do encobridor e a do autor do crime precedente.

Como escreve Figueiredo Dias, a propósito de participação: “*deve abstrair-se desde logo da figura do encobridor como participante: não parece poder haver, por não ser nem normativamente adequada, nem em rigor faticamente pensável, um participação ex post facto, isto é, depois do facto ter sido cometido e o tipo de crime realizado*”³.

Nessa medida, como também assinalado pelo Ilustre Professor, tanto o encobrimento pessoal como real (ex: recetação), devem constituir crimes autónomos, o que, aliás, mereceu acolhimento legislativo, nos artigos 231.º, 232.º, 367.º, 368.º e 368.º-A, todos do Código Penal.

² Ac. do STJ, de 31/03/2004, processo n.º 04P136, disponível em www.dgsi.pt: “*Nesta medida, no domínio da causalidade relevante na cumplicidade, não basta uma qualquer solidarização ativa que não seja causal do resultado. A pura passividade não é auxílio material, e também, por si só, não releva auxílio ou influxo psíquico em relação ao facto do agente*”.

³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *ob. citada*, p. 758.

1.2. O tipo de ilícito

1.2.1. Bem jurídico e elemento subjetivo

O crime de favorecimento pessoal, simples e qualificado, encontra-se hoje regulado nos artigos 367.º e 368.º do Código Penal, integrado no Capítulo III, intitulado “*Dos crimes contra a realização da justiça*”.

A sua inserção sistemática é relevante para aferição do bem jurídico protegido pelas respetivas normas incriminatórias, e que tem sido entendido como a **administração ou realização (estadual) da justiça**.

A consagração do tipo legal de crime, quer o simples, como o qualificado, visa garantir a realização da justiça, quer na sua vertente de investigação⁴ e perseguição criminal, como na sua vertente de execução penitenciária.

Como assinala A. Medina de Seíça, “(...) o bem jurídico protegido no crime de favorecimento é a realização da pretensão da justiça decorrente, em primeiro lugar, da prática de um crime e que posterga todas as ações que impeçam, no todo ou em parte, a prolação de uma resposta punitiva materialmente sustentada; e, em segundo lugar, decorrente de uma decisão judicial e que proíbe as condutas impeditivas da execução das consequências jurídicas nela determinadas”⁵.

O tipo legal de crime contido no artigo 367.º descreve duas modalidades de favorecimento, respetivamente, nos n.ºs 1 e 2, e que respeitam, por um lado, à fase do que designaremos de perseguição penal e por outro, à fase de execução penal, sendo que comum a qualquer delas é a prática de um crime precedente.

Ambas as modalidades exigem a verificação de um **comportamento doloso**. Contudo, a perfeição do crime não se compadece com o dolo eventual, pois conforme exigência contida no referenciado preceito legal, o agente do crime de favorecimento deverá atuar “*com a intenção ou com a consciência*” de evitar, para o beneficiário do encobrimento, a aplicação de uma pena ou medida de segurança ou a execução de tais sanções penais.

Relativamente ao crime pressuposto, na fase de perseguição criminal, mostra-se suficiente que o agente de favorecimento tenha atuado com dolo eventual, pois “*não se exige quer uma representação correta sobre o crime cometido, quer o conhecimento da identidade da pessoa*

⁴Conforme Ac. do TRC, de 12/03/2014, processo n.º 223/11.7GCCTB.C1, relator Abílio Ramalho, disponível em www.dgsi.pt: “Comete o crime de favorecimento pessoal consumado, o agente que, faltando à verdade, se dirige ao Posto da GNR, acompanhado do aviso interpelativo entregue anteriormente ao cidadão efetivamente surpreendido pela autoridade policial a conduzir a viatura, assumindo ser ele próprio quem a conduzia aquando dessa interseção, fazendo a apresentação, designadamente da respetiva carta de condução, por molde a que o verdadeiro condutor não fosse condenado pela prática de tais factos”.

⁵ MEDINA SEIÇA, A., *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, págs. 580 e 581.

beneficiada, bastando que o agente saiba que a sua conduta constitui um auxílio a alguém que cometeu um crime”⁶.

O mesmo se diga, no que concerne à prática de atos de encobrimento pessoal na fase de execução da pena, em que se exige a verificação de dolo eventual relativamente ao trânsito em julgado da condenação, condição, *sine qua none*⁷, para a verificação do crime contido no n.º 2 do preceito em análise.

1.2.2. Elementos objetivos: o crime precedente

O crime de favorecimento pessoal pressupõe a ocorrência de um crime prévio por parte do beneficiário de auxílio, afigurando-se aquele como um elemento objetivo essencial do tipo legal de crime em análise.

Neste ponto, o legislador entendeu que a atuação obstaculizadora da realização da justiça, verifica-se unicamente quando esteja em causa a prática de um crime precedente⁸ (ou pelo menos de um facto ilícito típico ao qual seja aplicável medida de segurança), e não já de uma contraordenação ou infração de natureza disciplinar.

Daí que se possa falar da existência de uma relação de acessoriedade do crime de favorecimento pessoal, relativamente ao crime precedente ou “*crime pressuposto*”⁹.

Na fase de perseguição penal, a identificada relação de acessoriedade, remete-nos, desde logo, para a identificação de alguns problemas, nomeadamente no sentido de saber se a o preenchimento do tipo legal de crime de favorecimento pessoal encontra-se dependente da verificação no crime pressuposto, de todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo de ilícito e também das respetivas condições de procedibilidade (v. g. o exercício do direito de queixa).

A dogmática penal caracteriza como elementos do crime, a existência de um facto típico, ilícito, culposo e punível¹⁰, pelo que, desde logo, exige-se ao aplicador de direito que efetue tal operação de subsunção dos factos ao direito que lhe permita concluir pela verificação do crime precedente.

⁶ Por isso não pratica um crime quem age convencido de que ajuda um inocente, por tratar-se de uma situação de erro, subsumível ao artigo 16.º do Código Penal, o qual exclui o dolo do agente.

⁷ Antes do trânsito em julgado da decisão judicial, mostra-se aplicável o n.º 1 do artigo 367.º do Código Penal.

⁸ Relativamente a figuras afins, como o auxílio material (artigo 232.º do Código Penal), recetação (artigo 231.º do Código Penal) e branqueamento de capitais (artigo 368.º-A do Código Penal), o legislador exige a verificação de um facto ilícito típico.

⁹ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*.

¹⁰ Na esteira de FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *ob. citada*, p. 265 e COSTA PINTO, Frederico de Lacerda, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo II, Almedina, 2013, p. 986, defendendo que “A plena realização de um tipo desencadeia assim três quadros distintos de valorações, através dos quais se analisa o facto punível em aspetos que transcendem a simples violação da proibição penal: a ilicitude, a culpabilidade e a punibilidade. A conformidade dos factos ao tipo legal é controlada pela sua sujeição no plano sistemático aos crivos axiológicos do tipo de ilicitude, do tipo de culpa e do tipo de punibilidade, de forma a decidir sobre a atribuição da responsabilidade penal.”

Em face do exposto, a ausência de verificação dos elementos objetivos ou subjetivos do facto praticado pelo beneficiário da atuação do agente do favorecimento, deverá fazer soçobrar o crime previsto no artigo 367.º do Código Penal (assim, por exemplo, quando o tipo legal de crime assuma natureza dolosa e a conduta apenas possa ser imputada ao agente a título de negligência).

De igual modo, sempre que se verifiquem causas de exclusão da ilicitude (v. g. atuação em legítima defesa, nos termos do artigo 32.º do Código Penal) ou da culpa (v.g. no caso em que a conduta seja levado a cabo no quadro de um estado de necessidade desculpante, em conformidade com o disposto no artigo 35.º do Código Penal) no âmbito do facto precedente, carece de preenchimento o elemento objetivo do tipo legal de crime de favorecimento pessoal.

Aqui, excepcionando, claro, as situações fácticas em que não se mostre possível a realização de um juízo de censura ao agente, mas que, ainda assim, e sem prejuízo da ausência de culpa, seja de aplicar medida de segurança (cfr. artigo 20.º do Código Penal), situação essa que se mostra expressamente contemplada no n.º 1 do artigo 367.º do Código Penal.

Esta é, quanto a nós, a interpretação compatível com a letra da lei, na medida em que o n.º 1 do artigo 367.º do Código Penal preceitua que *“Quem, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir atividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime (sublinhado nosso), seja submetida a pena ou medida de segurança, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”*.

Portanto, a ausência de preenchimento de todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo legal de crime ou a verificação de causas de justificação (excludentes da ilicitude) ou de exculpação (excludentes da culpa), no domínio do facto precedente, impede a verificação do crime de favorecimento pessoal, por não se mostrar preenchido o elemento objetivo: verificação de crime precedente.

Em sentido concordante, A. Medina Seïça, Paulo Pinto de Albuquerque, Miguez Garcia e Castela Rio.

Já quanto às condições de procedibilidade no domínio do crime pressuposto, como disso é exemplo o exercício do direito de queixa, A. Medina Seïça¹¹ defende que, nos casos de crimes de natureza semipública ou particular, o não exercício do direito de queixa, é impeditivo da perseguição criminal ao *“encobridor”*, distinguindo aqui a ação de favorecimento, ela mesma destinada a evitar a apresentação de queixa, caso em que o facto praticado deverá ser punido¹².

O sistema jurídico-penal português definiu que, relativamente a certo tipo de crimes, a perseguição criminal está dependente de uma declaração de vontade do titular do bem

¹¹ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, págs. 585 e 586.

¹² MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 586, “v.g. coagindo o titular a não a apresentar”.

jurídico protegido pela incriminação, atribuindo-lhe um direito de queixa (artigo 113.º do Código Penal).

O não exercício¹³, renúncia ou desistência de tal direito, por parte do respetivo titular, impede qualquer atuação investigatória pelo Ministério Público, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 48.º, 49.º e 50.º do Código de Processo Penal, pelo que mal se compreenderia que perante tais circunstâncias se advogasse a legitimidade do titular da ação penal para perseguir criminalmente o agente do favorecimento.

Mostra-se punível a ação de favorecimento destinada a *“provocar a ocorrência das condições negativas de punição (como a prescrição do procedimento criminal) ou a evitar a reabertura de um processo arquivado por falta de indícios suficientes, mas ainda não prescrito”*¹⁴.

Maiores discordâncias verificam-se no que respeita à punibilidade do favorecimento, quando aquele tem lugar depois do crime amnistiado ou prescrito ou depois da morte do autor.

Por tratar-se de um crime putativo¹⁵, Paulo Pinto de Albuquerque¹⁶ considera que a conduta não é punível, nem a título de tentativa.

Miguez Garcia e Castela Rio¹⁷, pelo contrário, advogam, nestes casos, a punibilidade do favorecimento, na forma tentada.

Na verdade, o n.º 4 do artigo 367.º dispõe que a tentativa é punível nas duas modalidades de favorecimento e ocorre sempre que o agente pratique atos de execução do favorecimento, mas sem que, ainda assim, consiga impedir, frustrar ou iludir a atividade de investigação ou a execução da pena ou medida de segurança.

Nesse sentido, configuraria tentativa de favorecimento, o agente policial que avisa o autor do crime de tráfico de estupefacientes de que foram emitidos mandados de busca domiciliária, de forma a impedir que sejam encontrados objetos correlacionados com o crime, mas fá-lo tardiamente, pelo que a busca é realizada sem que o beneficiado pelo favorecimento tenha tido oportunidade de empreender qualquer conduta.

Atentemos ao artigo 23.º do Código Penal:

¹³ Pense-se, por exemplo, na vítima maior de um crime de violação, que em ordem a evitar a exposição pública do sucedido, decide não apresentar queixa. Se, apesar disso o Ministério Público tivesse legitimidade para perseguir criminalmente o agente do favorecimento pessoal, certamente o objetivo visado pela ofendida fracassaria, pois, a conduta precedente teria que ser alvo da necessária comprovação pelas autoridades judiciárias e aquela ver-se-ia na contingência de prestar declarações quanto a um acontecimento que, legitimamente, preferiu esquecer.

¹⁴ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, p. 1143.

¹⁵ *“Distinta da tentativa impossível é o crime putativo, isto é, a conduta do agente que a lei penal não prevê sequer, não obstante o agente estar convencido da sua punibilidade”* – PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. citada*, p. 190.

¹⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1143.

¹⁷ MIGUEZ GARCIA, M. e CASTELA RIO, J. M., *Código Penal – Parte Geral e Especial, com Notas e Comentários*, 2.ª edição, Almedina, 2015, p. 1273.

“ 1 - Há tentativa quando o agente praticar atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se.

2 - São atos de execução: ¹⁸ a) Os que preencherem um elemento constitutivo de um tipo de crime; b) Os que forem idóneos a produzir o resultado típico; ou c) Os que, segundo a experiência comum e salvo circunstâncias imprevisíveis, forem de natureza a fazer esperar que se lhes sigam atos das espécies indicadas nas alíneas anteriores”.

Analisando tal preceito, e tomando em consideração que o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 367.º do Código Penal é a realização da justiça, julgamos que aquele que age convencido de que, com a sua conduta, favorece o participante do crime precedente que, à data dos factos, já se encontra amnistiado ou prescrito ou em que o beneficiado já faleceu, não deverá ser punido a título de tentativa, pois, os atos praticados, não podem considerar-se atos de execução, nos termos do artigo 23.º, n.º 2, do Código Penal, não sendo ainda de qualificar tal conduta como tentativa impossível¹⁹ (artigo 23.º, n.º 3, do Código Penal).

1.2.3. Elementos objetivos: o julgamento do crime precedente

Tomando em consideração que a prática do crime de favorecimento se encontra numa relação de acessoriedade relativamente ao crime precedente, pois o primeiro não se verifica sem o outro, impõe-se saber se a lei determina o julgamento do crime precedente.

Como consequência lógica do que foi já dito, nomeadamente quanto à verificação da consumação do crime de favorecimento pessoal nos casos em que a atuação tenha visado (e logrado) a prescrição do procedimento criminal do facto antecedente, consideramos que a lei não exige, como, aliás, não pode exigir, sob pena de esvaziamento do próprio tipo legal de crime, o prévio julgamento do beneficiado pelo favorecimento.

Reconhecendo-se contudo que, porque umbilicalmente ligados, a apreciação do favorecimento demanda o conhecimento da verificação do crime precedente, mas sem o grau de certeza que seria exigível em sede de julgamento.

Embora Eduardo Correia, em sede de Comissão Revisora do Código Penal, tenha sustentado que *“não deve ser punido o encobrimento no caso em que o facto não chega a julgamento, neste caso a conduta não atinge o grau de gravidade que justifique uma sanção penal deste tipo”*, certo é que a própria norma, no seu n.º 3, para efeitos de limitação da medida da pena, não exige que o agente do crime precedente tenha sido julgado.

¹⁸ Exemplos de atos de execução, são, por exemplo, ocultar o perseguido, destruir pistas, provas, prestar falsas informações às autoridades, facilitar a fuga, fornecer documentos falsos ou dinheiro.

¹⁹ Exemplo disso seria uma situação em que o encobridor recebe o seu amigo em casa, que havia cometido um crime de homicídio, desconhecendo esse facto, e que recebe nessa noite a visita das autoridades policiais, e quando perguntado acerca da presença do agente do crime precedente naquela casa, o encobridor responde negativamente, sendo que, naquele momento, o beneficiado já não se encontrava na sua casa, por ter fugido logo após se ter apercebido da presença das autoridades policiais.

1.2.4. A tentativa

No quadro do favorecimento pessoal, mostra-se de extrema importância a distinção entre consumação e tentativa, nomeadamente, atendendo a que disso depende, por exemplo, a punição do “atraso” na investigação ou na execução da pena ou medida de segurança.

Como já acima se disse, o favorecimento assume duas modalidades, previstas nos seus n.ºs 1 e 2, consubstanciando ambas um crime de dano e de resultado.

Para Paulo Pinto de Albuquerque²⁰ e A. Medina de Seíça²¹, ambas as modalidades consubstanciam um crime de dano e de resultado²².

Diz A. Medina de Seíça²³ que “(...) parece-nos legítima a redução interpretativa do art. 367.º, n.º 2, reconduzindo, desta forma, as duas modalidades de favorecimento pessoal, a autênticos crimes de resultado, verificando-se a consumação apenas quando a submissão de uma pessoa a pena ou medida de segurança ou a execução dessas sanções sejam, no todo ou em parte, impedidas, frustradas ou iludidas”.

A distinta classificação não assume, obviamente, apenas interesse teórico, apresentando-se como fulcral para o entendimento da tentativa, na medida em que assumindo-se ambos como crimes de resultado, a consumação do crime constante do n.º 2 não se basta com a prestação de auxílio mas aquela tem de encontrar-se acompanhada do efetivo impedimento, frustração ou ilusão de execução de pena ou de medida de segurança.

Entendendo que a consumação ocorre quando a atuação do encobridor tenha logrado, efetivamente, evitar a sujeição do beneficiado pela ação, a pena ou medida de segurança ou à execução dessas sanções, que relevância deverá ter a verificação de atrasos na aplicação das sanções penais, decorrente de uma conduta que vise “(...) total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir atividade probatória ou preventiva de autoridade competente”, mas que, ainda assim, não tenha alcançado tal desiderato?

Ou seja, a conduta do agente do favorecimento não impediu a aplicação da sanção penal, mas, através da colocação de entraves à investigação, dificultou a sua aplicação em tempo útil.

Do ²⁴aresto do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/11/2011²⁵, resulta a condenação de um agente policial pela prática de um crime de favorecimento, na forma consumada, decorrente do atraso que a sua atuação significou para a atividade investigatória.

Assim, aí, pode ler-se que:

²⁰ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1142.

²¹ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 583.

²² Embora a redação do n.º 2 do artigo 367.º, pareça configurar um crime de mera atividade, bastando-se para a consumação do crime com a prestação do auxílio, não se exigindo a verificação do desvalor do resultado (ou seja, que o beneficiado não cumpra a pena ou medida de segurança).

²³ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 583.

²⁴ Ac. TRL, de 08/11/2011, processo n.º 178/04.4TASRQ.L1-5, relator José Adriano, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵ Ac. TRL, de 08/11/2011, processo n.º 178/04.4TASRQ.L1-5, relator José Adriano, disponível em www.dgsi.pt.

“Iº O agente da autoridade que, no decurso de uma operação policial, constata que determinada pessoa, que ele sabia estar inibida de conduzir, conduzia veículo automóvel, estava funcionalmente obrigado a detê-lo e apresentá-lo em tribunal para julgamento sumário, favorecendo-o ao permitir que a mesma continuasse a viagem conduzindo o respetivo veículo em situação ilegal;

IIº O facto daquele condutor ter sido posteriormente condenado por aquela mesma conduta ilícita – condução de veículo em violação da proibição que lhe foi imposta – não afasta a tipicidade do crime imputado àquele agente da autoridade;

IIIº O crime de favorecimento pessoal consuma-se sempre que, por causa da ajuda prestada:

a) A imposição da pena ou da medida de segurança não têm lugar;

b) A sanção criminal é aplicada, mas é-o em medida ou espécie menos grave da que seria correta;

c) Houve lugar à aplicação de sanção criminal, mas de modo extemporâneo, por ter ocorrido um sensível atraso na investigação ou na aplicação daquela sanção.”

Para tanto, fundamenta o acórdão citado que:

“Em consequência da conduta do arguido A..., o arguido B... não foi detido em flagrante delito, não foi julgado em processo sumário – em princípio no prazo de 48 horas – e só foi condenado, após inquérito e julgamento em processo comum, passados seis anos.

O que constitui uma diferença abismal e com consequências relevantíssimas.

A medida de inibição de conduzir imposta ao arguido B... devia vigorar por um período de 8 meses (uma sanção acessória de 3 meses e outra de 5 meses).

Quando ocorreu a situação dos autos estava a decorrer o período de inibição. Se o arguido B... tivesse sido logo detido e condenado pelo respetivo crime (art. 353.º, do CP) em processo sumário, teria tal condenação pleno efeito ainda no decurso do prazo de execução da medida acessória de inibição de condução, com todas as vantagens daí advenientes em termos de prevenção especial, como efeito dissuasor no exercício da condução em situação ilegal, enquanto que a condenação decretada após aquele longo período de tempo (mais de 6 anos depois) não produziu, naquele aspeto, quaisquer efeitos.

Pelo que, o resultado previsto na norma incriminadora não deixou de ser atingido, tendo-se consumado o crime cometido pelo recorrente.

De qualquer forma, sempre se dirá que a não verificação do resultado nunca conduziria, no presente caso, à absolvição do recorrente, como ele pretende, pois a tentativa do crime em apreço é punível face ao disposto no n.º 4 do citado art. 367.º, do CP.

Mas, mais uma vez se afirma, o crime cometido pelo arguido A... não se ficou pelo estádio da tentativa, tendo-se consumado”.

Na doutrina alemã, onde a problemática tem sido analisada com maior profundidade, a posição maioritária tem defendido que o crime²⁶ consuma-se desde que a conduta de favorecimento tenha retardado durante um tempo considerável a investigação criminal.

Para Lenkner²⁷ qualquer atraso, exceto se totalmente insignificante, consuma o delito.

Para ²⁸outros autores alemães, qualquer intromissão desvantajosa para a atividade dos órgãos de administração da justiça, mostra-se bastante para a verificação do crime ou mesmo quando da conduta do encobridor resulta a simples melhoria da posição do agente do crime antecedente.

O autor português A. Medina de Seíça acolheu a posição maioritariamente defendida pela doutrina alemã, sustentando que *“(...) a realização da justiça não se traduz, apenas, no momento final e emblemático em que se dá a prolação definitiva da sentença. (...) o atraso na marcha do processo implica já um prejuízo para a pretensão da justiça. (...) Assim, a consumação verifica-se sempre que a conduta causa um sensível atraso na investigação ou na aplicação de medidas processuais. Para a tentativa ficam todos os atos idóneos a provocar o resultado típico mas que, por razões alheias à vontade do autor, não impediram a atividade probatória ou preventiva. Por exemplo, apesar das roupas fornecidas ao fugitivo, a detenção realizou-se de imediato”*²⁹.

Discordamos com tal posição, atendendo, nomeadamente, às dificuldades interpretativas geradas pela necessária integração de um conceito indeterminado como *“sensível atraso na investigação”*. Ficaria, assim, à consideração do intérprete, a qualificação como consumada da conduta típica que tivesse conduzido a atrasos na investigação? Exigir-se-ia um atraso de dias, semanas, meses ou anos?

Com Paulo Pinto de Albuquerque³⁰, consideramos que tal criaria uma insegurança intolerável num Estado de Direito, e, nessa medida, o atraso na investigação³¹, poderá constituir favorecimento pessoal, mas somente forma tentada.

²⁶ S/S/Stree § 258, 16 e M/ S/ Maiwald, II, 398, *apud* MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 591.

²⁷ *Apud* MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 592.

²⁸ *Apud* MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 592.

²⁹ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 593.

³⁰ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1144. Também SAMSON tem defendido que só se verifica a consumação do crime de favorecimento pessoal, quando há lugar a uma decisão que não corresponde à imposta pelo direito, como por exemplo, quando, por via da conduta de favorecimento, o agente do facto antecedente é absolvido, ou condenado numa pena inferior à devida ou vê o seu processo prescrito – *apud* A. MEDINA DE SEIÇA, *ob. citada*, p. 592.

³¹ A propósito do crime de denegação de justiça, entendeu o STJ, de 08/02/2007, processo n.º 06P4816, relator Maia Costa, disponível em www.dgsi.pt, que *“O atraso processual só por si é insuficiente para caracterizar o elemento típico do crime de denegação de justiça”*.

1.2.5. A comparticipação e classificação do tipo legal de crime

O crime de favorecimento pessoal admite a autoria, instigação e cumplicidade, assinalando-se que o agente do crime de favorecimento não pode ser também comparticipante no crime precedente, pois a atuação de encobrimento é alheia ao facto prévio. Daí que não se possa discernir qualquer participação do encobridor no facto criminoso de quem beneficia da sua atuação de favorecimento, o que tem especiais repercussões na delimitação dos conceitos de cumplicidade e de favorecimento.

Constitui, na sua forma simples, um crime comum, e por isso pode ser praticado por qualquer pessoa.

Quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido, deverá ser classificado como um crime de dano e quanto à forma de consumação do ataque ao objeto da ação, como um crime de resultado.

É um crime de execução livre, por ser indiferente o modo de causar o resultado.

O crime de favorecimento pessoal admite a omissão, desde que sobre o agente impenda o dever de denúncia ou perseguição da pessoa favorecida. Neste sentido, não havendo um dever geral de denúncia para o cidadão comum, não pode aquele praticar o crime, por via de uma conduta omissiva.

1.2.6. A tipicidade das condutas do agente com a qualidade de médico ou advogado

Pela posição que assumem, a prática do crime de favorecimento por certos profissionais, como médicos e advogados, assume especiais contornos, atendendo, nomeadamente, às condutas que podem ser consideradas atípicas, em face de cláusulas de adequação social e justificação.

Julgamos que o médico encontra-se deontologicamente obrigado à prestação de cuidados de saúde, visando a proteção da saúde e vida de terceiros, pelo que o auxílio prestado nesse âmbito, não preencheria já todos os elementos típicos.

Situação distinta seria se o médico, fazendo uso dos seus conhecimentos técnicos, realizasse uma operação plástica³² ao agente do crime precedente, mudando-lhe a aparência física, para eximi-lo da sua responsabilidade penal.

Complicado também é discernir os limites da atuação lícita do advogado, pois se é certo que o advogado se assume como aquele que deve garantir a defesa do seu cliente, não menos correto é afirmar-se que a sua atuação deve reger-se pela observância da lei e das respetivas regras deontológicas, sob pena de assim não sendo, o exercício das funções de defensor lhe granjear uma espécie de imunidade total, intenção essa que não foi claramente aquela adotada pelo legislador.

³² Exemplo dado por PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1143.

Para A. Medina de Seiça, *“em tese geral, pode dizer-se que a utilização, por parte do defensor, a todos os expedientes processuais legalmente admitidos, ainda que estes impliquem um efetivo retardar da investigação, mantém-se fora do âmbito do art. 367.º”*³³.

Será ilícita, contudo, a atuação do advogado que, por exemplo, ajudar o cliente na fuga, eliminar vestígios do crime, convencer ou coagir o declarante a prestar falsas declarações, pois tais comportamentos são já contrários às regras estatutárias e deontológicas.

1.2.7. Da punibilidade

O artigo 367.º, n.º 3, do Código Penal preceitua que *“A pena a que o agente venha a ser condenado, nos termos dos números anteriores, não pode ser superior à prevista na lei para o facto cometido pela pessoa em benefício da qual se atuou”*.

Estabelece-se uma limitação de pena para o crime de favorecimento, pois dada a relação de acessoriedade já descrita, não seria compreensível que aquele que auxilia no encobrimento do crime pudesse ser punido com maior severidade do que aquele que beneficia do favorecimento.

Neste sentido o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/10/1990, processo n.º 041086, relator Lopes de Melo, disponível em www.dgsi.pt: *“O julgamento da pessoa a favor de quem se agiu não constitui um pressuposto necessário do crime de favorecimento pessoal, tendo apenas o alcance de, na determinação da pena concreta a aplicar, se atender ao limite máximo da moldura penal abstrata estabelecida para o facto pelo qual foi julgada a pessoa em benefício de quem se atuou”*.

