



**Universidade Católica Portuguesa
Escola de Lisboa**

**A doutrina da participação nos crimes específicos
aplicada ao crime de participação económica em negócio**

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de mestre em **Direito Forense**, especialização em **Direito Penal Económico**.

Maria Leonor da Cunha e Sá de Quinhones Levy
n.º 142713076

Sob a Orientação do Prof. Doutor **Germano Marques da Silva**

FACULDADE DE DIREITO
MARÇO 2015



UNIVERSIDADE | FACULDADE
CATÓLICA | DE DIREITO
PORTUGUESA |
ESCOLA DE LISBOA

Índice

1. Introdução.....	3
2. Antecedentes históricos.....	5
3. Bem Jurídico Tutelado	6
4. Elementos Objectivos.....	11
4.1. Autoria	11
4.2. Conduta e Resultado	18
4.3. Vantagem Patrimonial	22
5. Elemento Subjectivo	22
6. Comparticipação Criminosa.....	24
7. Terceiros para efeitos do artigo 377.º.....	35
8. Conclusão	41
9. Bibliografia.....	43

1. Introdução

O crime de participação económica em negócio encontra-se previsto no artigo 377.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com as suas sucessivas alterações. Este crime está inserido no Título V relativo aos crimes contra o Estado, no capítulo IV dos crimes cometidos no exercício de funções públicas e na secção II, do peculato. O “objectivo que subjaz ao tipo legal da participação económica em negócio (...) reconduz-se a impedir que os interesses públicos de natureza patrimonial sejam preteridos em favor de interesses privados do agente ou de terceiro”.¹ Na verdade, estes tipos penais surgem com a “necessidade de assegurar aos cidadãos que qualquer serviço que envolva a prestação de uma actividade pública funcionará de acordo com a lei, respeitando o ordenamento jurídico, com eficácia de actuação.”² Só desta maneira se pode salvaguardar a credibilidade e a confiança dos cidadãos nas instituições públicas e nos seus funcionários. Estes são a cara da Administração Pública.

“Artigo 377.º Participação económica em negócio

1 - O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar, é punido com pena de prisão até 5 anos.

2 - O funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.

3 - A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.”

¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 121-1988-1989, nºs 3766-3777, pág. 384.

² SILVA DIAS, Maria do Carmo, *Comentário das leis penais extravagantes*, Volume I, pág. 751, apud *Criminalidade Económico-Financeira: Crimes em Especial*, Tomo I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013.

Apesar dos crimes cometidos no exercício de funções públicas terem objectos distintos e visarem diferentes elementos, todos têm um aspecto em comum que muitas vezes implica que a fronteira entre estes não seja clara e gerando, não raras as vezes, situações de concurso de normas. Logicamente, o que acaba por acontecer é o agente ser punido pelo crime cujos elementos típicos sejam mais facilmente preenchidos. Na verdade, o crime de participação económica em negócio é composto de “elementos típicos de menor verificação social e um crime subsidiário em relação a outros de mais simples aplicação por preenchimento mais simples dos seus elementos”³ – como é o caso do crime de corrupção passiva ou do recebimento indevido de vantagem. Em comum, tutelam os abusos e desvios do interesse público e das públicas funções a que se encontram vinculados, visando a obtenção de uma vantagem que não lhes é devida e por isso ilícita. Há uma “utilização indevida das faculdades inerentes ao cargo, para fins que não se encontram dentro das respectivas atribuições legais”.⁴

Numa óptica geral, o crime de participação económica em negócio apresenta duas preocupações interligadas entre si que, na minha opinião, se reflectem em dois objectos jurídicos distintos tutelados: a protecção do património público contra possíveis abusos por parte dos funcionários públicos e o alegado aproveitamento do cargo e funções por parte dos mesmo, com o intuito de obter, para si ou terceiros, participação económica em negócio ou vantagens patrimoniais não devidas. Este aproveitamento resulta numa preterição dos seus deveres enquanto garantes da Administração, lesando e desvirtuando a sua imagem, afectando a sua credibilidade e desrespeitando os interesses dos cidadãos.

O estudo deste tipo legal, no âmbito da disciplina de Direito Penal Económico, do Mestrado Forense, revelou um tipo legal já desde há muito conhecido pelo nosso ordenamento jurídico mas que ainda tem muitos aspectos que podem ser objecto de análise e discussão. Desde logo, por ser um crime cujo círculo de autores é restrito aos funcionários públicos e, por isso, considerado um crime específico. A jurisprudência é escassa e muitas vezes resulta na impunidade dos agentes intervenientes pelo crime de participação económica em negócio.

³ ROCHA MARQUES DOS SANTOS, André - *O crime de Participação Económica em Negócio: reflexão crítica*. Lisboa: Universidade Católica, 2014. Trabalho final da disciplina de Direito Penal Económico (Mestrado Forense).

⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (1), pág. 381.

A participação criminosa no âmbito deste tipo legal é certamente a parcela maior dos problemas que a norma levanta, mas não só. O conceito de “terceiros” não é líquido encontrando-se diferentes entendimentos quer na doutrina, quer na jurisprudência.

Por estas e outras razões que ao longo desta dissertação serão levantadas, dediquei a minha dissertação à análise deste preceito com o intuito de delimitar o seu âmbito, de entender os seus intervenientes e a responsabilidade dos mesmos pela prática do crime de participação económica em negócio.

2. Antecedentes históricos

O crime de participação económica em negócio é antigo, surgindo pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico no Código Penal de 1886, nos artigos 316.^{o5} e 317.^{o6} - ainda que em diferentes moldes da redacção actual. Naquele primeiro preceito encontramos já vestígios da participação económica em negócio não lesiva dos interesses patrimoniais do Estado, isto é, o núcleo referente ao n.º 2 e n.º 3 do actual artigo 377.º. Por outro lado, o artigo 317.º do Código Penal de 1886 reflecte o disposto no n.º 1 e novamente no n.º 3, relativo à participação lesiva daqueles interesses.

Este tipo legal foi evoluindo tendo o actual preceito por base o artigo 427.º do Código Penal, aprovado pelo Decreto-lei n.º 400/82, de 23 de Setembro. É, no entanto, com a revisão levada a cabo pelo Decreto-lei n.º 48/95, de 15 de Março, que se altera o preceito tal qual se encontra actualmente disposto no artigo 377.º.

A diferença que se verifica entre o artigo 427.º do Código Penal na primeira redacção e a do actual artigo 377.º centra-se sobretudo ao nível das molduras penais. Relativamente à participação económica em negócio lesiva dos interesses patrimoniais do Estado (n.º 1), este tipo legal deixa de prever a pena de multa que era aplicável cumulativamente

⁵ **Artigo 316.º** Percebimento ilegal de emolumentos: Os empregados públicos não autorizados pela lei para levar às partes emolumentos ou salários, e, bem assim, aqueles que a lei autoriza a levar somente os emolumentos ou salários por ela fixados, se levarem maliciosamente por algum acto de suas funções o que lhes não é ordenado, ou mais do que lhes é ordenado, posto que as partes lho queiram dar, serão punidos com a demissão ou suspensão, segundo as circunstâncias, e multa de um mês até três anos, salvas as penas de corrupção, se houverem lugar.

⁶ **Artigo 317.º** Aceitação de interesse particular por empregado público: Todo o empregado público que em coisa ou negócio de cuja disposição, administração, inspecção, fiscalização ou guarda estiver encarregado, em razão de suas funções, ou em que do mesmo modo estiver encarregado de fazer ou ordenar alguma cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento, tomar ou aceitar, por si ou por outrem, algum interesse por compra ou por qualquer outro título ou modo, será punido com a prisão de um a dois anos, e multa correspondente. (...)

com a pena de prisão, agora agravada de 4 para 5 anos. Já quanto à participação económica não lesiva daqueles interesses, prevista nos números 2 e 3 do artigo 377.º, passou a punir-se com pena de prisão até 6 meses ou, em alternativa, com pena de multa, atenuando-se a mesma de 30 a 120 dias para um máximo de 60 dias. De resto, no n.º 2 e 3 surge o aditamento da expressão “para si ou para terceiro” já presente no n.º 1 e, em concreto no n.º 3 do actual preceito, onde agora se refere “vantagem patrimonial” antes lia-se “económica”, deixando também de se fazer essa referência, definindo-se o prejuízo para a Fazenda Pública. Os interesses passam também a ser os “que lhes estão confiados”, expressão presente na parte final daquele número.⁷

Verifica-se assim que este crime, já há muito existente no nosso ordenamento jurídico em moldes estruturalmente coincidentes, evoluiu basicamente apenas no âmbito das molduras penais previstas.

A primeira impressão que se pode retirar é a de que, apesar do seu conteúdo permanecer basicamente inalterado, o legislador sentiu a necessidade de agravar a punição pela prática do crime de participação económica em negócio punindo, de modo mais severo, os abusos e desvios das funções pelos funcionários públicos, esperando deste modo travar a prática deste ilícito penal.

3. Bem Jurídico Tutelado

“O bem jurídico é definido como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”.⁸ “O

⁷ **Artigo 427.º do Código Penal de 1982:** 1 - O funcionário que, com intenção de obter para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão das suas funções, administrar, fiscalizar, defender ou realizar, será punido com prisão até 4 anos e multa de 30 a 90 dias. 2 - O funcionário que, por qualquer forma, receber vantagem patrimonial por efeito de um acto jurídico-civil, relativo a interesses de que ele tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, será punido com multa de 30 a 120 dias. 3 - A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, por qualquer forma, vantagem económica por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento de que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que se não verifique prejuízo económico para a Fazenda Pública ou para os interesses que assim efectiva.

⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2012, pág. 308.

bem jurídico é não só o fundamento da legitimidade da incriminação como é o seu limite”.⁹

O artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa estabelece os princípios fundamentais da Administração Pública. O n.º 1 e n.º 2 dispõem que “a Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.” É a protecção constitucional contida nesta norma, no sentido de assegurar o interesse público e a imparcialidade, que justifica a inclusão, pelo legislador, dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, onde se insere o crime de participação económica em negócio.

Os crimes que visam a protecção e o controlo do exercício de funções públicas têm como escopo combater a possível infidelidade daqueles que, como funcionários públicos ou equiparados, ao invés de protegerem e zelarem pelo património, pelo interesse público e, em consequência, pelos cidadãos, aproveitam-se dos poderes e das funções que exercem, em benefício próprio ou de terceiro, lesando assim, directa ou indirectamente, os interesses que lhes são confiados. Deste modo, é lesada toda e qualquer relação de confiança que a Administração Pública e os próprios cidadãos depositem neles.

A infidelidade é um crime comum e, por isso, pode ser praticado por qualquer pessoa nas circunstâncias tipificadas na letra da lei. Nos termos do artigo 244.º do Código Penal, “1. Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. (...)”.

A referência anterior ao crime de infidelidade justifica-se porque, em confronto com o tipo legal da participação económica em negócio, verifica-se uma aproximação entre preceitos, demonstrando-se porém o segundo mais específico, indo mais longe do que a

⁹ BARREIROS, José António, *Participação económica em negócio: um crime de fronteira*. Lisboa: Labirinto de Letras, 2014, pág. 19.

própria infidelidade presente no artigo 244.º do Código Penal. Para além da infidelidade, tutela o desvirtuamento da imagem da Administração e, em geral, do poder público, visando proteger o património e os interesses públicos confiados aos funcionários públicos. Ao actuar em sentido contrário dos interesses pelos quais devia zelar e ser fiel, em razão da satisfação de interesses patrimoniais privados¹⁰, o funcionário público corrompe as suas funções e põe em causa a “transparência e legalidade”¹¹ da actuação da Administração Pública e dos interesses dos cidadãos, sendo por isso infiel ao cargo e funções que desempenha.

