



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Faculdade de Direito – Escola de Lisboa

**A COMPARTICIPAÇÃO NO CRIME DE
“PARTICIPAÇÃO ECONÓMICA EM NEGÓCIO”**

MESTRADO FORENSE - MARÇO DE 2016

CATARINA TEIXEIRA MACHADO

Orientador: PROFESSOR DOUTOR GERMANO MARQUES DA SILVA

ÍNDICE

1. Introdução
2. O crime de “Participação Económica em Negócio”
 - 2.1 O bem jurídico protegido
3. A comparticipação no crime de “Participação Económica em Negócio”
 - 3.1 Decisões Jurisprudenciais
4. “Participação Económica em Negócio” e “Corrupção”
5. Conclusão
6. Bibliografia
 - 6.1 Doutrina
 - 6.2 Jurisprudência

*“O Estado, entre nós, é administrado no
interesse do povo e não de uma minoria”*

PÉRICLES

AMARAL, Diogo Freitas do,
História das Ideias Políticas,
9.^a reimpressão da edição
de 1998, Almedina, Coimbra,
Abril de 2010, página 62

1. Introdução

Todos os que estão ao serviço da Administração comprometem-se a servir o interesse público. De facto, é dever dos órgãos e agentes administrativos actuar em conformidade com princípios de transparência, legalidade e boa-fé, pois que estão ao serviço do Estado, que, por sua vez, serve e defende os cidadãos.¹

Do desrespeito por estes princípios e deveres de conduta surgem os “crimes cometidos no exercício de funções públicas”, dos quais consta o crime de “Participação Económica em Negócio”. O legislador português sentiu efectivamente a necessidade de criar mecanismos de ordem criminal para combater os crimes cometidos no plano e no âmbito do exercício de funções públicas, que afectam directamente a Administração Pública.

A realização deste trabalho visa alertar para o facto deste tipo de crime ter vindo a aumentar nos últimos anos, a isso acrescendo o facto de, geralmente, surgirem problemas relacionados com a figura da comparticipação criminosa, aliás tema central do trabalho. Mais, pretende ainda referir-se, ainda que brevemente, a necessidade de clarificar as zonas cinzentas aquando de aparente concurso entre a "Participação Económica em Negócio" e o crime de “Corrupção”, também ele inserido no núcleo de “crimes cometidos no exercício de funções públicas”.

Há que começar por enquadrar toda a problemática, mediante a definição e delimitação do crime em apreço, daí se partindo para o verdadeiro propósito da presente tese, uma vez que entendemos ser realmente pertinente o estudo da comparticipação num crime como este, ainda que exista pouca atenção por parte da doutrina portuguesa a este respeito.

¹ Como se lê dos artigos 266º e 269º da Constituição da República Portuguesa.

2. O crime de “Participação Económica em Negócio”

Os crimes cometidos no exercício de funções públicas integram o Título V do Código Penal, relativo aos *crimes contra o Estado*, por sua vez integrante da Parte Especial. Eis que encontramos no Capítulo IV o crime de “Participação Económica em Negócio”, tipificado no artigo 377º do diploma, fruto da revisão operada pelo Decreto-Lei nº48/95, de 15 de Março².

O artigo 377º do Código Penal contém três números, dos quais resultam algumas diferenças. Antes de mais, ressalta da leitura de todo o preceito o facto de ser punido funcionário, devendo, por isso, remeter-se, desde logo, para o artigo 386º, que refere o que se entende por funcionário nos termos do Código Penal. De volta à análise da norma constante do artigo 377º, no seu nº1 determina-se a punição de todo o funcionário que, participando em negócio jurídico, visando com isso a obtenção de lucro ou benefício indevido, seja para si ou para uma terceira pessoa, causar prejuízo patrimonial no plano dos interesses que, atendendo ao cargo que ocupa, estavam a si confiados: “que (...) lhe cumpre (...) administrar, fiscalizar, defender ou realizar”. Há uma “infidelidade do agente ao cargo que exerce”³. O nº2, por sua vez, retrata os casos em que a vantagem patrimonial é recebida pelo funcionário, ainda que um terceiro dela beneficie, graças a acto jurídico-civil, e já não a negócio, note-se⁴, respeitante a interesses à guarda, total ou parcial, mais uma vez, do primeiro: “interesses de que tinha (...) a disposição, administração ou fiscalização”. No final do nº2, a lei afirma a desnecessidade de lesão patrimonial que, no entanto, se exige no nº1, para além de que a pena de prisão no nº1 tem como limite máximo cinco anos, enquanto no nº2 tem como limite máximo 6 meses, podendo em alternativa haver pena de multa até 60 dias. No nº3, por fim, há um alargamento da responsabilidade penal prevista no nº2, mediante o elencar de fontes ou origens da vantagem patrimonial que o funcionário recebe, para si ou terceiro.

² O actual preceito corresponde ao artigo 427º da versão original do Código Penal (1982), no qual, refira-se, as penas de prisão e multa eram menores.

³ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, p. 724*.

⁴ Neste sentido JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira, p. 8*. O autor refere que o enunciado actual do artigo 377º do Código Penal sofre de uma certa “incoerência estrutural”.

São elas a cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento, igualmente confiadas ao agente, pois que lhe cumpria ordená-las ou fazê-las, total ou parcialmente, determinando-se ainda que não poderá haver prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados. Apesar das claras diferenças, a verdade é que em todos os números do artigo se pune funcionário da Administração que não age da forma esperada e devida, obtendo vantagem patrimonial ou agindo com essa intenção, respectivamente, à luz dos nºs 2 e 3 e do nº1 do preceito e do artigo 386º do Código Penal. De facto, o funcionário não respeita o cargo que ocupa, usando-o para negociar no sentido de daí retirar uma vantagem que não lhe é devida, para si ou para terceiro⁵.

2.1 O bem jurídico protegido

Proceda-se, neste momento, à delimitação do bem jurídico protegido por este crime. De acordo com o entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque, com a incriminação do artigo 377º, pretende proteger-se o “património alheio (público ou particular)”⁶. O autor sustenta que no nº1 do artigo 377º a moldura penal é superior à dos nºs 2 e 3 porque, nestes, não existe lesão dos interesses patrimoniais que o agente tinha a seu cargo, daí que aí opere, acessoriamente, a lesão do bem jurídico do cumprimento íntegro das funções a si confiadas.⁷

Segundo Conceição Ferreira da Cunha: “cria-se sempre um dano para a imagem da Administração”⁸, saindo afectada a sua posição de transparência e respeito pela lei perante os administrados. O caso mais grave figura no nº1 do artigo 377º, na medida em que são postos em causa os interesses públicos que estavam confiados ao agente e dos quais o mesmo se aproveita indevidamente.

⁵ Nas palavras do tribunal, acórdão da Relação de Coimbra, de 3 de Dezembro de 2008: “funcionário que é infiel ao seu cargo, aproveitando-se dele para obter ou proporcionar uma vantagem patrimonial em prejuízo dos interesses por que lhe cumpre zelar”; “a participação tem em vista a obtenção de determinada posição ou vantagem por efeito, indevido, de negócio efectuado no exercício do cargo.”

⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 894.

⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 894. O autor fala num bem jurídico protegido com carácter acessório: “integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário”.

⁸ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 724. Diz-nos mais a autora, acrescentando ainda a este respeito que a imagem da Administração é afectada “por via da referida infidelidade-desvio do agente à função que lhe foi confiada, a qual nada tem a ver com a satisfação de interesses patrimoniais privados do agente (ou de quem este queira favorecer).” P. 725

No fundo, de acordo com a autora, o funcionário tira proveito do cargo que ocupa para daí retirar um benefício económico⁹, havendo, desde logo, um conflito de interesses, já que deveria ser prosseguido o interesse público e não o interesse privado do agente.

Neste sentido também José António Barreiros: “O funcionário deve ser fiel aos valores nucleares da Administração Pública e são estes que o Direito Penal protege e não aquela instrumental dedicação.”¹⁰. Ou seja, não se discutindo a clara defesa que aqui é feita de interesses patrimoniais, junto com a de valores como a fidelidade e probidade do funcionário ao lugar e posição que ocupa, a verdade é que, para o autor, o fundamento da incriminação vai muito mais longe. O autor afirma, aliás, que o entendimento segundo o qual o bem jurídico protegido se traduz em valores constantes da Constituição da República Portuguesa (“são primacialmente o interesse público e a imparcialidade, contextualizados segundo a regra da boa-fé, a da justiça, e o princípio maior da igualdade”¹¹) representa uma verdadeira vantagem, pois convocam-se, com a norma do artigo 377º, “conceitos constitucionalmente tutelados”. Para além disso, a determinação do bem jurídico tutelado nestes termos permite “suportar a legitimidade da incriminação no caso em que é o próprio Estado (...) o beneficiado pela conduta do agente “funcionário”¹². Por fim, refere como igualmente pertencentes ao bem jurídico protegido os valores estaduais que se encontram previstos em vários preceitos da Lei Fundamental, relativos a regras de funcionamento do Estado num sentido amplo, não se devendo, no entender de José António Barreiros, limitar a questão aos preceitos constitucionais relativos ao funcionamento da Administração Pública em particular.

⁹ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 724: “O agente, ao invés de actuar como zelador dos interesses que lhe são confiados, respeitando os limites da sua função, abusa dos poderes conferidos pela titularidade do cargo, com uma finalidade lucrativa, para si ou para terceiro – participação económica (no nº1); vantagem patrimonial (nos nºs 2 e 3).”

¹⁰ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p.24 e 25.

¹¹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 23.

¹² JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 23. Mais: “há em meu entender uma lógica em que o desvio de função legitima a incriminação mesmo que seja em benefício de entidades ou pessoas integradas no sector público.” Também neste sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 895: “também é ilícita a conduta do funcionário que age (isto é, que lesa os interesses patrimoniais que lhe são confiados) para beneficiar uma outra pessoa colectiva pública ou de utilidade pública.” Contra CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 729: “só se cometerá este crime nos casos em que a vantagem patrimonial se destine à satisfação de interesses privados.”

Em nossa opinião, a tutela vai mais longe do que ao nível dos interesses patrimoniais. Da letra da lei retiramos que ao funcionário “lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar” os interesses patrimoniais respectivos (nº1 do artigo 377º CP). O funcionário age na medida em que tem ao seu dispor certos poderes, que decorrem da posição que ocupa, aproveitando-se desse facto em benefício próprio, ou visando o benefício de uma terceira pessoa.

Ora, atenta a posição de Paulo Pinto de Albuquerque, não cremos que seja a mais adequada, pois, apesar do indiscutível apropriar ilegítimo de valores não pertencentes ao arguido, não entendemos que esta matéria se esgota no referido “património alheio”. De salientar, no entanto, a pertinência do carácter acessório de um bem jurídico traduzido no cumprimento íntegro das funções confiadas ao funcionário. Esse cumprimento íntegro de funções respeita a valores que devem pautar o desempenho do cargo de qualquer trabalhador da Administração Pública, o que tem a sua importância, mas que, realmente, a nível de delimitação do bem jurídico a propósito do crime em apreço, assume um papel acessório. Precisamente por isso é que é este um crime próprio do funcionário.

Concordamos com a posição adoptada por Conceição Ferreira da Cunha, ancorada na questão da imagem da Administração Pública e da necessidade de todo e qualquer funcionário respeitar a função e posição que ocupa, visando, única e exclusivamente, a prossecução de um interesse que é público e não privado, sob pena de infidelidade. De facto, estar ao serviço da Administração implica seriedade e comprometimento, o que não pode ser posto em causa por interesses paralelos do agente que presta esse mesmo serviço.

Também perfilhamos o entendimento de José António Barreiros, na medida em que, feita a referência aos interesses patrimoniais da Administração, é, desde logo, salientado o carácter secundário dos mesmos e dos valores da fidelidade e probidade, partindo-se para uma análise mais profunda do tema, defendendo-se os valores constitucionais da legalidade, igualdade, imparcialidade e boa-fé, estruturantes da Administração Pública, como pertinentes e “que podem ser convocados para delinear o âmbito material do bem jurídico legitimador da punição do crime (de participação económica em negócio)”.¹³ Também a referência aos valores estaduais *lato sensu* merece atenção, dado que, se da Constituição constam preceitos norteadores da actuação do Estado, também os funcionários da Administração estarão, com as adaptações necessárias, a eles adstritos.

¹³ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p.21.

No entanto, o que, a nosso ver, resulta verdadeiramente afectado pela conduta descrita no artigo 377º é o interesse patrimonial da Administração Pública. Este é o que, directamente, resulta afectado pela conduta descrita no referido artigo. Não podemos, ainda assim, esquecer a Administração como núcleo essencial de actuação do Estado. É essencial não descurar da posição que a primeira ocupa, a sua imagem aos olhos dos administrados e os valores que deve seguir, de acordo com o que, a esse respeito, consta da lei. De facto, a igualdade, a imparcialidade e a boa-fé têm assento constitucional, como princípios estruturantes e fundamentais da Administração Pública.

Não se podem ignorar, no entanto, as dificuldades interpretativas que o artigo 377º suscita nesta matéria, daí a controvérsia doutrinária a respeito. Olhando para os nºs 1 e 2 do preceito, em princípio, é o interesse económico, o património do Estado que é salvaguardado pela norma incriminadora, operando para o nº3 todo o entendimento relativo aos valores constitucionais da legalidade, igualdade, imparcialidade e boa-fé e à imagem que a Administração deve preservar.