O n.º 5 do artigo 367.º determina expressamente duas causas de exclusão da punibilidade:

- a) Tratando-se de agente que, com o facto, procurar ao mesmo tempo evitar que contra si seja aplicada ou executada pena ou medida de segurança;
- b) Tratando-se de cônjuge, os adotantes ou adotados, os parentes ou afins até ao 2.º grau ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que viva em situação análoga à dos cônjuges com aquela em benefício da qual se atuou.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto, pronunciando-se quanto à função das causas de não punibilidade, conclui que, *“A sua função mais evidente parece ser a de adequar e equilibrar a intervenção punitiva do Estado, fazendo com que a severidade abstrata da lei penal seja mitigada em função de algumas circunstâncias concretas (mas normativamente formuladas) que, a verificarem-se, implicam uma fratura entre a realização do ilícito culposo e a sua efetiva conexão com a pena. O que significa, por um lado, manter como válida a vigência da proibição*

³³ A título de exemplo, situações em que o advogado saiba da efetiva prática do crime pelo arguido, e ainda assim requeira produção de meios de prova, interponha recursos, tente convencer o ofendido à não apresentação ou desistência de queixa.

e a sua função de tutela dos bens jurídicos e, por outro, questionar a adequação da pena ao caso concreto”³⁴.

Atentemos, à exclusão da punibilidade contida na al. a):

O tipo incriminador do artigo 367.º do Código Penal, não admite que o agente do crime precedente seja punido, nos casos de autoencobrimento, ou seja quando ele procura através da ação de favorecimento obviar à sua condenação.

Como já avançamos, somente um terceiro, alheio ao facto criminoso prévio, pode ser agente (autor, instigador, cúmplice) do crime de favorecimento.

Nessa medida, a própria construção do tipo de ilícito afasta a comparticipação do agente do facto prévio, pelo que, em bom rigor, parece-nos que seria até desnecessária a expressa³⁵ consagração desta causa de não punibilidade.

De todo o modo, tal exclusão radica ainda em razões de política criminal, que se prendem com o facto do sistema jurídico-penal não poder exigir ao agente do crime a colaboração³⁶ para a sua condenação.

“Este não tem uma obrigação de se autodenunciar ou de colaborar com a justiça para a sua própria condenação —recorde-se o direito ao silêncio e a impunidade da fuga e da mentira, como exemplos, bem como a impunidade da ocultação ou destruição de provas que o incriminam salvo se constituir crime de dano. Essa é igualmente a razão material pela qual são atípicas as condutas de exaurimento, consolidação e garantia — recetação e favorecimento—, quando levadas a cabo pelo próprio agente”³⁷.

Quanto à exclusão da punibilidade contida na al. b):

A lei afasta expressamente a punição do cônjuge, adotantes ou adotados, os parentes ou afins até ao 2.º grau ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que viva em situação análoga à dos cônjuges com aquela em benefício da qual se atuou.

³⁴ COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *ob. citada*, p. 577.

³⁵ Embora sempre se possa dizer que as causas de não punibilidade devem ser expressamente previstas pelo legislador, em ordem à sua aplicação pelos Tribunais, a própria construção do tipo incriminador afasta a comparticipação por parte do crime precedente.

³⁶ Que em termos processuais se pode designar como *nemo tenetur se ipsum accusare*, ou seja como o direito à não autoincriminação, corolário do princípio constitucional da presunção de inocência consagrado no artigo 32.º, n.º 2 da Lei Fundamental, e que abrangeria o direito ao silêncio e a não oferecer prova incriminatória. Muito embora, tal princípio não seja absoluto — Ac. Uniformizador de Jurisprudência do STJ n.º14/2014, estabelecendo que “Os arguidos que se recusarem à prestação de autógrafos, para posterior exame e perícia, ordenados pelo Exm.º Magistrado do M.º P.º, em sede de inquérito, incorrem na prática de um crime desobediência, previsto e punível pelo artigo 348.º, n.º 1 b), do Código Penal, depois de expressamente advertidos, nesse sentido, por aquela autoridade judiciária”.

³⁷ GODINHO, Jorge, “Sobre a Punibilidade do Autor de Um Crime Pelo Branqueamento das Vantagens Dele Resultantes”, 2009, disponível em www.oa.pt, pp. 103 e 104.

Considerou assim o legislador que, objetivamente, as relações de conjugalidade, parentesco e afinidade, deverão ser consideradas como justificativas da não punição do agente do favorecimento, em tudo análogo a uma situação de inexigibilidade.

Perante os interesses contrapostos da administração da justiça e da conservação de certos vínculos de valor moral e afetivo, o ordenamento jurídico optou pela renúncia à aplicação da pena.

No quadro das relações conjugais e familiares, tal como as perspetivamos hoje, não seria exigível a um pai que deixasse de acolher o filho que cometera um crime, em ordem a garantir a sua impunidade.

Embora sendo qualificada como matéria respeitante à não punibilidade, muitos autores consideram tratar-se, na realidade, de uma causa de exculpação, reconduzida à inexigibilidade de comportamento distinto.

Na senda dos ensinamentos de Figueiredo Dias³⁸, que considera a inexigibilidade como estando ligada ao juízo de censura efetuado ao agente do crime, e não como exclusão da sua responsabilidade penal, Paulo Pinto de Albuquerque³⁹, A. Medina de Seíça⁴⁰, Cavaleiro de Ferreira⁴¹ e Taipa de Carvalho⁴².

Pelo contrário, Frederico de Lacerda da Costa Pinto, entende que *“estamos perante uma causa de desculpa na situação de auto favorecimento necessário ou reflexo (artigo 367.º, n.º 5, alínea a) do Código Penal) e perante uma causa de exclusão da punibilidade nas situações de favorecimento entre cônjuges, parentes ou afins (artigo 367.º, n.º 5, alínea b), do Código Penal)”*⁴³.

Na perspetiva do autor⁴⁴ acima citado não há, assim, lugar à aplicação do artigo 16.º, n.º 2 do Código Penal, que regula a matéria de erro, pois a cláusula de não punibilidade contida na al. b) do n.º 5 do artigo 367.º funciona objetivamente, devendo ser imune às representações do agente.

Por seu turno, para A. Medina de Seíça⁴⁵, o funcionamento do privilégio não depende apenas da representação do agente, tendo plena aplicabilidade o regime do erro.

Nesta última perspetiva, a não punibilidade operaria nos casos em que o agente erroneamente acreditasse estar a atuar em favor de um familiar, mas já não nos casos em que o agente desconhece que a pessoa a quem presta auxílio é um seu familiar.

³⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *ob. citada*, pp. 608 e ss.

³⁹ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1145.

⁴⁰ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, pp. 600 e 601.

⁴¹ *Apud* PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1145.

⁴² *Apud* PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1145.

⁴³ COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *ob. citada*, p. 743.

⁴⁴ COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *ob. citada*, p. 743.

⁴⁵ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 601.

1.2.8. Do tipo qualificado previsto no artigo 368.º do Código Penal

No artigo 368.º do Código Penal estabelece-se uma forma agravada do crime de favorecimento pessoal, quando praticado por funcionário, sendo classificado como um crime específico impróprio.

Assim, como assinala Paulo Pinto de Albuquerque⁴⁶, não se mostra necessário que o funcionário tenha agido no processo, bastando que ele tenha “competência” para tanto. Por isso, pode ser-lhe imputada a prática do crime por omissão quando ele tiver a competência concreta sobre o processo em causa.

Nesta sede, a conduta omissiva assume particular relevância, nomeadamente no que concerne à omissão de denúncia imposta por dever de serviço.

Nos termos do artigo 242-º, n.º 1, als. a) e b), do Código de Processo Penal, as autoridades judiciárias e entidades policiais têm o dever de denunciar todos os crimes de que tenham conhecimento e os funcionários deverão fazê-lo relativamente aos crimes de que tenham conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

Do exposto, relativamente ao dever de denúncia contido na al. a), entendemos que tal dever deverá ser alvo de restrição, preenchendo-se o tipo legal apenas quando o funcionário não denuncie os crimes de que tenha conhecimento no exercício das suas funções.

Quanto ao mais, não resultam especificidades relativamente ao tipo simples, em matéria de bem jurídico protegido pela incriminação, e respetiva classificação, apresentando-se como um crime de dano e resultado valendo no essencial tudo quanto dito relativamente sobre tipo objetivo e subjetivo e tentativa.

Sem prejuízo de se entender que não é aplicável a limitação da medida da pena, prevista no n.º 3 do artigo 367.º.

Pelo contrário, ainda que não se encontre expressamente consagrado, a doutrina majoritária⁴⁷ entende que as causas de exclusão da punição são aplicáveis ao crime qualificado.

O que, quanto a nós, é a solução mais ajustada, atendendo a que não se vislumbra qualquer causa justificativa do afastamento das razões que se encontram subjacentes à não punibilidade, nomeadamente relativa à aceitação do autoencobrimento como comportamento expectável e não censurável por parte do agente do crime e também à necessidade de manutenção da coesão familiar, que não deixa de se manifestar como um princípio a assegurar, quando a prática do crime é levada a cabo por funcionário.

⁴⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1146.

⁴⁷ MEDINA DE SEIÇA, A., *ob. citada*, p. 604 e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. citada*, p. 1146. Em sentido contrário, acórdão do STJ, de 31/10/1990, processo n.º 041086, disponível em www.dgsi.pt.

Os exemplos jurisprudenciais parecem apontar no sentido de que nos Tribunais tem sido tratada com mais frequência, a prática do crime qualificado do que simples.

Assim, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08/11/2011, processo n.º 178/04.4TASRQ.L1-5, relator José Adriano, disponível em www.dgsi.pt: *“O agente da autoridade que, no decurso de uma operação policial, constata que determinada pessoa, que ele sabia estar inibida de conduzir, conduzia veículo automóvel, estava funcionalmente obrigado a detê-lo e apresentá-lo em tribunal para julgamento sumário, favorecendo-o ao permitir que a mesma continuasse a viagem conduzindo o respetivo veículo em situação ilegal”*.

Debruçando-se sobre o crime de favorecimento pessoal por funcionário também o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31/10/1990, processo n.º 041086 e acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12/03/2014, processo n.º 223/11.7GCCTB.C1, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

1.2.9. Do Concurso

O concurso, seja de crimes (ou também designado efetivo) ou de normas, mostra-se como uma das mais complexas matérias do domínio do Direito Penal, com essencial relevância para efeitos de determinação da punição do agente.

Não sendo esse o objeto do presente trabalho, tentaremos apenas apresentar, em traços gerais, a posição doutrinária e jurisprudencial quanto ao concurso de crimes e de normas.

O Código Penal, no seu artigo 30.º, trata apenas do concurso de crimes e não já do concurso de normas. No seu n.º 1, preceitua-se que *“O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”*, podendo alcançar-se que na primeira parte se fala em concurso real⁴⁸, e na segunda parte do preceito, em concurso ideal. Do referenciado preceito, conclui-se ainda pela distinção entre concurso homogéneo (o número de crimes determina-se pelo número de vezes que o mesmo tipo legal de crime for preenchido) e heterogéneo (o número de crimes determina-se pelo número de tipos legais de crime cometidos).

A propósito Eduardo Correia⁴⁹ fazia assentar a pluralidade de crimes em três critérios cumulativos: a diferença do bem jurídico protegido pelo tipo; a pluralidade de resoluções criminosas⁵⁰; e a conexão temporal dos vários momentos de conduta do agente.

⁴⁸ Ac. do STJ, de 13/10/2004, processo n.º 04P3210, relator Henriques Gaspar, disponível em www.dgsi.pt: *“O concurso efetivo de crimes de crime é real quando o agente pratica vários atos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de ações) e é ideal quando através de uma mesma ação se violam normas penais ou a mesma norma repetidas vezes (unidade de ação)”*.

⁴⁹ CORREIA, Eduardo *apud*, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 218.

⁵⁰ Com função indiciária da verificação da pluralidade de crimes.

Para Figueiredo Dias, “(...) é a unidade ou pluralidade de sentidos de ilicitude típica, existente no comportamento global do agente submetido à cognição do tribunal, que decide em definitivo da unidade ou pluralidade de factos puníveis e, nesta aceção, de crimes”, concluindo, assim que ⁵¹“Se, face às normas concreta e efetivamente aplicáveis, vários tipos legais de encontrarem preenchidos pelo comportamento global haverá concurso, mas não necessariamente concurso efetivo ou puro. Este não pode existir se se verificar que à pluralidade de normas efetivamente aplicáveis corresponde, apesar dela, um sentido jurídico-social de ilicitude material dominante, verificando-se então um concurso aparente ou impuro”⁵².

O pensamento de Eduardo Correia acabou por ser aquele subjacente à disposição penal reguladora do concurso.

O critério do distinto bem jurídico tem, de igual forma, vindo a alicerçar-se na jurisprudência⁵³, nomeadamente, do Tribunal Constitucional⁵⁴.

Por outro lado, o concurso de normas⁵⁵, aparente ou concurso legal de crimes, verifica-se sempre que ao facto se mostram aplicáveis, em abstrato, vários tipos legais de crime, sendo, contudo, suficiente no concreto, a aplicação de apenas um deles. Ou seja, o intérprete vê-se deparado com a aparente aplicabilidade de várias normas penais, sendo que somente uma delas se mostra aplicável ao caso concreto que se visa decidir.

As formas de concurso de normas são a especialidade⁵⁶, a subsidiariedade⁵⁷ e a consunção⁵⁸.

Da classificação operada entre concurso efetivo de crimes, seja real ou ideal, homogéneo ou heterogéneo e o concurso aparente, depende a aplicação do regime de punição previsto nos artigos 77.º e 78.º do Código Penal.

Feito o presente enquadramento sumário, pretendemos, ora, identificar situações de concurso efetivo ou aparente ligadas ao crime de favorecimento pessoal.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *ob. citada*, p. 991.

⁵² FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *ob. citada*, p. 989.

⁵³ Ac. do STJ, de 27/05/2010, processo n.º 474/09.4PSLSB.L1.S1, relator Henriques Gaspar, disponível em www.dgsi.pt: “A razão teleológica para determinar as normas efetivamente violadas ou os crimes efetivamente cometidos, só pode encontrar-se na referência a bens jurídicos que sejam efetivamente violados. O critério do bem jurídico como referente da natureza efetiva da violação plural é, pois, essencial”.

⁵⁴ Acórdãos do TC n.ºs 102/99,356/2006 e 319/2012.

⁵⁵ Ac. do STJ, de 13/10/2004, processo n.º 04P3210, relator Henriques Gaspar, disponível em www.dgsi.pt: “A par categoria de concurso efetivo de crimes temos a de concurso aparente, onde as leis penais concorrem só na aparência, excluindo umas as outras, segundo regras de especialidade, subsidiariedade ou consunção”.

⁵⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 215: “A relação de especialidade verifica-se quando duas normas se encontram numa relação de género e espécie, ou seja, quando duas normas têm os mesmos elementos típicos, mas uma delas apresenta outros elementos distintivos que a particularizam”.

⁵⁷ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 216: “A relação de subsidiariedade verifica-se quando duas normas se encontram numa relação de grau, representando a norma dominada uma forma menos grave de violação do bem jurídico e a norma dominante uma forma mais grave de violação do mesmo bem jurídico”.

⁵⁸ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 216: “A relação de consunção verifica-se quando as normas se encontram numa relação de inclusão material, ou seja, quando o conteúdo de um facto ilícito típico inclui normalmente o de outro facto ilícito típico e a punição do primeiro esgota o desvalor de todo o acontecimento”.

O favorecimento pessoal encontra-se dependente da prévia consumação de um ou mais crimes, por parte do beneficiário do auxílio. Tendo este praticado mais do que um crime, o agente do favorecimento pratica, ainda assim, um único crime.

Do mesmo modo, a prática singular ou plural de atos de encobrimento constitui um só crime de favorecimento.

Se forem vários os beneficiários do encobrimento, o agente do favorecimento será punido a título de concurso efetivo, na medida em que o seu comportamento obviou a realização da justiça, relativamente a cada um dos participantes do facto prévio.

Atentas as circunstâncias em que se molda o crime de favorecimento pessoal, julgamos que se anteveem maiores dificuldades no domínio do concurso aparente, nomeadamente por via de aplicação das regras da consunção.

Com efeito, tomado pelo fito de beneficiar o beneficiário de auxílio, o agente levará a cabo atos/omissões, os quais, podem, eles mesmos, preencher distinto tipo legal de crime. Assim, por exemplo, no crime de falsidade de testemunho (artigo 360.º do Código Penal) e tirada de presos (artigo 349.º do Código Penal), há de considerar-se que os mesmos consomem o crime de favorecimento pessoal.

Verifica-se, porém, o concurso efetivo entre o crime de falsificação de documentos (artigo 256.º do Código Penal) e de favorecimento pessoal, ainda que o primeiro tenha sido de alguma forma “crime-meio”, utilizado para beneficiar o agente do crime precedente.

Mas outras hipóteses podem ser ponderáveis, nesta sede, nomeadamente quanto aos crimes de coação, suborno e denúncia caluniosa.

Exemplos:

1. *O terceiro que usa de violência para garantir que o ofendido não apresenta queixa, e ainda assim aquele vem a apresentá-la.*

A atuação do agente é suscetível de integrar o crime de coação e o crime de favorecimento pessoal, pelo menos na forma tentada.

No crime de coação, o bem jurídico protegido é a liberdade pessoal e no favorecimento pessoal, a realização da justiça, sendo, portanto, bens jurídicos distintos.

Tendo presente a noção apontada de consunção – *A relação de consunção verifica-se quando as normas se encontram numa relação de inclusão material, ou seja, quando o conteúdo de um facto ilícito típico inclui normalmente o de outro facto ilícito típico e a punição do primeiro esgota o desvalor de todo o acontecimento* –, bem como a redação do artigo 154.º, n.º 1 do Código Penal, que prescreve que *“Quem, por meio de violência ou de ameaça com mal importante, constranger outra pessoa a uma ação ou omissão, ou a suportar uma atividade, é*

punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa”, consideramos que o tipo do citado preceito, também inclui as atuações de terceiro que visem, em abono do agente do crime precedente, constranger o ofendido a uma omissão, como seja a não apresentação de queixa, pelo que o desvalor da ação e do resultado esgotam-se no preenchimento do tipo legal de crime de coação, não havendo lugar à punição, em concurso efetivo, com o crime de favorecimento pessoal.

- 2. O terceiro tenta convencer uma testemunha em troca de uma quantia pecuniária, a prestar um depoimento falso em sede de audiência de julgamento, sem que aquela venha, contudo, a fazê-lo.*

A atuação do agente é suscetível de integrar o crime de suborno e o crime de favorecimento pessoal, pelo menos na forma tentada.

Quer o crime de suborno como o crime de favorecimento pessoal, p. e p. respetivamente pelos artigos 363.º e 367.º do Código Penal, protegem o bem jurídico realização da justiça.

Também neste caso, julgamos que o tipo legal de crime p. e p. pelo artigo 363.º consome o crime de favorecimento, na forma tentada.

- 3. O terceiro, de forma a desviar as atenções quanto à identidade do agente da prática do crime precedente, apresenta denúncia junto das autoridades competentes, imputando a sua prática a outrem. Apesar disso, as autoridades encontram vários meios de prova que lhes permitem acusar o verdadeiro autor do crime.*

A atuação do agente é suscetível de integrar o crime de denúncia caluniosa e o crime de favorecimento pessoal, pelo menos na forma tentada.

Os bens jurídicos protegidos pelo crime de denúncia caluniosa, p. e p. pelos artigos 365.º do Código Penal, são a honra e liberdade da pessoa visada e, reflexamente, a realização da justiça.

Portanto, o bem jurídico protegido contém um “*plus*” relativamente ao crime de favorecimento pessoal.

Atendendo a que, com a sua conduta, o agente do crime de denúncia caluniosa não só lesa a realização da justiça, como a honra e liberdade de uma pessoa concretamente individualizada, consideramos que o desvalor do seu comportamento não se esgota com a sua punição por um ou outro crime, mostrando-se esta, quanto a nós, uma situação de concurso efetivo entre os crimes em referência.

Conforme resulta do que foi exposto, julgamos que o crime de favorecimento pessoal acaba por ser, na maioria das situações, consumido por outros crimes, sendo frequente o concurso aparente por contraposição ao concurso efetivo.

1.3. Das figuras afins

Expurgado o encobrimento, das formas de comparticipação⁵⁹, houve lugar à respetiva consagração de tipos legais de crime autónomos⁶⁰, respeitantes quer ao encobrimento real, como pessoal – recetação (artigo 231.º do Código Penal), auxílio material (artigo 232.º do Código Penal), favorecimento pessoal (artigo 367.º do Código Penal) e branqueamento de capitais (artigo 368.º-A do Código Penal).

Nessa medida, existe entre todos eles pontos que ora os aproximam, ora os afastam, o que pretendemos também aqui enunciar.

Cumpra desde logo referir que em todos os tipos legais de crime em análise, a perfectibilização do tipo objetivo encontra-se dependente da verificação de um facto prévio – relação de acessoriedade.

Contudo, no caso dos crimes de recetação, auxílio material e branqueamento de capitais o legislador exigiu tão só a verificação de facto ilícito típico, construção essa que não foi adotada no domínio do favorecimento, onde o tipo legal mantém o requisito de verificação de crime prévio, ressalvados os casos em que a atuação de favorecimento vise impedir a aplicação ou execução de medida de segurança, pois, nessa sede, já não estaremos a tratar da prática de crime.

Julgamos que, em qualquer dos casos, embora o facto ilícito típico não possa ser definido como crime, nomeadamente por se encontrar ausente o elemento essencial, que se reconduz à culpa do agente, se exige a verificação de um facto ilícito típico de natureza criminal e não por exemplo, de cariz contraordenacional⁶¹.

Mais se diga que no caso do favorecimento pessoal, o crime subjacente, pode ser qualquer um, contanto que seja crime, o que não se verifica suceder relativamente aos restantes tipos aqui enunciados.

Se atentarmos à redação dos artigos 231.º e 232.º, a atuação de favorecimento (real) radica num *“facto ilícito típico contra o património”*, e no caso do artigo 368.º-A, num catálogo, expresso da seguinte forma *“factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico*

⁵⁹ Nomeadamente da confusão que parecia existir entre encobrimento e cumplicidade, sendo que o encobridor não havia participado, de qualquer forma, no facto alheio já consumado.

⁶⁰ GODINHO, Jorge, *ob. citada*, p. 100: *“Mas tal alteração dos quadros dogmáticos não importou uma radical alteração de índole político-criminal: continua a fazer sentido a criminalização das adesões posteriores. A eliminação do encobrimento foi acompanhada da criminalização da recetação, do auxílio material ao criminoso, e do favorecimento pessoal (geral e praticado por funcionário), corolários da deslocação destas questões da Parte Geral para a Parte Especial”*.

⁶¹ É este o entendimento de Jorge Bravo, quando a propósito do estudo sobre fraude fiscal e branqueamento, escreve que *“Propendemos, por isso, para sustentar a interpretação de que a punibilidade por branqueamento apenas é viável relativamente aos factos que constituam fraude fiscal, rejeitando, correspondentemente, a hipótese de poder verificar-se, igualmente, quanto às contraordenações de fraude fiscal dos arts. 113.º, 118.º e 119.º, n.ºs 1 a 3 do RGIT, ou quaisquer outras”* – BRAVO, Jorge, *“Fraude Fiscal e Branqueamento: Prejudicialidade e Concurso”*, SCIENTIA IVRIDICA - Separata, setembro-dezembro de 2008, Tomo LVII – n.º 316, p. 656.

de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infrações referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de setembro, e no artigo 324.º do Código da Propriedade Industrial, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a seis meses ou de duração máxima superior a cinco anos”.

Vislumbram-se ainda diferenças de regime relativamente ao agente do crime, que se mostram de grande relevância prática, nomeadamente, por razões que se prendem com a aplicação do regime de concurso.

Da leitura dos artigos 231.º, 232.º, e 367.º do Código Penal, e da expressa utilização das seguintes expressões: *“que foi obtido por outrem mediante facto ilícito típico contra o património”* (artigo 231.º, n.º 1 do Código Penal), *“Quem auxiliar outra pessoa a aproveitar-se do benefício de coisa ou animal obtidos por meio de facto ilícito típico contra o património”* (artigo 232.º do Código Penal), e *“com intenção ou consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança”* e *“prestar auxílio a outra pessoa”* (artigo 367.º, n.ºs 1 e 2 do Código Penal), resulta que, por regra, o agente do crime é um terceiro, alheio ao crime ou facto ilícito típico precedente.

Contudo, embora no favorecimento pessoal, a questão não assuma particular controvérsia, já assim não é no domínio dos crimes de recetação⁶², auxílio material⁶³ e branqueamento de capitais.

Daremos, neste ponto, particular atenção ao crime de branqueamento de capitais, cuja imputação do crime, em regime de concurso efetivo, com o crime-fundamento tem sido amplamente discutido na doutrina.

A posição maioritária⁶⁴ considera existir concurso efetivo entre ambas as infrações criminais, o que desde logo resulta da própria letra da lei – *“Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, obtidas por si ou por terceiro, direta ou indiretamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infrações seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reação criminal”* (artigo 368.º-A do Código Penal) – (sublinhado nosso).

⁶² MIGUEZ GARCIA, M. e CASTELA RIO, J. M., *ob. citada*, p. 1016: *“Um seu cúmplice (do coautor do furto) pode ser porém recetador (...). Pode sê-lo também o instigador do facto prévio”.*

⁶³ Defendendo que o autor, coautor, instigador e cúmplice do facto ilícito prévio não podem ser autores do crime de auxílio material, PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, págs. 892 e 893 e MIGUEZ GARCIA, M. e CASTELA RIO, J. M., *ob. citada*, p. 1022. Contra, CAEIRO, Pedro, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 1999, *apud* PINTO ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 894.

⁶⁴ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *ob. citada*, p. 1156; BRAVO, Jorge, *ob. citada*; MIGUEZ GARCIA, M. e CASTELA RIO, J. M., *ob. citada*, págs. 1282 e 1283 e MARQUES DA SILVA, Germano, *in* “Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 90 anos - Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa”, “Notas sobre Branqueamento de Capitais, em Especial das Vantagens Provenientes da Fraude Fiscal”, 2007.

Contra a verificação genericamente admissível, em abstrato, do concurso efetivo entre o crime precedente e o branqueamento de capitais CAEIRO, Pedro, “A Consunção do Branqueamento pelo Facto Precedente”, *STVDIA IURIDICA* 100, Ad Honorem – 5, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010 e GODINHO, Jorge, *ob. citada*.

Neste ponto, Jorge Godinho assume posição radical, defendendo que o agente do crime precedente não poderá ser também agente do crime de branqueamento de capitais, nomeadamente porque tal visão é uma distorção dos fundamentos da autonomização do encobrimento, realizando o legislador uma *“cisão não justificada entre o branqueamento de capitais e os restantes «pós-delitos», ou seja, uma compreensão sem as necessárias ligações ao quadro em que as «adesões pós-executivas» se movem, no qual é regra de base a não exigência ao agente de uma contribuição para a aplicação de reações penais contra si próprio, que logo leva a que não possa um agente ser punido por ter dificultado o trabalho das autoridades competentes na sua atuação com vista à apreensão e confisco das vantagens por ele próprio obtidas, algo que põe em causa postulados fundamentais de um direito penal de base liberal”*.

Concluindo pela injustificada dupla punição do agente por factos que consubstanciam apenas um crime, pois os atos posteriores, por exemplo, de dissimulação de vantagens do crime, encontram-se compreendidos ainda no autoencobrimento, não sendo por isso puníveis.

Creemos, contudo, que a posição de Jorge Godinho não é de acolher, seja por via do elemento literal da lei, seja pela verificação da lesão de bens jurídicos distintos no âmbito do crime precedente (de índole patrimonial) e no crime de branqueamento de capitais (realização da justiça).

Com efeito, no crime de branqueamento, não se trata apenas da dissimulação da vantagem, pois aqui o agente atuou com aquela específica intenção, pelo que deverá ser punido a título de concurso efetivo.

Se o autor do crime de tráfico de estupefacientes tenta dissimular todo o dinheiro que obteve proveniente da sua atividade ilícita, enterrando-o no quintal ou decide antes socorrer-se de esquemas ilícitos disponibilizados pelo mercado económico-financeiro, para *“lavar”* o dinheiro e fazê-lo reentrar no mercado, tudo se passando como se aquele tivesse proveniência lícita, estamos na presença, num e noutro caso, de factos distintos, merecedores de censura penal autónoma.

