

RELEVÂNCIA SISTEMÁTICA DO CRIME DE
INFIDELIDADE PATRIMONIAL — INSUFICIÊNCIA
NA QUESITAÇÃO DO ABUSO DE CONFIANÇA
E DA BURLA — APLICAÇÃO NO TEMPO
DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (*)

Pelo Dr. Miguel Nuno Pedrosa Machado

SUMÁRIO

1. Definição dos termos da consulta
2. Delimitação
3. Sobre as qualificações propostas na acusação e na pronúncia
4. Qualificação. Cont.: aplicação dos artigos 447.º e 448.º do Código de Processo Penal de 1929
5. Aspectos complementares
6. Conclusões

1. *Definição dos termos da consulta*

I. Poucos anos após terem sido condenados, pelo Supremo Tribunal de Justiça, por terem praticado diversos crimes de falsi-

(*) Parecer elaborado em Abril de 1991.

ficação de documentos, *A*, sócio-gerente da «Sociedade I», e *B*, antigo gerente da agência de *X* do Banco *Y*, foram acusados e pronunciados, no Tribunal Judicial da Comarca de *X*, pela prática, em co-autoria material e em concurso real de infracções, de um crime de abuso de confiança, previsto e punível pelo art. 300.º, n.ºs 1 e 2, alínea *a*), do Código Penal, e de um crime de burla agravada, previsto e punível pelos arts. 313.º, n.º 1, e 314.º, alínea *c*), do mesmo diploma legal.

Após o competente julgamento, perante o tribunal colectivo, foi pelo mesmo lavrado acórdão que absolve os dois arguidos e não arbitra qualquer indemnização, e que, pelo contrário, condena os assistentes em imposto de justiça.

E isto, apesar de se terem dado como provados, entre outros, os seguintes factos:

Para pagamento de diversos fornecimentos de gasóleo, feitos pela «Sociedade I», a empresa «Sociedade II» aceitou 24 letras de câmbio, no valor global de 14 524 630\$00, com vencimentos entre 17 de Dezembro de 1982 e 22 de Março de 1983, e a empresa «Sociedade III» aceitou 10 letras de câmbio, no valor global de 13 145 188\$70, com vencimentos entre 20 de Dezembro de 1982 e 28 de Fevereiro de 1983. Tais letras foram descontadas na agência de *X* do banco *Y*, tendo sido pagas à sacadora «Sociedade I». Chegados os seus vencimentos, tanto uma como outra das empresas referidas aceitaram novas letras à sacadora «Sociedade I» e, simultaneamente, emitiram cheques, que também vieram a ser pagos à «Sociedade I», tudo com o objectivo de reformar as letras iniciais.

Contudo, o arguido *B*, que ao tempo desempenhava as funções de gerente da agência de *X* do Banco *Y*, não apresentou nenhuma dessas 34 letras a protesto, por falta de pagamento, tendo as mesmas ficado guardadas, assim como as que foram entregues para reforma, «em carteira», nessa agência bancária. Por seu lado, o arguido *A*, sócio-gerente da «Sociedade I», não comunicou a qualquer uma das empresas referidas que não procedera à reforma das letras nem ao seu pagamento, utilizando a confiança existente entre as

partes — confiança que derivava da realização de anteriores operações entre as mesmas sociedades —, para que quer a «Soc. II», quer a «Soc. III», se convencessem de que se estava a proceder com toda a regularidade à reforma das letras.

Tudo isto determinou que tanto a «Soc. II» como a «Soc. III» fossem aceitando novas letras para reforma e emitindo cheques a favor da «Sociedade I», acabando por pagar integralmente as letras inicialmente aceites, no valor respectivo de 14 524 630\$00 e de 13 145 188\$70, à «Sociedade I», valor esse que não foi utilizado para o fim a que se destinava (a reforma das letras), e que viria apenas a redundar em prejuízo da «Soc. II» e da «Soc. III» que, perante o Banco Y, continuaram a ser responsáveis pelo pagamento das referidas letras; com efeito, em consequência de uma inspecção à agência de X do Banco Y, o arguido B foi suspenso e demitido e, na sequência da mesma inspecção, o Banco informou tanto uma como outra das empresas referidas que se encontravam por pagar as mencionadas letras.

Ainda de salientar é que o último parágrafo do relatório do citado acórdão («As considerações precedentes em nada afectam eventual responsabilidade civil, por incumprimento culposo de obrigações, imputável à «Sociedade I», ao seu gerente de então ou a outros eventuais obrigados cambiários ou intervenientes nos contratos de desconto») está em clara contradição com a decisão, a seguir tomada, de não se arbitrar «qualquer indemnização, ao abrigo do art. 34.º do Código de Processo Penal de 1929, por não se ter apurado responsabilidade civil imputável a qualquer dos arguidos».

II. Perante tudo isto, e naturalmente, os assistentes — a «Sociedade II» e a «Sociedade III» — interpuseram recurso desse acórdão absolutório para o Tribunal da Relação territorialmente competente. E é nesta fase do recurso, que será conhecido pelos Senhores Desembargadores desse alto Tribunal, que nos é pedido parecer sobre a correcção, em termos de qualificação jurídica, da decisão de que se recorre.

Para o efeito, foram-nos presentes vários elementos do que vai processado, com destaque para os Despachos de Acusação e de Pronúncia e, evidentemente, para o Acórdão do Tribunal Judicial da Comarca de X , dado aos 21 de Janeiro do corrente ano.

2. *Delimitação*

I. O caso que ficou definido suscita variadíssimas questões jurídicas, quer do ponto de vista temático, quer mesmo do ponto de vista dogmático, e tanto no plano substantivo como processual.

Questões que vão desde a aplicabilidade no tempo da lei penal e processual-penal até aos efeitos da reincidência e ao significado e função, e correspondente extensão prática, da indemnização civil arbitrada em processo penal, passando pela actual configuração das incriminações, mesmo gerais, contra o património (para ver até que ponto é que se pode e deve falar em novidade não só em termos de estruturação típica dos factos relevantes, mas logo ao nível da relação sistemática entre as normas que definem essa tipicidade ou esse conjunto de factos típicos na nova lei penal portuguesa), e também pela indicação de que o âmbito da incriminabilidade de um facto não é dado apenas pelos limites do tipo constantes da parte especial do Código ou de legislação complementar, ainda que o seja primária e primacialmente, mas que se pode ver, *in casu*, alargado por disposições, tanto especiais como gerais, que antecipem a relevância criminal (é o que se passa com o modelo da tentativa, que funciona como um esquema genérico, a não dispensar todavia a consideração de disposições ou de relações entre disposições que surgem como concretização da mesma ideia de antecipação da tutela penal), ou que a estendam, subjectivamente, a um conjunto mais ou menos vasto de participantes; plano este, o da subjectividade, que exigiria, no seu tratamento exaustivo a propósito deste caso, a referência a temas como o da relação entre dolo genérico e dolo específico ou, evidentemente, o da graduação da culpa, provada que seja a respectiva relevância típica.

Pera te um tal elenco de questões e perante uma tal complexidade, várias podem ser as atitudes do intérprete. A primeira é a de eleger um ou alguns desses temas e problemas dogmáticos para em seu torno elaborar um texto monográfico que, a pretexto de alguma influência decisória, ainda que lateral ou parcial, sobre o caso, teria garantida a vantagem do aparato juscientífico dado pela demonstração de erudição em que sempre consiste a indicação de copiosa bibliografia acerca de cada uma dessas questões. Ora, sendo embora evidentes as críticas que uma tal orientação merece — assentes desde logo no facto de trabalharmos com uma ciência não meramente teórica, mas prática ou normativa —, ela não deixa de ser, até estatisticamente, a mais seguida, o que é um elemento a incluir entre os vários factores que justificam a persistência da grave separação entre a teoria e a prática do Direito Penal.

Há, por isso, que reagir a essa complexidade de uma outra forma: juscientificamente, procurando reduzi-la ⁽¹⁾; funcionalmente, estudando *o caso* que nos é posto, na perspectiva da obtenção de respostas concretas a perguntas que é também concretamente que nos são postas ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Referência metodológica subjacente é evidentemente a de LUHMANN — cfr. as indicações que a seu respeito damos na nossa diss. mest. *Circunstâncias das infracções e sistema do Direito penal português (Ensaio de introdução geral)*, Lisboa: sep. do «Boletim do Ministério da Justiça», 1989, pp. 17-18, n. (9).