Para CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “os dois tipos legais em confronto apresentam importantes pontos de contacto: em qualquer um deles, o agente lesa interesses patrimoniais que lhe foram confiados, com o que viola uma relação de fidelidade”.¹² Porém, deverá sublinhar-se que o crime de participação económica em negócio nem sempre resulta numa lesão patrimonial, como é o caso dos n.º 2 e 3 deste preceito. Por sua vez, também TAIPA DE CARVALHO considera a infidelidade administrativa como o bem jurídico tutelado pela incriminação relativa ao crime de participação económica em negócio¹³.

Ainda neste sentido FIGUEIREDO DIAS refere que, “tal como nos tipos legais precedentes, há, em qualquer uma das hipóteses previstas neste artigo, uma infidelidade do agente ao cargo que exerce (FIGUEIREDO DIAS, *RLJ* 121.º 380 s.)”.¹⁴ Ainda assim, este autor admite o sentido agravante deste crime qualificado por referência não só ao crime de infidelidade, como ao de abuso de confiança, punido e previsto no artigo 205.º do Código Penal.¹⁵

¹⁰ Como se verá adiante, discute-se se os interesses patrimoniais se devem dirigir exclusivamente a interesses privados ou se, por outro lado, os interesses privados podem passar pela vontade de beneficiar uma qualquer entidade pública ou equiparada que não aquela a que o funcionário se encontra vinculado.

¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição. Participação económica em negócio - artigo 377.º in *Comentário Conimbricense do Código penal*, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág. 724.

¹² *Idem*, pág. 734.

¹³ TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial*, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pág. 371.

¹⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, op. Cit. (11), pág. 724.

¹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (1), pág. 380.

Também MAIA GONÇALVES entende que o “crime do n.º 1 é um crime qualificado de infidelidade, artigo 224.º, concorrendo com este em concurso aparente numa relação de consumpção em que fica consumado o crime de infidelidade”.¹⁶

No n.º 2 e n.º 3 não se exige uma efectiva lesão dos interesses patrimoniais públicos. Isto significa que o que se proíbe não é tanto a possibilidade da obtenção de lucros indevidos por parte do funcionário público mas sim o dano consequente daquelas acções na imagem, na credibilidade e eficiência da Administração Pública. Mesmo não sendo patrimonialmente lesada, a Administração conferiu os poderes ao agente infractor que age em seu nome mas que satisfaz lucros e interesses próprios ao invés de servir a colectividade. O interesse público foi posto em causa pelo funcionário público e a imparcialidade e boa-fé devida¹⁷ não pautaram a sua actuação.

Para PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, “a enorme disparidade das molduras penais aponta no sentido de que, não havendo lesão do património confiado ao funcionário, a lesão do bem jurídico da integridade do exercício das funções públicas tem um papel meramente acessório”. Para este Autor, o bem jurídico passa essencialmente pelo património alheio, público ou privado¹⁸, colocando assim em segundo plano a integridade do exercício das públicas funções.

Porém, em sentido contrário e nas palavras de CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “a infidelidade traduz-se exactamente no facto do agente se «servir» (usar) das duas funções para auferir determinada vantagem, sendo a situação de maior gravidade a do n.º 1, porquanto o agente produz lesão para os interesses patrimoniais de que deveria cuidar. Sendo assim, torna-se claro que está em causa a protecção de interesses públicos – sempre o interesse na fidelidade dos funcionários, na transparência e legalidade da administração, contra intenções lucrativas do agente (para si ou para outrem) e ainda, no caso do n.º 1, de interesses públicos patrimoniais que o agente tem a seu cargo.”¹⁹

Inclinamo-nos para esta segunda ideia, não considerando a infidelidade como acessória no caso do n.º 2 e n.º 3 do artigo 377.º do Código Penal. A moldura penal mais elevada

¹⁶ LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel, *Código Penal Português: Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 15ª Edição, 2002, pág. 1017.

¹⁷ Atento ao disposto no artigo 266.º da Constituição da República.

¹⁸ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica. 2ª Edição, 2010, ponto 2, pág. 1003.

¹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição, op. Cit. (11), pág. 724.

no caso do n.º 1 é justificada por aí se efectivar uma concreta lesão do património público, para além da infidelidade do agente para com o seu cargo e deveres. Deste modo, aquele número não deixa de censurar a falta de integridade do funcionário público considerando, porém, para além dela, o maior desvalor daquela acção por resultar numa efectiva lesão dos interesses patrimoniais confiados, reflectindo-se a maior censura na moldura penal aplicável. Jogando com as palavras, trata-se de um agravamento do agravamento do crime de infidelidade.

Neste sentido encontra-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, referente ao processo n.º 1259/03.7TACBR.C1, quando dispõe que “este tipo legal dirige-se aos casos de infidelidade do agente ao cargo que exerce. O funcionário, no exercício das suas funções públicas, ao invés de actuar como zelador dos interesses que lhe estão confiados, abusa dos poderes conferidos pela titularidade do cargo com finalidade lucrativa para si ou terceiro (...)”. A mesma consideração é tomada também noutro Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, relativo ao processo n.º 159/00.7JAGRD.C2, referindo que “o crime de participação em negócio constitui um crime qualificado de infidelidade, lesando o funcionário, em violação dos deveres de imparcialidade e isenção do cargo, os interesses patrimoniais que lhe estão confiados”.

É importante salientar a posição de JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS²⁰ que entende que este é um “delito pluriofensivo” já que, em paralelo aos interesses patrimoniais do Estado, o bem jurídico tutelado prende-se, não tanto com a probidade ou fidelidade do agente para com as suas funções mas sim com o facto de o funcionário dever ser fiel aos valores nucleares da Administração Pública constitucionalmente consagrados, sendo estes a verdadeira premissa para a incriminação contida no artigo 377.º do Código Penal.²¹ Segundo o mesmo, tais valores não decorrem apenas do já referido artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa, como também das normas contidas no Código de Procedimento Administrativo, no artigo 3.º (princípio da legalidade), no artigo 4.º (princípio da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos cidadãos), no artigo 5.º (princípios da igualdade e da proporcionalidade), no artigo 6.º (princípios da justiça e da imparcialidade) e no artigo 7.º (princípio da colaboração da Administração com os particulares). Deste modo, este Autor considera o crime de participação económica em negócio como um tipo autónomo.

²⁰ BARREIROS, José António, op. Cit. (9), págs. 24 a 33.

²¹ *Idem*, págs. 24 e 25.

Presente o disposto no n.º 1 do artigo 377.º do Código Penal, este é um crime de dano patrimonial cujo preenchimento dos seus elementos implica a efectiva lesão dos interesses patrimoniais do Estado e confiados ao funcionário público. Nas palavras de VICTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, “o crime do n.º 1, embora possa não trazer qualquer vantagem ao agente (que este intente conseguir, mas pode não alcançar), desencadeia um crime de dano patrimonial («lesão de interesses patrimoniais» ao cuidado do mesmo).”²²

Já não podemos qualificar o n.º 2 e n.º 3 deste preceito como tal já que, para o preenchimento dos seus elementos, não se exige um efectivo dano patrimonial mas apenas que o funcionário aufera vantagem patrimonial como consequência da sua conduta. São assim denominados de crimes de perigo por se justificarem com a mera colocação em perigo do bem jurídico²³. Este é, no entanto, um crime de perigo abstracto, já que não é elemento do tipo, mas simplesmente o motivo da proibição.²⁴

4. Elementos Objectivos

“Por desvalor de resultado compreende-se a criação de um estado juridicamente desaprovado, e, assim, o conjunto de elementos objectivos do tipo de ilícito (eventualmente também do tipo de culpa) que perfeccionam a figura de delito”.²⁵

4.1. Autoria

“Elemento constitutivo de todo o tipo objectivo de ilícito nos delitos dolosos de acção é – apesar da natureza “subjectiva” ou “intersubjectiva” deste elemento – o autor da acção”.²⁶ “A autoria constitui uma das formas de crime, perspectivado segundo modos ou graus de participação do agente na sua prática”.²⁷

Em termos gerais, são quatro as diferentes concepções segundo as quais se procura determinar a autoria e, em consequência, a própria dicotomia entre autoria e participação que, como se verá adiante, é resultado da adopção de um conceito restritivo

²² SÁ PEREIRA, Victor; LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal: Anotado e Comentado*, 2008, pág. 923.

²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), pág. 309.

²⁴ SÁ PEREIRA, Victor; LAFAYETTE, Alexandre, op. Cit. (22), pág. 923.

²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), pág. 286.

²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *idem*, pág. 295.

²⁷ SIMAS SANTOS; LEAL HENRIQUES, *Código Penal Anotado: Parte Geral*, 1.º Volume. Lisboa: Rei dos Livros, 3ª Edição, 2000, pág. 335.

de autoria pelo nosso ordenamento jurídico. São, pois, duas concepções objectivistas (formal e material), uma subjectivista e a teoria do domínio do facto (hoje predominantemente aceite).

Em suma, a teoria objectiva formal defende que autor é aquele que realiza, total ou parcialmente, o comportamento típico descrito na norma; a teoria objectiva material considera o autor como aquele que oferece uma contribuição causal para a realização típica, independentemente do concreto contributo - teoria unitária da autoria. Numa óptica radical, não há qualquer diferenciação entre a autoria e a participação, não havendo cúmplices mas apenas autores. Esta concepção pode, no entanto, ser vista de um forma mais moderada, podendo, em relação à pena, ter-se em conta a medida da contribuição de cada um dos intervenientes.

O Código Penal Português rejeita este conceito unitário de autoria já que prevê expressamente a figura do cúmplice, no artigo 27.º, em paralelo ao autor, como participante dependente na prática de um crime daquele. Por outro lado, aceita a autoria mediata o que significa que o conceito restritivo de autoria não é adoptado em pleno.

Explica PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que, “a opção feita pelo legislador foi a de um conceito restritivo de autor, que distingue a autoria da participação, incluindo as normas da parte especial apenas os autores e constituindo as normas da parte geral um alargamento da responsabilidade.”²⁸

Numa concepção subjectivista defende-se que o autor é aquele que realiza o contributo causal para o resultado típico com *animus auctoris* (com a vontade de realizar o facto típico).²⁹ Em sentido inverso e ainda no âmbito desta concepção, o participante é aquele que age com *animus socii*, isto é, com vontade de partícipe.³⁰

Por fim, a teoria do domínio de facto, predominantemente acolhida em razão dos crimes dolosos, foi profundamente trabalhado por ROXIN. Segundo esta, o autor do facto é aquele que objectivamente o domina e que subjectivamente tem a vontade de o dominar. A realização do facto ilícito punível depende dele e sem o qual não se realiza. “Deve (...) asseverar-se que com o «domínio de facto» se ganhou o essencial, exactamente, um

²⁸ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, op. Cit. (18). Nota prévia ao artigo 26.º, pág. 141.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), págs. 760 a 764.

princípio normativo, ligado à realização do ilícito típico e, por isso, decisivo para a compreensão e a descoberta do sentido daquilo que está em causa na autoria.”.³¹

O artigo 26.º do Código Penal configura quatro categorias de autores, estabelecendo os requisitos gerais para a sua punibilidade. Nos termos do texto da lei, “é punível como autor quem executar o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou tomar parte directa na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda, quem dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”.

Admite-se assim a autoria imediata (“por si mesmo”), a mediata (“por intermédio de outrem”), a co-autoria (“ou tomar parte directa, por acordo ou conjuntamente com outros”) e a instigação (“quem dolosamente determinar outra pessoa à prática do facto”).

Quanto à instigação como forma de autoria, GERMANO MARQUES DA SILVA refere que a “lei não o qualifica como tal, é, uma vez mais, uma qualificação doutrinária comumente aceite. Acontece quando essa pessoa consegue criar noutra a decisão firme de querer praticar o crime. Tem o domínio do facto, sendo causa necessária da decisão do instigado”.³² Apenas os autores imediatos podem ser considerados como autores materiais do crime, já que os autores mediatos e os instigadores são considerados autores morais dado que utilizam ou fazem actuar outrem por si, como instrumento para a prática de um facto típico punível.³³

A autoria é vista como uma participação principal contrapondo-se à cumplicidade, como participação acessória. A cumplicidade, expressamente prevista no artigo 27.º do Código Penal (“quem dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de facto doloso”), é uma forma de participação prevista e punível através duma ideia da acessoriedade da conduta do cúmplice, limitada à conduta típica e punível do autor.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), pág. 769.

³² MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Lisboa: Verbo, 2012, pág. 365.

³³ MARQUES DA SILVA, Germano, *idem*, págs. 361 e 362.

Presente a norma contida no artigo 377.º do Código Penal e socorrendo-nos das palavras de HENRIQUE SALINAS MONTEIRO quanto à autoria, “(...) excepcionalmente, mas não raramente, verifica-se, em certas normas incriminadoras, uma restrição do círculo dos possíveis agentes (...) àqueles que se encontrem vinculados ao dever específico” e prossegue o mesmo referindo que “a existência deste dever específico pode ser revelada por diferentes vias: pela circunstância de constituírem elementos do tipo determinadas qualidades pessoais do agente (...)”³⁴. Este autor refere-se aos crimes específicos onde, segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “(...) a lei leva a cabo nesta matéria uma especialização, no sentido de que certos crimes só podem ser cometidos por determinadas pessoas, às quais pertence uma certa qualidade ou sobre as quais recai um dever especial”.³⁵

No mesmo sentido se encontra MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, ao destacar os crimes que fazem referência às qualidades ou relações especiais, determinam “que o círculo de potenciais autores não seja indeterminado, mas restrito de quem possui tais qualidades ou relações especiais”. (...) dão origem aos chamados crimes específicos próprios (quando as qualidades ou relações especiais fundamentam a própria ilicitude do facto) ou aos crimes específicos impróprios (quando tão só fazem variar a ilicitude do facto, agravando-a ou atenuando-a).³⁶

Como refere HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, é a existência de um dever específico previsto pela lei que vai definir o núcleo dos crimes especiais ou específicos e que justifica a restrição do círculo dos agentes autores desses mesmos delitos.³⁷

A conceptualização destes crimes como crimes de violação de dever era já defendida por autores como ROXIN e, entre nós, por CAVALEIRO FERREIRA, fundamentado-se a punibilidade destes autores específicos através da violação de um dever especial inerente às suas qualidades e/ou relações especiais detidas.

Assim sendo e em concreto, o crime de participação económica em negócio, sistematicamente inserido no capítulo dedicado aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, define como seu potencial autor o funcionário público, nos termos do

³⁴ SALINAS MONTEIRO, Henrique, *A participação em crimes especiais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pág. 11.

³⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), pág. 304.

³⁶ LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel, op. Cit. (16), pág. 139.

³⁷ SALINAS MONTEIRO, Henrique, op. Cit. (34), pág. 16.

artigo 386.º do Código Penal³⁸. É importante referir que “tem a categoria de funcionário, para efeito da prática de crimes específicos dos funcionários, não só quem desempenha uma actividade compreendida na função pública, como aquele que desempenha em organismos utilidade pública, conceito que compreende as empresas públicas e as empresas concessionárias de serviços públicos”.³⁹

“Não basta, porém, que se trate de um funcionário; é necessário que o funcionário exerça um dos cargos especificamente referidos no tipo legal – que, em razão das suas funções, tenha ao seu «cuidado», no todo ou em parte determinados interesses (n.º 1 e 2); e é necessário que haja uma relação causal entre o cargo do agente e a vantagem patrimonial obtida (n.º 2 e 3) ou que intentou obter (n.º 1).⁴⁰

Considerando-o um crime específico, tem como consequência directa o facto de apenas o funcionário público poder ser considerado autor desta conduta ilícita. Neste sentido, não pode ser punido pela prática deste crime o agente que preencha a conduta tipificada mas que não detenha a qualidade exigida e, por isso, não se encontrando adstrito ao dever especial que a norma também tutela. A censura perde a sua razão de ser já que este agente não se encontra vinculado à Administração Pública e, em geral, aos interesses públicos. “O facto de estarmos perante um crime específico exige que exista uma relação causal entre a vantagem obtida, ou que se pretendeu obter, e a função do agente, sendo que as actividades que este tem a obrigação de exercer não constituem,

³⁸ Artigo 386.º (Conceito de funcionário): 1 - Para efeito da lei penal a expressão funcionário abrange: a) O funcionário civil; b) O agente administrativo; e c) Os árbitros, jurados e peritos; e d) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar. 2 - Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores de empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos. 3 - São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos 372.º a 374.º: a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência; b) Os funcionários nacionais de outros Estados membros da União Europeia, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português; d) Todos os que exerçam funções no âmbito de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos. 4 - A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.

³⁹ LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel, op. Cit. (16), pág. 1029, fazendo referência ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03 de Maio de 1985, CJ, X, Tomo 3, 182.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal Colectivo de Lisboa: processo n.º 803/06.2JFLSB, fls. 120.

por si mesmas, um processo de cometimento de crime, pois que este só acontece quando aqueles se conjugam com o recebimento indevido da vantagem”.⁴¹

Segundo as palavras de HENRIQUE SALINAS MONTEIRO que aqui se aplicam, “sanciona-se a violação de um dever que recai apenas sobre determinadas pessoas, ligadas por um vínculo especial à administração, os funcionários.”⁴².

Os crimes específicos podem distinguir-se como próprios ou impróprios, sendo os primeiros crimes específicos dos autores concretamente definidos pelo tipo legal, enquanto os segundos representam apenas uma agravação de um crime fundamental, já existente no ordenamento jurídico e previsto para a generalidade das pessoas. Os crimes específicos impróprios são assim “crimes que existem como um tipo geral, para qualquer pessoa, e que depois, se forem praticados por pessoas com uma certa qualidade especial, passam a ser punidos de forma diferente”,⁴³ - de forma agravada.

Confrontando o n.º 1 do artigo 377.º com o texto legal do artigo 244.º do Código Penal, transcrito no anterior ponto referente ao bem jurídico tutelado, concluímos que este primeiro número parece tratar-se de uma circunstância agravante do crime de infidelidade, dadas as funções exercidas e a qualidade do agente infractor – a especial qualidade de se tratar de um funcionário público agrava a ilicitude daquela conduta⁴⁴. Pelo facto do n.º 1 do artigo 377.º do Código Penal encontrar um paralelo quanto à responsabilidade das pessoas em geral que executem aquele facto (presente no artigo 224.º), este considera-se um crime específico impróprio e, assim, um crime qualificado. A qualidade do agente apenas serve para agravar a sua responsabilidade.

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS discorda da posição que aqui se acolhe. Sendo que este autor não considera que o crime de participação económica em negócio tenha por base o crime de infidelidade⁴⁵, logicamente seria contraditório admitir o n.º 1 como agravante desse mesmo crime. Considera-o um crime específico próprio em que “a qualidade especial do autor ou o dever que sobre ele impende fundamentam a responsabilidade a responsabilidade.”⁴⁶

⁴¹ Sumário do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa: processo n.º 11952/02.6TDSB.L1-9.

⁴² SALINAS MONTEIRO, Henrique, op. Cit. (34), pág. 15.

⁴³ PIZARRO BELEZA, Teresa, *Direito Penal*, 2º volume. Lisboa: AAFDL, 1983, pág. 118.

⁴⁴ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição. op. Cit. (11), pág. 725.

⁴⁵ Posição concretizada no ponto 2, que apenas em parte se acolhe.

⁴⁶ FIGUEIREDO DIAS, op. Cit. (8), pág. 304.

Deve sublinhar-se que entender o crime de participação económica em negócio (n.º 1) como crime específico próprio ou impróprio tem grande impacto quanto à solução a dar aos casos em que, como se verá, a punibilidade de um agente pode ser afectada pela falta das qualidades ou relações especiais exigidas pelo tipo legal.

Porém, já os n.ºs 2 e 3 do artigo 377.º do Código Penal são pacificamente considerados como crimes específicos em sentido próprio, já que os elementos objectivos aí descritos não encontram nenhum paralelo nos restantes ilícitos penais. São crimes que apenas podem ser cometidos por quem detenha a qualidade de funcionário público (nos termos do artigo 386.º do Código Penal) no exercício das funções especificadas naqueles números. Assim, não se trata de circunstâncias agravantes em razão da qualidade do agente infractor mas sim da razão de ser da própria incriminação.

Deste modo, resumo a posição aqui acolhida através das palavras de VICTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE quando referem que “o agente é um funcionário e por isso, trata-se de crimes especiais ou específicos. Só que com colorações diversas, seguro como o n.º 1 se refere a um crime específico impróprio ou impuro, onde aquela qualidade agrava a ilicitude da conduta, por referência ao delito de infidelidade, e os n.ºs 2 e 3 se reportam a crimes próprios ou puros, em que a mesma qualidade fundamenta a ilicitude do facto”.⁴⁷ No mesmo sentido MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES dispõe que se trata “de um crime que terá sempre que ser praticado por funcionário, como vem definido no artigo 386.º, portanto um crime específico, impróprio no caso do n.º 1 e próprio no caso do n.º 2. (...) O crime do n.º1 é um crime agravado de infidelidade, do artigo 224.º, concorrendo com este em concurso aparente numa relação de consumpção em que fica consumido o crime de infidelidade.”⁴⁸

A distinção entre crimes específicos e aqueles ditos comuns revela implicações práticas controversas ao nível da autoria, singular ou em comparticipação. Para a definição de autor neste tipo de crimes deve ter-se em atenção que ao critério do domínio do facto se

⁴⁷ SÁ PEREIRA, Victor; LAFAYETTE, Alexandre, op. Cit. (22), pág. 921.

⁴⁸ LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel, op. Cit. (16), pág. 1108, fazendo referência ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03 de Maio de 1985, CJ, X, Tomo 3, 182.

acrescenta a violação do dever típico especial por quem dele é titular,⁴⁹ em virtude das qualidades ou relações especiais a que o agente se encontra vinculado.

Consoante o critério adoptado para definir a autoria nos crimes específicos (próprios ou impróprios) e, em consequência, os limites da comparticipação, são diferentes as soluções e assim, consequências divergentes. É nesta matéria que a doutrina admite centrar-se o maior problema na conceptualização deste tipo de crimes, sobre o qual nos debruçamos abaixo nesta dissertação.

4.2. Conduta e Resultado

O artigo 377.º do Código Penal comporta três situações distintas das quais resultam condutas puníveis pela lesão dos interesses patrimoniais confiados ou pela obtenção de vantagem patrimonial indevida. Contudo, todas elas tipificam um crime de resultado em contraposição aos de mera actividade – a lesão patrimonial do Estado ou a obtenção de vantagem patrimonial ilícita, já que o “tipo pressupõe a produção de um evento como consequência da actividade do agente” e “(...) só se dá a consumação quando se verifica uma alteração externa espaço-temporalmente distinta da conduta”.⁵⁰

A participação económica em negócio verdadeiramente dita encontra-se disposta no n.º 1 do artigo 377.º do Código Penal. Na verdade, apenas aqui a participação comporta a própria ilicitude censurada já que nos números seguintes a ilicitude passa pela vantagem patrimonial obtida e não propriamente pelo acto ou negócio em que o funcionário participa (repare-se que os factos praticados integram as competências do agente e não são ilícitos em si mesmo - o funcionário público apenas prossegue fins lícitos).

Esta participação económica em negócio tem como fundamento a celebração de um negócio jurídico ilícito, por ser contrário e/ou lesivo dos interesses patrimoniais do Estado confiados ao funcionário público. “Os negócios jurídicos são actos de autonomia privada que põem em vigor uma regulação jurídica vinculante para os seus autores, com o conteúdo que estes lhe quiserem dar, dentro dos limites jurídicos da autonomia privada”.⁵¹ Os negócios jurídicos são assim o reflexo da vontade das partes que os celebram, sendo pressuposto que cada uma delas prossegue interesses próprios, pretendendo retirar o maior benefício possível dos mesmos. “A parte é definida pela

⁴⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), pág. 771.

⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *idem*, pág. 306.

⁵¹ PAIS VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I. Lisboa, 1999, pág. 158.

titularidade de interesses que se actuam nos negócios”.⁵² Porém, a autonomia privada tem limites, sendo eles “a Lei, a Moral e a Natureza”⁵³. O facto dos negócios jurídicos terem de ser lícitos não significa que não tenham efeitos aquando a sua ilicitude - “um negócio ilícito pode constituir um crime, se lhe corresponder um tipo penal”.⁵⁴

Aplicado ao n.º 1 do artigo 377.º, “trata-se de um tipo penal que tem em vista, em primeira linha, aquelas situações em que o funcionário tem poderes públicos de representação em negócio e age por forma a obter parte de tal transacção, do mesmo passo que prejudica os interesses que representa. Ou seja, ao invés de pura e simplesmente se apoderar de bens que lhe foram confiados, ou de abusar do uso de outros que lhe eram acessíveis, sempre por via das suas funções, acaba aqui por alcançar um direito subjectivo que lhe não é devido, à custa dos interesses que devia cuidar. A participação tem em vista a obtenção de determinada posição ou vantagem por efeito, indevido, de negócio efectuado no exercício do cargo.”⁵⁵

Este mesmo número refere a “intenção de obter, para si ou para terceiro” “participação económica ilícita”. Neste sentido, e como já se referiu, a ilicitude concentra-se na participação económica em negócio jurídico (ilícito) já que são lesados “os interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar”. Efectivamente, aqui é exigida a lesão do interesse patrimonial confiado ao funcionário público mas não já a efectiva obtenção de participação económica ilícita. Pune-se a intenção do agente e o dano causado, não se tipificando porém as concretas condutas que podem levar àquele resultado. Pode dizer-se, por isto, que o n.º 1 do artigo 377.º comporta um tipo penal em branco, isto é, uma norma vaga e imprecisa. Cabe, portanto, ter em consideração não só o caso em concreto como as normas existentes no nosso ordenamento jurídico, para que seja possível concluir relativamente à existência de uma participação económica em negócio ilícita. Infelizmente, a problemática relativa à constitucionalidade destas normas no âmbito do Direito Penal não pode ser desenvolvida no âmbito desta dissertação.

A ilicitude da participação económica em negócio do n.º 1 prende-se com o facto de que, praticando aquela conduta, o agente põe em causa valores supremos da

⁵² PAIS VASCONCELOS, Pedro, op. Cit. (51), pág. 158 – fazendo referência a OLIVEIRA ASCENSÃO (*Teoria Geral do Direito Civil*, Tomo III, pág. 33).

⁵³ PAIS VASCONCELOS, Pedro, *idem*, pág. 177.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07/03/2012, Processo n.º 1259/03.7TACBR.C1.

Administração Pública e do seu funcionamento. O crime consuma-se aquando da lesão dos interesses patrimoniais confiados ao funcionário público infractor que actua visando a obtenção de participação económica (mesmo que esta possa não ter efectivamente sido obtida).

Em sentido inverso, o n.º 2 e n.º 3 do artigo 377.º do Código Penal exigem, para o preenchimento do tipo legal, o efectivo recebimento de vantagem patrimonial associada ao acto ou actividade praticada pelo funcionário. Esta vantagem patrimonial é indevida apenas porque não tem lugar aquando do acto praticado pelo funcionário público – este não tem o direito de obter aquela vantagem e por isso a ilicitude refere-se tão só àquele recebimento. Por se integrar nas suas atribuições legais, o acto praticado pelo agente não estaria viciado se a razão da sua prática não estivesse intrinsecamente relacionada com a vantagem obtida em seu benefício ou de terceiros. “No fundo são negócios com a função pública em que o funcionário, por força do seu cargo, tem poderes decisórios ou fiscalizadores”.⁵⁶

Este crime encontra-se consumado com a obtenção da vantagem patrimonial indevida ainda que sem lesão do património do Estado. Estes dois últimos números censuram a concreta obtenção de vantagens patrimoniais ilícitas em resultado da sua participação em determinado acto cujos interesses patrimoniais públicos estejam envolvidos. Pode assim dizer-se que a ilicitude é posterior por ser “exterior ao acto jurídico-civil (n.º 2) ou à actividade (n.º 3)”.⁵⁷ No n.º 3 repare-se que não é, em princípio, o património público directamente afectado mas sim o património privado do cidadão que paga pela vantagem indevida pelo acto de “cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento” praticado. Censura-se, nesta hipótese, a desonestidade do agente para com o cidadão e o incumprimento das suas funções e responsabilidades inerentes, pedindo o que não era devido ou mais do que seria pela prática daquele acto. Trata-se de má-fé do funcionário público para com o interesse público e para com os direitos e interesses constitucionalmente protegidos dos cidadãos.

Como se viu, os interesses patrimoniais do Estado podem não ser postos em causa por não se produzirem quaisquer danos patrimoniais. Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, posição que aqui se acolhe, é por esta razão que os limites da punição são mais

⁵⁶ SIMAS SANTOS; LEAL HENRIQUES, *Código Penal Anotado: Parte Especial*, 2.º Volume. Lisboa: Rei dos Livros, 3ª Edição, 2000, pág. 1626.

⁵⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição, op. Cit. (11), pág. 727.

reduzidos nestas situações – a verdade é que, não se produzindo qualquer dano patrimonial, não pode este reflectir-se naquela moldura penal. Ao invés, na participação económica presente no n.º 1, para além do ataque à imagem e funcionamento da Administração aquando do desvio verificado na prossecução dos interesses públicos na procura daquela participação, verifica-se uma concreta lesão do património do Estado.

Para o preenchimento do tipo legal previsto no artigo 377.º do Código Penal não basta que o agente infractor seja um funcionário público, nos termos do artigo 386.º. Exige-se, para a conduta penalmente relevante, que este exerça qualquer uma das funções ou actividades descritas no preceito (ex. administrar, fiscalizar, realizar...). São essas funções ou actividades que fundamentam o dever de protecção dos interesses patrimoniais a elas relativos, que impende sobre o funcionário. Assim, nas palavras de CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “é (...) necessário que haja uma relação causal entre o cargo do agente e a vantagem patrimonial obtida (nos n.º 2 e n.º 3) ou que intentou obter (n.º 1).⁵⁸ Com isto podemos concluir que os elementos (objectivos) do crime de participação não estão preenchidos se a prática do facto punível não estiver estritamente relacionada com as funções do autor.⁵⁹

Quanto ao cargo exercido pelo funcionário público, e, concretamente no que diz respeito às funções que aquele objectivamente desempenha, o entendimento de JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS vai no sentido de que “o funcionário que praticar as condutas objectivas descritas na norma incriminadora mas o fizer fora do âmbito das suas funções não praticará o crime de que aqui se trata”,⁶⁰ (posição integralmente acolhida aqui). Também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07/03/2012, relativo ao processo n.º 1259/03.7TACBR.C1, reflecte este mesmo entendimento. Certamente o comportamento deste funcionário merece censura penal mas não no âmbito do artigo 377.º do Código Penal. Infelizmente, não há tempo nem lugar para o desenvolvimento desta questão.

⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição, op. Cit. (11), pág. 726.

⁵⁹ Cf. páginas 48 e 49 de BARREIROS, José António, op. Cit. (9).

⁶⁰ BARREIROS, José António, op. Cit. (9), pág. 49.

4.3. **Vantagem Patrimonial**

Ao contrário do que aconteceu com as normas que prevêm a corrupção, activa e passiva (artigos 373.º e 374.º), que passaram a prever a vantagem não patrimonial auferida ou intentada pelo funcionário⁶¹, o legislador não alterou a norma relativa à participação económica em negócio no sentido de incluir danos ou vantagens não patrimoniais. Assim, basta que o acordo entre o funcionário público e um terceiro não resulte em vantagem patrimonial para que a aplicação deste crime seja excluída. Este entendimento resulta do facto da lei expressamente prever, como elementos objectivos, tanto a lesão patrimonial do Estado como a vantagem patrimonial obtida pelo funcionário público.

Numa lógica histórico-sistemática, não se tendo o legislador ocupado da alteração da letra do crime de participação económica em negócio, parece que considerar a vantagem não patrimonial neste ilícito é extravasar o âmbito desta norma. Mais que isso, a “«participação» é uma vantagem patrimonial, tendo a comissão de revisão do CP de 1989-1991 rejeitado expressamente o alargamento do conceito legal às vantagens não patrimoniais (ACTAS CP/FIGUEIREDO DIAS, 1993:441).”⁶²

Os princípios da legalidade e da tipicidade, como princípios fundamentais do Direito Penal, nos termos do artigo 29.º da Constituição da República, não nos permitem considerar que exista aqui uma lacuna a ser preenchida. Se o legislador não considerou, incluída a obtenção de uma vantagem não patrimonial, não pode considerar-se preenchido o tipo ilícito da participação económica em negócio quando o autor auferiu uma vantagem que não patrimonial. Aliás, como a própria epígrafe do artigo 377.º indica, falamos aqui de participação “económica”, os n.ºs 2 e 3 literalmente se referem à vantagem “patrimonial”.

5. **Elemento Subjectivo**

“Por desvalor de acção compreende-se o conjunto de elementos subjectivos que conformam o tipo de ilícito (subjectivo) e o tipo de culpa, nomeadamente a finalidade delituosa, a atitude interna do agente que ao facto preside e a parte do comportamento que exprime faticamente este conjunto de elementos.”⁶³ Apresentados os elementos que

⁶¹ Aditamento resultante do novo Código Penal de 1995.

⁶² PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, op. Cit. (18), ponto 8, pág. 895.

⁶³ FIGUEIREDO DIAS, op. Cit. (8), pág. 285.

descrevem e exteriorizam as condutas censuradas pelo artigo 377.º do Código Penal, segue-se o elemento subjectivo que caracteriza o desvalor da conduta do agente infractor.

Assim e nos termos do artigo 13.º do Código Penal, para o preenchimento do tipo legal não basta o preenchimento dos elementos objectivos que o descrevem. Para que um indivíduo seja punido pela prática de um facto considerado como crime, exige-se o preenchimento do elemento subjectivo, isto é, que o agente tenha actuado com dolo ou negligência, fazendo-se referência respectivamente aos artigos 14.º e 15.º do Código Penal. Porém a negligência apenas é punida nos casos especialmente previstos na lei. Assim, tendo em conta o disposto nos artigos 13.º e 377.º do Código Penal, este tipo legal é necessariamente doloso, não podendo o agente ser punido por negligência, não estando expressamente prevista na lei.

Posto isto, no que se refere ao dolo dispõe o artigo 14.º do Código Penal: “1. Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2. (...) quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3. Quando a realização de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.”. O dolo pode ser directo (n.º 1), necessário (n.º 2) ou eventual (n.º 3).

O autor da prática de um crime deve ter exacta representação da realidade e consciência das circunstâncias da sua prática sendo que, no âmbito do crime de participação económica em negócio, no n.º 1 o dolo é específico por estar unicamente direccionado à obtenção da participação económica em negócio. Porém, o elemento subjectivo transcende os elementos objectivos sendo mais abrangente que estes pois, apesar da intenção do agente ser específica àquela obtenção, não é necessário para o preenchimento deste tipo legal que aquele resultado se concretize (apenas se exigindo a efectiva lesão dos interesses públicos patrimoniais e não a concreta participação). Para CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, este fenómeno tem lugar “ (...) sempre que a intenção tipicamente requerida tem por objecto uma factualidade que não pertence ao

tipo objectivo do ilícito”⁶⁴. Por isto se considera o crime de participação económica em negócio como um crime de resultado cortado.

