



**UNIVERSIDADE CATÓLICA  
PORTUGUESA  
FACULDADE DE DIREITO – ESCOLA  
DE LISBOA**

**A COMPARTICIPAÇÃO NO CRIME DE  
«PARTICIPAÇÃO ECONÓMICA EM  
NEGÓCIO»**

**MAFALDA BARATA**

SOB ORIENTAÇÃO DO PROFESSOR DOUTOR GERMANO MARQUES DA SILVA

MESTRADO FORENSE

MARÇO 2011

*“ [...] eu imagino que comete menor crime quem mata involuntariamente do que quem engana os outros relativamente a instituições nobres, boas e justas, em matéria legal. É pois, preferível incorrer em tal perigo no meio de inimigos, a fazê-lo no meio de amigos”*

PLATÃO

*A República*, 12.<sup>a</sup> edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Junho de 2010, página 212

# ÍNDICE

INTRODUÇÃO .....	- 4 -
O CRIME DE «PARTICIPAÇÃO ECONÓMICA EM NEGÓCIO» .....	- 5 -
A COMPARTICIPAÇÃO NO CRIME DE «PARTICIPAÇÃO ECONÓMICA EM NEGÓCIO» ..	- 20 -
CONCLUSÃO .....	- 36 -
BIBLIOGRAFIA.....	- 38 -

## INTRODUÇÃO

O fenómeno da globalização<sup>1</sup> a par da abertura dos mercados, da ampliação da hegemonia económica e da mundialização da informação, acarretou o desenvolvimento da ideia de transparência do Estado. Com efeito, o Estado deve acima de tudo defender a igualdade dos cidadãos<sup>2</sup> e a imparcialidade nas relações que os entes públicos mantêm com ele.

Assim, no sentido de efectivar estes princípios o legislador consagrou, no nosso Código Penal, tipos de ilícitos que tutelam a ética na Administração Pública. Nestes termos, foi criado um capítulo no referido diploma que versa sobre os *crimes cometidos no exercício de funções públicas*<sup>3</sup> e que prevê a punição de diversos tipos incriminadores, tais como o «Recebimento Indevido de Vantagem», a «Corrupção», o «Peculato», a «Concussão» e a «Participação Económica em Negócio».

Note-se, porém, que estes crimes não estão isentos de dificuldades de interpretação, dificuldades essas que muitas vezes resultam quer na reduzida aplicação dos tipos legais quer na errada aplicação dos mesmos.

Nesta perspectiva pretendemos, pois, com este trabalho, contribuir para a clarificação de um problema interpretativo suscitado no seio de um destes crimes. Propomo-nos, assim, a analisar a questão da comparticipação no crime de «Participação Económica em Negócio». Trata-se de um tema que embora não tenha sido exaustivamente estudado pelos penalistas nacionais reveste de uma especial importância, na medida em que na realização típica do crime participam muitas vezes diversos agentes.

Desta forma, e com vista à melhor consecução do tema começaremos por analisar o tipo legal de «Participação Económica em Negócio» para posteriormente nos debruçarmos sobre a problemática da comparticipação no âmbito deste crime.

---

<sup>1</sup> Segundo FARIA COSTA, *Direito Penal e Globalização, Reflexões não locais e pouco globais*, 2010,p.83 «poder-se-á dizer que a globalização se recorta como “mecanismo” social hiperdinâmico que torna globais os espaços económicos, culturais e informativos que antes se estruturavam, primordialmente, a um nível nacional»

<sup>2</sup> Conforme as normas constantes dos artigos 2.º, 13.º e 266.º, da Constituição da República Portuguesa.

<sup>3</sup> Trata-se do Capítulo IV, que se encontra inserido no Título V *Dos crimes contra o Estado*, do Livro II *Parte Especial*, do Código Penal

## O CRIME DE «PARTICIPAÇÃO ECONÓMICA EM NEGÓCIO»

O crime de «Participação Económica em Negócio» encontra-se actualmente previsto e punido no artigo 377.º, do Código Penal. Esta norma que resulta da revisão penal levada a efeito em 1995, pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março<sup>4</sup>, corresponde, embora com algumas alterações<sup>5</sup>, ao artigo 427.º, do Código Penal na sua versão original<sup>6</sup>, que teve como fonte os artigos 316.<sup>º7</sup> e 317.<sup>º8</sup> do Código Penal de 1886 e o artigo 314.º do stGB Suíço<sup>9</sup>.

O artigo 377.º, do Código Penal, encontra-se dividido em três números, criminalizando-se em cada um deles condutas distintas. Assim, no n.º 1 é punida a conduta do funcionário público (ou equiparado) que lesar em negócio os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar. Por sua vez, o n.º 2 criminaliza a conduta do funcionário que receber 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. Por fim, o n.º 3 do aludido comando legal, pune o funcionário público (ou equiparado) que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, desde que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.

Refira-se, porém, que apesar dos três números do artigo criminalizarem condutas distintas subjaz a nota comum de em todos eles ser punido o funcionário público (ou equiparado) que agiu de forma contrária aos deveres que lhe foram confiados, e que com essa conduta obteve

---

<sup>4</sup> E que corresponde ao artigo 376.º, do Projecto de Revisão do Código Penal de 1991.

<sup>5</sup> As principais alterações deram-se ao nível das molduras penais, já que estas eram mais baixas do que as previstas actualmente (o n.º1 cominava o crime com pena de prisão até 4 anos e pena de multa de 30 a 90 dias e os n.º 2 e 3 com pena de multa de 30 a 120 dias) e pelo facto de ter sido acrescentado nos n.º2 e 3 *para si ou para terceiro*, passando desta forma a criminalizar-se a conduta não só quando a vantagem é auferida pelo próprio funcionário público (ou equiparado) mas também por uma terceira pessoa. Note-se, ainda, que o n.º 3 falava em *vantagem económica e prejuízo económico para a Fazenda Pública*.

<sup>6</sup> Que corresponde ao artigo 457.º, do Projecto da Parte Especial de 1966.

<sup>7</sup> Com a epígrafe *Percebimento ilegal de emolumentos*, foi fonte das normas ínsitas nos n.º 2 e 3 do referido artigo.

<sup>8</sup> Com a epígrafe *Aceitação de interesse particular por empregado público*, foi fonte da regra contida no n.º 1 do referido artigo.

<sup>9</sup> Tendo em atenção outros ordenamentos jurídicos cumpre-nos dizer que a lei penal alemã somente prevê e pune a participação em prestações excessivas devidas a funcionário (§352 *Gebührenüberforderung*) ou a entidade pública (§353 *Abgabenüberhebung*). A lei penal austríaca e a lei penal espanhola não autonomizam este crime. O Código Penal Brasileiro pune no seu artigo 321.º aquele que *patrocinar, directa ou indirectamente, interesse privado perante a Administração Pública, valendo-se da qualidade de funcionário público*.

(n.º 2 e 3), ou tentou obter (n.º 1), vantagem patrimonial que não lhe era devida. Fica assim, patente que todas disposições mencionadas pressupõem uma «infidelidade do agente ao cargo que exerce»<sup>10 11</sup>.

Note-se aliás que o funcionário público (ou equiparado) defrauda os interesses que deveria prosseguir e zelar, actuando ao abrigo de interesses particulares, os quais se mostram contrapostos aos interesses públicos que por força do seu cargo estaria obrigado a prosseguir<sup>12</sup>. Assim, nesta linha, pode-se dizer que o que se encontra em causa neste tipo incriminador é a prossecução, pelo funcionário, de interesses puramente privados a despeito dos interesses públicos, que por força do cargo que exerce estaria obrigado a prosseguir e a zelar. De facto, é pacífico dizer-se que o agente ao agir motivado pela obtenção de uma vantagem patrimonial age motivado por um interesse patrimonial privado, criando-se, pois «um dano para a imagem da administração, para o interesse público na sua transferência e legalidade, por via da referida infidelidade-desvio do agente à função que lhe foi confiada»<sup>13</sup>.

Pese o que foi dito, cremos que o Bem Jurídico tutelado pelo tipo incriminador em análise é a probidade administrativa, no sentido em que é tutelada a fidelidade e a legalidade do exercício das funções públicas.

O legislador coloca-nos sobre um Bem Jurídico colectivo, supra-individual. Esta é, todavia, uma questão controvertida no seio da doutrina nacional, aparecendo posições quer concordantes quer discordantes do nosso entendimento.

Seguindo a orientação que o Bem Jurídico protegido pelo artigo 377º, do Código Penal é o património alheio (público ou particular) e acessoriamente, a integridade do exercício das funções públicas pelo funcionário encontra-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. Em defesa da sua tese este autor vem invocar que a «enorme disparidade das molduras penais aponta no sentido de que não havendo lesão do património confiado ao funcionário, a lesão do

---

<sup>10</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 724

<sup>11</sup> É importante fazer menção ao facto de, tal como aludem SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES, *Código Penal Anotado, II Volume, 2000*, p.1626, estão aqui em causa negócios em que o funcionário público (ou equiparado) «por força do seu cargo, tem poderes decisórios ou fiscalizadores».

<sup>12</sup> No mesmo sentido FIGUEIREDO DIAS, «Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º, n.º 1, do Código Penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3777, 1989, p.380 ao referir que «uma nota característica – ou, mesmo, essencial – dos chamados “crimes cometidos no exercício de funções públicas” consiste a par de outras circunstâncias, no facto de todos eles traduzirem sempre um “desvio” no exercício dos poderes conferidos pela titularidade do cargo que, desse modo, em vez de usados na prossecução dos fins públicos a que se destinam, são deslocados para a pura satisfação de interesses privados do agente ou de terceiro(s)»

<sup>13</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 724

bem jurídico da integridade do exercício das funções públicas tem um papel meramente acessório»<sup>14</sup>. Este argumento não é, todavia, suficiente para convencer do bom funcionamento da tese contrária a que sufragamos. Com efeito, consideramos, antes, que o crime de «Participação Económica em Negócio» tutela a legalidade e fidelidade do exercício das funções públicas e só acessoriamente protege o património alheio.

Em primeira linha, atendemos logo a uma interpretação sistemática do artigo 377.º, do Código Penal, dado que este artigo se encontra previsto no Capítulo IV referente aos *Crimes cometidos no exercício das funções públicas*, do Título V – *Dos crimes contra o Estado*.

Por outro lado, consideramos que o património alheio é neste tipo de ilícito o objecto de actuação e não o Bem Jurídico, não se podendo confundir este com aquele<sup>15</sup>. Pelo que o Bem Jurídico será a expressão do interesse para a comunidade na manutenção da legalidade do exercício das funções públicas e o objecto de actuação o património público<sup>16</sup>. O património público, estará, pois, salvaguardado se os funcionários públicos (ou equiparados) agirem de ao abrigo dos interesses públicos que lhes cumpre zelar, sendo que o seu desvio pode não só por em causa o património público como também princípios constitucionais, tais como o

---

<sup>14</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, p. 894, anotação 2 ao artigo 377.º

<sup>15</sup> Segundo FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p. 308, o «Bem Jurídico não se confunde com um outro possível elemento do tipo objectivo de ilícito como é o objecto da acção. O Bem Jurídico é definido como a expressão de um interesse, da pessoa, ou da comunidade, na manutenção ou na integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso. Ao nível do tipo objectivo de ilícito o objecto da acção aparece como manifestação real desta noção abstracta, é a realidade que se projecta a partir daquela ideia genérica e que é ameaçada ou lesada com a prática da conduta típica».

<sup>16</sup> No mesmo sentido CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, pp.724 e 725 e LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado, II Volume*, 2000, p. 522 afirmando estes que «Pode aceitar-se que o bem jurídico tutelado por todas as incriminações da corrupção é a “legalidade da administração, um valor constitucional e uma vertente do Estado de Direito, mas igualmente um bem instrumental relativamente ao relacionamento de qualquer cidadão com o Estado». E ainda ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção, Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão, Autonomia «típica» das corrupções «activa» e «passiva». Análise dogmática destes dois delitos*, 1987,p.92, podendo transpor as considerações que o penalista faz para o crime de «Corrupção» para o crime de «Participação Económica em Negócio». Assim, o autor refere que também «a própria Administração, atenta a relevância dos objectivos que serve, pode, em si mesma, assumir a natureza de bem jurídico-criminal [...] posto isto, ao transaccionar com o cargo, o empregado público corrupto coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a dizer que, abusando da posição que ocupa, se “sub-roga” ou “substitui” ao Estado invadindo a respectiva esfera de actividade.[...] 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[...] Como se referiu, o específico bem jurídico da corrupção reside na “autonomia intencional” do Estado (i. é na “legalidade administrativa”) e não no valor porventura violado com a conduta do empregado público a que se dirige a peita. Posto isto a omissão ou a efectiva realização da actividade prometida pelo funcionário, bem como o seu carácter lícito ou ilícito mais não representam do que circunstancias que aumentam ou diminuem a gravidade da infracção. O núcleo desta esgota-se no mercadejar com o cargo».

princípio da igualdade<sup>17</sup>, da imparcialidade e da boa-fé a que a Administração Pública está vinculada<sup>18</sup> e os quais são essenciais a um Estado de Direito Democrático<sup>19</sup>.