⁽²⁾ Não só o bom senso e uma visão *prática* e realista (porque *jurídica*, em sentido próprio) justificam este entendimento, que é simultaneamente a apresentação preliminar das razões em que se funda o carácter sintético deste parecer; também o sufragam as mais modernas orientações do pensamento jurídico, e, em particular, do pensamento jurídico-penal, como a metodologia funcionalista lógico-analítica — cf. J. HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil)*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2.^a ed.-1988, pp. XI ss. e 397 ss. — e, naturalmente, a denominada orientação para as consequências ou para o controlo da decisão, que tem em W. HASSEMER um dos principais corifeus — v. a sua *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München: C.H. Beck, 2.^a ed.-1990 (há trad. esp. da 1.^a ed.-1981 deste livro, com o título *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona: Bosch, 1984, a cargo de F. MUÑOZ CONDE e L. ARROYO ZAPATERO), *passim*.

II. Assim vistas as coisas, começa a definir-se ou delimitar-se o objecto e o âmbito das linhas que se seguem. O que nos é pedido é que apreciemos uma determinada decisão judicial, de que se recorre e por que dela se recorre.

Ou seja: se, a título de uma primeira delimitação material, deixámos já dito que não é nosso propósito realizar aqui o tratamento monográfico completo de um dos temas de que o caso definido poderia ser pretexto, devendo ser nossa preocupação, em vez disso, obter uma síntese do que esses temas tenham de relevante no caso e em função do caso, devemos, em segundo lugar, avançar que, a título de uma nova delimitação material, as respostas que nos são pedidas não se confundem, no seu âmbito, com uma análise exaustiva da decisão de que se recorre.

Com efeito, perguntar pela correcção dessa decisão, dessa concreta decisão tomada pelo Tribunal Judicial da Comarca de X a 21 de Janeiro de 1991, significa, nos termos práticos aqui relevantes, que se pretende averiguar:

1.º — se a resposta negativa dada às qualificações propostas na acusação e na pronúncia foi bem fundamentada;

2.º — se os factos aí dados como provados permitiriam e deveriam levar a uma qualificação que excedesse a dessas propostas em termos de não justificar uma pura e simples absolvição;

3.º — se a possibilidade de criticar o próprio modo técnico de fundamentar essa decisão levará a infirmar o sentido que ela veio a tomar.

III. Do ponto de vista material, portanto, o que vai dito explica não só o carácter sintético deste escrito, mas ainda o próprio sumário a que ele obedecerá.

Delimitativamente, falta só acrescentar uma observação, e esta já de ordem formal ou adjectiva. Isto é: à dupla delimitação material já efectuada é necessário adicionar uma delimitação processual.

Trata-se de atender ao problema da aplicação da lei processual penal no tempo ou, *rectius*, da sucessão de leis processuais penais. E isto porque, não obstante a vigência, desde 1 de Janeiro

de 1988, de um novo Código de Processo Penal, é a este caso aplicável ainda o Código de Processo Penal de 1929, no modo como vigorava ⁽³⁾ ao tempo do início do processo que estes autos documentam.

É, esta, uma observação que parecerá estranha a quem procure concretizar, *in casu*, os princípios ou critérios gerais sobre a sucessão de leis processuais ⁽⁴⁾, na justa medida em que eles apontam para a aplicação imediata dessas leis, atingindo, portanto, se necessário for, os próprios processos em curso. Regra, ainda para mais, que o art. 5.º do novo Código de Processo Penal trata de formular com a firmeza decorrente de estar em causa uma das «disposições preliminares e gerais» do diploma.

É, todavia, uma firmeza meramente aparente: apesar de os autores que já escreveram sobre a aplicação no tempo da lei processual penal posteriormente à entrada em vigor do Código de 1987 se terem limitado a discutir os pressupostos desse art. 5.º ⁽⁵⁾

⁽³⁾ O que equivale a dizer: o Código de Processo Penal de 1929 segundo as reformas de 1945 e de 1972 e a incidência da legislação posterior a 1974, mormente a que visou introduzir o inquérito preliminar, alterar vários aspectos do regime das formas do processo e alargar o âmbito da cognição e do arbitramento da indemnização civil em processo penal (Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro) e a que visou adaptar o sistema primeiro à Constituição de 1976 (v.g., Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro) e, depois, ao novo Código Penal, cuja aplicação foi necessário coordenar, entre 1982 e 1988, com o anterior Código de Processo Penal (assim, *maxime*, Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro). Sobre o assunto, *vd.* M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, ed. de 1986, vol. 1.º, pp. 36-40 e a nossa própria nota, na mesma edição, vol. 2.º, p. 301.

⁽⁴⁾ Por todos, *cf.*, no plano geral, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e teoria geral*, Coimbra: Almedina, 6.ª ed.-1991, p. 464; no plano do processo civil, MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil* (colab. de ANTUNES VARELA e ed. rev. e actual. por HERCULANO ESTEVES), Coimbra: Coimbra Editora, 1979, pp. 41-44; e no plano do processo penal, M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, ed. de 1955 (reimp. da Univ. Católica de 1981), I, pp. 62-63.

⁽⁵⁾ Assim, não só a generalidade das eds. anotadas do novo Cód. Proc. Pen., mas principalmente J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal. Lições*, ed. policop. da Univ. de Coimbra, 1988-89, pp. 92-94, na sequência aliás do seu *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Ed., 1974 (reimps. em 1981 e 1984), 1.º vol., pp. 110-112, e A. TAIPA DE CARVALHO, *Sucessão de Leis Penais*, Coimbra: Coimbra Ed., 1990, pp. 225-226.

ou mesmo a criticar a sua formulação ⁽⁶⁾, o certo é que parece não ter sido ainda dado o devido peso ao facto de essa mesma legislação ⁽⁷⁾ vir introduzir no sistema uma distinção paradoxal — porque retira força à mencionada «disposição preliminar e geral» em que o art. 5.º consiste — entre o problema geral da «aplicação da lei processual penal no tempo» e a aplicação no tempo do próprio Código de Processo Penal novo ⁽⁸⁾. Para o primeiro problema, valerá efectivamente o citado art. 5.º, que terá no entanto uma força como que programática em face não só da sua inaplicabilidade ao próprio Código de que faz parte, como também da possibilidade da sua derrogação por diploma processual penal posterior com valor hierárquico não inferior no sistema das fontes normativas. Mas quanto à aplicação temporal do novo Código de Processo Penal, as coisas já se passam de modo muito diverso, sendo afinal a própria reforma de 1987 a dar o primeiro e solene exemplo de não seguimento de uma das disposições do novo Código: é que o diploma que aprova o novo Código de Processo Penal, o Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, publicado no uso da autorização legislativa conferida pela Lei n.º 43/86, de 26 de Setembro, inclui um artigo que retira aplicação imediata à nova legislação; trata-se do seu art.º 7.º, em cujo n.º 1 se preceitua que essas novas leis «só se aplicam aos processos instaurados a partir [da entrada em vigor do novo Código — data sobre a qual também houve problemas, como se sabe ⁽⁹⁾], independentemente do momento em que a infracção

⁽⁶⁾ G. MARQUES DA SILVA, *Lições de processo penal (Código de 1987)*, aponts. policops., Univ. Católica, Lisboa-1987/1988, pp. 73-75.

⁽⁷⁾ No sentido, que é o que normativamente importa, da irrelevância material e de valor hierárquico da distinção entre um código e a lei que o aprova: cf. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 335.

⁽⁸⁾ Cfr., no entanto, G. MARQUES DA SILVA, *ob. cit.*, pp. 75-76, ainda que a abordar questão diversa, como é a da relação entre os arts. 5.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro.

⁽⁹⁾ A data de entrada em vigor do Código, inicialmente prescrita como sendo a de 1 de Junho de 1987, veio a ser diferida para 1 de Janeiro de 1988 pelo artigo único da Lei n.º 17/87, de 1 de Junho; mas como este diploma não salvaguardou a sua própria aplicação imediata, verificou-se a incidência dos critérios gerais supletivos constantes da Lei n.º 6/83, de 29 de Julho, sobre publicação, identificação

tiver sido cometida, continuando os processos pendentes àquela data a reger-se até ao trânsito em julgado da decisão que lhes ponha termo, pela legislação ora revogada».

O que é dizer: ao caso *sub judice* é aplicável, como formalmente foi, ainda que materialmente o não tenha sido ⁽¹⁰⁾, o Código de Processo Penal de 1929, reformado, como então se encontrava, por legislação de 1945, 1972, 1975, e ainda posterior, em adaptação à nova Constituição e ao novo Código Penal.

