



CATÓLICA PORTO
ESCOLA DE DIREITO

DA IMPORTÂNCIA DO CRIME DE INFIDELIDADE NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO

Dissertação de Mestrado em Direito na área de Direito Criminal

Por Maria Rita Oliveira Ramos

Sob orientação do Professor Doutor Damião da Cunha

Universidade Católica Portuguesa
Escola de Direito
Porto 2014

Índice

Lista de abreviaturas	3
1 - Introdução.....	4
2 - Âmbito do crime de infidelidade	7
2.1 - Agente.....	7
2.2 - Bem jurídico	8
2.3 - Sujeito passivo do crime e ofendido	8
2.4 - Tipo objetivo de ilícito	9
2.4.1 - Condutas.....	9
2.4.2 - Resultado	10
2.5 - Tipo subjetivo de ilícito.....	11
2.6 - O caso particular do crime de administração danosa	12
3 - Breve alusão ao direito comparado	17
3.1 - Código Penal Alemão.....	18
3.2 - Código Penal Suíço	20
3.3 - Código Penal Espanhol	21
3.4 - Código Civil Italiano	24
4 - Distinção entre o crime de infidelidade e o crime de abuso de confiança.....	27
5 - Distinção entre o crime de infidelidade e o crime de burla	33
6 - Conclusão	38
Bibliografia	40
Monografias	40
Artigos.....	43
Pareceres	43

Jurisprudência	43
Legislação	45
Outros <i>sites</i>	45

Lista de abreviaturas

APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CCiv – Código Civil

Cf. – Confira

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

Ed. – Edição

N.º – Número

p. – página

PANCP – *Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal*

PCP – *Proyecto de Código Penal*

pp. – páginas

RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais

RFDL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Vol. – Volume

1 - Introdução

O crime de infidelidade, atualmente previsto e punido pelo artigo 224.º do CP, ocupa um espaço próprio entre os crimes contra o património (Título II do Livro II do CP), demarcando-se do crime de abuso de confiança (artigo 205.º, n.º4 do CP) e do crime de burla (artigo 218.º n.ºs 1 e 2, alíneas a) e c) do CP).

Este tipo legal de crime foi originalmente introduzido por um estudo de Eduardo Correia¹, em 1960, com o propósito de completar o delito de abuso de confiança, uma vez que este último exclui do seu âmbito as hipóteses em que o agente não atua com a intenção de apropriação. Na altura, essas situações eram apenas tratadas na esfera do direito civil, dando origem a uma indemnização civil. Porém, o ilícito de infidelidade já existia noutros sistemas mais modernos, como o alemão (§ 266.º do CP de 1871), o espanhol (artigo 774.º do CP de 1822), o suíço (artigo 159.º do CP de 1942) e o dinamarquês (artigo 280.º do CP de 1933)².

Em 1966, a Comissão Revisora do CP, presidida por Eduardo Correia, após algumas hesitações em prever o delito de infidelidade relacionadas com “o perigo de que, ante a eventualidade de uma sanção penal, as pessoas se furtem a ocupar cargos de representação voluntária”³, decidiu-se pela sua consagração, optando por uma formulação genérica (como, *v.g.*, o artigo 159.º do CP Suíço), em detrimento de uma tipificação taxativa das situações (como, *v.g.*, o § 266.º do CP Alemão de 1871⁴), limitando, porém, o tipo de ilícito para não alcançar a amplitude do mencionado preceito do CP Suíço⁵.

Por conseguinte, o CP de 1982, que veio substituir o CP de 1886, tipificou pela primeira vez o ilícito de infidelidade no seu artigo 319.º. Posteriormente, com a revisão do CP operada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, a infidelidade passou a

¹ Cf. EDUARDO CORREIA – “O crime de abuso de confiança (alguns problemas)”, RLJ, diretor: Manuel Chaves e Castro, ano 93, Coimbra: Coimbra Editora, 1960-1961, pp. 54-55.

² *Ibidem*, pp. 54-55, 2ª nota de rodapé.

³ Cf. Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, p. 156.

⁴ Saliente-se, no entanto, que o atual § 266.º do CP Alemão apresenta-se como disposição genérica, havendo inúmeras leis especiais que se encarregam de a concretizar, nomeadamente, em matéria de sociedades comerciais e seguros – neste sentido, MIGUEL MACHADO, “Relevância sistemática do crime de infidelidade patrimonial – Insuficiência na quesitação do abuso de confiança e da burla – Aplicação no tempo do novo Código de Processo Penal”, ROA, Ano 51 – Vol. III, dezembro, 1991, pp. 810-811.

⁵ Cf. Actas, ob. cit., p. 163.

constar do artigo 224.º do referido código, sem se introduzirem alterações de fundo. Mais tarde, a Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, e depois, a Lei n.º 19/2013, de 21 de Fevereiro, modificaram o n.º 4 do artigo 224.º do CP devido às alterações inseridas nos artigos 206.º e 207.º do CP, respetivamente.

Contudo, a técnica utilizada pelo legislador na tipificação do crime de infidelidade não foi muito feliz, pois este recorreu a elementos muito restritivos. Com efeito, o artigo 224.º do CP pressupõe que o agente atue não apenas com dolo intencional, mas também com “grave violação dos deveres” que lhe competem e que o prejuízo patrimonial causado à vítima seja “importante”.

Acresce ainda que não existe qualquer definição do que se deva entender por “prejuízo patrimonial importante”, nem por “grave violação dos deveres”, sendo a utilização de conceitos indeterminados outro dos problemas que a redação deste artigo levanta.

Por outro lado, o procedimento criminal pelo crime de infidelidade depende de queixa (n.º 3 do artigo 224.º do CP), ou de acusação particular (alínea a) do n.º 1 do artigo 207.º por remissão do n.º 4 do artigo 224.º, ambos do CP), e só tem legitimidade para apresentar queixa, salvo situações excepcionais, o ofendido, ou seja, o titular dos interesses que a lei quis especialmente proteger com a incriminação (artigo 113.º, n.º 1 do CP), podendo o ofendido constituir-se assistente no processo penal (artigo 68.º, n.º 1, alínea a) do CPP). Desta forma, na hipótese de estar em causa uma sociedade, e uma vez que o artigo 224.º protege o património desta e não o do seus sócios, o ofendido será a sociedade e não os seus sócios, carecendo estes últimos de legitimidade para apresentarem queixa e para se constituírem assistentes. Ora, frequentemente surgem acórdãos que negam provimento ao recurso interposto por um dos sócios, pois consideram que estes não têm legitimidade para se constituírem assistentes nos processos penais em que o ofendido é a sociedade⁶.

Além disso, o direito de queixa extingue-se no prazo de seis meses a contar da data em que o titular teve conhecimento do facto e dos seus autores, ou a partir da morte do ofendido, ou da data em que ele se tiver tornado incapaz, ou da data em que perfizer 18 anos (artigo 115.º n.ºs 1 e 2 do CP). Consequentemente, uma vez que o prazo para o exercício deste direito é reduzido, muitas vezes o ofendido não exerce

⁶ Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de outubro de 2013, Processo n.º 210/11.5TELSB.L1, in www.pgdlisboa.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de maio de 2007, Processo n.º 6979/06, in www.pgdlisboa.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de setembro de 2005, Processo n.º 7063/05, in CJ, n.º 185, Tomo IV, 2005, pp. 141-143, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de março de 2011, Processo n.º 1438/05.2TAVFR-A.P1, in www.dgsi.pt.

tempestivamente o mesmo e o Ministério Público arquiva o inquérito (artigos 276.º e 277.º, n.º1 do CPP) com fundamento na sua extinção⁷.

É precisamente por causa destas exigências que o crime de infidelidade acaba por ter pouca aplicabilidade prática, como o comprovam as estatísticas da APAV referentes aos crimes contra o património, para o ano de 2012, que apesar de não atribuírem uma percentagem específica ao total de crimes registados de infidelidade, inserem-no na percentagem de 3,4% relativa a “outros crimes contra o património”, ao passo que o crime de abuso de confiança apresenta uma percentagem de 18,4% de total de casos registados e o crime de burla de 11,5%⁸.

Para uma melhor compreensão da rigidez dos elementos do tipo de crime de infidelidade, o presente trabalho iniciará com uma análise detalhada do mesmo. Em seguida, de forma a ficarmos com uma noção da abordagem que os outros ordenamentos jurídicos fazem ao crime de infidelidade, faremos uma pequena menção aos ordenamentos mais relevantes neste âmbito. Depois, procederemos à sua distinção do crime de abuso de confiança, que é, sem margem para dúvidas, a diferenciação mais importante, na medida em que explica a função do ilícito de infidelidade. Para finalizar, dedicaremos um capítulo à distinção entre o crime de infidelidade e o crime de burla, este já não tão próximo do delito de infidelidade.

⁷ É o que sucede no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14 de março de 2000, Processo n.º 426/99, *in* CJ, Tomo II, 2000, pp. 280-281.

⁸ Cf. Estatísticas APAV – em foco: Crimes Contra o Património *in* http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_EmFoco_Crimes_Contra_Patrimonio.pdf, p.5.

2 - Âmbito do crime de infidelidade

2.1 - Agente

Como realçou o Autor do Anteprojeto do CP de 1982, EDUARDO CORREIA, o delito de infidelidade tem subjacente a ideia ética da confiança⁹. Somente a pessoa a quem foi confiado o dever de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios, pode ser o agente deste crime, tratando-se, por isso, de um crime específico próprio¹⁰. Deste modo, tendo em conta os elementos restritivos do ilícito de infidelidade, sustentamos que a qualidade ou relação especial do agente não é comunicável aos participantes que não a tenham, de acordo com a exceção consagrada na segunda parte do artigo 28.º, n.º 1 do CP¹¹.

Essa relação de confiança pode resultar diretamente da lei (como, por exemplo, os poderes dos pais, tutores e curadores em relação ao património dos filhos, menores ou inimputáveis, do cabeça de casal, do administrador judicial, entre outros) ou de ato jurídico (como, por exemplo, a procuração com poderes para administrar o património, a indicação de testamenteiro ou a nomeação ou eleição do(s) gerente(s) de uma pessoa coletiva)¹².

Sempre que o ato jurídico que fundamenta os poderes do agente é válido, não se suscitam quaisquer dificuldades; o problema coloca-se quando esse ato é ineficaz. Considerando essa situação, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS sugeriu, na Sessão da Comissão Revisora do CP, a criação de um número, com o fim de evitar a não aplicação deste artigo quando, juridicamente, não se tivesse criado a posição do garante da confiança, cuja redação seria a seguinte: “O disposto nos números anteriores é aplicável ainda quando o ato jurídico que fundamenta a posição de confiança do agente for ineficaz”¹³. Em resposta, EDUARDO CORREIA considerou que a criação

⁹ Cf. Actas, ob. cit., pp. 164-165.

¹⁰ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO – “Anotação ao artigo 224º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 364. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 700.

¹¹ No mesmo sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., pp. 364-365. Em sentido diverso, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 700.

¹² Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 365. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 700. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS – “Anotação ao artigo 224º do Código Penal” in *Código Penal: referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 594.

¹³ Actas, ob. cit., pp. 164-165.

desse número era dispensável e que devia ser a doutrina a resolver o problema. Acrescentou ainda que “deve entender-se que a ineficácia do acto jurídico não destrói a aplicação do tipo (algo semelhante ao que se passa no crime de bigamia). Ressalvam-se tão-só aqueles casos em que nem sequer há aparência de vínculo”¹⁴.

Quando está em causa já não a ineficácia do ato jurídico, mas a sua invalidação (declaração de nulidade ou anulação), entendemos que a mesma não exclui a aplicação do ilícito criminal, salvo se a invalidade resultar de um comportamento ilícito imputável ao titular do bem jurídico protegido¹⁵. Assim, por via de regra, os poderes e deveres do agente só cessam no momento da declaração de invalidade do ato jurídico.

2.2 - Bem jurídico

O bem jurídico protegido pelo artigo 224.º do CP é o património¹⁶ (sobre o conceito de património ver a distinção entre o crime de infidelidade e o crime de burla), englobando outras realidades jurídicas para além da propriedade.