Feita uma análise mais profunda ao nº1 do artigo, concluímos pela importância e essencialidade desse interesse patrimonial, uma vez que, sem lesão patrimonial, não se preenchem os tipos dos nºs 1 e 2 e sem aproveitamento patrimonial, ainda que sem lesão dos interesses patrimoniais do Estado, não se preenche o nº3. Menor peso assumem a seriedade, responsabilidade, proibidade, fidelidade e respeito como valores norteadores da posição ocupada pelo funcionário aquando do exercício das suas funções.

Passando para a análise do tipo objectivo, este é um crime específico, de dano e de resultado.

“O crime de participação em negócio é, em qualquer das suas modalidades, um crime de dano (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de resultado.”¹⁴ Um crime de dano lesa efectivamente o bem jurídico protegido, em contraposição aos crimes de perigo. Os crimes de resultado dizem respeito à sua consumação, traduzindo-se naqueles em que há um evento material que se exige para que o tipo se preencha¹⁵.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-06-2015, Processo 3443/11.0TDLSB.L1-9, in www.dgsi.pt

¹⁵ Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 34 e 35: “aos crimes de resultado ou materiais se exige para preenchimento do tipo além do comportamento um evento material, ou seja, uma alteração externa espaço-temporal distinta da conduta”; “A distinção entre crimes de dano e crimes de perigo assenta na lesão ou no simples perigo de lesão do bem jurídico protegido. Os primeiros causam lesão efectiva...”

Assim é no crime do artigo 377º do Código Penal, uma vez que, tendo em conta a análise da problemática do bem jurídico protegido, há lesão do interesse económico e patrimonial da Administração nos dois números do preceito, não por simples actividade, mas por verdadeira verificação de resultado distinto dessa simples actividade. Há que dar ênfase ao facto de estarmos perante um crime específico, uma vez que tal questão tende a dividir a doutrina em certas particularidades da respectiva qualificação. Deve olhar-se em separado ao nº1 do artigo 377º e aos nºs 2 e 3 do mesmo. No nº1: “a qualidade de funcionário é uma circunstância agravante do crime de infidelidade (artigo 224º)”, enquanto nos nºs 2 e 3: “a qualidade de funcionário funda o ilícito, uma vez que não há incriminação geral correspondente para não funcionários”.¹⁶ Daqui resulta uma distinção essencial, de acordo com a qual no nº1 temos um crime específico impróprio e nos nºs 2 e 3 um crime específico próprio. Um tipo legal é próprio na medida em que circunscreve os possíveis agentes do crime, ou seja, “o círculo de agentes possíveis fica reduzido àquelas pessoas especialmente designadas no tipo.”¹⁷ A qualidade, no caso, de funcionário, é fundamento da responsabilidade penal.

Já os crimes específicos impróprios correspondem àqueles casos em que essa qualidade (ou dever especial) funciona como agravante da responsabilidade, no caso, do funcionário.

Segundo Conceição Ferreira da Cunha, figura no artigo 377º do Código Penal um crime específico. Antes de mais, aliás, a autora refere o artigo 386º do mesmo diploma, relativo ao conceito de funcionário. Quanto à especificidade do crime, concretamente, no nº1 “a qualidade do agente agrava a ilicitude da conduta”, ao passo que no nº2 e no nº3 “a qualidade especial do agente, em relação com a função que desempenha, fundamenta a ilicitude do facto”.¹⁸

¹⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 895. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-06-2015, Processo 3443/11.0TDLSB.L1-9, in www.dgsi.pt: “O crime é cometido por funcionário. Na modalidade prevista no n.º 1, a qualidade de funcionário é uma circunstância agravante do crime de infidelidade (artigo 224.º) (crime específico impróprio). Nas modalidades previstas nos n.ºs 2 e 3, a qualidade de funcionário funda o ilícito, uma vez que não há incriminação geral correspondente para não funcionários (crime específico próprio).”

¹⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 33. Ainda a este respeito: “Nos crimes especiais ou próprios, quem não possuir a característica prevista no tipo só pode ser co-autor ou cúmplice, exigindo-se que haja um agente com a característica exigida pela lei.”

¹⁸ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 725.

José António Barreiros, no entanto, sustenta que, apesar de se tratar de crime específico, não vale a distinção que é feita entre crime específico impróprio (nº1) e próprio (nºs 2 e 3), fundamentando que em todos os números do artigo 377º a responsabilidade do agente decorre única e exclusivamente do facto de o mesmo ser funcionário (público). O autor entende portanto que o artigo 377º consubstancia, integralmente, um crime específico próprio.¹⁹

Perfilhamos, no que a esta matéria respeita, a posição e argumentação de Paulo Pinto de Albuquerque. De facto, olhando à letra da lei no artigo 224º nº1 do Código Penal: “quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais e 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”, podemos afirmar que o crime de infidelidade é um crime especial próprio, uma vez que a lei circunscreve e limita os potenciais agentes do crime, que serão aqueles a quem tenham sido confiados os deveres especiais nela descritos. Ora, se assim é, partindo para o artigo 377º nº1, o que temos é uma agravção da responsabilidade do agente que pratica a conduta igualmente descrita no tipo legal do crime de infidelidade. Essa agravção opera na medida em que o agente do crime de participação económica em negócio tem uma certa qualidade, a de funcionário (público). O mesmo não se pode dizer dos nºs 2 e 3, já que não existe norma incriminadora que responsabilize os não funcionários nesses termos. Estes números do artigo 377º correspondem, portanto, a crime especial próprio.

Conceição Ferreira da Cunha destaca a necessidade de uma relação de causa-efeito entre o cargo e as funções que o agente desempenha e a vantagem patrimonial que intentou obter ou que efectivamente obteve, respectivamente quanto ao nº1 e quanto aos nºs 2 e 3 do artigo 377º. Entendemos por pertinente esta referência.

¹⁹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 48. O autor afirma: “Estando de acordo que se trata de crime específico, não me parece que o seja numa modalidade imprópria, por não se tratar de mera agravção por qualificação nem do crime de abuso de confiança, nem do de fidelidade, sim de categoria típica autónoma, por discutível que seja, como se viu, essa autonomização. Além disso, não me parece encontrar acolhimento no enunciado da lei, nem se poder retirar do seu espírito a distinção entre o nº1 e os demais números do artigo 377º de modo a restringir a alegada impropriedade ao primeiro pois em todos os casos a legitimação da punição decorre de impender sobre o agente uma qualidade pessoal, a de um sujeito a um estatuto, ao qual estão adstritos deveres funcionais que a sua conduta viola.” Mais, p.33: “o crime de participação económica em negócio é, assim como o peculato, crime de natureza compósita, decorrente de estar em causa um *crime próprio*, em rigor de *mão própria*, pois só pode ser praticado por quem tiver uma determinada qualidade pessoal, no caso a de funcionário no sentido jurídico-penal”

A autora fala, a este propósito, num “tipo legal de processo atípico”, pois apesar de se fazer referência à intenção do funcionário e ao dano por ele causado ou ao recebimento da vantagem patrimonial, a conduta não é tipificada.²⁰

De modo a concluir a análise do tipo objectivo, proceda-se à distinção efectiva entre os três números do artigo 377º do Código Penal, partindo-se, de seguida, à análise do tipo subjectivo. “Prevêem-se neste artigo várias hipóteses de participação económica criminosa por parte do funcionário em negócios celebrados com a função pública.”²¹

Paulo Pinto de Albuquerque considera que, no nº1 do artigo, “o funcionário não tem de ser a pessoa que celebra o negócio jurídico, sendo suficiente que ele tenha participação relevante no negócio jurídico, condicionando os termos em que vai ser celebrado o negócio.”²² Destaque-se a pertinência deste entendimento, já que esta particular questão tende a ser pouco explorada pela doutrina nacional.

Conceição Ferreira da Cunha determina: “No nº1, a participação económica, em si (ou a tentativa de a obter), lesa interesses patrimoniais que ao agente foram confiados (por isso mesmo ela é ilícita); no nº2, e também no nº3, o recebimento da vantagem patrimonial é exterior ao acto jurídico-civil (no nº2) ou à actividade (no nº3) praticado(a) pelo agente, embora resulte desse acto ou dessa actividade e, assim, esteja relacionado com a função do agente.”²³

Em concordância encontram-se Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos. Dispõem quanto ao nº1: “o funcionário actuou criminosamente no próprio negócio jurídico, e a sua participação adquire realidade no próprio conteúdo desse acto”.²⁴

²⁰ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 727. Mais: “Fundamental é que exista uma relação causal entre a vantagem obtida ou que se pretendeu obter e a função do agente.” No mesmo sentido vem JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p.49: “o funcionário que praticar as condutas objectivas descritas na norma incriminadora mas o fizer fora do âmbito das suas funções não praticará o crime de que se trata aqui.”

²¹ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, p. 988.

²² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 896.

²³ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 727.

²⁴ MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES e MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, *Código Penal, Volume II*, p.1202

No que ao nº2 respeita: “aqui a participação é exterior ao acto jurídico, este em si não participa das vantagens económicas a receber pelo funcionário (...) o agente, ainda que não lese interesses patrimoniais que por força da função lhe competia dispor, administrar ou fiscalizar, vem a receber vantagem económica por efeito ou em resultado de um acto jurídico-civil em que esses interesses são postos em causa ou envolvidos”²⁵.

Jurisprudencialmente, veio a Relação de Lisboa delimitar três modalidades diferentes de execução do crime, respeitantes aos três números do artigo 377º. Respectivamente: “a participação em negócio lesivo dos interesses patrimoniais confiados ao funcionário”; “a participação em negócio não lesivo dos interesses patrimoniais confiados ao funcionário”; “a participação em cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento.”²⁶

Parece claro que a diferença entre o nº1 e os nºs 2 e 3 se prende com a participação em si integrar ou não o negócio ou acto jurídico-civil, para além do facto de, no nº1, haver lesão dos interesses patrimoniais que estavam confiados ao funcionário e mera intenção de obtenção de vantagem, ao passo que, no nº2 e no nº3, não se verificar lesão, mas efectivo recebimento da vantagem.

Passe-se para a análise do tipo subjectivo. Há que saber que este é um crime de intenção, o que, desde logo, resulta da leitura do nº1 do artigo 377º: “com intenção de obter...”. Como afirma o Professor Germano Marques da Silva: “*Crime de tendência* ou crime de dolo específico, também designado por *crime de intenção*, é o crime que condiciona a sua existência a uma específica intenção do agente (...) Sem essa motivação especial, que faz parte do tipo objectivo, o facto não preenche o tipo, logo não pode haver ilicitude penal, logo não pode haver crime.”²⁷.

Antes de mais, de acordo com Conceição Ferreira da Cunha: “trata-se, evidentemente, de um tipo legal doloso.” Afasta-se portanto a possibilidade de negligência neste crime. Quanto ao primeiro número do artigo 377º refere-se: “No nº1 está em causa um dolo específico (...) embora em relação à lesão dos interesses que lhe foram confiados pareça bastar o dolo necessário (ou até eventual)”²⁸.

²⁵ MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES e MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, *Código Penal, Volume II*, p.1202

²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-06-2015, Processo 3443/11.0TDLSB.L1-9, in www.dgsi.pt

²⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 43

²⁸ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 731

No que aos nºs 2 e 3 respeita, a mesma autora sustenta que “basta o dolo eventual em relação à própria recepção de vantagem patrimonial para que o tipo legal fique preenchido (art. 14º-3).”²⁹

Paulo Pinto de Albuquerque, por outro lado, vem afirmar que estamos, no nº1 do artigo 377º, perante crime de resultado cortado, na medida em que: “o tipo subjectivo contém uma intenção de realização de um resultado que não faz parte do tipo objectivo, mas que é provocada pela acção típica.”³⁰ Ou seja, há uma intenção de obtenção da vantagem, que, no entanto, não é exigida como resultado do crime. Daí que baste que o agente aja com essa intenção para que haja consumação.

Também neste sentido vem José António Barreiros: “trata-se, como em outras espécies de crime, de um ilícito de resultado parcial ou cortado: a sua dimensão subjectiva é mais extensa do que a objectiva, pois que o crime está atingido quando a lesão se verifica ainda que não tenha sido alcançado o propósito do autor do mesmo.”³¹

Parece-nos relevante este entendimento de acordo com o qual a intenção que move o agente vai além do tipo objectivo. Daí que se seja indiscutível o dolo específico do tipo subjectivo, pelo menos quanto ao nº1 do artigo 377º do Código Penal.

Analise-se a possibilidade de o presente crime admitir tentativa. A tentativa, como forma do crime, encontra-se prevista nos artigos 22º e 23º do Código Penal. No nº1 do artigo 23º determina-se que *a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a três anos de prisão*. Ora, olhando ao artigo 377º, a tentativa será admissível, pelo menos, nos casos descritos no seu nº1, uma vez que nele figura uma pena de prisão que poderá ir até aos cinco anos. Há que saber que “no caso do nº1 (...) o agente consuma o crime quando causa lesão ainda que não materializado aquilo que se propunha efectivar, a captação de uma intencionada vantagem patrimonial.”³² Ou seja, basta que ocorra lesão (patrimonial), independentemente de o agente ter logrado a vantagem pretendida.