Pelo que na segunda situação apresentada sempre haveríamos de concluir que o agente praticou factos diferentes cujo desvalor de ação/resultado não se esgota no crime precedente, não havendo lugar à violação do princípio *“ne bis in idem”*, consagrado no artigo 29.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa.

Também neste sentido o Acórdão Uniformizador do STJ, n.º 13/2007, de 22 de março que, embora pronunciando-se sobre o tráfico de estupefacientes, deverá considerar-se que a respetiva argumentação mantém-se válida para os restantes crimes do catálogo: *“Na vigência do artº 23º do DL 15/93, de 22 de Janeiro, o agente do crime previsto e punido pelo artº 21º, nº 1, do mesmo diploma cuja conduta posterior preenchesse o tipo de ilícito da alínea a) do seu nº 1, cometera os dois crimes, em concurso real”*.

Que no crime de favorecimento pessoal, como de branqueamento de capitais, o legislador estabeleceu um limite à medida da pena, previsto, respetivamente nos artigos 367.º, n.º 3 e 368.º, n.º 10, ambos do Código Penal, por se entender que aquele que auxilia alguém a encobrir o seu crime, não deverá ser punido mais severamente do que o próprio agente do crime-fundamento.

Embora nenhuma das figuras afins tenha estabelecido uma cláusula de não punibilidade expressa, como a contida no artigo 367.º, n.º 5 do Código Penal, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08/10/1997 considerou que a mesma mostrava-se igualmente aplicável ao crime de branqueamento agravado, à data punido pelos artigos 23.º, n.º 1 e 24.º, al. j), do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de janeiro.

Resumidamente, no caso concreto, discutia-se se o avô que havia participado em esquemas de dissimulação das vantagens do crime de tráfico de estupefacientes da autoria do neto, conduta essa subsumível ao tipo legal de branqueamento, poderia beneficiar do regime de não punibilidade previsto no artigo 367.º, n.º 5, do Código Penal.

O aresto decidiu pela respetiva aplicabilidade do preceito aos casos de branqueamento por entender que a solução contida no artigo 367.º, n.º 5, do Código Penal, embora inclusa na Parte Especial, é uma solução de carácter geral, e por isso aplicável a quaisquer crimes praticados pela pessoa em benefício da qual o agente de favorecimento atua, e também porque a lei não estabelece restrições e o favorecimento é um crime contra a realização da justiça, acrescentando que mostrava-se possível o uso da analogia *in bonam partem*, o que determinou a absolvição do recorrente (avô) da prática do crime de branqueamento.

Ora, quanto a nós, no seguimento do comentário ao acórdão do STJ formulado por Jorge Dias Duarte⁶⁵, e sem prejuízo da alteração legislativa operada, com a revogação do artigo 23.º do Decreto-lei n.º 15/93, de 22 de janeiro e a atual previsão legal contida no artigo 368.º-A, tal posição é, na atualidade, indefensável, atendendo aos elementos literal, sistemático e teleológico das normas em causa.

Desde logo cumpre referir que no domínio da presente matéria, o legislador apenas contemplou expressamente a exclusão da punibilidade de familiares, no crime de favorecimento pessoal.

E essa exclusão consta, por isso, da Parte Especial do Código Penal e não da sua Parte Geral.

Com efeito, a exclusão da punibilidade da conduta deve ser expressamente prevista pelo legislador, sendo que aquela não está dependente da valoração concreta feita pelo julgador. Nessa medida, por exemplo, se o agente do favorecimento pessoal é o pai do autor do crime-fundamento, a exclusão de punibilidade opera *“ope legis”*, sem que ao Tribunal esteja cometida a função de, caso a caso, ponderar da sua respetiva aplicação (ou não aplicação).

⁶⁵ DIAS DUARTE, Jorge, “Branqueamento de Capitais e Favorecimento Pessoal”, Revista do Ministério Público n.º 90, abril – junho de 2002.

Mais, a referência expressa à exclusão da punibilidade no crime de favorecimento pessoal, apenas nos pode levar a concluir que o legislador quis restringir a sua aplicabilidade àquele tipo legal de crime e não a outros, pelo que não se verifica a existência de qualquer lacuna.

Nessa medida, consideramos que as cláusulas de não punibilidade contidas no artigo 367.º, n.º 5 do Código Penal, não podem considerar-se extensivas aos tipos legais de crime aqui em confronto, mostrando-se destituído de fundamento legal o recurso à analogia.

2. Prática e Gestão Processual

2.1. Da competência para a investigação

Recebida a notícia do crime, o Ministério Público deve proceder às diligências de investigação que no caso se impõem como pertinentes, sendo que essa competência pode ser delegada nos órgãos de polícia criminal – cfr. artigos 241.º e 270.º do Código de Processo Penal.

De acordo com a Lei de Organização da Investigação Criminal aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto, a investigação criminal do crime de favorecimento pessoal não se encontra no âmbito da competência reservada da Polícia Judiciária, pelo que poderá ser levada a cabo por outros órgãos de polícia criminal, como a Polícia de Segurança Pública ou Guarda Nacional Republicana – cfr. artigos 3.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto.

2.2. Da aplicação do segredo de justiça

Atualmente, vigora entre nós o regime-regra da publicidade do processo penal, nos termos do artigo 86º, n.º 1, do Código Penal.

Contudo, preceitua o n.º 3 do preceito citado que *“Sempre que o Ministério Público entender que os interesses da investigação ou os direitos dos sujeitos processuais o justifiquem, pode determinar a aplicação ao processo, durante a fase de inquérito, do segredo de justiça, ficando essa decisão sujeita a validação pelo juiz de instrução no prazo máximo de setenta e duas horas”*.

Sem prejuízo da necessária avaliação casuística, consideramos que a sujeição do processo a segredo de justiça pode ser relevante não só para efeitos de obtenção e preservação de prova, como também para o sucesso da própria perseguição criminal do agente do crime precedente.

Assim, por exemplo, quando se investiga o acolhimento do *“foragido”* à justiça, mostra-se essencial que as diligências que tenham lugar no inquérito (v.g. buscas domiciliárias) se mantenham cobertas pelo segredo.

2.3. Dos meios de obtenção de prova e meios de prova

*“Os meios de obtenção da prova são instrumentos de que se servem as autoridades judiciárias para investigar e recolher meios de prova; não são instrumentos de demonstração do thema probandi, são instrumentos para recolher no processo esses instrumentos”.*⁶⁶

Os meios de obtenção de prova encontram-se previstos nos artigos 171.º e seguintes do Código de Processo Penal.

São admissíveis todos os meios de obtenção de prova previstos legalmente – exames (artigos 171.º a 173.º do Código de Processo Penal), revistas e buscas (artigos 174.º a 177.º do Código de Processo Penal) e apreensões (artigos 178.º a 186.º do Código de Processo Penal) – com exceção das escutas telefónicas.

Na necessária compatibilização entre o interesse na descoberta da verdade e os princípios constitucionalmente protegidos da inviolabilidade do sigilo da correspondência e de outros meios de comunicação privada (artigo 34.º, n.º 1, da CRP), confidencialidade da palavra falada (artigo 26.º, n.º 1 da CRP), reserva da intimidade da vida privada e familiar 26.º, n.º 1, da CRP, direito à reserva quanto aos ficheiros informáticos, direito à liberdade de expressão e informação 37.º da CRP e ao livre desenvolvimento pessoal (artigo 26.º, n.º 1, da CRP), o legislador traçou um regime processual de admissibilidade de escutas telefónicas restritivo, determinando-se que tal meio de prova só pode ter lugar nos casos em que houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter (requisito material), mediante prévio despacho judicial (o juiz como figura garante dos direitos liberdades e garantias) e relativamente a crimes que figuram no catálogo do artigo 187.º do Código de Processo Penal.

Não sendo o favorecimento pessoal um dos crimes elencados no artigo 187.º do Código de Processo Penal, mostra-se, desde logo, inadmissível a utilização de escutas telefónicas, bem como de conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio eletrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital e a interceção das comunicações entre presentes, por via da extensão do regime das escutas telefónicas, operado pelo artigo 188.º do Código de Processo Penal.

Por seu turno, a prova constitui *“o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis”*⁶⁷.

Creemos que, o crime de favorecimento pessoal não apresenta aqui especificidades, relativamente a outros tipos de crime, sendo, por isso admissíveis todas as provas que não

⁶⁶ MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal II, Editorial Verbo*, 1999, p. 189.

⁶⁷ SOUSA MENDES, Paulo de *“As Proibições de Prova no Processo Penal”*, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 132.

forem proibidas por lei (artigo 125.º do Código de Processo Penal), notando-se, contudo, que assumirão maior relevância a prova testemunhal, documental e por declarações do arguido.

Neste ponto, cumpre salientar a plena aplicação do disposto no artigo 134.º do Código de Processo Penal, sendo legítimo às pessoas ali elencadas recusarem-se a depor.

Em sede de inquérito, pode assumir particular importância a inquirição de arguido por parte do Ministério Público, com assistência de defensor, de molde a permitir a reprodução e leitura, em sede de audiência de julgamento, das declarações por si prestadas – cfr. artigo 357.º, n.º 1, al. b), do Código de Processo Penal.

Realça-se ainda a inaplicabilidade de ações encobertas, nos termos do disposto no artigo 2.º da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto.

2.4. Das medidas de coação

Quanto às medidas de coação a aplicar ao arguido, pela prática do crime de favorecimento simples, aquelas reconduzem-se ao termo de identidade e residência – artigos 196.º e 204.º, “*a contrario*”, ambos do Código de Processo Penal, e, uma vez verificados em concreto quaisquer dos perigos elencados no artigo 204.º do Código de Processo Penal, a caução (artigo 197.º do Código de Processo Penal), a obrigação de apresentação periódica (artigo 198.º do Código de Processo Penal) e a suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade e direitos (artigo 199.º do Código de Processo Penal).

Em face da moldura penal do crime de favorecimento pessoal qualificado – pena de prisão até 5 anos – são abstratamente aplicáveis as medidas de coação de proibição e imposição de condutas e de obrigação de permanência na habitação, nos termos do disposto nos artigos 200.º, n.º 1 e 201.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

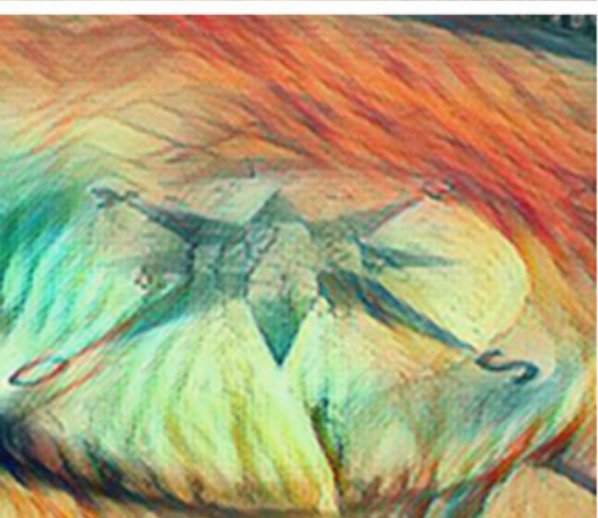
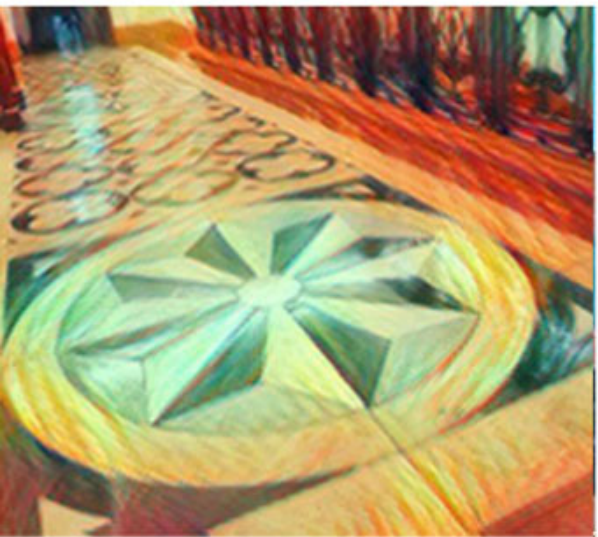
Tratando-se da investigação do crime de favorecimento pessoal qualificado, o qual é praticado por funcionário, mostra-se relevante a ponderação da aplicação da medida de coação de suspensão do exercício de profissão ou função, bem como de proibição de estabelecer contactos com determinadas pessoas ou frequentar certos lugares ou meios.

O crime de favorecimento pessoal, quer na sua forma simples, como qualificada, não admite a aplicação de prisão preventiva – cfr. artigo 202.º do Código de Processo Penal.

Referências bibliográficas

- BRAVO, Jorge, “Fraude Fiscal e Branqueamento: Prejudicialidade e Concurso”, SCIENTIA IVRIDICA - Separata, setembro-dezembro de 2008, Tomo LVII – n.º 316.
- CAEIRO, Pedro, “A Consunção do Branqueamento pelo Facto Precedente”, STVDIA IVRIDICA 100, Ad Honorem – 5, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo II, Almedina, 2013, pp. 577 e 986.
- DIAS DUARTE, Jorge, “Branqueamento de Capitais e Favorecimento Pessoal”, Revista do Ministério Público n.º 90, abril – junho de 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal – Parte Geral: Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2007.
- GODINHO, Jorge, “Sobre a Punibilidade do Autor de Um Crime Pelo Branqueamento das Vantagens Dele Resultantes”, 2009, retirado de <https://www.oa.pt>.
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal II*, Editorial Verbo, 1999, p. 189.
- MEDINA SEIÇA, A., *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, pp. 574 a 604.
- MIGUEZ GARCIA, M. e CASTELA RIO, J. M., *Código Penal – Parte Geral e Especial, com Notas e Comentários*, 2.ª edição, Almedina, 2015, pp. 1016, 1271 a 1284.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015, pp. 190, 215, 216, 892, 893, 894, 1141 a 1156.
- SOUSA MENDES, Paulo de “As Proibições de Prova no Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma, Almedina, 2004, p. 132.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



7.

O crime de favorecimento pessoal face a figuras afins. Enquadramento jurídico, prática e gestão processual

Sílvia Maria Morgado
Trepado

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. O CRIME DE FAVORECIMENTO PESSOAL FACE A FIGURAS AFINS. ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Sílvia Maria Morgado Trepado

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
- 1. Enquadramento Jurídico
 - 1.1. Considerações gerais
 - 1.2. Bem jurídico
 - 1.3. Tipo objectivo de ilícito
 - 1.3.1. Favorecimento na fase da prossecução penal
 - 1.3.1.1. O crime pressuposto ou referencial
 - 1.3.1.2. A acção típica
 - 1.3.2. Favorecimento relativo à execução penal
 - 1.4. Tipo subjectivo de ilícito
 - 1.5. A pena – o limite do crime anterior
 - 1.6. Causas de exclusão da punição
 - 1.7. Concurso de crimes
- 2. Destrinça de figuras afins
 - 2.1. Do encobrimento
 - 2.2. Da receptação
 - 2.3. Do auxílio material
 - 2.4. Do branqueamento de capitais
 - 2.5. Da cumplicidade
- 3. Prática e gestão processual
 - 3.1. Considerações gerais
 - 3.2. Diligências do inquérito
 - 3.3. Encerramento do inquérito
 - 3.3.1. Arquivamento do inquérito
 - 3.3.2. Suspensão provisória do processo
 - 3.3.3. Processo Sumaríssimo
 - 3.3.4. Acusação
- IV. Hiperligações e referências bibliográficas

I. Introdução

Apesar do *auxílio* prestado ao criminoso após a prática do crime, no sentido de o eximir à justiça, não ser um fenómeno recente, atenta a sua génese legislativa na figura do *encobrimento*, a acção típica do crime de favorecimento pessoal em que aquele *auxílio* se concebe, levanta questões jurídicas com irretorquíveis reflexos práticos nem sempre lineares.

A administração e a realização estadual da justiça reclamam, em pontos específicos, um reforço da protecção efectiva daquele bem jurídico, ainda mais quando no seu âmago se cruzam condutas que, embora se traduzam num efectivo auxílio ao agente de um crime, simultaneamente se incluem, num quadro da actividade normal da existência social ou humanitária.

Neste âmbito, com frequência, o aplicador do direito defronta-se com dificuldades na identificação dos termos precisos em que o resultado típico do crime de favorecimento pessoal se verifica, sendo determinante para a demarcação da fronteira entre um mero atraso na investigação, a tentativa e a consumação do crime em análise.

Outra especificidade deste crime reporta-se ao facto de muito embora constituir um delito autónomo em face do crime praticado pelo beneficiário da ajuda – o crime precedente – este conforma de maneira relevante o tratamento da gestão processual do inquérito.

Na prática judiciária, impõe-se, saber o que fazer e como fazer, antevendo estratégias que colmatem com a maior amplitude possível uma imperiosa gestão processual, cabendo aos magistrados particularmente, que contendem com a realização da justiça criminal, uma função determinante na prossecução da acção penal.

II. Objectivos

O trabalho que se segue tem como objectivo principal disponibilizar um breve estudo sobre o crime de favorecimento pessoal, designadamente constituir uma resenha do seu enquadramento jurídico-legal, dando particular ênfase ao modelo dual em que se alicerça a sua acção típica. Do mesmo modo, propomo-nos a destrinçar, ainda que em breves linhas, o crime de favorecimento pessoal de infracções próximas, os pós delitos pré-existentes, como a receptação, o auxílio material e o crime de branqueamento de capitais, com os quais se pode estabelecer algum paralelismo, não olvidando a sua génese legislativa, como forma de *encobrimento* e a sua demarcação da cumplicidade.

Por fim, numa vertente mais pragmática, aventuramo-nos a aventar elementos particulares relativos à gestão processual dos inquéritos relativos ao crime em análise, articulando a estratégia processual às particularidades plasmadas naquele tipo legal.

III. Resumo

No trabalho que se segue começa-se por fazer um enquadramento jurídico do crime de favorecimento pessoal, descrevendo, assim, as duas modalidades em que aquele se materializa. Uma primeira modalidade, plasmada no n.º 1 do artigo 367.º, do Código Penal, que contempla o favorecimento durante a fase da investigação e, portanto, anterior a uma decisão cominatória de uma pena ou medida de segurança e que designaremos de favorecimento na fase da prossecução penal. E uma segunda modalidade, que consta no n.º 2 do sobredito inciso legal e que se funda no favorecimento verificado após aquela decisão que denominaremos de favorecimento relativo à execução penal.

Porém, existem especificidades em cada uma delas, designadamente de construção típica e na forma de consumação, de tentativa e de comparticipação que aconselham um tratamento diferenciado, pelo que abordaremos cada uma delas, em sede própria.

Atualmente, o crime de favorecimento pessoal e a novel versão do crime de branqueamento de capitais são crimes autónomos que têm como pressuposto um crime anterior. Na receptação e no auxílio material sobressai igualmente uma situação antijurídica que se segue a um facto anterior, ilícito-típico contra o património. Cabe ainda distinguir entre favorecimento pessoal e participação, sobretudo na perspectiva da cumplicidade, sem olvidar a sua génese legislativa como forma de *encobrimento*.

Por fim, procede-se a uma resenha da informação atinente à gestão processual dos inquéritos relativos a este crime.

1. Enquadramento jurídico

1.1. Considerações gerais

O artigo 367.º do Código Penal prevê que comete o crime de favorecimento pessoal “[quem: n.º 1 - impedir, frustrar ou iludir actividade probatória ou preventiva de autoridade competente, com intenção ou com consciência de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança]”; “[quem: n.º 2 - prestar auxílio a outra pessoa com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada]”.

O favorecimento pessoal é, em breves palavras, o auxílio prestado ao criminoso após a prática do crime, no sentido de o eximir à justiça¹.

O tipo legal descrito descreve, assim, duas modalidades em que esse *auxílio* se pode materializar. Uma primeira modalidade, plasmada no n.º 1 do artigo 367.º, que contempla o favorecimento durante a fase da investigação e, portanto, anterior a uma decisão cominatória de uma pena ou medida de segurança e que na doutrina tem sido designada de **favorecimento na fase da prossecução penal**².

E uma segunda modalidade, que consta no n.º 2 do sobredito inciso legal e que se funda no favorecimento verificado após aquela decisão, a que a doutrina tem denominado por **favorecimento relativo à execução penal**³.

Trata-se de um crime de **execução livre**⁴, uma vez que pode consistir em qualquer actividade que prejudique a perseguição criminal, de um **crime de dano**, quanto grau de lesão do bem

¹ LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, Código Penal anotado, II Volume, 3.ª Ed., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000, pág. 1573.

² Neste sentido, António Medina de Seça, em anotação ao artigo 367.º, in AA. VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, Tomo III, 1999, página 581 e ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, pág. 948.

³ No sentido da nota anterior.

⁴ Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, ob. cit., pág. 838.

jurídico protegido, e de um **crime comum**, pelo que são aplicáveis as regras gerais da comparticipação, nos termos do artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal.

Porém, à luz da formulação típica, a modalidade prevista no n.º 1, trata-se um **crime de resultado**, quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da acção. Já a modalidade vertida no n.º 2, trata-se de um **crime de mera actividade**, se não mesmo um **crime de empreendimento (impuro)** consumado com a simples prestação de auxílio⁵.

A **tentativa** do crime de favorecimento pessoal é punível em ambas as modalidades de favorecimento, plasmadas no n.º 1 e n.º 2 do artigo 367.º, respectivamente, atendendo à pena abstractamente aplicável e ao disposto no artigo 23.º, n.º 1, do Código Penal.

O **crime de favorecimento pessoal praticado por funcionário**, previsto no artigo 368.º do Código Penal, constitui uma qualificação do crime que aqui nos propomos analisar, uma vez que o agente tem de ser um funcionário. Trata-se, assim, de um delito especial ou específico impróprio ou impuro. Reportada aos tipos do artigo 367.º, o favorecimento pessoal praticado por funcionário, merece, fundamentalmente, as considerações que se deixarão em nota no presente trabalho, com as devidas adaptações, à excepção de a esta incriminação não se aplicar a limitação de pena prevista no n.º 3 do artigo 367.º.

1.2. Bem jurídico

O crime de favorecimento pessoal insere-se no âmbito dos crimes contra a realização da justiça (capítulo III, do Título V, dos crimes contra o Estado), pelo que o bem jurídico protegido pela norma não poderá deixar de ser o da realização da justiça criminal, quer na vertente de investigação e perseguição do crime, quer na sua vertente de execução penitenciária.

Isto é, protege-se a realização da justiça decorrente, em primeiro lugar, da prática de um crime e que posterga todas as acções que impeçam, no todo ou em parte, a resposta punitiva materialmente sustentada⁶. E, em segundo lugar, a decorrente de uma decisão judicial, a qual proíbe as condutas impeditivas da execução das consequências jurídicas nela determinadas.

António Medina de Seíça, procurando concretizar o conteúdo da “danosidade específica” do crime previsto no artigo 367.º do Código Penal, conclui que com a proibição do favorecimento pessoal “pretende-se proteger a realização materialmente fundada e processualmente correcta da pretensão da justiça que decorre da prática de um crime”, salientando que “é no impedimento da actividade destinada a conseguir esse resultado – a pacificação social inerente à solução do conflito emergente com o crime – que se consubstancia o tipo de favorecimento”⁷.

⁵ Neste sentido, António Medina de Seíça, ob. cit., pág. 581.

⁶ Como exemplo paradigmático do crime de favorecimento pessoal, na modalidade de iludimento, veja-se a situação fáctica do Acórdão da Relação de Coimbra, de 12-03-2014, relatado pelo Desembargador Abílio Ramalho, disponível em www.dgsi.pt.

⁷ Citando aquele autor, nos moldes descritos, PEREIRA, Victor Sá e LAFAYETTE, Alexandre, Código Penal – Anotado e Comentado, Lisboa, Quid Juris, 2008, pág. 891.

1.3. Tipo objectivo de ilícito

Como já referimos, em sede de considerações gerais, o tipo legal descreve duas modalidades de favorecimento.

Na esteira do entendimento de António Medina de Seíça⁸, tais modalidades, à primeira vista, parecem distinguir-se, apenas, pelo momento em que tal favorecimento ocorre. Porém, existem especificidades em cada uma delas, designadamente de construção típica e na forma de consumação, de tentativa e de comparticipação que aconselham um tratamento diferenciado, pelo que abordaremos cada uma delas, em sede própria.

1.3.1. Favorecimento na fase da prossecução penal

1.3.1.1. O crime pressuposto ou referencial

O favorecimento na fase de prossecução penal pressupõe que a pessoa favorecida tenha cometido um crime, isto é, um facto ilícito típico, culposo e punível⁹.

Assim, o crime anterior constitui uma condição ou pressuposto do crime de favorecimento pessoal, o que justifica as designações de crime pressuposto ou facto referencial¹⁰.

Porém, atento tal pressuposto ou condição, e antevendo que tal condição levantará questões pertinentes que podem conformar de modo relevante a gestão processual do inquérito, imperioso se torna saber:

- Se é necessário o julgamento prévio do crime cometido pela pessoa favorecida e ou a sua identificação¹¹.
- Da procedibilidade do favorecimento antes ou independentemente da apresentação de queixa em relação ao crime pressuposto.

Vejamos.

Quanto à primeira questão, Maia Gonçalves¹², justificando-se nos trabalhos preparatórios do Código Penal e no teor do n.º 3 do artigo 367.º, preconiza que não deve haver lugar à punição

⁸ Neste sentido, António Medina de Seíça, ob. cit., pág. 582.

⁹ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, in ob. cit., pág. 947 e Medina de Seíça, anotação ao artigo 367.º, in CCCP, pág. 584, mas não se justificando a perspectiva maximalista defendida por Eduardo Correia na comissão de Revisão do Código Penal de 1966, no sentido de que não deve ser punido o encobrimento no caso em que o facto cometido pela pessoa favorecida não seja julgado e sufragada agora por GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado. Legislação Complementar*, 14.ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 1083.

¹⁰ Sobre este particular pressuposto – o crime referencial – abordaremos mais adiante do nosso trabalho por ser a pedra basilar da modalidade de favorecimento pessoal plasmada no n.º 1 do artigo 367.º.

¹¹ Neste sentido, Acórdão da Relação de Lisboa, de 7.04.2005, in CJ, XXX,2, 134 e Acórdão da Relação do Porto, de 08.01.1986, processo n.º 038035, publicado in BMJ, 353,200.

¹² Gonçalves, Manuel Maia, ob. cit., pág. 1084.

por favorecimento nos casos em que a pessoa em benefício da qual actuou não chega a ser julgada.

Contestando tal posição, António Medina de Seíça, e justificando-se na diferença literal que separa as redacções de 1982, em que a lei reportava ao *“facto pelo qual foi julgada a pessoa em benefício da qual”* e a de 1995, que passou a referir-se ao *“facto cometido pela pessoa em benefício da qual”*, defende não ser necessário um prévio julgamento do autor do facto referencial, mas sim aferir da determinação da existência do facto referencial, satisfazendo, tal aferição, a determinação da tipicidade do favorecimento pessoal.

Assim, se o julgamento do crime pressuposto teve lugar antes do favorecimento, aquele está comprovado através de tal julgamento.

Se o crime pressuposto e o de favorecimento forem tramitados conjuntamente, como, aliás, é imposto por força das regras da conexão processual (artigo 24º do CPP), não se antevêem aqui quaisquer dificuldades.

Porém, já no caso de o crime pressuposto não ter sido ainda objecto de julgamento, basta, em regra, que o tribunal que conhece do favorecimento pessoal, faça um juízo de prognose, de molde a concluir com segurança que a ajuda foi prestada ao agente e que, por isso, deverá ser objecto de uma reacção criminal, pena ou medida de segurança.

Mais adianta António Medina de Seíça, caso não se determine qual terá sido o concreto tipo de crime cometido pelo beneficiário do favorecimento, por os elementos existentes apenas permitirem concluir com segurança que ele terá praticado um de entre vários crimes, a limitação estabelecida no n.º 3 é dada pela pena menos grave desses crimes.