2.3 - Sujeito passivo do crime e ofendido

O sujeito passivo do crime de infidelidade é o titular dos interesses patrimoniais tutelados pela norma incriminadora (artigo 113.º, n.º1 do CP e artigo 68.º, n.º1, alínea a) do CPP). Assim, por exemplo, no caso de uma sociedade, o artigo 224.º do CP protege o património desta e não o dos sócios, daí que os mesmos não tenham legitimidade para se constituírem assistentes num processo-crime em que a ofendida é a sociedade¹⁷. Por sua vez, na hipótese de desvio, pela anterior administração do condomínio, de dinheiro entregue pelos condóminos para o pagamento de despesas comuns do edifício, só tem legitimidade para se constituir assistente em processo-crime em que esteja em causa esse descaminho os condóminos, e já não a(o) nova(o)

¹⁴ *Ibidem*, p. 165.

¹⁵ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 365. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 699. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS – “Infidelidade” in *Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 211. MÁRIO MANUEL VARGES GOMES – “O crime de infidelidade (Artigo 319.º)” in *Crimes Contra o Património em Geral: Notas ao Código Penal: artigos 313.º a 333.º*/ anotado por Arlindo Lopes de Almeida... [et al.], Lisboa: Rei dos Livros, 1983, p. 75.

¹⁶ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 364. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 698.

¹⁷ Neste sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de outubro de 2013, Processo n.º 210/11.5TELSB.L1, in www.pgdlisboa.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de maio de 2007, Processo n.º 6979/06, in www.pgdlisboa.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de setembro de 2005, Processo n.º 7063/05, in CJ, n.º 185, Tomo IV, 2005, pp. 141-143, e o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de março de 2011, Processo nº 1438/05.2TAVFR-A.P1, in www.dgsi.pt.

administração(administrador) do condomínio¹⁸. Por outro lado, no caso de ter sido cometido um crime de infidelidade contra um terreno baldio, uma vez que o interesse que se protege neste delito é o interesse económico do titular dos direitos patrimoniais desbaratados, ou seja, da comunidade de compartes no seu todo, e não de cada um dos compartes que a integra, só o conselho diretivo, órgão representativo dos interesses dos compartes, goza de legitimidade para se constituir assistente¹⁹.

2.4 - Tipo objetivo de ilícito

2.4.1 - Condutas

No crime de infidelidade é possível distinguir dois tipos de condutas:

- abusar grave e intencionalmente do poder de disposição;
- violar grave e intencionalmente os deveres de administração ou de fiscalização.

A este delito subjaz, portanto, um conceito amplo de administração²⁰, que abarca quer os atos de mera administração ou de ordinária administração, quer os atos de disposição. Os atos de mera administração ou de ordinária administração são “os correspondentes a uma gestão comedida e limitada, donde estão afastados os actos arriscados, susceptíveis de proporcionar grandes lucros, mas também de causar prejuízos elevados. São os actos correspondentes a uma actuação prudente, dirigida a manter o património e a aproveitar as suas virtualidades normais de desenvolvimento, mas alheia à tentação dos *grandes voos*, que comportam risco de *grandes quedas*”²¹, pelo contrário, os atos de disposição são os que “dizendo respeito à gestão do património administrado, afectam a sua substância, alteram a forma ou a composição do capital administrado, atingem o fundo, a raiz, o casco dos bens. São actos que ultrapassam aqueles parâmetros de actuação correspondente a uma gestão de prudência e comedimento, sem riscos”²².

A conduta do agente tanto pode ser comissiva, se este realiza uma atividade que causa um prejuízo patrimonial importante, como omissiva, se este não impede a

¹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 4 de março de 2010, Processo n.º 824/09.3TALLE-A.E1, in www.dgsi.pt.

¹⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de março de 2001, Processo n.º 0041344, in CJ, Tomo II, 2001, pp. 218-222.

²⁰ No mesmo sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366.

²¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 407-408.

²² *Ibidem*, p. 408.

produção desse resultado^{23/24}. Desta forma, o agente pode causar um prejuízo patrimonial importante através da celebração de negócios com terceiros lesivos dos interesses patrimoniais da vítima ou mediante um ataque direto a esses interesses, bem como por meio da omissão de uma ação judicial ou da interposição de um determinado recurso²⁵.

2.4.2 - Resultado

A conduta ativa ou passiva do agente tem de causar um prejuízo patrimonial ao titular dos interesses que lhe estão confiados. Contudo, para efeitos deste crime, não basta que os interesses patrimoniais sofram um qualquer prejuízo patrimonial, torna-se necessário que o mesmo seja importante. Esta exigência vem limitar o número de situações subsumíveis ao crime de infidelidade. A infidelidade é, portanto, um crime de dano (no que concerne ao grau de lesão do bem jurídico tutelado)²⁶ e um crime material ou de resultado (no que toca à forma de consumação do ataque ao objeto da conduta)²⁷.

Relativamente ao conteúdo do prejuízo patrimonial, este pode consistir na diminuição do ativo patrimonial ou no aumento do passivo patrimonial, mas também na ausência de diminuição do passivo ou de incremento do ativo, ou seja, na perda de um benefício logicamente expectável que teria sido possível com uma gestão leal²⁸. O mesmo é dizer que o prejuízo patrimonial abrange os danos emergentes, bem como o lucro cessante.

²³ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., pp. 698-699. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 212. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, ob. cit., p. 595. MÁRIO MANUEL VARGES GOMES, ob. cit., p. 77.

²⁴ É claro que se o agente não tinha a intenção de prejudicar, o delito de infidelidade não está preenchido por falta de dolo direto ou necessário.

²⁵ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 699.

²⁶ Em sentido análogo, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 211. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 698. JORGE DIAS DUARTE – “Crime de abuso de confiança e de infidelidade”, RMP, diretor: Eduardo Maia Costa, ano 20, n.º 79, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999, pp. 82-83.

²⁷ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 698. MÁRIO MANUEL VARGES GOMES, ob. cit., pp. 76-77.

²⁸ No mesmo sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366. GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FERMÍN MORALES PRATS – “Comentario al artículo 295.º del Código Penal” in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares ; coordenado por Fermín Morales Prats, 2ª ed., Elcano: Aranzadi, 2001, p. 1355, a propósito do crime de “administración fraudulenta”, que é semelhante ao crime de infidelidade, embora restrito ao âmbito societário.

Tendo em conta que o legislador não definiu o que se deve entender por “prejuízo patrimonial importante”, sustentamos que essa “importância” deve ser apurada por referência ao valor elevado (artigo 202.º, alínea a) do CP), isto é, exceda as 50 unidades de conta – critério objetivo –, e/ou atendendo às consequências que esse prejuízo teve na situação económica da vítima – critério subjetivo²⁹. Deste modo, o prejuízo patrimonial pode ser considerado importante quando for de valor elevado, mas a vítima não fique numa situação económica difícil, ou pelo contrário, a vítima fique numa situação económica difícil, mas o valor não é elevado³⁰.

2.5 - Tipo subjetivo de ilícito

De acordo com o artigo 224.º do CP, a atuação do agente tem de ser “intencional”, ou seja, tudo parece apontar no sentido de que a culpa tem de revestir a forma de dolo direto – exigindo-se, assim, que o agente represente o facto que preenche o crime de infidelidade, atuando com intenção de o realizar (artigo 14.º, n.º1 do CP). Não existem dúvidas que se encontra afastado o dolo eventual e a negligência; as incertezas surgem relativamente ao dolo necessário.

Na nossa ótica, o tipo subjetivo de infidelidade pode ser preenchido a título de dolo necessário (artigo 14.º, n.º2 do CP), pois entendemos que a expressão “intencional”, utilizada no artigo 224.º, deve ser compreendida como a consciência ou conhecimento do agente de que, através da sua conduta, vai causar inevitavelmente um prejuízo patrimonial alheio³¹. Portanto, consideramos que se encontram abrangidas pelo referido artigo aquelas situações em que, apesar do principal objetivo não ser a provocação de um prejuízo patrimonial importante, o agente tem consciência que a sua conduta terá necessariamente essa consequência.

²⁹ Em sentido análogo, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 367. MÁRIO MANUEL VARGES GOMES, ob. cit., pp. 77-78. Defendendo apenas a utilização do critério objetivo, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 699.

³⁰ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 367.

³¹ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 368. JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 81. Em sentido diverso, defendendo a exclusão do dolo eventual e do dolo necessário, a Comissão Revisora do CP de 1966 (Actas, ob. cit., p. 164). JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 213. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 699. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, ob. cit., p. 595. MÁRIO MANUEL VARGES GOMES, ob. cit., p. 76. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” in *Código Penal Português : Anotado e Comentado : Legislação Complementar*, 18.ª ed, Coimbra: Almedina, 2007, p. 827.

Não concordamos, no entanto, com a exigência de dolo específico para o preenchimento do tipo subjetivo, como o faz alguma jurisprudência^{32/33}, pois trata-se de uma expressão cujo conteúdo não se encontra clarificado, gerando alguma confusão de terminologia, embora os autores que a utilizem acabem por se referir à motivação do agente³⁴. Ora se a lei não faz nenhuma alusão à motivação daquele, esta não pode ter relevo no que toca à imputação subjetiva dolosa.

Torna-se ainda imprescindível, para além do dolo direto ou necessário, que o agente aja com “grave violação dos deveres” por ele assumidos. Desta forma, não basta uma qualquer violação, exigindo-se que a mesma seja grave. Estamos assim perante uma exigência subjetiva, que acresce à intenção do agente de originar um prejuízo patrimonial, e que comprova a excessiva preocupação do legislador em restringir o número de situações suscetíveis de integrarem o delito de infidelidade³⁵.

2.6 - O caso particular do crime de administração danosa

O crime de administração danosa, previsto no artigo 235.º do CP, representa uma forma qualificada do crime de infidelidade (artigo 224.º do CP), uma vez que prevê uma pena abstratamente superior (pena de prisão até 5 anos ou pena de multa até 600 dias) à consagrada para este delito (pena de prisão até 3 anos ou pena de multa)³⁶. Esta qualificação justifica-se por razões relacionadas com a qualidade do agente (desvalor de ação), que tem capacidade para vincular a empresa pública ou

³² Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de novembro de 2003, Processo n.º 6513/03, in www.pgdlisboa.pt, no qual se lê “este tipo legal, previsto no artigo 319.º do CP de 1982 e atualmente no 224.º do CP de 1995, pressupõe a existência de dolo específico, intenção de ter agido com a consciência e vontade de causar prejuízo patrimonial”, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de junho de 1991, Processo n.º 041862, in www.dgsi.pt, onde se afirma que o crime de infidelidade previsto no artigo 319.º do CP tem como requisito o dolo específico, consistindo o mesmo “na representação pelo agente do tipo legal do crime com consciência da ilicitude do seu procedimento e ainda na vontade do efeito verificado ou na consciência de que o mesmo resulta da sua actividade”.

³³ Partilham o nosso entendimento, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 369. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, ob. cit., p. 827. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 213. Contra este entendimento, CARLOS ALEGRE – “Infidelidade” in *Crimes Contra o Património: Notas ao Código Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º3, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1988, p. 126.

³⁴ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 369. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, ob. cit., p. 827.

³⁵ No mesmo sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 368.

³⁶ No mesmo sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE – “Anotação ao artigo 235º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 540, 556 e 557.

cooperativa perante terceiros, e com o caráter público ou cooperativo dos valores patrimoniais atingidos (desvalor de resultado)³⁷.

Deste modo, as condutas que integram o crime de administração danosa poderiam ser subsumíveis quase na sua totalidade no crime de infidelidade; no entanto, não o são devido à divergência que existe relativamente ao tipo subjetivo, pois enquanto o artigo 224.º do CP exige que a atuação do agente seja “intencional” – fazendo acrescidas exigências subjetivas de modo a limitar o número de situações abrangidas pelo referido preceito –, o artigo 235.º do CP adota os critérios e os princípios gerais do dolo³⁸. Contudo, caso falte algum dos fundamentos para a qualificação de uma determinada conduta como típica do crime de administração danosa, é comum aplicar-se o crime de infidelidade³⁹. Por outro lado, verificando-se, no caso concreto, a factualidade típica do crime de administração danosa (artigo 235.º, n.º1 do CP) e do crime de infidelidade (artigo 224.º do CP), estamos perante um concurso aparente (especialidade), aplicando-se a pena prevista no artigo 235.º, n.º1 do CP⁴⁰.

Outro das diferenças que importa acentuar entre o crime de administração danosa e o crime de infidelidade refere-se ao resultado típico daquele delito. Com efeito, a conduta do agente do crime de administração danosa tem de causar um “dano patrimonial importante”⁴¹. O artigo 235.º, n.º1 do CP foi influenciado pelo § 165.º do CP da antiga República Democrática Alemã, de 12 de Janeiro de 1968; de acordo com este último, era elemento do tipo objetivo um *bedeutenden wirtschaftlichen Schaden* (“dano económico significativo”)⁴².