²⁹ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 732

³⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 897. O mesmo entendimento, com recurso aliás à posição de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, é seguido pela Relação de Lisboa, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-06-2015, Processo 3443/11.0TDLSB.L1-9, in www.dgsi.pt

³¹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 81

³² JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 99

De facto, como nos diz Conceição Ferreira da Cunha: “No nº1 (...) faz sentido falar-se em tentativa deste crime quando os interesses patrimoniais que ao agente foram confiados não cheguem a ser lesados, mas houver actos de execução *tendentes* à sua lesão (...) e tratar-se-á ainda de uma tentativa mesmo que o agente tenha obtido participação económica ilícita, desde que não haja consumação do dano para os referidos interesses patrimoniais”. O mesmo não vale para os restantes números do artigo 377º. Diz-nos a autora, e bem: “Já nos nºs 2 e 3, ainda que se pudesse configurar uma situação de “tentativa” (o que de si seria muito duvidoso), ela nunca seria punível, uma vez que se trata de crimes cominados com pena de prisão até 6 meses.”.³³

Há então tentativa no nº1 do artigo 377º sempre que o agente praticar actos de execução tendentes à lesão patrimonial exigida como resultado do crime, por força da conjugação dos artigos 10º nº1 e 22º nº2 b) do Código Penal.

Apesar de pouco discutida, a questão de saber se as ilicitudes formais, orgânicas ou processuais se encontram abrangidas pelo tipo legal do artigo 377º não deixa de merecer referência. De facto, se, por um lado, parte da doutrina considera que não, outra vem defendendo que dentro do conceito de cumprimento das funções por parte do funcionário se encontram esses incumprimentos e violações formais.

Paulo Pinto de Albuquerque sustenta: “os vícios formais, orgânicos ou processuais do acto do funcionário não são irrelevantes nem menos relevantes do que o dos vícios substantivos”³⁴. No mesmo sentido vem a Relação de Lisboa: “a participação económica também é criminosa quando o funcionário dolosamente desrespeita os requisitos de validade formal, orgânica e processual do acto”.³⁵

Entendemos não fazer sentido enquadrar no crime em apreço as questões (meramente) processuais, de validade formal e orgânica, uma vez que a sua punição sempre terá lugar em sede, não de Direito Penal, mas de Direito Administrativo. No fundo, se este último ramo do Direito pode e deve actuar em conformidade, não se vê por que razão estas questões caíam sobre a alçada do Direito Penal.

³³ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 732

³⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 894

³⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-06-2015, Processo 3443/11.0TDLSB.L1-9, in www.dgsi.pt

Passemos para a relação da “participação económica em negócio” com outros crimes.

A matéria do concurso de crimes é da maior importância e o artigo 377º do Código Penal tende a suscitar algumas dúvidas a respeito, de tal modo que decidimos, numa fase final do presente trabalho, tratar especialmente do concurso entre a “participação económica em negócio” e a “corrupção” (activa e passiva). Exponham-se agora os vários casos de concurso entre o crime do artigo 377º e os crimes de peculato, infidelidade, concussão e falsificação de documentos.

O crime de peculato, expressamente consagrado no artigo 375º do Código Penal, tem, desde logo, que ser também ele praticado por funcionário. Há apropriação ilegítima por força de funções que cabem ao agente, das quais o mesmo se aproveita. Mas estas são as únicas semelhanças entre este crime e o do artigo 377º. De facto, da leitura do nº1 do artigo 375º ressaltam as diferenças entre os dois. Como nos diz Conceição Ferreira da Cunha: “no caso do peculato tem que estar em causa a apropriação ilegítima de uma coisa móvel alheia (pública ou particular) que, em razão das funções do agente, esteja na sua posse” ao passo que, na participação económica, trata-se de “obter ou tentar obter uma determinada posição económica lesiva dos interesses que ao agente foram confiados”. Daí que “não haverá entre os dois tipos legais uma relação de concurso aparente, mas de exclusão”.³⁶ Refira-se ainda, já que no mesmo sentido, a posição de José António Barreiros: “aqui a diferença específica radica na circunstância de aquele ser, repete-se, um crime de apropriação, enquanto este (previsto no artigo 377º do Código Penal) é um crime de dano ou de avantajamento, intencionado ao benefício do agente ou de terceiro.”; “Há, pois, uma relação de exclusão”³⁷. Paulo Pinto de Albuquerque afirma igualmente a relação de exclusão entre os dois crimes por “os modos de execução dos crimes serem radicalmente distintos”.³⁸

O artigo 224º do Código Penal, relativo à infidelidade, pune *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.*

³⁶ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 733 e 734

³⁷ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p.37 e 38

³⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 897

É portanto um “crime de dano, não cometido necessariamente por funcionário nem incidindo sobre bens que estejam em relação de posse ou acessibilidade pelo agente por virtude das suas funções publicas”³⁹. Ainda que existam diferenças entre os dois tipos legais, certo é que “os dois tipos legais em confronto apresentam importantes pontos de contacto: em qualquer um deles, *o agente lesa interesses patrimoniais que lhe foram confiados, com o que viola uma relação de fidelidade*”⁴⁰. No entanto, da infidelidade não consta a exigência de intenção de obtenção de uma vantagem, aspecto essencial ao crime de participação económica. Dadas as claras semelhanças entre a infidelidade e a participação económica, resulta claro o concurso aparente entre elas. De facto, há uma relação de especialidade entre o artigo 224º e o artigo 377º, aplicando-se, em caso de concurso, o artigo 377º, na medida em que a moldura penal é mais grave.

A concussão, expressamente prevista no artigo 379º do Código Penal, contempla os casos do *funcionário que, no exercício das suas funções (...) receber, para si (...) ou para terceiro (...) vantagem patrimonial que lhe não seja devida*”. Eis as semelhanças entre este e o crime do artigo 377º, particularmente os seus nºs 2 e 3. “O elemento caracterizador do crime de concussão, tal como o prevê o artigo 379º, é a indução em erro ou aproveitamento de erro em que a vítima incorra ou ainda através de violência ou ameaça de mal importante a que seja sujeita (nº2) por via do qual se logre o avantajamento.”⁴¹ Esta será a particular gravidade do crime de concussão. Para além disso, “no crime de concussão a vantagem patrimonial auferida pode ser para o agente, para terceiro ou para o Estado”⁴², enquanto, como sabemos e aliás defendemos, no crime de participação económica em negócio, a vantagem sempre visará a satisfação de interesses privados. Há, ante o exposto, uma relação de concurso aparente entre os dois crimes, sendo que “se, com o mesmo comportamento, se preencherem os dois tipos legais, terá aplicação (...) o tipo legal de concussão (art. 379º).”⁴³

A análise do crime de falsificação de documentos e da sua relação com a participação económica importa a referência aos artigos 256º e 257º do Código Penal.

³⁹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 42

⁴⁰ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 734

⁴¹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 37

⁴² CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 735

⁴³ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 735

O artigo 256º trata da falsificação ou contrafacção de documento, enquanto o 257º se refere à falsificação praticada por funcionário. Parece-nos mais pertinente referir o artigo 257º para efeitos de possível concurso com o crime do artigo 377º. Assim, o *funcionário que, no exercício das suas funções (...) com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, ou de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo*, falsificar um qualquer documento com objectivos vários, será punido nos termos do artigo 257º do Código Penal. De acordo com Paulo Pinto de Albuquerque, “quando a prática do crime de participação implica a elaboração de documento cujo conteúdo não é verdadeiro”⁴⁴ haverá concurso efectivo.

No que à pena aplicável ao crime de participação económica em negócio respeita, olhando ao nº1 do artigo 377º do Código Penal, figura uma *pena de prisão até cinco anos*. Por sua vez, nos nºs 2 e 3, o agente será *punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias*.

Terminamos esta exposição relativa ao enquadramento do crime de participação económica em negócio com a referência à Lei nº34/87, de 16 de Julho⁴⁵, relativa aos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos. Concretamente, importa o artigo 23º do referido diploma, sob a epígrafe *participação económica em negócio*. Há que estabelecer a relação de especialidade entre este artigo e o 377º do Código Penal, sendo que o legislador pretendeu, claramente, estabelecer um regime mais gravoso para os titulares de cargos políticos. Refira-se que “na previsão do n.º2 não se prevê, ao contrário do que sucede nas correspondentes normas do Código Penal (n.ºs 2 e 3 do artigo 377º), a tipicidade do recebimento para terceiro”⁴⁶. Outra questão pertinente a respeito deste regime especial prende-se com o facto de, no nº2 do artigo 23º da Lei 34/87, não constar pena de prisão e de a pena de multa aí prevista ser manifestamente mais alta que a correspondente do Código Penal, provável e precisamente porque não se prever pena de prisão para o caso de titulares de cargos políticos que efectivamente recebam vantagem patrimonial.

⁴⁴ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 897

⁴⁵ A alteração mais recente da presente Lei data de 22 de Abril de 2015, tendo a entrada em vigor ocorrido em 16 de Julho de 1987

⁴⁶ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p.94. Mais: “não se tendo estendido à situação prevista neste diploma aquilo que passou a ser consagrado no Código Penal a partir da revisão de 1995, da qual resultou a criminalização de casos em que ocorria o recebimento em benefício desses terceiros.”

De facto, como nos diz Conceição Ferreira da Cunha: “cremos que, se o juiz entender necessária a aplicação de pena de prisão, poderá aplicar o presente tipo legal (desde que, como é evidente, se preencham todos os seus pressupostos), pois não terá sido intenção do legislador criar um regime mais favorável para os titulares de cargos políticos – mas, invés, um regime mais severo, tendo em conta a maior gravidade da situação.”⁴⁷

Em nossa opinião, fará sentido que o juiz decida pela aplicação do regime do artigo 377º do Código Penal, uma vez que sempre se justifica a aplicação de pena mais grave, dada a intenção do legislador em punir a mesma conduta no caso de o agente ser titular de cargo político.

⁴⁷ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 736. Contra este entendimento vem JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS: “Não conseguimos acompanhar a orientação: o facto de, com fundamento ou sem ele, o legislador ter criado um tipo criminal especial para o caso dos crimes de participação económica em negócio cometido por titulares de cargos políticos faz com que tenha de se aplicar o princípio geral do Código Civil segundo o qual a lei especial derroga a geral (artigo 7º, nº3 *a contrario*) e assim não pode, só porque a intenção do juiz seja a aplicação de prisão recorrer ao tipo comum quando o sujeito activo tenha uma particularidade determinada, no caso aquela de ser titular de cargo político”, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 95 e 96.

3. A comparticipação no crime de “Participação Económica em Negócio”

Passemos agora para a análise da questão da comparticipação no plano do crime de “participação económica em negócio”, tema central do presente trabalho, feito que está o enquadramento do mesmo crime.

A comparticipação surge a propósito da circunstância de determinado crime ser praticado por mais do que um agente. De facto, ainda que, da Parte Especial do nosso Código, os crimes sejam, na sua maioria, consagrados como monosubjectivos, a verdade é que os crimes plurissubjectivos estão muito presentes no caso dos crimes económicos, como o é o de participação económica. Estabelecendo assim uma distinção entre os dois tipos de crimes, como nos diz Germano Marques da Silva: “os *crimes monosubjectivos* contrapõem-se aos *crimes de participação necessária* porque naqueles a participação de vários agentes é eventual (crimes de participação facultativa), sendo previstos na lei como crimes praticados por uma só pessoa, mas que eventualmente podem ser praticados em comparticipação. Em contraposição, nos crimes de participação necessária ou plurissubjectivos é essencial a participação de várias pessoas; estes crimes não podem ser praticados por uma pessoa só.”⁴⁸ Atenda-se ainda ao facto de, nos crimes monosubjectivos, poder ocorrer participação de mais do que um agente “e então trata-se de mera participação facultativa”⁴⁹

De referir ainda a comparticipação necessária imprópria, definida como a necessidade de participação de vários agentes na prática do facto, sem que a tutela penal abranja todos eles, mas apenas alguns, gerando-se atipicidade de comportamento dos que por ela não foram abrangidos.⁵⁰

⁴⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 342. A propósito dos crimes plurissubjectivos, diz-nos ainda o autor: “trata-se de casos em que o facto típico requer necessariamente o concurso de duas ou mais pessoas, mas concurso de duas ou mais pessoas que cooperam no crime, que são necessariamente seus agentes e não simplesmente que nele intervenham”, p. 376.

⁴⁹ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, p. 316. Mais: “A pluralidade de agentes no crime não se verifica apenas como forma do crime; tal só sucede quando o crime é incriminado como crime monosubjectivo e pode acidentalmente ser realizado com a participação de vários agentes. Mas há crimes que só podem ser realizados com a participação de vários agentes e em que a pluralidade de agentes é essencial. Os crimes monosubjectivo “podem” ser cometidos por vários agentes (...) (donde a denominação de “crimes de participação facultativa”). Em contraposição, os crimes aos quais é essencial a participação de vários agentes denominam-se crimes plurissubjectivos, de “participação necessária”

⁵⁰ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 69

Entendemos por bem referir, ainda que brevemente, as teorias que existem em torno de toda esta problemática da comparticipação. Para tal, recorreremos ao entendimento do Professor Figueiredo Dias, segundo o qual devem ser enumeradas quatro teorias a respeito: as teorias formais-objectivas; as teorias subjectivas; as teorias materiais-objectivas e a teoria final-objectiva do “domínio do facto”. As duas teorias que mais influência tiveram entre nós foram as teorias materiais-objectivas e a teoria do domínio do facto. Respectivamente, “as teorias *materiais-objectivas* destacam-se precisamente por procurarem a diferença entre autoria e cumplicidade no lado objectivo do critério, sobretudo na *relação da causalidade*”.⁵¹ Por sua vez, “nos casos em que o tipo impõe ao agente um *dever especial*, como é o caso nomeadamente aos *delitos específicos*. Agente será então aqui, não quem detenha o domínio do facto mas só quem, para além disto, se encontre vinculado pelo dever contido no tipo.”⁵²

Posto isto, importa determinar em que moldes se encontra regulada a participação de mais do que um agente no crime de “participação económica em negócio.” No nº1 do artigo 377º do Código Penal temos um “negócio jurídico”, o que, desde logo, nos conduz necessariamente para a participação de mais que uma parte para que o crime efectivamente se concretize. Ou seja, ao lado do funcionário, haverá sempre outro sujeito que virá celebrar com o primeiro o referido negócio jurídico. Já relativamente aos nºs 2 e 3, se o funcionário recebe uma vantagem patrimonial, esse alguém, ou alguéns, que lha concedem, actuarão também eles no sentido do preenchimento do crime em causa. É, portanto, da maior importância estabelecer o papel deste sujeito que negocia com o funcionário e daquele que lhe dá certa vantagem, por forma a entender melhor em que medida a participação económica se traduz, ou não, num crime de participação necessária.