Parece-nos uma posição muito lúcida e consistente e que detém a nossa inteira adesão, por *posição contrária*, tornar inviável, em numerosos casos, proceder judicialmente pelo favorecimento pessoal. Pensemos, por exemplo, na situação em que o entrave da investigação tem como consequência a prescrição do procedimento criminal em relação ao crime pressuposto.

Quanto à segunda questão, em termos gerais, podemos afirmar que a não apresentação de queixa relativamente ao crime pressuposto preclui a possibilidade de perseguição pelo favorecimento.

Contudo, a solução será outra se a acção de favorecimento tiver sido ela mesma destinada a impedir a apresentação do direito de queixa e a prescrição do procedimento criminal ou até a evitar a reabertura de um processo arquivado por falta de indícios suficientes, mas ainda não prescrito.

Por sua vez, o favorecimento após o crime amnistiado ou prescrito ou da morte do autor não é punível, por consubstanciar um crime putativo¹³.

De notar que o favorecimento não tem de dirigir-se ao autor do crime pressuposto, mas a alguém que, de forma penalmente relevante, tenha praticado um crime, ou seja, basta o auxílio prestado a um cúmplice ou instigador. Não é conduta criminosa o favorecimento de um agente que actuou em legítima defesa.

Tendo os factos sido praticados por um inimputável em razão de anomalia psíquica, basta que o facto referencial se apresente como um facto ilícito-típico, ou de forma mais correcta, basta que apresente os requisitos materiais necessários para que se pudesse aplicar, por causa dele, uma medida de segurança ao agente.

O crime da pessoa favorecida pode ser um crime tentado ou consumado e a pessoa favorecida tanto pode ser autora ou participante do crime.

A conduta daquele que convence a vítima a não apresentar queixa ou a desistir do procedimento criminal não é punível.

O crime favorecido pode ter sido cometido fora do território nacional, mas o favorecimento só é ilícito se o crime cometido pela pessoa favorecida puder ser perseguido pela justiça portuguesa¹⁴.

1.3.1.2. A acção típica

Nos termos do 367.º, n.º 1, do Código Penal, a acção típica, na primeira modalidade de favorecimento, verifica-se quando o agente **impede, frustra ou ilude, total ou parcialmente, a actividade probatória ou preventiva realizada por autoridade competente no âmbito da prossecução criminal.**

Ao lançar mão de uma formulação ampla, o legislador quis abranger uma multiplicidade de condutas capazes de criar obstáculos à actividade da justiça penal, onde cabe, a título exemplificativo, a ocultação do perseguido, a destruição de pistas, impressões digitais, a supressão da arma do crime, as falsas informações às autoridades de investigação, a coadjuvação à fuga, o fornecimento de documentos falsos ou dinheiro, etc.¹⁵ Por sua vez, fica excluído da acção típica o impedimento de actividades de investigação de outra natureza, como por exemplo, a disciplinar e a contra-ordenacional.

¹³ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *in ob. cit.*, pág. 947, mas contra, Miguez Garcia e Castela Rio, 2014, anotação 4.ª, alíneas c) e d) ao artigo 367.º, pág. 1209.

¹⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, *in ob. cit.*, pág. 947 e Pedro Caeiro, A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de Junho de 2001 e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente, *in Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pág. 1096, nota 88.

¹⁵ Neste sentido, António Medina de Seça, *ob. cit.*, pág. 591.

Porém, nem todas as acções de favorecimento integram a acção típica plasmada n.º 1 do artigo 367.º.

Atentemos.

Desde logo, é controverso, se as **condutas que, embora se traduzam num efectivo auxílio ao agente de um crime e simultaneamente se incluem, num quadro da actividade normal da existência social ou humanitária**¹⁶. A título de exemplo, o gerente do hotel ou do *rent a car* que fornece um quarto ou aluga um automóvel ao fugitivo ou o médico que assiste o assaltante ferido.

O tema é amplamente discutido¹⁷, mas fixando-nos no critério justificativo proposto por António Medina de Seíça, que reconhece que nem todas as acções têm a mesma “densidade ou capacidade ofensiva”, conclui que pressuposta essa capacidade (ofensiva) é de afirmar a tipicidade da conduta, ressaltando apenas do seu âmbito, os fundamentos de justificação, como o direito de necessidade, ou, grosso modo, a ajuda humanitária prestada a um delinquente.

Assaz complexa é também a **demarcação dos limites da actividade legítima do defensor em processo penal**, que se “move dentro dum quadro de uma empenhada mas legítima estratégia de defesa cuja ultrapassagem abre as portas do favorecimento pessoal”¹⁸.

Por um lado, temos o direito de o arguido constituir defensor, concretizado como direito constitucional no artigo 32.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, no direito interno, no artigo 62.º do Código de Processo Penal e, no direito internacional dos direitos humanos vinculativo para o Estado português, no artigo 14.º, parágrafo 3.º, alínea d), do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e no artigo 6.º, parágrafo 3.º, alínea c), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, cuja defesa deve prioritariamente prosseguir, adquirindo para o processo todos os elementos que favoreçam o arguido. Por outro lado, não podemos olvidar que o defensor constitui um órgão da administração da justiça, que deve pautar a sua estratégia pelo respeito da legalidade, sem impedir o esclarecimento da verdade, não podendo lançar mão de meios ou expedientes ilegais, promover diligências inúteis e prejudiciais para a correcta aplicação da lei ou descoberta da verdade, nos termos do artigo 90.º, n.º 2, alínea a), do Estatuto da Ordem dos Advogados, na novel redacção da Lei n.º 145/2015, de 09 de Setembro.

Em tese geral, a utilização, por parte do defensor, a todos os expedientes processuais legalmente admitidos, ainda que estes impliquem um efectivo retardar da investigação,

¹⁶ Neste sentido, António Medina de Seíça, ob. cit., pág. 591.

¹⁷ Neste sentido, vide resenha da doutrina alemã indicada por António Medina de Seíça, ob. cit., pág. 591, que oferece sobre o problema ampla reflexão e que tem sustentado, embora com fundamentações nem sempre coincidentes, que este tipo de comportamentos não cabe na incriminação do favorecimento.

¹⁸ PEREIRA, Victor Sá e LAFAYETTE, Alexandre, Código Penal – Anotado e Comentado, Lisboa, *Quid Juris*, 2008, pág. 891.

mantem-se fora do âmbito do artigo 367.º¹⁹. Encontram-se, assim, fora do âmbito da tipicidade do crime de favorecimento pessoal, exemplificadamente, os requerimentos para a produção de prova, a interposição de recursos, o pedido de absolvição, ainda que contra a convicção do defensor, as diligências feitas pelo defensor junto do ofendido titular do direito de queixa para que este a não apresente ou dela desista, bem como o esclarecimento a testemunhas familiares do arguido do seu legítimo direito de recusar o depoimento.

Já integrarão o tipo objectivo de ilícito, a título de autoria ou, pelo menos, de instigação, a indicação para o rol das testemunhas de um depoente que o defensor sabe que vais declarar com falsidade, ou induzir, convencer ou coagir um declarante a falsidade²⁰.

À luz da formulação típica, a modalidade de favorecimento pessoal plasmada no n.º 1 do artigo 367.º, configura-se como um **crime de resultado** e não como um delito de mera actividade, consumado com a simples prestação da ajuda, exigindo-se, porém, que essa ajuda impeça, frustre ou iluda a actividade probatória ou preventiva de autoridade competente.

Como bem salienta, António Medina de Seça, a identificação dos termos precisos em que esse resultado típico se verifica é determinante para a demarcação da fronteira entre a tentativa e a consumação do crime em análise.

Assim, existe consumação sempre que, por causa da ajuda prestada, a imposição da pena ou da medida de segurança não tem lugar (**impedimento total**) e também nos casos em que, muito embora a reacção criminal venha a ser aplicada, é-o em medida ou espécie menos grave da que seria correcta (**impedimento parcial**), por exemplo, em consequência da destruição de provas feita pelo encobridor o autor do crime pressuposto e condenado pelo tipo fundamental de furto em vez do tipo qualificado que efectivamente cometera.

Porém, a questão não é tão líquida e linear, quando a ajuda prestada não determina, de todo, a impossibilidade da aplicação da pena ou medida de segurança e radica apenas **num atraso na investigação**.

A doutrina germânica, que ao problema tem dedicado aturada análise, tem assumido diferentes posições. A doutrina maioritária, pugna que a consumação não se verifica apenas nos casos de definitivo impedimento da imposição da reacção criminal devida. Porém, o crime consuma-se, ainda, quando essa imposição seja, por causa da conduta típica, retardada durante um tempo considerável²¹. A doutrina minoritária, sustenta que qualquer atraso, excepto se totalmente insignificante, consuma o delito²².

¹⁹ Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 597, Paulo Pinto de Albuquerque, *in* ob. cit., pág. 947 e Míguez Garcia e Castela Ria, ob. cit., pág. 1212.

²⁰ Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 591.

²¹ Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 594.

²² Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 591.

Entre nós, Paulo Pinto de Albuquerque, Miguez Garcia e Castela Rio, defendem que o atraso do processo criminal contra a pessoa favorecida não é suficiente e bastante para consumir o crime de favorecimento pessoal²³.

Por sua vez, António Medina de Seíça, na esteira da doutrina dominante alemã, preconiza que o atraso na marcha do processo implica já um prejuízo para a pretensão da justiça, concluindo que a consumação verifica-se sempre que a conduta causa um sensível atraso na investigação ou na aplicação de medidas processuais. Para o âmbito da tentativa ficam todos os actos idóneos a provocar o resultado típico mas que, por razões alheias de vontade do seu autor, não impediram a actividade probatória ou preventiva.

A conduta típica pode ser igualmente realizada por omissão, desde que haja violação do dever de garante, ou seja, quando recair sobre o omitente "um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado", nos termos do preceituado no artigo 10.º, n.º 2, do Código penal, como sucede com entidades policiais e funcionários em relação a crimes de que tomarem conhecimento no exercício das suas funções²⁴. Por conseguinte, a mera omissão da denúncia pelo cidadão comum não é conduta ilícita.

1.3.2. Favorecimento relativo à execução penal

Nos termos do artigo 367.º, n.º 2, do Código Penal, constitui, igualmente, favorecimento pessoal o acto de **prestar ajuda a uma pessoa, impedindo, frustrando ou iludindo, no todo ou em parte, a execução de pena ou medida de segurança aplicada a essa pessoa**, qualquer que ela seja (pena principal, de substituição ou acessória, medidas de segurança detentiva ou não).

O pressuposto desta modalidade de favorecimento é o trânsito em julgado da decisão cominatória da reacção criminal cuja execução se lesa. Caso a acção ocorra depois da decisão mas antes do trânsito, continuamos no âmbito do n.º 1 do artigo 367.º.

O exemplo mais paradigmático é o pagamento por terceiro da multa ao condenado em processo criminal, atenta a natureza pessoalíssima da multa²⁵.

Quanto à consumação à luz do n.º 2, não se exige que o agente impeça, frustre ou iluda a execução da pena ou medida de segurança, mas apenas que preste um auxílio. Em sede de participação criminosa, a autoria afirma-se com a simples prestação de auxílio ao agente do crime anterior, independentemente de quem (mesmo o próprio beneficiado realize a efectiva conduta típica (por exemplo, a destruição das provas).

²³ Também assim, Acórdão do STJ de 08-02-2007, processo n.º 06p4816, publicado *in* CJ Acs. Do STJ, XIV, 1, 186.

²⁴ Como sucede no âmbito do artigo 368.º do Código Penal.

²⁵ DIAS, Jorge Figueiredo, Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª reimpressão, 2009, pág. 122.

1.4. Tipo subjectivo de ilícito

Em geral, pode dizer-se que o tipo subjectivo do crime de favorecimento pessoal só admite o dolo directo e o dolo necessário, em face da exigência típica da “intenção” ou “consciência” de evitar que outra pessoa seja submetida a pena ou a medida de segurança.

Em particular, quanto ao tipo subjectivo de ilícito, da primeira modalidade (art. 367.º, n.º 1) importa distinguir, duas situações:

Uma, relativamente ao próprio crime de favorecimento: em que a lei exige por parte do agente a intenção (o agente pretende o resultado como fim da sua conduta) ou consciência (o agente prevê o resultado como consequência segura da sua conduta), pelo que se mostra insuficiente o dolo eventual.

Outra, no que concerne ao crime pressuposto: basta o dolo eventual - não se exige quer uma representação correcta sobre o crime cometido, quer o conhecimento da identidade da pessoa beneficiada, bastando que o agente saiba que a sua conduta constitui um auxílio a alguém que cometeu um crime.

O erro sobre aquelas circunstâncias, como por exemplo, qual o crime e qual a identidade, é, assim, irrelevante. Se, por erro, julgar que ajuda um inocente não é punível, por falta de dolo.

Em relação ao favorecimento na fase de execução penal, exige-se igualmente a intenção ou consciência, bastando o dolo eventual relativamente ao trânsito em julgado da decisão cominatória. A errónea convicção do agente estar a impedir a execução da pena, quando se trata de impedimento da fase de investigação, ou inversamente, é irrelevante.

1.5. A pena – o limite do crime anterior

A pena aplicada ao autor do favorecimento pessoal é a de prisão até 3 anos ou multa. Porém, de acordo com preceituado no artigo 367.º, n.º 3, que prevê uma cláusula limitativa de punição, a pena não pode ultrapassar a moldura penal do crime cometido pela pessoa favorecida.

O escopo legislativo procurou evitar que o agente do favorecimento, que não concorre para a realização do crime pressuposto, mas se limita a prestar uma ajuda, venha a ser mais severamente punido que o próprio beneficiário do auxílio.

Porém, não poderemos deixar a nossa nota, na esteira do defendido por António Medina de Seça²⁶ que é uma situação pouco compreensível sobretudo quando o crime referencial ou pressuposto constitui um delito bagatelar.

²⁶ Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 596.

Questionamos: Terá a representação errónea sobre o tipo de crime cometido pelo beneficiário algum reflexo para o funcionamento da cláusula limitativa da pena por favorecimento? Ilustremos tal hipótese com duas situações práticas.

A primeira, em que o agente julga que o facto referencial tem menor gravidade e, conseqüentemente, punição inferior do que o que efectivamente sucede. E uma segunda, assente na hipótese inversa, em que o crime pressuposto é objectivamente menos punido, embora o encobridor o repute, por erro, como mais grave. Julgamos que deve valer a pena do crime efectivamente cometido, sendo, por conseguinte, irrelevante o erro que sobre ele possa ter recaído o autor do favorecimento²⁷. No caso de a pessoa favorecida ter cometido vários crimes, o termo de referência é a pena abstracta máxima do crime mais grave por ela cometido²⁸.

1.6. Causas de exclusão da punição

O n.º 5 do artigo 367.º prevê duas situações de não punição: a primeira, constante da alínea a) daquele inciso legal, relativa “ao próprio agente que, com o facto, procurar ao mesmo tempo evitar que contra si seja aplicada ou executada pena ou medida de segurança”; e, uma segunda, respeitante ao “cônjuge, adoptantes ou adoptados, parentes ou afins até ao 2.º grau ou a pessoa, de outro ou do mesmo sexo, que viva em situação análoga à dos cônjuges com aquela em benefício da qual se actuou”.

A impunidade do auto-favorecimento, quer na fase de perseguição, quer na fase de execução penal, corresponde ao reconhecimento de que o agente se encontra numa situação análoga ao estado de necessidade desculpante. A exclusão da pena atinge, apenas, o crime de favorecimento, já não outros tipos de ilícito eventualmente realizados no âmbito da acção de favorecimento.

Já o favorecimento de familiares é uma causa de exclusão da culpa resultante do conflito anímico do agente em virtude da relação de matrimónio, parentesco ou afinidade, respectivamente.

De qualquer modo, neste âmbito, impõem-se duas notas merecedoras de particular atenção:

Uma, quanto ao regime especial do n.º 5 não afasta o funcionamento das normas gerais sobre a não exigibilidade²⁹, pelo que depende apenas da representação do agente, devendo funcionar aqui as regras gerais do erro sobre as causas de exclusão da culpa.

E outra, assente numa questão mais controversa que enforma o âmbito de aplicação das causas de exclusão da punição previstas no n.º 5 do artigo 365.º, com a qual nos deparámos no decurso da nossa pesquisa bibliográfica e jurisprudencial para a elaboração deste trabalho e

²⁷ Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 596.

²⁸ Como salienta Paulo Pinto de Albuquerque, *in* ob. cit., pág. 947.

²⁹ Actas CP/ Eduardo Correia, 1979, pág. 464.

que formulamos nos seguintes termos: a solução do n.º 5, do artigo 367.º do Código penal não é aplicável no âmbito do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro e também aos crimes de branqueamento de capitais previstos no DL n.º 325/95, de 2 de Dezembro.

Concretizemos.

No que toca ao crime de branqueamento agravado, previsto e punido pelos artigos 23.º, n.º 1 e 24.º, alínea j), ambos do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro, a questão foi tratada no **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08.10.1997**, de que foi relator o Conselheiro Lopes Rocha e cujo **busílis radicava, designadamente em saber, se a relação familiar entre o arguido recorrente** (condenado, em 1.ª instância na pena de cinco anos e seis meses de prisão, pela prática de um crime doloso de branqueamento agravado, previsto e punido pelos artigos 23.º, n.º 1, e 24.º, alínea j), do DL 15/93, de 22 de Janeiro) e o **arguido José Carneiro Barros, neto do recorrente** (condenado na pena de 12 anos de prisão pela prática de um crime de tráfico agravado de estupefacientes, previsto e punido pelos artigos 21.º, n.º 1 e 24.º, alíneas b), c) e j), do DL 15/93, de 22 de Janeiro e na pena de 12 anos de prisão pela prática de um crime de branqueamento agravado, previsto e punido pelos artigos 23.º e 24.º do mesmo diploma legal), **exclui a punibilidade da conduta face ao disposto no n.º 5 alínea b) do artigo 367.º do Código Penal.**

O Supremo Tribunal de Justiça concluiu pela não punibilidade do recorrente, afirmando que “embora a solução do n.º 5 alínea b) do artigo 367.º tenha sido incluída na parte especial do Código, por evidentes razões sistemáticas e de técnica legislativa”. Tratava-se, assim, de uma solução de carácter geral, sendo aplicável a quaisquer crimes praticados pela pessoa em benefício da qual o agente do favorecimento actua, sendo que a lei não estabelece restrições e o favorecimento é um crime contra a realização da justiça. Remata, esclarecendo que sempre se poderia invocar um argumento de analogia *in bonam partem* para isentar o recorrente da punição, por estarmos diante de uma lacuna.

Sobre esta questão debruçou-se Jorge Dias Duarte³⁰ que, numa análise crítica à posição adoptada pelo Supremo Tribunal de Justiça, afasta o âmbito daquelas causas de exclusão de punibilidade ao regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, previsto no DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro. E suporta tal entendimento quer no teor do artigo 48.º do DL n.º 15/93 (que estatui que “quanto à matéria constante do presente diploma são aplicáveis, subsidiariamente as disposições da parte geral do Código Penal e respectiva legislação complementar”), quer no sentido do artigo 9.º, n.º 3, do Código Civil. Do mesmo modo, sublinha a especial natureza da criminalidade que o narcotráfico encerra. Aquele autor, afasta ainda o âmbito daquelas causas de exclusão de punibilidade ao regime jurídico plasmado nas alíneas b) e c) do n.º 1 do artigo 2.º do DL 325/95, de 2 de Dezembro, dando conta da existência de uma lacuna jurídica que só uma urgente clarificação legislativa poderá travar.

³⁰ DUARTE, Jorge Dias, «Branqueamento de capitais e favorecimento pessoal», *Revista do Ministério Público*, Ano 23.º, N.º 90, (Abr.-Jun. 2002), pp. 167-177, em comentário ao Acórdão do STJ de 08.10.1997, processo n.º 356/97, de que foi relator Conselheiro Lopes Rocha.

1.7. Concurso de crimes

Os problemas relativos à unidade e pluralidade de infracções no quadro do crime de favorecimento pessoal regem-se pelas regras gerais, previstas no artigo 30.º do Código Penal, pelo que a unidade do crime é dada, essencialmente, pela unidade do bem jurídico atingido. Desta forma, o número de crimes que o beneficiário do auxílio cometeu não altera a unidade do favorecimento³¹.

Porém, as acções de favorecimento podem estender-se no tempo e, mesmo, repetir-se em relação ao mesmo beneficiário no âmbito da mesma investigação criminal, pelo que, neste caso, estaremos perante um único crime de favorecimento³².

António Medina de Seça preconiza que situações de concurso aparente ou legal, a resolver de acordo com as regras da consunção, podem verificar-se em relação a outros crimes, sobretudo dos que se destinam a tutelar a administração da justiça: o crime de falso testemunho, previsto e punido pelo artigo 360.º e o crime de tirada de presos, previsto e punido pelo artigo 349.º, ambos do Código Penal. Assim, estes crimes consomem o crime de favorecimento pessoal.

Porém, o cenário será outro, quando os crimes-meio violem bens jurídicos distintos do bem jurídico tutelado pelo crime de favorecimento pessoal. Não há razões válidas para sustentar que o crime de favorecimento pessoal “absorve” os crimes cometidos como “meio” e com intenção de o realizar, pelo menos, quando os crimes-meio não se destinem a tutelar a administração da justiça. Assim, por exemplo, o crime de favorecimento pessoal não consome o crime de falsificação de documento, atenta a diferença, na sua função e na sua relevância valorativa, dos bens jurídicos protegidos pela incriminação da falsificação de documento e do favorecimento pessoal, sob pena de violação do princípio da legalidade (artigo 29.º, n.º 1) ou o do *ne bis in idem* material (artigo 29.º, n.º 5)³³³⁴.

No caso de concurso com o crime de homicídio, a intenção de favorecer pode ser um fundamento de agravação, pelo que neste caso existirá um concurso efectivo entre o homicídio qualificado e o crime de favorecimento pessoal. António Medina de Seça, muito embora sublinhe que o particular desvalor inerente ao facto de a morte visar a impunidade de outra pessoa já está presente na agravação da pena do homicídio, pelo que, nesta hipótese, o crime de favorecimento seria consumido pela qualificação do homicídio, conclui que a autonomia dos respectivos bens jurídicos permanece. Mais esclarece que é a acrescida

³¹ Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 597.

³² Neste sentido, António Medina de Seça, ob. cit., pág. 598.

³³ Na senda do expandido no Acórdão da Relação do Porto de 05-07-2006, relatado pela Desembargadora Isabel Pais Martins, disponível em www.dgsi.pt.

³⁴ A propósito de concurso entre branqueamento, receptação e favorecimento pessoal, tenha-se em vista o comentário de Pedrosa Machado ao Acórdão de 12 de Dezembro de 1996 da 4.ª Vara Criminal do Porto, processo n.º 166/96, publicado em *Droga - Decisões de Tribunais de 1.ª Instância - 1996, Comentários*, edição da Presidência do Conselho de Ministros - Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1998, págs. 241/2, em que se refere que “atentando em que o facto prévio da estrutura do branqueamento é precisado pelo art. 23.º da lei da droga, esta norma deve ter-se como **especial** relativamente à receptação e ao favorecimento, razão por que será ela que prevalecerá”.

censurabilidade dos motivos que determinam a morte (para o caso: encobrir) que justificam o *plus* de punição em face do homicídio simples, porém, esse *plus* não consome o específico conteúdo de desvalor ínsito ao crime de favorecimento.

2. Destrinça de figuras afins

Muito embora o favorecimento pessoal constitua um delito autónomo em face do crime praticado pelo beneficiário da ajuda prestada, já salientámos que este delito conforma de maneira relevante a aplicação do artigo 367.º, n.º 1, do Código Penal, razão pela qual, o crime de favorecimento pessoal pode ser caracterizado como um tipo derivativo, secundário, acessório ou de conexão³⁵.

É, neste conspecto, semelhante aos crimes de branqueamento de capitais, de receptação e ao de auxílio material, uma vez que todos estes tipos legais de crime fazem derivar o seu conteúdo de ilicitude, embora de formas diferentes, do facto principal³⁶.

Na esteira de Jorge Godinho, podemos denominar estes crimes que pressupõem um ilícito típico anterior de “adesões posteriores” ou “pós-factos”.

Na perspectiva do plano das figuras afins, propomo-nos a destrinçar, ainda que em breves linhas, o crime de favorecimento pessoal de infracções próximas, os pós delitos pré-existentes, como a receptação, o auxílio material e o crime de branqueamento de capitais, com os quais se pode estabelecer algum paralelismo, não olvidando a sua génese legislativa, como forma de *encobrimento* e ainda a sua demarcação da cumplicidade.

Não sendo objectivo deste trabalho o estudo aturado das figuras afins, após breve introdução dos tipos legais em causa (receptação, auxílio material e branqueamento de capitais) e da cumplicidade, focar-nos-emos, sobretudo, nas similitudes e diferenças que destrinçam aquelas figuras do crime de favorecimento pessoal.

2.1. Do encobrimento

A conturbada evolução do tratamento doutrinal e legislativo das “adesões posteriores” oscilou entre a sua consideração como encobrimento, regulado na parte geral e a criminalização autónoma na parte especial, que sucedeu com o Código Penal de 1982³⁷, não deixando dúvidas quanto à inexistência da comparticipação *ex post facto*³⁸.

³⁵ Godinho, Jorge Alexandre Fernandes, Do crime de «branqueamento» de capitais. Introdução e tipicidade, 2001, nota 1, página 15.

³⁶ Ou do facto referencial como fala Pedro Caeiro, a propósito do facto ilícito típico patrimonial antecedente à receptação; de facto prévio a doutrina alemã; de *reato pressuposto*, a doutrina italiana, que considera o favorecimento como um crime acessório do delito pressuposto.

³⁷ Caeiro, Pedro, em nótula prévia ao artigo 231.º, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Volume I, pág.471.

³⁸ Nestes termos, Figueiredo Dias, Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime, pág. 758, nota 23.

Assim, no seguimento da solução constante dos Projectos de Eduardo Correia (cf. art. 439.º), com a entrada em vigor do Código de 1982, o favorecimento pessoal, bem como o favorecimento dito real ou auxílio material e a receptação passaram, de novo, a constituir tipos de ilícitos autónomos e já não meras espécies da figura geral do encobrimento que, a Reforma de 1884 colocara na órbita da comparticipação criminosa, juntamente com a autoria e a cumplicidade. Dispunha o artigo 19.º do Código Penal de 1852-86: "Os agentes do crime, são autores, cúmplices ou encobridores", cabendo ao artigo 23.º enumerar os diversos casos de encobrimento.

O encobrimento passou a ser uma modalidade de participação criminosa, sendo o encobridor punido com referência ao crime cometido pelo autor, "suposto que dele tenha tomado conhecimento"³⁹.

Segundo o Professor Eduardo Correia, o *encobrimento*, traduzia-se, assim, em iludir ou subtrair alguém às investigações da autoridade (favorecimento pessoal) ou em assegurar ou aproveitar as vantagens ou produto do crime cometido por outrem (favorecimento real - receptação).

Ora, o tratamento unitário das formas de encobrimento atrás explanadas, centrado na comum característica de todas elas implicarem um auxílio, deixa de algum modo realçado, por um lado, que se tratam de figuras próximas, mas por outro que, tendo em conta a diferente finalidade que preside à conduta do autor do auxílio e os distintos efeitos que produzem na ordem social, também têm diferenças.

Aliás, foi justamente a consideração da diversidade de bens jurídicos atingidos, não só entre o crime do autor principal e a conduta encobridora, mas mesmo entre as diversas formas de encobrimento (umas dirigidas a vantagem patrimonial do encobridor, outras a conseguir a impunidade do autor do crime, impedindo, portanto, a realização da justiça), que, conduziu a maior parte das legislações da actualidade a autonomizar o encobrimento em diferentes tipos legais de crime.

2.2. Da receptação

Grosso modo, o crime de receptação, previsto e punido no artigo 231.º do Código Penal, respeita a "coisa que foi obtida *por outrem* mediante facto ilícito típico contra o património".