Importa, ainda, a este propósito frisar que a disparidade das molduras penais não evidencia que o Bem Jurídico tutelado seja o património alheio. As molduras penais são distintas no n.º 1 do artigo 377.º, do Código Penal, dos n.º 2 e 3, do mesmo normativo legal<sup>20</sup>, porém, tal razão prende-se com o facto de o n.º 1 exigir uma intencionalidade do agente em obter vantagem, provocando com o mesmo um dano para a Administração pública. Havendo, assim, nesta norma uma culpa mais grave dado que o agente age com intenção de obter vantagem patrimonial. De facto, a maior gravidade da conduta no n.º 1 prende-se com esta relação da intenção com o dano nos interesses que cabiam ao agente defender.

Posto isto, podemos dizer tal como refere CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA que neste artigo se encontram tutelados interesses públicos protegendo-se «sempre o interesse na fidelidade dos funcionários, na transparência e legalidade da Administração, contra intenções lucrativas do agente (para si ou para outrem) e ainda no caso do n.º 1 de interesses públicos patrimoniais que o agente público tem a seu cargo»<sup>21</sup>.

Assim, dentro deste quadro, urge perceber que o funcionário público (ou equiparado) ao agir motivado por interesses particulares age com desrespeito às funções que lhe foram atribuídas e concomitantemente com desrespeito pela Administração Pública. Sendo que aqui o funcionário “serve-se” do cargo que exerce para prosseguir os seus interesses privados, desconsiderando por tal os interesses que estaria obrigado a prosseguir.

Nesta sequência podemos dizer que o crime de «Participação Económica em Negócio» é um crime de dano<sup>22</sup> se tivermos em consideração a forma como o Bem Jurídico é lesado e um crime de resultado<sup>23</sup> tendo em conta a forma de consumação do crime.

No que concerne ao tipo objectivo de ilícito há que referir que o agente do crime terá de ser funcionário público (ou equiparado)<sup>24</sup>. Desta forma, o crime previsto no n.º 1, do artigo

---

<sup>17</sup> Conforme o Artigo 13.º, da Constituição da República Portuguesa

<sup>18</sup> Conforme o artigo 266.º, da Constituição da República Portuguesa

<sup>19</sup> Conforme o artigo 2.º, da Constituição da República Portuguesa

<sup>20</sup> O n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal, tem como moldura penal abstracta a pena de prisão de 5 anos enquanto os n.º 2 e 3 a pena de prisão até 6 meses ou pena de multa até 60 dias.

<sup>21</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 725

<sup>22</sup> Segundo FIGUEIREDO DIAS *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p. 309, «nos crimes de dano a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efectiva do bem jurídico».

<sup>23</sup> Conforme refere FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p. 306 « nos crimes de resultado sob a forma de comissão por acção o tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da actividade do agente».

377º do Código Penal é um crime específico impróprio<sup>25</sup>, tendo por referência o crime de infidelidade (artigo 224º, do Código Penal) e o tipo de ilícito de abuso de confiança (artigo 205º, Código Penal) e os crimes punidos pelos números 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal são crimes específicos próprios<sup>26</sup>.

Todavia, para que o tipo objectivo esteja preenchido não basta que o agente seja funcionário público, é imprescindível pois que o funcionário exerça um dos cargos referidos pela norma. Ou seja, para preencher o n.º 1 é necessário que tenha como funções administrar, fiscalizar, defender ou realizar um interesse patrimonial do Estado, para o n.º 2 é necessário que tenha funções de disposição, administração e fiscalização e no n.º 3 que tenha a função de proceder a cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento. Para além disso, torna-se ainda necessário que haja uma relação causal entre o cargo do funcionário público e a vantagem patrimonial que obteve (n.ºs 2 e 3) ou que tentou obter (n.º 1).

Outra questão que importa referenciar é o facto de ser exigido que o agente pudesse praticar aqueles actos por força das funções que exerce – *em razão das suas funções*<sup>27</sup>.

Importa delimitar o termo *em razão das suas funções* dado que nem todos os actos praticados pelo funcionário público podem consubstanciar o crime de «Participação Económica em Negócio». Em primeiro lugar, temos desde logo que referir que a vantagem patrimonial terá de ser auferida por um acto/negócio concretizado no exercício das competências públicas do agente, «ainda que a conduta a que, em concreto, se dirige a remuneração se apresente material e tecnicamente idêntica às que o agente executa nessa veste. O que se afirma afigura-se válido mesmo para as situações em que a referida actividade “privada” do funcionário se encontra proibida por motivos relacionados com o próprio cargo»<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre o conceito de funcionário público ver anotação ao artigo 386.º de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, p.911 e seguintes; e a anotação ao artigo 386.º de DAMIÃO DA CUNHA, *Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, pp.808 e seguintes.

<sup>25</sup> É um crime específico impróprio, já que como refere FIGUEIREDO DIAS *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p.304 «a qualidade do agente agrava a ilicitude da conduta»

<sup>26</sup> Trata-se de um crime específico próprio pois, tal como o explica FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p.304 «a qualidade especial do agente, em relação com a função que desempenha fundamenta a ilicitude do facto».

<sup>27</sup> Para um estudo mais aprofundado do tema ver ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção, Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão, Autonomia «típica» das corrupções «activa» e «passiva». Análise dogmática destes dois delitos*, 1987, pp. 102 e seguintes.

<sup>28</sup> ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção, Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão, Autonomia «típica» das corrupções «activa» e «passiva». Análise dogmática destes dois delitos*, 1987, p.92 refere ainda que «o seu objecto não é constituído por actos de “serviço” e, portanto, não ocorre

Por outro lado, as condutas do funcionário público (ou equiparado) têm de consubstanciar o exercício do cargo. E aqui é que surge a dúvida se só estão abrangidas aquelas correspondem às competências que estejam abstractamente estipuladas na lei, ou se pelo contrário, podem comportar a actuação de meros poderes de facto que o agente detém face à função que desempenha.

Consideramos, pois, que se encontra dentro do âmbito da norma os actos praticados ao abrigo das competências legais atribuídas ao funcionário, e aquelas competências que derivam de um costume/uso admitido nas suas funções e que tenha sido praticado por um funcionário que «possuindo uma relação funcional directa com o serviço, apenas o levou a cabo na actuação de meros “poderes de facto”. Na medida em que estes decorrem de uma relação funcional do agente, i. é, do posto que ocupa na Administração, o recebimento da peita pelo (ou para o) seu exercício constitui, ainda, uma transacção com o seu cargo»<sup>29</sup>. Contudo, exclui-se do âmbito de aplicação da norma os casos em que alguém se fizesse passar por funcionário público (ou equiparado).

Há ainda que referir que no n.º 1 e no n.º 2, do artigo 377.º, do Código Penal, o agente tem a seu cargo a protecção e o cuidado de determinados interesses públicos, violando o cuidado com eles, enquanto por seu lado no n.º 3 o agente não tem a seu cargo o cuidado de interesses públicos mas antes tem de ordenar ou fazer por força das suas atribuições *cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento*.

Desta forma, como refere CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA «em relação às condutas criminalizadas pelo presente tipo legal, poder-se-á dizer que se trata de um tipo legal de processo atípico – i.e. refere-se a intenção do agente e o dano causado (no n.º 1), ou o resultado da actuação (receber vantagem patrimonial – nos n.º 2 e 3) mas não se tipifica a conduta»<sup>30</sup>.

Ora, essencial para que o comportamento do funcionário caia no tipo em análise é que exista uma relação causal entre a vantagem obtida (nos n.º 2 e 3) ou que se pretendeu obter (no n.º 1) e a função que o mesmo desempenha. De facto, o agente ao celebrar negócio jurídico, a realizar acto jurídico-civil, ou a efectuar arrecadação, liquidação ou pagamento não

---

nenhuma transacção com a autoridade do Estado – circunstância indispensável para a verificação de um delito daquela espécie».

<sup>29</sup> ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção, Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão, Autonomia «típica» das corrupções «activa» e «passiva». Análise dogmática destes dois delitos*, 1987, p. 108

<sup>30</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 727

está a agir ilicitamente, até deve praticar estes actos se for no interesse público. Efectivamente, «no recebimento da vantagem em ligação com a prática destas actividades é que reside a ilicitude criminal do comportamento do agente»<sup>31</sup>.

Relativamente à obtenção de vantagem económica ressalta logo uma diferença da leitura dos diversos números do artigo 377.º, do Código Penal. De facto, no n.º 1, do aludido artigo é indiferente a efectiva obtenção da vantagem (*intenção de obter*), enquanto nos n.º 2 e 3 tem de haver obrigatoriamente a obtenção de uma vantagem (*receber*).

Nesta sequência, podemos ainda referir uma outra diferença entre as condutas criminalizadas nos números do artigo 377.º, do Código Penal. Assim, «no n.º 1 a participação opera-se ao nível do próprio acto jurídico e adquire realidade no próprio conteúdo desse acto. No n.º 2 essa participação é exterior ao acto jurídico»<sup>32</sup>. Ou seja, no primeiro número do citado normativo legal o «agente lesa interesses patrimoniais que lhe cumpre administrar, fiscalizar, defender ou realizar, no próprio negócio jurídico em que participa; no n.º 2 o agente 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»<sup>33</sup>. Ora, no n.º 1, «a participação económica lesa os interesses patrimoniais que ao agente foram confiados e como tal ela é ilícita enquanto nos n.º 2 e 3 a vantagem patrimonial é exterior ao acto ou actividade praticado pelo agente, embora seja em consequência deste acto ou actividade que o mesmo auferiu tal vantagem, e por isso, mesmo se encontra relacionado com a função do agente»<sup>34</sup>.

Além disso importa constatar que o legislador usou expressões diferentes no n.º 1 (*participação económica*) e nos n.º 2 e 3 (*vantagem patrimonial*), embora estando em causa em todos os números do artigo 377.º, do Código Penal, a criminalização da conduta do agente que age motivado pela obtenção de vantagem patrimonial – de interesses lucrativos<sup>35</sup> – quer seja para ele ou para outrem.

---

<sup>31</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 727

<sup>32</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 727

<sup>33</sup> LEAL HENRIQUES e SIMAS SANTOS, *Código Penal Anotado, II Volume, 2000, p.1626*. No mesmo sentido MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português anotado e comentado – legislação complementar*, 2005, p.1061 ao referir que «No n.º 1, a participação opera-se ao nível do próprio acto jurídico e adquire realidade no próprio conteúdo desse acto .No n.º 2, a participação é exterior ao acto jurídico, não sendo este influenciado pelas vantagens patrimoniais do funcionário».

<sup>34</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 727

<sup>35</sup> Segundo SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES *Código Penal Anotado, II Volume, 2000, p.1626*, «Há em qualquer dos casos interesse lucrativo do funcionário nos actos em que, por virtude da função intervém»

Outro aspecto relevante prende-se com o facto de o n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal, tipificar um crime de dano patrimonial, na medida em que é necessária a efectiva lesão dos interesses que cabia ao funcionário público prosseguir – *lesar*; ao invés do que sucede nos outros dois números do artigo, nos quais não se exige dano para os interesses que cabia ao funcionário proteger, até pelo contrário estes tipos incriminadores exigem que da conduta do funcionário não resulte dano quer para os interesses que lhe cabia zelar (n.º2), quer para os interesses que lhe tinham sido confiados e para a Fazenda Pública (n.º3).

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 377.º, do Código Penal, não exige que o agente tenha efectivamente auferido a vantagem patrimonial, bastando que ele tenha agido com a intenção de a obter. Já nos n.º 2 e 3 para que o tipo se encontre preenchido terá de haver uma vantagem patrimonial efectivamente auferida pelo funcionário público (ou equiparado).