Antes de proceder a tal determinação, há que explicar as várias formas de autoria existentes no nosso Código, concretamente no artigo 26º, também a cumplicidade do artigo 27º, seguindo-se a análise do artigo 28º e da sua aplicação ao crime do artigo 377º.

⁵¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Sumários e Notas das Lições do Prof. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS* ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976, p. 47. Deve ainda mencionar-se, a este propósito: “Assim se chega à ideia (entre nós defendida com veemência por EDUARDO CORREIA e por ele claramente vazada no art. 27.º do Projecto) de que é *autor do crime todo aquele que lhe tenha dado causa* – entendendo-se esta “causa”, nos termos gerais, segundo os cânones da causalidade adequada.” Resulta portanto claro e determinante, neste plano, o papel do Professor Eduardo Correia no Código Penal Português.

⁵² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Sumários e Notas das Lições do Prof. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS* ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976, p. 54

De facto, “sempre que haja comparticipação, o modo de participação (participação principal ou autoria e participação secundária ou cumplicidade) é previsto e punível em função das normas extensivas da punibilidade que constam da parte geral do Código Penal (art.ºs 26.º e 27.º).”⁵³.

O artigo 26º determina quem será tido como autor para efeitos de responsabilidade penal. Será então *punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa 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*. Assim, serão punidos os autores imediatos, mediatos, os co-autores e os instigadores.

A cumplicidade vem consagrada no artigo 27º, determinando-se a punição dos cúmplices materiais e morais: *quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso*.⁵⁴

Tendo em conta a possibilidade de, aquando do cometimento do crime por mais do que um agente, estarmos perante casos de co-autoria, cumplicidade ou instigação, urge a necessidade de enquadrar, nesse sentido, o crime de “participação económica em negócio”, a fim de saber se, por exemplo, no caso do nº1 do artigo 377º do Código Penal, a contra-parte do negócio será responsabilizada, nomeadamente, como co-autor desse crime, ou até de não o ser de todo.

Recordando o disposto no artigo 377º, desde logo se afiguram diferentes possíveis casos de comparticipação, no que ao nº1 e aos nºs 2 e 3 do mesmo preceito respeita. Se no nº1 temos a celebração de um negócio jurídico por parte do funcionário público, juntamente com um outro sujeito, o que se ilustra nos outros dois números traduz-se na circunstância de alguém oferecer a um funcionário determinada vantagem. Olhe-se agora a cada um dos casos separadamente.

⁵³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 344. Refira-se a este propósito o que nos diz MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, p. 317: “as incriminações de autoria e cumplicidade nos arts. 26.º e 27.º são normas que estendem a punibilidade do crime monosubjectivo aos casos em que o crime é cometido com a participação de vários agentes (...) E trata-se de uma tipicização indirecta, e por isso de uma “forma do crime”, porque os preceitos dos arts. 26.º e 27.º não estão em si mesmos completos; o seu conteúdo completa-se com referência à norma incriminadora, de cada crime em especial.”

⁵⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Sumários e Notas das Lições do Prof. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS* ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976, p. 78: “Cúmplice é, antes de mais, todo o participante que não é autor”

Até que ponto a contra-parte que celebra com um funcionário público um negócio jurídico poderá ser punida como co-autor material desse crime? Como autor que *tomar parte directa na sua execução, (...) juntamente com outro* (o funcionário)? A verdade é que, à primeira vista, fará sentido punir esse agente como co-autor, uma vez que também ele age com o intuito de obter um benefício patrimonial, económico. No entanto, ele celebra o referido negócio visando o lucro, independentemente de estar a fazê-lo, ou não, ao lado de um funcionário público, que deve zelar pelo interesse público e, concretamente, pelos *interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar*. Ou seja, esta contra-parte não age nos mesmos termos que o funcionário, não exerce uma função pública que exige, da sua parte, um determinado zelo e responsabilidade, sob pena de poder incorrer neste tipo de crime, no caso de ir para lá dos seus poderes, abusando deles em seu próprio benefício. Se assim é, muito mais claro se torna o facto de este agente agir no seu interesse próprio e não no interesse do funcionário, na perspectiva de poder retirar o máximo proveito com o negócio. No fundo, o facto de esse negócio jurídico poder vir a afectar e lesar a Administração pouco importa a este contratante, motivado pelos interesses que lhe competem e não aos que ao funcionário público respeitam.

Se recordarmos, aliás, a necessidade, para preenchimento do tipo objectivo, de que “exista uma relação causal entre a vantagem obtida ou que se pretendeu obter e a função do agente”⁵⁴, novamente se torna clara a posição deste agente. De facto, exige-se, no artigo 377º “uma utilização indevida das faculdades inerentes ao cargo para fins que, não só se encontram fora das respectivas atribuições legais, mas sobretudo *assumem natureza particular ou privada*.”⁵⁵ Ora, esta contra-parte não utiliza, em momento algum, pelo menos à partida, as suas faculdades indevidamente, enquanto representante de uma qualquer pessoa colectiva, por exemplo. Nem tão pouco se prevê que o fizesse de outra forma que não a dirigida a fins de natureza privada.

De tudo quanto foi exposto quanto ao caso do nº1 do artigo 377º, resulta o nosso entendimento de que este agente, que figura como contra-parte no negócio jurídico, não poderá ser punido como co-autor material do crime em causa.

⁵⁴ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 727

⁵⁵ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º n.º1, do Código Penal*, p. 380.

Isto porque, para além de não se preencher, com a sua conduta, o tipo objectivo da participação económica, apesar do preenchimento relativo ao facto de estarmos perante crime de intenção, já que também age com uma intenção lucrativa, esta contra-parte não lesa, com a sua acção, interesses que lhe cabia proteger.

Uma questão não menos relevante a este propósito prende-se com a necessidade de distinguir duas situações aquando da celebração deste negócio jurídico. São elas a circunstância de a contra-parte saber e ter consciência, ou não, de que estão a ser verdadeiramente lesados com tal negócio interesses patrimoniais da Administração. A dúvida surgirá no caso de a contra-parte saber que haverá lesão desses interesses, colocando-se aí a seguinte questão: deverá este sujeito ser criminalmente responsável? A dificuldade persiste, pois, a nosso ver, mesmo que o último tenha conhecimento da prejudicialidade do negócio para os interesses da Administração, tal circunstância não irá condicionar os interesses que o motivam, já que, mais uma vez, não é a ele que cabe zelar pelo cumprimento das regras inerentes ao cargo que exerce, num âmbito de serviço público, mas antes ao funcionário. É a este que incumbem deveres de conduta que, ao serem desrespeitados, terão consequências penais. Daí que, em nossa opinião, nem mesmo neste caso deverá haver criminalização da conduta da referida contra-parte. Não nos esqueçamos, aliás, que o crime de “participação económica em negócio” integra o capítulo dos crimes cometidos no exercício de funções públicas. Ora, claro está que só o funcionário actua aqui no exercício dessas funções, daqui que não faça sentido criminalizar-se a conduta de um outro agente movido, não por interesses públicos, mas particulares e privados, já que só esses lhe são exigíveis de acordo com a função que eventualmente exerça. Para além disso, até que ponto não sentiriam estes privados receio de negociar com entidades públicas, por poderem incorrer num crime como este? Mais, até que ponto não sairiam as restantes entidades públicas também elas prejudicadas pelo comportamento destes funcionários públicos, que acabam, inevitavelmente, por denegrir a imagem do Estado perante estes privados?

Todas estas questões nos conduzem à conclusão de que, no caso do nº1 do artigo 377º do Código Penal, o agente que negocia com o funcionário público não deverá ser punido como co-autor material do crime em causa, mesmo que tente exercer qualquer tipo de influência junto do segundo, uma vez que o primeiro estará sempre motivado por interesses privados, visando única e exclusivamente o lucro.

Passando para a análise (conjunta) do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 377.º do Código Penal, lembre-se que, aqui, o que temos é determinado sujeito que dá ao funcionário público uma vantagem patrimonial, como contra-partida de *acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização* (n.º2) ou *cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer* (n.º3). O funcionário pratica actos, não necessária e/ou directamente prejudiciais à Administração Pública, motivado pela recompensa que auferirá por parte do referido sujeito. Há que saber, então, se o último deve ser responsabilizado por conceder tal benefício económico ao funcionário público, vantagem essa essencial para que o crime esteja preenchido.

Apesar de este agente não agir no âmbito de interesses públicos e de se criminalizar, nestes dois números do artigo 377.º, a conduta de quem recebe vantagem e não de quem a concede, a verdade é que, a nosso ver, seria quase chocante ignorar a acção de quem dá a um funcionário público determinada vantagem patrimonial, sabendo que esse comportamento não corresponde ao esperado ou considerado como normal aquando de relações com a Administração. Contudo, eis que surgem as dificuldades a respeito deste crime, no caso concreto dos n.ºs 2 e 3 do preceito em causa, uma vez que não se afigura possível incriminar um agente e a sua conduta, quando a mesma não preencha o tipo objectivo do crime. Na verdade, há aqui uma clara semelhança com o disposto no artigo 374.º do Código Penal, relativo ao crime de corrupção activa, daí que se tenha reservado, no final da presente tese, uma parte relativa precisamente a esta questão. De facto, para que estejamos perante co-autoria, tem de haver participação directa na execução do crime. Ora, de que forma toma este agente parte directa na execução da participação económica? Entendemos que, para que haja participação económica, nestes n.ºs 2 e 3, é essencial que a vantagem patrimonial seja efectivamente auferida pelo funcionário, sendo que, para tal, o agente referido terá que lha conceder, daí que a sua participação seja essencial para que haja crime. Mais significativa é, a nosso ver, a participação do agente nestes dois números que no n.º1 do artigo de que nos ocupamos, já que, aqui, o referido agente contribui directamente para a violação do bem jurídico, oferecendo a um funcionário público um benefício económico que não lhe é devido, não se limitando a negociar com ele, como o faz a contra-parte do n.º1.

Porém, não podemos ignorar o facto de não estar preenchido o tipo objectivo do crime de participação económica com a conduta deste agente, punindo-o, sem mais, com base em juízos de carácter moral. Como sabemos, não há crime sem lei. E, se assim é, remeta-se esta questão para a parte acima referida relativa à relação deste crime com a corrupção (passiva e activa).

Atendendo a tudo quanto foi exposto, determine-se o crime de “participação económica em negócio” como monosubjectivo, uma vez que, da lei, resulta a prática do crime pelo funcionário público, ou seja, por um único agente. Porém, afirma-se a presença e participação de outros agentes, que actuam e cooperam com o funcionário. Refiram-se, no entanto, as divergências que existem a este respeito, aquando da sua classificação como crime de participação necessária imprópria e como crime de comparticipação eventual, respectivamente por parte de Jorge de Figueiredo Dias e Conceição Ferreira da Cunha.⁵⁶ Entendemos que é de seguir a posição do Professor Figueiredo Dias, uma vez que só há tipicidade quanto ao comportamento do funcionário público, apesar da necessidade de contributo dos restantes para que o crime se concretize.⁵⁷

Uma das questões que gera mais controvérsia em torno da matéria da comparticipação no crime de “participação económica em negócio” traduz-se na aplicação do artigo 28º do Código Penal ao mesmo crime. No fundo, trata-se de saber até que ponto aqueles que, como comparticipantes, mas não detentores da qualidade de funcionário público, poderão ser, também eles, criminalmente responsabilizados. Há que enquadrar a problemática, expondo-se, em seguida, tudo quanto releve a respeito do artigo 28º, por forma a estabelecer a nossa posição relativamente à sua relação com o artigo 377º.

O artigo 28º do Código trata dos crimes específicos, da extensão da responsabilidade pela sua prática àqueles que não detêm a qualidade (ou relação especial) que é pelos mesmos exigida.

⁵⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 897; CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 732.

⁵⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 69: “em certos casos, a consumação do crime exige a realização de contributos de vários comparticipantes para o facto, mas a tutela penal do bem jurídico só se dirige a alguns desses comparticipantes, sendo atípica a conduta dos outros.” É precisamente o que se passa no crime em análise, uma vez que os restantes intervenientes não preenchem, com o seu comportamento, o tipo objectivo, já que no artigo 377º se pune quem recebe determinada vantagem patrimonial, mas não quem a concede.