Trata-se, à semelhança do crime de favorecimento pessoal, de um crime que pressupõe a prática por outrem de um facto criminalmente ilícito.

Porém, o crime de receptação vai mais longe na conformação do crime referencial, uma vez que exige que este preencha o tipo de ilícito (objectivo e subjectivo) de um crime patrimonial.

Mais, diferentemente do crime de favorecimento pessoal, as concretas condições em que o facto referencial foi praticado (por exemplo, a identidade do agente e da vítima, o local e o

³⁹ Como se escreveu no Acórdão do STJ de 21.12.1966, *in* BMJ 162, pág. 215 e no Acórdão do STJ de 12/01/1973, *in* BMJ 223, pág. 91.

modo de obtenção da coisa, etc.) são irrelevantes e, por isso não carecem de ser provadas. O mesmo se diga da concreta subsunção jurídica do facto (por exemplo, é irrelevante determinar se o facto referencial constituiu um furto ou um abuso de confiança, desde que seja certo que integra necessariamente um desses crimes)⁴⁰.

Note-se, a título exemplificativo, que no âmbito do crime de favorecimento pessoal, o crime pressuposto conforma a pena do autor do crime que prestou a ajuda e a não apresentação de queixa relativamente ao crime pressuposto preclui a possibilidade de perseguição do favorecimento.

O bem jurídico protegido do crime da receptação é o património de outra pessoa, sem embargo, como admite Medina de Seíça, do carácter bifronte daquela infracção implicar, por vezes, para a compreensão de certas soluções, a convocação da tutela de bens supra-individuais. Por sua vez, o crime de favorecimento pessoal tutela a realização da justiça penal, com as especificidades que também já nos debruçamos.

Quer no crime de favorecimento pessoal, quer no âmbito do crime de receptação, não há lugar à punição do agente do crime principal pelo facto posterior, por tal comportar uma dupla punição, ou seja, uma redundância, visto que a necessidade político-criminal só ocorre em relação a terceiros⁴¹. Já em relação ao próprio agente a atitude da lei é outra, esclarece aquele autor. No âmbito da receptação, “a punição em concurso efectivo do agente do facto principal contra o património de que resultaram os bens representaria uma sua penalização quer pela violação da norma primária em causa – p. ex., a que proíbe o furto – quer pela norma secundária que proíbe as condutas que consistem no aproveitamento das utilidades económicas da coisa furtada. Este último aspecto – o exaurimento subsequente à consumação formal – já é considerado na proibição do crime principal (...) sendo a venda (bem como o consumo ou a destruição) da coisa furtada um dos exemplos mais correntes de facto posterior co-punido”.

No âmbito do favorecimento tem aplicação o mesmo tipo de considerações. “A punibilidade, em concurso efectivo, do facto principal e do auto-favorecimento, representaria uma punição do agente quer pela infracção da norma primária que proíbe o crime precedente praticado, quer pela infracção da norma secundária que visa assegurar a possibilidade de as autoridade competentes levarem a cabo actividades probatórias ou preventivas ou a execução de penas ou de medidas de segurança (e desde logo a descoberta e captura do agente)... De onde resulta que a não colaboração para a própria condenação – desde logo, através da *fuga* – não tem valor jurídico autónomo para efeitos punitivos, sendo uma redundância e uma desproporção punir o agente também a este título”⁴².

⁴⁰ Neste sentido, Pedro Caeiro, em anotação ao artigo 231.º, in Comentário Conimbricense do Código penal, Volume II, pág. 479.

⁴¹ É a estes que se proíbe o «encobrimento» ou «não adesão» ao facto praticado, pois tal conduta pode nomeadamente dificultar a prova em processo penal, a aplicação das reacções penais, e a satisfação dos interesses da vítima.

⁴² GODINHO, Jorge Fernandes, *Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes*, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B32eabc1-ac45-417b-b9b7-2c0900ce86d1%7D.pdf>.

2.3. Do auxílio material

O crime de auxílio material encontra-se plasmado no artigo 232.º do Código Penal e consiste, grosso modo, em auxiliar *outra pessoa* a aproveitar-se do benefício de coisa obtida por meio de facto ilícito típico contra o património.

Diversamente do que sucede com a receptação, só há auxílio material se o auxiliado for o autor do facto referencial, como a leitura do preceito inculca⁴³, razão pela qual se pode dizer, na esteira de António Medina de Seíça, que se trata ainda, em certo sentido, de um "favorecimento pessoal no âmbito material". Pretende-se assim "isolar" o autor do facto referencial, dificultando-lhe a utilização da coisa. Eis aqui a razão da necessidade de punir o auxílio, a título de autoria, num tipo autónomo: o aproveitamento do benefício da coisa ilicitamente obtida.

Desta feita, o legislador português, ao invés do crime de favorecimento pessoal, encara o auxílio material como um crime essencialmente patrimonial. Esta conclusão decorre não só da colocação sistemática do crime, como também de a coisa dever ter sido obtida por outra pessoa através de facto ilícito típico contra o património.

No que toca às afinidades com o crime de favorecimento pessoal, valem aqui as considerações efectuadas em 2.2., designadamente em dois aspectos: pressupõe a prática por outrem de um facto criminalmente ilícito e por não dá lugar à punição do agente do crime principal também pelo facto posterior.

2.4. Do branqueamento de capitais

O branqueamento de capitais, tipificado no artigo 368.º - A do Código Penal, traduz-se nas seguintes acções: converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens obtidas por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os direitos a ela relativos^{44 45}.

Jorge Fernandes Godinho⁴⁶, refere a grande similitude entre o crime de favorecimento pessoal e o crime de branqueamento de capitais, devendo-se entender que a distinção entre eles passa pela distinção «canónica» entre pessoas e coisas. O primeiro referido à aplicação de penas e medidas de segurança a pessoas e o outro referido ao confisco de bens.

Pese embora a similitude, a verdade é que o crime de favorecimento pessoal, exige um facto ilícito, típico, culposo e punível, ou seja, um crime.

⁴³ LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, ob. cit., pág. 1573.

⁴⁴ Paulo Pinto de Albuquerque, in ob. cit., pág. 955.

⁴⁵ Sobre o branqueamento de capitais, com detalhada evolução legislativa e comparação a outros ilícitos criminais, vide o extenso acórdão do STJ de 11.06.2014, relatado pelo Conselheiro Raul Borges, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁶ Godinho, Jorge Fernandes, *Do crime de «branqueamento» de capitais*, 2001, pág. 246.

Por sua vez, o crime de branqueamento de capitais basta-se com a prática de um facto “ilícito” e “típico”, o qual que pode ser consumado ou tentado, do mesmo modo que não exige que tenha sido efectivamente punido. O facto ilícito e típico de que decorre a vantagem é definido de acordo com um critério misto que conjuga uma cláusula geral (todos os factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5), um catálogo de crimes e uma remissão para um elenco constante de uma lei extravagante⁴⁷.

Também, no âmbito da celeuma doutrinal e jurisprudencial que abarcou o crime de branqueamento de capitais – saber se um agente pode e deve ser condenado pela prática de um crime de que obteve vantagens económicas (crime precedente) e, em acumulação ou concurso efectivo pelo crime de branqueamento (crime subsequente ou secundário) das vantagens resultantes dessa mesma infracção – se têm acometido grandes similitudes com o crime de favorecimento pessoal, principalmente da tese minoritária defendida por Jorge Godinho⁴⁸. Este autor pugna pela impunidade do crime de branqueamento de capitais quando cometido pelo mesmo autor do crime precedente esgrimindo o argumento de que no direito português, os factos posteriores a um ilícito criminal de tipo aquisitivo são sempre impunes, como já vimos que sucede na receptação, auxílio material e no favorecimento pessoal. Porquanto, defende aquele autor que tal também deverá suceder no âmbito do branqueamento de capitais praticado pelo autor do crime precedente.

Nesta senda, entende Jorge Godinho que o crime de branqueamento de capitais pode ser caracterizado como um tipo derivativo, secundário, acessório ou «de conexão», sendo em tudo análogo ao favorecimento pessoal, à receptação e ao auxílio material ao criminoso, visto que todos estes tipos legais fazem em parte derivar o seu conteúdo de ilicitude, embora nem sempre da mesma forma, do facto principal.

Na doutrina ganha também relevo José de Oliveira Ascensão⁴⁹ que, depois de apontar a proximidade do «tipo básico» de branqueamento ao favorecimento pessoal, por daquele primeiro ilícito constar a expressão “com o fim de ajudar”, embora sem o reduzir a uma modalidade deste, “e isto porque é paralelamente previsto o «fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita»”, conclui pela falta de proporcionalidade das penas previstas para um e outro crime.

Também Rodrigo Santiago⁵⁰, ao versar sobre o tipo do artigo 410.º do Código Penal de 1982 (favorecimento pessoal ou encobrimento), afirma que “o branqueamento ainda releva do favorecimento pessoal, pois o branqueador, embora só de forma consequencial, também

⁴⁷ Paulo Pinto de Albuquerque, *in ob. cit.*, pág. 956.

⁴⁸ Com uma resenha doutrinária elucidativa, destrinchando a tese maioritária e minoritária e esgrimindo os argumentos contra e favor, acerca desta questão, vide Paulo Pinto de Albuquerque, *in ob. cit.*, págs. 950 e ss.

⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Branqueamento de capitais: Reacção criminal*, Estudos de direito bancário, Coimbra Editora, Agosto de 1999, págs. 347/8.

⁵⁰ Rodrigo Santiago, O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4.º, Outubro-Dezembro de 1994, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa (págs. 497 a 560), a págs. 525.

actua com a intenção ou com a consciência de evitar que quem praticou um crime seja submetido a reacção criminal”.

Não podemos deixar de notar evidentes similitudes ainda no que toca à inserção sistemática na parte especial do Código Penal, indiciadora do bem jurídico que protegem: a realização da justiça, com a particularidade de no crime de branqueamento de capitais, se protelar a particular vertente da perseguição e do confisco pelos tribunais dos proventos ilícitos.

Em paralelo com o n.º 3 do artigo 367.º, atinente ao limite da pena, o n.º 10 do artigo 368.º A, preceitua que a pena concreta aplicada ao crime de branqueamento não pode ser superior ao limite máximo da pena aplicável ao crime precedente e, no caso de pluralidade de crimes precedentes, ao limite máximo da pena aplicável ao mais graves dos crimes precedentes. Esta limitação da pena concreta depende da determinação da natureza do crime precedente, ainda que não se tenha apurado o autor do mesmo⁵¹.

Com a mesma similitude que já vimos para o crime de favorecimento pessoal, também o n.º 5 do artigo 368.º A prevê uma condição material de exclusão da pena do crime de branqueamento: o facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos crimes precedentes dependerem de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada.

2.5. Da cumplicidade

Nas palavras de António Medina de Seíça e num critério apenas tendencialmente correcto, como bem sublinha, a destriça entre o crime de favorecimento e a participação criminosa, designadamente a cumplicidade, reside na delimitação temporal do momento do auxílio, ou seja, em que a ajuda é prestada. Assim, se o auxílio for anterior ou, pelo menos, contemporâneo do facto principal existe cumplicidade. Por sua vez, se for posterior, estamos perante um crime de favorecimento.

Explica aquele autor que a acção de favorecimento (por exemplo, a preparação de um esconderijo para o autor do facto principal) pode ocorrer muito antes do outro crime, situação que deita por terra tal critério.

Na esteira da doutrina alemã, que ao tema se tem dedicado, "decisivo não é o momento temporal em que a acção é realizada, mas sim o momento em que os seus efeitos se produzem" e o " critério distintivo entre comparticipação e favorecimento não pode ser meramente cronológico", pelo que o efeito da acção do favorecimento pessoal, deve ocorrer depois de o crime do agente auxiliado ter cessado. Porém, tal acção pode ter sido realizada antes do cometimento do facto principal⁵².

Dificuldades acrescidas surgem, porém, quando a ajuda é prestada durante o decurso de um crime permanente, como por exemplo o crime de sequestro. Nesta sede, importará atender à "d direcção lesiva" da conduta, pelo que "quando ela se insira na dinâmica própria do crime

⁵¹ Paulo Pinto de Albuquerque, *in ob. cit.*, pág. 956.

⁵² António Medina de Seíça, *ob. cit.*, pág. 601.

permanente existirá comparticipação no crime (permanente). Diferentemente, se a ajuda, ainda que desenvolvida durante a permanência do crime, não incide sobre a situação lesiva, estaremos perante um simples favorecimento⁵³”.

Em resumo, a distinção entre a cumplicidade e o favorecimento deve tratar-se consoante a conduta auxiliadora concorra ou não para a realização do crime principal.

3. Prática e gestão processual

3.1. Considerações gerais

Nos termos do artigo 241.º do Código de Processo Penal, “o Ministério Público adquire notícia do crime por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia”. Relativamente ao crime em análise, com frequência o Ministério Público adquire a notícia do crime através de auto de notícia remetido ao magistrado de turno, como expediente, devendo o mesmo ser registado e autuado como favorecimento pessoal ou através de certidão extraída do processo relativo ao crime pressuposto.

Tratando-se de um crime público, o Ministério Público tem legitimidade para promover o procedimento criminal, nos termos dos artigos 48.º e 262.º, n.º 2, ambos do Código de Processo Penal, em ordem ao princípio da oficialidade, plasmado no artigo 219.º da Constituição da República Portuguesa.

Resulta das disposições conjugadas dos artigos 53.º, 241.º a 247.º e 262.º, n.º 1, todos do Código de Processo Penal, a obrigatoriedade da abertura do inquérito pelo Ministério Público, uma vez recebida a notícia do crime, sob pena de nulidade (artigo 119.º, alínea d), do Código de Processo Penal). A coadjuv-lo estão os órgãos de polícia criminal que actuam sob a sua orientação e na sua dependência funcional – cfr. artigos 55.º, 56.º e 263.º, todos do Código de Processo Penal e artigo 2.º, da Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto).

O crime em análise não é da competência reservada da Polícia Judiciária, pelo que, as diligências a realizar no terreno podem ser realizadas pelos restantes órgãos de polícia criminal⁵⁴, designadamente a Guarda Nacional Republicana e a Polícia de Segurança Pública, nos termos do artigo 6.º da Lei de Organização da Investigação Criminal.

A *priori*, poder-se-ia dizer que será competente para a realização do inquérito o Ministério Público que exercer funções no local em que se verificou o favorecimento ou onde se praticou o último acto de execução, atento o teor dos artigos 19.º, n.º 1 e n.º 3, 264.º, n.º 1, todos do Código de Processo Penal e artigo 7.º do Código Penal.

⁵³ António Medina de Seça, ob. cit., pág. 602.

⁵⁴ Ademais, atento o teor da Circular da PGR n.º 6/2002, de 11 de Março, ponto I.1., “Os Magistrados do Ministério Público intervirão directamente nos inquéritos relativos a crimes puníveis com pena de prisão superior a 5 anos, analisando a notícia do crime, e, em princípio, definindo as diligências de investigação a levar a cabo, ou participando directamente na sua realização, quando o julguem oportuno”.

Porém, por força das regras da conexão processos (artigo 24.º, n.º 1, alínea d), do Código de Processo Penal), o inquérito atinente ao crime pressuposto e o de favorecimento deverão ser tramitados conjuntamente, com óbvias vantagens na produção de prova e na descoberta da verdade material.

O planeamento estratégico do inquérito deverá passar por:

– Assegurar que os órgãos de polícia criminal levaram a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova, por exemplo, procedendo a exames dos vestígios do crime, assegurando a manutenção do estado das coisas e dos lugares, colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime e a sua reconstituição, proceder a apreensões ou adoptar medidas cautelares necessárias à conservação ou manutenção dos objectos apreendidos, nos termos do disposto nos artigos 55.º, n.º 2 e 248.º e seguintes do Código de Processo Penal;

– Avaliar as diligências que deverão ser realizadas com urgência, tendo em consideração a preservação da prova;

– Avaliar os elementos de prova que podem ser imediatamente solicitados às entidades competentes;

– Analisar o tipo legal de crime, desdinhando qual das modalidades de favorecimento pessoal está em causa, sendo que a plasmada no n.º 1 do artigo 367.º congrega mais especialidades, como já vimos no plano teórico e adiante abordaremos numa vertente mais prática;

– Realizar ou delegar as diligências destinadas à prova dos elementos típicos daquele crime, nos termos dos artigos 124.º e 125.º do Código de Processo Penal.

Atendendo à moldura penal do crime em análise, fica afastada a possibilidade de aplicação das medidas de coacção de proibição e imposição de condutas, obrigação de permanência na habitação ou prisão preventiva, nos termos dos artigos 200.º, 201.º e 202.º, todos do Código de Processo Penal.

Fica também afastada a possibilidade de recorrer a escutas telefónicas ou afins, nos termos dos artigos 187.º, n.º 1, al. a), e 189.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

Porém, se num processo for autorizada a interceptação e gravação das conversações de e para o telemóvel de arguido a quem se imputa a prática de um crime de catálogo, tendo como assente que a interceptação foi validamente autorizada no âmbito da investigação, por exemplo, um crime de lenocínio e se essa operação permitiu conhecer o envolvimento de outrem numa situação que consubstancie o crime de favorecimento pessoal daquele, a prova obtida por esse meio é válida em relação ao autor do favorecimento, por se estra perante uma situação de conhecimento de investigação⁵⁵.

⁵⁵ Nos precisos termos em que foi descrito, veja-se o Acórdão da Relação do Porto, de 12-12-2007, relatado por Artur Madeira, disponível em www.dgsi.pt, onde se concluiu que a questão central na distinção entre

A realização de buscas domiciliárias, da competência do Juiz de Instrução Criminal nos termos dos artigos 177.º, n.º 1 e 269.º, n.º 1, al. c), do Código de Processo Penal, poder-se-á justificar, tendo em conta a necessidade de recolher provas que o arguido detenha na sua posse e ou guardou em sua casa.

O interrogatório do arguido (cfr. artigos 141.º, 143.º e 144.º do Código de Processo Penal) deve ser realizado já numa fase mais avançada do inquérito devendo ser preferencialmente presidido pelo magistrado do Ministério Público.

3.2. Diligências do inquérito:

Registado, distribuído e autuado o inquérito como crime de favorecimento pessoal, no primeiro despacho de direcção do inquérito, cumprirá ordenar as seguintes diligências:

- Requisitar certidão de registo criminal do arguido, a fim de averiguar a ausência de condenação anterior por crime da mesma natureza, para eventual aplicação da suspensão provisória;
- Requisitar certidão de nascimento do arguido, a fim de averiguar eventual causa de exclusão da culpa, nos termos do n.º 5 do artigo 367.º.
- Solicitar informação sobre se corre termos algum processo onde o arguido intervenha, com relevo para o inquérito;
- Interrogar o arguido, querendo este prestar declarações, a fim de:
 - Concretizar os factos participados, nomeadamente circunstanciando no espaço e no tempo a ocasião em que o arguido **impediu, frustrou ou iludiu** actividade probatória ou preventiva de autoridade competente ou **prestou auxílio a outra pessoa** com a intenção ou com a consciência de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que lhe tenha sido aplicada;
 - Com que motivação/intenção actuou;
 - Esclarecer se têm alguma relação de parentesco com o autor do crime pressuposto e em caso afirmativo, qual;
 - Averiguar das suas condições económicas e financeiras.

“conhecimentos fortuitos” [conhecimentos que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a escuta] e “conhecimentos da investigação” [conhecimentos que, ao invés, se relacionam com a investigação em curso] se prende com o “objecto do processo”. Entende-se, de forma pacífica, que o processo abarca não só o núcleo de factos sobre os quais já se reuniram indícios, mas também todos os outros que advenham à [ou da] investigação e que com ele estejam conexonados, numa relação de concurso ideal ou aparente, ou numa relação de comprovação alternativa dos factos, ou ainda numa relação de comparticipação ampla que engloba não só os diversos casos de comparticipação criminal mas também formas como o favorecimento pessoal, o auxílio material ou a receptação.

– Nos mesmos termos deverão ser inquiridas testemunhas, as quais deverão confrontadas com as questões anteriores com as devidas adaptações, a par da solicitação de nome e morada de outras testemunhas, que não sejam ainda conhecidas, com conhecimento directo dos factos participados;

– Caso o arguido se encontre em parte incerta, solicitar à INTERPOL e ao SEF o controle das entradas e saídas dos aeroportos, a par de outras diligências para apurar o respectivo paradeiro.

– **No caso de estar em causa a modalidade de favorecimento pessoal, plasmada no artigo 367.º, n.º 1**, será imprescindível aferir da existência do crime pressuposto, para assim, determinar a tipicidade do favorecimento pessoal.

Neste conspecto, antevemos três cenários⁵⁶:

▪ Se o julgamento do crime pressuposto teve lugar antes do favorecimento, aquele está comprovado através de tal julgamento, pelo que há que solicitar certidão da sentença, de preferência, com informação da data do seu trânsito em julgado. No caso de, no processo relativo ao crime pressuposto, o autor tenha sido absolvido, tal, não alterará, sem mais, a decisão que antes tenha condenado o autor do favorecimento. Este terá de servir-se doutros meios para se aproveitar da situação, por exemplo, socorrendo-se da revisão do processo⁵⁷.

▪ Se o crime pressuposto e o de favorecimento forem tramitados conjuntamente, como, aliás, é imposto por força das regras da conexão processos, não se antevêm aqui quaisquer dificuldades de índole probatória, bastando para tal o acompanhamento dos autos referentes ao crime pressuposto ou a solicitação das principais peças processuais;

▪ Porém, no caso de o crime pressuposto não ter sido ainda objecto de julgamento, basta em regra, que o tribunal que conhece do favorecimento pessoal, faça um juízo de prognose, munindo-se dos elementos probatórios existentes naquele primeiro inquérito, devendo para tal, solicitar a consulta dos autos, pedir o seu acompanhamento ou ainda a remessa das principais peças processuais que o compõem. Se contudo, não se determinar ao certo qual terá sido o concreto tipo de crime cometido pelo beneficiário do favorecimento, deverá o titular do inquérito solicitar os elementos existentes naquele processo e concluir com segurança que ele terá praticado um de entre vários crimes, sendo que a limitação estabelecida no n.º 3 é dada pela pena menos grave desses crimes. Quando não chegue a determinar, com segurança, que o favorecido tenha cometido qualquer crime, exigindo o n.º 1 a prática de um crime, faltarão a tipicidade e o autor do favorecimento terá de obter juízo absolutório.

⁵⁶ Neste sentido, descrevendo a posição de António Medina de Seíça, PEREIRA, Victor Sá e LAFAYETTE, Alexandre, ob. cit., pág. 890 e 891.

⁵⁷ Neste sentido, descrevendo a posição de António Medina de Seíça, PEREIRA, Victor Sá e LAFAYETTE, Alexandre, ob. cit., pág. 891.

– No caso de estar em causa a **modalidade de favorecimento pessoal, plasmada no artigo 367.º, n.º 2**: solicitar certidão da sentença cuja execução se lesa, com a informação da data do seu trânsito em julgado.

3.3. Encerramento do inquérito

3.3.1. Arquivamento do inquérito

Encerrado o inquérito, o Ministério Público, procede ao arquivamento do inquérito:

a) Nos termos do artigo 277.º, n.º 1, do Código de Processo Penal por:

- **Inadmissibilidade legal do procedimento criminal** (a título exemplificativo, a não apresentação de queixa relativamente ao crime pressuposto preclui a possibilidade de perseguição pelo crime de favorecimento; o crime amnistiado ou prescrito ou a morte do autor não é punível, por consubstanciar um crime putativo⁵⁸);
- **O arguido não o ter praticado a qualquer título;**
- **Se ter recolhido prova de que não se verificou o crime** (a título exemplificativo, **no caso da modalidade prevista no n.º 1 do artigo 367.º**: o impedimento de actividades de investigação de natureza disciplinar e a contra-ordenacional; condutas que, embora se traduzam num efectivo auxílio ao agente de um crime e simultaneamente se incluem, num quadro da actividade normal da existência social ou humanitária; a conduta causa um sensível atraso na investigação⁵⁹; em caso de legítima defesa; o crime favorecido ter sido cometido fora do território nacional, mas o crime cometido pela pessoa favorecida não pode ser perseguido pela justiça portuguesa; **no caso da modalidade do n.º 2 do artigo 367.º**: o auxílio ocorrer depois da decisão mas antes do trânsito em julgado do crime cuja execução se pretende evitar).

b) Nos termos do artigo 277.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, por não se terem recolhido indícios suficientes da verificação do crime (a título exemplificativo, por não se terem reunido indícios suficientes dos elementos típicos de cada uma das modalidades de favorecimento já devidamente analisados no ponto 1.3. deste trabalho).

3.3.2. Suspensão provisória do processo

No que concerne ao regime punitivo do crime em análise e cumpridos os requisitos legais, será de equacionar a aplicação do instituto da suspensão provisória do processo, nos termos dos artigos 281.º e 282.º, ambos do Código de Processo Penal. Não obstante tratar-se de um instituto favorável à consensualização do conflito, bem como a evitar estigmatizações

⁵⁸ Neste sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, *in ob. cit.*, pág. 956; Contra, Miguez Garcia e Castela Ria, *ob. cit.*, pág. 1209.

⁵⁹ Na perspectiva defendida por Paulo Pinto de Albuquerque, mas já não na de Medina de Seíça, como vimos.

decorrentes do julgamento, cremos que a aplicação deste instituto deverá ser apenas residual tendo em conta a dificuldade em demonstrar alguns dos pressupostos previstos, designadamente a ausência de um grau de culpa elevado (artigo 281.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal)⁶⁰.

Por outro lado, sendo um instituto de consenso, a suspensão provisória do processo pressupõe a necessária concordância do arguido (e do assistente), antevendo-se que na maioria das situações, tendo em conta o âmago do crime de favorecimento, onde se cruzam condutas que, embora se traduzam num efectivo auxílio ao agente de um crime, simultaneamente se incluem, num quadro da actividade normal da existência social ou humanitária, seja frequente que o arguido negue a imputação do crime ou pretenda apresentar provas que o favoreçam.

No que concerne às injunções ao arguido, temos por mais adequada, em primeira linha, a prevista no artigo 281.º, n.º 2, alínea a), do Código de Processo Penal, ou seja, a atribuição de uma indemnização ao lesado, de forma acautelar uma adequada reparação da vítima e injunção de pagamento de quantias pecuniárias a instituições de solidariedade social.

Importa nesta sede averiguar das condições económicas e financeiras do arguido, em sede de interrogatório, a fim de se evitar duplicação de diligências e delongas escusadas no processo.

3.3.3. Processo Sumaríssimo

Caso a suspensão provisória do processo não seja legalmente admissível ou os factos em concreto não o aconselhem, considera-se que, por partilhar grande parte das vantagens *supra* referidas, deverá lançar-se mão do processo sumaríssimo, previsto no artigo 392.º e seguintes do Código de Processo Penal.

Nos termos da Directiva 1/2016 (Capítulo V), o Ministério Público tem legitimidade, em processo sumaríssimo, para formular pedido de reparação civil a solicitação de qualquer lesado, de entidade a quem deva representação, assim como nas situações enquadráveis no artigo 82.º A do Código de Processo Penal.

Na escolha da pena, sendo ao crime em análise, *“aplicável, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”*, nos termos do artigo 70.º do Código Penal.

⁶⁰ Como refere José P. Ribeiro Albuquerque, Consenso, Aceleração e Simplificação como Instrumentos de Gestão Processual, pág. 24: “Como ensina Faria Costa, «ausência de grau de culpa elevado», o uso comum das palavras e no sentido que desse uso resulta, é bem diferente de «culpa pouco grave» ou «culpa diminuta», i.e. não muito grave não é o mesmo que pouco grave ou diminuta, embora estas estejam contidas naquela expressão por raciocínio de lógica linear. É mais extensa e de menor intensidade – no que ao juízo de culpa e ilicitude se refere – a conduta não muito grave do que o é a conduta com culpa e ilicitude diminutas ou pouco graves. O não muito grave ainda consente um nível de intensidade de gravidade da conduta que não é contido na pouco grave ou diminuta”.