3. *Sobre as qualificações propostas na acusação e na pronúncia*

I. Tudo definido e delimitado, e concomitantemente reduzida a complexidade do caso e do seu tratamento neste texto, é em rigorosa aplicação de um método sintético que vamos começar por comentar o modo como no acórdão recorrido se aprecia e refuta a qualificação dos factos descritos como crimes de burla e de abuso de confiança.

Salvo o devido respeito, esse modo padece de dois defeitos de base: em primeiro lugar, é excessivamente simplista e, portanto, insuficientemente fundado; em segundo lugar, revela conhecimento ou domínio menos apurado de institutos, problemas e conceitos jurídico-penais bem determinados e, portanto, cometem-se erros de natureza técnica que é mister corrigir.

e formulário dos diplomas, pelo que, tendo então que se observar o que é aí indicado sobre os períodos de *vacatio legis* (art. 2.º), se tem que entender que o novo Código de Processo Penal (a que, curiosamente, A. TAIPA DE CARVALHO, *ob. cit.*, p. 225 e n. 421, chama «Código de Processo Penal de 1988»... e sem que seja este o lugar para comentar criticamente, como é devido, a refer. feita nessa *ob. cit.*, p. 24, em cont. de n. 31) esteve em vigor 5 dias no Continente, 15 dias nos Açores e na Madeira e 30 dias em Macau e no estrangeiro, a partir de 1 de Junho de 1987.

⁽¹⁰⁾ Cfr. desde já, e ainda que a benefício de ulterior referência explicativa, os arts. 447.º e 448.º do Código de 29.

II. Antes de mais, insuficiência. Insuficiência quanto à apreciação e refutação acerca da existência de crime de abuso de confiança, previsto e punível pelo art. 300.º, n.º 1, do Código Penal, existência aqui alegada, e objecto de acusação e pronúncia, na forma qualificada do n.º 2, alínea *a*), do mesmo artigo; o Colectivo limita-se a elencar os elementos constitutivos desse crime, ou do seu correspondente *nomen juris*, no Código Penal de 1886, elenco que é, ainda por cima, apresentado não nos termos da afirmação de uma corrente jurisprudencial mais ou menos segura ou uniforme ou com a preocupação de larga representatividade, nem nos termos da exposição ou da síntese de uma qualquer corrente doutrinária também especialmente autorizada, mas, e apenas, através da transcrição de proposições contidas em um aresto de 1969; ao que se limita a acrescentar: «os elementos essenciais do crime de abuso de confiança não sofreram alteração substancial do Código de 1886 para o Código Penal de 1982», para depois concluir com uma aplicação dedutiva aos factos que, no seu entender, não ficaram provados — e, apesar da inversão metodológica, *aplicar a uma falta de prova* tem logicamente o mesmo significado que *inaplicar às provas existentes*. Insuficiência também quanto à burla, relativamente à qual o Colectivo transcreve a primeira parte do n.º 1 do art. 313.º — agora, ao menos, do Código Penal vigente —, para tentar, de novo sob a forma dedutiva, a sua aplicação aos comportamentos dos arguidos, e terminar com a indicação da falta de intenção criminosa (de ambos, ao que se presume).

Ora, a tentativa de aplicação dedutiva de elementos típicos de uma incriminação ao conjunto dos comportamentos ou condutas dos arguidos é o contrário da qualificação jurídico-penal de um facto.

Por duas razões.

Por um lado, porque o caminho da concretização da regra jurídica é, em Direito Penal, o caminho da individualização da responsabilidade. E se é do apuramento desta que se trata, a ligação de um comportamento a um determinado tipo de crime não pode ser feita dedutiva ou axiomáticamente, deste último para o primeiro, devendo antes passar por aquilo a que, segundo as construções doutrinárias, se pode chamar participação criminosa

em sentido amplo ⁽¹¹⁾ ou domínio do facto com possibilidade de intervenção de participações alheias ⁽¹²⁾; o teor dos arts. 25.º a 29.º do actual Código Penal português não impõe nenhuma dessas construções, devendo ambas considerar-se dogmaticamente aptas a, com maior ou menor correcção, explicar o sistema resultante ⁽¹³⁾. Mas o que aí é claro e vale como mínimo denominador comum é o próprio princípio da individualização da respon-

⁽¹¹⁾ Trata-se de uma construção dogmática ou de um esquema doutrinário que encontrava apoio claro na letra e no sentido dos anteriores Códigos Penais portugueses. A ideia sumária é esta: o conceito de participação não é apenas reservado para quem intervenha em facto de outrem; aquilo que se entende é que cada qual responde pela sua própria participação, devendo por isso mesmo falar-se no facto de cada um dos participantes; todos os agentes o serão, desde que típica e culposamente responsáveis; só que uns sê-lo-ão a título de participação essencial ou principal, que é a autoria, a subdividir entre autoria material e autoria moral; e outros sê-lo-ão como participantes secundários ou cúmplices. Doutrinador em destaque, na explicação e na interpretação de tal sistema, é M. CAVALEIRO DE FERREIRA, logo na sua diss. dout., *Da Participação Criminosa*, Lisboa: Oficinas Gráficas, 1934.

⁽¹²⁾ Estoutra construção tem na sua base a insuficiência das regras gerais constantes da parte geral do velho Código alemão a este respeito. Insuficiência que suscitou um debate doutrinário demorado e profundo, no qual se fixou a ideia de que autor e participante são dois conceitos distintos; o primeiro é quem detém o «domínio do facto», ainda que por intermédio de outrem, que utiliza como seu mero instrumento; o segundo intervém nesse facto, e pode fazê-lo a título principal ou secundário; na primeira hipótese temos o instigador, e na segunda o cúmplice. Teorizador e obra em destaque, neste outro tipo de construção, é CLAUS ROXIN, através da sua diss. conc., *Täterschaft und Tatherrschaft*, agora em 5.ª ed., Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1990 (com as actualizações de doutrina e de jurisprudência até à Primavera de 1989; a 1.ª ed. desta obra decisiva da literatura germânica é de 1963). Tudo está, portanto, substancialmente, no significado e na possível extensão artificial da noção de *facto*, assim como, formalmente, o diálogo entre tais construções é dificultado pela completa diversidade semântica que se atribui ao conceito de *participação*.

⁽¹³⁾ M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. I — *A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa/São Paulo: Verbo, 3.ª ed.-1988, pp. 315 ss., MARGARIDA S. PEREIRA, *O objecto da comparticipação no Código Penal de 1982*, Lisboa: F.D.L., diss. mest. dactil., 1986, J. F. FARIA COSTA, *Formas do Crime*, in: *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Fase I, tomo I, Lisboa: ed. do C.E.J., 1983, a pp. 169 ss..

sabilidade penal, formalmente consagrado no art. 29.º, verdadeira «chave» desse sistema. E que, aplicado ao nosso caso ou ao modo como do mesmo se tomou conhecimento no acórdão recorrido, exige que se conteste e se refute a indiferenciação do juízo qualificativo que é agora tempo de corrigir. Indiferenciação total: quer quanto aos factos a imputar, quer quanto à determinação da responsabilidade dos seus autores; apesar de a prova produzida ligar determinados comportamentos a um agente e outros comportamentos ao outro agente, a apreciação feita, salvo o devido respeito, é tão superficial que se trata da aplicação *comum*, como se fosse ela que estivesse ou pudesse estar em causa, de dois tipos de crime aos dois agentes. Sem curar de saber se um deles estaria mais próximo de um do que de outro e inviabilizando, por isso mesmo, o que aí é dito sobre a não verificação da culpa, porque esta só pode evidentemente ser verificada e medida em função de um determinado facto que se isole como seu objecto. Tanto basta para que logo aqui se devesse pedir a repetição ou renovação do julgamento, para que melhor atenção se pudesse prestar aos elementos probatórios.

Por outro lado, a aplicação dedutiva da lei aos factos nem *formalmente* permite a correcta qualificação destes. É que é o *tipo* ou a construção normativa da *tipicidade* que se deve acomodar ao facto, não o inverso. E por isso a obtenção da qualificação ou «encadernação» jurídica de um facto não tem necessariamente que se conter nos limites de um tipo isolado ou autonomamente considerado, na parte especial do Código Penal; para além dos necessários elementos sistemático e teleológico da interpretação, e para além mesmo da observação óbvia de que os aspectos básicos da tipicidade subjectiva não são repetidos em cada norma incriminadora, e antes obrigam a considerá-la de modo relacionado com preceitos de ordem geral, muitas vezes acontece que a tipicização de um facto — isto é: a indicação dos limites formais e materiais da sua incriminabilidade — exige que se considerem outras disposições, tanto da parte geral como da parte especial, ao lado das do artigo que atribui ao tipo o seu *nomen juris* primário. São evidentemente os casos que os arts. 21.º e segs. do Código Penal agrupam sob a denominação genérica de «for-

mas do crime» (14), assim como o é também a relevância da comissão por omissão, nos termos do art. 10.º — mesmo que esta última questão se coloque de forma diversa quanto ao abuso de confiança e quanto à burla (15) (o que aliás vem a constituir contraprova da justeza da nossa crítica à indiferenciação e à superficialidade da análise feita no acórdão recorrido a respeito da qualificação dos factos). Devemos apenas acrescentar (e, parcialmente, repetir) que tais situações de extensão da incriminabilidade são quase sempre modelos genéricos que se vêem concretizados na própria relação operada entre diversos preceitos da parte especial; o que quer desde logo dizer que, em muitos casos, a inaplicabilidade de uma determinada norma não significa a irrelevância penal do facto, mas tão só a não verificação dos elementos que especializam essa norma em relação a uma outra que, uma vez afastada a incidência do princípio da especialidade, entrará a aplicar-se.