Afigura-se, ainda importante fazer referência ao facto de todos os números do artigo 377.º, da Lei Penal preverem que se obtenha (ou haja pelo funcionário público a intenção de obter) uma vantagem patrimonial, sendo que essa vantagem patrimonial poderá ter como destinatário o próprio funcionário público ou um *terceiro*. E neste ponto teremos de dedicar algumas linhas à clarificação do conceito de *terceiro*.

Em primeiro plano, importa estabelecer a amplitude de *terceiro*. Com efeito, em todos os números do artigo 377.º, do Código Penal, há paralelamente à actuação do funcionário público (ou equiparado) a actuação de um outro sujeito. No n.º 1, do referido comando legal é necessário a celebração de negócio jurídico entre o funcionário público (ou equiparado) e uma terceira pessoa, enquanto nos n.º 2 e 3 torna-se crucial que um sujeito dê ao funcionário público vantagem patrimonial por efeito de um acto praticado por este. Ora, será importante analisar se o *terceiro* a que o artigo poderá ser esse sujeito.

No que concerne ao delito do n.º1, do artigo 377.º, do Código Penal, podemos concluir que *terceiro* poderá ser a contraparte no negócio. O funcionário pode ter em vista, aquando da realização do negócio jurídico, que esse contrato conduza à obtenção de um benefício económico para a contraparte. A contraparte no negócio, em princípio, agirá sempre motivada pela obtenção do lucro na medida em que não celebraria negócio que lhe fosse desfavorável. Porém, o funcionário poderá ter a intenção de beneficiá-la, e é nestes casos, que poderemos considerar a contraparte no negócio realizado como *terceiro*. A intenção que aqui releva é a intenção do funcionário público (ou equiparado) em beneficiar outra pessoa, que não ele próprio. Quanto aos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal, consideramos que terceiro

para efeitos destas disposições nunca poderá ser a pessoa que dá vantagem patrimonial ao funcionário, por razões óbvias, já que é ele que faculta neste caso o benefício económico.

Em segundo plano, cumpre tomar posição quanto à questão de saber se *terceiro* poderá ser uma entidade pública ou se terá de ser um agente privado. Neste ponto, surgem diferentes posições no seio da doutrina portuguesa. Assim, de um lado encontram-se aqueles que defendem que o *terceiro* apenas poderá ser um ente particular<sup>36</sup> e do outro lado encontram-se aqueles que defendem, que *terceiro* para estes efeitos poderá ser qualquer pessoa colectiva ou singular de interesse público ou particular<sup>37</sup>. Consideramos que a razão se encontra com esta última posição.

Com efeito, o Bem Jurídico tutelado com o presente tipo legal é a intangibilidade do exercício das funções públicas, ora o funcionário que lesa em negócio jurídico (no n.º 1) ou que mesmo sem lesar obteve vantagem patrimonial por efeito de um dos actos previstos nos n.º 2 e 3, mesmo que seja em benefício de um outro ente público encontra-se a agir com desvio das funções. Há igualmente nestes casos uma infidelidade por parte do funcionário ao seu cargo e às funções que exerce. No fundo, embora os interesses públicos possam não sair defraudados, a fidelidade do funcionário ao cargo que exerce já foi posta em causa e aqueles interesses públicos específicos que lhe cabia salvaguardar saíram lesados atingindo-se, deste modo, o Bem Jurídico tutelado pela norma quer *terceiro* seja uma pessoa pública quer seja uma pessoa privada.

Retomando uma ideia já atrás afluída, cumpre-nos fazer igualmente clarificações quanto ao conceito de *participação económica*, dado que os três números do artigo não adoptam um termo uniforme. Ora, o n.º 1, do artigo 377.º, da Lei Penal refere *participação económica*

---

<sup>36</sup> A defender esta posição encontramos FIGUEIREDO DIAS, «Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º, n.º 1, do Código Penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3777, 1989, p.384, ao referir que «aos crimes previstos nos artigos 420.º e seguintes do Código Penal subjaz a nota comum de, além de outras características específicas, implicarem sempre a utilização das faculdades favorecidas pelo cargo para fins privados do agente ou de terceiro [...] na verdade o objectivo que subjaz ao tipo legal da participação económica em negócio do artigo 427.º, n.º 1, reconduz-se a impedir que interesses públicos de natureza patrimonial (*rectius*, o património do estado ou de outros entes de direito público) sejam preteridos em favor de interesses privados do agente ou de terceiro. Enquanto não se verificar tal condicionalismo não se deparará com uma lesão do bem jurídico com relevância para o direito penal». No mesmo sentido pronuncia-se CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 729, afirmando que o agente «só cometerá este crime nos casos em que a vantagem patrimonial se destine à satisfação de interesses privados».

<sup>37</sup> Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, p. 894 anotação 9 ao artigo 377.º, «tal como sucede no peculato e no peculato de uso, também é ilícita a conduta do funcionário que age (isto é, que lesa os interesses patrimoniais que lhe são confiados) para beneficiar um outra pessoa colectiva pública ou de utilidade pública» .

*ilícita*, enquanto os outros dois números da referida norma referem-se a *vantagem patrimonial*. Nesta sede, e tal como já tínhamos esclarecido está sempre em causa o recebimento de vantagens patrimoniais<sup>38 39</sup>.

Ora, a vantagem não terá só de ser patrimonial<sup>40</sup>, como também terá de ser uma vantagem ilícita. Numa primeira nota há que referir que «a ilicitude deverá reportar-se ao próprio acto praticado pelo funcionário, estando em causa, deste modo, uma invalidade do acto ao nível do direito administrativo, ou seja, tendo em conta os poderes e deveres inerentes ao cargo do funcionário»<sup>41</sup>, e não só aqueles poderes que lhe foram atribuídos por contrato mas também aqueles outros que estão subjacentes e são socialmente aceites como cabendo nas atribuições daquele cargo. Mais difícil, contudo, torna-se a questão de saber se estará abrangida por esta norma quer as ilicitudes materiais, quer as formais, orgânicas ou processuais.

CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA entende que esta norma apenas pune as ilicitudes materiais considerando a autora que «cabendo ao Direito Penal a tutela de valores fundamentais para a comunidade e a realização da Pessoa, só faz sentido a sua intervenção quando houver lesão ou perigo de lesão desses valores. Deste modo, a participação económica será ilícita quando forem postos em causa os bens jurídicos que o tipo legal visa tutelar»<sup>42 43</sup>.

---

<sup>38</sup> Segundo refere CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p.730, «aquando a revisão do Código Penal, pôs-se apenas a hipótese de alargar o benefício às vantagens não patrimoniais nos casos dos n.º 2 e 3, solução esta que foi postergada (cf. Actas 1993 441) [...] assim pode concluir-se estar sempre em causa a obtenção (ou a tentativa de obtenção) de vantagens especificamente patrimoniais».

<sup>39</sup> Conforme refere FIGUEIREDO DIAS, «Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º, n.º 1, do Código Penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3777, 1989, p. 380 «a presente figura de delito abrange as situações em que o funcionário lesa interesses patrimoniais que lhe estão confiados, não se aplicando já quando os danos tiverem natureza não-patrimonial. Por sua vez, a vantagem conseguida – ou visada no caso de “tentativa” – terá igualmente de possuir carácter patrimonial, i. é, o de uma “participação económica”»

<sup>40</sup> Relativamente a esta problemática, consideramos, que tal como noutros tipos incriminadores, tais como o «Recebimento Indevido de Vantagem» e a «Corrupção», também os n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal deveriam punir o comportamento do funcionário público que se desvia das suas funções a troco quer de uma vantagem patrimonial quer de uma vantagem não patrimonial. O mesmo raciocínio não poderá ser feito quanto ao tipo legal previsto no n.º1, do citado normativo legal, já que a vantagem que é aqui auferida pelo funcionário opera ao nível do próprio negócio jurídico celebrado.

<sup>41</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p.730

<sup>42</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p.730

<sup>43</sup> No mesmo sentido FIGUEIREDO DIAS, «Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º, n.º 1, do Código Penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3777, 1989, pp. 382 e 383 «Tanto considerações de índole doutrinal geral, como os termos da concreta regulamentação da matéria no direito positivo português apontam no sentido de que, na esfera jurídico-criminal, apenas se tomem em linha de conta as invalidades respeitantes ao “conteúdo” ou “substância” do acto e não já as relativas à mera “forma” ou “(in)competência”. Essa é uma conclusão que, no plano teórico, resulta, desde logo, da circunstância de o direito penal ter por objecto a tutela dos bens jurídicos considerados

Em sentido diverso, encontra-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, considerando este autor que a «ilicitude do acto pode ser substantiva, formal, orgânica ou processual» já que «os vícios formais, orgânicos ou processuais do acto do funcionário não são irrelevantes nem menos relevantes do que o dos vícios substantivos»<sup>44</sup>. Sufragamos, pois, a primeira posição, ao entendermos que esta norma apenas trata da ilicitude material. Defendemos a nossa tese com base na argumentação invocada por aquela autora. As ilicitudes formais, orgânicas ou processuais não são irrelevantes para o Direito, porém não são tratadas em sede de Direito Penal. Com efeito, o Direito Penal não só possui natureza fragmentária<sup>45</sup>, como subsidiária<sup>46</sup> e encontra-se limitado pelo princípio da necessidade<sup>47</sup>, devendo apenas incidir até ao limite do necessário para protecção do Bem Jurídico, sendo a última *ratio*, incidindo quando nenhum outro mecanismo jurídico funcionou como elemento de prevenção e repressão para determinadas condutas.

Passando agora à análise do tipo subjectivo de ilícito há que referir desde logo que se trata de um tipo legal doloso, ou seja, que pressupõe o dolo do agente, tendo este de «ter conhecimento correcto da factualidade típica»<sup>48</sup>. Dito de outro modo, o funcionário público terá de «saber que estão em causa interesses que lhe foram confiados em razão das suas funções (n.º 1 e 2) e aperceber-se da relação existente entre a vantagem patrimonial conseguida (ou que se tentou alcançar) e a lesão desses interesses (no n.º 1) ou entre essa vantagem patrimonial e o acto jurídico-civil relativo a esses interesse (n.º2) ou ainda entre a vantagem e a actividade exercida (n.º 3)»<sup>49</sup>.

O n.º 1 do artigo em análise pressupõe a *intenção de obter* participação económica ilícita por parte do agente, tratando-se desta forma de um crime de dolo específico<sup>50</sup> e de um delito

---

fundamentais para a convivência social e a livre realização da Pessoa e, portanto, de harmonia com uma concepção material da ilicitude, restringir a sua intervenção aos casos em que a conduta põe em causa, num plano substancial, aqueles valores essenciais. De acordo com a presente ideia, só se está, assim, perante um ilícito penal quando se verifique a lesão ou o perigo de lesão de tais bens jurídicos, o que apenas ocorre no caso de o acto se mostrar inválido no tocante ao fundo ou substância. Em si mesmo considerados, os vícios de forma ou de incompetência revelam-se, por isso, indiferentes na órbita penal».

<sup>44</sup> PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, p. 894, anotação 10 ao artigo 377.º.

<sup>45</sup> Na medida em que não tutela todos os Bens Jurídicos mas só os fundamentais.

<sup>46</sup> Pois só intervém quando os outros ramos do Direito não possam efectivamente tutelar o Bem Jurídico.

<sup>47</sup> Este princípio reflecte a ideia de que o Estado apenas deve servir-se excepcionalmente dos meios penais, para protecção daqueles bens fundamentais.

<sup>48</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 731

<sup>49</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 731

<sup>50</sup> Segundo GERMANO MARQUES DA SILVA *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, Teoria do Crime*, 2005, p. 184 «o chamado dolo específico não é propriamente dolo com um fim que acresce ao dolo

de resultado cortado<sup>51</sup>. Podemos, pois, observar que ao dolo genérico acresce a exigência da intenção de obter vantagem patrimonial, exigindo-se nesta norma o dolo directo – dolo específico<sup>52</sup> – em relação à intenção de obter vantagem patrimonial, mas bastando o dolo necessário, ou mesmo o dolo eventual, quanto à lesão dos interesses que lhe foram confiados<sup>53</sup>.

Já os n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal, apenas exigem o dolo eventual relativamente à obtenção de vantagem patrimonial.