Valem aqui as considerações tecidas para as condições económicas do arguido em sede de suspensão provisória do processo, com uma nota relativa à medida concreta da pena, em que releva aqui a limitação do n.º 3 do artigo 367.º: a pena concreta a aplicar ao autor do favorecimento não pode ser superior à prevista na lei para o facto cometido pela pessoa em benefício da qual se actuou.

3.3.4. Acusação

Deduz acusação, demonstrando:

Em caso de estar perante a modalidade de favorecimento plasmada no artigo 367, n.º 1:

- Descrição as circunstâncias espaço-temporais em que o arguido actuou;
- Concretização do impedimento e frustração da actividade probatória ou preventiva de autoridade competente, corporizando, especifica e detalhadamente, cada uma dessas condutas, os meios de que lançou mão e identificando os impedimentos causados pelas mesmas;
- Efectuando de modo fáctico a conexão entre a actuação do arguido e do autor do crime pressuposto, descrevendo, localizando a conduta do arguido e a forma como obstaculizou a entidade competente, no âmbito do crime pressuposto;
- Actuação de forma livre, voluntária e consciente, com o propósito de evitar que outra pessoa, que praticou um crime, seja submetida a pena ou medida de segurança, bem sabendo que actuando da forma descrita e através dos meios referidos impedia a actividade probatória e ou preventiva, levada a cabo por certa entidade competente, obstaculizando a realização da justiça.
- Que o agente sabia que a sua conduta era proibida e punida por lei penal.

Em caso de estar perante a modalidade de favorecimento do artigo 367.º, n.º 2:

- Descrição das circunstâncias espaço temporais em que o arguido actuou;
- Concretização a prestação de auxílio a outra pessoa, corporizando, especifica e detalhadamente, cada uma dessas condutas, os meios de que lançou mão, etc.;
- Efectuando de modo fáctico a conexão entre a actuação do arguido e a forma como obistou à execução de pena do favorecido, identificando a sentença condenatória cuja execução se pretendeu evitar, designadamente o número do processo, em que tribunal correu termos, a data em que a sentença foi proferida e a do seu trânsito em julgado;

- Actuação de forma livre, voluntária e consciente, com o propósito de, total ou parcialmente, impedir, frustrar ou iludir execução de pena ou de medida de segurança que a determinada pessoa tenha sido aplicada, bem sabendo que actuando da forma descrita e através dos meios referidos, impedia os interesses da realização da justiça penal.
- Que o agente sabia que a sua conduta era proibida e punida por lei penal.

IV. Hiperligações e referências bibliográficas

– AA. VV., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, Tomo II e III, 1999.

– ALBUQUERQUE, José P. Ribeiro, *Consenso, Aceleração e Simplificação como Instrumentos de Gestão Processual*, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/novidades/files/gestao_inquerito_albuquerque.pdf.

– ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

– ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário ao Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed, Lisboa, UCE, 2011.

– ASCENSÃO, José de Oliveira, *Branqueamento de capitais: Reacção criminal*, Estudos de direito bancário, Coimbra Editora, Agosto de 1999.

– CAEIRO, Pedro, *A Decisão-Quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001 e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente*, *In Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

– DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª reimpressão, 2009.

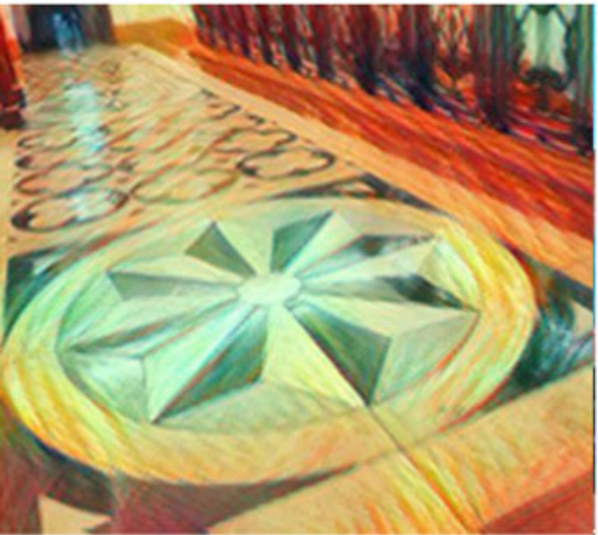
– DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2009.

– *Droga – Decisões de Tribunais de 1.ª Instância – 1996, Comentários*, edição da Presidência do Conselho de Ministros – Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, 1998, págs. 241/2.

– DUARTE, Jorge Dias, *Branqueamento de Capitais e Favorecimento Pessoal*, Revista do Ministério Público, Ano 23, Abril/Junho 2002, n.º 90.

- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, Do crime de «Branqueamento» de Capitais: Introdução e Tipicidade. 1.ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes, *Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes*, disponível em <https://www.oa.pt/upl/%7B32eaebc1-ac45-417b-b9b7-2c0900ce86d1%7D.pdf>.
- GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado. Legislação Complementar*, 14.ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2001.
- LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, *Código Penal anotado, II Volume*, 3.ª Ed., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000.
- MIGUEZ GARCIA, M. e CASTELA RIA, J.M., *Código Penal e Parte geral e especial*, Almedina, 2014.
- PEREIRA, Victor Sá e LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal – Anotado e Comentado*, Lisboa, Quid Juris, 2008.
- SANTIAGO, Rodrigo, O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4.º, Outubro-Dezembro de 1994, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa (págs. 497 a 560).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



8.

Crime de infidelidade -
enquadramento jurídico,
prática e gestão
processual

Tiago Rendeiro de Matos

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. CRIME DE INFIDELIDADE – ENQUADRAMENTO JURÍDICO, PRÁTICA E GESTÃO PROCESSUAL

Tiago Rendeiro de Matos

- I. Introdução
- II. Objectivos
- III. Resumo
 - 1. O crime de infidelidade – enquadramento jurídico
 - 1.1. Brevíssimo panorama do crime de infidelidade no ordenamento jurídico português
 - 1.2. O tipo objectivo do crime de infidelidade
 - 1.2.1. O encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios, por lei ou acto jurídico
 - 1.2.2. O prejuízo patrimonial importante
 - 1.3. O tipo subjectivo do crime de infidelidade
 - 1.3.1. A intenção de criar prejuízo patrimonial importante
 - 1.3.2. A actuação com grave violação dos deveres que incumbem ao agente
 - 1.4. Delimitação com figuras afins
 - 1.4.1. A infidelidade e o abuso de confiança
 - 1.4.2. A infidelidade e a corrupção no sector privado
 - 1.4.3. A infidelidade e a burla
 - 1.4.4. A infidelidade e a administração danosa
 - 1.4.5. A infidelidade e o peculato
 - 1.4.6. A infidelidade e a participação económica em negócio
 - 1.5. A legitimidade para a apresentação de queixa e a constituição como assistente
 - 1.5.1. Ponto de situação da problemática
 - 1.5.2. Desatando o nó górdio – Uma proposta de releitura alternativa do problema
 - 1.6. O dolo eventual, o risco permitido e a violação dos deveres funcionais
 - 2. Prática e gestão processual
 - 2.1. Tramitação do inquérito
 - 2.1.1. Sobre a notícia do crime e o direito de queixa
 - 2.1.2. Competência para a investigação
 - 2.1.3. Diligências a realizar
- IV. Referências bibliográficas

I. Introdução

O crime de infidelidade, previsto no artigo 224.º do Código Penal, encontra-se inserido no Capítulo III (Dos crimes contra o património em geral) do Título II (Dos crimes contra o património) da parte especial do Código Penal.

A sua inserção sistemática coloca-o, assim, ao lado dos diversos tipos de crime relativos à burla (burla, burla qualificada, burla relativa a seguros, burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços, burla informática e nas comunicações e burla relativa a trabalho ou emprego) e dos crimes de extorsão, abuso de cartão de garantia ou de crédito e usura, que constituem igualmente crimes contra o património em geral.

Apesar de ter por “vizinhança” vários tipos de crime que integram o dia-a-dia da prática judiciária, o crime de infidelidade apresenta uma expressividade prática reduzidíssima, facto que deriva simultaneamente de razões endógenas atinentes ao próprio tipo de crime (a

reclamar há muito tempo uma reforma que o adequa à realidade actual), mas também devido a razões exógenas que não se encontram directamente ligadas às limitações da letra da lei. Em primeiro lugar, porque a compreensão do seu elemento objectivo e subjectivo nem sempre é o mais correcto e, mais amplamente, a definição do seu âmbito de aplicação surge frequentemente associado a equívocos.

Acresce que, talvez em virtude do que acaba de se dizer, existem dificuldades frequentes na delimitação do espaço próprio do crime de infidelidade em confronto com outros crimes afins, o que contribui para dificultar a compressão do seu âmbito natural de aplicação.

Finalmente, a pouca aplicabilidade deste crime é também causa e consequência da escassa (mas ainda assim existente) produção jurisprudencial e doutrinal sobre o crime, a fazer jus ao ditado de que *quem não é visto, não é lembrado*.

Tudo somado, a relevância que o crime de infidelidade podia e devia assumir no nosso ordenamento jurídico justifica uma leitura mais atenta, sobretudo na época actual que se caracteriza pela interdependência e pelo risco inerente aos negócios, em que as empresas assumem um papel cada vez mais relevante no próprio funcionamento da economia, levando a que os seus assuntos tradicionalmente *internos* tenham hoje repercussões externas e efeitos perniciosos e globais que não era possível ter em consideração na década de 1960, quando Eduardo Correia abordou pela primeira vez este tipo de crime entre nós.

De resto, a teleologia do crime de infidelidade é de apreensão relativamente simples. O crime tem como pressuposto a existência de uma relação de *fidúcia* em que, seja por lei ou por acto jurídico, uma pessoa está investida do poder de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios, e visa punir os comportamentos desleais desse agente, isto é, comportamentos que quebrem a relação de confiança existente e causem prejuízo patrimonial importante aos referidos interesses.

Apesar da tentação de associar o crime de infidelidade aos órgãos de administração de sociedades comerciais, deve deixar-se claro, como última nota, que o crime de infidelidade é aplicável a uma multiplicidade de situações que não passam necessariamente pela modalidade “societária” do crime.

II. Objectivos

O presente trabalho visa fornecer ao leitor uma abordagem simples, mas completa, do tipo legal do crime de infidelidade, previsto e punido pelo artigo 224.º do Código Penal, sempre numa perspectiva prática, e sem descurar os fundamentos teóricos de que depende a compreensão de qualquer tipo de crime.

Pretende-se que possa servir como ferramenta de trabalho na procura de respostas aos principais problemas que o tipo de crime coloca na prática e que se prendem essencialmente com a definição concreta do seu campo de aplicação e da sua aplicabilidade (ou não) face a

situações concretas, particularmente quando as mesmas convocam, além da infidelidade, outros tipos de crime.

Por outro lado, a nível de prática e gestão processual de inquérito, sem pretensões a ser um manual de procedimentos, o fito do trabalho é apenas o de apresentar algumas das principais especificidades que o crime de infidelidade pode colocar em sede de inquérito.

III. Resumo

Na primeira parte deste trabalho, é abordado o enquadramento jurídico do crime de infidelidade, desde a sua génese até aos elementos objectivos e subjectivos do tipo de crime actual, com aprofundamento das principais questões que se suscitam neste âmbito, nomeadamente ao nível do elemento subjectivo do crime.

Em seguida, tenta-se estabelecer as fronteiras deste crime face a figuras próximas e analisar as relações existentes entre os crimes em apreço, de forma a saber se os mesmos são, ou não, sobreponíveis na prática e, no caso afirmativo, que tipo de concurso se verifica entre os crimes.

Ainda no âmbito do enquadramento jurídico, são abordados dois assuntos do maior interesse prático: a legitimidade para constituição como assistente quando é ofendida uma sociedade (levantando-se o véu sobre uma possível via para resolver o problema) e, por outro lado, a questão do risco permitido nos negócios e da (ir)relevância do dolo eventual para o preenchimento deste crime.

Finalmente, quanto à prática e gestão processual, abordam-se essencialmente situações práticas atinentes à notícia do crime e às diligências a realizar em sede de inquérito.

1. O crime de infidelidade – enquadramento jurídico

1.1. Brevíssimo panorama do crime de infidelidade no ordenamento jurídico português

O crime de infidelidade, tipificado no artigo 224.º do Código Penal, apenas foi introduzido em Portugal no Código Penal de 1982, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, tendo a redacção do tipo incriminador sido alvo de amplo debate e reflexão no seio da comissão revisora responsável pelo anteprojecto daquele código, presidida por Eduardo Correia.

Apesar da evolução do mundo e da economia nos últimos 35 anos, as actas dos trabalhos da comissão revisora e o preâmbulo do diploma que aprovou o Código Penal de 1982 são ainda hoje ferramentas interpretativas inevitáveis para compreender o âmbito do crime de infidelidade.

Das actas da comissão de revisão resulta, além do mais, uma enorme preocupação em não alargar excessivamente o âmbito de aplicação deste crime¹. Tal opção marcou, e marca ainda hoje, o tipo legal previsto no artigo 224.º do Código Penal e em grande medida explica o reduzido âmbito de aplicação deste crime, traduzido por exemplo na escassez de jurisprudência produzida a propósito do crime de infidelidade, reflexo da pouca utilização deste tipo de crime nos tribunais.

Quanto ao preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, a importância do mesmo resulta essencialmente do seu n.º 34, que avança o seguinte:

*“Definiu-se a infidelidade (artigo 319.º) - novo tipo legal de crime contra o património-, **cujo recorte, grosso modo, visa as situações em que não existe a intenção de apropriação material, mas tão-só a intenção de provocar um grave prejuízo patrimonial.**”*

O crime de infidelidade surgiu, assim, como forma de suprir uma lacuna no ordenamento jurídico português, onde estavam em causa situações que escapavam ao âmbito de aplicação do crime de abuso de confiança (que pressupõe a intenção de apropriação²). Aliás, ainda antes de o anteprojecto ter sido apresentado, Eduardo Correia, num estudo da sua autoria, já afirmava que o crime de infidelidade não cabia no tipo do abuso de confiança, por não haver uma intenção de apropriação subjacente³.

O crime de infidelidade veio a ser incluído na versão final do Código Penal de 1982, estando previsto no artigo 319.º. Com a reforma de 1995⁴, o crime de infidelidade passou a estar previsto no artigo 224.º, sistematização que se mantém nos dias de hoje. A redacção do tipo incriminador do n.º 1 do actual artigo 224.º do Código Penal não sofreu alterações substanciais desde a sua inclusão até aos dias de hoje, o que não deixa de representar também um indício da desadequação do tipo legal à época actual, onde a realidade dos negócios é muito diferente daquela em que se baseou a redacção do artigo.

A este propósito, deve deixar-se claro desde início que a razão parece estar com Damião da Cunha, quando este afirma, a propósito do tipo legal do crime de infidelidade:

*“Infelizmente, no direito nacional, a sua redacção mantém-se intocada e, escusado será dizer, é de **aplicabilidade quase nula**. Para que tal suceda, não é difícil perceber que, por um lado, a manifesta desvalorização expressamente afirmada pelo legislador (de resto, com justificações pouco convincentes) e, por outro lado, o facto de a nossa jurisprudência recorrer, em manifesta*

¹ Na discussão sobre a inclusão ou não deste crime no anteprojecto do Código Penal, chegou mesmo a apontar-se “o perigo de que, ante a eventualidade de uma sanção penal, as pessoas se furtem a ocupar cargos de representação voluntária.” – cfr. *Actas da Comissão Revisora do Código Penal*, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, pág. 156.

² Cfr. TAIPA DE CARVALHO, em anotação ao artigo 224.º, in Figueiredo Dias (Dirigido por), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 362.

³ No mesmo estudo, EDUARDO CORREIA transcreve um excerto do autor italiano Petrocelli em que este afirma que o crime de infidelidade: “visa punir penalmente casos que, a despeito da sua inegável gravidade, não poderiam incluir-se nas figuras afins do abuso de confiança e da burla (...).”, cfr. *O crime de abuso de confiança (alguns problemas)*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3168, Coimbra, Coimbra Editora, 1961, pág. 35 a 39 e 52 a 56.

⁴ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1993, pág. 613.

*violação do princípio da tipicidade, a outros tipos legais de crime serão as razões ou o alibi para **a irrelevância prática deste tipo legal de crime.***⁵

1.2. O tipo objectivo do crime de infidelidade

O artigo 224.º, n.º 1, do Código Penal, onde se prevê o crime de infidelidade, dispõe o seguinte:

“Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por ato jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.”

O tipo objectivo deste crime compreende assim estes dois elementos:

- (1) O encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios, por lei ou acto jurídico.
- (2) A criação de um prejuízo patrimonial importante a esses interesses.

1.2.1. O encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios, por lei ou acto jurídico

Para compreender o âmbito do crime de infidelidade, é preciso ter em conta que a génese do crime assenta numa relação fiduciária. Pressuposto basilar do crime é, assim, a pré-existência de uma relação de confiança, cuja quebra aquele crime visa sancionar⁶.

Tal como resulta da letra da lei, essa relação de confiança materializa-se “*no encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar*” e pode ter origem legal ou convencional. São exemplos de situações fiduciárias de origem legal que cabem no âmbito desta previsão, nomeadamente:

- Os pais, relativamente aos interesses patrimoniais dos menores,
- O tutor e o curador, relativamente aos interesses patrimoniais do interdito ou do inabilitado,

⁵ DAMIÃO DA CUNHA, *Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017, pág. 231. O autor, que defende uma profunda reforma deste tipo de crime, afirma ainda a este propósito que “*A Exposição de Motivos é extremamente redutora quanto ao crime de infidelidade; com efeito, ao referir a apropriação material (como excluída da infidelidade) o legislador está a referir-se a um elemento típico de crimes contra a propriedade, mas o crime de infidelidade é um crime contra o património e, por isso, muito mais amplo na sua abrangência*”, ob. cit., pág. 77.

⁶ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS escreve, a este propósito, que: “*a existência de uma relação fiduciária é requisito essencial à caracterização deste crime*”, in *Crimes contra o Património*, Universidade Lusíada, Lisboa, 1996, pág. 210.

- O cabeça-de-casal.

Por outro lado, o encargo pode ter fundamento convencional, incluindo:

- Os órgãos de administração das pessoas colectivas,
- Os gerentes de comércio, na acepção do artigo 248.º do Código Comercial, incluindo-se aqui os “*gerentes de loja*” ou de outros estabelecimentos comerciais, os gerentes de agências bancárias e, no geral, todos aqueles abrangidos pelo alcance do referido preceito,
- O mandatário judicial que defende, em juízo, interesses patrimoniais alheios,
- O procurador com poderes de administração patrimonial,
- O testamenteiro.

A gestão de negócios não é considerada uma fonte do encargo de administrar património alheio, para efeitos do preenchimento do tipo legal do crime de infidelidade.

Discute-se igualmente se o preenchimento deste crime depende da eficácia do *acto-motor* da relação de confiança. Das actas da comissão revisora resulta uma opção deliberada por não resolver este problema no tipo incriminador, mas, ao mesmo tempo, deixou-se claro que a eventual ineficácia do acto jurídico não deve prejudicar a aplicabilidade do tipo, ressalvados os casos em que não exista, sequer, uma aparência de vínculo⁷. Quanto à eventual invalidade do acto jurídico, desde que não tenha sido causada ilicitamente pelo titular dos interesses protegidos, também não poderá prejudicar a aplicabilidade do tipo devendo aqui dar-se primazia à protecção da efectiva situação de confiança que foi criada⁸.

1.2.2. O prejuízo patrimonial importante

Em segundo lugar, exige-se que a conduta do agente cause aos interesses que lhe estão confiados um *prejuízo patrimonial importante*.

Este prejuízo deve ser aferido em termos contabilísticos, abrangendo quer a diminuição do activo, quer o aumento do passivo, e ainda a não diminuição do passivo ou o não aumento do activo, o que vale por dizer que abarca os conceitos civilísticos de dano emergente e de lucro cessante. Por outro lado, o prejuízo pode advir de um comportamento activo ou de um comportamento omissivo do agente.

⁷ *Actas...*, ob. cit., pág. 165.

⁸ No mesmo sentido. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., pág. 211, MÁRIO MANUEL VARGES GOMES, *Crimes contra o Património - Notas ao Código Penal*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1983, pág. 75, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2ª edição, 2015, pág. 870, M. MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, *Código Penal – Parte Geral e Especial*, Almedina Editora, Coimbra, 2ª edição, 2015, pág. 995, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado*, II Vol., Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000, pág. 594.

Embora a letra da lei encerre dúvidas, entende-se que a expressão *prejuízo patrimonial importante* apenas poderá ser interpretada casuisticamente, rejeitando-se a aplicação de critérios rígidos, nomeadamente, a aplicação automática do conceito de *valor elevado*, previsto no artigo 202.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal⁹.

Ainda assim, nada parece obstar a que se tenha por bitola referencial o critério objectivo e subjectivo segundo o qual estamos perante um *prejuízo patrimonial importante* quando o mesmo excede as 50 unidades de conta (critério objectivo), mas também quando o mesmo, independentemente do valor, coloca a vítima numa situação económica difícil (critério subjectivo)¹⁰.

Note-se que a jurisprudência também tem propendido maioritariamente para a adopção deste duplo critério objectivo e subjectivo¹¹.

1.3. O tipo subjectivo do crime de infidelidade

Quanto ao tipo subjectivo deste crime, o mesmo subdivide-se igualmente em dois elementos:

(1) A intenção de causar prejuízo patrimonial importante.

(2) A actuação com grave violação dos deveres assumidos.

1.3.1. A intenção de criar prejuízo patrimonial importante

O tipo subjectivo do crime de infidelidade implica, em primeiro lugar, que o agente cause *intencionalmente* um prejuízo patrimonial importante.

A expressão utilizada pelo legislador tem dado azo interpretações diversas sobre o dolo do crime de infidelidade. Ainda durante a elaboração do anteprojecto, a comissão revisora apontou no sentido de que o tipo legal apenas deveria compreender a actuação com dolo directo, excluindo assim o dolo necessário e o dolo eventual, solução que foi seguida por parte significativa da doutrina¹². Assim, o crime de infidelidade apenas se preencheria quando a

⁹ No mesmo sentido: JORGE DIAS DUARTE, *Crime de abuso de confiança e de infidelidade*, in Revista do Ministério Público, Ano 20, n.º 79, Julho-Setembro 1999, pág. 82 e 83, CARLOS ALEGRE, *Crimes Contra o Património*, in Revista do Ministério Público - Cadernos, n.º 3, pág. 126, DAMIÃO DA CUNHA, ob. cit., págs. 241 e 242 e Mário Manuel Vargues Gomes, ob. cit., pág. 77.

¹⁰ Posição sufragada, entre nós, por TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., pág. 367, e também por MARIA RITA OLIVEIRA RAMOS, *Da Importância do Crime de Infidelidade nos Crimes Contra o Património* – Dissertação de Mestrado em Direito Criminal, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014, pág. 11, mas contra, pugnando pela adopção de um critério exclusivamente objectivo por correspondência com o artigo 202.º, n.º 1, alínea a) do Código Penal: JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., pág. 210, e também M. MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, ob. cit., pág. 997, e Paulo Pinto de Albuquerque, ob. cit., pág. 870.

¹¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/03/2006 (Relator: Simas Santos) e, no mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28/06/2001 (Relator: Carlos de Sousa) e de 09/05/2006 (Relator: Agostinho Torres).

¹² *Actas...*, ob. cit., pág. 164. No mesmo sentido, exigindo o dolo directo: José António Barreiros, ob. cit., pág. 213, MÁRIO MANUEL VARGUES GOMES, ob. cit., pág. 76, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit. pág. 871, MANUEL MAIA GONÇALVES,

actuação do agente fosse totalmente direccionada à criação do prejuízo patrimonial, ou seja, quando o agente representasse um facto que preenche o tipo de crime e actuasse com a intenção de o realizar (artigo 14.º, n.º 1, do Código Penal).

Como bem se compreende, sustentar que o crime de infidelidade patrimonial depende da existência de dolo directo é uma solução que esvazia quase totalmente de conteúdo aquele crime, cujo âmbito de aplicação é já de si tão restrito. Na verdade, serão relativamente raras as situações em que o agente aja movendo-se exclusivamente com o propósito de causar directa e deliberadamente um prejuízo importante aos interesses patrimoniais que lhe estão confiados, sendo muito mais comuns as situações em que aquele prejuízo patrimonial surge aos olhos do agente como uma consequência necessária de uma conduta sua que visa outro objectivo principal, ou seja, em situações de dolo necessário (artigo 14.º, n.º 2, do Código Penal).

Aliás, tendo em consideração que o crime de infidelidade é um crime contra o património, não se afigura que as condutas em que o agente actua com dolo directo se revistam de menor danosidade social e justifiquem assim um tratamento diferenciado em relação ao agente que actua com dolo directo, tanto mais que o prejuízo e o dano de confiança para a vítima são idênticos independentemente do dolo do agente ser directo ou necessário.

Por este motivo, entende-se que o vocábulo *intencionalmente* não veda a possibilidade de o crime de infidelidade ser cometido com dolo necessário, significando apenas que o agente deve ter “*consciência ou conhecimento da inevitabilidade do resultado*”¹³. Seguindo este entendimento, o crime pode ser cometido com dolo directo ou dolo necessário, excluindo-se apenas o dolo eventual.

Finalmente, deve assinalar-se que a jurisprudência dos tribunais superiores também tem vindo a considerar que o dolo do tipo do crime de infidelidade abrange o dolo directo e o dolo necessário¹⁴.

1.3.2. A actuação com grave violação dos deveres que incumbem ao agente

O segundo elemento do tipo subjectivo do crime de abuso de confiança é a grave violação dos deveres que incumbem ao agente.

Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar, 10.ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 1999, pág. 697, LEAL-HENRIQUES e SIMAS SANTOS, ob. cit., pág. 595 e MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, *A Parte Especial do Novo Código Penal – Alguns Aspectos Inovadores, in Jornadas de Direito Penal – A Revisão do Código Penal*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 1983, pág. 380/381.

¹³ TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., pág. 368, e, no mesmo sentido, M. MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, ob. cit., pág. 997, JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., pág. 80 e MARIA RITA OLIVEIRA RAMOS, ob. cit., pág., 11,

¹⁴ A título de exemplo, referem-se os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 26/06/1991 (Relator: Pinto Bastos), e de 23/03/2006 (Relator: Simas Santos), o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09/05/2006 (Relator: Agostinho Torres) e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 02/03/2011 (Relatora: Lígia Figueiredo).

A inclusão deste elemento do tipo subjectivo resulta, na grande maioria das situações, numa redundância. De facto, se a lei exige do agente uma conduta dolosa apontada à criação de um prejuízo patrimonial importante aos interesses alheios que lhe estão confiados, será difícil equacionar que tal conduta não configure, por si só, uma grave violação dos deveres que lhe incumbem.

Retira-se deste segmento que, para o preenchimento do crime de infidelidade, não é suficiente uma qualquer violação dos deveres que incumbem ao agente, devendo essa violação ser grave, ou seja, intensa e especialmente censurável.

Consoante a fonte do encargo de dispor ou administrar interesses patrimoniais alheios, diferentes serão também os deveres do agente. No caso de um membro de órgão de administração de sociedade comercial, não há dúvida que a expressão remete para os deveres fundamentais dos gerentes e dos administradores previstos no artigo 64.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. Assim, nestas situações, pode incorrer no crime de infidelidade o gerente ou administrador que actuar em violação dos deveres de cuidado e de lealdade que lhe incumbem por força daquela disposição legal, nomeadamente por não adoptar a diligência de um gestor criterioso e ordenado¹⁵, desde que essa violação seja grave.