O “dano” (artigo 235.º do CP), à semelhança do “prejuízo” (artigo 224.º do CP), tanto pode consistir na diminuição do ativo patrimonial ou no aumento do passivo

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 540, 551 e 552.

³⁹ *Ibidem*, p. 540.

⁴⁰ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 371. MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 556. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 700.

⁴¹ De notar que, a expressão “dano patrimonial importante” veio substituir a fórmula anterior à Reforma de 1995 “dano material”; acabando com a forma privilegiada do ilícito resultante do “valor insignificante” do dano patrimonial (n.º 4 do artigo 333.º do CP de 1982) e com a possibilidade de uma forma qualificada pelo “valor consideravelmente elevado” do referido dano (n.º 3 do mesmo artigo). Cf. ANDRÉ LAMAS LEITE – “Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa no Código Penal Português”, RBCC, coordenação: Helena Regina Lobo da Costa, ano 20, Vol. 97, 2012, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 292.

⁴² *Ibidem*, p. 284.

patrimonial, como na ausência de um acréscimo patrimonial⁴³. Todavia, de acordo com MANUEL DA COSTA ANDRADE⁴⁴, tendo em conta que no crime de administração danosa estão em causa unidades económicas do sector público ou cooperativo, podem existir atos de gestão que, segundo um critério contabilístico, não causam uma diminuição do património da unidade, mas em que se deve entender que provocam um dano patrimonial, pois comprometem a subsistência e a finalidade da empresa pública ou cooperativa.

Além disso, para o preenchimento da factualidade típica do crime de administração danosa não é suficiente um qualquer tipo de dano, torna-se necessário que o mesmo seja “importante”. Na esteira de MANUEL DA COSTA ANDRADE⁴⁵, a expressão “importante” deve ser compreendida de maneira diferente no âmbito do crime de infidelidade (um delito estritamente patrimonial) e no âmbito do crime de administração danosa (um delito de índole económica). Para este autor, a aferição da “importância” do dano no crime de administração danosa, de modo análogo ao que sucede no crime de infidelidade, deve ser feita através de um critério objetivo e de um critério subjetivo; contudo, MANUEL DA COSTA ANDRADE⁴⁶ defende que não basta atender a apenas um destes critérios, sendo indispensável a aplicação de ambos, e que não se pode definir essa importância em geral e abstrato, tornando-se imprescindível que o dano comprometa “a subsistência, o funcionamento e o desempenho das tarefas comunitárias cometidas à unidade económica”, ou seja, o dano deve ser visto no concreto contexto da empresa em questão. Daí que o legislador tenha posto de parte expressões como “valor elevado” ou “valor consideravelmente elevado” (definidas no artigo 202.º, alíneas a) e b) do CP, respetivamente), que levariam a uma simples consideração contabilística.

Importa ainda fazer uma alusão à “cláusula do risco” consagrada no n.º2 do artigo 235.º do CP, segundo a qual “a punição não tem lugar se o dano se verificar contra a expectativa fundada do agente” (de notar que não existe uma cláusula semelhante no artigo 224.º do CP, o que faz sentido, uma vez que o crime de infidelidade exige que o agente cause intencionalmente e com grave violação dos deveres assumidos um prejuízo importante ao titular dos interesses patrimoniais confiados). O objetivo desta cláusula – que se baseou no preceito homólogo do CP da antiga República Democrática Alemã (§ 169.º) – terá sido o de obstar que, perante

⁴³ Em sentido análogo, MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 547. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366.

⁴⁴ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 542 e 549.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 550-551.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 551.

uma sanção penal, houvesse na atividade económica uma diminuição da assunção de riscos, imprescindível naquele contexto⁴⁷.

Saliente-se que, como já referimos na introdução, também em relação ao crime de infidelidade se verificaram algumas hesitações na sua consagração relacionadas com o perigo de que o direito penal funcione como contraestímulo, levando as pessoas a evitarem a ocupação de cargos de representação voluntária, devido aos riscos inerentes aos mesmos⁴⁸.

A “cláusula do risco” é uma causa de exclusão ou de justificação da ilicitude⁴⁹ e, por isso, só pode incidir sobre comportamentos típicos, excluindo-se, assim, as hipóteses em que a tipicidade é afastada por acordo relevante e por uma atuação em conformidade com a “política de risco” definida por quem de direito⁵⁰. Acresce ainda que, uma vez que a infração não é punível sob a forma de negligência, esta cláusula só terá aplicação nos casos em que o agente, representando a possibilidade de ocorrência do dano, se conforma com a sua verificação, porque tinha boas razões para acreditar que ele não ia acontecer, ou seja, aplica-se em hipóteses de dolo eventual (artigo 14.º, n.º3 do CP)⁵¹.

Por fim, de acordo com JOSÉ FARIA COSTA⁵², a circunstância do n.º 2 do artigo 235.º estabelecer uma “cláusula de risco” e, por esse motivo, estarmos perante uma causa explícita de exclusão da ilicitude, não impossibilita a existência noutros domínios da causa implícita de risco permitido em sentido geral. Segundo este autor, é possível utilizar a figura do risco permitido no ilícito de infidelidade – atendendo aos seus elementos típicos –, como forma de excluir a punição de condutas que, apesar de conterem um risco económico, não excedem o risco permitido⁵³. Contudo, esta posição não merece a nossa concordância, pois, como mencionamos, o crime de infidelidade exige que o prejuízo patrimonial importante resulte não apenas de um

⁴⁷ Neste sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., pp. 553-554. JOSÉ FARIA COSTA – “O Direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude” in *Ciclo de estudos de direito penal económico*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, pp. 51-52.

⁴⁸ Cf. Actas, ob. cit., p. 156.

⁴⁹ No mesmo sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 553. JOSÉ FARIA COSTA, ob. cit., pp. 52-54. De facto, o artigo 31.º, n.º 2 do CP faz uma enumeração exemplificativa das causas de exclusão da ilicitude, e não taxativa, podendo a doutrina e a jurisprudência incorporar outras causas como, por exemplo, a adequação social e o risco permitido (Cf. JOSÉ FARIA COSTA, ob. cit., p. 52).

⁵⁰ Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, ob. cit., p. 554.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cf. JOSÉ FARIA COSTA, ob. cit., p. 59.

⁵³ *Ibidem*.

dolo intencional, mas também da grave violação dos deveres que incumbem ao agente, o que é inconciliável com a figura do risco permitido.

Em conclusão, apesar de sustentarmos que caso o artigo 235.º não existisse, as condutas nele previstas seriam enquadráveis quase na sua totalidade no artigo 224.º, compreendemos a necessidade da existência do tipo legal de crime de administração danosa tendo em conta o seu específico objeto de ação: uma “unidade económica do setor público ou cooperativo”, o qual teve reflexos no resultado típico, ou seja, na preferência dada à expressão “dano patrimonial importante”, em vez de “valor elevado” ou “valor consideravelmente elevado”.

3 - Breve alusão ao direito comparado

Como já mencionamos, o delito de infidelidade só foi consagrado no nosso direito pelo CP de 1982 (no artigo 319.º), ao passo que em vários outros sistemas, sob a influência germânica, a necessidade de atribuir sanções penais à violação dos deveres de confiança, legais ou contratuais, que consistem em zelar por interesses patrimoniais alheios que foram confiados ao agente, foi reconhecida muito cedo⁵⁴.

Com efeito, o § 266.º do CP Alemão de 1871 punia:

“a) Os tutores, curadores, administradores de bens, depositários de bens sequestrados, síndicos ou administradores de massas, testamentários e administradores de obras pias, que intencionalmente procederem de modo a prejudicar as pessoas ou coisas confiados à sua vigilância;

b) Os mandatários que dispuserem intencionalmente de créditos ou outros bens do mandante e em prejuízo deste;

c) Os agrimensores, leiloeiros, corretores, expedidores, comissários, pesadores, medidores, apartadores, ensaiadores, estivadores e outras pessoas que assumem perante a autoridade o compromisso de bem desempenhar as suas funções, quando, nos negócios que lhe estão cometidos, prejudicarem intencionalmente as pessoas de cujos interesses tratam”⁵⁵.

Também o artigo 159.º do CP Suíço de 1942 previa que: “Quem, tendo uma obrigação legal ou contratual de zelar pelos interesses pecuniários alheios, causar prejuízo a esses interesses será punido com pena de prisão”⁵⁶.

Referimos ainda o artigo 774.º do CP Espanhol de 1822 que punia:

“O tutor, curador ou testamentário, convencido de qualquer outro tipo de dolo, ou de má conduta adotada intencionalmente na administração dos referidos bens, que cause algum prejuízo aos mesmos ou a ações ou direitos do menor ou do inimputável, ou no património que tem a seu cargo; (...) será punido com pena de reclusão ou de prisão de um a seis meses, e uma multa igual ao valor dos prejuízos causados ou dos lucros cessantes”⁵⁷.

⁵⁴ Cf. EDUARDO CORREIA, ob. cit., pp. 54-55.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 54-55, 2ª nota de rodapé.

⁵⁶ “Celui qui, tenu par une obligation légale ou contractuelle de veiller sur les intérêts pécuniaires d'autrui, y aura porté atteinte sera puni de l'emprisonnement”. In <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4120190.html>.

⁵⁷ “El tutor, curador ó albacea, convencido de cualquiera otro dolo, ó de mala conducta tenida á sabiendas en la administracion de dichos bienes, de cuyas causas haya resultado algun perjuicio en ellos ó en las acciones ó derechos del pupilo, menor ó demente, ó de la testamentaría que tuviere á su cargo;

3.1 - Código Penal Alemão

Convém tomar em consideração que o referido § 266.º do CP Alemão de 1871 suscitou algumas dificuldades interpretativas, levando ao surgimento de dois critérios sobre o âmbito da infidelidade: a “teoria do abuso”, defendida por Binding e que contou com a adesão de Frank e outros autores, e a “teoria da quebra da fidelidade”, afirmada principalmente pela jurisprudência do Tribunal de *Reich*⁵⁸. A primeira teoria impõe como condição para a verificação do ilícito de infidelidade que o agente abuse do poder jurídico de representação; já a segunda basta-se com uma qualquer ação do agente que prejudique os interesses patrimoniais do representado, violando o dever de fidelidade que recai sobre si⁵⁹.

Devido a estas divergências interpretativas, a versão inicial do crime de *Untreue*, que previa uma enumeração taxativa das situações que podiam originar este delito, foi substituída por outra – introduzida pela Lei Modificadora de 26 de maio de 1933, com alterações pontuais em 1953, 1969, 1975 e 1998 – que congregou estes dois critérios, utilizando uma formulação genérica⁶⁰.

Por conseguinte, sustentamos que o artigo 319.º do CP Português de 1982 apresentava mais afinidades com o § 266.º do CP Alemão de 1933 do que com o artigo 159.º do CP Suíço de 1942 – que serviu de inspiração à criação do tipo de infidelidade no nosso CP de 1982⁶¹ –, pois para este último preceito, o conceito de gestão, apesar da expressão “zelar pelos interesses pecuniários alheios” não ser muito clara, é fundamental, enquanto o § 266.º do CP Alemão consagra dois tipos de infrações: o abuso de poder (*Mißbrauchstatbestand*) e a quebra de confiança (*Treubruchstatbestand*), o que não diminui as situações suscetíveis de integrarem este delito⁶².

Ainda hoje o § 266.º, n.º1 do CP Alemão mantém uma formulação genérica que reúne estes dois tipos de infrações, punindo com pena de prisão até cinco anos, ou

y el que hubiere revelado documentos y secretos á sabiendas en perjuicio de las mismas personas, sufrirá la pena de reclusion ó prision por el tiempo de uno á seis meses, y una multa igual al valor de los perjuicios causados, ó de las utilidades que debian haberse percibido”. In <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dossier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf>.

⁵⁸ Cf. MIGUEL MACHADO, ob. cit., p. 810.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Cf. Actas, ob. cit., p. 163.

⁶² Neste sentido, MIGUEL MACHADO, ob. cit., pp. 809-810.

com pena de multa, o agente que estando autorizado a dispor de bens ou a fazer acordos vinculativos, abusa do seu poder, ou que encontrando-se sujeito ao dever de salvaguardar interesses patrimoniais alheios, viola esse dever e por isso causa prejuízo ao titular dos interesses patrimoniais que estavam ao seu cuidado⁶³. De notar que nos casos mais graves, a pena de prisão pode ir até aos 10 anos (§ 263.º, n.º3 por remissão do n.º2 do § 266.º).