(14) Assim, por ex., quanto à primeira delas — a tentativa —, é significativa, por todos, a síntese de J. BUSTOS RAMIREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona: Ariel, 1986, p. 231, acerca da burla (ou, *rectius*, do delito que, no Direito espanhol, lhe corresponde: a «estafa», arts. 528 e segs. do Código Penal espanhol): «dada la complejidad de los elementos objetivos, no hay dificultad en la estafa en concebir la tentativa y la frustración (la primera se dará ya con el engaño). La consumación exige el perjuicio, pero no el beneficio patrimonial, ya que basta con el ánimo de lucro».

(15) Além de muitas referências encontradas nas citações adiante feitas sobre alguns dos principais trabalhos da nossa literatura jurídica a respeito da burla e do abuso de confiança, como disposições que, até ao novo Código Penal, ocupavam, ao lado do furto, lugar central na arrumação sistemática dos crimes contra o património (hoje, há que contar ainda com a infidelidade, como se dirá), cfr., em interpretação directa da nova legislação, J. MARQUES BORGES, *Os Crimes de Burla e de Extorsão*, in A. LOPES DE ALMEIDA et al., *Crimes Contra o Património em Geral. Notas ao Código Penal. Artigos 313.º a 333.º*, Lisboa: Rei dos Livros, 1983, pp. 21-24, M. O. LEAL-HENRIQUES / M. J. C. SIMAS SANTOS, *O Código Penal de 1982, Referências doutrinárias — indicações legislativas — resenha jurisprudencial*, vol. 4, Lisboa: Rei dos Livros, 1987, pp. 143-144, bem como outras valiosas eds. anots. do novo Código Penal; especialmente interessante e ponderada parece-nos ser a exposição de CARLOS ALEGRE, *Crimes Contra o Património. Notas ao Código Penal*, n.º 3 dos «Cadernos da Revista do Ministério Público», 1988, pp. 107-110.

III. A argumentação utilizada e a fundamentação esboçada no acórdão recorrido não é apenas insuficiente. Ela padece também, como dissemos, de várias incorrecções de ordem técnica.

Efectivamente, a interpretação que aí se faz dos arts. 300.º e 313.º do Código Penal reduz-se a uma série de exigências que se vai sucessivamente procurando fundamentar no anterior Código Penal português ou nalguma decisão jurisprudencial avulsa que tivesse procedido à sua aplicação.

Não é meramente formal esta crítica decorrente do facto de, no acórdão recorrido, se proceder à interpretação do art. 300.º do Código Penal vigente através do que era disposto no art. 453.º do Código Penal de 1886 e da transcrição de proposições de um aresto de 1969 e de um outro de 1976, ou de, relativamente ao art. 313.º do novo Código Penal, não se ter sequer procurado isolar os elementos essenciais da respectiva incriminação.

Em primeiro lugar, porque não é o puro e simples desfazamento cronológico das fontes citadas e utilizadas que nos deve impressionar, no sentido de que se trataria de uma fundamentação desactualizada. Pelo contrário: demonstrada que seja a continuidade entre os preceitos legais incriminadores — e, a este respeito, de alguma continuidade se deverá sempre falar, em razão da necessidade do conhecimento da evolução histórica operada —, é útil e conveniente que se atenda à doutrina que o tempo tenha feito assentar em torno das incriminações de cuja aplicação se trata. O que deve impressionar, e precisa de ser objecto de crítica, é que, estando em causa matérias que conseguem escapar à regra, que infelizmente perdura entre nós, respeitante à elaboração científica da parte especial do Direito Penal (para garantir a segurança e facilitar a legitimação material das decisões que os juízes são chamados a tomar, na aplicação da lei penal) — regra que é, como temos observado ⁽¹⁶⁾, a da penúria de elementos

⁽¹⁶⁾ V. g., em *A propósito da revisão do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro (Infracções Anti-Económicas)*, na «Revista de Direito e de Estudos Sociais», Ano XXIX, II, 2.ª Série, n.º 4, Coimbra-1987, pp. 539 ss., ou em *Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anónimas: problemas da reforma legislativa*, na Revista «O Direito», Anos 106.º-119.º, Lisboa-1974/1987, esp. pp. 305 ss..

bibliográficos de apoio —, não se tenha procurado aproveitar o valioso conjunto de elementos doutrinários portugueses (17) (18)

(17) J. BELEZA DOS SANTOS, *A «burla» prevista no artigo 451.º do Código Penal e a «fraude» punida pelo artigo 456.º do mesmo Código*, na «Revista de Legislação e de Jurisprudência» (R.L.J.), Ano 76.º, 1943-1944, pp. 273-278, 289-296, 305-310 e 321-329, e *Estudos sobre «o crime de abuso de confiança»*, na R.L.J., Ano 82.º, 1949-1950, pp. 3-5, 17-19 e 33-37; M. CAVALEIRO DE FERREIRA, desde uma sua *Minuta de recurso* como Procurador da República junto da Relação do Porto, na Rev. «Justiça Portuguesa», Ano 6.º (1939), n.º 61 (Janeiro), pp. 4-8, prosseguindo com *Natureza do crime de peculato — O peculato como crime patrimonial e como violação dos deveres de função — Eficácia do caso julgado de decisões não penais, em processo penal*, na «Revista da Ordem dos Advogados» (R.O.A.), Ano 4.º, n.ºs 3 e 4, 3.º e 4.º trim. de 1944, pp. 64-75, *Legitimidade para a intervenção da parte ofendida em processo penal*, na R.O.A., Ano 5.º, n.ºs 3 e 4, 3.º e 4.º trim. de 1945, pp. 36-41 (se, no texto anterior, o que estava em causa era uma das qualificações do abuso de confiança, desta feita, o processo que se analisa é um em que existe acusação por abuso de confiança, burla e simulação), *Burla e fraude na venda. Parecer*, na R.O.A., Ano 9.º, n.ºs 1 e 2, 1.º e 2.º trim. de 1949, pp. 71-88, *O direito de punir. — Abuso de confiança e convalidação. — Atenuação extraordinária*, na Rev. «Scientia Iuridica» (Sc. Iur.), tomo XV-N.º 78, Mar. Abr. 1966, pp. 158-173 e n.ºs 79-80, Mai. Ago. 1966, pp. 337-347 (p. 338: «o crime de abuso de confiança não é, na sua substância, um crime contra a 'propriedade'; e p. 339: «pressuposto do crime de abuso de confiança é uma relação jurídica entre o sujeito activo e passivo, em função da qual este é obrigado a restituir ou dar uso determinado a um objecto que lhe está confiado»), e *Depósito Bancário. Simulação. Falsificação. Burla*, na Sc. Iur., tomo XIX, n.ºs 103-104, Abr. Jun. 1970, pp. 246-314 (p. 301: «a burla, ao contrário do furto, ou mesmo do abuso de confiança, é um crime de difícil definição»); EDUARDO CORREIA, *Responderá o ladrão que vende a coisa furtada simultâneamente pelos crimes de furto e burla?*, na «Revista de Direito e de Estudos Sociais» (R.D.E.S.), Ano I, 1945-1946, pp. 375-394, *O efeito da entrega como elemento constitutivo do crime de abuso de confiança*, na R.D.E.S., Ano VII, 1954, pp. 57-70, *O depósito de bens judicialmente penhorados, arrestados ou apreendidos e os crimes de peculato e de abuso de confiança*, na R.L.J., Ano 92.º, 1959-1960, pp. 244-248, 260-264 e 276-280, e *O crime de abuso de confiança (alguns problemas)*, na R.L.J., Ano 93.º, 1960-1961, pp. 35-39 e 52-56; L. DA SILVA ARAÚJO, *Do Abuso de Confiança*, Coimbra: Almedina, 1959 (em termos monográficos, trata-se do mais completo e sistematizado estudo entre nós elaborado sobre este tipo de crime — v., por ex., além da distinção de figuras próximas, pp. 29 ss., a análise minuciosa dos elementos constitutivos da incriminação, pp. 89 ss., e o tratamento da já referida extensão através das formas do crime, pp. 193 ss.); J. SOUSA E BRITO, *A burla do art. 451.º do Código Penal — Tentativa de sistematização*, Braga: Liv. Cruz, «Colecção Scientia

para conseguir destacar ou mesmo sintetizar as questões controvertidas, a evolução verificada em função das respostas já avançadas para essas questões e o sentido das opções que o legislador tem vindo a tomar. Atender aos resultados de tal estudo é o modo prático de facilitar a argumentação decisória e de garantir a sua correcção e o seu controlo.