Sob a epígrafe *ilicitude na comparticipação*, trata-se aqui de “regular a ilicitude na comparticipação nos casos em que esta ilicitude (ou o seu grau) está dependente da existência de certas “qualidades ou relações especiais”⁵⁸. No fundo, o artigo 28º do Código Penal vem esclarecer casos duvidosos, em que a articulação entre os artigos 26º e 27º e determinados tipos da Parte Especial gerava dificuldades, chegando-se inclusivamente a situações de verdadeira impunidade, relativamente aos agentes que seriam descriminalizados por não possuírem a qualidade especial prevista e exigida nesses crimes. De facto, como nos diz Cavaleiro de Ferreira: “A questão mais importante aparece-nos nos crimes qualificados que exigem no seu autor uma determinada qualidade, a qual lhe dá uma posição especial no conflito de interesses em que se resolve o crime.”⁵⁹

No artigo 28º, “o legislador deixa, em princípio, cair o requisito da titularidade daquela qualidade ou relação especial exigida pelo tipo, e basta-se, para punir como autor, com o domínio do facto por parte do agente, ou seja, com o critério geral estabelecido no artigo 26.º.”⁶⁰

Do nº1 do artigo 28º do Código Penal resulta que *se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora.*

O agente que detém a qualidade referida denomina-se de *intraneus*, enquanto todo quanto a não detiver será chamado de *extraneus*. Assim, aquando de comparticipação criminosa, se do tipo objectivo do crime em causa dependerem determinadas qualidades pessoais, basta que um dos agentes possua a mesma qualidade para que todos os demais sejam responsabilizados nos mesmos termos, portanto como se também eles a detivessem.⁶¹

⁵⁸ HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A Comparticipação nos Crimes Especiais no Código Penal*, I, p. 94. Mais: “O artigo 28º tem por epígrafe “Ilicitude na comparticipação”, mas o seu âmbito é mais restrito (...) Daqui resulta a necessidade de se proceder a uma delimitação deste conceito para se poderem traçar os limites do campo de aplicação do artigo 28º do Código Penal, para determinar, em especial, se esta norma é aplicável aos casos de comparticipação em crimes especiais.”

⁵⁹ MANUEL GONÇALVES CAVALEIRO DE FERREIRA, *Da Participação Criminosa, Dissertação de Doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, p. 121. De referir ainda a este propósito: “Autor só poderá ser, então, aquele que pertencer à categoria de pessoas a que a lei se refere (...) O co-autor, portanto, necessita igualmente de revestir a qualidade pessoal exigida pela lei”, p. 122.

⁶⁰ SUSANA AIRES DE SOUSA, *A Autoria nos Crimes Específicos: algumas considerações sobre o artigo 28º do Código Penal*, p. 355.

⁶¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 352 e 353.

Eis que podem surgir vários casos no plano do artigo 28º. Desde logo podemos deparar-nos com a possibilidade de o autor mediato ser *extraneus*, executando o facto por intermédio do *intraneus*. Aí, operarão em conjunto os artigos 26º e 28º do Código Penal. Há também o caso da acção conjunta de vários participantes, sendo alguns deles *extranei* e outros *intranei*.⁶² Também aqui são de aplicar os artigos 26º e 28º, assim como no exemplo de um instigador *extraneus*, que dolosamente motiva o *intraneus* a praticar o crime, sendo que “quem tem o domínio do facto é o instigador, que por isso é autor, mas o instigador tem de ser a causa necessária da decisão do instigado em cometer o crime.”⁶³ Quanto à aplicação conjunta dos artigos 27º e 28º do Código Penal, podemos deparar-nos com o caso de um cúmplice *extraneus*, que auxilia material ou moralmente o *intraneus* a cometer o crime. De referir: “O critério mínimo para assegurar da existência de cumplicidade é o de que, com ela, o facto do autor há-de ter sido, ao menos, *facilitado*.”⁶⁴ Assim, o cúmplice facilita a acção do autor imediato, no caso *intraneus*.

Assim, o artigo 28º do Código Penal actua em conjunto com os artigos 26º e 27º, na medida em que estes são insuficientes aquando de comparticipação criminosa em crimes que exigem certa qualidade pessoal para preenchimento do tipo objectivo. Relativamente aos casos de comparticipação em que todos os agentes são *intranei*, apenas actuarão os artigos 26º e 27º, respectivamente, para autoria e cumplicidade.

Porém, há que atender à parte final do artigo 28º nº1: *excepto de outra for a intenção da norma incriminadora*. Esta excepção à regra da primeira parte do nº1 está a reportar-se aos chamados crimes de “mão própria”, que podem ser definidos como “aqueles cuja definição legal torna impensáveis em qualquer forma de autoria que não seja directa, imediata, material, dado que a acção descrita só é susceptível de ser praticada por “mão própria”, isto é, com o próprio corpo.”⁶⁵

⁶² TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente Comparticipando – o âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal*, p. 11: “Situações de coautoria em que só um (só alguns) dos coautores tenha(m) as qualidades ou relações especiais exigidas no tipo específico próprio ou impróprio”.

⁶³ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 365.

⁶⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Sumários e notas das Lições do Prof. Doutor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ao 1º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, p. 84. Deve, neste âmbito, fazer-se referência à seguinte citação: “O agente a quem o cúmplice aconselha ou instiga não pode ser outro senão o autor material.”, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Da Participação Criminosa, Dissertação de Doutoramento em Ciências Histórico-Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, p. 240.

⁶⁵ TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente Comparticipando – o âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal*, p. 55

Os crimes de “mão própria” representam assim, pelo menos à partida, uma excepção à comunicabilidade das qualidades ou relações especiais ao *extraneus*, precisamente na medida em que só poderão estes crimes ser cometidos pelo próprio, pela sua mão.

No entanto, este entendimento altamente restritivo da parte final do n.º1 do artigo 28.º do Código Penal não é unânime, havendo efectivamente quem defenda um possível alargamento do âmbito de aplicação desta excepção à transmissibilidade. Germano Marques da Silva afirma: “tudo será, pois, questão de interpretação das normas em concreto.”⁶⁶ Ou seja, não estarão unicamente em causa crimes de “mão própria” nesta última parte do n.º1, mas antes estes e outros que, também eles, pressuponham impedimento de comunicabilidade das qualidades ou relações especiais do agente do crime. Para além disso, podendo, de facto, haver comparticipação criminosa nos crimes de “mão própria”, é de admitir igualmente a transmissibilidade das qualidades aos *extranei*.⁶⁷

Quanto ao n.º2 do artigo 28.º do Código Penal, que determina que *sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos participantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não interviesse*, trata-se de “uma nota de flexibilidade na aplicação do artigo 28.º”.⁶⁸ No fundo, ao *extraneus* poderá ser-lhe aplicada a pena que operaria se a comunicação do n.º1 do artigo 28.º não tivesse ocorrido.

Aqui chegados, há que saber em que medida poderá o crime de “participação económica em negócio” compreender, perante comparticipação criminosa, possibilidade de comunicação da qualidade de funcionário público aos participantes *extranei*. Isto sabendo que estamos perante crime específico, operando a distinção já conhecida entre o n.º1 e os n.ºs 2 e 3 (crime específico impróprio e próprio, respectivamente).

⁶⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 353.

⁶⁷ SUSANA AIRES DE SOUSA: “temos para nós que a parte final do n.º1 do artigo 28.º não só não se encontra limitada a crimes de mão própria, como não exclui liminarmente estes crimes do âmbito de aplicação do regime previsto no n.º1.”, *A Autoria nos Crimes Específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, p. 360.

⁶⁸ SUSANA AIRES DE SOUSA, *A Autoria nos Crimes Específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, p. 363. Refira-se a este respeito: “Daí que será justo (...) considerar como circunstância atenuante a qualidade de *extraneus* de qualquer autor. Ora, o n.º2 do art. 28.º do Código Penal de 1982 não se refere em particular a esta hipótese, porque parece limitar a aplicação do preceito aos casos em que a igualdade de pena para todos os agentes, prevista no n.º1 do art. 28.º, venha agravar a pena que a qualquer agente caberia se o n.º1 não impusesse, em abstracto, a igualdade da punição.”, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, p. 334

O facto de estarmos perante crime cometido por funcionário público é determinante para fundamentar a sua própria ilicitude e grau de ilicitude.⁶⁹ Concretamente, trata-se de funcionário que tem a seu cargo, por força da função que desempenha, interesses que lhe cumpre administrar, fiscalizar, defender ou realizar (artigo 377º nº1 e nº2) ou cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que lhe cumpre ordenar ou fazer (artigo 377º nº3).

Assim, está cumprida a previsão da primeira parte do nº1 do artigo 28º do Código Penal, de acordo com a qual a ilicitude (nºs 2 e 3 do artigo 377º) ou o grau de ilicitude (nº1 do artigo 377º) do facto dependem de certa qualidade pessoal do agente (no caso, a de funcionário público). Em nossa opinião, não se aplica a parte final do nº1 do artigo 28º, não sendo portanto a participação económica um crime de “mão própria”.⁷⁰

Aos *extranei* ser-lhes-á comunicada a qualidade pessoal de funcionário público, presente no artigo 377º do Código Penal, pelo facto de bastar que um dos participantes a detenha, no caso, o próprio funcionário público.⁷¹ Não basta, porém, que essa qualidade esteja presente num dos agentes. É essencial que o *extraneus* ou os *extranei* tenham pleno conhecimento de tal qualidade. No fundo, sem que os restantes saibam que estão perante funcionário público ao celebrarem com ele negócio jurídico (artigo 377º nº1) ou ao lhe oferecerem certa vantagem patrimonial (artigo 377º nº2 e nº3) a transmissibilidade descrita no artigo 28º nº1 1.ª parte não terá lugar.⁷²

⁶⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º n.º1, do Código Penal*, p. 382: “Mas que espécie de ilicitude se tem aqui em mente? Logo a uma primeira abordagem se afigura que tal ilicitude, exigida como pressuposto do delito, há-de reportar-se à própria conduta do agente enquanto acto de um funcionário público”.

⁷⁰ Em sentido contrário vem JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 33 e 34: “o crime de participação económica em negócio é (...) crime de natureza compósita, decorrente da circunstância de estar em causa um *crime próprio*, em rigor de *mão própria*, pois só pode ser praticado por quem tiver uma determinada qualidade pessoal, no caso a de funcionário no sentido jurídico-penal ou seja, em sentido amplo”.

⁷¹ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, I*, p. 357: “segundo o artigo 28.º, a identidade do facto objecto da participação não é afectada pela não verificação de qualidades ou relações especiais (elementos pessoais) em todos os agentes, bastando que se verifique relativamente a um dos agentes.”

⁷² TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente Comparticipando – o âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal*, p. 6: “Basta, diz o Código, que um dos participantes detenha essa qualidade ou relação especial, para que todos se tornem susceptíveis de lhes ser aplicada a pena imposta a quem tem essa característica. É evidente que é para tal necessário que isso seja *conhecido* de todos os outros.” JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, no entanto, não segue este entendimento: “seguramente haverá quem pense que a participação é punível nos termos gerais, com extensão aos *extraneus* (...) ao constatar que as qualidades têm de se verificar também no participante – e não ocorrer o mero conhecimento por eles de que o outro com quem agiu é funcionário – não posso acompanhar tal perspectiva das coisas.” *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 52

Outra questão altamente pertinente prende-se com a necessidade, a nosso ver, de que o autor imediato do crime de participação económica seja o *intraneus*. Tal implica que os *extranei* sejam autores mediatos, instigadores ou cúmplices.⁷³ Desde logo, é o funcionário público que lesa directamente o negócio jurídico, que recebe a vantagem patrimonial indevida. Mas nada impede que o *extraneus* execute o facto por intermédio do *intraneus*⁷⁴, ou o determine à prática do crime⁷⁵, ou ainda o auxilie moral ou materialmente⁷⁶. Há ainda a possibilidade de co-autoria, em que todos (*intraneus* e *extraneus* ou *extranei*) tomam parte directa na execução do crime, através da junção de esforços e divisão de tarefas nesse sentido.

José António Barreiros afirma, nesta matéria, a existência de três possíveis casos de comparticipação no crime de participação económica: “ (i) a cooperação de não funcionário no acto do funcionário, através da prática de actos executivos típicos de crime (ii) o mero benefício advindo para terceiro da conduta do funcionário, não tendo praticado o não funcionário actos executivos do crime, mas sabendo que são efectivados para que ele obtenha a vantagem (iii) a actuação omissiva do funcionário possibilitar a acção do não funcionário.”⁷⁷

⁷³ EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, Tomo II*, p. 250: “certo que quem não possui as qualidades que a lei descreve como típicas de certo crime não pode ser, quando actue sozinho, seu autor – mas já nada obsta a que ele possa ser tido como seu autor mediato”. Refira-se também a este respeito: “um *intraneus* dificilmente poder surgir como um mero participante (instigador ou cúmplice)”; “Mas, em rigor, não poderemos falar aqui de comunicação de qualidades de um participante *intraneus* para um autor *extraneus*, pois o funcionário não surge como participante mas sim como autor. (...) Repare-se que se o *extraneus* não possui a qualidade não preenche o tipo e, por outro lado, o instigador *intraneus* não pode como tal ser punido, por inexistência de um autor.” TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente Comparticipando – o âmbito de aplicação do art. 28º do Código Penal*, p.30 e 32.

⁷⁴ Imagine-se o caso de um agente representante de certa empresa de estudos de impacte ambiental que engana um funcionário público quanto às consequências ambientais da construção de certa auto-estrada, portanto convencendo-o de que a celebração do negócio com a empresa de construção lhe trará numerosas vantagens, não querendo, no entanto, o funcionário, lesar os interesses que ele próprio defende com o negócio jurídico celebrado.