Importa ainda salientar, relativamente ao crime de *Untreue*, que a agência federal de investigações da Alemanha (*Bundeskriminalamt*, abreviado *BKA*) relatou 8471 casos registados deste delito em 2012 e 10 697 em 2011⁶⁴. Estes valores representam todos os casos que a polícia tomou conhecimento, sendo cerca de 98% dos mesmos reportados como resolvidos, visto que os suspeitos constam geralmente dos relatórios do incidente⁶⁵ – o que não significa que estes tenham desencadeado processos-crime e condenações. A *Bundeskriminalamt* relatou ainda que, em relação aos 8471 casos registados de *untreue* em 2012, 49,4% dos danos que ocorreram foram superiores a €5000⁶⁶ e que 315 desses casos referem-se a infidelidades em operações de investimento (*Untreue bei Kapitalanlagegeschäften*)⁶⁷.

Em suma, o § 266.º do CP Alemão apresenta muitas semelhanças com o artigo 224.º do CP Português; a principal distinção assenta no facto do n.º1 do citado preceito do CP Alemão não exigir que o prejuízo patrimonial seja importante ou elevado, sendo a elevação do prejuízo uma circunstância qualificativa que determina a agravação da pena de prisão (n.º2 do mesmo artigo)⁶⁸.

⁶³ § 266 Untreue (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. In http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_266.html.

⁶⁴ Em comparação com o crime de abuso de confiança (*Unterschlagung*), previsto no § 246 do CP Alemão, a *Bundeskriminalamt* relatou 109 492 casos deste ilícito criminal em 2012 e 105 796 em 2011. Cf. Polizeiliche Kriminalstatistik 2012, Bundesrepublik Deutschland, p. 210. In https://www.bka.de/nn_196810/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2012/pks2012Jahrbuch.html?nn=true.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 214.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 295.

⁶⁸ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 364.

3.2 - Código Penal Suíço

No que concerne ao CP Suíço, torna-se imperioso referir que, com a revisão de 1995, o ilícito de *Ungetreue Geschäftsbesorgung – Gestion déloyale*, previsto e punido pelo seu artigo 158.º, passou também a distinguir entre o *Treubruchstatbestand* (n.º 1 do mesmo artigo) e o *Mißbrauchstatbestand* (n.º2 do citado preceito)⁶⁹.

Com efeito, segundo o disposto no n.º1 do artigo 158.º, será punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa o agente que “em resultado da lei, de um mandato judicial ou de um ato jurídico, esteja encarregue de gerir os interesses pecuniários de outrem ou de zelar pela respetiva gestão, e que, com violação dos seus deveres, cause prejuízo a esses interesses ou permita que eles sejam lesados”⁷⁰; incorrendo na mesma pena o gestor de negócios que, sem mandato, aja da mesma forma. Além disso, nos casos em que o agente aja com a intenção de obter, para si ou para terceiro, um enriquecimento ilegítimo, o juiz pode decretar pena de prisão de um a cinco anos (3.º parágrafo do n.º1 do artigo 158.º do CP Suíço). Esta circunstância agravante qualifica a infração de crime nos termos do artigo 10.º, n.º1, 2.º parágrafo do CP Suíço, visto que é punível com pena de prisão superior a três anos^{71/72}.

Por sua vez, dispõe o n.º2 do mesmo artigo que, se o agente agir com a finalidade de obter, para si ou para terceiro, um enriquecimento ilegítimo, abusando do poder de representação conferido por lei, mandato judicial ou ato jurídico,

⁶⁹ Cf. MICHAEL DEUEL – *Quels conflits d'intérêts sont-ils constitutifs de gestion déloyale (art. 158 CP) ?*, Maîtrise : Université de Genève, 2013, p. 2. In <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:30534>.

⁷⁰ “1. Celui qui, en vertu de la loi, d'un mandat officiel ou d'un acte juridique, est tenu de gérer les intérêts pécuniaires d'autrui ou de veiller sur leur gestion et qui, en violation de ses devoirs, aura porté atteinte à ces intérêts ou aura permis qu'ils soient lésés sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Le gérant d'affaires qui, sans mandat, aura agi de même encourra la même peine.

Si l'auteur a agi dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de un à cinq ans.

2. Celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura abusé du pouvoir de représentation que lui confère la loi, un mandat officiel ou un acte juridique et aura ainsi porté atteinte aux intérêts pécuniaires du représenté sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

3. La gestion déloyale au préjudice des proches ou des familiers ne sera poursuivie que sur plainte”. In <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>.

⁷¹ Cf. MICHAEL DEUEL, ob. cit., pp. 6-7.

⁷² O CP Suíço distingue entre crimes e delitos em função da gravidade da pena cominada, sendo crimes as infrações puníveis com pena de prisão superior a três anos e delitos as infrações puníveis com pena de prisão até três anos ou com pena de multa (artigo 10.º do mencionado código).

causando assim prejuízo aos interesses pecuniários de quem representa, será punido com pena de prisão de ou até 5 anos ou com pena de multa. Importa realçar que, apesar das fontes do poder do agente serem as mesmas do delito de “utilização desleal do poder de gestão” (n.º1 do artigo 158.º do CP Suíço) – lei, mandato judicial ou ato jurídico – o núcleo de sujeitos que podem ser autores daquele crime diverge deste, excluindo-se o *gestionnaire d’affaire* e o *surveillance de la gestion*⁷³. Ademais, este preceito exige que o agente tenha a intenção de obter, para si ou para terceiro, um enriquecimento ilegítimo, o que não acontece no artigo 224.º do CP Português, que apenas exige a intenção de causar um prejuízo patrimonial importante. Contudo, não se torna necessário que este enriquecimento se efetive⁷⁴.

No caso do autor do crime de “utilização desleal do poder de gestão” (3.º parágrafo do n.º1 do artigo 158.º do CP Suíço) cometer um abuso do poder de representação, encontram-se preenchidos os elementos dos números 1 e 2 do mencionado artigo. Nesta hipótese, dá-se prevalência ao n.º2 do artigo 158.º do CP Suíço⁷⁵.

Por fim, de acordo com o n.º3 do citado preceito, o procedimento criminal depende de queixa quando a gestão desleal for cometida em prejuízo de familiares ou parentes chegados.

Em conclusão, o legislador do CP Suíço optou por consagrar as infrações de *Treubruchstatbestand* e *Mißbrauchstatbestand* em dois números diferentes do artigo 158.º em vez de as combinar num só número, como o faz o CP Português no n.º1 do artigo 224.º. Acresce ainda que o referido artigo do CP Suíço não abrange apenas as situações em que o agente do crime de infidelidade age com a intenção de provocar um prejuízo patrimonial importante, mas também as circunstâncias em que este age com a intenção de obter um enriquecimento ilegítimo – no n.º1 do artigo 158.º do CP Suíço, a intenção de enriquecimento funciona como circunstância agravante, ao passo que no n.º2 do mesmo artigo isso já não acontece, pois esse elemento faz parte do tipo subjetivo do ilícito.

3.3 - Código Penal Espanhol

No que respeita ao sistema Espanhol, o CP de 1848 deixou de prever o crime de infidelidade⁷⁶; todavia, o legislador penal de 1995 voltou a criminalizar este delito, mas

⁷³ Cf. MICHAEL DEUEL, ob. cit., p. 7.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 9.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁶ Cf. CP Espanhol de 1848 in <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf>.

optou por não prever um tipo genérico de infidelidade, como sucede no nosso CP, no CP Alemão e no CP Suíço, consagrando, em vez disso, o crime de *administración fraudulenta* no âmbito dos delitos societários (artigo 295.º, em vigência na atualidade), ocupando um lugar de primazia entre esses delitos⁷⁷.

A criminalização da *administración fraudulenta “social”* foi uma decisão político-criminal que proveio da intenção de colmatar uma lacuna legal largamente denunciada pela doutrina e jurisprudência espanhola, sendo a previsão deste ilícito defendida em todos os projetos de reforma do CP desde 1980 (artigo 368.º do PCP de 1980; artigo 297.º do PANCP de 1983; artigo 302.º do PCP de 1992 e artigo 296.º do PCP de 1994)⁷⁸. De facto, perante a dificuldade em enquadrar certos comportamentos lesivos do património da sociedade nos delitos patrimoniais clássicos – sobretudo, no crime de *apropiación indebida* (entre nós designado de abuso de confiança), previsto no artigo 252.º do CP Espanhol, e no crime de *estafa* (entre nós designado de burla), previsto no artigo 248.º do mesmo código –, reconheceu-se a necessidade de tipificar um novo tipo legal de crime com esse propósito, embora a pretensão inicial fosse a da criação de um crime de administração desleal de património alheio de carácter geral⁷⁹.

Nos termos do artigo 295.º do CP Espanhol, serão punidos com pena de prisão de seis meses a quatro anos, ou de multa até três vezes o valor do lucro obtido, os administradores de facto ou de direito ou os sócios de qualquer sociedade constituída ou em formação que, abusando das funções próprias do seu cargo, em benefício próprio ou de terceiro, “disponham fraudulentamente dos bens da sociedade ou contraíam obrigações a cargo da mesma causando diretamente um prejuízo economicamente avaliável aos seus sócios, depositários ou titulares dos bens, valores ou capital que administrem”⁸⁰.

Estamos perante um delito especial e, por isso, a imputação a título de autor está limitada a um grupo determinado de sujeitos. A especialidade deste crime advém precisamente da consagração expressa do sócio (de qualquer sócio) como possível

⁷⁷ Cf. GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FERMÍN MORALES PRATS, ob. cit., p. 1352.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 1352-1353.

⁸⁰ “Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido”. In <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

sujeito ativo do crime de *administración fraudulenta*, além do usual grupo, administradores de facto ou de direito⁸¹.

A inclusão dos sócios como sujeito ativo causa algum espanto, uma vez que a conduta típica alude a uma gestão fraudulenta da sociedade e, ademais, os sócios normalmente possuem uma capacidade muito limitada de gestão⁸². Daí que RICARDO M. MATA Y MARTÍN defenda que o legislador não devia ter incluído os sócios, pois no seu entendimento o conceito de administrador de facto, partindo da perspetiva do direito penal, pode acolher as hipóteses em que os sócios gozam de determinadas faculdades para dispor dos bens ou na gestão da sociedade, acrescentando o mesmo autor que a referência ao sócio enquanto autor demonstra alguma incoerência com o elemento do abuso das funções próprias do cargo⁸³.

No que toca às condutas levadas a cabo pelo administrador de facto ou de direito ou pelo sócio, são duas as modalidades típicas previstas no artigo 295.º: dispor fraudulentamente dos bens da sociedade ou contrair obrigações a cargo da mesma⁸⁴. Exigindo-se ainda a violação ou quebra dos deveres do cargo (desvalor de ação específico deste delito) e a produção de um prejuízo economicamente avaliável aos sócios ou demais titulares dos bens ou valores administrados (resultado)⁸⁵.

Sublinhe-se que, ao contrário do que acontece com o crime de infidelidade no CP Português, em que o sujeito passivo, na hipótese de estar em causa uma sociedade comercial, é a própria sociedade e não os sócios desta, no crime de *administración fraudulenta*, previsto no artigo 295.º do CP Espanhol, os prejudicados são os sócios ou os demais titulares dos bens ou valores administrados. Ora, a exclusão da sociedade do grupo dos sujeitos passivos do crime de *administración fraudulenta* é um assunto muito discutido pela doutrina. Com efeito, segundo RICARDO M. MATA Y MARTÍN, esta exclusão é incorreta e é o resultado de uma confusão do legislador, e que, por esse motivo, tem-se verificado um esforço por parte da doutrina para apontarem

⁸¹ Neste sentido, RICARDO M. MATA Y MARTÍN – “Estructura fundamental del delito de administración desleal” in *El nuevo derecho penal español : estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz* / coordenado por Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats, Elcano: Aranzadi, 2001, p. 1551.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*, pp. 1551-1552.

⁸⁴ É precisamente em relação à primeira modalidade de *administración fraudulenta* que se colocam os problemas de uma certa sobreposição com o crime de *apropiación indebida* (entre nós designado de abuso de confiança), previsto no artigo 252.º do CP Espanhol. Cf. RICARDO M. MATA Y MARTÍN, ob. cit., p. 1554.