Em segundo lugar, porque os preceitos legais em causa, na sua efectiva vigência, têm permitido a formação, já, de alguma

Jurídica», 1983 (sep. da Sc. Iur., tomo XXXII, n.º 181-183, Jan. Jun. 1983) (a análise — que se reporta ainda ao Código de 1886, vigente à data em que o trabalho foi escrito — é particularmente desenvolvida e profunda no que diz respeito ao tipo objectivo da burla: v. pp. 5-31), texto tb. incl., com tratamento complementar de tipos derivados e paralelos, em *Direito Penal II — Crimes contra o património*, F.D.L.: ed. policop., 1982, cap. IV, pp. 115 ss.; nestas suas Lições, v., sobre o abuso de confiança, pp. 80-87 e, em geral, quanto aos crimes contra bens patrimoniais (definição e critérios de sistematização), pp. 35 ss., sendo que, depois, o abuso de confiança surge, ao lado do furto, entre os «crimes de apropriação» (cap. III, pp. 45 ss.), e a burla surge como tipo básico entre os «crimes contra o património em geral» (é o cit. cap. IV, pp. 115 ss.); e tb. TERESA P. BELEZA, *Os crimes contra a propriedade no Código Penal de 1982 (Sumários desenvolvidos)*, in J. SOUSA E BRITO *et al.*, *Direito Penal II — Programa, bibliografia e textos de apoio*, Lisboa: ed. policop. da A.A.F.D.L., 1984, pp. 225 ss. (sobre o abuso de confiança, pp. 250-256).

(18) Além da compilação, a que procedemos na nota anterior, da doutrina portuguesa directamente referida às incriminações da burla e do abuso de confiança, é curioso notar, e ainda que de um ponto de vista genérico ou englobante, a existência, também na nossa literatura jurídica, de dissertações que são hoje verdadeiros clássicos em matéria de crimes contra a propriedade: referimo-nos à diss. dout. de JOAQUIM PEDRO MARTINS, *Da Quebra e da Insolvencia no Direito Criminal Portuguez*, Coimbra: F. França Amado Ed., 1901 (livro que tem de muito significativo, para a dogmática penal dos nossos dias, o exemplo da efectiva realização de uma análise interdisciplinar, ou multidisciplinar, entre o Direito Penal e Ciências ditas suas «auxiliares», em que surgem as necessárias perspectivas da Economia e da Sociologia) e à diss. conc. de JOSÉ CAEIRO DA MATTA, *Do Furto (Esboço histórico e jurídico)*, Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906 (desta feita, é já predominante a perspectiva jurídica, devendo todavia realçar-se que, mesmo nesse contexto, são evidentes as preocupações de teorização geral — é confrontar, nesse sentido, e desde logo, as introdutórias definição e classificação dos «crimes contra a actividade patrimonial»).

jurisprudência a seu respeito ⁽¹⁹⁾. A ter que ser pedido auxílio a alguma fonte normativa mediata, ao menos que tivesse havido o cuidado de atender à interpretação e à aplicação directas da legislação vigente.

IV. Todas as insuficiências até aqui assinaladas servem de base segura para que se possa e deva afirmar a violação, pelo acórdão recorrido, das exigências de quesitação constantes dos arts. 492.º e seguintes do Código de Processo Penal de 1929, que é o aplicável na espécie. Particularmente em causa, em face de quanto se pôde discriminar, estão os arts. 494.º e seu § 2.º, 495.º e 500.º.

E qual é o regime jurídico a seguir, em resposta a tal violação?

— Ei-lo: do corpo do art. 649.º desse Código de Processo Penal, que por sua vez surge como uma concretização e especificação do princípio geral que o seu art. 1.º, § único, logo reflecte, é o aplicador do Direito remetido para o Código de Processo Civil; nestoutro diploma, começam por estar em causa, ainda que apenas formalmente (em razão do sentido e da letra dessa remissão) ⁽²⁰⁾, os arts. 733.º e seguintes; e é por força de um destes preceitos — o do art. 749.º — que se chega à necessária aplicação do art. 712.º; o n.º 2 deste artigo do Código de Processo Civil é do seguinte teor:

«Pode a Relação anular, porém, a decisão do colectivo, mesmo officiosamente, quando repute deficientes, obscuras

⁽¹⁹⁾ Mesmo sem qualquer preocupação de exaustão e de classificação, e indo por ex. apenas até aos acórdãos já publicados oriundos do alto Tribunal para que agora se recorre: sobre o crime de abuso de confiança, v. Ac. Rel. Coimbra, de 5 de Dezembro de 1984, na «Colectânea de Jurisprudência» (C.J.), Ano IX — 1984, Tomo 5, pp. 116-118; sobre o crime de burla, v. Acs. Rel. Coimbra, de 1 de Junho de 1983, na C.J., Ano VIII — 1983, Tomo 3, pp. 97-99, de 19 de Fevereiro de 1986, na C.J., Ano XI — 1986, Tomo 1, pp. 63-65, de 12 de Março de 1986, na C.J., Ano XI — 1986, Tomo 2, pp. 70-73, de 15 de Julho de 1987, na C.J., Ano XII — 1987, Tomo 4, pp. 96-97, e de 25 de Novembro de 1987, tb. na C.J., Ano XII — 1987, Tomo 5, pp. 67-69.

⁽²⁰⁾ Cfr. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, ed. cit. de 1986, vol. 2.º, p. 285; síntese dos dados históricos em LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, 6.º vol., Coimbra: Coimbra Editora, 1934, pp. 321-322.

ou contraditórias as respostas aos quesitos formulados ou quando considere indispensável a formulação de outros nos termos da alínea f) do artigo 650.º».

Para completar esta sequência de remissões e, com ela, a indicação do regime anulatório aplicável, apenas falta acrescentar que esta última disposição, a do art. 650.º, al. f), do Código de Processo Civil, manda *formular quesitos novos*, quando o presidente do tribunal «os considere indispensáveis para boa decisão da causa» (21).

4. *Qualificação. Cont.: aplicação dos arts. 447.º e 448.º do Código de Processo Penal de 1929*

I. Mais grave do que defender, a título de uma primeira conclusão, a anulação do julgamento do qual viria a resultar a decisão absolutória de que agora se recorre, é considerar que os próprios factos aí dados como provados bastariam já para uma condenação.

Com efeito, se, e aliás expressamente, o que nesse acórdão se afirma faltar para permitir a qualificação jurídico-criminal dos factos assentes, em termos de fundamentar efectiva responsabilidade penal, é o dolo específico do abuso de confiança e da burla e a apropriação, elemento constitutivo do primeiro desses crimes, então as portas que se abrem, sob pena de violação da lei penal substantiva, são as da aplicação do art. 319.º do actual Código Penal.

(21) Sendo que a ressalva constante da parte final dessa disposição não é aplicável em processo penal, em razão do princípio, neste vigente, do conhecimento amplo e sem restrições de todas as questões pelo tribunal superior — cf. M. CAVALLEIRO DE FERREIRA, ult. ob. cit., vol. 2.º, pp. 283-284, e *Direitos do réu condenado como ausente (Parecer)*, na «Scientia Iuridica», tomo XIV-n.ºs 71/72, Jan. Abr. 1965, pp. 137 ss. (p. 144), EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal* (colab. de FIGUEIREDO DIAS), vol. II, Coimbra: Almedina, 1965 (com reimps. posts.), p. 215, n. 1, e M. MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal anotado e comentado*, Coimbra: Almedina, 6.ª ed.-1984, p. 673:

ISTO é: até este momento, temos procurado mostrar que, mesmo num mero plano de discussão formal e nominal entre a decisão da primeira instância e a acusação e a pronúncia que a precederam, há indícios largos e claros de que a análise feita é insuficiente e superficial, e precisa de ser substancialmente continuada e argumentativamente corrigida. E temo-lo feito, para dar conta do sincero respeito pelo tribunal *a quo*, não ultrapassando os estreitos limites que esse tribunal a si próprio impôs, ao decidir ocupar-se, e só, de tipos de crime, e de dois: a burla e o abuso de confiança.