⁷⁵ Determinado agente manipula dolosamente o *intraneus*, funcionário público, pressionando-o no sentido da celebração de negócio jurídico, tendo o primeiro alterado e falseado certos pontos determinantes das negociações, bem sabendo o *extraneus* que tal negócio será prejudicial para a Administração.

⁷⁶ Pense-se no caso em que o *extraneus* facilita o processo de recebimento da vantagem patrimonial por parte do funcionário público, auxiliando-o materialmente nesse sentido, mediante a criação de uma conta *offshore*, por exemplo.

⁷⁷ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 52 e 53. Mais se refira no seguimento da exposição acima transcrita: “Na primeira e na segunda modalidade estaremos ante comparticipação por co-autoria, na sua concepção extensa, nos termos do artigo 26º do Código, em que a conduta do não funcionário é punível a ser-lhe aplicado o artigo 28º do Código Penal; no terceiro caso opino no sentido de autoria singular do não funcionário, punível como participação económica nos termos do artigo 28º, sendo a omissão do funcionário punível por igual a título do mesmo crime, nos termos do artigo 10º daquele diploma.” Não deixa de ser interessante esta terceira hipótese relativa à omissão do funcionário público.

Entendemos, atendendo a tudo quanto foi exposto, que o artigo 28º nº1 primeira parte do Código Penal estende aos participantes *extranei* a qualidade de funcionário público descrita no artigo 377º, para que também eles sejam punidos pela prática do crime de “Participação Económica em Negócio”.

No entanto, não pode deixar de referir-se o artigo 29º do Código Penal, pertinente para efeitos de preenchimento do tipo subjectivo de ilícito, preenchido que está o tipo objectivo. Vem o artigo 29º estabelecer que *cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes*. Ou seja, a culpa de cada participante é analisada individualmente.⁷⁸

Podemos, portanto, afirmar a não comunicabilidade da culpa na participação. Daí que algum ou alguns participantes possam inclusivamente não ser punidos, por força deste preceito. Como nos diz Germano Marques da Silva, é a participação de cada agente que é criminosa, atendendo precisamente à culpa de cada um.⁷⁹

Transpondo a questão para o artigo 377º do Código Penal, ao passo que no nº1 se exige dolo específico, traduzido na *intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita*, nos nºs 2 e 3 basta o preenchimento de dolo eventual. Assim, cada participante, no âmbito do nº1 do artigo 377º e do artigo 29º do Código Penal, será punido se agir com dolo específico, com a referida intenção. Em casos de co-autoria, a regra, à partida, será a de que tanto *intraneus* como *extraneus* ou *extranei* ajam com intenção de obtenção de participação económica, mas perante situação em que o *extraneus* é instigador, por exemplo, este agirá tendencialmente com dolo específico, ao passo que o *intraneus* poderá, no limite, não ser punido pela prática do crime. Já quanto aos nºs 2 e 3 do artigo 377º, os participantes serão punidos se, individualmente, se agirem com dolo eventual.

Em suma, a participação no crime de “Participação Económica em Negócio” dependerá sempre da actuação de cada *intraneus* e *extraneus* para a execução do crime.

⁷⁸ HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A Participação nos Crimes Especiais no Código Penal*, I, p. 136.

⁷⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Teoria do Crime*, p. 348: “Assim, a participação caracteriza-se pela confluência das acções de todos os participantes na realização do mesmo facto, independentemente da identidade da culpa de todos os participantes. Não é, pois, a participação que é criminosa, mas antes a participação de cada agente inserida na participação de todos os agentes.”

3.1 Decisões Jurisprudenciais

Entendemos como essencial a inclusão no presente trabalho de um ponto relativo à jurisprudência nacional que tem surgido nos últimos anos em matéria de comparticipação na participação económica.

Comece-se pela análise do Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3 de Dezembro de 2008⁸⁰. Estava em causa a prática dos crimes de peculato e participação económica em negócio, devendo, futuramente, analisar-se unicamente as questões que se prendam com o segundo crime. Ainda que este acórdão não retrate um caso de comparticipação, ele é essencial na concretização do crime de participação económica, do que ele representa e implica.

Dos factos provados pelo tribunal recorrido retiramos que, no decorrer de uma venda de bens penhorados, foi nomeada uma certa agência para o efeito, portanto responsável pela venda, da qual o arguido era gerente. A sociedade anónima compradora dos bens penhorados emitiu cheque à ordem da agência representada pelo arguido, cheque esse que o último depositou em determinada conta bancária, cujos titulares eram o próprio e o seu filho. A questão prende-se com o facto de o arguido ter agido com a intenção de adquirir os bens relativamente aos quais a agência que representava tinha a responsabilidade da venda, através da posterior venda à sociedade compradora (L) por parte de uma terceira sociedade (E), da qual o arguido era igualmente sócio. Nas palavras do tribunal: “Sabia que aquela quantia se destinava ao pagamento dos bens penhorados (...) e que tal quantia tinha que ser depositada à ordem do Tribunal.”; “o arguido (...) no âmbito de um processo jurisdicional de natureza executiva, desempenhava actos e funções de natureza e interesse eminentemente públicos (...) estando plenamente consciente dos deveres inerentes à sua função.” Mais: “O arguido (...) pretendia que a sociedade “E...” que igualmente representava adquirisse os bens por valor inferior ao que lhe fora proposto, vendendo-os seguidamente à “L...”, ficando esta, e o próprio arguido, através dela, com o respectivo lucro”; “o arguido omitiu no processo executivo o valor mais elevado obtido para venda dos bens penhorados”. “Pretendia, desta forma (...) um benefício económico que não lhe era devido”.

⁸⁰ Processo 159/00.7JAGR.D.C2, in www.dgsi.pt

Havendo, portanto, efectiva prática do crime de participação económica, veio a Relação, nesse sentido, determinar que este é “um crime qualificado de infidelidade, lesando o funcionário, em violação dos deveres de imparcialidade e isenção do cargo, os interesses patrimoniais que lhe estão confiados”. Confirma-se aqui o bem jurídico “interesses patrimoniais” como o verdadeiramente tutelado pelo presente crime. Mais afirmou a Relação de Coimbra: “funcionário que é infiel ao seu cargo, aproveitando-se dele para obter ou proporcionar uma vantagem patrimonial em prejuízo dos interesses por que lhe cumpre zelar.” Por fim, no que à intenção do agente respeita com a celebração do negócio jurídico: “a participação tem em vista a obtenção de determinada posição ou vantagem por efeito, indevido, do negócio efectuado no exercício do cargo.”

Passemos agora para a análise do primeiro acórdão relativo à comparticipação na participação económica.⁸¹

Acusado o arguido pelo Ministério Público, o Juiz de Instrução Criminal pronunciou o primeiro pelo crime de participação económica em negócio, entre outros que, para o efeito, não serão referidos. De referir que A (nome fictício), arguido, à data da prática dos factos, desempenhava funções a nível camarário. Assim, incorreu no respectivo crime, previsto, não no Código Penal, mas antes na Lei nº34/87 (artigos 3º nº1 e 23º). É este um caso de comparticipação na medida em que, ao lado do arguido (A), também B (nome igualmente fictício) agiu ilicitamente, como co-autor material do crime previsto e punido pelo artigo 377º do Código Penal.

A, atendendo às funções que desempenhava, atribuiu a um município em Cabo Verde, visivelmente desfavorecido, bens materiais, além de “verbas e equipamentos”. Daí surgiu a doação de um terreno situado na mesma zona, para que A pudesse aí construir uma moradia.

Determinou o tribunal que, perante a doação referida, “bem sabendo que tal não lhe era lícito (...) o arguido (...), por força das suas funções e em claro abuso das mesmas, obteve para si próprio um benefício ilegítimo.”

Quanto à relação entre A e B, sucede que, entre os dois, foi celebrado um contrato que se traduziu em sucessivos pagamentos a B com dinheiro público e suposta e consequente lesão patrimonial dos interesses que a A cumpria defender.

⁸¹ Processo Comum Colectivo nº 712/00.9 JFLSB.

Nas palavras do tribunal: “A celebração deste contrato visou apenas remunerar o arguido B, através dos cofres da (...), por serviços a prestar, a título pessoal, ao arguido A, já que daquela não resultaria a prestação de qualquer um dos serviços constantes do próprio contrato.” Afirmou ainda que “o tipo legal do crime em causa pressupõe uma infidelidade do agente ao cargo que exerce”, infidelidade essa relativa aos constantes pagamentos efectuados a favor de B.

O crime de participação económica em negócio está aqui presente na medida em que, atendendo à letra do nº1 do artigo 377º do Código Penal, havia susceptibilidade de lesão dos interesses patrimoniais que ao titular do cargo político, A, cumpria “administrar, fiscalizar, defender ou realizar”, por força do negócio jurídico celebrado entre A e B.

No que à fundamentação de Direito respeita, determinou-se “a imputação a título de co-autoria e na forma consumada aos arguidos A e B” do crime de participação económica em negócio, previsto nos artigos 3º nº1 i) e 23º nº1 da Lei nº34/87, de 16 de Julho, relativa aos crimes da responsabilidade de titulares de cargos políticos. Refira-se que, no entender do tribunal, não tem o agente de auferir uma vantagem, mas exige-se efectiva intenção de obtenção da mesma, de tal forma que, com isso, “produza uma lesão, um dano patrimonial de interesse público que lhe competisse zelar.”

Um ponto relevante neste acórdão prendeu-se com a alegação de B no sentido de que, por não ser detentor de cargo político, não lhe poderia ser feita a respectiva imputação. Apesar de, à luz da Lei nº34/87, F não poder, de facto, ser considerado titular de cargo no meio político, a verdade é que, mais uma vez, a questão releva para efeitos de comparticipação. Neste acórdão foi, por sua vez, referido acórdão da Relação do Porto, de 17 de Março de 2004, no qual estava em causa crime de atestado falso. No entanto, este releva na medida em que estaria igualmente a ser levantada questão relativa à comparticipação. A Relação remeteu para o Professor Salinas Monteiro (“A Comparticipação em Crimes Especiais no Código Penal, cit. p. 149): “todos estão de acordo em considerar que o cúmplice e o instigador *extranei* devem ser punidos pelo crime especial se o executor for um *intraneus*.”

Voltando ao presente acórdão, afirma-se que as “qualidades ou relações pessoais” que nada tenham a ver com a ilicitude não integram o campo de aplicação do artigo 28º do Código Penal. No caso, o agente *intraneus* é A. Logo, a B, co-arguido, aplica-se o 28º nº1. A decisão final traduziu-se na absolvição dos arguidos, A e B, do crime de participação económica em negócio, por não se ter conseguido provar que a entidade

pública onde A desempenhava cargo político sofreu o dano exigido pelo tipo, no caso, o prejuízo patrimonial, como se lê do artigo 377º n.º1.

Segue-se o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de Maio de 2014.⁸² O processo teve entrada na 1.ª Instância, tendo os arguidos B e C (filha de B) sido condenados, entre outros, pelo crime de participação económica em negócio. Estes recorreram da decisão conjuntamente, sustentando, desde logo, que C não poderia ser condenada pelo crime do artigo 377º do Código Penal, na medida em que não era funcionária pública. Tendo sido, em sede de recurso, apresentados vários argumentos pelos arguidos, veio o Ministério Público (MP) responder ao mesmo recurso, concluindo que “no crime de participação económica em negócio, por coautoria com o funcionário, pode obter-se uma vantagem ilícita ou tendencialmente não devida, não dependendo esse coautor de funções administrativas, de chefe ou de representação. Tal vantagem poder-se-á bastar tão só na obtenção de benefícios ou contrapartidas que advierem em circunstâncias de algum favor ou favoritismo que na normalidade das coisas certamente não ocorreria.” Atenda-se à referência que o Ministério Público faz a “cargo ou posto de trabalho criado a preceito ou de favor”. De facto, o MP afirmou que a contratação de C, filha de B, em nada beneficiou, mas antes prejudicou a instituição em causa (A, uma IPSS, instituição particular de solidariedade social), chegando aliás a falar em “vencimentos desnecessários”, geradores por isso de “prejuízos para a instituição”. Por fim, determinou o MP que “a arguida se tornou coautora na execução do facto ilícito daquele, não obstante não ter a qualidade de funcionária.” Daí que tenha sido pedida a manutenção da decisão recorrida.

Passam a expor-se os factos dados como provados pela Relação, portanto os mais relevantes para efeitos da problemática em causa.

Assim: “o arguido B, através de várias decisões ou actos de gestão por si tomadas, em conformidade com aquele desígnio, teve como único intuito o seu próprio benefício ou o dos seus familiares, no caso concreto dos seus filhos (...) bem sabendo, no entanto, que a sua actuação causava prejuízos à instituição que presidia.” C, filha de B, foi nomeada pelo último, em 2002, “para exercer o cargo de directora técnica da instituição (...) sem que a mesma tivesse formação académica adequada para desempenhar tais funções, não as tendo efectivamente desempenhado nos termos em que foi nomeada.”

⁸² Processo n.º 287/07.8TAGVA.C1

Para além disso, atendendo ao facto de A se situar na Guarda, C, apesar de contratada para aí desempenhar funções, trabalhava e residia, na verdade, em Lisboa.

B decidiu, posteriormente, contratar a filha “como relações públicas de A (a IPSS), com o único intuito de assegurar um salário mensal a pagar pela instituição à sua filha, bem sabendo que não existia qualquer necessidade de contratar uma relações públicas para a instituição e que, ao actuar dessa forma, lesava os interesses da instituição, causando-lhe prejuízos patrimoniais. Apenas actuando com o objectivo de obter um benefício ilegítimo, o salário mensal, para a sua filha.”