⁸⁵ Cf. GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FERMÍN MORALES PRATS, ob. cit., p. 1354.

argumentos que permitam estabelecer uma relação coerente entre o objeto material e o bem jurídico tutelado, com a consequente admissão da sociedade como prejudicada⁸⁶. Por seu turno, GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FERMÍN MORALES PRATS afiançam que se a incriminação tivesse sido construída com mais rigor teria sido suficiente incluir apenas a sociedade como potencial prejudicada⁸⁷.

Deste modo, podemos concluir que o crime de *administración fraudulenta* não possui muitas semelhanças com o crime de infidelidade previsto no nosso CP, na medida em que aquele delito, ao se restringir ao âmbito societário, acabou por ter uma redação muito direcionada para as sociedades, nomeadamente no que respeita às duas modalidades de condutas tipificadas. Além disso, o sujeito ativo do crime de infidelidade previsto no artigo 224.º do CP Português é a pessoa a quem foi confiado o dever de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios; desta forma, na hipótese de estar em causa uma sociedade e como geralmente o administrador não é sócio da mesma, não é comum que o agente deste crime seja um sócio; ao passo que o artigo 295.º do CP Espanhol prevê expressamente os sócios como sujeitos ativos. Ademais, o crime de *administración fraudulenta* consagra, como já referimos, como sujeitos passivos os sócios ou demais titulares dos bens ou valores administrados, excluindo, assim, a sociedade – embora a doutrina defenda a sua admissão –, ao passo que no crime de infidelidade previsto no nosso CP, estando em causa uma sociedade comercial, o sujeito passivo é a sociedade e não os sócios.

3.4 - Código Civil Italiano

Finalmente, convém ter em conta que o CCiv Italiano, à semelhança do CP Espanhol, limitou-se a consagrar o crime de infidelidade no âmbito societário (artigo 2634.º do CCiv Italiano, introduzido pelo Decreto Legislativo n.61/2002)⁸⁸. De acordo com o referido artigo, o administrador, diretor-geral e liquidatário são criminalmente responsáveis por *infedeltà patrimoniale se*, “tendo um conflito de interesses com o da sociedade, e com o objetivo de obter, para si ou para terceiro, um enriquecimento ilegítimo ou outro benefício, realizarem ou tomarem parte na deliberação sobre atos

⁸⁶ Cf. RICARDO M. MATA Y MARTÍN, ob. cit., p. 1553.

⁸⁷ Cf. GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FERMÍN MORALES PRATS, ob. cit., p. 1355.

⁸⁸ Cf. GUIDO CASAROLI – “Commentario al articolo 2634.º del Codice Civile” in *Commentario Breve al Codice Civile : complemento giurisprudenziale*, dirigido por Giorgio Cian, 7.ª ed, Pádua: CEDAM, 2005, p. 3161.

de disposição de bens sociais, causando intencionalmente à sociedade um prejuízo patrimonial”⁸⁹.

Também aqui estamos perante um crime específico próprio, uma vez que somente o administrador, o diretor-geral e o liquidatário – portadores de um interesse em conflito com o da sociedade – podem cometer este delito, e, além disso, torna-se necessário que, no plano subjetivo, estes tenham a intenção de obter um enriquecimento ilegítimo próprio ou alheio, ou uma outra vantagem; a “*altro vantaggio*” alarga o âmbito de punibilidade deste crime⁹⁰.

Na hipótese de coligação ou grupo de empresas, o citado preceito aceita a ideia de “vantagens compensatórias” (3.º parágrafo): enquanto nas restantes situações exige-se que o agente tenha intenção de conseguir um enriquecimento ilegítimo próprio ou alheio ou uma outra vantagem, o enriquecimento que presumivelmente será feito pela sociedade coligada ou do grupo não é ilegítimo sempre que for compensado por vantagens, efetivamente alcançadas ou fundamentamente previsíveis – com base em elementos objetivos e não meramente aleatórios, não bastando assim a mera esperança ou expectativa de benefícios futuros –, decorrentes da coligação ou afiliação ao grupo⁹¹.

Portanto, a “vantagem compensatória” pressupõe que o agente (administrador, diretor-geral ou liquidatário) que realiza o ato dispositivo tem um conflito de interesses efetivo e atual com o da sociedade, não podendo esse conflito ser considerado como inerente a todo o ato que prejudique a sociedade em benefício de uma outra, coligada ou pertencente ao grupo⁹². Contudo, a “vantagem compensatória” não pode ir além da esfera de “infidelidade patrimonial” para a qual

⁸⁹ “Gli amministratori, i direttori generali e i liquidatori, che, avendo un interesse in conflitto con quello della società, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o altro vantaggio, compiono o concorrono a deliberare atti di disposizioni dei beni sociali, cagionandi intenzionalmente alla società un danno patrimoniale, sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La stessa pena si applica se il fatto è commesso in relazione a beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi, cagionandi a questi ultimi un danno patrimoniale.

In ogni caso non è ingiusto il profitto della società collegata o del gruppo, se compensato da vantaggi, conseguiti o fondamentalmente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo.

Per i delitti previsti dal primo e secondo comma si procede a querela della persona offesa”. In http://www.ilcodicecivile.it/Libro_V-Del_lavoro.html?pag=115.

⁹⁰ No mesmo sentido, GUIDO CASAROLI, ob. cit., p. 3161.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

está prevista, pelo que se exclui a sua aplicação a situações de “bancarrota fraudulenta imprópria”⁹³ respeitante a uma sociedade coligada ou pertencente ao grupo⁹⁴.

Para que se dê início ao procedimento criminal pelo crime de *infedeltà patrimoniale* torna-se imprescindível que a vítima apresente queixa contra o administrador, o diretor-geral ou o liquidatário (4.º parágrafo do mesmo artigo). Até há pouco tempo, a opinião dominante era a de que os acionistas não eram vítimas deste delito, visto que através daquela conduta o agente só prejudicava diretamente a sociedade, sendo os danos indiretos dos acionistas irrelevantes para fins penais⁹⁵. Contudo, um recente caso do Supremo Tribunal incluiu os acionistas entre as vítimas do crime previsto no artigo 2634.º do CCiv Italiano, permitindo, deste modo, que estes possam agora apresentar queixa⁹⁶.

Em suma, de modo análogo ao artigo 295.º do CP Espanhol, o artigo 2634.º do CCiv Italiano não apresenta muitas afinidades com o artigo 224.º do CP Português. A principal diferença reside na circunstância do citado preceito do CCiv Italiano exigir que o agente possua, no plano subjetivo, a intenção de obter um enriquecimento ilegítimo ou uma outra vantagem, o que não sucede no artigo 224.º do nosso CP. Outra das distinções, ainda no plano subjetivo, relaciona-se com o facto do artigo 2634.º do CCiv Italiano não se referir à “violação dos deveres” assumidos pelo agente, mas antes ao “conflito de interesses (do mesmo) com o da sociedade”. Por fim, não é consensual que os sócios não podem ser sujeitos passivos do crime de *infedeltà patrimoniale*, ao passo que relativamente ao crime de infidelidade consagrado no nosso CP, a doutrina e a jurisprudência dominante, na eventualidade de estar em causa uma sociedade, rejeitam a hipótese do sujeito passivo ser um sócio.

⁹³ A bancarrota é um crime previsto nos artigos 216.º e seguintes da *Legge Fallimentare* Italiana. Esta Lei distingue entre a bancarrota fraudulenta, prevista no seu artigo 216.º, e a bancarrota simples, consagrada no seu artigo 217.º. É ainda possível distinguir entre a bancarrota própria, que é a praticada pelo comerciante individual, da bancarrota imprópria, que é a praticada pelo administrador, diretor-geral, presidentes de câmara e liquidatários (artigos 222.º e 223.º da referida Lei). Cf. ALESSANDRO FERRETTI – “*Il curatore fallimentare*” in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali: La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Vol. 1, dirigido e coordenado por Umberto Apice / anotado por Girolamo Bongiorno... [et al.], Turim: G. Giappichelli Editore, 2010, p. 299.

⁹⁴ Cf. GUIDO CASAROLI, ob. cit., p. 3161.

⁹⁵ Neste sentido, PIERRE-HENRI CONAC, LUCA ENRIQUES, MARTIN GELTER – “Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”, *European Company & Financial Law Review*, Vol. 4, Issue 4, 2007, p. 522.

⁹⁶ Acórdão de 16 de junho de 2006, Processo n.º 37033 *apud* PIERRE-HENRI CONAC, LUCA ENRIQUES, MARTIN GELTER, ob. cit., p. 522, nota de rodapé 153.

4 - Distinção entre o crime de infidelidade e o crime de abuso de confiança

A infidelidade (artigo 224.º do CP) é um tipo de crime que não se confunde com o abuso de confiança (artigo 205º, n.º4 do CP), desde logo distinguindo-se quanto ao bem jurídico protegido: enquanto a infidelidade tutela o património (que abrange a propriedade, bem como outros direitos com valor ou expressão económica, como adiante aprofundaremos a propósito da relação deste ilícito criminal com o delito de burla)⁹⁷, o abuso de confiança tutela exclusivamente a propriedade⁹⁸. Esta conclusão deriva da própria inserção sistemática destes crimes: o crime de infidelidade insere-se no Capítulo III – Dos Crimes Contra o Património em Geral, o crime de abuso de confiança insere-se no Capítulo II – Dos Crimes Contra a Propriedade, ambos do Título II do Livro II do CP.

Além disso, estes dois tipos legais de crime apresentam diferentes objetos de conduta: no abuso de confiança, à semelhança do que sucede no furto, o objeto da ação (da apropriação) é uma coisa móvel alheia⁹⁹, ao passo que na infidelidade o objeto da conduta (da provocação de prejuízo patrimonial importante, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem) são interesses patrimoniais alheios, englobando não apenas as coisas móveis, mas também as coisas imóveis, direitos de crédito e as expectativas juridicamente fundadas^{100/101}. Desta forma, compreende-se que, enquanto a lesão da propriedade, no ilícito de abuso de confiança, requer a disposição de coisas móveis que acarrete o incumprimento definitivo da obrigação de as restituir (devendo entender-se esta obrigação em sentido amplo), a violação do património, no delito de infidelidade, de, por exemplo, uma

⁹⁷ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 364. JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 70.

⁹⁸ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS – “Anotação ao artigo 205º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 94-95.

⁹⁹ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 97. Sobre a noção de coisa móvel alheia vide JOSÉ DE FARIA COSTA – “Anotação ao artigo 203º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 34-43.

¹⁰⁰ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 698.

¹⁰¹ Assim, não se encontra abrangido pelo artigo 224.º do CP, por se tratar de um interesse patrimonial próprio e não alheio, apesar de concedido para uma finalidade diversa daquela para que é utilizado, “o desvio, para fim diferente do que houver determinado a sua concessão, de fundos que tenham sido atribuídos em condições preferenciais ou no âmbito de linhas de crédito abertas para fins específicos”. Cf. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, ob. cit., p. 827.

sociedade, pode resultar de uma disposição de bens sociais que não confira necessariamente domínio¹⁰², como depois veremos com mais minúcia.

Contudo, a principal divergência, apontada pela maioria da doutrina e jurisprudência, entre o delito de infidelidade e o de abuso de confiança radica na circunstância de na infidelidade não existir intenção de apropriação, como no abuso de confiança, mas apenas a intenção de causar um prejuízo patrimonial importante^{103/104}, daí o entendimento de que a infidelidade é um crime de dano (no que concerne ao grau de lesão do bem jurídico tutelado)¹⁰⁵ e um crime material ou de resultado (no que toca à forma de consumação do ataque ao objeto da conduta)¹⁰⁶.

Importa ainda referir em relação à distinção mencionada supra que a apropriação consiste na inversão do título de posse ou detenção, mediante a prática de atos concludentes, passando o agente a dispor da coisa, que lhe foi entregue a título não translativo da propriedade, como se fosse sua, *ut dominus*¹⁰⁷. De notar que

¹⁰² Cf. JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ/ GONZALO QUINTERO OLIVARES – “Comentario al artículo 252.º del Código Penal” in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares ; coordenado por Fermín Morales Prats, 2ª ed., Elcano: Aranzadi, 2001, p. 1190.