Cumpre-nos, agora, analisar a possibilidade de punição pela tentativa. Relativamente aos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal não poderá haver punição pela tentativa, uma vez que segundo o disposto no n.º 1, do artigo 23.º, do Código Penal *salvo disposição em contrário, a tentativa só é possível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão*. Ora, as penas abstractas aplicáveis nestes dois números têm um limite máximo de 6 meses, não havendo norma legal expressa a prever a punição da tentativa esta não é, portanto, punível. O mesmo já não sucede com o disposto no n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal em que a pena abstracta é superior a 3 anos (pode ir até aos 5 anos). Neste caso faz sentido falar em tentativa. Facto é que o crime se consuma com a lesão dos interesses, ainda que o agente não tenha conseguido obter participação económica ilícita. Assim louvando-nos no ensinamento de CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA podemos dizer que «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»<sup>54</sup> nos termos do artigo 22.º, do Código Penal. Tratando-se o tipo legal previsto no n.º1, do artigo 377.º, do Código Penal, de um crime de resultado, terá de haver lesão efectiva dos interesses, pelo que se a actividade era adequada a lesar tais interesses faz sentido falar-se em tentativa.

---

genérico, mas elemento subjectivo do injusto, integra o corpus do crime, a estrutura objectiva do crime, ou seja, o tipo de ilícito».

<sup>51</sup> Nos quais, tal como refere FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p. 380, «o tipo legal exige, para além do dolo do tipo, a intenção de produção de um resultado que todavia não faz parte do tipo de ilícito».

<sup>52</sup> Tal como refere CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Tomo I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 1992, p.299 «se aos elementos essenciais, comuns a todos os crimes, acresce algum elemento essencial, exigível relativamente a algum crime em especial, o dolo denomina-se então de dolo específico»

<sup>53</sup> Em sentido divergente, posiciona-se PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, p. 92, anotação 18 ao artigo 14.º, considerando que «nos crimes de dolo específico a conduta só é relevante tipicamente se o agente actuar com a forma do dolo exigida por lei, cobrindo este inteiramente o tipo legal».

<sup>54</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 732

Resta-nos referir que será punido com pena de prisão até cinco anos quem cometer o crime previsto no n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal, e com pena de prisão de seis meses ou com pena de multa até 60 dias quem cometer o crime previsto nos n.º 2 e 3 daquele artigo.

Passemos, agora à análise do concurso com outros crimes.

Começaremos com a análise do concurso de «Participação Económica em Negócio» com o crime de «Recebimento Indevido de Vantagem» previsto e punido no artigo 372.º, do Código Penal. Entre a norma incriminadora contida no n.º1, do artigo 377, do Código Penal e prevista no artigo 372.º, do mesmo diploma existe uma relação de exclusão na medida em que tipificam condutas distintas. Já entre as regras ínsitas nos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal e a prevista no n.º 1 do artigo 372.º, da mesma lei existe um concurso aparente, sendo o crime previsto no artigo 372.º consumido pelo delito tipificado nos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal. O crime de «Recebimento Indevido de Vantagem» consuma-se com a solicitação de vantagem patrimonial ou não patrimonial, enquanto que o crime previsto nos n.º2 e 3, apenas se consuma com a aceitação de vantagem patrimonial. Por outro lado, o crime previsto no n.º 1, do artigo 372.º, do Código Penal é um crime de perigo, enquanto os delitos previstos no n.º 2 e 3, do artigo 377.º, são crimes de dano, sendo que aqui a vantagem tem de ser auferida por efeito de acto do funcionário.

Em relação ao concurso entre o crime de «Participação Económica em Negócio», tipificado no n.º 1 do artigo 377.º, do Código Penal e o crime de «Corrupção Passiva», consagrado no artigo 373.º, do mesmo diploma, podemos afirmar que entre eles existe uma relação de exclusão dado criminalizarem condutas diferentes. Já entre o crime de «Participação Económica em Negócio» punido pelos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal e o crime de «Corrupção» previsto no artigo 373.º, da mesma lei, existe uma relação de concurso aparente. Com efeito, a vantagem auferida nos tipos leais é exterior ao acto praticado, embora no crime de «Participação Económica em Negócio» essa vantagem seja auferida em resultado da conduta do funcionário público e no crime de «Corrupção» essa vantagem seja auferida como contrapartida da conduta realizada pelo agente.

Nos tipos consagrados nos n.º 2 e 3, do Artigo 377.º, do Código Penal, o agente pratica determinado acto e em resultado, em função desse acto, ele recebe uma vantagem patrimonial. Ora, como refere CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA uma coisa é «por efeito dessa actividade, receber uma vantagem, outra é solicitar ou aceitar uma vantagem (a qual pode até nem ser patrimonial) como “ condição” para praticar determinada conduta – ainda que lícita (artigo 373.º); digamos que nos casos da participação (artigo 377.º, n.º 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 artigo 377.º, n.º 2 e 3), o agente pratica algo para receber determinada vantagem, tratando-se, assim, de uma ilicitude mais grave»<sup>55</sup>. No crime de «Corrupção» há assim uma transacção de benefícios, o que não sucede no crime de «Participação Económica em Negócio». Contudo, torna-se difícil de traçar a distinção entre o crime de «Participação Económica em Negócio», previsto nos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal, e o crime de corrupção para acto lícito subsequente, pelo que consideramos que sempre que estejam preenchido o tipo do crime «Corrupção», o crime de «Participação Económica em Negócio» fica consumido por aquele.

Passemos agora ao concurso entre o crime de «Participação Económica em Negócio» e o crime de «Peculato»<sup>56</sup>, constante do artigo 375.º, do Código Penal. Em relação ao n.º 1 do artigo 377.º, do Código Penal, e o crime de «Peculato» há uma relação de exclusão.

Com efeito, nos dois crimes há uma infidelidade do agente ao cargo que exerce, sendo que o funcionário aproveita-se do seu cargo para receber uma vantagem patrimonial, porém no crime de «Peculato» há uma «apropriação ilegítima de uma coisa móvel alheia (pública ou particular) que, em razão das funções do agente, esteja na sua posse, enquanto que na “participação económica”, como o próprio nome indica, não se trata da apropriação ilegítima de um bem móvel alheio, mas de obter (ou tentar obter) uma determinada posição económica lesiva dos interesses que ao agente foram confiados (a qual comporta variadíssimas hipóteses e, mesmo no caso de implicar, como resultado, a apropriação de um bem móvel, não se confunde com esta apropriação, de resto, ilegítima não seria propriamente a apropriação, mas a “participação” que permitiria essa apropriação)»<sup>57</sup>.

No crime de «Peculato», há coincidência entre o dano causado, a subtracção do bem, o benefício auferido e a apropriação do bem, enquanto no artigo 377.º, n.º 1, do Código Penal, não há essa coincidência de objectos. Neste o interesse que foi confiado ao funcionário público (ou equiparado) não coincide com o benefício que o mesmo aufere, embora esteja relacionado já que obteve o benefício em consequência da lesão dos seus interesses.

---

<sup>55</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 735

<sup>56</sup> Um acórdão bastante elucidativo desta temática é o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03.12.2008, Processo 159/00.7JAGR.D.C2, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>57</sup> CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 733

Em relação ao concurso entre o crime de «Infidelidade», previsto no artigo 224.º, do Código Penal, e o artigo 377.º, n.º 1, do Código Penal, há uma relação de concurso aparente (relação de especialidade). Estando preenchido o tipo legal de «Participação Económica em negócio» aplica-se este por se tratar de um crime específico. Trata-se de tipos de delitos que punem a conduta do agente que lesa os interesses que lhe foram confiados, havendo, pois, nos dois crimes a violação de uma relação de fidelidade.

Todavia, no crime de «Infidelidade» exige-se a intenção de lesar os interesses que ao agente competia prosseguir e a grave violação dos deveres que ao agente incumbem, e no crime de «Participação Económica em Negócio» tal não é exigido, porém este exige a intenção de obter vantagem patrimonial. No crime de «Participação Económica em Negócio» também há uma violação de deveres, na medida em que o agente lesa deliberadamente os interesses que deveria cuidar.

Note-se, pois que a diferença fundamental entre o crime de «Participação Económica em Negócio» e o crime de «Infidelidade» é que este é um crime comum, dado que pode ser praticado por qualquer pessoa, desde que tenha a seu cargo a defesa de certos interesses, enquanto no crime de «Participação Económica em Negócio» (artigo 377.º, n.º1, do Código Penal) o agente terá de ser funcionário público (ou equiparado), o que implica que os interesses violados pelo mesmo sejam interesses públicos. Assim, se a acção típica caber nos dois artigos terá de se aplicar o crime de «Participação Económica em Negócio» precisamente por ser um crime específico, e cominar o crime com pena mais gravosa.

Cabe-nos, agora, analisar o concurso do crime de «Participação Económica em Negócio» e o crime de «Concussão»<sup>58</sup> previsto no disposto no n.º 3 do artigo 379.º, do Código Penal.

No crime de «Concussão» a obtenção da vantagem dá-se pela indução em erro ou aproveitamento de um erro de terceiro, o particular apesar de dar essa vantagem patrimonial ao agente, dá-a mais em erro, não estando consciente que está a dar uma vantagem patrimonial ao funcionário público. Nos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal, e que mais se aproximam deste tipo legal o particular dá vantagem patrimonial de livre vontade, tendo consciência que não lhe é exigido dar aquele benefício económico. Em sequência, o

---

<sup>58</sup>Com refere ANTÓNIO ALMEIDA COSTA, *Sobre o Crime de Corrupção, Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão, Autonomia «típica» das corrupções «activa» e «passiva». Análise dogmática destes dois delitos*, 1987, p. 57, «pode, com efeito, dizer-se que, ainda nas situações de “erro”, continua a manifestar-se o mesmo fundamento da “coacção”.“ Sintetizando, mesmo nas hipóteses de “erro”, a concussão mais não representa do que uma utilização da “coacção” inerente ao funcionamento normal do aparelho de Estado [...]. A diferença básica entre a concussão e a corrupção decorre do facto e, na primeira, o recebimento de vantagens ilegítimas provir, não do livre “acordo” com o particular, mas da coacção imposta pelo funcionário».

tipo legal de concussão é um tipo legal mais gravoso, havendo uma relação de exclusão entre o crime de «Participação Económica em Negócio» e o crime de «Concussão»<sup>59</sup>.

Entre o crime de «participação Económica em Negócio» e o crime de «Falsificação de Documentos», previsto e punido nos artigos 256.º e 257.º, do Código Penal, pode existir um concurso efectivo de crimes se tiver havido a elaboração de documento falso.

Em último plano, importa falar no artigo 23.º da Lei 34/87<sup>60</sup>, de 16 de Julho que trata do crime de «Participação Económica em Negócio» praticado por titulares de cargos políticos. Ora, tratando-se de titulares de cargos políticos aplicar-se-á antes o artigo 23.º, da Lei 34/87. Havendo, assim, uma relação de concurso aparente, relação de especialidade entre os dois tipos incriminadores. Contudo, poderá, ainda que esteja preenchidas as condições de punibilidade do artigo 23.º, n.º 2 e 3, da Lei 34/87, necessidade de aplicação das normas dos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal. Pelo facto de as molduras penais consagradas nas referidas normas do Código Penal serem mais gravosas do que as consagradas na aludida lei<sup>61</sup>.

Não sendo o fim do legislador o de regulamentar um regime mais favorável na Lei 34/87, mas sim o contrário, o de estipular um regime mais gravoso, consideramos que se estiver preenchido o tipo legal do artigo 377.º, do Código Penal então o julgador poderá aplicar esta norma em detrimento daquela<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> No sentido de que há uma relação de concurso aparente entre estas duas normas encontra-se CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 735.

<sup>60</sup> Esta lei que entrou em vigor a 16 de Julho de 1987 foi recentemente alterada pela Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro.

<sup>61</sup> Com efeito, os n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal cominam o crime com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias enquanto os n.º 2 e 3, do artigo 23.º, da Lei 34/87, cominam o crime com pena de multa de 50 a 150 dias.

<sup>62</sup> Neste sentido posiciona-se CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p. 736.

## A COMPARTICIPAÇÃO NO CRIME DE «PARTICIPAÇÃO ECONÓMICA EM NEGÓCIO»

Feita a análise do crime de «Participação Económica em Negócio», passemos agora ao cerne do nosso trabalho, o estudo da comparticipação no âmbito deste delito.

Sucedem-se assim muitas vezes os crimes são cometidos por um só agente, outras há em que na realização típica participam uma pluralidade de sujeitos que cooperam entre si. Ora, é esta última hipótese que podemos designar por *comparticipação*<sup>63</sup> e a qual nos ocuparemos neste capítulo.