Mas a verdade está em que não era isso que devia ter acontecido. A sua missão era, e é, a de apreciar factos, qualificando-os e, assim, ordenando-os — o que é, em sentido próprio, dar-lhes uma resposta jurídica. Verificar os factos e, a partir deles, obter a qualificação correcta; não o contrário: atender aos nomes das incriminações já propostas, e procurar a sua aplicação dedutiva e indiferenciada ao caso dos autos.

É o que diz a lei e é o que é imposto pela lógica e pelas considerações materiais e de racionalidade em que assenta o seu sistema. A matéria que assim indicamos, está bem de ver, é a da elaboração do objecto do processo em sede penal. E se já a pudemos sintetizar e documentar noutros lugares ⁽²²⁾, o que lhe temos a pedir para a solução deste caso encontra a sua fundamentação expressa, directa e formal em duas disposições-chave do Código de Processo Penal, uma a estender os poderes de cognição do juiz mesmo para além dos *factos* (e não dos *tipos*, ou fórmulas ou nomes através dos quais a lei os exprima, a eles e a todos os outros que na mesma hipótese normativa couberem) que tenham sido objecto de acusação e pronúncia — trata-se do art. 448.º —, e outra a determinar que, se esses factos estiverem já contidos na acusação e pronúncia, a conde-

(22) *Uma hipótese de aplicação da lei no tempo em matéria de crimes contra a economia e a saúde pública*, Lisboa: sep. da «Revista da Ordem dos advogados» (R.O.A.), 1987, distrib. A.A.F.D.L., pp. 2-4, e *Crime de ofensa à memória de pessoa falecida — Crime cometido através da imprensa — Concurso de circunstâncias modificativas agravantes*, Lisboa: sep. da R.O.A., 1990, pp. 5-7, com indicações.

nação pode até vir a ser por infracção diversa mais grave do que as que aí eram inicialmente propostas — art. 447.º, no qual é também de ter em conta, na respectiva aplicação à espécie dos autos, o § 2.º.

Que tudo, enfim, o pode fazer o próprio Tribunal *ad quem*, resulta do art. 665.º do Código de Processo Penal. É ele que encerra todo um novo conjunto de disposições legais de cuja violação também enferma o acórdão recorrido; e encerra pela positiva: porque permite que se aplique o princípio da economia processual, resolvendo já o caso de modo justo e correcto, desde que o Tribunal *ad quem* entenda ser de evitar o reenvio do processo para a realização de novo julgamento — o que é aqui, como dissemos, a primeira alternativa de que pode lançar mão.

II. Nos termos do art. 319.º do Código Penal, comete o crime de *infidelidade* «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, intencionalmente e com grave violação dos deveres que assumiu, causar a tais interesses um prejuízo patrimonial importante»; pode ainda acrescentar-se que, por declaração excepcional da lei relativamente ao critério geral que o n.º 1 do art. 23.º do mesmo Código enuncia, a própria tentativa é punível.

A introdução deste tipo de crime no sistema jurídico português seguiu, *directamente* — uma vez que, mais ou menos remotamente, o que sempre estará em causa será a arrumação e a sistematização globais das incriminações contra o património, problema que na sua própria colocação é evolutivo e que encontrou, se quisermos restringir as nossas considerações ao plano formal da codificação, os principais marcos da sua resposta legal na discussão sobre o modelo francês ⁽²³⁾, nos trabalhos de reforma dos

(23) Cfr. LEVY MARIA JORDÃO, *Commentario ao Código Penal Portuguez*, Tomo IV, Lisboa: Typ. J. B. Morando, 1854, pp. 234 ss., 300 ss. e 314 ss., e F. A. F. DA SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal applicada ao Codigo Penal Portuguez...*, vol. VIII, Lisboa: Imprensa Nacional, 1857, pp. 5 ss., 109 ss. e 139 ss..

anos sessenta do século passado relatados por Levy Maria Jordão (24) e, finalmente, na reforma, infelizmente não documentada em toda a sua extensão e profundidade (25), que viria a dar origem ao Código Penal de 1982 —, um caminho que se sintetiza com alguma facilidade.

Em 1960, em estudo já atrás citado (26), Eduardo Correia apresentou formal e documentadamente entre nós «um tipo de crime de infidelidade» com a função de completar o abuso de confiança no sistema das incriminações contra a propriedade, invocando nesse sentido o art. 774.º do Código espanhol de 1822, o § 159.º do Código suíço, o art. 280.º do Código dinamarquês de 1933 e, com particular destaque, o § 266.º do Código alemão (*Untreue*), transcrevendo a seguinte afirmação de Berner: «A infidelidade toma um lugar próprio entre os crimes contra a propriedade, e especialmente entre a burla e a apropriação indevida, e abrange casos que *nestes não poderiam ser compreendidos*» (27).

Da apresentação teórica à discussão prática foi depois um passo bastante rápido. As *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal — Parte Especial* (28), que, embora parcimoniosamente, mas por corresponderem à única documentação existente sobre as várias revisões efectuadas ao *Anteprojecto da Parte Especial* entre a data da sua apresentação, pelo ilustre Professor de Coimbra, em 1965, e a data da publicação do novo

(24) Na 2.ª ed. do *Código Penal Portuguez, Tomo I — Relatório*, Lisboa: Imprensa Nacional, 1864, pp. 118-127, e *Tomo II — Projecto*, m. d., pp. 90 ss..

(25) Cfr. o nosso *Caderno de apoio às aulas práticas de Direito Penal*, Lisboa: Univ. Católica, pp. 52 ss..

(26) *O crime de abuso de confiança (alguns problemas)*, loc. cit., pp. 54-56 (no n.º 3169 da Rev., de 15 de Junho de 1960; são os n.ºs 19 e 20 da exposição do Autor).

(27) *Ibidem*, pp. 54 e 55 e n. 2 de p. 54; a tradução feita é-o, por sua vez, da trad. ital. do *Lehrbuch* de BERNER, pelo que, onde se lê «apropriação indevida» (ou «indébita», como no Brasil), se deverá mais propriamente falar em «abuso de confiança».

(28) *Actas* que documentam reuniões havidas entre 7 de Março e 25 de Junho de 1966 na Faculdade de Direito de Coimbra e que viriam a ser publicadas num volume tirado em separata do «Boletim do Ministério da Justiça», 1979. À feliz iniciativa da A.A.F.D.L. se deve a sua posterior reimp., s. d..

Código Penal, em 1982, constituem um indispensável elemento de trabalho a respeito da interpretação da nova lei, contém a necessária referência a essa discussão. É uma referência, ou um conjunto de referências, que podemos sintetizar do seguinte modo: quanto ao crime-base, em matéria patrimonial, que o tipo da «infidelidade» veio completar — o abuso de confiança —, a preocupação reformadora ateve-se, antes de mais, na distinção relativamente ao furto (tendo o Autor do Anteprojecto começado por afirmar que «ao contrário do artigo 453.º do Código Penal, o artigo presente distingue com clareza o furto do abuso de confiança: neste, ao contrário daquele, não há abuso de posse de outrem» — aspecto este que é desde logo curioso fazer notar, perante um acórdão, como aquele de que nos autos se recorre, que lapidarmente se basta com a aparente justificação de que haveria identidade entre a velha e a nova formulação legal) ⁽²⁹⁾; quanto ao tipo da «infidelidade» propriamente dito, o registo a fazer encontra-se dividido em duas menções: ao apresentar os «crimes contra direitos patrimoniais», o Prof. Eduardo Correia diz ser esse capítulo «o lugar para discutir um complexo problema de política legislativa: o problema da punição da gestão desleal ou infidelidade (*Untreue, infidelità*)», acrescentando tratar-se «de um facto não previsto no Anteprojecto mas cuja previsão pode ser recomendável», pelo que, depois de definir o problema, pede sugestões aos membros da Comissão Revisora e propõe um próximo debate ⁽³⁰⁾; numa nova sessão, realiza-se esse debate — e, não sendo embora muitos os elementos que o

⁽²⁹⁾ *Actas* cit., pp. 122-123. Ajudará também a compreender o alcance das opções tomadas pelo legislador a indicação de que a Comissão Revisora quis expressamente alargar o âmbito de aplicação do abuso de confiança, através da consideração da punibilidade da tentativa: *ibid.*, pp. 123-124; ponto que terá estado na origem de que, entre a norma projectada pelo Prof. Eduardo Correia e o texto do que é hoje o art. 300.º do Código Penal, se tenha vindo a verificar um aumento da pena aplicável (deixou de ser de prisão até dois anos para passar a ser, no texto da lei hoje vigente, de prisão até 3 anos, sendo que a agravação subirá não a quatro, mas a 8 anos) — cfr. art. 23.º, n.º 1, do Código Penal. Em termos interpretativos, não se trata evidentemente de um mero aumento técnico, mas de um acréscimo da própria gravidade da infracção.