Há crime de participação económica na medida em que o arguido agiu com base nas funções que desempenhava na IPSS: “Aproveitando-se assim o arguido B das funções em que se encontrava investido e dos poderes que possuía enquanto presidente da direcção para assim obter benefícios patrimoniais para si e para os seus familiares, bem como para aceder aos referidos montantes e para destes dispor em seu proveito próprio e de terceiros, dando-lhes um uso para o qual não estava autorizado.” Está portanto aqui descrita a conduta ilícita constante do nº1 do artigo 377º do Código Penal. No que à filha de B respeita, determinou o tribunal que “Da mesma forma que a arguida C queria e sabia que, ao actuar da forma supra descrita, designadamente ao efectuar um contrato de trabalho para exercício do cargo de relações públicas com o seu pai, enquanto presidente da direcção do A, tinha intenção de obter para si um benefício ilegítimo, e que lesava os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, incumbiam ao seu pai, enquanto titular de tal cargo, administrar, fiscalizar, defender ou realizar.”

Quanto à contratação de C como relações públicas, o acórdão afirma a manifesta desnecessidade de uma relações públicas na IPSS (A): “o que necessariamente causou uma lesão patrimonial à instituição.”

A Relação achou por bem referir partes do acórdão recorrido no que respeita à participação económica em negócio. Assim: a arguida C foi contratada como relações públicas aquando de “intervenção da Segurança Social”, sendo que tal cargo era absolutamente desnecessário, lesando por isso os interesses da IPSS. Quanto ao pai de C, sustentou o tribunal: “actuou o arguido com o objectivo de obter um benefício ilegítimo, o salário mensal para a sua filha, complementar ao vencimento que esta já auferia”. A 1.^a instância afirmou a existência de participação económica pelo facto de B ter agido com o objectivo de obter benefício económico para a própria filha, “em virtude da desnecessidade do cargo imputou em lesão patrimonial para o A equivalente ao montante

total de salários pagos à arguida C (...) O crime em análise consumou-se com a contratação da arguida.”

Tratando-se de crime específico impróprio, pois está em causa a conduta descrita no nº1 do artigo 377º do Código Penal, vale, a propósito da responsabilidade da arguida C (“coautora na execução do facto”), o artigo 28º nº1.

O agente *intraneus*, B, funcionário público, lesou, com a sua conduta (no caso a contratação da filha, C), os interesses patrimoniais da IPSS que lhe cumpria defender em razão do cargo que aí ocupava. Assim, por força do artigo 28º, C, *extraneus*, recebe a qualidade de funcionária pública e é, também ela, condenada pela prática do crime de participação económica em negócio.

A decisão da Relação traduziu-se, atendendo a tudo quanto foi exposto, na confirmação da decisão da 1.ª Instância, tendo, portanto, os recursos interpostos pelos arguidos sido julgados improcedentes.

Terminamos a presente análise jurisprudencial com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de Junho de 2015.⁸³

Do sumário retirámos, desde logo, pontos verdadeiramente importantes para uma compreensão mais clara do crime de participação económica. Destacámos o seguinte para o efeito: “A qualidade de funcionário é comunicável, nos termos do artigo 28º nº1, aos participantes que a não possuam. O crime de participação económica tem a natureza de um crime de participação necessária imprópria, não sendo punível a contra-parte no negócio ou acto jurídico realizado pelo funcionário.”

Neste caso, a 1.ª Instância absolveu os arguidos do crime de participação económica em negócio, em co-autoria material. No seguimento da referida absolvição, o Ministério Público recorreu. Passa a expor-se então a matéria de facto dada como provada na decisão recorrida.

Antes de mais, no entanto, há que enunciar os arguidos do presente caso: D, E e F (nomes fictícios). Respectivamente, advogada; advogada e cunhada de F; titular de cargo político em determinada Câmara Municipal e cunhado de E. Refira-se ainda que D e E prestaram serviços de consultoria jurídica ao Município no qual F desempenhava funções.

⁸³ Processo nº 3443/11.0TDLSB.L1-9

O arguido F assumiu, durante quatro anos, funções de direcção numa determinada câmara municipal. Devia, por isso, “prosseguir o interesse público” e agir “em obediência à lei e ao direito”, além de estar “ainda obrigado a pedir dispensa de intervir em procedimento no qual ocorresse circunstância pela qual pudesse razoavelmente suspeitar-se da sua isenção ou da rectidão da sua conduta.”

A arguida E, por sua vez, prestou à mesma câmara municipal “serviços de consultadoria jurídica”, valendo o mesmo para a arguida D. De facto, chegados a 2008, as arguidas, confrontadas com a possibilidade de integrar, por via de contrato, o “quadro de pessoal de direito privado” do referido município, decidiram não o requerer. Na verdade, F chegou inclusivamente a propor que D e E continuassem a prestar os seus serviços sob a forma, precisamente, de contrato de prestação de serviços. No entanto, era sabido que tal contrato chegaria ao fim em Dezembro de 2008.

Eis que, em Outubro de 2008, certa casa de cultura pediu um parecer aos juristas de tal município, a propósito de um certo assunto que lhe dizia, à primeira, directamente respeito. Era necessário que os advogados fossem especializados em Propriedade Intelectual, o que não era, de todo, o caso.

Não se tendo proposto que a questão fosse tratada por outra sociedade de advogados, no caso devidamente especializada para o efeito, F acabou por “autorizar a aquisição dos serviços jurídicos referidos” à sociedade de advogados da qual E, sua cunhada, era sócia. No fundo, teria lugar um contrato entre o município e a sociedade acima referida.

Para além disso, F providenciou ainda, “em representação” da câmara municipal, pela outorgação do contrato de prestação de serviços entre a última e a sociedade de advogados, por sua vez representada pela arguida E, “cujo contrato de prestação de serviços naquele Município ainda se encontrava em vigor.”

Em Dezembro de 2009 a câmara municipal informou a arguida E de que não haveria celebração do contrato de prestação de serviços com a sociedade de advogados, com fundamento na violação do princípio da imparcialidade.

Passando para a matéria de facto provada alterada pela Relação, refira-se que, tendo em conta a impossibilidade de prolongar os contratos de prestação de serviços das arguidas com o município, isto além de Dezembro de 2008, F celebrou com as mesmas um acordo com o qual receberiam em 2009 “montantes destinados a compensar a perda de

rendimentos que adviria para ambas da cessação daqueles contratos, pretensão sem fundamento legal e como tal ilícita.”

“Assim, foi decidido pelos arguidos que, em comunhão de esforços e no prazo mais curto possível diligenciarão pela adjudicação, por ajuste directo, de serviços jurídicos à sociedade de advogados” de que E era sócia. O que a câmara municipal “viesse a pagar no âmbito dessa contratação” seria então repartido entre D e E.

Ou seja, D e E já não prestariam os seus serviços jurídicos ao município, mas o último passaria a contar com a sociedade de advogados atrás referida. Já nesses termos, o suposto serviço jurídico não teve lugar, não tendo por isso o município beneficiado do mesmo, como, na verdade, deveria.

A Relação deu ainda como provado, a propósito do crime de participação económica, que os três arguidos agiram “em conjugação de esforços” para, por um lado, “adjudicar por ajuste directo” a prestação de serviços à sociedade de advogados, sendo que, por outro lado, fazer com que a câmara municipal liquidasse “uma factura dessa sociedade no valor de 27, (...) €”, isto sem que as advogadas lhe tivessem entregado o estudo devido. Assim, “os três arguidos fizeram-no com o propósito de beneficiar indevida e patrimonialmente as duas arguidas, o que conseguiram, bem sabendo que causavam um prejuízo de montante equivalente” ao município.

A questão prende-se com o facto de o arguido ter violado “os deveres de legalidade, isenção e prossecução do interesse público a que se encontrava adstrito”. Para além disso, D e E, ao não entregarem à câmara municipal o serviço devido, mas aproveitando-se, ainda assim, dos montantes que na verdade só receberiam no caso de o estudo ter sido entregue, sabiam que assim causavam prejuízos à Câmara.

Passe-se para a decisão de Direito e respectivo enquadramento jurídico-penal. Consideramos pertinente o entendimento da Relação relativamente à intervenção do funcionário no negócio: “o funcionário não tem de ser a pessoa que celebra o negócio jurídico.” De facto, será suficiente que ele participe de forma relevante, “condicionando esse negócio, nomeadamente os seus termos.”

Veio afirmar a Relação que a participação económica é um crime de comparticipação necessária imprópria, o que significa que a contra-parte do negócio não é punida. Não obstante, opera o artigo 28º nº1 do Código Penal. O tribunal refere também a violação do princípio da imparcialidade. De facto, o arguido não demonstra qualquer consideração

pela imparcialidade que lhe era imposta como dirigente da Administração, no que respeita à adjudicação da sociedade da qual a cunhada era sócia. Mais nos diz aliás o tribunal: “um *extraneus* pode ainda ser (co)autor de um crime específico próprio ou impróprio se actuar em conjugação com um participante *intraneus*.” O primeiro tem de estar consciente da qualidade do último para que a comunicação tenha eficazmente lugar. Aqui, a arguida E era coautora *extraneus* e os arguidos D e F eram coautores *intranei*.

A Relação de Lisboa veio então revogar a decisão recorrida, concedendo por isso provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, tendo condenado os três arguidos F, D e E, respectivamente, a penas de três e de dois anos de prisão pela prática do crime de participação económica em negócio.

4. “Participação Económica em Negócio” e “Corrupção”

A decisão de reservar, na presente tese, um capítulo respeitante à relação entre a participação económica e a corrupção (activa e passiva) prende-se com o facto de entendermos ser esta uma questão altamente pertinente e da maior importância, que ilustra as dificuldades de interpretação que os n.ºs 2 e 3 do artigo 377.º do Código Penal nos colocam.

Começemos por recordar que o n.º2 do artigo 377.º pune *funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar*. Desde logo, sentimo-nos remetidos para o crime de “corrupção passiva” (artigo 373.º do Código Penal), na medida em que, no n.º2 (e n.º3) do artigo 377.º, o que há não é lesão patrimonial (n.º1 do mesmo preceito), mas antes recebimento indevido de vantagem por parte de um funcionário público, tal como vem descrito no artigo 373.º n.º1 do Código Penal: pune o funcionário público que *por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para a prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação*. No n.º2, temos a chamada “corrupção passiva” para acto lícito (*Se o acto ou omissão não foram contrários aos deveres do cargo...*).

Também na corrupção passiva temos a prática de um crime cometido no exercício de funções públicas por um funcionário, compreendido no conceito do artigo 386.º do Código Penal. Para além disso, se no n.º2 do artigo 377.º o funcionário recebe uma vantagem (patrimonial), para si próprio ou para um terceiro, é precisamente o recebimento de vantagem (patrimonial ou não patrimonial) que caracteriza a corrupção passiva. De referir igualmente a presença da infidelidade: “ao transaccionar com o cargo, o empregado público corrupto colca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados”.⁸⁴

⁸⁴ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção, breve retrospectiva histórica*, p. 93. Mais: “abusando da posição que ocupa, se “sub-roga” ou “substitui” ao Estado, invadindo a respetiva esfera de actividade. A corrupção (própria e imprópria) traduz-se, por isso, sempre numa manipulação do aparelho de Estado pelo funcionário que, assim, viola a “autonomia intencional” da Administração, ou seja, em sentido material, infringe a chamada “legalidade administrativa”.

António de Almeida Costa entende que a corrupção passiva pressupõe uma utilização indevida dos poderes que o próprio empregado público detém, além de se tratar também aqui de crime específico e de dano.⁸⁵

Passemos para a análise do artigo 374º do Código Penal, relativo ao crime de “corrupção activa”. Este releva na medida em que, se o funcionário público que cometeu o crime do artigo 377º nº2 recebeu uma vantagem patrimonial, haverá, necessariamente, responsabilidade por parte daquele que lhe concede essa mesma vantagem. Assim, diz-nos o nº1 do artigo 374º que todo aquele que, *por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro por indicação ou com conhecimento daquele, vantagem patrimonial, com o fim indicado no nº1 do artigo 373º, é punido com pena de prisão de um a cinco anos*. Há que saber que o fim, o objectivo de que aqui se fala respeita à *prática de um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo* (artigo 373º nº1).

Aqui chegados, não nos esqueçamos que estamos perante um caso de concurso de crimes, tendo, num primeiro momento, se procedido a um enquadramento dos respectivos crimes e suas semelhanças, devendo, agora, estabelecer-se a verdadeira relação entre a participação económica e a corrupção, por forma a afirmar, ou não, a existência de concurso.

Paulo Pinto de Albuquerque defende que “o crime do artigo 377º nº2 é consumido pelo crime de corrupção passiva para acto ilícito, previsto no artigo 373º nº1.”⁸⁶

Conceição Ferreira da Cunha determina, antes de mais, uma “relação de exclusão” entre a participação económica do nº1 do artigo 377º e a corrupção dos artigos 372º e 373º. No fundo, há divergência entre as condutas em confronto.⁸⁷

⁸⁵ ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção, breve retrospectiva histórica*, p. 74, 75 e 94: “a chamada corrupção “passiva” *própria* (...) consistirá na “solicitação” ou na “aceitação” de qualquer vantagem patrimonial indevida (ou da sua promessa) pelo empregado público, como contrapartida de um acto *ilícito* das suas funções.”; “a corrupção “passiva”, que reveste a natureza de crime *específico*, constitui também um crime de *dano*”.