¹⁰³ Neste sentido, Ponto 34 do Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., pp. 362-363. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, ob. cit., p. 826. JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 79. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., pp. 210-211. EDUARDO CORREIA, ob. cit., p. 54. MÁRIO MANUEL VARGES GOMES, ob. cit., p. 77. TERESA PIZARRO BELEZA – “Os crimes contra a propriedade no Código Penal de 1982 (Sumários Desenvolvidos)”, in *Colectânea de textos de parte especial do direito penal / Augusto Silva Dias... [et al.]*, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 146. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA – “A Parte Especial do Novo Código Penal, Alguns Aspectos Inovadores” in *O novo Código Penal Português e legislação complementar, Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 380. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS – “Anotação ao artigo 205º do Código Penal” in *Código Penal : referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, p. 463. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15 de fevereiro de 2011, Processo n.º 334/99, in <http://www.colectaneadejurisprudencia.com>. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de outubro de 2008, Processo n.º 1541/08, in <http://www.colectaneadejurisprudencia.com>. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de outubro de 1993, Processo n.º 9320582, in www.dgsi.pt. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de maio de 2000, Processo n.º 0040252, in www.dgsi.pt. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de janeiro de 2003, Processo n.º 02P3319, in www.dgsi.pt.

¹⁰⁴ Sobre a noção de prejuízo patrimonial importante remetemos para as pp. 10-11.

¹⁰⁵ Em sentido análogo, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p.211. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 698. JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., pp. 82-83.

¹⁰⁶ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 698. MÁRIO MANUEL VARGES GOMES, ob. cit., pp. 76-77.

¹⁰⁷ No mesmo sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pp. 103-104. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS – “Abuso de confiança” in *Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, pp. 109-110. JORGE DIAS DUARTE, ob. cit., p. 75. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE – “Anotação ao artigo 205.º do Código Penal” in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da*

não é possível a “apropriação de coisa própria”¹⁰⁸, bem como se exclui qualquer hipótese de apropriação se o “possuidor” ou “detentor” dispuser da coisa alheia em nome ou no interesse do proprietário¹⁰⁹ (pode eventualmente cometer um crime de infidelidade se causar um prejuízo patrimonial importante). Por outro lado, também não tem relevo para a consumação do crime de abuso de confiança que o agente tenha ou não enriquecido com a apropriação, pois estamos perante um crime de apropriação e não um crime de enriquecimento (como é o caso da burla)¹¹⁰.

Convém tomar em consideração que, se através de um mesmo ato de disposição da coisa se verificar, no caso concreto, não apenas a apropriação material, como também um prejuízo patrimonial (importante), aplicar-se-á apenas um destes crimes. Com efeito, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO¹¹¹ afirma a existência de uma relação de subsidiariedade entre a infidelidade e o abuso de confiança (artigo 205.º, n.º4 do Código Penal), entendendo este autor que preenchendo-se a factualidade típica de ambos os crimes, o agente será punível somente por um deles. Por seu turno, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS¹¹² afiança que, nos casos de dúvida, estaremos perante uma hipótese de “comprovação alternativa”. No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE¹¹³ sustenta a existência de uma “relação de mútua exclusão” entre estes dois tipos legais de crimes, tendo em conta a intenção (ou a falta dela) de apropriação. Finalmente, em sentido análogo, JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ e GONZALO QUINTERO OLIVARES¹¹⁴ rejeitam a hipótese de concurso ideal de crimes, a propósito do crime de “apropiación indebida” – que corresponde, entre nós, ao crime de abuso de confiança –, previsto e punido pelo artigo 252.º do CP Espanhol, e do crime de “administración fraudulenta” – que é análogo ao nosso crime de infidelidade,

Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 2.ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 646-647. CARLOS ALEGRE – “Abuso de confiança” in *Crimes Contra o Património: Notas ao Código Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º3, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1988, pp. 78-79. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES – “Anotação ao artigo 205.º do Código Penal” in *Código Penal Português : Anotado e Comentado : Legislação Complementar*, 18.ª ed, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 746-747. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, ob. cit., p. 460.

¹⁰⁸ Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 98. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 645. Contra este entendimento, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 108, admitindo a existência do crime de abuso de confiança em relação a coisas da propriedade do agente.

¹⁰⁹ Em sentido análogo, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., pp. 104-105, sustentando este autor que neste caso o agente não se apropria da coisa para si.

¹¹⁰ Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 108.

¹¹¹ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 371.

¹¹² Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 109.

¹¹³ Cf. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 648.

¹¹⁴ Cf. JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ/ GONZALO QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 1190.

embora aquele se restrinja ao âmbito societário –, previsto e punido pelo artigo 295.º do mesmo código. Sustentam os referidos autores que estamos perante um concurso aparente de normas penais, devendo aplicar-se preferencialmente o artigo 252.º do CP Espanhol, em tudo aquilo que reúna os requisitos da “apropiación indebida”¹¹⁵.

Todavia, não tem sido este o entendimento da Jurisprudência corrente: vejam-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14 de maio de 2013, Processo n.º 2835/07.4TABRG-A.G1, in www.dgsi.pt, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 4 de março de 2010, Processo n.º 824/09.3TALLE-A.E1, in www.dgsi.pt, e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de abril de 2002, Processo n.º 02P154, in www.dgsi.pt.

Por fim, importa salientar que é possível haver alguma sobreposição entre o delito de infidelidade e o de abuso de confiança, uma vez que o abuso de confiança admite a atribuição ao agente do poder de disposição de uma coisa móvel, estando, porém, este poder limitado a uma finalidade específica.

Por sua vez, na infidelidade foi concedido ao agente o encargo de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios (por lei ou por ato jurídico), o que significa que estamos perante um conceito amplo de administração¹¹⁶, que engloba, como já referimos, não apenas os atos de mera administração ou de ordinária administração, como também os atos de disposição. Deste modo, parece imprescindível para a configuração do ilícito de infidelidade que aquele a quem foi atribuído o encargo desfrute de autonomia, dentro dos poderes que lhe foram confiados, em relação ao titular dos interesses patrimoniais^{117/118}.

Diferentemente, no abuso de confiança a coisa móvel foi entregue ao agente por título não translativo da propriedade, recaindo sobre este a obrigação de afetação da coisa entregue a uma causa ou a um fim específico, ou de restituição^{119/120}. O

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Neste sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366.

¹¹⁷ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 366. Segundo este autor, um dos exemplos de quem não pode praticar este crime é o do contabilista de uma empresa que “não goze de autonomia no âmbito daquele sector da atividade empresarial”.

¹¹⁸ Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 231/10.5TACTX.E1, in www.dgsi.pt, onde se afirma que, um vendedor de café que cobra dinheiro, em nome e por conta de outrem, não é alguém a quem foi confiada a disposição ou a administração de interesses desse outrem.

¹¹⁹ Em sentido análogo, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 104. MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES/ MANUEL JOSÉ CARRILHO DE SIMAS SANTOS, ob. cit., p. 461.

¹²⁰ Refira-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de outubro de 2008, Processo n.º 1541/08, in <http://www.colectaneadejurisprudencia.com>, no qual se lê que “Comete o crime de abuso

mesmo é dizer que o agente se encontra investido de um poder temporário sobre a coisa que lhe permite apropriar-se dela ilegitimamente, dando-lhe um destino diferente daquele para que lhe foi concedida.

Portanto, vai ser o título não translativo da propriedade¹²¹ que vai determinar quais os deveres/obrigações a que o agente está sujeito, demarcando o âmbito de aplicabilidade do abuso de confiança. Por conseguinte, ao invés do que sucede no crime de infidelidade, em que o agente goza de amplos poderes de administração, fiscalização e disposição, no abuso de confiança o poder de disposição do agente está limitado a uma finalidade determinada. Daí que haja inclusivamente quem entenda que a autonomia é o critério determinante do delito de infidelidade, uma vez que o que legitima a tutela penal é a ausência de controlo e de supervisão¹²².

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (*in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 423, p. 146), de 6 de janeiro de 1993, onde se afirma que:

“No abuso de confiança o agente, detentor do bem que recebeu para o utilizar em determinados moldes, ou para lhe dar determinado fim, (mas não para o administrar ou fiscalizar ou para dele dispor em determinados moldes), viola a confiança em si depositada, e dá a tal bem uma utilização ou um destino diferentes daqueles para que o recebeu”, ao passo que “na infidelidade, a conduta do agente, em tudo semelhante à que é configurada como abuso de confiança, tem de respeitar à disposição, administração ou fiscalização de interesses patrimoniais de terceiros, e só é possível se o prejuízo patrimonial causado for importante e se, simultaneamente, para além da conduta do agente ter de ser voluntária, a mesma se traduzir numa grave violação dos deveres assumidos”. Concluindo o Supremo Tribunal de Justiça que, “comete o crime de abuso de confiança e não o de infidelidade, o co-titular de uma conta bancária não proprietário da respetiva importância que, sem autorização do co-titular proprietário, levanta o respetivo montante e o dissipa em proveito próprio”.

de confiança aquele que recebe um cheque de 5.093.726\$00 para o depositar na conta bancária de outrem e que, determinado como estava a fazer sua aquela quantia, em vez de o depositar nessa conta, deposita-o antes numa conta bancária de uma sociedade de que era sócio-gerente, gastando-o, de seguida, no respectivo giro comercial.”.

¹²¹ Entre os negócios que não implicam a transferência de propriedade (artigo 1316.º do CCiv) inclui-se o depósito, a locação, a comissão, o mandato, a empreitada e o comodato. Diversamente, o contrato de mútuo (artigo 1144.º do CCiv) e o contrato de depósito irregular (artigos 1205.º e 1206.º, ambos do CCiv) – que são contratos com eficácia real que têm por objeto coisas fungíveis – transferem a propriedade da coisa para o mutuário e para o depositário, respetivamente. Cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 102.

¹²² Cf. TRECHSEL *apud* AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 366.

Reiterando o mesmo entendimento, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15 de fevereiro de 2011, Processo nº 334/99 ([in http://www.colectaneadejurisprudencia.com](http://www.colectaneadejurisprudencia.com)), considerou que:

“Não se verifica o crime de abuso de confiança se o arguido, aproveitando-se das funções de gerente/administrador da empresa, apresentava à Directora Financeira da mesma facturas ou outros documentos equivalentes correspondentes a despesas que nada tinham a ver com a empresa e previamente por ele liquidadas, ordenando que lhe fosse reembolsada a respectiva quantia com dinheiro da empresa, ou ordenava à Directora Financeira que procedesse a levantamentos de caixa, em cheques ou dinheiro, que entregava ao arguido, entregando este, por sua vez, posteriormente documentos de suporte (alheios à actividade da empresa) que justificavam contabilisticamente os referidos levantamentos, ou ainda adquiria bens ou serviços para seu proveito pessoal e familiar que mandava facturar directamente à empresa, e que esta pagava”. Acrescentando o citado aresto que, “se o crime em causa exige (tipo objectivo) a apropriação de coisa móvel entregue por título (lícito) não translativo da propriedade, a conclusão que se impõe é que não se verifica o elemento do tipo objectivo do crime”.

Em suma, apesar da distinção entre os dois tipos de crimes em análise ser, na maioria dos casos, evidente, a verdade é que existem algumas zonas obscuras na demarcação do âmbito normativo entre um e outro ilícito criminal. E não nos podemos esquecer da importância que esta distinção tem, visto que a moldura penal abstrata do crime de abuso de confiança (artigo 205.º, n.º4 do CP) apresenta um limite máximo superior ao do crime de infidelidade (artigo 224.º do CP), o que não faz sentido, devendo, por isso, ser alterado através da elevação do limite máximo da pena no delito de infidelidade.

5 - Distinção entre o crime de infidelidade e o crime de burla

Inseridos no mesmo capítulo do CP, o delito de infidelidade e o delito de burla tutelam o mesmo bem jurídico, o património¹²³. A doutrina maioritária adere à conceção económico-jurídica de património¹²⁴, de acordo com a qual o património abrange todas as posições jurídicas e expectativas com valor económico que não são desaprovadas pela ordem jurídica. Esta conceção é a que melhor se coaduna com a multiplicidade de formas em que se materializam os interesses patrimoniais, pois impede que se protejam expectativas jurídicas que outros ramos do direito não protegem por considerarem ilícitas – como sucede na tese económica de património –, e permite que se tutelem outras “situações” para além de direitos subjetivos – ao contrário do que defende a teoria jurídica de património¹²⁵.

Deste modo, incluem-se na noção de património os direitos subjetivos reais ou obrigacionais, as expectativas jurídicas, as expectativas fácticas de obtenção de vantagens económicas, as obrigações naturais, sempre que se demonstre que o sujeito tem a intenção de as cumprir, e algumas pretensões baseadas em negócios jurídicos inválidos ou ineficazes¹²⁶.