Note-se, pois, que regra geral os tipos incriminadores que se encontram consagrados na Parte Especial do Código Penal encontram-se previstos como crimes monosubjectivos, ou seja, como crimes cuja realização típica é preenchida pela conduta de um só agente. Destarte, os crimes monosubjectivos são susceptíveis de serem praticados por uma pluralidade de agentes, o que torna estes em delitos de *participação facultativa*<sup>64</sup>.

Contrapostos aos crimes monosubjectivos encontramos os crimes plurissubjectivos ou de participação necessária, os quais se caracterizam por serem cometidos por uma pluralidade de agentes. Por conseguinte, podemos distinguir os crimes plurissubjectivos dos crimes monosubjectivos praticados por uma pluralidade de agentes pelo facto de a participação de vários agentes ser condição necessária/essencial nos crimes plurissubjectivos enquanto nos crimes monosubjectivos ser somente uma forma eventual de realização do respectivo tipo de ilícito.

A este propósito, porém, convém constatar que não constitui crime plurissubjectivo aquele onde intervêm vários sujeitos na sua realização mas apenas aquele onde os intervenientes do crime são *agentes* que cooperam entre si na execução do delito<sup>65</sup>. Postas assim as coisas,

---

<sup>63</sup> Importa, contudo, referir que terá de se distinguir a comparticipação da participação. Assim, louvando-nos no ensinamento de GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, Teoria do Crime*, 2005 p. 284, podemos afirmar que «o termo *comparticipação* designa o facto em que vários agentes colaboram e o termo *participação* o facto da acção individual de cada agente, de cada participante, que se insere no facto ou acção colectiva».

<sup>64</sup> Os agentes são assim punidos em virtude das regras extensivas da punibilidade previstas nos artigos 26.º e 27.º, do Código Penal. Tratando-se, pois, tal como refere CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Tomo I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 1992, p. 446, 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 mesmo completos; o seu conteúdo completa-se com referência à norma incriminadora de cada crime em especial»

<sup>65</sup> A este propósito cita-se GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, Teoria do Crime*, 2005 p. 323 que entende que os crimes de participação necessária são aqueles 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».

importa pois salientar que «agentes do crime não são, na comparticipação, somente os agentes puníveis; são os que com a sua acção participaram na realização do objecto da comparticipação»<sup>66</sup>.

Nesta sequência, é-nos legítimo referir que casos há em que apesar do tipo de ilícito pressupor a intervenção de vários sujeitos na sua realização, ele exclui desde logo a punição de algum ou alguns desses intervenientes, tratando-se assim dos denominados *crimes de comparticipação necessária imprópria*<sup>67 68</sup>.

Ante o exposto, podemos desde logo referir que o crime de «Participação Económica em Negócio» é um delito de comparticipação necessária, na medida em que pressupõe a intervenção de pelo menos dois sujeitos na sua realização. Conforme decorre do disposto no n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal, paralelamente à conduta do funcionário público (ou equiparado) necessária se torna também a intervenção de um outro sujeito. Com efeito, este preceito legal exige a celebração de um negócio jurídico<sup>69</sup>, o que implica a existência de pelo menos duas partes no contrato, sendo uma delas o funcionário. Da mesma forma, os preceitos contidos nos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal, exigem a actuação de dois ou mais sujeitos – a actuação daquele que recebe 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 (n.º 2), ou por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer (n.º 3); e a actuação daquele ou daqueles que dão benefício económico ao funcionário.

---

<sup>66</sup> CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Tomo I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 1992, p. 455

<sup>67</sup> Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, p. 69, anotação 24 ao artigo 10.º, os crimes de comparticipação necessária imprópria são aqueles que exigem «a realização de contributos de vários participantes para o facto, mas a tutela penal do bem jurídico só se dirige a alguns desses participantes, sendo atípica a conduta dos outros»

<sup>68</sup> Trata-se segundo EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal, Tomo II*, p. 254, dos casos «tradicionalmente chamados de *excepção à participação necessária* – em que a lei, a despeito de supor a intervenção de várias pessoas na realização de um crime, desde logo, directa ou indirectamente, exclui a punição de algumas».

<sup>69</sup> No seio dos negócios jurídicos podemos distinguir os negócios jurídicos unilaterais dos negócios jurídicos plurilaterais – ou contratos. De uma forma breve e salientando apenas o ponto que maior relevância tem neste estudo podemos afirmar, com ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Tomo I, Parte Geral*, 2005, p. 459, que o «negócio diz-se unilateral quando tenha uma única parte; é multilateral ou contrato quando, pelo contrário, se assuma como produto de duas ou mais partes». Consideramos que o legislador neste tipo de ilícito apenas tomou em conta os negócios jurídicos multilaterais, os quais pressupõem a existência de pelo menos duas partes, de mais de uma declaração de vontade, de várias pessoas e de diferentes interesses.

A questão que aqui se suscita prende-se com a qualificação deste sujeito – da contraparte no negócio (n.º 1) ou daquele que dá vantagem patrimonial (n.º 2 e 3) – como agente do crime ou como mero interveniente. Esta questão é de extrema importância dado que a sua resposta influenciará a qualificação do próprio crime de «Participação Económica em Negócio» em crime monosubjectivo ou em crime plurissubjectivo.

Antes de encetar um estudo mais pormenorizado desta problemática, cumpre-nos fazer uma breve referência às linhas gerais<sup>70</sup> em matéria de comparticipação, nomeadamente na caracterização e fundamento da punibilidade das várias categorias de comparticipantes.

Ora, como já foi assinalado, na execução de um crime podem colaborar diversos agentes, todavia importa, agora, mencionar que nem sempre eles contribuirão de igual forma na execução do delito. De facto, podemos distinguir os autores do crime dos participantes – aqueles que participam do ilícito típico mas que não podem ser considerados como autores do mesmo. Em ordem a estabelecer esta distinção foram surgindo na doutrina diversas teorias, designadamente a teoria formal-objectiva<sup>71</sup>, a teoria material-objectiva assente na causalidade<sup>72</sup>, as teorias subjectivas<sup>73</sup> e a teoria do domínio do facto, sendo esta última a que actualmente é de forma maioritária defendida pela doutrina.

A teoria do domínio do facto, primeiramente defendida por CLAUS ROXIN<sup>74</sup> considera que autor é «quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a execução “ nas suas

---

<sup>70</sup> Apenas faremos alusão a alguns aspectos gerais do regime da comparticipação, e de forma sumária, dado este tema já ter sido objecto quer de estudo pela doutrina nacional e internacional quer de decisão pelos Tribunais Superiores.

<sup>71</sup> Esta teoria defende tal como refere FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p. 759, que «autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)».

<sup>72</sup> A teoria material-objectiva assente na causalidade perfilha a ideia de que autor é, conforme refere FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p.760, «aquele que de uma qualquer forma executa o facto na acepção de que oferece uma contribuição causal para a realização típica, seja qual for a sua importância ou significado [...] diferenças intercedentes entre os diversos contributos causais só podem relevar para efeito de medida concreta da pena, mas não devem assumir significado dogmático ou prático-normativo para quaisquer outros efeitos». Esta teoria, defende, pois um conceito extensivo de autor.

<sup>73</sup> A par de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p.764, podemos dizer que estas teoria consagram a ideia de que «é autor quem realiza o facto com vontade de autor (com *animus auctoris*), participante quem colabora no facto de outrem com vontade de partícipe (com *animus socii*)».

<sup>74</sup> Apesar de outros autores, tais como HEGLER, já terem utilizado a expressão *domínio do facto* antes de ROXIN, foi este penalista que analisou aprofundadamente pela primeira vez esta teoria, na sua monografia *Täterschaft und tatherrschaft*, que foi editada pela primeira vez em 1963.

próprias mãos” de tal modo que dele depende decisivamente o *se* e o *como* da realização típica»<sup>75 76</sup>.

Ora, o Código Penal português foi nesta matéria influenciado, tal como refere FIGUEIREDO DIAS, pela «concepção causalista de EDUARDO CORREIA e a teoria do domínio do facto»<sup>77</sup>. Com efeito, a nossa Lei Penal consagra nos seus artigos 26.º e 27.º<sup>78</sup> regras que estendem a punibilidade a outros intervenientes do crime que não constem das normas incriminadoras da Parte Especial. Da análise destes dois comandos legais podemos, pois, traçar as linhas gerais de caracterização dos diversos agentes do crime. Assim, o artigo 26.º do Código Penal consagra as diversas formas de autoria enquanto o artigo 27.º prevê a punição dos participantes do crime<sup>79</sup>.

O artigo 26.º, do Código Penal, considera que não são só os autores imediatos, mas também os autores mediatos, os instigadores e os co-autores que podem ser punidos como autores. De acordo com o exposto na 1.ª alternativa, do artigo 26.º, do citado artigo, autor imediato é *quem executar o facto por si mesmo*, ou seja, é aquele que detém o domínio da acção<sup>80</sup>. Já a 2ª alternativa, do artigo 26.º, do Código Penal prevê que também será considerado como autor *aquele que executar o facto [...] por intermédio de outrem*<sup>81</sup>. Louvando-nos no ensinamento de FIGUEIREDO DIAS, podemos referir, a este propósito que

---

<sup>75</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, pp. 765 e 766

<sup>76</sup> Ressaltaríamos apenas aqui o facto de ROXIN não considerar o critério do domínio do facto como critério universal para distinguir os intervenientes do crime. Com efeito, o autor defende que este critério não pode ser aplicado a um conjunto de crimes, entre os quais se incluem os crimes de dever – nos quais se inserem os crimes específicos. ROXIN considera que nestes tipos de ilícito a autoria tem de ser delimitada pela titularidade do dever específico por ela exigido, assim, apenas são autores aqueles que detêm as *qualidades ou relações especiais* exigidas pelo tipo, dado que apenas estes tem o dever especial tutelado pelo tipo. Todavia não acompanhamos este entendimento. Consideramos, antes, que o critério para distinguir os autores dos participantes continua a ser o critério do domínio do facto. Assim, para ser autor de um crime específico terá de haver o domínio sobre o facto, porém, será também necessário que o agente reúna as *qualidades ou relações especiais exigidas* pelo tipo. É nesta sede que o artigo 28.º, do Código Penal releva, dado que prevê a comunicabilidade das qualidades ou relações especiais do agente aos outros intervenientes do crime que não a detenham, tal como veremos mais adiante.

<sup>77</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p 773.

<sup>78</sup> A este propósito cita-se SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º, do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº3, 2005, p.355 quando refere que «as situações de comparticipação ou pluralidade de agentes na realização do facto criminoso foram delimitadas pelo legislador nos artigos 26.º e 27.º do CP»

<sup>79</sup> E que o Código Penal denomina por *cumplicidade*.

<sup>80</sup> Neste caso a responsabilidade do crime recai apenas num só agente – do autor imediato. Todavia podemos dizer com GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, Teoria do Crime*, 2005 p.303, que «a autoria singular não é incompatível com a comparticipação, desde que esta revista a forma de cumplicidade»

<sup>81</sup> Trata-se nestes casos do que a doutrina designa como *autoria mediata*.

«o princípio do *domínio do facto*, quando aplicado à teoria mediata, exige que todo o acontecimento (o “facto” nos termos do art. 26.º) seja obra do homem-de-trás, em especial, da sua vontade responsável»<sup>82</sup>, tendo, pois, o homem-de-trás o domínio da vontade sobre o homem-da-frente. Por sua vez, a 3ª alternativa do artigo 26.º, do Código Penal, considera, ainda, como autor aquele que *dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto desde que haja execução ou começo da execução*, nestes casos que a doutrina designa por *instigação* a teoria do domínio do facto aparece na vertente do domínio da decisão.

Por seu lado, o artigo 27.º, do Código Penal pune aquele que embora não seja autor do crime, participe dele, punindo assim *quem dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso*<sup>83</sup>.

Posto isto, cumpre-nos, agora retomar a análise da qualificação do crime de «Participação Económica em Negócio», e que como tal foi dito *supra*, se encontra dependente da caracterização da contraparte no negócio jurídico (n.º1) ou daquele que dá benefício económico ao funcionário público (ou equiparado) por efeito de acto praticado por este (n.º 2 e 3), como agente do crime ou simplesmente como mero interveniente.

Para uma melhor explanação do tema temos contudo de dividir a análise das disposições do n.º 1, das dos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal.

Comecemos, então com a análise do preceito vertido no n.º 1 do aludido artigo. Neste comando legal encontra-se punida a conduta do funcionário público (ou equiparado) que com a intenção de obter para si ou para outrem benefício económico lesar em negócio jurídico os interesses, que em razão das suas funções, lhe cumpria administrar, fiscalizar, defender ou realizar.