⁽³⁰⁾ *Actas*, pp. 155-156.

documentam, a conclusão principal logo indicada é a de que «a Comissão se decidiu unanimemente pela afirmativa»: o crime de infidelidade deve ser previsto. O que depois se discute é a técnica dessa previsão, escolhendo-se uma formulação genérica («como por exemplo o art. 159.º do Código suíço») em detrimento de uma tipificação taxativa das situações («como por exemplo no projecto alemão de 1960: § 263»), desde que se limite «suficientemente o tipo de forma a não se cair no exagero da disposição do Código suíço citada»⁽³¹⁾; interpretativamente, o que de essencial é afirmado é que, neste crime, o que está em causa, como seu pressuposto, é uma *relação de confiança*⁽³²⁾ que se trai ou quebra, vindo a tutela penal em reforço da indemnização civil.

Uma vez publicado o novo Código Penal, disse-se, como primeira reacção doutrinária e sistematizadora a esta inovação⁽³³⁾, que este tipo de crime «visa punir a *gestão desleal*, e distingue-se do *abuso de confiança* porque nele o agente não actua com intenção de enriquecimento nem de apropriação, antes, quando muito, com intenção de prejudicar», acrescentando-se ainda algo que, aqui — e por estar em causa a indicação das fontes materiais das opções legislativamente tomadas, o que é de conhecimento absolutamente indispensável no momento da interpretação de disposições expressamente apresentadas como inovadoras —, não pode passar sem uma ligeira correcção formal. Trata-se da consideração de que o actual art. 319.º do Código Penal português corresponderia à opção pela formulação genérica «como no Código suíço», afastando-se de uma «tipificação taxativa das situações» que seria a solução do Código alemão.

Não é. Em boa verdade, o preceito em causa do nosso Código Penal está materialmente mais próximo do § 266 do Código Penal alemão do que do art. 159 do Código Penal suíço; a este último, o conceito de *gestão* é essencial, por muito vaga que venha a ser

(31) *Actas*, p. 163.

(32) *Actas*, p. 164.

(33) M. A. LOPES ROCHA, *A Parte Especial do novo Código Penal — Alguns aspectos inovadores*, nas *Jornadas...* cit., ed. do C. E. J. de 1983, pp. 337 ss., pp. 380-381.

(e que, por isso mesmo, por causa dessa limitação preliminar, possa ser) a indicação do «veiller sur les intérêts pécuniaires d'autrui»⁽³⁴⁾; pelo contrário, o conceito de «Untreue» que o § 266 do *Strafgesetzbuch* recebe e sintetiza não é de modo algum um elenco taxativo de situações fragmentárias, mas sim a apresentação de um tipo duplo, em sentido interpretativo, o que não reduz, e antes multiplica, a tipicidade em causa: o tipo do abuso (*Mißbrauchstatbestand*) e o tipo da quebra de confiança (*Treubruchstatbestand*)⁽³⁵⁾.

A confusão em que porventura se terá incorrido tem a sua razão de ser na evolução histórica desse mesmo § 266 do Código alemão. É que a redacção hoje em vigor desse preceito não é já a da versão inicial do Código alemão, de 1871; nela, efectivamente, o § 266 punia, em três sucessivas divisões, tipos bem determinados de situações (tutores, curadores, administradores de bens, mandatários e outras situações tecnicamente definidas de confiança de bens alheios); mas a multiplicidade de dúvidas a que deu lugar essa disposição fez com que, interpretativamente, tivessem surgido dois critérios fundamentais acerca da essência da infidelidade: a chamada *teoria do abuso*, desenvolvida por Binding, a que aderiram Frank e outros autores, e a chamada *teoria da quebra da fidelidade*, que foi sustentada sobretudo pela jurisprudência do Tribunal do Reich; a primeira exige um abuso do poder jurídico de representação; para a segunda, é suficiente qualquer acção que prejudique o património, em desconformidade com o dever de fidelidade do autor. Ora, o novo § 266 — resultante da lei modificadora de 26 de Maio de 1933 (*Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften*, que entrou em vigor a 1 de Junho do mesmo ano), com alterações pontuais posteriores, em 1953, 1969 e 1975 — vem reunir ambos esses critérios, não numa lista de situações taxativas, mas numa formulação genérica, e suficientemente genérica para abranger, como já ficou assinalado, dois

(34) A. PANCHAUD / D. OCHSENBEIN / V. VAN RUYMBEKE, *Code Pénal Suisse annoté*, Lausanne: Editions Payot, 1982, p. 132.

(35) GERD DÄHN, *Problem- und Repetitionskommentar zum StGB*, Bielefeld: Giesecking, 2.ª ed.-1982, pp. 229-231.

tipos não de factos, mas de interpretação e aplicação. A latitude é tal que a mencionada incriminação desempenha hoje, também, o papel de disposição genérica que muitas leis especiais tratam de concretizar e de especificar, em matérias como as sociedades comerciais e os seguros ⁽³⁶⁾.

III. Também entre nós a *infidelidade* patrimonial surge como disposição geral — mais precisamente, como uma das disposições gerais em matéria de crimes contra o património.

É formalmente significativo que a colocação sistemática do preceito seja não aquela que corresponderia à sugestão inicial do Prof. Eduardo Correia, no sentido de que se estaria perante um crime contra direitos patrimoniais, mas sim a de um dos crimes «contra o património em geral», ao lado da burla e da usura.

Como é significativo também, e já não só formalmente, o facto de essa disposição ser a base, ou o pano de fundo comum ou genérico, das incriminações contidas no nosso recente Código das Sociedades Comerciais ⁽³⁷⁾.

É esta sua função genérica, tanto dentro como fora do Código Penal, no conjunto de uma mais ampla visão da tutela penal da economia — a suscitar desenvolvimentos que evidentemente não

⁽³⁶⁾ Como base da síntese apresentada e para mais informação e maior desenvolvimento, devemos remeter para os cinco principais comentários ao Código alemão: no *Leipziger Kommentar*, em 10.^a ed. (org. H.-H. JESCHECK, W. RUß e G. WILLMS), Berlin/New York: Walter de Gruyter, 6.^o vol., 1988, v. o texto (já da 9.^a ed.-1979) de HÜBNER, pp. 377 ss. da 22.^a div.; no *Systematischer Kommentar* (org. H.-J. RUDOLPHI, ECK. HORN e E. SAMSON), vol. II — *Besonderer Teil*, Frankfurt a. M.: Metzner, 3.^a ed.-1987, v. o texto (do 21.^o cad., Fev. 1987) de SAMSON, pp. 95 ss.; no *Kommentar* de SCHÖNKE/SCHRÖDER, em 22.^a ed. (por TH. LENCKNER, P. CRAMER, A. ESER e W. STREE), München: Beck, 1985, v. o texto de LENCKNER, pp. 1671 ss.; no de DREHER/TRÖNDLE (*Strafgesetzbuch und Nebengesetze*), em 43.^a ed. da ob. de Otto Schwarz actualmente prosseguida por Herbert Tröndle, München: Beck, 1986, v. pp. 1350 ss.; e v. tb. K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 17.^a ed. (da ob. fundada por Eduard Dreher e Hermann Maassen), München: Beck, 1987, pp. 1128 ss..

⁽³⁷⁾ Referimo-nos naturalmente ao Título VII desse diploma, arts. 509.^o e segs., e que nele veio a ser introduzido pelo Decreto-Lei n.^o 184/87, de 21 de Abril (sobre as vicissitudes da reforma assim culminada, v. o nosso *Sobre a tutela penal da informação nas sociedades anónimas cit.*, loc. cit., *passim*).

seriam compatíveis com um escrito desta índole —, que permite compreender a amplitude da sua própria letra. Explicá-la à luz do exemplo histórico e comparado que a baseia e da importância sistemática que lhe deve ser reconhecida é fazer corresponder à letra o próprio espírito da lei vigente ⁽³⁸⁾.