¹²³ Não acolhemos, assim, as teses que afixam que o bem jurídico tutelado pela infidelidade abrange também a fidelidade ou lealdade pessoal (no mesmo sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 364), e as conceções que sustentam que o bem jurídico protegido pela burla consiste, isoladamente ou em conjunto com o património, na “**lealdade, transparência, boa fé ou verdade das transacções**” ou “na **confiança** da comunidade nessa mesma lealdade, transparência, boa fé ou verdade das transacções” (como defende BELEZA DOS SANTOS, *RLJ* 76.º *apud* ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA – “Anotação ao artigo 217.º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 275).

¹²⁴ Neste sentido, JOSÉ DE SOUSA BRITO – “Burla” in *Direito Penal II, Crimes contra o Património*, Lisboa: não publicado (FDUL), 1981, pp. 152-154. CARLOS ALEGRE, ob. cit., pp. 7-9. FERNANDA PALMA/RUI PEREIRA – “O crime de burla no código penal de 1982-95”, *RFDL*, Vol. XXXV, 1994, pp. 329-331. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS – “Burla” in *Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, p. 175. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE - “Anotação ao artigo 217.º do Código Penal” in *Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 678. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 279-283, embora este autor, partindo da referida noção económico-jurídica de património, proponha um conceito “jurídico-criminal” de património, restringindo, desta forma, as “situações” merecedoras de proteção aos fins penais (o que, na prática, já era defendido por alguma doutrina que apoia a conceção económico-jurídica de património).

¹²⁵ Cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 280. JOSÉ DE SOUSA BRITO, ob., cit., p. 153.

¹²⁶ Em sentido análogo, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., pp. 285-287. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 678. Em sentido diverso, JOSÉ DE SOUSA BRITO, ob. cit., p. 154, entende que a expectativa ilícita ou imoral não se encontra abrangida no património.

Todavia, o crime de infidelidade é um crime autónomo relativamente ao crime de burla. Em primeiro lugar, enquanto a infidelidade é um crime específico próprio¹²⁷, só podendo ser cometido pela pessoa a quem foi confiado, por lei ou por ato jurídico, o dever de dispor, administrar ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios, dependendo a ilicitude do facto de certas qualidades ou relações especiais do agente (artigo 28.º, n.º1 do CP), a burla é um crime comum¹²⁸, podendo ser cometido por qualquer pessoa.

Em segundo lugar, a burla qualifica-se como um crime de execução vinculada¹²⁹, uma vez que configura um delito com exigências típicas particulares (erro ou engano astuciosamente provocados pelo agente). A astúcia é o elemento que mais releva neste ilícito típico, na medida em que, não existindo astúcia não se verifica o crime de burla, nem mesmo na forma tentada¹³⁰. Com efeito, o que torna o delito de burla especialmente perigoso é precisamente a atividade astuciosa do agente e o erro ou engano da vítima que lhe segue, tratando-se, por isso, de um crime em que a liberdade da vítima e a sua autonomia pessoal são afetadas^{131/132}.

Por sua vez, a infidelidade é um crime de execução livre, visto que o prejuízo patrimonial pode ser causado por qualquer modo, não se exigindo, portanto, que o agente atue com astúcia. Desta forma, compreende-se que, por exemplo, um administrador de uma sociedade não possa cometer o crime de burla, visto que a capacidade de disposição de bens ou interesses económicos da sociedade de que ele

¹²⁷ Cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 364. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 700.

¹²⁸ Cf. FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, ob. cit., p. 322. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 682.

¹²⁹ No mesmo sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 293. FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, ob. cit., p. 322. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 678.

¹³⁰ Neste sentido, FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, ob. cit., p. 324.

¹³¹ Em sentido análogo, FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, ob. cit., p. 328.

¹³² Convém salientar que, uma vez que a astúcia consiste num conceito indeterminado, as opiniões divergem quanto ao seu significado. De acordo com PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, ob. cit., p. 680, a astúcia refere-se ao “aproveitamento de uma vantagem cognitiva do agente sobre o burlado”, a qual lhe possibilita a manipulação da vontade deste – não se torna indispensável, desta forma, um *mise-en-scène* –, presumindo-se esta vantagem, em especial, nos profissionais de setores de atividade especializados. Também ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, ob. cit., p. 296 e 300, afiança que a *mise-en-scène* não constitui um elemento do crime de burla, a consumação deste delito depende antes de um “domínio-do-erro jurídico-penalmente relevante”, sendo o seu conteúdo definido pelas regras de direito privado sobre a boa fé em sentido objetivo. Diversamente, FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, ob. cit., p. 327, e JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 165, entendem que a mentira na burla deve materializar-se numa manobra fraudulenta ou numa encenação.

goza não provém de um engano prévio astuciosamente provocado, mas antes de uma relação legítima de administração resultante de um ato jurídico¹³³.

Deste modo, podemos concluir que, enquanto no crime de infidelidade o prejuízo patrimonial (importante) incide sobre interesses patrimoniais alheios confiados licitamente ao agente, no crime de burla o empobrecimento da vítima resulta de um erro ou engano astuciosamente provocados por aquele.

Em sentido análogo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de novembro de 1997, Processo n.º 0022225 (*in* www.dgsi.pt), no qual se lê:

“Não integra o crime de burla (mas tão só e eventualmente o crime de infidelidade) a conduta do arguido que, como gerente duma Dependência Bancária e, nessa qualidade fazendo parte da comissão de crédito, aprovou a concessão de créditos a clientes cuja solvabilidade económica era, à partida duvidosa não tendo alguns desses créditos sido cobrados mesmo por via judicial, - e isto porque se não provou qualquer conluio entre o arguido e esses clientes no sentido destes obterem enriquecimento ilegítimo conexionado com a conduta do arguido. A mera aprovação das propostas de empréstimo não constitui erro ou engano astuciosamente criado nem traduz qualquer artifício fraudulento para enganar”.

Outra das principais distinções entre os dois delitos em estudo é que a burla pressupõe que o agente tenha a intenção de obter, para si ou para terceiro, um enriquecimento ilegítimo. Portanto, não é suficiente para o preenchimento do tipo subjetivo deste crime que o agente tenha dolo de causar um prejuízo patrimonial ao sujeito passivo ou a terceiro, tornando-se imprescindível que aquele tenha dolo de obter um enriquecimento próprio ou alheio; estamos assim perante um delito de intenção¹³⁴.

¹³³ Cf. GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FERMÍN MORALES PRATS, *ob. cit.*, p. 1352.

¹³⁴ Cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 309. PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 681. FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 322, 323 e 332. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 174. Saliente-se, no entanto, que para a consumação do crime de burla, é irrelevante que o agente efetive a sua intenção de enriquecimento, verificando-se na altura em que acontece o prejuízo patrimonial da vítima (o empobrecimento). Daí a qualificação da burla como crime de “resultado cortado ou parcial” (neste sentido, ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, p. 277, FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 323 e 332, ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, p. 174, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, pp. 681-682).

Já a infidelidade pressupõe a inexistência da intenção de enriquecimento ilegítimo (próprio ou alheio), sendo suficiente que o agente tenha *dolus nocendi*¹³⁵.

Finalmente, a principal divergência entre os dois delitos em questão assenta no facto da burla ser, normalmente, um “crime com participação da vítima”¹³⁶, pois é esta que, induzida em erro ou engano, pratica os atos que lhe provocam um prejuízo patrimonial¹³⁷.

Por seu turno, a infidelidade não consubstancia um delito com “participação da vítima”, uma vez que a vítima não colabora com o agente na provocação do prejuízo patrimonial. Assim, por exemplo, quando um administrador de uma sociedade engana a mesma (causando-lhe um prejuízo patrimonial importante), não deixa de ser este a realizar a disposição patrimonial no âmbito das suas faculdades de administração¹³⁸.

Neste sentido, veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 1997, Processo n.º 970/96 (*in* www.pgdlisboa.pt), onde se afirma que:

“I - No crime de burla, a pessoa que utiliza o artifício fraudulento tem de ser distinta daquela que é enganada, sendo pura ficção, sem apoio na realidade jurídica, tentar proceder-se à distinção entre o facto de o arguido ter agido como gerente da sociedade 'X' e o facto de se entender como fraudulentamente enganada a sociedade 'Y', sendo o arguido gerente de ambas.

II - Tendo ficado provado que foi propósito daquele beneficiar a firma 'X' de que também era gerente em detrimento da firma 'Y', o ilícito criminal por si cometido só pode ser o de infidelidade do art.º 319, do CP de 1982, ou art.º 224, do CP de 1995, crime este que no entanto só é punível, se o prejuízo patrimonial for importante e se a conduta do agente tiver resultado de grave violação dos deveres por ele assumidos de dispor, administrar, ou fiscalizar os interesses patrimoniais alheios.

III- Embora a lei não refira o que se deva entender por 'prejuízo importante', deverá considerar-se como correspondendo, pelo menos, ao de 'valor elevado' da lei actual.”

¹³⁵ Em sentido análogo, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, pp. 362-363. CARLOS ALEGRE, *ob. cit.*, p. 126. JORGE DIAS DUARTE, *ob. cit.*, p. 79. MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *ob. cit.*, p. 826. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *ob. cit.*, pp. 210-211. MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, *ob. cit.*, p. 380.

¹³⁶ Cf. ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, *ob. cit.*, pp. 277 e 298; FERNANDA PALMA/ RUI PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 322 e 329.

¹³⁷ De notar que quando o enganado provoca um prejuízo patrimonial a terceiro (é a chamada burla triangular – neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *ob. cit.*, p. 678), já não estaremos perante um crime com “participação da vítima”.

¹³⁸ No mesmo sentido, GONZALO QUINTERO OLIVARES/ FERMÍN MORALES PRATS, *ob. cit.*, p. 1352.

Em conclusão, apesar de estarmos perante dois tipos legais de crimes com diferenças notórias entre si, ocasionalmente os tribunais deparam-se com situações nas quais surgem dúvidas sobre qual destes ilícitos deva ser aplicado, sobretudo quando o agente é o administrador de uma sociedade – embora, como já referimos, nestes casos não estejamos perante um crime de burla, pois não há uma participação da vítima, ou seja, da sociedade.

6 - Conclusão

Embora seja possível traçar um caminho de separação entre o crime de infidelidade e os crimes de abuso de confiança e de burla, pois, como vimos, a infidelidade abrange frequentemente situações que não podem ser compreendidas nestes últimos, trata-se de um crime muito pouco aplicado na prática. Para solucionar este problema torna-se necessário fazer alterações à redação do artigo 224.º do CP:

1.º Somos da opinião que o conceito indeterminado “importante” devia ser substituído pela expressão “valor elevado” (definido na alínea a) do artigo 202.º do CP) e que se devia prever num outro número do mesmo artigo, como circunstâncias agravantes, o “valor consideravelmente elevado” (definido na alínea b) do mesmo artigo)¹³⁹ e a “difícil situação económica em que a vítima ficou depois de ter sofrido o prejuízo patrimonial”, à semelhança do que acontece no CP Alemão, ao remeter no n.º2 do § 266.º (*Untreue*) para o n.º3 do § 263.º (*Betrug*), que consagra nos seus vários números circunstâncias agravantes deste crime. A solução que propomos é, no essencial, a de equiparar o crime de infidelidade aos demais crimes contra o património em matéria de agravação.

2.º Consideramos que a exigência cumulativa de dolo intencional e de “grave violação dos deveres” que incumbem ao agente é redundante, visto que ao causar intencionalmente um grave prejuízo patrimonial à vítima, o agente viola inevitavelmente de forma grave os deveres por ele assumidos de dispor, administrar, ou fiscalizar interesses patrimoniais alheios¹⁴⁰. Deste modo, na nossa ótica, ou se elimina a expressão “intencionalmente” do artigo 224.º do CP, ou a violação dos deveres assumidos pelo agente não deve ser “grave”. Feita esta alteração no crime de infidelidade o seu tipo subjetivo fica mais amplo, daí que tenhamos a possibilidade de sugerir a introdução de uma “cláusula de risco” como a prevista no n.º 2 do artigo 235.º do CP, de modo a tornar evidente que, no domínio de atividades que comportam um determinado risco, se o agente agir escrupulosamente, apesar da sua conduta preencher em termos formais o tipo legal de crime de infidelidade (pois este viola os deveres que lhe incumbem, mas sem ser de forma grave), ela não é ilícita do ponto de vista jurídico-penal.