⁸⁶ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 897.

⁸⁷ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 734 e 735: “de facto, trata-se de situações diferentes: para além de outras dissemelhanças, note-se que, enquanto nos crimes de corrupção, a vantagem (...) aparece como contrapartida de determinado comportamento (ilícito – art. 372º - ou lícito – art. 373º) e, assim, é exterior a esse comportamento, na participação económica, a vantagem é a própria participação económica, a qual é lesiva dos interesses patrimoniais confiados ao agente.”

Procede, em seguida, à real distinção entre os dois tipos de crime, não deixando de referir, no entanto, que em ambos “a vantagem é exterior ao comportamento do agente”.⁸⁸ Sucede que no artigo 377º (nºs 2 e 3), o agente age, diga-se, em conformidade, recebendo, no entanto, por efeito dessa conduta, uma vantagem indevida. Já no artigo 373º, o agente age movido pela vantagem que irá receber. Ou seja, o funcionário apenas pratica o acto porque sabe que daí decorrerá o recebimento de uma vantagem.⁸⁹

A autora lembra ainda que, no crime de corrupção passiva, a pena de prisão é superior à que consta do artigo 377º do Código Penal⁹⁰ (respectivamente, de um a oito anos e até seis meses ou, inclusivamente, pena de multa até sessenta dias) o que nos indica que tenderá a entender que, aquando de confronto e preenchimento simultâneo dos tipos de corrupção passiva e participação económica, se aplicará o tipo do artigo 373º.

José António Barreiros afirma, desde logo, o facto de “se tratar em ambos os casos de crime de avantajamento...”.⁹¹ No entanto, destaca o carácter de contrapartida que a vantagem do crime de corrupção reveste, o que o distancia do crime de participação económica, no qual a vantagem é efeito da conduta do funcionário.⁹²

⁸⁸ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 735.

⁸⁹ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 735: “nos crimes de corrupção, essencial é a relação existente entre o comportamento e a vantagem – esta é contrapartida daquele -, enquanto que nos nºs 2 e 3 do presente tipo legal, a vantagem aparece como resultado – mas não contrapartida – do comportamento do agente; ou seja, uma coisa é praticar determinada actividade – p. ex. uma cobrança – e, por efeito dessa actividade, receber uma vantagem, outra é solicitar ou aceitar uma vantagem (a qual pode nem ser patrimonial) como “condição” para praticar determinada conduta – ainda que lícita (art. 373º); digamos que nos casos da participação (art. 377º-2 e 3), o agente faz o que tinha a fazer e, por efeito da sua conduta, recebe algo que não devia receber, enquanto que nos crimes de corrupção (mesmo no de corrupção para acto lícito, o qual está mais próximo do art. 377º-2 e 3), o agente pratica algo para receber determinada vantagem...”

⁹⁰ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, p. 735: “tratando-se, assim, de uma ilicitude mais grave (cf. respectivas molduras penais e arts. 372º e 373º).”

⁹¹ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 35: “avultam as zonas de proximidade entre ambos os tipos de ilícito, o de corrupção previsto na forma activa para acto ilícito no artigo 372º, nº1 e na forma passiva para acto lícito no artigo seguinte, estando tipificada a corrupção activa no artigo 374º.” Já se referiu, anteriormente, que entre o artigo 372º (relativo ao crime de “Recebimento Indevido de Vantagem”) e o artigo 377º nº1 do Código Penal exista uma relação de exclusão. Por sua vez, quanto à relação do primeiro crime com os nºs 2 e 3 do artigo 377º, o que temos é concurso aparente, aplicando-se, aquando do confronto entre os dois tipos legais, aplicar-se o artigo 377º (nº2 ou nº3), por se tratar de ilícito mais grave. De facto, a vantagem aqui auferida é necessariamente recebida pelo funcionário, não bastando mera solicitação, como se prevê no nº1 do artigo 372º, além do carácter obrigatoriamente patrimonial que a mesma vantagem reveste, portanto ao contrário do que sucede no artigo 372º que prevê igualmente a vantagem não patrimonial.

⁹² JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 35: “Na aparência imediata das coisas a diferença específica entre o crime de que curamos e a corrupção estaria na existência neste de uma contrapartida em nome da qual o agente recebe ou solicita vantagem...”

Mais do que isso, o autor refere a chamada “lógica do *do ut des*”, presente no crime de corrupção, mas já não no crime do artigo 377º.⁹³

Em nossa opinião, aquando da prática do crime de participação económica, na modalidade do seu nº2 (ou nº3), somos desde logo confrontados com um problema de conjugação deste com o de corrupção, pois parece, de facto, haver uma certa contradição na letra da lei. Frequentemente, teremos aqui um concurso entre os dois crimes, no caso, entre o nº2 do artigo 377º e o artigo 373º do Código Penal, uma vez que, de facto, sempre serão, aparentemente, aplicáveis os dois tipos, já que, em ambos, há o recebimento indevido de uma vantagem, portanto à qual o funcionário público nunca teria, em circunstâncias normais e no exercício das suas funções, direito.

O mesmo se diga quanto à relação entre a participação económica e o crime de “Corrupção Activa”, previsto no artigo 374º. A verdade é que, apesar de existir muito pouca doutrina acerca deste outro lado da participação económica, relativo àquela parte que dá a funcionário vantagem patrimonial indevida, é igualmente pertinente relacionar o artigo 377º (nºs 2 e 3) com o disposto no artigo 374º do Código Penal, sendo que, mais uma vez, surgem dificuldades interpretativas a respeito, sobre se se deverá aplicar um ou outro tipo legal.

Concluimos assim que, nestes casos, estamos perante o chamado concurso aparente de normas, aplicando-se, numa fase inicial, aparentemente, mais do que uma norma, no caso, as do artigo 377º nº2 ou nº2 e as dos artigos 373º ou 374º, chegando-se, no final, à “*aplicação exclusiva de uma das normas, com o afastamento das demais*”.⁹⁴ Daí que, por se tratar a corrupção de crime manifestamente mais grave, não só atendendo à sua moldura penal, mas à própria conduta do agente, ela própria mais abrangente, aquando do concurso referido, sejam, no nosso entender, os agentes punidos pela prática do crime de “Corrupção” (artigo 373º ou 374º).⁹⁵

⁹³ JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, p. 36: “na corrupção o agente actua na lógica do *do ut des*, mercadeja o cargo, agindo porque recebe ou lhe prometem que receba, enquanto na participação económica em negócio age, lesionando ou não chegando a causar dano, visando um avantajamento que pode não materializar, mas que efectivamente até pode ocorrer de facto. E neste caso a diferença esbate-se por completo.” No fundo, José António Barreiros vai mais longe, portanto além da distinção que tende a ser feita entre os dois tipos de crime com base no carácter que a vantagem reveste em cada um deles.

⁹⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português I, Parte Geral, Introdução e Teoria da Lei Penal*, p. 350. Mais: “No concurso aparente há apenas a violação real de uma norma, embora o facto de enquadre aparentemente também em outras...”

⁹⁵ *Lex consumens derogat legi consumptae.*

5. Conclusão

A presente dissertação visa alertar para a crescente prática de crimes cometidos no exercício de funções públicas, como o é aquele de que nos ocupámos. Mas, mais do que isso, pretendemos demonstrar as dificuldades interpretativas que a “Participação Económica em Negócio” tem levantado, aliadas aliás à escassa jurisprudência na matéria.

A verdade é que assistimos, cada vez mais, a casos verdadeiramente mediáticos, protagonizados por pessoas que, dada a posição que ocupam, têm permitido uma maior consciencialização da gravidade do crime em causa. Essa gravidade é cada vez mais incontestável, já que estão em causa os interesses patrimoniais da Administração Pública, mas também a sua imagem e autonomia.

O nosso estudo foi essencialmente dedicado à questão da comparticipação, tendo destacado, desde logo, as diferenças entre o nº1 e os nºs 2 e 3 do artigo 377º do Código Penal a respeito. De facto, apesar de monosubjectivo, neste crime podem participar outros agentes, seja na celebração do negócio jurídico descrito no nº1, seja no oferecimento da vantagem ao funcionário.

Eis que, ao contrário do que tem sido a posição do Ministério Público e dos tribunais, defendemos que o agente que, à luz do artigo 377º nº1, negocia com o funcionário público, nunca será penalmente responsável pela prática do crime de participação económica. Sempre agirá movido por interesses privados, independentemente de estar, ou não, do outro lado, um funcionário público.

O mesmo não vale, no entanto, para os nº2 e nº3 do respectivo preceito. Aqui, urge a necessidade de responsabilizar aquele que concede a funcionário uma vantagem patrimonial, surgindo então, nesse sentido, a questão da comunicabilidade da qualidade de funcionário ao agente referido. Com recurso ao disposto na primeira parte do nº1 do artigo 28º do Código Penal, por não se tratar este de crime de mão própria, entendemos que opera a extensão desse artigo, comunicando-se aos participantes *extranei* a responsabilidade penal do funcionário público.

Porém, como referimos, não podemos esquecer o que vem disposto no artigo 29º do Código Penal, de acordo com o qual a culpa é analisada individualmente, daí que não opere, neste plano, comunicabilidade da culpa.

É, portanto, através de uma análise feita caso a caso que podemos determinar se *intranei* e *extranei* serão, ou não, responsabilizados pela prática do crime de “Participação Económica em Negócio”.

Num outro momento do nosso estudo, não menos pertinente, procurámos evidenciar a questão da conjugação do presente crime com o de corrupção (activa e passiva). De facto, analisadas as semelhanças entre ambos e a reduzida clareza da doutrina nesse sentido, constatámos a dificuldade que existe presentemente no que à relação entre estes dois crimes respeita.

De facto, tanto o nº2 (e nº3) do artigo 377º como o artigo 373º do Código Penal falam no recebimento de uma vantagem por parte de um funcionário público, apesar de na “Corrupção Passiva” a vantagem poder ser não patrimonial. Há, portanto, concurso aparente entre os dois tipos legais, assim como na relação entre o mesmo artigo 377º nº2 (e nº3) e o artigo 374º (relativo à “Corrupção Passiva”), dado que, também aquele que dá ao funcionário a referida vantagem deve ser penalmente responsabilizado.

Eis que nos questionamos quanto à autonomização dos nºs 2 e 3 do artigo 377º, uma vez que devem, em nossa opinião, aplicar-se os tipos dos artigos 373º e 374º aquando da susceptibilidade de aplicação dos dois tipos. De facto, ao passo que esta questão não se coloca quanto ao nº1 do referido artigo 377º, é realmente duvidosa a escolha de autonomizar os restantes dois números, pois sempre estará em causa um crime de corrupção.

Estas são matérias complexas e pouco exploradas, não apenas pela doutrina, mas também pela jurisprudência, o que tende a dificultar o seu estudo e até mesmo a sua compreensão. No entanto, não deixam, a nosso ver, de ser interessantes do ponto de vista prático, tendo vindo, como referimos acima, os casos polémicos da actualidade ajudado na sua divulgação.

Urge, de facto, divulgar e alertar para a prática de crimes como este, cujo cometimento tem aumentado significativamente, pois não nos esqueçamos que estão em causa, além de valores e interesses supra-individuais, também os dos particulares, de cada um de nós, cidadãos que têm uma imagem da Administração que resulta inevitavelmente defraudada.

BIBLIOGRAFIA

6.1 Doutrina

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

BARREIROS, José António, *Participação Económica em Negócio, um crime de fronteira*, Labirinto de Letras, Lisboa, 2014

BELEZA, Teresa Pizarro, *Ilicitamente Comparticipando – O Âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal*, Almedina, Coimbra, 1988

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Tomo II, Livraria Almedina, Coimbra, 1971

COSTA, António Manuel de Almeida, *Sobre o Crime de Corrupção. Breve nota retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia “típica” das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos*, Almedina, Coimbra, 1987

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º, nº1, do Código Penal*, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 121.º, n.º 3777, Coimbra, 1 de Abril de 1989

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Sumários e notas das Lições do Prof. Doutor JORGE DE FIGUEIREDO DIAS ao 1.º ano do Curso Complementar de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito de 1975-1976*, Coimbra, 1976

FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de, *Da Participação Criminosa*, Oficinas Gráficas, Lisboa, 1934

FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro de, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Editorial Verbo, 1988

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português Comentado e Anotado – Legislação Complementar*, 14.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, *Código Penal Anotado*, Volume II, 2.ª edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 1997

MONTEIRO, Henrique Salinas, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, Volumes I e II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral*, Tomo I, Introdução e Teoria da Lei Penal, Editorial Verbo, 3.ª edição, 2010

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral*, Tomo II, Teoria do Crime, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012

SOUSA, Susana Aires de, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, ano 15, n.º 3, Setembro de 2005

6.2 Jurisprudência

Sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Secções Criminais 10 Número 37 – Janeiro de 2000, 26-01-2000 Processo 542/98, in <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisps-umarios/criminal/criminal2000.pdf>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03-12-2008, Processo 159/00.7JAGR.D.C2, in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 28-05-2014, Processo 287/07.8TAGVA.C1, in www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-06-2015, Processo 3443/11.0TDLSB.L1-9, in www.dgsi.pt

Acórdão do 2º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Oeiras, do Processo Comum Colectivo 712/00.9 JFLSB, in <http://www.slideshare.net/ExpressoMultimedia/leia-o-acrdo-que-condenou-isaltino>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/99, Processo n.º 24/97, in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/