IV. Ora bem: nesta fase do nosso estudo, nem é preciso invocar os princípios gerais que regulam o concurso de normas penais ⁽³⁹⁾ para que se perceba que o afastamento, por falta de provas ou da sua quesitação, da aplicabilidade de tipos legais de crime como o abuso de confiança e a burla, não equivale, não pode equivaler, à precipitada afirmação da irrelevância criminal dos factos dados como assentes; sem que, pelo menos, eles passem pelo crivo do art. 319.º do Código Penal.

Uma leitura atenta do próprio acórdão recorrido, no que concerne ao vasto elenco dos factos dados como provados, dá como verificada, *in casu*, essa nova tipicidade.

Trata-se, pois, do segundo grande erro desse acórdão: os próprios factos dados como provados bastariam para afastar uma pura e simples absolvição.

E posto isto, para que não nos seja devolvida a crítica de se não ter atendido ao modo e à forma de participação criminosa, os factos indicados, sem prejuízo da mais desenvolvida apreciação que para eles é aqui pedida e proposta, apontam para que, relativamente à infidelidade, o arguido *B* se deva considerar autor e o arguido *A* cúmplice. É essa uma forma razoável de exprimir a diferenciação das suas participações ou factos. Sujeitos da relação de confiança que tinha do outro lado as empresas acima designadas por «Sociedade II» e «Sociedade III» eram ambos; só o primeiro, todavia, tinha o encargo, inclusivamente

⁽³⁸⁾ São ainda muito pontuais as refs. a esta nova incriminação do Direito Penal português; além das eds. anots. do Cód. Pen. e do est. cit. de M. A. LOPES ROCHA, *vd.*, com indicações, J. FARIA COSTA, *O Direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude*, in *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*, ed. do C. E. J., Coimbra-1985, a pp. 59-60.

⁽³⁹⁾ Por todos, M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições cit.*, vol. I, pp. 383 ss..

profissional, de dar outro destino às letras e aos cheques que recebera (39a).

5. Aspectos complementares

I. Há ainda duas questões a que a necessária correcção da decisão absolutória, através da sua anulação ou através da sua substituição por uma decisão condenatória, em aplicação da lei vigente, não deixará de atender.

A primeira dessas questões oferece-se como óbvia no caso dos autos. É que os arguidos haviam já sido condenados por crimes dolosos que perpetraram com uma distância temporal muito inferior a 5 anos entre essa perpetração e a dos factos cuja qualificação está agora em causa. É o próprio acórdão recorrido que faz uma remissão expressa para o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça que pôs termo ao processo de querela *n*, do 2.º juízo e 2.ª secção do mesmo Tribunal Judicial da Comarca de *X*.

Trata-se, de novo, de apenas confrontar dados, e dados reais — não meras fórmulas típicas, em busca de aplicação dedutiva —, e de à sua luz pedir e esperar a aplicação da lei. Estão desta feita em causa os arts. 76.º e 77.º do Código Penal (40).

Isto é: os arguidos *B* e *A*, seja qual for o tipo que mais adequado se mostre, ou venha a mostrar, à qualificação jurídico-

(39a) Posteriormente à junção deste parecer, e mais concretamente em alegações de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça cuja redacção também nos viria a ser solicitada, referimo-nos, para melhor explicar este ponto, à possibilidade de aplicação do art. 28.º do Código Penal, relativo à comunicabilidade ou extensão da comparticipação (sobre a matéria, v. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições cit.*, vol. 1, pp. 329-337, J. FÁRIA COSTA, *Formas do crime cit.*, loc. cit., pp. 170-172, e TERESA P. BELEZA, *Illicitamente participando — O âmbito de aplicação do art. 28.º do Código Penal*, Coimbra: sep. dos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia», 1988).

(40) Para a sua interpretação e explicação doutrinária, vd. M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, vol. II — *Penas e Medidas de Segurança*, Lisboa / São Paulo: Verbo, 1989, pp. 145 ss., e J. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal 2. Parte Geral. As consequências jurídicas do crime*, Coimbra: ed. policop. da Fac. Dir., 1988 (...), pp. 335 ss..

-criminal dos factos que cometeram, deverão ser punidos como reincidentes, sendo «elevado de um terço o limite mínimo da pena aplicável ao crime» de cada qual e observando-se, quanto à agravação, o disposto na 2.ª parte do n.º 1 do art. 77.º do Código Penal.

II. Outra questão de referência indispensável é a da responsabilidade civil conexas com a criminal.

Aspecto bem estudado entre nós ⁽⁴¹⁾, o arbitramento de uma indemnização civil em processo penal é mais uma das matérias cuja regulamentação foi violada pelo acórdão recorrido.

Nos seguintes termos: no plano dos factos é, como logo preliminarmente dissemos, no mínimo paradoxal que se afirme que a decisão tomada é independente da sorte de uma acção civil, ao mesmo tempo que se estende a absolvição também ao aspecto da indemnização.

Não se pode esquecer que a legislação processual penal em aplicação é o anterior Código de Processo Penal e seus diplomas complementares. Ora, em primeiro lugar, começou pura e simplesmente por não ser observado e cumprido o art. 496.º desse Código de Processo Penal.

E, em segundo lugar, olvidou-se não só o regime do art. 34.º do Código de Processo Penal de 1929 — em cujo corpo se lê que «o juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quan-

(41) Para só citar autores contemporâneos: M. CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, reimp. cit. de 1981, vol. I (1955), pp. 137 ss., e vol. III (1958), pp. 72 ss., e ed. cit. de 1986, vol. 1.º, pp. 12 ss., 125 ss. e 175 ss.; J. FIGUEIREDO DIAS, *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, 1967 (sep. dos «Estudos 'In Memoriam'» do Prof. Beza dos Santos), e *Direito Processual Penal* cit., pp. 539 ss.; A. CASTA-NHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*, Coimbra: policop., 1968, pp. 179 ss.; J. L. A. RIBEIRO DE FARIA, *Indemnização por perdas e danos arbitrada em Processo Penal — O chamado processo de adesão*, Coimbra: Almedina, 1978, *Da reparação do prejuízo causado ao ofendido. Reflexões à luz do novo Código Penal*, in *Ciclo de Conferências no Cons. Dist. do Porto da Ordem dos Advogados, Para Uma Nova Justiça Penal*, Coimbra: Almedina, 1983, pp. 141 ss., e *Direito das Obrigações*, Coimbra: Almedina, ed. policop. s. d., vol. I, pp. 534 ss..

tia como reparação por perdas e danos, *ainda que lhe não tenha sido requerida*» —, mas também o seu complemento, através do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, em cujo art. 12.º se determina que mesmo «*nos casos de absolvição da acusação-crime*, o juiz condenará o réu em indemnização civil, desde que fique provado o ilícito desta natureza ou a responsabilidade fundada no risco» (42).

Tinha, portanto, que se ter quesitado essa matéria. E tinha, rigorosamente, que se aplicar a lei.

6. Conclusões

O estudo realizado impõe que se conclua propondo uma alternativa:

1.º) Ou se anulará o julgamento a que a decisão recorrida visou pôr termo, para que se possa vir a formular novos quesitos e para que se possa desenvolver e esclarecer a questão aí apenas iniciada; fazendo-o, estar-se-á a atender especialmente:

- a) às insuficiências argumentativas e técnicas do acórdão recorrido (*v.g.*, mera aplicabilidade analógica da lei penal vigente e indiferenciação dedutiva da aplicação);
- b) ao facto de se não ter sequer atendido à necessidade de quesitação da matéria da indemnização civil e ao carácter officioso, e independente da solução dada à matéria penal, do arbitramento dessa indemnização.

(42) Para um exemplo recente de aplicação da lei, *v.* o Acórdão da Relação de Coimbra, de 3 de Maio de 1989, *in* C. J., Ano XIV-1989, Tomo 3, pp. 94-97.

2.º) Ou se procurará qualificar correcta e completamente os factos já dados como provados; fazendo-o, obter-se-á:

- a) a conclusão de que o arguido *B* é autor de um crime de infidelidade, previsto e punível pelo art. 319.º do Código Penal;
- b) a conclusão de que o arguido *A* é também agente de um crime de infidelidade, ainda que o seja a título de cumplicidade, através da extensão da incriminabilidade operada pelo art. 27.º do Código Penal relativamente ao citado art. 319.º;
- c) a conclusão de que as anteriores condenações a que o processo se refere fazem incidir, sobre a pena aplicável a cada um dos arguidos, o regime da reincidência, que o art. 76.º, n.º 1, do Código Penal manda aplicar qualquer que seja a forma de participação criminosa.

Tal é, s. m. j., o nosso parecer.