A opção perfilhada pelo Ministério Público tem sido a de que a contraparte no negócio celebrado é co-autor material do crime de «Participação Económica em Negócio»<sup>84</sup>. Todavia

---

<sup>82</sup> FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p.776

<sup>83</sup> A única forma de participação que a Lei Penal portuguesa consagra é, assim, a cumplicidade.

<sup>84</sup> Esta posição é evidenciada no Acórdão do 2º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Oeiras, do Processo comum colectivo n.º 712/00.9 JFLSB, in <http://www.slideshare.net/ExpressoMultimedia/leia-o-acrdo-que-condenou-isaltino>. No caso em apreço, e tendo apenas em consideração os factos e as questões de direito relacionadas com a matéria em análise, o Ministério Público pronunciou um Presidente da Câmara e um sujeito particular pela prática em co-autoria de um crime de «Participação Económica em Negócio». Em causa estava a celebração de contratos de fornecimento de boletins informativos diários e de publicidade informativa entre os co-arguidos – o Presidente da Câmara e o particular. O Tribunal veio posteriormente a considerar que não se estaria perante um crime de «Participação Económica em Negócio», por não estar preenchido no tipo objectivo de ilícito, mais precisamente por não haver lesão dos interesses patrimoniais da Câmara Municipal. Contudo o que aflora deste acórdão é a pronúncia do Ministério Público do particular – contraparte nos negócios celebrados pelo Presidente da Câmara Municipal – como co-autor material do crime de «Participação económica em

não sufragamos deste entendimento, em nosso entender a contraparte no negócio jurídico não poderá ser considerada como co-autora do crime em apreço.

A contraparte no contrato agirá sempre com vista à maximização dos lucros, ela tenderá, pois a realizar um negócio que lhe traga maior benefício económico e tenderá a levar a contraparte a realizá-lo. Este sujeito ao querer celebrar o negócio, ao celebrá-lo e ao levar o funcionário a celebrá-lo não age preocupado com a lesão dos interesses que se encontram naquele momento entregues à protecção do funcionário público (ou equiparado). Com efeito, na celebração do negócio jurídico a contraparte não se preocupa se a outra parte sai beneficiada ou lesada com a celebração do mesmo.

Ora, a contraparte no negócio celebrado pelo funcionário age sempre com a intenção de obter benefício económico, logo com esta intenção estaria preenchido o tipo subjectivo do n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal. Porém necessário para que ele incorra na prática deste delito é que igualmente necessário que esteja preenchido o tipo objectivo de ilícito. Este tipo incriminador pressupõe que com a celebração do negócio jurídico o agente lese os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre em razão da sua função administrar, fiscalizar, defender ou realizar. Este ponto é pois fundamental dado que como refere FIGUEIREDO DIAS este tipo pressupõe «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»<sup>85</sup>.

De facto, a contraparte no negócio age sempre motivada por interesses privados ou particulares, mas isso está inerente à sua posição, sendo que os interesses que são tutelados pelo tipo legal são os interesses públicos que estão confiados ao funcionário – *interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar*. A expressão *em razão das suas funções* é aqui pois bastante

---

Negócio» pela conjugação das disposições vertidas nos artigos 3.º, n.º 1, alínea i) e artigo 23.º da Lei 34/87, de 16 de Junho e artigo 28.º, do Código Penal.

No mesmo sentido do duto acórdão podemos citar, ainda o Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Felgueiras, 2.º Juízo, do Processo comum colectivo n.º 49/00.3 JABRG *In* <http://static.publico.clix.pt/docs/politica/acordaofelgueiras.pdf>, no qual o Ministério Público pronuncia uma Presidente da Câmara por cinco crimes de «Participação Económica em Negócio», além de outros crimes que não são relevantes para o nosso estudo, em co-autoria com mais dois sujeitos privados que com ela celebraram negócios, para além de outros sujeitos também pronunciados pelo mesmo crime. O que está em causa neste caso é o favorecimento de uma empresa num concurso público de adjudicação de uma empreitada relacionada com o tratamento e recolha de resíduos sólidos urbanos, e a simulação de concursos, de ajustes directos e de contratos formalizados. O tribunal veio absolver os arguidos por considerar que não houve lesão dos interesses patrimoniais da Câmara Municipal.

<sup>85</sup>FIGUEIREDO DIAS, «Algumas notas sobre o crime de participação económica de funcionário em negócio ilícito, previsto pelo artigo 427.º, n.º 1, do Código Penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3777, 1989, pp. 380 e 381

importante na medida em que exige que os interesses que o agente lesa e o quais teria que proteger se relacionam com o cargo que exerce. Em suma, terá de haver uma relação causal entre o cargo do agente e a vantagem patrimonial.

Nesta perspectiva podemos dizer que o sujeito que celebra o negócio jurídico com o funcionário age sempre motivado por interesses privados e na sua actuação faltará este requisito da relação causal entre o cargo que o agente exerce e a obtenção da vantagem patrimonial, até porque está inerente à sua actividade a prossecução de interesses privados e a intenção de obter vantagem económica.

A contraparte no negócio não tem interesses públicos a defender, não lhe cumpre a ela defender os interesses públicos postos aqui em causa. Os interesses que são protegidos por este tipo legal são os interesses públicos que se encontram confiados ao funcionário e não interesses que as pessoas que contraem negócios com ele estão encarregues de assegurar. Este sujeito está sempre a defender os seus interesses e não tem de cuidar pelos interesses do funcionário da mesma forma que não tem de cuidar dos interesses de uma empresa privada com quem celebre um negócio. Cada parte, em qualquer negócio, está encarregue de assegurar os seus interesses.

Pretendemos, com esta explicação, chegar à conclusão de que a conduta da contraparte no contrato celebrado pelo funcionário público (ou equiparado) não preenche o tipo objectivo de ilícito, dado que o tipo legal exige uma relação entre o cargo de funcionário e os interesses que saem lesados pela celebração do contrato. Facto é que não cumpre ao particular defender esses interesses, não lhe cumpre assim, em razão da sua função defender aqueles interesses patrimoniais que saem lesados. À contraparte não lhe cabe defender interesses públicos mas sim interesses privados. Assim, como FIGUEIREDO DIAS referiu o que está em causa é a punição da conduta do funcionário público que sobrepõe os interesses privados aos interesses públicos, o que faz com que não se pressuponha aqui a punição do sujeito privado que não só não tem interesses públicos a seu cargo como age sempre motivado por interesses privados, quer celebre um negócio com outro ente privado quer celebre o negócio com um ente público.

Acrescente-se, aliás, que se a contraparte fosse punida sempre que houvesse lesão dos interesses confiados ao funcionário público (ou equiparado) iria gerar-se uma grande incerteza, as pessoas teriam receio em celebrar mais contratos com entidades públicas, dado que poderiam mesmo sem saber incorrer num crime de «Participação Económica em Negócio».

A contraparte pode nem saber que está a lesar os interesses confiados ao funcionário mas se souber deverá ela não ser punida? Consideramos que mesmo nestes casos ela não deve ser responsabilizada criminalmente. Cogite-se numa hipótese em que a contraparte sabe que o funcionário iria lesar os interesses públicos que lhe estavam confiados e que se conforma com essa lesão, mesmo neste caso consideramos que a contraparte não deve ser punida. A contraparte pode ter conhecimento dessa lesão todavia não lhe cabe a ele defender os interesses tutelados pela norma incriminadora – não lhe cabe *em razão das suas funções* proteger os interesses públicos. Ainda nesta hipótese não está preenchido o tipo objectivo de ilícito de «Participação Económica em Negócio». O sujeito age, de igual forma, motivado por interesses privados, por interesses que lhe são inerentes – a obtenção do melhor negócio – estando dentro do normal funcionamento da economia de mercado. E esta solução funciona quer a proposta de celebração de negócio venha do funcionário quer da contraparte.

Cogite-se ainda a hipótese de a contraparte saber da situação de fraqueza do funcionário e aproveitar-se dessa situação de fraqueza para celebrar o negócio. Nestes casos a contraparte não deve igualmente ser punida, sendo os argumentos similares ao do caso anterior, a contraparte age de acordo com a filosofia dos negócios, obter um benefício económico e a ele não lhe cabe proteger os interesses lesados, nem que disso tivesse conhecimento.

O crime previsto no n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal é um crime de dever <sup>86</sup>, no qual o dever recai unicamente sobre o funcionário público, o dever de prosseguir aqueles interesses não recai sobre a contraparte no negócio. Aliás o presente tipo legal visa tutelar a legalidade do exercício das funções públicas. O legislador aqui quis punir a conduta do funcionário que contrai um negócio lesivo para os interesses do Estado em detrimento de interesses privados. O funcionário público não pode sobrepor os seus interesses privados na celebração de um negócio, mas o particular agirá sempre movido por interesses privados e não por interesses públicos.

Em conclusão, cumpre-nos dizer que se o legislador não considera a contraparte no negócio celebrado como autora do crime de «Participação Económica em Negócio», também não faz sentido puni-lo como co-autora, instigadora ou cúmplice do funcionário, tendo o legislador considerado aceitável que este sujeito prossiga interesses privados e não tenha a seu

---

<sup>86</sup> Crimes de dever são, no entendimento de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2007, p.767, aqueles em que «o facto é caracterizado em primeira linha não por uma acção, mas pela violação de um dever que recai unicamente sobre pessoas determinadas».

cargo a salvaguarda dos interesses públicos. Assim da letra da lei não resulta a punição da contraparte no negócio mostrando-se assim concludente que a contraparte no negócio celebrado pelo funcionário é apenas mero interveniente do crime e não agente do mesmo.

Por tudo o exposto, consideramos que o Ministério Público se pronuncia erradamente quando pronuncia a contraparte no negócio celebrado como co-autora<sup>87</sup> do ilícito em apreço.

Passemos, agora, à análise dos n.ºs 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal. Estes preceitos incriminam o funcionário público (ou equiparado) que receber vantagem 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 (n.º2) ou por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer (n.º3).

O sujeito que dá vantagem patrimonial, por efeito daqueles actos praticados, ao funcionário pode ser punido pelo crime de «Participação Económica em Negócio»? Consideramos que não. Com efeito, este sujeito não preenche o tipo objectivo de ilícito. Nestas duas normas apenas é criminalizado o comportamento daquele que receber um benefício económico e não daquele que oferecer vantagem patrimonial. O sujeito aqui é, ainda de forma mais clara que no n.º 1 do artigo, um mero interveniente do crime, a sua conduta é necessária dado que terá de haver um sujeito que dê vantagem ao funcionário público, contudo este sujeito não poderá ser considerado autor do crime, e também não poderá ser participante do mesmo.

O legislador teria de estipular uma norma para punir este sujeito, como não o fez então não o podemos punir<sup>88</sup>. Este sujeito pode ser punido pelo crime de «Recebimento Indevido de Vantagem» previsto no n.º 2, do artigo 372.º, do Código Penal ou pelo crime de «Corrupção Activa» previsto e punido nos n.º 1 e 2, do artigo 374.º, do Código Penal se estiverem preenchidos os respectivos tipos legais, todavia não poderá ser punido pelo crime de «Participação Económica em Negócio».

---

<sup>87</sup> Na co-autoria, seguindo a doutrina sufragada por CAVALEIRO FERREIRA, *Da Participação Criminosa*, 1934, p. 84, os co-autores dividem «a execução do crime, resultando do conjunto das suas acções individuais a realização plena do modelo descrito pela lei penal». A contraparte celebra um negócio com o funcionário, todavia, não toma parte directa na lesão dos interesses que estão confiados ao funcionário, ela não acorda, ainda que tacitamente com a lesão dos interesses do Estado, ela acorda na realização de um negócio jurídico que lhe traz benefícios económicos, e isto quer ela saiba da lesão dos interesses que incumbe ao funcionário salvaguardar.

<sup>88</sup> Não nos podemos esquecer do brocardo *nullum crimen sine lege* que dita que não poderá haver crime sem lei anterior que preveja a criminalização da conduta.

Afigura-se-nos agora oportuno qualificar o crime de «Participação Económica em Negócio» como crime monosubjectivo, na medida em que o único agente previsto no tipo legal é o funcionário público (ou equiparado). Com efeito, necessária será a intervenção de outros sujeitos, como tentámos clarificar, mas estes não são agentes do crime, são apenas meros intervenientes. Podemos ainda referir que estamos perante um crime de comparticipação necessária imprópria dado que o crime exige contributos de vários sujeitos para a realização típica, mas apenas é típica a conduta do funcionário, sendo atípica a conduta do outro interveniente necessário<sup>89</sup>.