Esta autora considera que, nos termos do n.º 1 do artigo 14.º do Código Penal, o dolo do n.º 1 é directo já que o agente age necessariamente com intenção de obter a participação económica ilícita. Quanto à lesão dos interesses patrimoniais basta o dolo necessário, nos termos do n.º 2 do artigo 14.º do Código Penal, podendo o agente não representar a lesão como seu objectivo mas sim como meio necessário para obter a tal participação. Pode também considerar-se o dolo eventual, nos termos do n.º 3 do artigo 14.º do Código Penal, sempre que o agente represente apenas uma possibilidade de lesar os interesses patrimoniais públicos. Já nos números 2 e 3 do artigo 377.º do Código Penal qualquer modalidade de dolo é admitido pela doutrina em geral, apenas se exigindo que o funcionário aufera vantagem patrimonial indevida.

Já PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE diverge, considerando que o artigo 377.º do Código Penal admite qualquer modalidade de dolo apenas com a *nuance* de que no n.º 1 do artigo 377.º se exige um elemento subjectivo adicional, a intenção de obter participação económica em negócio⁶⁵.

6. Comparticipação Criminosa

Apresentado o crime de participação económica em negócio, fazendo referência ao bem jurídico pela norma tutelado, bem como aos elementos que o constituem, é agora possível analisar as implicações práticas que os mesmos têm aquando da aplicação deste ilícito. De facto, seria impossível dissertar em torno da problemática relativa à comparticipação e à figura de terceiros, para efeitos do 377.º do Código Penal, sem antes dar nota introdutória de conceitos como a autoria, a conduta, o dever especial e o crime específico. Ora, também para que se possa analisar as implicações da comparticipação no crime de participação económica em negócio como crime específico ou próprio, deve ser feita uma breve consideração àcerca desta figura, tendo em conta tudo aquilo que foi dito.

⁶⁴ FIGUEIREDO DIAS, op. Cit. (8), págs. 380 e 381.

⁶⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, op. Cit. (18), ponto 14, pág. 1005

Ao contrário da autoria (singular) que é, em princípio⁶⁶, a forma prevista nos próprios tipos legais, na parte especial do Código Penal, a comparticipação é aferida nos termos da parte geral, com base no já referido artigo 27.º. A comparticipação pressupõe que para a prática de um facto punível concorram dois ou mais agentes em que a actividade de todos os agentes deve dirigir-se objectivamente à realização de um facto previsto como crime.⁶⁷ É um facto complexo e comum aos agentes que nele colaboram, ao mesmo tempo que é uma pluralidade de acções individuais. A participação designa esses mesmos actos ou factos individuais e representa o modo como cada participante participa na obra comum.⁶⁸

Na circunstância da prática de um crime implicar a intervenção de vários sujeitos, o passo seguinte é, obviamente, qualificar a intervenção de cada um deles, estando ciente de que o grau de envolvimento de um não tem que ser o mesmo de outro e que, em consequência, apesar de todos serem puníveis pela prática do facto ilícito na sua totalidade, podem e devem ser punidos de forma diferente, consoante a sua actuação ou seu contributo.

“Nos casos de comparticipação, importa distinguir quem é o autor da realização ilícita típica e quem dela participa. O critério maioritariamente seguido pela doutrina assenta hoje na conhecida teoria do domínio do facto”.⁶⁹ No âmbito da exposição relativa à autoria (ponto 3), foi referida a importância da distinção entre autor e participante e, socorrendo-nos das palavras de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, afirmou-se que o legislador expressamente distingue o autor do mero participante (cúmplice). A comparticipação pode dar-se tanto ao nível da autoria (imediata, mediata e instigação) como da cumplicidade. Teremos assim comparticipação entre co-autores e cúmplices.

A participação contrapõe-se à autoria, em termos gerais, também no âmbito do domínio do facto – o autor domina o facto mas o cúmplice domina o contributo. Assim, por participação criminosa entende-se o contributo prestado por determinado agente na prática de um crime que, ao contrário do autor (ou autores), não detém o domínio do

⁶⁶ Faz-se aqui referência aos crimes de participação necessária como a participação em rixa (artigo 151.º do Código Penal) ou a associação criminosa (artigo 299.º do Código Penal).

⁶⁷ MARQUES DA SILVA, Germano, op. Cit. (32), pág. 347.

⁶⁸ MARQUES DA SILVA, Germano, *idem*, pág. 264.

⁶⁹ AIRES DE SOUSA, Susana, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, Julho – Setembro 2005, págs. 344 e 345.

facto. Presta o seu contributo facilitando a prática desse ilícito mas não tem nele qualquer poder de determinação. É participante o cúmplice e, segundo alguma doutrina que aqui não se acolhe, o instigador (desconsiderando-o como modo de autoria).

Não sendo o domínio do facto fundamento da responsabilidade do participante é a ideia de acessoriedade limitada que explica a punibilidade da sua conduta. Isto é, os participantes são responsáveis pelo facto em função do contributo prestado (auxílio moral e material). Entende-se que a acessoriedade é limitada porque tem como limites a ilicitude e a punibilidade do próprio autor material. A punibilidade do autor é assim condição e limite da punibilidade do participante. Os “«participantes» (...) limitam-se a intervir na prática de um facto alheio, devendo suportar, em consequência, os efeitos jurídicos resultantes da actuação do autor”.⁷⁰ O princípio da acessoriedade não se encontra expressamente previsto na lei, no entanto é predominantemente aceite pela nossa doutrina e jurisprudência.

“A distinção dos tipos de crimes comuns ou específicos, bem como a divisão entre estes em próprios e impróprios, tem relevância prática e jurídica, nomeadamente nos casos de comparticipação (em que algum dos agentes não possui as qualidades exigidas pelo respectivo tipo legal”⁷¹.

Para entendermos as tais implicações práticas referidas no final do ponto 3, relativamente à autoria, que os crimes específicos têm aquando da comparticipação, importa essencialmente ter presente os artigos 26.º (autoria), 27.º (cumplicidade) e 28.º (ilicitude na comparticipação) do Código Penal. Concluída esta análise, entender-se-á de que maneira se pode punir um interveniente, que não o funcionário público, pela prática do crime de participação económica em negócio.

Ao nível da co-autoria o domínio do facto é funcional, exigindo-se que os agentes tomem parte directa na execução do facto, seja por acordo e decisão conjunta (ambos de forma tácita ou expressa), seja actuando e colaborando conjuntamente. Segundo SIMAS SANTOS e LEAL HENRIQUES “A co-autoria exige, pois, a verificação do elemento subjectivo (uma decisão conjunta, tendo em vista a obtenção de um determinado

⁷⁰ SALINAS MONTEIRO, Henrique, op. Cit. (34), pág. 109.

⁷¹ TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal: Parte Geral, Teoria Geral do Crime*, Volume II. Porto: Publicações Universidade Católica, 2006.

resultado criminoso) bem como do elemento objectivo (execução igualmente conjunta, não sendo, porém, indispensável que cada um dos agentes intervenha em todos os actos a praticar). (...) A essência da co-autoria consiste em que cada participante quer causar o resultado como próprio, mas com base numa decisão conjunta e com forças conjugadas”.⁷² Cada um dos participantes é assim responsável pela totalidade do crime cometido⁷³, sendo co-titulares do domínio de todo o facto;⁷⁴ “um domínio condicionado ao agir dos outros mas em que cada um depende do outro para a realização do plano global.”⁷⁵ Cada co-autor é assim punido da mesma forma que o seria acaso autor singular do ilícito praticado.

Assim, quando a participação económica em negócio ou a vantagem ilícita obtida seja o resultado da actuação conjunta e efectiva de mais do que um funcionário público, a situação não é problemática nem nos traz grandes dificuldades na aplicação da lei. Sobre ambos recai o dever especial resultante da sua qualidade e/ou das funções desempenhadas e previstas pelo tipo legal. Ambos podem ser punidos como autores singulares ou em participação (como co-autores ou cúmplices) pela prática do crime de participação económica em negócio, nos termos do artigo 377.º e, consoante a hipótese, do artigo 26.º ou 27.º do Código Penal.

A solução já não é linear quando no esquema criminoso participe um agente que não detém as qualidades do funcionário público e/ou que não desempenhe as funções discriminadas em qualquer um dos números do artigo 377.º do Código Penal. São considerados os *extraneus* desta relação contrapondo-se aos *intraneus*, como aqueles que efectivamente detêm a especificidade exigida pelo tipo.

Quando o *extraneus* age como autor executando por si só a conduta punível pelo tipo, resulta ficar impune por não poder ser autor do crime de participação económica em negócio. Como veremos, o *extraneus* pode contudo ser punido como autor em participação, quando um dos intervenientes nessa prática seja um *intraneus*. Porquê? Porque o nosso ordenamento contempla uma norma como aquela contida no

⁷² SIMAS SANTOS; LEAL HENRIQUES, op. Cit. (27), pág. 1626.

⁷³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1984, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 339, página 276.

⁷⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Março de 2009, Processo n.º 09P0240

⁷⁵ MARQUES DA SILVA, Germano, op. Cit. (32), pág. 360.

artigo 28.º do Código Penal que “libertando essas figuras de acessoriedade, permite a comunicação da qualidade típica do *intraneus* ao *extraneus*”⁷⁶.

Posto isto, partimos da análise do artigo 28.º do Código Penal que, referindo-se à ilicitude na comparticipação, dispõe que: “1 - Se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respectiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora. 2 - Sempre que, por efeito da regra prevista no número anterior, resultar para algum dos comparticipantes a aplicação de pena mais grave, pode esta, consideradas as circunstâncias do caso, ser substituída por aquela que teria lugar se tal regra não interviesse”. Esta norma tem por âmbito os crimes específicos sem restrições já que se refere, expressamente, tanto à ilicitude (crimes específicos próprios) como ao grau de ilicitude (crimes específicos impróprios).

Para HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, “o artigo 28.º do Código Penal é aplicável a todas as hipóteses de comparticipação nos crimes especiais, em virtude de a existência do dever especial cuja violação é sancionada no tipo – elemento caracterizador destes crimes – e que conduz à restrição do círculo de agentes ser revelada através de «qualidade ou relações especiais do agente» típicas”.⁷⁷

Esta norma surge assim como um “desbloqueador” já que vem resolver, ainda que não totalmente, as dificuldades em justificar-se a punibilidade dos agentes que participam ou contribuem para a existência daqueles crimes mas que não detêm as relações ou qualidades que o tipo legal exige para o preenchimento dos seus elementos. *A priori*, na ausência desta norma estes crimes caracterizar-se-iam pela impunidade do agente *extraneus* como co-autor sempre que, executando os factos constitutivos do ilícito, não detenha as qualidades ou relações exigidas pela norma incriminadora – nos termos da participação económica em negócio, sempre que o agente não seja um funcionário público no exercício das funções designadas nos números do artigo 377.º do Código Penal. Neste sentido, não considerando punível o autor *extraneus*, também um alegado

⁷⁶ TEREZA PIZARRO BELEZA, *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever – Titularidade Versus Domínio do facto?* in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Julho – Setembro 1992, págs. 345 e 346.

⁷⁷ SALINAS MONTEIRO, Henrique, op. Cit. (34), pág. 102.

intraneus participante ficaria impune, já que, não havendo uma responsabilidade principal não existiria fundamento para uma responsabilidade acessória.

Não afirmando de modo algum a completa ausência de dificuldades na punibilidade de um *extraneus*, no âmbito do nosso ordenamento jurídico e destes crimes, não negamos que estas situações têm maior incidência nas ordens jurídicas que não formularam uma norma como aquela contida no artigo 28.º do Código Penal.

Perante um crime específico como o de participação económica em negócio, o domínio de facto não basta ou não é satisfatório já que a lei exige não só que o autor preencha os requisitos gerais relativos à autoria e tipificados no artigo 26.º como que detenha as qualidades ou relações especiais consagradas na norma – ser funcionário público – encontrando-se por isso vinculado ao dever especial subjacente às suas funções.