3.º Outra das modificações a introduzir seria no limite máximo da pena de prisão prevista para o crime de infidelidade, pois, como já referimos, não faz sentido

¹³⁹ De notar que, também JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, ob. cit., p. 212, afiança que seria preferível o legislador recorrer às noções de “valor elevado” e de valor “consideravelmente elevado” definidas no artigo 202.º do CP do que ter utilizado o conceito de prejuízo “importante”.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, ob. cit., p. 364.

que este limite seja inferior ao previsto para o crime de abuso de confiança (artigo 205º, n.º4 do CP; por conseguinte, deveria ser elevado para cinco anos.

4.º Finalmente, no que respeita à circunstância do procedimento criminal depender de queixa (n.º 3 do artigo 224.º do CP), ou de acusação particular (alínea a) do n.º 1 do artigo 207.º por remissão do n.º 4 do artigo 224.º, ambos do CP), é comum os crimes contra o património na sua forma simples serem semi-públicos ou particulares – como é o caso do crime de abuso de confiança simples (artigos 205º, n.º3 e 207.º do CP) e do crime de burla simples (artigo 217º, n.ºs 3 e 4 do CP) –; porém, quando estão em causa crimes contra o património na sua forma qualificada, estes são crimes públicos – é o que sucede com o crime de abuso de confiança qualificado (artigo 205º, n.ºs 4 e 5 do CP) e com o crime de burla qualificada (artigo 218.º do CP). Assim, uma vez que o crime de infidelidade apresenta alguma sobreposição com o crime de abuso de confiança qualificado (artigo 205.º, n.º4 do CP) e com o crime de burla qualificada (artigo 218.º n.ºs 1 e 2, alíneas a) e c) do CP), na medida em que a descrição típica exige que a conduta levada a cabo pelo agente provoque um prejuízo patrimonial **importante** ao titular dos interesses patrimoniais, defendemos que este crime deveria ser público, pois estamos perante um ilícito de alguma gravidade, pese embora apresente alguma proximidade com conflitos de natureza civil ou privada, o que pode ter contribuído para a sua consagração como crime semi-público.

Para concluir, importa realçar que, apesar de considerarmos que a redação do artigo 224.º do CP não é a mais correta, concordamos com a opção de uma criminalização genérica do crime de infidelidade, em conformidade com o § 266.º do CP Alemão e o artigo 158.º do CP Suíço, ao invés da consagração deste delito estritamente no âmbito societário como o artigo 295.º do CP Espanhol e o artigo 2634.º do CCiv Italiano, tendo em conta que a esfera de situações em que a violação intencional de deveres de confiança, legais ou contratuais, provoca um grave prejuízo patrimonial não se restringe às sociedades comerciais, podendo ocorrer em várias outras situações, como, por exemplo, na administração do condomínio e no âmbito de relações parentais, de tutela ou de curatela.

Bibliografia

Monografias

Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal – Parte Especial, Ministério da Justiça, Lisboa, 1979, pp. 155-166.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Anotação ao artigo 205.º do Código Penal” *in Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 644-648.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - “Anotação ao artigo 217.º do Código Penal” *in Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp.677-683.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” *in Comentário do Código Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, pp. 698-700.

ALEGRE, Carlos – “Abuso de confiança” *in Crimes Contra o Património: Notas ao Código Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º3, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1988, pp. 77-79.

ALEGRE, Carlos – “Infidelidade” *in Crimes Contra o Património: Notas ao Código Penal*, Cadernos da Revista do Ministério Público, n.º3, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1988, pp. 125-126.

ANDRADE, Manuel da Costa – “Anotação ao artigo 235º do Código Penal” *in Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 540-557.

BARREIROS, José António – “Abuso de confiança” *in Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, pp. 100-116.

BARREIROS, José António – “Burla” *in Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, pp. 148-177.

BARREIROS, José António – “Infidelidade” *in Crimes Contra o Património*, Lisboa: Universidade Lusíada, 1996, pp. 210-213.

BELEZA, Teresa Pizarro – “Os crimes contra a propriedade no Código Penal de 1982 (Sumários Desenvolvidos)”, in *Colectânea de textos de parte especial do direito penal / Augusto Silva Dias... [et al.]*, Lisboa: AAFDL, 2008, pp. 133-157.

BRITO, José de Sousa – “Burla” in *Direito Penal II, Crimes contra o Património*, Lisboa: não publicado (FDUL), 1981, pp. 117-154.

CARVALHO, Américo Taipa de – “Anotação ao artigo 224º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 362-372.

CASAROLI, Guido – “Commentario al articolo 2634.º del Codice Civile” in *Commentario Breve al Codice Civile : complemento giurisprudenziale*, dirigido por Giorgio Cian, 7.ª ed, Pádua: CEDAM, 2005, pp. 3160-3161.

COSTA, António Manuel de Almeida – “Anotação ao artigo 217º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 274-310.

COSTA, José Faria – “Anotação ao artigo 203º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 34-43.

COSTA, José Faria – “O Direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude” in *Ciclo de estudos de direito penal económico*, Coimbra: Centro de Estudos Judiciários , 1985, pp. 43-67.

DEUEL, Michael – *Quels conflits d'intérêts sont-ils constitutifs de gestion déloyale (art. 158 CP) ?*, Maîtrise: Université de Genève, 2013. In <http://archive-ouverte.unige.ch/unige:30534> (consultado em 2 de abril de 2014).

DIAS, Jorge de Figueiredo – “Anotação ao artigo 205º do Código Penal” in *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 94-114.

FERRETTI, Alessandro – “Il curatore fallimentare” in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali: La dichiarazione e gli effetti del fallimento*, Vol. 1, dirigido e coordenado por Umberto Apice / anotado por Girolamo Bongiorno... [et al.], Turim: G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 243-346.

GOMES, Mário Manuel Vargês – “O crime de infidelidade (Artigo 319.º) ” in *Crimes Contra o Património em Geral: Notas ao Código Penal: artigos 313.º a 333.º*/ anotado por Arlindo Lopes de Almeida... [et al.], Lisboa: Rei dos Livros, 1983, pp. 69-83.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – “Anotação ao artigo 205.º do Código Penal” in *Código Penal Português : Anotado e Comentado : Legislação Complementar*, 18.ª ed, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 745-753.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – “Anotação ao artigo 224.º do Código Penal” in *Código Penal Português : Anotado e Comentado : Legislação Complementar*, 18.ª ed, Coimbra: Almedina, 2007, pp. 825 -828.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – “Anotação ao artigo 205º do Código Penal” in *Código Penal : referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, pp. 459-469.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas – “Anotação ao artigo 224º do Código Penal” in *Código Penal : referências doutrinárias, indicações legislativas, resenha jurisprudencial*, 2.º Vol., Lisboa: Rei dos Livros, 1995, pp. 592-596.

MARTÍN, Ricardo M. Mata Y – “Estructura fundamental del delito de administración desleal” in *El nuevo derecho penal español : estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz / coordinado por Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats*, Elcano: Aranzadi, 2001, pp. 1545-1564.

MUÑIZ, José Manuel Valle, OLIVARES, Gonzalo Quintero – “Comentario al artículo 252.º del Código Penal” in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares ; coordinado por Fermín Morales Prats, 2ª ed., Elcano: Aranzadi, 2001, pp. 1186-1191.

OLIVARES, Gonzalo Quintero, PRATS, Fermín Morales – “Comentario al artículo 295.º del Código Penal” in *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dirigido por Gonzalo Quintero Olivares ; coordinado por Fermín Morales Prats, 2ª ed., Elcano: Aranzadi, 2001, pp. 1351-1360.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ROCHA, Manuel António Lopes – “A Parte Especial do Novo Código Penal, Alguns Aspectos Inovadores” in *O novo Código Penal Português e legislação complementar, Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, pp. 380-381.

Artigos

CONAC, Pierre-Henri, ENRIQUES, Luca, GELTER, Martin – “Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy”, *European Company & Financial Law Review*, Vol. 4, Issue 4, 2007, pp. 491-528.

CORREIA, Eduardo – “O crime de abuso de confiança (alguns problemas)”, *RLJ*, diretor: Manuel Chaves e Castro, ano 93, Coimbra: Coimbra Editora, 1960-1961, pp. 52-56.

DUARTE, Jorge Dias – “Crime de abuso de confiança e de infidelidade”, *RMP*, diretor: Eduardo Maia Costa, ano 20, n.º 79, Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1999, pp. 69-92.

LEITE, André Lamas – “Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa no Código Penal Português”, *RBCC*, coordenação: Helena Regina Lobo da Costa, ano 20, Vol. 97, 2012, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, pp. 283-297.

PALMA, Maria Fernanda, PEREIRA, Rui Carlos – “O crime de burla no código penal de 1982-95”, *RFDL*, Vol. XXXV, 1994, pp. 321-333.

Pareceres

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa – “Relevância sistemática do crime de infidelidade patrimonial – Insuficiência na quesitação do abuso de confiança e da burla – Aplicação no tempo do novo Código de Processo Penal”, *ROA*, Ano 51 – Vol. III, dezembro, 1991, pp. 787-816.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de junho de 1991, Processo n.º 041862, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 13 de março de 2014).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6 de janeiro de 1993, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 423, p. 146.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 1997, Processo n.º 970/96, *in* <http://www.pgdlisboa.pt> (consultado em 7 de março de 2014).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de abril de 2002, Processo n.º 02P154, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 20 de fevereiro de 2014).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de janeiro de 2003, Processo n.º 02P3319, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 20 de fevereiro de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14 de março de 2000, Processo n.º 426/99, *in* CJ, Tomo II, 2000, pp. 280-281.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 4 de março de 2010, Processo n.º 824/09.3TALLE-A.E1, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 13 de março de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15 de fevereiro de 2011, Processo n.º 334/99, *in* <http://www.colectaneadejurisprudencia.com> (consultado em 1 de setembro de 2013).

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 6 de dezembro de 2011, Processo n.º 231/10.5TACTX.E1, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 26 de fevereiro de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 14 de maio de 2013, Processo n.º 2835/07.4TABRG-A.G1, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 20 de fevereiro de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de novembro de 1997, Processo n.º 0022225, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 7 de março de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6 de novembro de 2003, Processo n.º 6513/03, *in* <http://www.pgdlisboa.pt> (consultado em 13 de março de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de setembro de 2005, Processo n.º 7963/05, *in* CJ, n.º 185, Tomo IV, 2005, pp. 141-143.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de maio de 2007, Processo n.º 6979/06, *in* <http://www.pgdlisboa.pt> (consultado em 13 de março de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de outubro de 2013, Processo n.º 210/11.5TELSB.L1, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 13 de março de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de outubro de 1993, Processo n.º 9320582, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 20 de fevereiro de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de maio de 2000, Processo n.º 0040252, *in* <http://www.dgsi.pt> (consultado em 20 de fevereiro de 2014).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de março de 2001, Processo n.º 0041344, *in* CJ, Tomo II, 2001, pp. 218-222.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 1 de outubro de 2008, Processo n.º 1541/08, *in* <http://www.colectaneadejurisprudencia.com> (consultado em 1 de setembro de 2013).

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de março de 2011, Processo nº 1438/05.2TAVFR-A.P1, in <http://www.dgsi.pt> (consultado em 13 de março de 2014).

Legislação

Código Penal Alemão em vigor in http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_266.html (consultado em 24 de março de 2014).

Código Penal Espanhol de 1822 in <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dossier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf> (consultado em 24 de março de 2014).

Código Penal Espanhol de 1848 in <http://fama2.us.es/fde/codigoPenal1848.pdf> (consultado em 26 de março de 2014).

Código Penal Espanhol em vigor in <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (consultado em 26 de março de 2014).

Código Civil Italiano em vigor in http://www.ilcodicecivile.it/Libro_V-Del_lavoro.html?pag=115 (consultado em 26 de março de 2014).

Código Penal Suíço de 1942 in <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c4120190.html> (consultado em 24 de março de 2014).

Código Penal Suíço em vigor in <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html> (consultado em 24 de março de 2014).

Outros sites

Estatísticas APAV – em foco: Crimes Contra o Património in http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_EmFoco_Crimes_Contra_Patrimonio.pdf (consultado em 14 de abril de 2014).

Polizeiliche Kriminalstatistik 2012, Bundesrepublik Deutschland, in https://www.bka.de/nn_196810/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/PolizeilicheKriminalstatistik/2012/pks2012Jahrbuch.html?nnn=true (consultado em 24 de março de 2014).