Apesar de o crime de «Participação Económica em Negócio» ser um crime monosubjectivo, na sua realização típica podem cooperar, eventualmente, vários agentes, havendo pois vários comparticipantes.

Poderá, assim, o crime de «Participação Económica em Negócio» ser praticado em co-autoria, quando dois funcionários públicos (ou equiparados), tomarem parte directa na execução do facto quer por acordo, quer conjuntamente<sup>90</sup>. Podemos igualmente estar perante hipóteses de autoria mediata<sup>91</sup> de instigação<sup>92</sup> e de cumplicidade<sup>93</sup> em que todos os comparticipantes são funcionários públicos (ou equiparados).

Porém, podemos estar perante situações em que alguns comparticipantes não detenham a qualidade de funcionário exigida pelo presente tipo legal.

A nossa Lei Penal trata desta questão no artigo 28.º, do Código Penal que tem como epígrafe *ilicitude na comparticipação*, mas que apenas trata da comunicabilidade das

---

<sup>89</sup> No mesmo sentido PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2008, p.897, anotação 17 ao artigo 377.º, mas em sentido divergente e ao considerar este tipo como um crime de comparticipação eventual CONCEIÇÃO DERREIRA DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigos 308.º a 386.º*, 2001, p.732.

<sup>90</sup> Será o caso de dois funcionários que celebrem conjuntamente um negócio jurídico com uma entidade privada, alterando as condições do concurso para a celebração daquele negócio, e que com o mesmo lesem os interesses que lhes cabia defender, actuando ambos com vista à obtenção de participação económica ilícita.

<sup>91</sup> Cogite-se na hipótese de um funcionário público agir com domínio da vontade sobre outro funcionário público que celebra negócio jurídico lesivo. Imagine-se que o homem-de-trás engana o funcionário que celebra o negócio apresentando-lhe argumentos e elementos falsos para que este pense que o negócio jurídico é vantajoso quando na realidade é lesivo dos interesses patrimoniais da Administração, não querendo contudo o homem-da-frente lesar os interesses que estava incumbido de prosseguir nem de obter vantagem patrimonial.

<sup>92</sup> Pense-se na hipótese em que o funcionário levar outro funcionário a alterar as condições de um concurso público, para celebração de um negócio jurídico, incultando-lhe a ideia de alterar essas mesmas condições, revelando-lhe as vantagens económicas e determinando-o à celebração do negócio jurídico.

<sup>93</sup> Pense-se na hipótese em que o funcionário público se socorre de outro funcionário público para o ajudar na recepção do benefício económico, por exemplo abrindo uma conta bancária em nome deste.

*qualidades e relações especiais* nos crimes específicos<sup>94</sup>. Esta norma tem como pressuposto as regras em matéria da autoria previamente estabelecidas no artigo 26.º e 27.º, do Código Penal, não estabelecendo qualquer critério em termos de autoria no respeitante aos crimes por ele abrangidos, «antes parte do critério de autoria pressuposto neste artigo para o complementar em situações específicas»<sup>95</sup>.

Houve, pois, a necessidade de criação desta norma para regulamentar as situações em que surgiam dúvidas na orientação das normas gerais sobre autoria e participação (artigos 26.º e 27.º, do Código Penal) e os tipos incriminadores previstos na Parte Especial que exigissem como elemento objectivo<sup>96</sup> *qualidades ou relações especiais* do agente.

Ora, se não houvesse o artigo 28.º, do Código Penal, poderíamos estar perante situações de lacunas de punibilidade, situações em que alguns agentes do crime não seriam punidos, simplesmente pelo facto de não deterem as *qualidades ou relações especiais* exigidas pelo tipo incriminador, mesmo que o facto ilícito tivesse sido praticado com o domínio dos vários participantes. Desta forma, com o preceito em apreço «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 domínio do facto por parte do agente, ou seja, como critério geral estabelecido no artigo 26.º»<sup>97</sup>.

De facto, em regra os tipos incriminadores não exigem que o agente do crime reúna *qualidades ou relações especiais*, todavia, em alguns tipos dá-se a restrição do círculo de pessoas que podem incorrer na prática daqueles crimes originando deste modo tipos de delitos especiais.

O artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal estabelece pois que *se a ilicitude ou o grau da ilicitude dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta para tornar*

---

<sup>94</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre a comunicabilidade das *qualidades e relações especiais* do agente ver HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A Participação em crimes Especiais no Código Penal*, 1999; SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º, do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º3, 2005 e TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente Participando – O Âmbito de Aplicação do Art. 28.º do Código Penal*, 1988

<sup>95</sup> SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º, do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º3, 2005, p.356

<sup>96</sup> Segundo CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Tomo I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 1992, p.460 «a qualificação do agente é por isso circunstância essencial do facto objectivamente ilícito. O facto objectivamente ilícito é obra comum dos agentes e, desde que se verifique a qualificação em qualquer dos agentes (participantes), será imputado a todos»

<sup>97</sup> SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º, do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º3, 2005, p 357

*aplicável a todos os participantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora*<sup>98</sup>.

Pelo exposto verificamos que as qualidades especiais do agente – e nomeadamente a qualidade de funcionário público – pode ser comunicável, sendo para tal necessário que o *extraneus*<sup>99</sup> tenha conhecimento dessa qualidade<sup>100</sup>.

Assim, segundo esta norma, podemos estar perante diversas situações. Uma primeira é quando o autor mediato é *extraneus*, sendo o homem-da-frente *intraneus*<sup>101</sup>, aquele pode ser punido como autor do crime específico pela conjugação dos artigos 26.º e 28.º, do Código Penal desde o homem-da-frente tenha o domínio da vontade. Podemos, também ter o caso de o *extraneus* ou *extranei* actuarem conjuntamente com o *intraneus* ou *intranei*, havendo nesta hipótese condomínio do facto aqueles podem ser punidos segundo o artigo 26.º e 28.º do Código Penal. Podemos, também estar perante um caso em que o *extraneus* determina dolosamente o *intraneus* à prática do ilícito típico, havendo domínio da decisão por parte daquele, pode ser punido segundo as mesmas regras. Pode também um *intraneus* ser instigado por um *extraneus* (artigo 26.º e 28.º, do Código Penal) e o *intraneus* ser auxiliado moral ou materialmente (artigo 27.º e 28.º, do Código Penal) por um *extraneus* (ou pode o *intraneus* auxiliar moral ou materialmente o *extraneus*).

Relativamente aos participantes *intranei* a autoria decorre do artigo 26.º do Código Penal e a cumplicidade do artigo 27.º do mesmo diploma, enquanto nos participantes *extranei* a autoria decorre sempre da conjugação do artigo 26.º com o artigo 28.º, do Código Penal e a cumplicidade da conjugação dos artigos 27.º e 28.º, do mesmo diploma, alargando-se, assim, com o artigo 28.º do Código Penal o círculo de autores da norma incriminadora<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> Este tipo legal encontra-se limitado aos casos em que o tipo legal da Parte Especial exige certas relações ou qualidades especiais.

<sup>99</sup> O agente que não detém as *qualidades ou relações especiais* exigidas pelo tipo legal da Parte Especial.

<sup>100</sup> No mesmo sentido TERESA PIZARRO BELEZA, *Illicitamente Participando – O Âmbito de Aplicação do Art. 28.º do Código Penal*, 1988, p. 6, afirmando que «é evidente que é para tal necessário que isso seja conhecido de todos os outros».

<sup>101</sup> *Intraneus* é aquele agente que detém as qualidades ou relações especiais exigidas pelo tipo legal da Parte Especial.

<sup>102</sup> Contudo tal como refere SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º, do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, nº3, 2005, p. 358, «não se trata de um alargamento descontrolado, na medida em que a punição como autor de um *extraneus* por via do artigo 28.º pressupõe ainda que este detenha o domínio do facto nos termos do artigo 26.º do CP, por outras palavras, o facto é ainda e também obra sua».

Por conseguinte, segundo refere HENRIQUE SALINAS MONTEIRO «a consequência jurídica do artigo 28.º, n.º 1, do Código Penal consiste em permitir a aplicação da pena do crime especial a todos os participantes, desde que um deles seja *intraneus*»<sup>103</sup>.

Porém, pode-se encontrar excepções à regra da comunicabilidade das *qualidades ou relações especiais do agente*.

A parte final, do n.º 1, do artigo 28.º, do Código Penal considera que não são comunicáveis as qualidades ou relações especiais do agente quando outra for a intenção da norma incriminadora. Consagra-se assim aqui uma ressalva àquela regra geral<sup>104</sup>. Esta ressalva encontra-se ligada aos denominados crimes de «mão própria»<sup>105</sup>, porém tal como refere GERMANO MARQUES DA SILVA «alguns autores pretendem que a ressalva se refere aos denominados *crimes de mão própria* [...] mas não parece que assim seja necessariamente [...] tudo será, pois, questão de interpretação das normas em concreto»<sup>106 107</sup>. Desta forma consideramos que a ressalva da parte final do n.º1, do artigo 28.º, do Código Penal não diz apenas respeito aos *crimes de mão própria* e que outros crimes cabem nesta ressalva, crimes que pela análise do seu tipo objectivo se conclua que não pode ser aplicada a regra da comunicabilidade das qualidades ou relações especiais do agente. Pelo que, terá de se fazer uma interpretação norma a norma dos tipos da Parte Especial para averiguar se estes são compatíveis com a regra geral consagrada na primeira parte, do n.º 1, do artigo 28.º, do Código Penal.

No caso vertente, dado estarmos perante um crime específico, na qual a qualidade de funcionário público fundamenta no n.º 1 o grau de ilicitude e nos n.º 2 e 3 fundamenta a ilicitude, temos de analisar se essa qualidade pode ser comunicável.

Assim, todos os participantes terão de deter a qualidade de funcionário a quem foi confiado, por força das suas funções, interesses que lhe cabia administrar, fiscalizar, defender

---

<sup>103</sup> HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A Participação em crimes Especiais no Código Penal*, 1999, p.184

<sup>104</sup> Também o n.º 2, do artigo 28.º, do Código Penal, consagra uma ressalva à regra geral prevista na 1ª parte do n.º 1 do artigo 28.º, prescrevendo esta norma 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 intervisse*. Contudo, não nos vamos ocupar desta regra no presente estudo.

<sup>105</sup> Segundo TERESA PIZARRO BELEZA, *Ilicitamente Participando – O Âmbito de Aplicação do Art. 28.º do Código Penal*, 1988, p. 55 «“crimes de mão própria” são 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».

<sup>106</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, Teoria do Crime*, 2005 pp. 296 e 297

<sup>107</sup> No mesmo sentido HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A Participação em crimes Especiais no Código Penal*, 1999, p. 248

ou realizar (n.º 1 e 2) ou que estava encarregado, por força das suas funções, de ordenar ou fazer cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento (n.º 3).

Podemos dizer que a qualidade de funcionário público é uma qualidade especial e que fica abrangida pela norma do artigo 28.º, do Código Penal<sup>108</sup>.

Assim, temos de interpretar a norma no sentido de saber se cabe na ressalva da parte final do artigo 28.º, do Código Penal. Ora, nada nos permite concluir pela incompatibilidade com o regime previsto na primeira parte, do artigo 28.º, do Código Penal. Não é pelo facto de o crime ter de ser praticado por funcionário público (ou equiparado) que outras pessoas não poderão ser responsabilizadas pelo mesmo.

A efectiva lesão do Bem Jurídico – a autonomia intencional do estado – não se encontra só nas mãos do funcionário público (ou equiparado), os *extranei* podem, desde que preenchido o tipo objectivo de ilícito ser punidos por aquele crime. Na verdade como refere o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.12.1951<sup>109</sup> «as normas incriminadoras tendentes à defesa da sociedade dirigem-se a todos em geral». Consideramos, pois, que a comunicabilidade da qualidade de funcionário público prevista no artigo 377.º, do Código Penal, pode ser comunicada aos *extranei*. De facto, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.03.1996<sup>110</sup> refere mesmo que «aos crimes cometidos por titulares de cargos públicos no exercício das suas funções não está excluída a comunicabilidade da ilicitude».

Todavia, entendemos que o autor imediato tem de ser sempre funcionário público (ou equiparado) na medida em que apenas este tem capacidade, em função do seu cargo, de celebrar negócio jurídico que lese os interesses que lhe estão confiados. Porém, poderá então o *extraneus* ser um autor mediato instigador ou cúmplice<sup>111</sup>, tendo a execução do ilícito típico de ser realizada pelo *intraneus*. A co-autoria está dependente do caso concreto, tendo de se analisar se haverá divisão de tarefas, contudo não vislumbramos hipóteses onde tal seja possível.