1.4. Delimitação com figuras afins

Uma das maiores dificuldades práticas que o crime de infidelidade levanta é a sua delimitação face a outros tipos de crime. De facto, embora o tipo legal do crime pareça colocá-lo claramente à margem de qualquer outro, a verdade é que a riqueza das situações quotidianas esbate totalmente aqueles limites, sendo frequentes as situações em que a destrinça se torna complexa.

1.4.1. A infidelidade e o abuso de confiança

Comete o crime de abuso de confiança, previsto no artigo 205.º, n.º 1, aquele que *“ilegitimamente se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade”*.

O cerne do crime de abuso de confiança encontra-se precisamente na intenção de apropriação. No crime de infidelidade, por sua vez, está em causa a criação de um prejuízo patrimonial importante a interesses alheios.

A questão que se coloca prende-se com as situações que possam aproximar-se dos dois crimes. Existirá uma relação de concurso entre o crime de infidelidade e o crime de abuso de confiança? E de que tipo?

¹⁵ Conforme ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO: *“Apesar de inserida no final do artigo 64.º/1, a), a diligência dá corpo a todos os deveres dos administradores, explicando a intensidade requerida na sua execução.”*, cfr. *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Editora Almedina, Lisboa, 2009, pág. 243.

Para quem defende que o crime de infidelidade apenas pode ser cometido a título de dolo directo, a resposta é simples: entre os dois crimes existirá forçosamente uma relação de mútua exclusão, ou seja, não existe a possibilidade abstracta de a mesma conduta preencher os dois tipos de crime, uma vez que a intenção de apropriação do crime de abuso de confiança exclui o dolo directo de criação de um prejuízo patrimonial importante, que é exigido para o crime de infidelidade¹⁶.

Pelo contrário, se se sustentar que o elemento subjectivo do crime inclui o dolo directo e o dolo necessário – como se defende neste trabalho – então é inevitável a existência de concurso ideal entre os crimes sempre que o agente, além de actuar com dolo necessário (quanto à criação do prejuízo patrimonial), actuar com intenção de apropriação do mesmo

Nestes casos, verifica-se entre os dois crimes uma relação de concurso aparente, já que existe uma relação de subsidiariedade do crime de infidelidade face ao abuso de confiança¹⁷.

Este parece ser a conclusão mais correcta (mas não a única¹⁸) a retirar da interpretação dos dois tipos legais de crime em apreço, assumindo aqui preponderância o elemento histórico, já que é da própria história da introdução do crime de infidelidade no nosso ordenamento jurídico que resulta a sua subsidiariedade face ao crime de abuso de confiança¹⁹. Também o elemento teleológico aponta no mesmo sentido, como resulta expressamente do artigo 34 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro.

Note-se que quando se fala em concurso ideal entre os dois crimes, estará quase sempre em causa a modalidade agravada do crime de abuso de confiança e não o abuso de confiança simples²⁰. Ora, o crime de abuso de confiança agravado, atenta a sua moldura penal, é mais grave do que o crime de infidelidade e, além disso, não depende de queixa, ao contrário do crime de infidelidade e do crime de abuso de confiança simples, que são de natureza semi-pública.

¹⁶ Defendem a existência de uma relação de exclusão entre os crimes, por exemplo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pág. 870, e MANUEL MAIA GONÇALVES, ob. cit., pág. 696, sendo certo que os mesmos autores apenas admitem o crime cometido com dolo directo.

¹⁷ TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., pág., 371.

¹⁸ Muito interessante e a merecer reflexão, embora dissonante na doutrina nacional, é a opinião de DAMIÃO DA CUNHA, que coloca a tónica da diferenciação entre os crimes no binómio *coisa que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade vs. encargo de administrar, dispor ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios, por lei ou acto jurídico*, concretizando que é a *autonomia na gestão de negócios* que caracteriza o crime de infidelidade e, quando o agente aja com essa autonomia, a sua conduta não deve ser incluída no domínio do crime de abuso de confiança, independentemente da intenção de apropriação. O autor admite que mesmo utilizando este critério, na fronteira entre os dois crimes existem muitas áreas cinzentas. Aliás, sobre o recurso ao crime de abuso de confiança em situações que o autor considera inserirem-se no âmbito de aplicação infidelidade, este autor aponta que uma das razões para a pouca aplicabilidade do crime de infidelidade na prática judiciária estará no *“subterfúgio pragmático da aplicabilidade do abuso de confiança”*. Vide DAMIÃO DA CUNHA, ob. cit. pág. 76 a 79, 231 a 234 e 243

¹⁹ Conforme exposto em 1.1, a introdução do crime de infidelidade no Código Penal de 1982 resultou unicamente da necessidade de criminalizar certo tipo de condutas danosas que, por não existir intenção de apropriação, escapavam ao tipo legal de abuso de confiança, de onde resulta claramente que o mesmo visou preencher uma lacuna, para alcançar certo tipo de condutas onde o crime de abuso de confiança não chegava – e resultando daí a sua *subsidiariedade*.

²⁰ Uma vez que o crime de infidelidade pressupõe um prejuízo patrimonial importante e o crime de abuso de confiança é sempre agravado quando a coisa apropriada seja de valor elevado, nos termos do n.º 4 do artigo 205.º do Código Penal.

Pelos motivos expostos, à parte da discussão doutrinal acerca da relação entre os dois crimes, existindo intenção de apropriação por parte do agente, entende-se este deve ser sempre punido pelo crime de abuso de confiança (agravado, na esmagadora maioria dos casos) ainda que se encontrem igualmente verificados os elementos típicos do crime de infidelidade²¹.

Assim, a título de exemplo, deverá ser punido pela prática de um crime de abuso de confiança (e não de infidelidade) o gerente de uma sociedade por quotas que indevidamente se apropria de quantias monetárias ou bens pertencentes àquela sociedade ou o tutor que “desvia” determinado bem móvel pertencente ao interdito, apoderando-se do mesmo.

Por outro lado, já será punido a título de infidelidade o gerente que aliene uma máquina a terceiro por valor irrisório ou até mesmo que, por hipótese, celebre um negócio consigo mesmo em prejuízo da sociedade, embora, em boa verdade, não exista qualquer diferença ético-valorativa assinalável entre estas condutas e as referidas no parágrafo anterior²².

Também a jurisprudência tem decidido que, perante situações em que poderia estar em causa o crime de infidelidade, a intenção de apropriação leva a que o agente deva ser punido não pela infidelidade, mas pelo crime de abuso de confiança²³. Certo é que, perante os mesmos factos, o agente nunca pode ser punido simultaneamente pela prática dos dois crimes, prevalecendo sempre, nas decisões dos tribunais superiores, o crime de abuso de confiança²⁴.

Como última nota, deve deixar-se bem claro que a intenção de apropriação e a relação entre o crime de infidelidade e o de abuso de confiança não podem ser apreciados de uma forma estanque, rígida e linear.

De facto, tudo o que acabou de se dizer acerca da intenção de apropriação apenas vale em situações em que o agente possa (e deva) ser punido não pelo crime de infidelidade, mas pelo crime de abuso de confiança. Todavia, existem situações em que o agente actua com intenção de apropriação ou, mais rigorosamente, com intenção lucrativa, mas que nem por isso preenche o tipo legal do abuso de confiança. É o exemplo clássico do gerente que aumenta exponencialmente a sua remuneração e os seus prémios anuais, causando graves prejuízos à

²¹ Em sentido dissonante, Figueiredo Dias admite a possibilidade de que entre os dois crimes se estabeleça uma relação que se aproxima da situação de “*comprovação alternativa*” vide anotação ao artigo 205.º, in Figueiredo Dias (Dirigido por), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

²² Cfr. Damião da Cunha, ob. cit., pág. 243.

²³ A título de exemplo, refira-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 08/01/2003 (Relator: Virgílio Oliveira), o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02/05/1995 (Relator: Sousa Nogueira), o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/10/1993 (Relator: Baião Papão) e o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13/01/2016 (Relatora: Lígia Figueiredo). Mas também aparentando apontar no mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06/01/1993 (Relator: Sá Nogueira), acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13/09/2006 (Relator: Sousa Fonte), e acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 03/06/2014 (Relator: Ana Barata Brito).

²⁴ Não obstante, de toda a pesquisa realizada, encontraram-se duas situações que poderão escapar “à regra”, uma vez que os agentes foram acusados pela prática de ambos os crimes, como parece resultar dos relatórios dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 2002 (Relator: Leal Henriques) e do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Maio de 2013 (Relator: António Ribeiro). No entanto, posto que tais acórdãos não versaram sobre aquela questão em concreto, não é possível discernir se estavam em causa situações de concurso ideal entre os dois crimes ou se se tratava de situações de concurso real em que os agentes praticaram várias condutas, que integravam os dois crimes.

sociedade. Em tais situações, não pode haver dúvidas de que estamos perante um crime de infidelidade, já que tais situações escapam ao âmbito do crime de abuso de confiança.

Por este motivo, deve ter-se em consideração que a intenção lucrativa do agente pode funcionar como um auxiliar para discernir situações de infidelidade e de abuso de confiança (onde existe uma intenção *de apropriação*, e não uma intenção *lucrativa*), devendo atentar-se a outros elementos, nomeadamente se se trata de uma coisa entregue por título não translativo de propriedade ou de um património confiado a um agente para dele dispor, administrar ou fiscalizar. Essa parece ser a leitura actualista mais correcta a fazer do tipo de crime de infidelidade à luz do mundo actual que, sem dúvida, sobretudo em matérias de gestão empresarial, mudou de forma substancial nos últimos 35 anos.

1.4.2. A infidelidade e a corrupção no sector privado

Dispõe o artigo 8.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril:

“1 – O trabalhador do sector privado que, por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer ato ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais é punido com pena de prisão até cinco anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 – Se o ato ou omissão previsto no número anterior for idóneo a causar uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, o agente é punido com pena de prisão de um a oito anos.”

O conceito de *trabalhador do sector privado* vem definido no artigo 2.º, a), da mesma lei: *“a pessoa que exerce funções, incluindo as de direcção ou fiscalização, em regime de contrato individual de trabalho, de prestação de serviços ou a qualquer outro título, mesmo que provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, ao serviço de uma entidade do sector privado.”*

Apesar dos âmbitos de aplicação dos dois crimes serem diferente e se encontrarem definidos, pode existir sobreposição parcial entre os crimes. Estaremos nesta *“zona cinzenta”* sempre que estejam preenchidos os elementos objectivos e subjectivos do crime de corrupção passiva no sector público e, além disso, da conduta do agente resulte um prejuízo patrimonial para o *empregador*, ou, na perspectiva simétrica, quando estejam preenchidos os elementos objectivos e subjectivos do crime de infidelidade e exista um *plus* associado: uma intenção lucrativa do agente, ou seja, quando este recebe de terceiro qualquer vantagem patrimonial ou não patrimonial para cometer o crime.

Ora, deve entender-se que nesta área de fronteira em que os dois crimes se tocam, eles se encontram numa relação de concurso aparente. Nestas situações, deverá ceder o crime de

infidelidade e “o agente deverá ser punido apenas pela corrupção, por existir uma unidade do sentido social da ilicitude do facto punível (...)”²⁵.

1.4.3. A infidelidade e a burla

Menos problemática será a relação entre o crime de infidelidade e o de burla.

De facto, as diferenças estruturais nos elementos objectivos e subjectivos dos dois crimes tornam bem definidas as diferenças entre os crimes, sendo difícil equacionar a possibilidade de sobreposição entre os seus âmbitos.

No crime de infidelidade estão em causa interesses patrimoniais alheios que se encontravam confiados ao agente, e aos quais o próprio agente, por acto próprio, causou prejuízo importante, com grave violação dos deveres que lhe incumbiam.

No crime de burla, pelo contrário, o prejuízo é causado por acto próprio do lesado, e atinge interesses patrimoniais que são alheios ao agente, ou seja, que não lhe estavam confiados. Ao contrário da infidelidade, o crime de burla é, na maioria dos casos, um crime *com participação da vítima*.

Ou seja, afigura-se difícil de equacionar uma situação em que ambos os tipos legais possam estar preenchidos através da mesma conduta²⁶. Dir-se-ia que, mesmo em situações-limite em que o âmbito de aplicação dos dois crimes se pode aproximar, estará sempre em causa o preenchimento dos elementos de um ou de outro crime, mas nunca ambos em simultâneo. Foi o que sucedeu, por exemplo, neste acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de Novembro de 1997 (Relatora: Isabel Martins), em que, embora tenha convocado ambos os crimes, o tribunal entendeu que a factualidade consubstanciava um crime de infidelidade e não um crime de burla:

“Não integra o crime de burla (mas tão só e eventualmente o crime de infidelidade) a conduta do arguido que, como gerente dum Dependência Bancária e, nessa qualidade fazendo parte da comissão de crédito, aprovou a concessão de créditos a clientes cuja solvabilidade económica era, á partida duvidosa não tendo alguns desses créditos sido cobrados mesmo por via judicial, - e isto porque se não provou qualquer conluio entre o arguido e esses clientes no sentido destes obterem enriquecimento ilegítimo conexionado com a conduta do arguido. A mera aprovação das propostas de empréstimo não constitui erro ou engano astuciosamente criado nem traduz qualquer artifício fraudulento para enganar.”

²⁵ Cfr. CARLOS ALMEIDA, anotação ao artigo 8.º da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, in Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (Org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. 2, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pág. 207, mas contra esta posição, no sentido de que o crime de corrupção passiva no sector público deve ser restritivamente interpretado, não se aplicando nesta situação vide DAMIÃO DA CUNHA, ob. cit., pág. 249.

²⁶ Sobre as diferenças estruturais que distinguem estes dois crimes, em mais detalhe, vide MARIA RITA OLIVEIRA RAMOS, ob. cit., pág. 33 a 37.

Nesta medida, afigura-se que entre os dois crimes existirá uma relação de mútua exclusão, e não de concurso. Todavia, ainda que se admita a hipótese, mais académica do que real, de uma conduta integrar simultaneamente a prática de ambos os crimes, valem integralmente as considerações expendidas acerca da relação entre o crime de infidelidade e o crime de abuso de confiança, estando o crime de infidelidade em concurso aparente (subsidiariedade) com o crime de burla, que prevalece²⁷.

1.4.4. A infidelidade e a administração danosa

O crime de administração danosa, previsto no artigo 235.º, n.º 1, do Código Penal, pune a conduta daquele que: *“infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional, provocar dano importante em unidade económica do sector público ou cooperativo”*.

Como bem se compreende, o crime de administração danosa é uma forma especialíssima e qualificada do crime de infidelidade, o que significa que há uma sobreposição quase total entre os dois crimes²⁸, embora o âmbito de aplicação do crime de infidelidade seja incomparavelmente mais vasto.

Por outro lado, as ligeiras diferenças na configuração dos dois crimes quanto à violação de normas e deveres que incumbem ao agente são, em princípio, mais aparentes do que reais, na medida em que a infracção intencional de *“normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional”* (administração danosa) equivalerá, tendencialmente, a uma grave *“violação dos deveres que lhe incumbem”* (infidelidade)²⁹.

É por isso evidente e inquestionável a existência entre os dois crimes de uma relação de concurso aparente, sendo o crime de administração danosa um crime especial face à infidelidade, sobre o qual prevalece (relação de especialidade). Estando preenchida a factualidade do crime de administração danosa, aplica-se este crime, que é especial.

Na prática, poderá revestir-se de maior dificuldade destrinçar, em certas situações, se estamos perante uma unidade económica do sector público ou cooperativo ou não, resposta que determinará se estamos perante um crime de administração danosa ou de infidelidade.

O conceito de sector público está definido na Constituição da República Portuguesa, no artigo 82.º, n.º 2: *“O sector público é constituído pelos meios de produção cujas propriedade e gestão*

²⁷ Neste sentido, TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., pág. 371.

²⁸ A este propósito COSTA ANDRADE, em anotação ao artigo 235.º, aponta que a sobreposição entre os dois crimes apenas não é total devido ao facto de o crime de administração danosa pode ser cometido com qualquer modalidade de dolo, enquanto a infidelidade exige que a produção do dano ocorra com dolo necessário ou directo, in Figueiredo Dias (Dirigido por), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 540. No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., págS. 871 e 899.

²⁹ ANDRÉ LAMAS LEITE escreve que as diferenças conceituais entre o artigo 224.º e o artigo 235.º existem *“Sem que o conteúdo essencial se aparte de modo considerável”*, in *Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa*, Revista Brasileira Ciência Criminal, coordenação: Helena Regina Lobo da Costa, Ano 20, Volume 97, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012.

pertencem ao Estado ou a outras entidades públicas”. Ou seja, para efeitos do crime de administração danosa, além do sector cooperativo, interessam apenas as unidades económicas que pertençam e sejam geridas pelo Estado ou outras entidades públicas, ou o sector público empresarial³⁰, regulado pela Lei n.º 18/2013, de 18 de Fevereiro, e que compreende o sector público empresarial do Estado e o sector público empresarial local.

Especialmente delicada, nesta matéria, poderá ser a situação das pessoas colectivas de utilidade pública, como é o caso das instituições particulares de solidariedade social³¹. No entanto, considerando que estas entidades não são detidas maioritariamente, nem geridas, pelo Estado, deve entender-se que as mesmas não estão incluídas no sector público. Assim, em princípio, a gestão desleal de instituições de utilidade pública será punida, se preenchidos os elementos do tipo, como infidelidade e não como administração danosa.

1.4.5. A infidelidade e o peculato

O crime de peculato, previsto no artigo 375.º do Código Penal, constitui, grosso modo, uma forma especial do crime de abuso de confiança em função da qualidade do agente (*funcionário*).

O âmbito de aplicação do mesmo e o âmbito de aplicação do crime de infidelidade encontram-se bem definidos e dificilmente se confundem.

Trata-se de um crime que apenas pode ser cometido por funcionário, na acepção do artigo 386.º do Código Penal, enquanto o crime de infidelidade é cometido pelo agente que tenha sido incumbido do encargo de administrar, dispor ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios. Logo por aqui se entende que se trata de dois crimes que actuam em planos bem distintos. Em segundo lugar, o resultado típico do crime é a apropriação da coisa, enquanto na infidelidade o que está em causa é a criação de prejuízo patrimonial importante.

Finalmente, no crime de peculato está em causa uma *“coisa que lhe tenha sido entregue, esteja na sua posse ou lhe seja acessível em razão das suas funções”*, enquanto na infidelidade, do que se trata é de interesses patrimoniais alheios, tendo o agente o encargo de dispor, administrar ou fiscalizar tais interesses, ou seja, o agente tem necessariamente poderes de administração sobre a coisa, em sentido lato.

Quanto à distinção e à relação, na prática, entre os dois crimes, valem as mesmas considerações tecidas acerca do crime de abuso de confiança.

³⁰ No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pág. 895, acrescentando ainda as empresas concessionárias de serviços públicos, por aplicação do artigo 386.º, n.º 2, do Código Penal, tal como M. MIGUEZ GARCIA e CASTELA RIO, ob. cit., pág. 1024 e ainda COSTA ANDRADE, ob. cit., pág. 523.

³¹ As instituições particulares de solidariedade social gozam de estatuto de utilidade pública, nos termos do artigo 8.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, na redacção actual, conferida pela Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho.

Estando em causa uma situação em que ambos os crimes estejam preenchidos, em abstracto, existe um concurso aparente entre os mesmos, prevalecendo a punição pelo crime de peculato, em virtude da relação triangular entre o peculato, o abuso de confiança e a infidelidade. O peculato é um crime especial relativamente ao abuso de confiança que, por sua vez, está numa relação de subsidiariedade com o crime de infidelidade (vide 1.2.1), pelo que prevalece o peculato perante a infidelidade.

1.4.6. A infidelidade e a participação económica em negócio

O crime de participação económica em negócio, previsto no artigo 377.º do Código Penal, pune a conduta do *“funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar”*.

As diferenças entre o crime de infidelidade e o crime de participação em negócio são várias, começando pelo facto de, no último, se tratar de um crime que pressupõe, como o peculato, a qualidade de funcionário do agente.

Por outro lado, neste crime o funcionário actua necessariamente com intenção de lucro, enquanto no crime de infidelidade, o resultado típico é a criação de prejuízo patrimonial importante (podendo existir, ou não, uma intenção de lucro paralela).

Acresce que, embora em ambos os crimes possa estar em causa a administração ou fiscalização de interesses patrimoniais alheios, o crime de participação económica em negócio inclui também a criação de prejuízo a interesses patrimoniais alheios que o agente deva *defender ou realizar*, enquanto o crime de infidelidade também é praticado por quem possa *dispor* dos mesmos. Logo, o âmbito das condutas típicas dos dois crimes não é totalmente coincidente.

Finalmente, a participação em negócio jurídico pressupõe uma conduta específica – lesar em negócio jurídico – à qual a infidelidade não se encontra restringida.

Em todo o caso, uma conduta que preencha o tipo de participação económica em negócio pode, em certos casos, consubstanciar abstractamente o crime de infidelidade (embora o seu âmbito seja muito mais vasto). Em tais situações, é manifesto que se trata de um concurso aparente entre os crimes, dada a relação de especialidade existente entre o crime de participação económica em negócio e o de infidelidade³².

³² No mesmo sentido, também, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pág. 1207.

1.5. A legitimidade para a apresentação de queixa e a constituição como assistente

1.5.1. Ponto de situação da problemática

Irão tratar-se aqui, indistintamente, duas questões diferentes a propósito do crime de infidelidade em que é ofendida uma sociedade: a legitimidade para a apresentação da queixa e a legitimidade para a constituição como assistente, reconduzindo-se ambas, apesar das diferenças, à mesma questão fundamental e comum, que é o conceito de ofendido (artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal e artigo 68.º, n.º 1, alínea a) do Código de Processo Penal).

Refere o artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código de Processo Penal, que podem constituir-se assistentes³³ os ofendidos, definindo-os como “os titulares dos interesses que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maiores de 16 anos”. O mesmo conceito de ofendido encontra-se previsto no artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal.

O legislador português previu assim um conceito bastante restrito de *ofendido*³⁴ e não conferiu a titularidade do direito de queixa e de constituição como assistente a toda e qualquer pessoa mediatamente afectada por uma conduta, mas apenas, enquanto ofendidas, às pessoas cujos interesses sejam imediatamente protegidos pela incriminação.

Como ensina Figueiredo Dias: “Casos há em que ofendida é não uma pessoa individual, mas uma pessoa colectiva. Nem por isso haverá que modificar a doutrina geral que acabou de expor-se, devendo considerar-se que, nessas hipóteses, se o portador do bem jurídico respectivo for só a pessoa colectiva (e não também pessoas individuais) e, por isso, só ela tiver sido directamente ofendida, o exercício do direito de queixa cabe – e cabe só – aos órgãos sociais para tal capacitados pelo regulamento interno respectivo.”³⁵

A jurisprudência dos tribunais superiores tem sido quase unânime em seguir este entendimento, negando reiteradamente e de forma concludente a possibilidade de os sócios se constituírem assistentes em processos-crime onde esteja em causa a prática de crimes (de infidelidade ou outros) contra a sociedade, com o argumento de que a ofendida é apenas a sociedade, uma vez que é o seu património o afectado, e que a sociedade não se confunde com os seus sócios³⁶.

³³ Além das pessoas e entidades a quem esse direito seja conferido por lei especial (artigo 68.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal).

³⁴ Sobre o conceito restrito de ofendido e o seu impacto relativamente à questão em apreço, vide FIGUEIREDO DIAS, *Da legitimidade do sócio de uma sociedade por quotas para se constituir assistente em processo por crime cometido contra a sociedade*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XIII, 1966, Atlântida Editora, Coimbra, pág. 149, 150.

³⁵ Cfr. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pág. 673.

³⁶ A título de exemplo, o Tribunal da Relação de Lisboa, decidiu negando peremptoriamente a legitimidade do sócio para se constituir assistente nos acórdãos de 10/04/1991 (Relator: Leonardo Dias), de 06/04/2000 (Relator: Nuno Gomes da Silva), de 05/02/2004 (Relatora: Margarida Vieira de Almeida), de 22/09/2005 (Relator: Cid Galdes), de 20/06/2007 (Rui Gonçalves), de 16/01/2008 (Relator: Domingos Duarte) e de 25/11/2015 (Relator: A. Augusto Lourenço). Também o Tribunal da Relação do Porto, nas únicas decisões sobre o assunto que foi possível encontrar, entendeu que não é de admitir essa intervenção, designadamente no acórdão de 02/03/2011 (Relatora: Lígia Figueiredo), de 17/04/2013 (Relator: Vítor Morgado) e de 02/12/2015 (Relatora: Elsa Paixão). O Tribunal da Relação de Coimbra também foi chamado a decidir acerca da mesma questão, tendo decidido no mesmo sentido, pelo

Apenas se encontrou uma decisão dissonante³⁷, para a qual, no entanto, foi determinante a circunstância de ter sido o sócio/assistente, e não a sociedade, quem pagou os montantes resultantes da actividade delituosa, através de cheques por si emitidos a título pessoal, daí lhe advindo o interesse directo e, por conseguinte, a legitimidade para a constituição como assistente.

Este entendimento, largamente dominante, tem sido posto em causa com o argumento de que em situações em que o autor do crime é o único membro do órgão de administração da sociedade (e especialmente se se tratar do seu sócio maioritário), torna-se muito difícil, senão impossível, a sua perseguição pela prática de um crime, sustentando-se que os sócios minoritários possam ser considerados ofendidos, exercer o direito de queixa e constituir-se assistentes naqueles processos³⁸.

A jurisprudência tem entendido que mesmo nestas situações, os sócios minoritários dispõem de mecanismos para se acautelarem e, como tal, a protecção dos mesmos não poderia justificar um alargamento do conceito de ofendido que não tem acolhimento na letra ou espírito da lei, nem tão pouco na doutrina.

De facto, a título de exemplo, além dos sócios de uma sociedade por quotas e os sócios detentores de acções superiores a 5% do capital social de uma sociedade anónima têm o direito de requerer a convocatória de uma assembleia geral e de incluir na ordem do dia a apresentação de queixa pela sociedade contra o gerente, pela prática de crime de infidelidade. Seguindo o mesmo regime da *acção social*³⁹, aquela deliberação deve ser tomada por maioria simples e nela não pode votar o sócio cuja responsabilidade esteja em causa (artigo 75.º, n.ºs 1 e 3, do Código das Sociedades Comerciais), pelo que o interesse do sócio minoritário se encontra, em termos teóricos, acautelado, existindo ainda outras vias possíveis, como a destituição do sócio gerente. Por outro lado, ainda que se invoque que a convocatória da assembleia geral continua a depender em última análise, da gerência ou administração, terá de contrapor-se que o sócio minoritário poderá sempre lançar mão da acção especial de *convocação da assembleia de sócios*, nos termos do artigo 1057.º, n.º 1, do Código de Processo Civil, que deverá ser decidida em 10 dias (n.º 2 do mesmo artigo).

Aliás, não pode deixar de notar-se que o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, no Acórdão n.º 145/2006 (Relator: Conselheiro Bravo Serra), já se pronunciou no sentido de não ser inconstitucional a posição adoptada pela corrente

menos, no acórdão de 23/05/1990 (publicado na Colectânea de Jurisprudência, ano XV, tomo III, páginas 73-74). E, embora versando sobre crimes distintos, o Tribunal da Relação de Évora perfilhou do mesmo entendimento em acórdãos de 02/07/2013 (Relator: Martinho Cardoso) e de 30/06/2015 (Relator: Renato Barroso).

³⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25/01/2006 (Relatora: Brízida Martins).

³⁸ Posição assumida que, entre nós, tem sido assumida por CARLOS ALMEIDA LEMOS, primeiro no artigo *Pode um sócio constituir-se assistente em processo crime de infidelidade praticado contra a sociedade pelo gerente?* in Newsletter do grupo de Societário, Fusões e Aquisições da Abreu Advogados, n.º 47, Março de 2011, disponível em linha, e posteriormente reiterada no artigo *Capital Maioritário e Crime de Infidelidade - A constituição como assistente do titular de órgão social de pessoa colectiva, não titular do órgão de administração – crime de infidelidade*, 23 de Junho de 2016, disponível em linha in www.forumpenal.pt.