Conhecido defensor e mestre da teoria do domínio do facto, pela qual justifica a autoria e delimita a fronteira entre esta e a participação, ROXIN abandona esta concepção quanto à comparticipação nos crimes específicos, não a defendendo nem mesmo com recurso à figura do “instrumento doloso não qualificado”⁷⁸. ROXIN considera o *intraneus* autor imediato punindo-o pela violação do dever extrapenal que sobre ele recai, considerando os crimes específicos como delitos de dever.⁷⁹ Por outro lado, independentemente do *extraneus* dominar o facto apenas pode ser punido como mero participante. Não considerando o domínio do facto como o critério delimitador da autoria, ROXIN importa-se apenas com a titularidade do dever específico.⁸⁰ Para este, “a titularidade do dever extrapenal violado deve, enquanto critério da autoria, substituir totalmente a detenção do domínio do facto”.⁸¹

Porém, resulta que também nesta hipótese apenas o *intraneus* pode ser punido como autor de um crime específico por ser o único vinculado ao dever especial. Com base nesta consideração, ao nível da autoria e comparticipação, apenas dois funcionários públicos podem ser co-autores ou cúmplices. Mais grave ainda me parece ser a possibilidade do *intraneus* poder ser considerado autor, mesmo que sem o domínio do

⁷⁸ O recurso a esta figura pretende colmatar as situações de impunidade, considerando-se o *intraneus* como autor mediato, nos casos em que se serve de um *extraneus* - o instrumento doloso - para praticar um facto ilícito específico da sua condição).

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), págs. 850 a 852.

⁸⁰ AIRES DE SOUSA, Susana, op. Cit. (68), pág. 347.

⁸¹ PIZARRO BELEZA, Teresa, op. Cit. (76), pág. 341.

facto, tão-só por se encontrar adstrito ao dever especial. Disto resulta que, com domínio ou sem domínio, o sujeito apenas pode ser punido como autor detendo as qualidades específicas exigidas pelo tipo.

Assim, tão pouco seria eficiente considerar apenas o dever especial como fundamento da punibilidade dos agentes. Nunca seria punido como autor o agente que não reunisse aquelas qualidades ou relações especiais. Como exemplo desta solução note-se que, mesmo que o agente *extraneus* tenha o domínio do facto, tenha realizado a conduta e beneficiado dela, socorrendo-se apenas do *intraneus* que, por erro ou coacção possibilitou esta prática, aquele *extraneus* em momento algum pode ser considerado como (co-)autor do crime. A injustiça desta solução é manifesta já que, por outro lado, o funcionário é considerado o autor deste ilícito. JORGE FIGUEIREDO DIAS refere ainda que, do lado funcionário público, “bastaria, v.g., para se eximir à punição que o *intraneus* convencesse um *extraneus* a realizar o facto em sua vez”.⁸²

Como refere TEREZA PIZARRO BELEZA, “se o direito penal deve funcionar subsidiariamente – até por razões óbvias de eficácia real e ideológica - a mera violação de deveres extrapenais deve ficar entregue a outros subsistemas jurídicos, sejam eles estruturantes da responsabilidade disciplinar, civil ou outra.”⁸³.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS refere que “fazer assentar a existência de tipos criminais na mera violação de deveres extrapenais parece ser, em termos político-criminais, uma solução a evitar”. Por si só, qualquer uma das soluções anteriormente expostas resulta em falhas ao nível da punibilidade de um *extraneus* e, no limite, em situações aberrantes ao nível da justiça – toma-se como exemplo “situações em que o titular do dever presta um auxílio mínimo ao executor, sendo a acção integralmente da autoria de um *extraneus*. (...) Teríamos a punição do *intraneus* que auxilia, como autor, enquanto o *extraneus*, que executa dolosamente, meramente um participante.”⁸⁴

Neste contexto, afirmar-se que o artigo 28.º do nosso Código Penal estabelece uma solução inovadora e que alarga o conceito de autoria quando no esquema criminoso intervenha um agente *extraneus*. Este pode ser punido, por co-autoria ou cumplicidade,

⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), pág. 850.

⁸³ PIZARRO BELEZA, Teresa, op. Cit. (76), pág. 342.

⁸⁴ AIRES DE SOUSA, Susana, op. Cit. (68), pág. 352.

por lhe serem comunicáveis as qualidades ou relações especiais do agente *intraneus* e exigidas pelo tipo normativo legal.

Como veremos, o *extraneus* pode ser considerado cúmplice através do recurso ao princípio da acessoriedade limitada, ao invés de se fundamentar a sua responsabilidade no artigo 28.º do Código Penal. A solução pode ser idêntica mas as suas consequências não o são, pelo que, os problemas que levantam as hipóteses em que a comparticipação pode ter lugar são também eles diferentes: quando *extraneus* actua como mero participante no crime cuja autoria recai sobre o *intraneus*, quando o executor é o *extraneus*, em paralelo com o *intraneus* ou quando o *extraneus* é autor singular, sendo o *intraneus* um mero participante. Uma vez mais, importa sublinhar que, não sendo por qualquer razão punível o *intraneus* desta relação, o *extraneus* fica impune do crime específico sendo, neste caso, o crime de participação económica em negócio.

É TERESA PIZARRO BELEZA quem defende que nos casos de comparticipação entre um autor *intraneus* e um cúmplice *extraneus* e mesmo presente a norma do artigo 28.º do Código Penal, a responsabilidade do *extraneus* é aferida a partir da conjugação dos artigos 26.º e 27.º do Código Penal. Isto é, neste contexto e segundo esta autora, o artigo 28.º é desnecessário já que a cumplicidade não exige a comunicabilidade das qualidades ou das relações especiais detidas pelo *intraneus*, bastando-se com o contributo causal acessório do *extraneus*, a partir do qual se verifica a sua reponsabilidade.

É que, ao nível da cumplicidade e no âmbito do artigo 27.º do Código Penal, os problemas assinalados são atenuados, pois, para que os agentes sejam punidos basta que prestem um “auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”. Apenas o autor tem que preencher os elementos típicos da norma incriminadora, não sendo necessário que o cúmplice actue em conformidade dos mesmos. Neste sentido, independentemente da natureza específica do crime praticado pelo autor (*intraneus*), o agente que preste auxílio àquele, de que forma for e detendo ou não aquelas qualidades ou relações especiais, pode ser punido por cumplicidade, nos termos do artigo 27.º do Código Penal.

Para esta autora, o âmbito do artigo 28.º é tão-só da comparticipação do *extraneus* que executa o facto como autor, em paralelo ao *intraneus* como co-autor ou cúmplice. Admite que só nesta hipótese o artigo 28.º tem plena eficácia já que, para as hipóteses anteriores, vale o princípio da acessoriedade limitada. A posição de TERESA

PIZARRO BELEZA vem contrariar a posição de autores como CAVALEIRO FERREIRO (e da já transcrita posição de HENRIQUE SALINAS MONTEIRO) que entende que em qualquer forma de participação em crimes específicos e havendo um *intraneus* adstrito ao dever especial, se deve aplicar a norma tipificada no artigo 28.º do Código Penal. A verdade é que, ao contrário desta norma expressamente prevista na lei, o princípio da acessoriedade é admitido apenas ao nível doutrinário. Não parece poder ser afastada a aplicação do artigo 28.º do Código Penal, prescindindo-se do texto legal em detrimento de uma posição que, ainda que unânime, apenas é consagrada no seio da doutrina. No entanto, CAVALEIRO FERREIRA não considera aplicável este preceito quando em presença de um crime específico impróprio. Considera que nestes crimes, sendo a qualidade ou relação especial agravante da pena, são aspectos comunicáveis por serem referentes à medida de culpa.

Apesar das soluções serem equivalentes, têm consequências diferentes. Não se considerando a hipótese anterior no âmbito do artigo 28.º, também não se pode considerar aplicável o n.º 2 do mesmo preceito que, na maioria dos casos, é mais favorável ao *extraneus*. Um crime específico impróprio significa um crime agravado já que existe um crime base correspondente e aplicável aos agentes executores que não detenham as qualidades e/ou relações exigidas. Assim, sempre que a pena aplicável ao *extraneus* pelo crime específico seja mais favorável do que aquela correspondente ao crime base fundamental, o artigo 28.º n.º 2 permite que lhe seja aplicável aquela. Isto acontece na maioria dos casos já que os crimes específicos impróprios representam uma agravante de um tipo pré concebido.

Sendo certo que, por virtude do n.º 2 do artigo 27.º, a pena do cúmplice é especialmente atenuada, demonstra ser sempre mais favorável considerar a participação entre *extraneus* não executor e *intraneus* executor no âmbito do artigo 28.º do Código Penal. Para além do *extraneus* ver a sua pena aplicável ser correspondente àquela prevista pelo crime base, pode ainda ser atenuada, nos termos do artigo 27.º n.º 2 e consequentemente do artigo 72.º do Código Penal. Esta posição em tudo se concilia com o regime da participação, em termos gerais, atendendo ainda ao regime mais favorável ao sujeito.

No meu entendimento, as “qualidades ou relações que se verifiquem num participante (*intraneus*) são comunicáveis aos participantes em que não se

verificam (*extraneus*)”.⁸⁵ A regra da comunicabilidade aplica-se sem restrições a todo o tipo de participação, isto é, “de um co-autor *intraneus* para outro autor *extraneus*, de um cúmplice *intraneus* para um autor *extraneus*, de um autor *intraneus* para um cúmplice *extraneus*, de um instigador *intraneus para um autor extraneus*, de um autor *intraneus* para um instigador *extraneus*, de um autor imediato *intraneus* para um autor mediato *extraneus*, de um autor mediato *intraneus* para um autor imediato *extraneus*”.⁸⁶ Saliente-se ainda que a ilicitude apenas será comunicável ao participante *extraneus* caso este tenha plena consciência da qualidade ou da relação especial que o *intraneus* detém. Porém, são absolutamente incomunicáveis as qualidades ou relações que sirvam para fundamentar ou graduar a culpa.⁸⁷

No entanto, deve ser dada atenção ao facto do artigo 28.º não bastar para a determinação da autoria nos crimes específicos. Esta norma deve ser conjugada com os critérios previstos nos artigos 26.º (autoria) e 27.º (cumplicidade). Através destes dois últimos afere-se o nível de participação dos agentes na prática de um crime. Quando esse seja um crime cuja autoria dependa das qualidades ou das relações do seu agente, determinada a autoria com base nos princípios gerais, deve recorrer-se ao princípio da comunicabilidade presente no artigo 28.º do Código Penal de forma a poder admitir-se a co-autoria ou cumplicidade de um *extraneus* nestas circunstâncias. Se tivermos apenas em conta o domínio do facto, o dever especial ou o princípio da acessoriedade, não será possível equacionar de forma plena a punibilidade de um agente *extraneus*, como co-autor ou cúmplice, do crime específico praticado.

Também GERMANO MARQUES DA SILVA entende que “desde que se verifique a qualificação em qualquer dos participantes, sejam autores, sejam cúmplices, será imputado a todos. Assim, basta que seja *intraneus* qualquer dos agentes para que todos sejam puníveis, se todos disso tomarem consciência”.⁸⁸

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS refere-se aos “limites pensados pelo legislador”.⁸⁹ A interpretação de uma norma não pode nunca extravasar aquele âmbito e tem sempre de ser o limite para qualquer entendimento que se construa, inclusive nesta dissertação.

⁸⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, op. Cit. (18), ponto 2, pág. 151

⁸⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *idem*, pág. 151

⁸⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (8), pág. 848

⁸⁸ MARQUES DA SILVA, Germano, op. Cit. (32), pág. 352.

⁸⁹ BARREIROS, José António, op. Cit. (9), pág. 52.

Com base no artigo 28.º do Código Penal, considera-se punível como co-autor tanto o *extraneus* que coopera com o funcionário público, praticando actos executórios, como aquele que, não praticando qualquer acto, é beneficiado por ele e tem consciência da posição do *intraneus* e do prejuízo causado pela vantagem obtida. O autor refere ainda outro exemplo em que considera punível como autor singular o *extraneus*, como base nos artigos 377.º e 28.º do Código Penal e, em paralelo, que o *intraneus* seja punido nos termos do artigo 377.º e 10.º do Código Penal, isto é, a título omissivo.

Como já foi referido anteriormente,⁹⁰ o princípio da comunicabilidade não é absoluto. Atentos à expressão “excepto se outra for a intenção da norma incriminadora” que se encontra na última parte do n.º 1 do artigo 28.º do Código Penal, verificando-se a qualidade e/ou relação especial pessoal apenas num dos intervenientes, a comunicabilidade apenas pode dar-se caso essa seja a intenção da lei. Isto traduz-se na excepção ao princípio da comunicabilidade da ilicitude.

MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES entende que “a ressalva da parte final do n.º 1 parece ser alusiva aos designados crimes de mão própria”.⁹¹ FARIA COSTA partilha da mesma opinião⁹² e, apesar de se referir ao crime de peculato, o Tribunal da Relação do Porto, no Processo n.º 0740044, dispõe que “apesar de não ser funcionária, pode ser condenada pelo crime de peculato, já que essa qualidade – funcionário – se verifica nos seus participantes, nos seus co-autores podendo ser-lhe estendida. (...) a qualidade de funcionário exigida (...) transmite-se a um co-autor não funcionário, pois a ressalva do artigo 28.º n.º 1 do Código Penal, tem em vista e contempla os casos dos chamados «delitos de mão própria»”. Sendo este um crime específico, a sua lógica aplica-se ao crime de participação económica em negócio.

De forma sucinta, caracterizam-se os crimes de mão própria como aqueles que apenas podem ser praticados pela própria pessoa física do autor, sendo este sempre um delito de autoria imediata. Não têm portanto que ver com nenhuma qualidade especial do agente já que todas as pessoas físicas e capazes podem praticar tais crimes. Exige-se,

⁹⁰ Vide a primeira parte do ponto 3.

⁹¹ LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel, op. Cit. (16), pág. 152.

⁹² FARIA COSTA, José, *Formas do Crime*, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1983, págs. 170 e 171.

porém, “a execução corporal do crime pela própria pessoa do agente”⁹³. Falamos aqui de crimes como a embriaguez, a condução sem habilitação legal, o incesto ou o abandono de sinistrado.

7. Terceiros para efeitos do artigo 377.º

Neste capítulo procuramos delimitar o conceito de “terceiros”, procurando entender se o desvio das funções públicas do funcionário pode ter lugar, no âmbito desta norma, em razão de interesse públicos diversos daqueles primeiros ou se, por outro lado, esses interesses têm que ser necessariamente privados. Ou seja, se os beneficiados pela conduta ilícita praticada podem ser entes públicos ou equiparados, ou apenas sujeitos privados. Caberá ainda, neste lugar, entender se estes “terceiros” podem ser punidos e se sim, a que título.

Como se referiu, a comparticipação no crime de participação económica em negócio, como crime específico, é um dos principais problemas que a norma levanta. No entanto, as dificuldades não se ficam por aí. Tomando em atenção a letra da lei, surge a expressão “para si ou para terceiro”, tanto no n.º 1 como no n.º 2 e no n.º 3 do preceito. Apesar de já se encontrar prevista na letra do n.º 1, só com a reforma do novo Código Penal de 1982 foi aditada aos restantes números.

Em primeiro lugar, podemos admitir que os “terceiros” são alheios à actividade executória mas beneficiados pela mesma. Ou seja, estes “terceiros” não podem ser considerados como participantes puníveis pela prática do crime de participação económica em negócio. Nos termos do n.º 1, as partes ficam vinculadas ao negócio jurídico celebrado e os “terceiros”, apesar de alheios a toda a sua execução, são beneficiados pela conduta ilícita praticada. Daqui resulta que os “terceiros” também não podem ser contraparte do negócio pelo qual se intenta obter participação económica em negócio. Nos termos dos restantes números, são também alheios à atribuição da vantagem patrimonial auferida e, assim, alheios ao acto jurídico-civil praticado (n.º 2) ou à cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento (n.º 3).

A verdade é que os “terceiros”, ao serem beneficiados pela conduta relativa ao cometimento do crime de participação económica em negócio, não têm que estar necessariamente conscientes da ilicitude da mesma. As circunstâncias em que se celebra

⁹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Sumários de Direito Penal*, 1976, pág. 54.

o negócio jurídico lesivo dos interesses patrimoniais do Estado ou a prática do acto jurídico pelo qual se obtém a vantagem patrimonial ilícita podem ser desconhecidas por aqueles. Podem não estar sequer cientes da qualidade do *intrañeus* ou do dever especial a que se encontra vinculado. Nestas hipóteses e por não haver dolo, alheio à execução do crime, o “terceiro” não pode ser punido pelo crime de participação económica em negócio.

No entanto, nem sempre o beneficiado pode ser considerado como “terceiro”. Tendo conhecimento das circunstâncias em que o negócio se realiza ou o modo como a vantagem patrimonial é obtida e ainda beneficiando daquela conduta, o sujeito age com dolo, circunstância que não pode ser ignorada. Tem plena consciência e aceita o modo em que se verifica aquela conduta, actuando dolosamente e, por isso, devendo ser punido.

O que sucede é que esta consideração vai implicar que o “terceiro” seja punido ou como co-autor ou como cúmplice no crime deixando, por isso, de se considerar um “terceiro” alheio ao facto mas, sim, um “participante moral” do mesmo. Deste modo, concluo que apenas pode ser considerado “terceiro” aquele que beneficia da participação económica em negócio ou que recebe a vantagem patrimonial obtida pelo funcionário público, no caso em que não tenha consciência da ilicitude das mesmas (e no caso em que não é razoável entender que a devia ter).

Focando o disposto nos três números do artigo 377.º do Código Penal e as referências que foram feitas ao longo desta dissertação, podemos afirmar que o crime de participação económica em negócio exige a participação de vários intervenientes apesar destes poderem não ser destinatários da tutela legal. É por esta razão que aqui se considera um crime de comparticipação necessária imprópria já que, mesmo dirigindo-se a tutela penal apenas aos funcionários públicos, ele implica a existência de vários intervenientes. Assim, “casos existem — tradicionalmente denominados de excepções à participação necessária — em que a lei, a despeito de prever a intervenção de diferentes indivíduos na prática do facto — e com fundamento nas relações que no mesmo ilícito-

típico se estabelecem entre as diversas formas de comparticipação —desde logo, por razões várias, directa ou indirectamente, exclui a punição de certos agentes.”.⁹⁴

PAULO PINTO DE ALBUEQUERQUE considera que “o crime de participação económica em negócio tem a natureza de um crime de comparticipação necessária imprópria, não sendo punível a contra-parte no negócio ou acto jurídico realizado pelo funcionário.”.⁹⁵ Os crimes de comparticipação necessária, atendendo à sua natureza e para que haja consumação, pressupõem a intervenção de dois ou mais agentes (sendo que, nos casos da comparticipação necessária imprópria, a tutela penal não se dirige a todos). “A consumação do crime exige a realização de contributos de vários participantes para o facto, mas a tutela penal do bem jurídico só se dirige a alguns desses participantes, sendo atípica a conduta dos outros”.⁹⁶

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS não aceita esta consideração aquando da existência de dolo da contraparte, quando haja conhecimento da ilicitude daquela actuação e, mesmo assim, a sua adesão e vontade de prosseguir⁹⁷. No mesmo sentido, CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA que, considerando aqui um tipo de comparticipação eventual, refere que “estando em causa crimes específicos, por haver comparticipação, os vários agentes terão que deter as qualidades exigidas pelo tipo (...) ou, no mínimo, um dos participantes deverá deter tais qualidades e os outros deverão ter o conhecimento de que as detém, aplicando-se as regras da comunicabilidade das circunstâncias que fundamentam ou agravam a ilicitude”.⁹⁸

Para delimitar o conceito da contraparte, nos termos do n.º 1 do artigo 377.º do Código Penal, temos de ter em conta que este preceito pressupõe a celebração de um negócio jurídico, com vista à obtenção de uma participação económica. Sabemos que uma das partes desse negócio é necessariamente o funcionário público, a quem a tutela penal se dirige, mas que a contraparte pode não deter tal qualidade.

Caso essa contraparte seja um *extraneus*, não se lhe pode exigir que prossiga e defenda interesses públicos por não se encontrar adstrito a esse dever, já que não desempenha as

⁹⁴ MENESES, Gonçalo, "Punição, isenção criminal e direito económico: o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro e o Instituto da Isenção de Pena no Domínio da Doutrina Geral da Infracção Anti-Económica - www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=54100&idsc=112472&ida=112746.

⁹⁵ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, op. Cit. (18), ponto 17, pág. 1005.

⁹⁶ PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *idem*, ponto 24, pág. 78.

⁹⁷ BARREIROS, José António, op. Cit. (9), pág. 53.

⁹⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição. op. Cit. (11), pág. 733.

funções que o fundamentam. Pode assim levantar-se o problema de saber se a contraparte é punível mesmo não estando vinculado ao dever especial que, em parte, justifica esta tutela. É que o objectivo da contraparte passa sempre por retirar o maior benefício do negócio jurídico que intenta celebrar. São os seus interesses privados que estão em jogo e que o movimentam.

No meu entendimento, tal não parece servir de impedimento. Caso a contraparte tenha consciência do valor do negócio que está a realizar, bem como conhecimento da qualidade do funcionário público, não fará sentido, até porque a lei não o proíbe, que se considere impune este sujeito.

A verdade é que, independentemente desta contraparte agir sempre no sentido da obtenção máxima de benefícios ou lucros privados, não pode esta consideração ser justificativa do seu comportamento, quando este tenha plena consciência das circunstâncias que envolvem o negócio jurídico celebrado. Do mesmo modo, não havendo dolo da contraparte, por não ter conhecimento daquelas circunstâncias, também esta não pode ser punida pelo simples facto de participar em negócio jurídico lesivo dos interesses públicos que ao funcionário público cumprem defender. Assim, para que seja punido, tem que agir dolosamente e nos limites do artigo 28.º do Código Penal.

Considerar-se que a contraparte não se encontra vinculada à prossecução de fins públicos nem se encontra sujeita aos deveres que recaem sobre o funcionário público, não é uma perspectiva incorrecta mas que, porém, não pode ser considerada isoladamente. A verdade é que também aqui nos devemos socorrer do artigo 28.º do Código Penal. Estando estabelecido um princípio de comunicabilidade para os crimes específicos que importem a qualidade ou relações do agente, o facto da contraparte não se encontrar naquelas circunstâncias não significa, por si só, que não possa ser punido pelo crime de participação económica em negócio (como co-autor ou cúmplice).

O segundo aspecto assinalado que se deve observar prende-se com a amplitude possível do conceito de “terceiros”. Deve clarificar-se se aqueles “terceiros” beneficiados pela conduta do funcionário público podem ser entidades públicas ou equiparadas ou se, por outro lado, apenas o desvio do interesse público para prosseguir interesses privados se pode considerar no âmbito do crime de participação económica em negócio. Admitindo

aquela primeira hipótese, considera-se que o funcionário público, actuando prejudicando os interesses da entidade pública onde exerce funções, de modo a beneficiar outra entidade pública ou equiparada diversa daquela, se reflecte num interesse próprio e contrário daqueles a que se encontra vinculado e, por isso, fundamento da sua responsabilidade.

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS contraria esta interpretação contrapondo-se à maioria da nossa doutrina e jurisprudência. Este assume que o que está em causa neste tipo ilícito penal é o desvio do interesse público, exclusivamente, em razão de interesses privados. Afirma assim que “parece claro que só se cometerá este crime nos casos em que a vantagem patrimonial se destina à satisfação de interesses privados.”⁹⁹ Desta forma não admite que a norma tutele a actuação do funcionário público por interesse e em benefício de uma qualquer entidade pública ou equiparada, diversa da que se encontra vinculado.

Nas palavras críticas de JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, esta posição parte do princípio que “tudo quanto seja a lesão do Estado com o propósito de beneficiar um certo sector do mesmo Estado, fazendo-o participar como terceiro, ilicitamente, em vantagem indevida, é considerado fora do âmbito do crime em causa”.¹⁰⁰ Não concordamos com a posição de FIGUEIREDO DIAS.

É verdade que este tipo visa a obtenção de um lucro contrário ou desligado dos interesses patrimoniais públicos a que o funcionário se encontra vinculado. Para JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, os delitos relativos ao exercício de funções públicas têm em comum a utilização indevida das faculdades inerentes ao cargo para fins que, não só se encontram fora das respectivas atribuições legais, mas sobretudo assumem *natureza particular ou privada*.¹⁰¹ Neste sentido, este Autor chega mesmo a considerar o comportamento do agente lícito, na sua objectividade, sempre que ele assuma um sentido predominantemente virado para a satisfação de interesses públicos ou colectivos.

Não se concorda com esta posição. Como já foi referido, não existe qualquer evidência na letra da lei de que esta não admita a punibilidade da actuação do funcionário público

⁹⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição. op. Cit. (11), pág. 728.

¹⁰⁰ BARREIROS, José António, op. Cit. (9), pág. 11.

¹⁰¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge, op. Cit. (1), pág. 381.

quando em benefício de uma entidade pública ou equiparada, alheia àquela a que se encontra vinculado. E se procurarmos pelo espírito desta norma, ele também se orienta no mesmo sentido. A verdade é que o interesse particular em que JORGE FIGUEIREDO DIAS se sustenta pode implicar, no meu entendimento, um interesse privado do funcionário público em beneficiar uma entidade pública terceira.

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS entende que “se o bem jurídico tutelado são valores imanentes a uma correcta Administração Pública, cuja actuação se pautar por princípios conformes ao Estado de Direito (...) nada legitima que não possa haver avantajamento de uma entidade pública em detrimento de outra (...) ou que não ocorrendo dano, essa entidade receba vantagem indevida por via da actuação criminosa do funcionário”¹⁰². Esta posição está intrinsecamente relacionada com o facto do bem jurídico tutelado pela norma ser tão só relativo aos valores que devem pautar a actuação da Administração Pública.

Repare-se que, por exemplo, no n.º 1 do artigo 377.º do Código Penal, o texto apenas refere o “funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica em negócio, lesar em negócio jurídico os interesses patrimoniais (...)”. Nada naquela norma resulta na impossibilidade de se considerarem as entidades públicas ou equiparadas como “terceiros” beneficiários daquela conduta. Aceitando esta hipótese, basta que o funcionário público actue revelando um interesse próprio (inclusive de beneficiar uma qualquer entidade pública ou equiparada) que não aquele que “lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar (...)”.

Assim, consciente da insuficiência de uma interpretação restritiva desta norma, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS salienta que “há uma lógica em que o desvio de função legitima a incriminação mesmo que seja em benefício de entidades ou pessoas integras no sector público” tendo como vantagem, “suportar a legitimidade da incriminação no caso em que é o próprio Estado – ou pessoa colectiva de natureza pública – o beneficiado pela conduta do agente «funcionário»”¹⁰³. O autor conclui que “a tutela da Administração Pública ocorre mesmo quando se trata de actos de que sejam beneficiárias entidades públicas ou pessoas que a integrem por via da sua relação funcional com ela. Tenho presente que esta solução procede a uma extensão do âmbito

¹⁰² BARREIROS, José António, op. Cit. (9), pág. 50.

¹⁰³ BARREIROS, José António, *idem*, pág. 23.

objectivo da tipicidade incriminatória para além dos limites em que ela é usualmente considerada (...) que agora considero permitido no quadro de uma interpretação extensiva, o qual não decorre de uma integração de lacuna que seria neste caso proibida por lei”.¹⁰⁴

Considerar-se incluído no âmbito do artigo 377.º do Código Penal tanto entes privados como de natureza pública, é totalmente compatível com as conclusões retiradas, nesta dissertação, acerca do bem jurídico tutelado por esta norma. Mesmo que beneficiando uma qualquer entidade pública ou equiparada, o agente infractor não deixa de agir em sentido contrário da actuação devida. O princípio da legalidade é desrespeitado e os valores que devem pautar a actuação da Administração Pública são postos em causa, demonstrando-se o funcionário infiel para com o seu cargo, para com o Estado e para com os cidadãos. Desta maneira tutela-se, não só os interesses do Estado, como os direitos e interesses legalmente protegidos e constitucionalmente admitidos dos cidadãos.

8. Conclusão

Posta a análise da comparticipação criminosa no nosso ordenamento jurídico e, em concreto, no âmbito dos crimes específicos, fazendo-se referência ao importantíssimo artigo 28.º do Código Penal, bem como tecidas considerações acerca do conceito de “terceiros” previsto no artigo 377.º do Código Penal, somos agora capazes de aplicar a teoria à prática e de retirar as devidas conclusões acerca da punibilidade dos intervenientes do crime de participação económica em negócio.

Como vimos, o cometimento de crimes no exercício de funções públicas implica necessariamente a intervenção de um funcionário público que se desvia do interesse público em busca da obtenção de lucros privados. No caso do crime de participação económica em negócio, paralelamente ao funcionário público, exige-se ainda a intervenção de outros sujeitos, sobre os quais a tutela penal não tem necessariamente que recair. Porém, não raras as vezes, os *extraneus* tem responsabilidade pelo facto praticado.

O artigo 28.º do Código Penal, veio possibilitar que o círculo de autores seja alargado àqueles que, não detendo as qualidades específicas exigidas pelo tipo, intervêm de

¹⁰⁴ BARREIROS, José António, op. Cit. (9), pág. 66.

forma justificativa da sua punibilidade. Mas não só, esta norma veio possibilitar que um agente *extraneus* possa ser considerado autor da conduta punível, ainda que o *intraneus* apenas seja punido como participante no crime de participação económica em negócio.

Este regime veio aliviar as falhas na punibilidade dos agentes *extraneus*, assegurando-se que estes, sendo responsáveis pelo crime, não permaneçam à margem desta tutela. Bem sabendo que estes tipos de crimes são frequentes no nosso ordenamento jurídico, é de louvar a construção de uma norma como a do artigo 28.º no nosso Código Penal, na amplitude que aqui se entendeu ter.

Ainda assim, verificam-se situações em que a punibilidade de *extraneus* não pode ter lugar, apesar da conduta preenchida e dos interesses públicos terem sido lesados. Sabendo que a punibilidade do *extraneus* está dependente da intervenção do *intraneus* no cometimento deste crime, isto significa que, mesmo actuando no sentido da norma presente no artigo 377.º do Código Penal, sem um *intraneus*, o *extraneus* fica impune, já que não há lugar à comunibilidade da qualidade ao mesmo.

Deste modo, considero que seria favorável para a repressão deste crime, que um tipo autónomo como o de corrupção activa, presente no artigo 374.º do Código Penal, fosse previsto pelo nosso legislador, no âmbito da participação económica em negócio. Esta norma seria capaz de solucionar, de forma mais eficaz, a maioria das situações apontadas nesta dissertação e relativas às falhas na impunidade de agentes *extraneus* que, mesmo fazendo parte do desígnio criminoso presente no artigo 377.º do Código Penal, não vêm sobre eles recair a tutela penal.

Apesar da corrupção activa estar inserida no capítulo IV, relativos aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, o autor do facto não é o funcionário público mas a contraparte desta relação. O destinatário daquela norma é o agente que solicita, promete ou oferece vantagem ao funcionário público. Sendo que a prática de um crime de corrupção activa implica a prática do crime de corrupção passiva (ainda que a punibilidade de um não dependa da punibilidade do outro), o agente que der ou prometer vantagem ao funcionário público pode ser autor do crime de corrupção activa, em paralelo com o funcionário que solicitar ou aceitar aquela vantagem, que comete assim um crime de corrupção passiva.

Desta forma e voltando ao crime de participação económica em negócio, conclui-se que havendo um tipo autónomo como aquele acima referido, o *extraneus* não estaria dependente do artigo 28.º para poder ser considerado como autor deste ilícito.

Mais ainda, caso por alguma razão o *intraneus* não fosse considerado punível nos termos do artigo 377.º do Código Penal, tal não determinaria, sem mais, que o *extraneus* não pudesse vir a ser responsabilizado. Muito pelo contrário, este podia e devia ser punido com base no alegado tipo autónomo de participação económica em negócio (activa), sendo autor e destinatário directo dessa mesma tutela.

9. **Bibliografia**

Monografias

- BARREIROS, José António, *Participação económica em negócio: um crime de fronteira*. Lisboa: Labirinto de Letras, 2014.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito Penal: Parte Geral*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª Edição, 2012
- MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, Lisboa: Verbo, 2012.
- PAIS VASCONCELOS, Pedro, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I. Lisboa, 1999.
- PIZARRO BELEZA, Teresa, *Direito Penal*, 2º volume. Lisboa: AAFDL, 1983.
- SALINAS MONTEIRO, Henrique, *A comparticipação em crimes especiais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- SILVA DIAS, Maria do Carmo, *Comentário das leis penais extravagantes*, Volume I, pág. 751, apud *Criminalidade Económico-Financeira: Crimes em Especial*, Tomo I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013.
- SIMAS SANTOS; LEAL HENRIQUES, *Código Penal Anotado: Parte Geral*, 1.º Volume. Lisboa: Rei dos Livros, 3ª Edição, 2000.
- SIMAS SANTOS; LEAL HENRIQUES, *Código Penal Anotado: Parte Especial*, 2.º Volume. Lisboa: Rei dos Livros, 3ª Edição, 2000.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal: Parte Geral, Teoria Geral do Crime*, Volume II. Porto: Publicações Universidade Católica, 2006.

Códigos Anotados e/ou Comentados

- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; FERREIRA DA CUNHA, Conceição. Participação económica em negócio - artigo 377.º in *Comentário Conimbricense do Código penal*, Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- LOPES MAIA GONÇALVES, Manuel, *Código Penal Português: Anotado e Comentado*. Coimbra: Almedina, 15ª Edição, 2002.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica. 2ª Edição, 2010.
- SÁ PEREIRA, Victor; LAFAYETTE, Alexandre, *Código Penal: Anotado e Comentado*, 2008.
- TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Comentário Conimbricense ao Código Penal: Parte Especial*, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

Publicações (escritas e electrónicas)

- AIRES DE SOUSA, Susana, *A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15, Julho – Setembro 2005.
- FARIA COSTA, José, *Formas do Crime*, in *Jornadas de Direito Criminal*, CEJ, 1983.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Sumários de Direito Penal*, 1976.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 121-1988-1989, nºs 3766-3777.
- MENESES, Gonçalo, "*Punição, isenção criminal e direito económico*": o art. 26.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro e o Instituto da Isenção de Pena no Domínio da Doutrina Geral da Infracção Anti-Económica. Disponível na página da Ordem dos Advogados: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=54100&idsc=112472&ida=112746
- ROCHA MARQUES DOS SANTOS, André, *O crime de Participação Económica em Negócio: reflexão crítica*. Lisboa: Universidade Católica, 2014. Trabalho final da disciplina de Direito Penal Económico (Mestrado Forense).
- TEREZA PIZARRO BELEZA, *A estrutura da autoria nos crimes de violação de dever – Titularidade Versus Domínio do facto?* in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Julho – Setembro 1992.

Jurisprudência

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Maio de 2010: processo n.º 18/07.2GAAMT.P1.S1;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Junho de 2009: processo n.º 09P0305;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Março de 2009: processo n.º 09P0240;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Julho de 1984, *in* Boletim do Ministério da Justiça n.º 339;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28 de Maio de 2014: processo n.º 287/07.8TAGVA.C1;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Dezembro de 2013: processo n.º 11952/02.6TDSB.L1-9;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de Março de 2012: processo n.º 1259/03.7TACBR.C1;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 15 de Dezembro de 2009: processo n.º 1279/06.0TABCL.G1;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de Março de 2012: processo n.º 159/00.7JAGRD.C2;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de Março de 2004: processo n.º 0345083;