---

<sup>108</sup> Neste sentido se pronunciam TERESA PIZARRO BELEZA, *Illicitamente Comparticipando – O Âmbito de Aplicação do Art. 28.º do Código Penal*, 1988, p. 8 e HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A Comparticipação em crimes Especiais no Código Penal*, 1999, p. 93

<sup>109</sup> In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

<sup>110</sup> In Colectânea de Jurisprudência, anoXXI, Tomo II, 1996

<sup>111</sup> Aqui importa ter em atenção tal como refere HENRIQUE SALINAS MONTEIRO *A Comparticipação em crimes Especiais no Código Penal*, 1999, p.155, que «a medida da pena dos cúmplices *extranei* – embora respondam pelo crime especial se o executor for um *intraneus* – será sempre determinada por aplicação das regras da atenuação especial da pena, por força do disposto no artigo 27.º, n.º 2, do Código Penal, não impedindo este resultado a redacção do artigo 28.º, n.º 1, do mesmo Código»

Acabamos, então, de defender que a qualidade de funcionário se comunica aos comparticipantes que actuem ao lado do funcionário público no crime de «Participação Económica em Negócio» não se aplicando a ressalva da parte final do n.º 1, do artigo 28.º, do Código Penal. Porém, não é condição suficiente para a punição dos comparticipantes que estes preencham o tipo objectivo de ilícito, necessário se torna que o tipo subjectivo de ilícito também se encontre igualmente preenchido, dado que não podemos esquecer que os pressupostos de punição são a ilicitude e a culpa<sup>112</sup>.

E aqui põe-se a questão da comunicabilidade da culpa.

Ora, a culpa não é comunicável e é isso que nos diz o artigo 29.º, do Código Penal ao referir que *cada participante é punido segundo a sua culpa independentemente da punição ou grau de culpa dos outros participantes*. Desde logo podemos referir e retirar desta norma que um participante pode ser punido e o outro não<sup>113</sup>.

O n.º 1, do artigo 377.º, do Código Penal, exige o dolo específico, que o agente aja com *intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita*, desta forma, os comparticipantes para serem punidos têm de agir todos com esse dolo específico, com essa intenção. Ora, se todos os comparticipantes agirem com dolo específico todos podem ser responsabilizados, se algum dos participantes agir sem essa intenção então esse participante não pode ser punido. No limite podemos mesmo ter casos em que o *extraneus* é punido, se agir com a intenção de obter vantagem económica, e o funcionário público não ser punido, se apesar de lesar em negócio jurídico não agir com a intenção de obter vantagem patrimonial (artigo 377.º, n.º1, do Código Penal).

Nos n.º 2 e 3, do mesmo normativo legal a solução será similar contudo não será necessário o dolo específico, bastando-se apenas o dolo eventual.

Face ao exposto, podemos afirmar que a questão da comparticipação no âmbito do crime de «Participação Económica em Negócio» terá de ser analisada caso a caso, verificando em que medida as normas do Código Penal que regulamentam esta matéria serão aplicadas.

---

<sup>112</sup> Como refere CAVALEIRO FERREIRA, *Lições de Direito Penal, Tomo I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, 1992, p 454, «a punição é a consequência da responsabilidade e a culpa é, por isso, tanto pressuposto da responsabilidade como da punição».

<sup>113</sup> Assim como refere GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, Teoria do Crime*, 2005, p. 291 «não é, pois, a comparticipação que é criminosa, mas antes a participação de cada agente inserida na comparticipação de todos os agentes».

## CONCLUSÃO

O aparecimento de casos que tiveram grande destaque mediático, principalmente por envolverem figuras conhecidas da sociedade portuguesa fizeram com que a corrupção – em sentido amplo<sup>114</sup> - ganhasse maior destaque. De facto, o problema do exercício ilegal das funções públicas, do aproveitamento dos cargos públicos para prossecução de fins privados é cada vez mais uma preocupação, não só ao nível dos Estados, como também ao nível global.

Um dos crimes que visa, precisamente, tutelar a legalidade e a imparcialidade do exercício das funções públicas é o crime que foi objecto do nosso estudo – o crime de «Participação Económica em Negócio». Este tipo incriminador tem, pois, como Bem Jurídico a autonomia funcional da Administração, pretendo aqui o legislador proteger valores supra-individuais.

Este delito contudo não é um crime isento de dificuldades. Contribuindo estas dificuldades para a sua difícil interpretação e para a sua reduzida aplicação jurisprudencial.

Feita uma análise da legislação de outros ordenamentos jurídicos podemos reparar que na maioria deles este crime não foi autonomizado. O que serve de pano de fundo à questão que com que nos colocamos – será necessária a autonomização deste tipo legal no direito penal português? É de sufragar uma resposta afirmativa à questão colocada, porém consideramos que não o deve ser nos moldes em que o é actualmente.

Com efeito, consideramos que a autonomização do n.º 1 é de facto importante, dado as condutas por ele criminalizadas não poderem ser enquadradas noutra tipo de ilícito e merecerem tutela penal. Todavia não podemos fazer o mesmo raciocínio com os n.º 2 e 3 do artigo 377.º, do Código Penal. Perfilhamos a opinião de que não haverá razões para autonomizar estes tipos, na medida em que podem ser enquadrados nos tipos de «Corrupção subsequente» e de «Recebimento Indevido de Vantagem», mostrando-se, mais próximos destes crimes do que do crime de «Participação Económica em Negócio». Consideramos, ainda que as molduras penais consagradas nos n.º 2 e 3, do artigo 377.º, do Código Penal se encontram desfasadas, na medida em que em comparação com os crimes que acabámos de enunciar são bastante reduzidas, e a conduta não é menos dolosa do que naqueles.

Um outro aspecto que tentámos evidenciar neste estudo prende-se com a questão da qualificação do crime de «Participação Económica em Negócio» como crime monosubjectivo, de comparticipação necessária imprópria. De facto, na realização típica do

---

<sup>114</sup> No sentido de abrangerem aqueles crimes que envolvem o mercadejar do cargo público e como envolvem uma infidelidade do exercício das funções públicas.

crime á a necessidade de actuação de pelo menos dois intervenientes, porém a tutela do Bem Jurídico apenas se dirige á conduta do funcionário público (ou equiparado), pelo que o outro interveniente necessário não poderá ser responsabilizado penalmente.

Este todavia não é o entendimento que tem sido seguido pelo Ministério Público, mas é aquele que consideramos mais correcto, dado que a contraparte no negócio ou o sujeito que dá vantagem patrimonial ao funcionário público não poderão ser considerados agentes do crime.

A contraparte no negócio celebrado pelo funcionário (artigo 377.º, n.º1, do Código Penal) apenas podia ser punida se houvesse um tipo previsto que previsse essa hipótese, porém consideramos igualmente que não deve ser criado um tipo deste género. O comportamento do agente não é passível de punição, nem o deve ser. O agente age com base na filosofia do negócio, e agiria do mesmo modo se estivesse a fazer um negócio perante outro particular, e não podemos pôr a seu cargo a protecção dos interesses públicos.

Apesar de a contraparte do crime não poder ser punida pelo crime de participação económica em negócio tem de se frisar que outros participantes, facultativos, podem intervir na realização do delito. E aí surgem de novo várias questões. A primeira questão prende-se desde logo com o tipo objectivo do ilícito na medida em que ele exige que o agente do crime seja funcionário, ou seja, exige uma qualidade especial do agente. Como referimos *supra*, esta qualidade especial é comunicável aos outros agentes que participam com o funcionário público (ou equiparado), nos termos do disposto do n.º 1, do artigo 28.º, do Código Penal, já que este crime não preenche a ressalva da parte final daquela disposição. Outra questão prende-se com a (in)comunicabilidade da culpa, nomeadamente porque o n.º 1 do artigo 377.º exige o dolo específico. Como referimos este dolo específico, e dolo eventual dos outros números do artigo não são comunicáveis, dado que a culpa não é comunicável nos termos do artigo 29.º, do Código Penal.

A matéria da comparticipação é uma matéria que embora seja densamente desenvolvida no seio quer da doutrina portuguesa quer no seio da doutrina internacional, não isenta de dificuldades de interpretação prática e apenas analisando o caso concreto poderá ser correctamente explanada.

Por fim, e à guisa de conclusão, podemos dizer que este tipo incriminador reveste de extrema importância dado que se tem de ter em conta que não só as instituições saem defraudadas com a actuação ilícita do funcionário público, também os interesses dos particulares saem defraudados, nomeadamente quando é posto em causa o Princípio da Imparcialidade da Administração pública.

## BIBLIOGRAFIA

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

*Actas das Sessões da Comissão revisora do Código Penal, Parte Especial*, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979

BELEZA, Teresa Pizarro, “Ilicitamente Comparticipando – O âmbito de aplicação do artigo 28.º do Código Penal”, *Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia*, Coimbra, 1984

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil, Tomo I, Parte Geral*, 3.ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2005

CORREIA, Eduardo, “Código Penal, Projecto da Parte Geral”, *Separata do Boletim do Ministério Público*, n.º 127, 1963

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, Tomo II, Livraria Almedina, Coimbra, 1965

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

COSTA, José de Faria Costa, *Direito Penal e Globalização – Reflexões não locais e pouco Globais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

DEVESA, Jose Maria Rodriguez/GOMEZ, Alfonso Serrano, *Derecho Penal Español, Parte Especial, Decimotava edición revisada y puesta al día*, Dykinson, Madrid, 1995

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

DIAS, Jorge Figueiredo, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo III, artigo 308.º a 386.º*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro, *Da participação criminosa*, Oficinas Gráficas, Lisboa, 1934

FERREIRA, Manuel Gonçalves Cavaleiro, *Lições de Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Reimpressão da 4.ª edição de Setembro de 1992, Almedina, Maio 2010

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português, Anotado e Comentado – Legislação Complementar*, 17.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira/ SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, *Código Penal anotado*, II Volume, 3.ª edição, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2000

MONTEIRO, Henrique Salinas, *A participação em crimes especiais no Código Penal*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999

PEREIRA, Margarida Silva, *O objecto da participação no código penal de 1982*, Lisboa, Dissertação de Mestrado em direito penal, policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo II, Teoria do Crime*, 2.ª edição revista e actualizada, Editorial Verbo, Lisboa, 2005

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português, Parte Geral, Tomo I, Introdução e Teoria da Lei Penal*, Editorial Verbo, 2.ª edição Revista, 2005

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, Julho a Setembro de 2005

## JURISPRUDÊNCIA:

- Relativamente ao crime de «Participação Económica em Negócio»:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.05.1986, Processo 038290, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.06.1996, Processo 000223,5 *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 04.07.2001, Processo 0111373, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 03.12.2008, Processo 159/00.7JAGR.D.C2, *in* [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14.05.1986, *in* Boletim do Ministério de Justiça n.º 357, página 216
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.12.1996, *in* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 462, página 264
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 674/99, Processo n.º 24/97, *in* [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 326/05, Processo n.º 383/2005, *in* [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)

- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 516/09, Processo n.º 582/09, in [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 577/2009, Processo n.º 619/09, in [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/](http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/)
- Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de Felgueiras, 2.º Juízo, do Processo comum colectivo n.º 49/00.3 JABRG In <http://static.publico.clix.pt/docs/politica/acordaofelgueiras.pdf>
- Acórdão do 2º Juízo Criminal do Tribunal Judicial da Comarca de Oeiras, do Processo comum colectivo n.º 712/00.9 JFLSB, in <http://www.slideshare.net/ExpressoMultimedia/leia-o-acrdo-que-condenou-isaltino>

- Relativamente à matéria da «Comparticipação»:

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.03.2004, Processo 03P3364, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.10.2004, Processo 04P1875, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10.10.2007, Processo 07P2684, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15.04.2009, Processo 09P0583, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.05.2009, Processo 09P0484, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.05.2009, Processo 58/07 PRLSN.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.05.2010, Processo 18/07.2 GAAMT.P1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 17.03.2004, Processo 0345083, In [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

- Relativamente à comunicabilidade das «qualidades e relações especiais do agente»:

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.03.1996, In Colectânea de Jurisprudência, ano XXI, Tomo II, ano 1996

## PARECERES DO CONSELHO CONSULTIVO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA:

- Parecer P000812007, com data de votação de 24.07.2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)
- Parecer P000931989, com data de votação de 25.05.1990, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)