³⁹ Sobre a recondução da apresentação de queixa ao âmbito de aplicação do artigo 75.º do Código das Sociedades Comerciais vide acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 02/12/2015 (Relatora: Elsa Paixão).

jurisprudencial maioritária⁴⁰, num caso em que estava em causa o crime de infidelidade, decidindo que: “(...) *com o eventual preenchimento do tipo de crime em questão, o que se lesa directamente, no caso, é aquele património e não, também directamente, o património de todos os sócios dela.*” e que “(...) *o ordenamento jurídico não deixa desprotegidos esses patrimónios dos sócios, que poderão socorrer-se de outros instrumentos processuais para alcançar a defesa dos respectivos interesses*”.

1.5.2. Desatando o nó górdio – Uma proposta de releitura alternativa do problema

Do que se disse atrás, resulta que num processo-crime em que seja ofendida a sociedade, um sócio da mesma não tem legitimidade para exercer o direito de queixa relativamente ao crime de infidelidade, nem para se constituir assistente, atento o conceito restrito de ofendido que o Código Penal e o Código de Processo Penal consagram. Por outro lado, também se constatou que este entendimento, como a doutrina e jurisprudência apontam, não prejudica os direitos de um sócio minoritário, que pode usar de vários expedientes para se acautelar.

Não se levantaram quaisquer dúvidas sobre a bondade jurídica deste entendimento. De facto, esta conclusão é escorreita e inatacável do ponto de vista formal e estritamente legal.

Todavia, é imperioso reconhecer que, na prática, estando em causa a comissão de crime de infidelidade pelo sócio-gerente que seja sócio maioritário e único administrador da sociedade, os expedientes que estão à disposição de um sócio minoritário, em muitos casos, não permitirão que a sociedade exerça atempadamente o seu direito de queixa no apertado prazo legal de seis meses previsto no artigo 113.º, n.º 1, do Código Penal. Serão, por assim dizer, uma garantia *teórica* e mais aparente do que real.

Ou seja, sempre que o agente do crime de infidelidade seja o representante único da sociedade e, simultaneamente, o seu sócio maioritário, será praticamente impossível conceber que o direito de queixa de que aquela sociedade é titular venha a ser exercido. A sociedade, vítima do crime, ficará assim refém do próprio agente do crime, situação que não se pode tolerar.

Perante esta situação, o âmbito de aplicação do tipo de crime de infidelidade ficará praticamente vazio. E não é negligenciável o número de situações em que o crime de infidelidade pode ser cometido por gerente ou administrador único que seja, simultaneamente, sócio maioritário da mesma sociedade.

Pior, a justiça em tais casos, não será feita.

Se é verdade inquestionável que a sociedade *não são os seus sócios*, que é um património autónomo e dotado de personalidade jurídica e interesses próprios, tal como a jurisprudência acima referida tem vindo a reafirmar, então também terá que se observar a questão pelo

outro lado, e concluir-se que não é aceitável que uma sociedade fique refém de um sócio-gerente que com ela não se confunde, com grave prejuízo do seu património próprio.

Isto posto, é altura de chamar à atenção para uma *porta aberta* pela lei que poderá contribuir para corrigir eventuais injustiças materiais e situações verdadeiramente chocantes que o circunstancialismo descrito pode potenciar e que radica na alínea b) do n.º 5 do artigo 113.º do Código Penal.

Poderá o Ministério Público, com base neste artigo, instaurar oficiosamente procedimento criminal contra o suspeito da prática do crime de infidelidade, que seja simultaneamente administrador único e sócio maioritário da mesma? Salvo melhor entendimento, a hipótese não é de excluir.

A história desta disposição mostra que a mesma foi introduzida na revisão do Código Penal de 1995, por sugestão de Figueiredo Dias⁴¹. A introdução daquele artigo visava conferir ao Ministério Público uma função subsidiária em determinadas circunstâncias “*que poderiam levar a situações chocantes pela não apresentação de queixa*”. Não se especificou quais, nas actas, apenas tendo sido dado o exemplo do atentado ao pudor pelo pai na pessoa da filha (hipótese que pertence hoje às situações cobertas pela alínea a) do mesmo artigo).

O elemento histórico demonstra que, na sua génese, o n.º 5 do artigo 113.º do Código Penal visa precisamente os casos em que a não apresentação de queixa, por caber apenas ao próprio agente do crime, levaria a situações de clamorosa injustiça e impunidade, sendo esta uma verdadeira *válvula de escape* do sistema.

Ora, se a possibilidade de se utilizar este mecanismo numa situação em que o agente do crime é o (único) representante da sociedade ofendida já era defensável à luz da redacção originária do artigo, essa possibilidade ganhou ainda mais força com a alteração de redacção daquele artigo que foi operada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro.

Em primeiro lugar, enquanto na redacção originária, aquela disposição se aplicava apenas “*se especiais razões de interesse público o impuserem*”, com a reforma de 2007 aquela disposição passou a aplicar-se “*sempre que o interesse do ofendido o aconselhar*”, alargando claramente o âmbito do preceito aos interesses particulares e não apenas estritamente ao interesse público.

Em segundo lugar, a alteração operada com a Lei n.º 58/2007, de 4 de Setembro, veio acrescentar uma alínea a) àquela disposição, a qual prevê expressamente a situação dos menores e dos incapazes, pelo que resulta claro que o campo de aplicação da (agora) alínea b) não são nem os menores, nem os incapazes (que pertencem à alínea a), mas outras situações.

Feita esta breve abordagem, deixa-se em aberto esta possibilidade que, a ser seguida, permitiria que o agente do crime de infidelidade que seja representante da sociedade

⁴¹ Cfr. *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, ob. cit.

ofendida e sócio maioritário da mesma, venha a ser criminalmente perseguido pelos seus actos.

A admitir-se tal possibilidade, continuaria a ser necessário que alguém (um sócio, um trabalhador, um fornecedor...) desse conhecimento do crime ao Ministério Público. A partir desse momento, o Ministério Público deveria desde logo averiguar se o suspeito era o único representante da ofendida, pois apenas nesse caso parece poder sustentar-se a aplicação do artigo 113.º, n.º 5.

Mesmo a admitir-se o recurso a este artigo nas situações referidas, ainda assim, deve o mesmo estar reservado para situações que sejam directa e flagrantemente chocantes, cabendo ao Ministério Público a função de concretizar quais são essas situações, tendo o cuidado de evitar que através da aplicação daquela *válvula de escape*, se transforme um crime semi-público na lei num crime público na prática, ficando desta forma a sociedade *refém* do(s) seu(s) sócio(s) minoritário(s).

Se se entender que existe fundamento para avançar com o procedimento, então deveria diligenciar-se no sentido de averiguar se efectivamente foi praticado um crime de infidelidade pelo representante da sociedade, nomeadamente ouvindo o denunciante, os sócios, e outras pessoas que possam esclarecer a situação. Esgotando-se as diligências pertinentes, e sempre no prazo máximo de seis meses após ter adquirido notícia do crime (artigo 113.º, n.º 5, do Código Penal e 276.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), o Ministério Público deverá proferir despacho final em conformidade com o que lograr apurar.

Note-se que esta possibilidade, a admitir-se, não terá qualquer impacto quanto à falta de legitimidade para a constituição como assistente do sócio da sociedade ofendida.

1.6. O dolo eventual, o risco permitido e a violação dos deveres funcionais

Questão igualmente relevante na prática do crime de infidelidade prende-se com a punibilidade de certo tipo de condutas e até mesmo práticas reiteradas, que podem ser levados a cabo por parte de alguns órgãos de administração societária, os quais foram trazidos para a ribalta sobretudo após a crise financeira de 2008.

Trata-se de uma questão que, no essencial, se prende com a linha traçada entre o dolo eventual e o dolo necessário.

Conforme abordado supra, em 1.3.1., o elemento subjectivo do crime de infidelidade pressupõe que o prejuízo patrimonial importante seja resultado desejado pelo agente (dolo directo) ou, pelo menos, uma consequência necessária da sua conduta (dolo necessário).

O crime de infidelidade, em princípio, não abrange os comportamentos que se situem dentro da esfera de “*risco permitido*” do administrador⁴², sobretudo em áreas em que o risco é verdadeiramente parte do negócio. Aliás, a figura do “*risco permitido*” remete para condutas que, o mais das vezes, não configuram graves violações dos deveres que incumbem ao agente e em que o prejuízo aparece, quando muito, com dolo eventual, pelo que não seriam, desde logo, puníveis, por não se verificarem os dois elementos do tipo subjectivo, que exige no mínimo o dolo necessário⁴³.

Isto posto, existem inúmeras hipóteses em que o administrador ou gerente de uma sociedade comercial pode cometer actos que venham a criar prejuízo patrimonial para a mesma. De entre estas condutas, há que seleccionar aquelas em que o agente tenha agido num quadro em que o prejuízo patrimonial surgia, pelo menos, como uma consequência necessária da sua conduta.

É certo que o crime de infidelidade não pode ser utilizado como forma de responsabilização dos administradores de sociedades comerciais por decisões de gestão legítimas, mas que venham a revelar-se fraudulentas⁴⁴. Aliás, na generalidade das áreas económicas de actividade, o risco é uma parte integrante do jogo.

Por outro lado, este argumento não pode invalidar que cada situação seja alvo de uma cuidada análise, de forma a determinar se a conduta apreciada se insere dentro do *risco permitido*, ou, pelo contrário, se estamos perante facticidade que possa indiciar a prática de um crime de infidelidade.

Finalmente deve enfatizar-se que, na prática, discernir as situações que se encontram aquém e além da linha que separa o dolo eventual do dolo necessário, revelar-se-á frequentemente uma questão tão nuclear quanto sensível, residindo certamente aqui um dos maiores principais problemas de aplicabilidade prática do crime e um reflexo da inadequação do tipo de crime de infidelidade à realidade empresarial, negocial e económico-financeira deste século.

⁴² Para mais desenvolvimentos sobre a figura do risco permitido aplicada ao crime de infidelidade, vide JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude*, in Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, Coimbra, Centro de Estudos Judiciários, 1995, págs. 59 e seguintes.

⁴³ Sobre o assunto, escreve DAMIÃO DA CUNHA (ob. cit. pág. 242): “*Julgamos que também aqui o acentuar na intencionalidade do causar prejuízo tem por fito sobretudo excluir as atuações arriscadas (ainda que violadoras de deveres, mesmo que graves), nas quais o intuito primordial do agente é obter o lucro para acréscimo patrimonial (e por isso atuar no interesse do incumbente) mas, e contra a sua expectativa, o negócio corre mal.*”

⁴⁴ Sobre a questão da grave violação dos deveres funcionais dos administradores ou gerentes no contexto da crise financeira de 2008 e a própria desadequação dos tipos incriminadores clássicos às situações em causa, vide, com mais pormenor, AUGUSTO DIAS DA SILVA, *O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico - financeira: estado da discussão e novas perspectivas*, in Revista Anatomia do Crime, Coimbra, N.º 0 (Julho-Dezembro 2014), págs. 45-73.

2. Prática e gestão processual

2.1. Tramitação do inquérito

2.1.1. Sobre a notícia do crime e o direito de queixa

O crime de infidelidade é um crime semi-público (artigo 224.º, n.º 3, do Código Penal), pelo que a actividade do Ministério Público depende da apresentação de queixa por parte do ofendido, que poderá ser:

– Uma pessoa colectiva, sendo que neste caso a queixa poderá ser exercida pelo órgão de administração, sem prejuízo da eventual aplicabilidade do artigo 113.º, n.º 5, alínea b), do Código Penal.

– Em casos de representação voluntária, o representado, o qual poderá exercer o direito de queixa pessoalmente.

– Em casos de incapacidade (menoridade, interdição e inabilitação), o menor, o interdito ou o inabilitado, o qual poderá exercer a queixa através do representante (menor, incapaz) ou pessoalmente (inabilitado), podendo aqui aplicar-se o artigo 113.º, n.º 5, alínea a), do Código Penal, se o representante for simultaneamente o suspeito da prática do crime.

Estando em causa situações da alínea a) ou b) do n.º 5 do referido artigo 113.º, o Ministério Público inicia oficiosamente o procedimento criminal, quando entender que o interesse do ofendido o impõe e estiverem reunidos os demais pressupostos legais.

Em tal circunstância, ainda assim, o Ministério Público terá de adquirir por alguma via, notícia do crime (artigo 241.º do Código de Processo Penal), o que, na maioria das situações de infidelidade “societária”, poderá ocorrer por intermédio dos sócios, dos trabalhadores ou dos credores da sociedade ofendida.

2.1.2. Competência para a investigação

No que diz respeito à competência para a investigação, é absolutamente determinante aferir se o crime de infidelidade se integra no âmbito da chamada criminalidade económico-financeira.

Não existe na lei uma definição ou um catálogo do que devam considerar-se crimes económico-financeiros. Com efeito, o conceito figura em vários diplomas, a propósito de matérias diversas, parecendo pressupor uma prévia definição legal do conceito de criminalidade económico-financeira que não existe. A resposta, por isso, há-de buscar-se através das deixas fragmentárias de vários preceitos:

1. O Estatuto do Ministério Público, no seu artigo 47.º, n.º 1, alínea j), integra nas competências do Departamento Central de Investigação e Acção Penal (DCIAP) as coordenação e direcção da investigação das *“Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, nomeadamente com recurso à tecnologia informática”*.
2. A Circular n.º 11/99 da Procuradoria-Geral da República, a propósito das competências conferidas ao DCIAP, definiu que deve ser comunicado àquele organismo a abertura de inquéritos pelo crime de infidelidade económico-financeira, previsto no artigo 224.º, n.º 1, do Código Penal, integrando-o no conceito de *“Infracções económico financeiras que poderão ser cometidas de forma organizada, com recurso a tecnologia informática”*.
3. No diploma que consagra as medidas de combate à corrupção e criminalidade económica e financeira, previstas na Lei 36/94, de 29 de Setembro, é referido que o mesmo se aplica a certos tipos de crimes específicos (corrupção, peculato, participação económica em negócio, entre outros), mas também a *“Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática”*, deixando por isso a implícito que existem outros crimes, à margem do diploma, que integram a chamada criminalidade económico-financeira.
4. Da mesma forma, o diploma que regula as acções encobertas, Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto, no artigo 2.º, alínea p), refere que o mesmo é aplicável a infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática.
5. A Lei 49/2008, de 27 de Agosto (LOIC), no seu artigo 7.º, n.º 3, alínea j), íntegra na esfera de competência reservada relativa da Polícia Judiciária a investigação dos crimes económico-financeiros.
6. A Lei 93/2017, de 23 de Agosto, no seu artigo 3.º, alínea p), que define os crimes de investigação prioritária e enumera entre estes *“a criminalidade económico-financeira, em especial o crime de branqueamento de capitais”*.

Não é possível retirar da lei uma definição completa do que deva considerar-se criminalidade económico-financeira⁴⁵. Como aponta Jorge Reis Bravo⁴⁶: *[a criminalidade económico-financeira] “é expressamente mencionada enquanto categorização tipológica, como se fosse presumida a sua caracterização – e organizada, conquanto uma vez mais, não se infira qual o concreto conteúdo dos mesmos.”*⁴⁷

⁴⁶ Cfr. Jorge dos Reis Bravo, *Para um modelo de segurança e controlo da criminalidade económico-financeira - Um contributo judiciário, working papers* do OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude, #18, pág. 28, disponível em linha no endereço www.obegef.pt.

⁴⁷ E continua o mesmo autor, referido que: *“Como se pode concluir, não resultam da lei critérios substantivos ou materiais dos conceitos em apreço (de criminalidade económico-financeira e de criminalidade organizada). O único que a lei precipita positivamente é um elenco abstracto de tipologias penais que preenche o conceito formal de “criminalidade altamente organizada”. Mas, relativamente aos dois outros, o preenchimento da sua definição permanece omissivo”*.

Ora, face ao quadro em apreço, não estando definido o que deva considerar-se criminalidade económico-financeira, na dúvida, não parece que o crime de infidelidade se deva considerar abrangido na alínea j) do artigo 7.º, n.º 3, da LOIC, não se incluindo na competência reservada desta polícia (nem se vislumbrando motivos para tal).

Este entendimento baseia-se no facto de que no tipo de crime de infidelidade, o que está em causa não é necessariamente um *crime de colarinho branco*, embora tal possa acontecer em algumas situações. De facto, o crime de infidelidade pode abarcar uma multiplicidade de situações, que vão desde o tutor ao testamenteiro, passando pelos órgãos de administração de uma sociedade comercial. E é precisamente neste caso, e apenas neste, que, em algumas situações, o crime de infidelidade se pode entrecruzar com a criminalidade económico-financeira. Não existe portanto uma correspondência directa e necessária entre o tipo do crime de infidelidade e a criminalidade económico-financeira, não se antevendo por isso razões para que o mesmo seja incluído naquele autêntico conceito indeterminado que é a criminalidade económico-financeira, especialmente para efeitos da competência para a investigação (LOIC).

Assim, em síntese, o crime de infidelidade não é da competência reservada da Polícia Judiciária, embora lhe possa ser deferida a competência, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, da LOIC.

O deferimento de competência na Polícia Judiciária poderá relacionar-se com a necessidade de realização de perícia financeiro-contabilística às contas da sociedade ofendida, o que irá ser tratado *infra*.

2.1.3. Diligências a realizar

No crime de infidelidade, como em qualquer outro, são objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para aferir da existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (artigo 124.º, n.º 1, do Código de Processo Penal), sendo admissíveis todas as provas não proibidas por lei (artigo 125.º do Código de Processo Penal).

De entre todos os cenários em que o crime de infidelidade pode ocorrer, a sua prática no âmbito da administração de sociedades comerciais será a que se revestirá de maior complexidade e, por outro lado, é aquela que está em causa na maioria das situações.

Por esse motivo, vai tomar-se aqui como exemplo-base uma situação em que o que está em causa é um crime de infidelidade em que a ofendida é a sociedade, sem prejuízo da adaptação das diligências aqui propostas ou mesmo de adopção de outras, quando estejam em causa realidades distintas.

a) Prova testemunhal

Como é natural, a inquirição de pessoas ligadas à vida da sociedade ofendida será quase sempre o ponto de partida essencial, não apenas da prova testemunhal mas das diligências do inquérito em geral.

A inquirição de outros membros do órgão de administração (caso existam) e dos actuais (caso sejam diferentes) revela-se imprescindível. Além destes, poderá revestir-se de utilidade e interesse a inquirição dos sócios, ou dos sócios principais, quando sejam muitos, bem como de trabalhadores da sociedade ofendida e do técnico oficial de contas, entre outras pessoas que as circunstâncias de cada caso concreto aconselhem.

b) Declarações do arguido

Deve realçar-se que o momento temporal escolhido para a constituição como arguido e interrogatório do mesmo deverão ser ponderados com especial cautela. A gestão e a escolha do momento para o fazer deverão ter em consideração os interesses da investigação, sobretudo a nível da obtenção de prova documental que possa ser “extraviada”, bem como de prova testemunhal relativamente à qual exista o risco de condicionamento. Assim, o momento escolhido para a realização destas diligências será aquele que mais se adequar à situação concreta, não existindo nenhuma “fórmula mágica” para o desvendar abstractamente.

Por outro lado, também não pode ignorar-se que, em muitos casos em que se investiga um crime de infidelidade no âmbito societário, o suspeito ainda se encontra especialmente relacionado com a sociedade ofendida, pelo que a inquirição de testemunhas ligadas à sociedade poderá ter o efeito pernicioso de que a investigação chegue ao conhecimento do arguido ainda antes de este ser constituído e interrogado.

c) Prova pericial

A prova pericial será, em muitos casos, determinante na investigação de um crime de infidelidade. De facto não serão raros os casos (sobretudo havendo contabilidade apreendida) em que a apreciação dos factos exige especiais conhecimentos técnicos, designadamente conhecimentos económico-financeiros e de contabilidade (artigo 151.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

Nesta matéria, é muito importante ter em consideração a Informação da Procuradoria-Geral da República de 21 de Julho de 2011, divulgada via SIMP:

*“CRIMES DE ABUSO DE CONFIANÇA E DE INFIDELIDADE
REGRAS SOBRE BOAS PRÁTICAS INVESTIGATÓRIAS*

1.ª – Quando estiver em causa matéria criminal cuja investigação não esteja reservada à Polícia Judiciária, que pressuponha a realização de perícias financeiro-contabilísticas (nomeadamente nos casos de abuso de confiança e/ou de infidelidade), e o valor estimado dos prejuízos for consideravelmente elevados, devem os Senhores Magistrados ponderar a conveniência de accionamento dos mecanismos de deferimento da competência investigatória àquele órgão de Polícia Criminal, nos termos previstos no art. 8.º, n.º 3 e n.º 6, da lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto (LOIC);

2.ª – A necessidade de realização de perícias financeiro-contabilísticas deve ser previamente avaliada pelo magistrado titular do inquérito, socorrendo-se, se entender necessário, da coadjuvação do NAT;

3.ª – Essa ponderação deve ser especialmente efectuada nas comarcas em que não estejam instituídos departamentos de investigação e acção penal, e em que não haja órgãos de polícia criminal com adestramento adequado à realização de investigações dessa natureza.”

Assim, dependendo da complexidade da situação e das demais variáveis referidas nesta Informação, o magistrado titular do inquérito deverá:

1 – Considerar a necessidade de realização de perícia financeiro-contabilística, com auxílio do NAT, se necessário,

2 – Ponderar o deferimento de competência investigatória à Polícia Judiciária, nos termos do artigo 8.º, n.º 3 e 6, da LOIC, especialmente em comarcas sem DIAP ou em que os órgãos de polícia criminal existentes não possuam adestramento adequado à realização da investigação⁴⁸.

Para terminar, e apenas para destacar a importância que a realização de perícia financeiro-contabilística (e a inerente prova pericial) pode assumir em inquéritos pelo crime de infidelidade, deve recordar-se que *“o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador”* (artigo 163.º, n.º 1, do Código de Processo Penal).

d) Prova documental

Antes de mais, note-se que em face da notícia do crime, uma das primeiras diligências a efectuar, que se revela indispensável, é a obtenção da Certidão do Registo Comercial da sociedade ofendida, a qual permitirá desde logo confirmar a “qualidade” do suspeito, isto é, se o mesmo é ou foi membro do órgão de administração da sociedade ofendida e, como tal (estando em causa um crime de infidelidade “societária”) se o mesmo tinha o encargo de

⁴⁸ Deve ainda fazer-se referência à responsabilidade pelo pagamento da perícia financeiro-contabilística. Apesar de não haver unanimidade na jurisprudência, entende-se que, em princípio, o IGFEJ apenas será responsável pelo pagamento quando a perícia não tiver sido realizada por iniciativa da Polícia Judiciária no âmbito da prossecução das suas atribuições legais, situação em que constitui uma despesa da Polícia Judiciária resultante de encargos decorrentes da prossecução das atribuições que lhe são cometidas (*vide*, a este propósito, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24/05/2017, Relator: Luís Ramos).

administrar ou dispor de interesses patrimoniais alheios, sem o que não existirá crime de infidelidade.

No mais, no âmbito de um crime de infidelidade, poderá haver uma multiplicidade de documentos com relevância probatória, nomeadamente, mas sem pretensões de ser exaustivo: a contabilidade da sociedade ofendida (incluindo balanços, balancetes, relatórios de contas, demonstrações de resultados, facturas, recibos, declarações fiscais), documentação bancária diversa (extractos, cheques e outros títulos de crédito, talões de levantamento e de depósito, comprovativos de transferências, entre outras informações), recibos de vencimento, contratos, certidões do registo predial, automóvel e comercial, entre outros.

Para a obtenção de muitos destes documentos, poderá afigurar-se necessária a realização de busca à sede da sociedade ofendida, que deve ser ordenada ou autorizada, na fase de inquérito, por despacho do Ministério Público (artigo 178.º, n.º 2 e 3, do Código de Processo Penal). Em situações em que o arguido se encontre arredado da administração da sociedade, é provável a obtenção do consentimento da sociedade ofendida na realização das buscas, dispensando-se assim o despacho da autoridade judiciária (artigo 178.º, n.º 5, alínea c), do Código de Processo Penal).

Os documentos e outros objectos encontrados, deverão ser apreendidos nos termos do artigo 178.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, e essa apreensão deve ser autorizada, na fase de inquérito, por despacho do Ministério Público. No âmbito da busca, os órgãos de polícia criminal podem efectuar apreensões, devendo ser sujeitas a validação pela autoridade judiciária competente no prazo máximo de 72 horas.

IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial*, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1979.
- *Código Penal – Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1993.
- ALEGRE, Carlos, *Crimes Contra o Património – Notas ao Código Penal*, in Revista do Ministério Público, Cadernos, n.º 3, 1988.
- BARREIROS, José António, *Crimes contra o Património*, Lisboa, Universidade Lusíada, 1996.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2015.
- BELEZA, Teresa Pizarro e PINTO, Frederico Lacerda da Costa, *A Tutela Penal do Património Após a Revisão do Código Penal*, Lisboa, Edição AAFDL, 1998.
- CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.
- CORDEIRO, António de Menezes, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Editora Almedina, Lisboa, 2009.
- CORREIA, Eduardo, *O crime de abuso de confiança (alguns problemas)*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, n.º 3168, Coimbra, Coimbra Editora, 1961, pág. 35 a 39 e 52 a 56.
- COSTA, José de Faria, *O Direito Penal Económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude*, in Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico, Coimbra, Centro de Estudos Judiciários, 1995.
- CUNHA, Damião, *Direito Penal Patrimonial – Sistema e Estrutura Fundamental*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Da legitimidade do sócio de uma sociedade por quotas para se constituir assistente em processo por crime cometido contra a sociedade*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XIII, 1966, Atlântida Editora, Coimbra, pág. 132 a 163.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, anotação ao artigo 205.º, in Figueiredo Dias (Dirigido por), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 94 e ss.

- DIAS, Augusto Silva, O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas, in *Revista Anatomia do Crime*, Coimbra, N.º 0 (Julho-Dezembro 2014), pág. 45-
- DUARTE, Jorge Dias, *Crime de abuso de confiança e de infidelidade*, in *Revista do Ministério Público*, Ano 20, n.º 79, Julho-Setembro 1999.
- GARCIA, M. Miguez e RIO, J. M. Castela, *Código Penal Parte Geral e Especial – com notas e comentários*, 2.ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 2015.
- GOMES, Mário Manuel Varges, *O crime de infidelidade (Artigo 319)*, in *Crimes contra o Património – Notas ao Código Penal*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1983,
- GONÇALVES, Manuel Maia, *Código Penal Português Anotado e Comentado e Legislação Complementar*, 10.ª edição, Coimbra, Editora Almedina, 1999.
- LEITE, André Lamas, *Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa no Código Penal Português*, *Revista Brasileira Ciência Criminal*, coordenação: Helena Regina Lobo da Costa, Ano 20, Volume 97, São Paulo, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012.
- MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa, *Relevância Sistemática do Crime de Infidelidade Patrimonial – Insuficiência na Quesitação do Abuso de Confiança e da Burla – Aplicação no Tempo do Novo Código de Processo Penal*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 51, Volume III, Dezembro de 1991.
- ROCHA, Manuel António Lopes da, *A parte especial do novo Código Penal*, in *Jornadas de Direito Criminal, A Revisão do Código Penal*, Centro de Estudos Judiciários, 1996.
- SANTOS, MANUEL SIMAS e LEAL-HENRIQUES, MANUEL, *Código Penal Anotado – Parte Especial*, 2.º volume, 3.ª edição, Lisboa, Editora Rei dos Livros, 2000.

Título:

**O Crime de Infidelidade e o Crime de Favorecimento
pessoal**

Ano de Publicação: 2019

ISBN: 978-989-8908-57-5

Série: Formação Ministério Público

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt