

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**O CRIME DE INSOLVÊNCIA**  
**DOLOSA:**  
**ALGUNS ASPECTOS DE AUTORIA E**  
**PARTICIPAÇÃO**

**Silvia Rossana Silva Santos**

**MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM**  
**CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES**

2014

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**FACULDADE DE DIREITO**



**O CRIME DE INSOLVÊNCIA**  
**DOLOSA:**  
**ALGUNS ASPECTOS DE AUTORIA E**  
**PARTICIPAÇÃO**

Silvia Rossana Silva Santos

Dissertação orientada pela

Professora Doutora Teresa Maria Quintela de Brito Prazeres da Silva

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM  
CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2014

## PRINCIPAIS SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

Cap. – Capítulo

Cfr. – Confira, Confronte

Cit. – Citado, Citada, Cita-se, Citação

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Ed. – Edição, Editora

Fasc. – Fascículo

N.º/N.ºs – Número/números

Org(s). – Organizado/organização/organizadores

PE – Parte Especial

PG – Parte Geral

P. e p. – Previsto e punido

Reimp. – Reimpressão

*StGB – Strafgesetzbuch*

Trad. – Traduzido (de), traduzido (por), tradução

URL – Uniform Resource Relator

Vol(s). – Volume, Volumes

## RESUMO

O presente estudo visa abordar o crime de insolvência dolosa, questão de grande interesse actual e relevância prática.

Não obstante partirmos de uma abordagem geral sobre o ilícito típico em apreço, procurámos essencialmente dar resposta a algumas questões concretas, relacionadas com autoria e participação no crime que ora nos ocupa.

Deste modo, distinguiremos os diferentes regimes comparticipativos consagrados nos 12.º e 28.º, do CP, os quais regulam a tipicidade das condutas de agentes *extranei*.

Concluindo, como veremos, pela aplicação do artigo 12.º, do CP, importa distinguir a sua previsão daquelas outras que se encontram estabelecidas nos n.º 2 e 3 do artigo 227.º, do mesmo diploma.

## PALAVRAS-CHAVE

Insolvência dolosa; bem jurídico; condição objectiva de punibilidade; tipo objectivo; tipo subjectivo; crimes específicos; autoria; participação; devedor; representante; administrador de direito; administrador de facto; terceiro; *intranei*; *extranei*.

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo abordar el delito de la insolvencia fraudulenta, un tema de gran actualidad y interés en la práctica.

Sin embargo dejar un planteamiento general sobre el delito en cuestión, intentamos obtener una solución para ciertas cuestiones relativas a la a la autoría y participación en el delito que ahora nos ocupa.

Así que lo haremos la distinción entre los régimen de comparticipación de los artículos 12.º e 28.º CP, que regulan la tipicidad de los comportamientos de agentes *extranei*.

En conclusión por la aplicación del artículo 12.º, es importante hacer la distinción entre ese precepto e el apartado 2 y 3 del artículo 227.º de la misma ley.

## PALABRAS CLAVE

Insolvencia fraudulenta; bien jurídico; condición objetiva de punición; tipo objetivo; tipo subjetivo; delitos especiales; autoría; participación; deudor; representante; administrador de derecho; administrador de hecho; tercero; *intranei*; *extranei*.

# ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	8
-----------------	---

## PARTE I – EM GERAL, SOBRE O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

<b>1. Evolução histórica</b>	
1.1. Ordenações Filipinas.....	10
1.2. Código Comercial de 1833.....	10
1.3. Código Penal de 1852.....	11
1.4. Código Comercial de 1888.....	11
1.5. Código de falências de 1899.....	12
1.6. Decreto n.º 21758, de 22/10/1932.....	13
1.7. Código Penal de 1982.....	13
<b>2. O crime de insolvência no CIRE.....</b>	<b>14</b>
<b>3. O crime de insolvência dolosa do CP vigente.....</b>	<b>16</b>
<b>4. O bem jurídico protegido.....</b>	<b>17</b>
<b>5. O tipo objectivo de ilícito</b>	
<b>5.1. Qualificação do crime de insolvência dolosa.....</b>	<b>18</b>
5.1.1. O conceito de crime específico.....	19
5.1.1.1. Crimes específicos próprios e impróprios.....	20
5.1.2. O crime em análise: crime específico próprio.....	21
<b>5.2. O agente do crime</b>	
5.2.1. O <i>devedor</i> .....	21
5.2.2. O <i>terceiro</i> .....	22
5.2.3. O <i>administrador ou gerente de facto</i> .....	22
<b>5.3.. A acção típica.....</b>	<b>23</b>
<b>6. O tipo subjectivo de ilícito</b>	
6.1. O dolo.....	24
<b>7. A condição objectiva de punibilidade.....</b>	<b>25</b>

## PARTE II – EM ESPECIAL, ALGUNS ASPECTOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

### CAPÍTULO I

#### DELIMITAÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

<b>1. Distinção entre autoria e participação</b> .....	27
1.1. A teoria formal-objectiva.....	28
1.2. A teoria material-objectiva.....	28
1.3. As teorias subjectivas.....	28
1.4. A teoria do “domínio do facto”: critério dominante.....	29
1.4.1. O critério do “domínio do facto” e os crimes especiais.....	30
<b>2. Fundamento da autoria nos crimes específicos</b>	
2.1. A teoria dos “ <i>Pflichtdelikte</i> ” (crimes especiais como crimes de infracção de dever).....	31
2.2. A teoria da posição jurídico-penal de garante enquanto fundamentadora do crime especial.....	33
2.3. A teoria dos “delitos de posição” <i>versus</i> “delitos especiais de dever”.....	34

### CAPÍTULO II

#### A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA E A TIPICIDADE DA CONDOTA DO *EXTRANEI*: SOLUÇÃO DO ARTIGO 28.º *VERSUS* ARTIGO 12.º DO CÓDIGO PENAL

<b>1. Os artigos 28.º e 12.º do Código Penal como delimitadores jurídicos do núcleo de autores nos crimes específicos</b> .....	36
<b>2. A previsão do artigo 28.º</b>	
2.1. Delimitação do âmbito do artigo 28.º.....	37
2.2. O n.º 2 do artigo 28.º.....	40
2.3. O artigo 28.º e os “crimes de posição especial”.....	42

<b>3. A previsão do artigo 12.º</b>	
3.1. Delimitação do âmbito do artigo 12.º	44
3.2. A alínea <i>a)</i> do artigo 12.º, n.º 1: “crimes especiais de dever”	45
3.3. A alínea <i>b)</i> do artigo 12.º, n.º 1: “crimes egoisticamente estruturados”	47
3.4. O n.º 2 do artigo 12.º e a exigência de um “título de representação”; o conceito de representante	48
<b>4. Comparticipação nos crimes a que se referem os artigos 28.º e 12.º: principais diferenças e relação de mútua exclusão</b>	<b>50</b>

### CAPÍTULO III

#### A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA E A TIPICIDADE DA CONDUTA DO *EXTRANEI* NO CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA: OPÇÃO PELA APLICAÇÃO DO ARTIGO 12.º DO CÓDIGO PENAL

<b>1. A comparticipação criminosa no crime de insolvência dolosa: opção pela aplicação do artigo 12.º, do CP</b>	<b>53</b>
<b>2. O artigo 12.º e a previsão do n.º 2 do artigo 227.º</b>	<b>54</b>
<b>3. O artigo 12.º e a previsão do n.º 3 do artigo 227.º</b>	<b>55</b>
<b>4. Aplicação prática</b>	
4.1. Caso hipotético apresentado por TERESA QUINTELA de BRITO	50
4.1.1. Responsabilidade dos técnicos de contas como actuantes em conformidade com as ordens dos representantes do devedor	53
4.1.2. Responsabilidade dos membros da assembleia-geral enquanto representantes do devedor	54
4.1.3. Responsabilidade dos titulares do órgão de fiscalização	55
<b>CONCLUSÕES</b>	<b>67</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>70</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, fruto essencialmente da actual crise económica e medidas de austeridade, que por sua vez originam uma diminuição do poder de compra e retracção do consumo, proliferam nos Tribunais portugueses pedidos de apresentação à insolvência, quer de pessoas singulares, quer de pessoas colectivas.

As situações patrimoniais desequilibradas, sustentadas em créditos bancários, levam de dia para dia pessoas singulares e empresas a uma impossibilidade de honrar os seus compromissos financeiros, não havendo outra solução que a apresentação à insolvência. Todavia, aquando da avaliação das razões que conduziram a uma determinada situação de insolvência, não raras vezes é notório que, a mesma foi resultado de uma actuação negligente ou mesmo fraudulenta do devedor.

Actuações essas que deverão ter consequências civis (mormente, a nível do CIRE), mas também penais.

Sucedem que, através de uma análise da jurisprudência actual, cedo se chega à conclusão de que muitas dessas insolvências dolosas acabam por fugir ao crivo da responsabilidade penal, talvez por dificuldades ao nível da prova, deixando impunes os seus autores.

Pelo exposto, dúvidas não restam quanto à actualidade e interesse prático do tema que nos propomos a desenvolver.

O Direito da Insolvência pode ser considerado como um complexo de normas jurídicas que tutelam a situação do devedor insolvente e a satisfação dos direitos dos seus credores.

Além da política económica, também o Direito Penal observa com interesse o fenómeno da insolvência e ocupa o seu lugar entre os ramos do direito que o regulam, prevendo e punindo, no CP, os crimes de “insolvência dolosa” (artigo 227.º), “frustração de créditos” (artigo 227.º-A), “insolvência negligente” (artigo 228.º) e favorecimento de credores (artigo 229.º).

O crime objecto do nosso estudo é o crime de “insolvência dolosa”, p. e p. pelo artigo 227.º, do CP.

Como ponto de partida, faremos um enquadramento do crime de insolvência dolosa, analisando, essencialmente, a caracterização do ilícito típico em apreço, o bem jurídico protegido, a acção típica, o tipo objectivo e subjectivo, entre outras questões.

A par de inúmeras outras questões de grande interesse e pertinência que poderiam ser discutidas no âmbito do crime que ora nos ocupa, propomo-nos a analisar, fundamentalmente a questão da comparticipação criminosa e a tipicidade da conduta daqueles agentes a quem falta algum ou alguns dos elementos exigidos pelo tipo de ilícito (*extranei*).

Ora, os crimes específicos, no qual se enquadra o crime de insolvência dolosa, beneficiam de uma especial regulamentação no que concerne à participação criminosa, na medida em que, se um autor de um crime específico só pode ser aquele sujeito que pelo tipo é indicado na medida em que nele se verifica especiais elementos de autoria, dificuldades sobressairão quando surgir outro sujeito, não especialmente qualificado, a praticar, conjuntamente com o sujeito qualificado (originaria ou derivadamente, por via do artigo 12.º), actos materialmente subsumíveis ao tipo.

Nestes termos, cumpre desde logo distinguir os crimes especiais que admitem comissão em lugar de outrem (aos quais se aplica o artigo 12.º, do CP) daqueles a que se aplica o artigo 28.º, ou seja, aqueles que permitem a investidura de um *extraneus* em uma posição jurídica de dever de conteúdo idêntico à do *intraneus* (sujeito tipicamente qualificado), por mero efeito da comparticipação com este.

Ademais, após a apresentação das diferentes soluções consagradas pelos artigos 12.º e 28.º, ambos do CP, é essencial compreender qual valerá, em termos de regime participativo, para o crime de insolvência dolosa.

Concluindo, como veremos, pela aplicação do artigo 12.º, do CP, importa distinguir a sua previsão daquelas que se encontram estabelecidas nos n.º 2 e 3 do artigo 227.º.

Demonstrado o interesse deste tema e deixadas as pistas para a sua análise, avançaremos para o presente estudo que pretende ser o contributo para a discussão sobre algumas questões de autoria e participação no crime de insolvência dolosa.

Escreve-se esta dissertação segundo a ortografia antiga.

Lisboa, 01 de Setembro de 2014.

# PARTE I – EM GERAL, SOBRE O CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA

## 1. Evolução histórica

O crime de insolvência dolosa recebeu, ao longo da evolução do direito civil e penal, tratamentos diversos, pelo que cumpre fazer uma resenha histórica dos mesmos, seguindo as orientações de PEDRO CAEIRO<sup>1</sup>.

### 1.1. Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas regulamentavam o tema no Livro V, título 66, sob a epígrafe “Dos Mercadores que quebram: E dos que se levantam com fazenda alheia”. Este título tratava essencialmente das questões dos mercadores, da sua falência e da quebra dos seus compromissos que era regulamentada por uma norma onde se descreviam todas as acções típicas desse tipo de crime<sup>2</sup>.

### 1.2. Código Comercial de 1833

Artigo 1149.º

*É fraudulenta a quebra, em que se verificar alguma das seguintes circunstâncias:*

- 1.º *Se se descobrir despesas ou perdas fictícias, ou não se justificar o emprego de todas as receitas;*
- 2.º *Se se ocultar no balanço qualquer soma de dinheiro, dívida ou mercadoria, géneros, ou quaisquer bens móveis;*
- 3.º *Se se achar que fizera vendas, negociações ou doações fingidas;*
- 4.º *Que contraíra dívidas fictícias, escrituras simuladas, ou se constituíra devedor sem causa, ou valor, quer por escritura pública, quer particular;*
- 5.º *Se sendo mandatário ou depositário aplicou em proveito próprio, e em prejuízo do mandato ou depósito os fundos ou valor dos objectos destes contratos;*
- 6.º *Se comprou bens de raíz ou efeito móveis em nome de terceira pessoa;*

---

<sup>1</sup> PEDRO CAEIRO, *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, a Falência, a sua Incriminação e a Reforma Dela)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 317-323.

<sup>2</sup> Para leitura do preceito por completo, veja-se PEDRO CAEIRO, *Idem*, cit., pp. 317-319.

7.º *Se ocultar os livros comerciais, ou não os tiver, ou os apresentar truncados falseados.*

#### Artigo 1151.º

*Os falidos culposos, e os fraudulentos serão punidos conforme a direito pelos respectivos júzcos criminais. A sentença do tribunal de comércio remetida pelo seu presidente ex officio servirá de base e corpo de delito à acusação pela justiça, e nela se seguirá o processo marcado na lei.*

#### Artigo 1153.º

*O comerciante que se alevantar com fazenda alheia será processado sem privilégio algum, e nos termos ordinários, pelo júzco criminal competente.*

### **1.3. Código Penal de 1852**

#### **Capitulo II. Das quebras, burlas e outras defraudações**

#### Artigo 447.º

*Aqueles que nos casos previstos pelo Código Comercial, forem julgados ter cometido o crime de quebra fraudulenta, serão punidos com o degredo para toda a vida. Se a quebra for julgada culposa, a pena será a de prisão correccional. A mesma pena será aplicada aos cúmplices.*

#### Artigo 449.º

*Todo o devedor não comerciante que se constituir em insolvência, ocultando ou alheando maliciosamente os seus bens, será punido com prisão de três meses a três anos.*

### **1.4. Código Comercial de 1888**

#### Artigo 736.º

*A quebra é casual, quando o falido, tendo procedido na gerência do seu comércio com honrada solicitude, foi forçado a cessar pagamentos por causa independente da sua vontade.*

#### Artigo 737.º

*A quebra é culposa quando proveniente de manifesta incúria, desleixo ou prodigalidade do falido, ou quando este haja deixado de cumprir os preceitos ou as formalidades que a lei impõe para a inteira regularidade da escrituração e das transacções comerciais.*

*§ único. A presunção de culpa, resultante da falta de apresentação voluntária no tribunal no decêndio posterior à cessação dos pagamentos ou ao reconhecimento da insolvabilidade, só pode ser ilidida por prova inequívoca de legítimo e ininterrompido impedimento claramente alegado e concludentemente demonstrado.*

#### Artigo 738.º

*A quebra é fraudulenta, sempre que o falido, conhecendo da insuficiência do seu activo para solução das suas responsabilidades, pagar a quaisquer credores ou lhes facultar meios de obterem preferência sob outros.*

*§ único. É sempre elemento constitutivo de fraude na quebra, e não de mera culpa, a celebração de qualquer acto ou contrato simulado ou feito em prejuízo de terceiro, ou criminoso por algum outro motivo, como são por exemplo, o levantamento de capitais por letras ditas de favores, a compra para revenda imediata com prejuízo antes de pago o preço, e outras abusivas práticas contrárias à boa-fé própria e indispensável ao comércio.*

#### Artigo 741.º

*A sentença da classificação da falência aplicará ao falido as penas que couberem ao caso, segundo o código penal e mais leis vigentes, sendo executória como criminal, que igualmente fica sendo (...).*

### **1.5. Código de falências de 1899**

#### Artigo 142.º

*A falência é casual, quando o falido, tendo procedido na gerência do seu comércio com honrada solícitude, foi forçado a cessar pagamentos por causa independente da sua vontade.*

#### Artigo 143.º

*A falência é culposa quando proveniente de incúria, imprudência ou prodigalidade manifestas do falido; quando este tenha consumido grande parte do seu património em jogo de azar; e quando o falido tenha deixado de cumprir os preceitos ou formalidades*

*que a lei impões para regularidade da escrituração e das transacções comerciais, salvo se a exiguidade do comércio e a falta de habilitações literárias rudimentares do falido o revelarem do não cumprimento daqueles preceitos.*

*§ 1.º O banqueiro que cessa pagamento presume-se falência culposa, salvo defesa legítima.*

*§ 2.º A presunção de culpa resultante da falta de apresentação voluntária ao tribunal no decêndio a que se refere o Artigo 6.º, só pode ser ilidida provando-se legítimo impedimento.*

#### Artigo 117.º

*O concordato, que cair em falência antes de pagar aos credores as respectivas percentagens, justificará a regular aplicação dada aos valores constantes do balanço apresentado com a concordata, sob pena de a falência ser declarada fraudulenta.*

#### Artigo 144.º

*A falência é fraudulenta, além do caso do artigo 117.º, quando o falido conhecendo a insuficiência do seu activo para a solução das suas responsabilidades, pague a quaisquer credores ou lhes faculte meios de obterem vantagem sobre os outros; quando haja descrição de crédito fictícios ou omissão dolosa do activo nos seus balanços; quando com o fim de evitar ou retardar falência, tenha feito compra de mercadorias a crédito com intenção de revendê-las, antes de as ter pago, por preço inferior ao corrente, se tal revenda se efectuou; e, em geral, quando se celebrem actos ou contratos simulados, falsamente datados, ou por qualquer outra forma praticados de má-fé pelo falido em prejuízo dos credores.*

*§ único A insolvência dos correctores presumir-se-á sempre fraudulenta*

### **1.6. Decreto n.º 21758, de 22/10/1932**

#### Artigo 20.º

*A insolvência será casual quando devida a causas estranhas à vontade do insolvente e fraudulenta quando houver sido motivada por jogo de fortuna e azar, por manifesta prodigalidade, ou quando se verifiquem actos simulados, falsamente datados, ou de qualquer forma praticados de má-fé em prejuízo dos credores.*

### **1.7. Código Penal de 1982**

## Artigo 325.º

(Falência dolosa)

1 - *O devedor comerciante que com a intenção de prejudicar os seus credores:*

*a) Destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património;*

*b) Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando objectos, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, particularmente por meio de contabilidade inexacta ou de falso balanço;*

*c) Para retardar a falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente;*

*será punido, se vier a ser declarado em estado de falência, com prisão até 5 anos.*

2 - *A mesma pena será aplicada ao concordado que não justificar a regular aplicação dada aos valores do activo existentes à data da concordata.*

3 - *Qualquer terceiro que, com conhecimento do devedor ou em seu benefício, praticar os factos referidos no n.º 1 deste artigo, se o estado de falência vier a ser declarado, será punido com prisão até 2 anos.*

## **2. O crime de insolvência no CIRE**

Pese embora, no presente estudo, nos debrucemos sobre uma análise penal do crime de insolvência dolosa, cumpre fazer referência ao preceito estabelecido no CIRE (Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março) para os casos de insolvência culposa:

## Artigo 186.º

Insolvência culposa

1 - *A insolvência é culposa quando a situação tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito ou de facto, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência.*

2 - *Considera-se sempre culposa a insolvência do devedor que não seja uma pessoa singular quando os seus administradores, de direito ou de facto, tenham:*

*a) Destruído, danificado, inutilizado, ocultado, ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património do devedor;*

- b) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, causando, nomeadamente, a celebração pelo devedor de negócios ruinosos em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas;*
- c) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação;*
- d) Disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiros;*
- e) Exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, se for o caso, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa;*
- f) Feito do crédito ou dos bens do devedor uso contrário ao interesse deste, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto;*
- g) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência;*
- h) Incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor;*
- i) Incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer referido no n.º 2 do artigo 188.º*

*3 - Presume-se a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:*

- a) O dever de requerer a declaração de insolvência;*
- b) A obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial.*

*4 - O disposto nos n.os 2 e 3 é aplicável, com as necessárias adaptações, à actuação de pessoa singular insolvente e seus administradores, onde a isso não se opuser a diversidade das situações.*

*5 - Se a pessoa singular insolvente não estiver obrigada a apresentar-se à insolvência, esta não será considerada culposa em virtude da mera omissão ou retardamento na apresentação, ainda que determinante de um agravamento da situação económica do insolvente.*

### **3. O crime de insolvência dolosa do CP vigente**

O crime de insolvência dolosa, p. e p. pelo artigo 227.º, do CP está inserido na PE, no Capítulo IV respeitante aos crimes contra o património. Pela própria sistematização do Código e pelo lugar ocupado por este crime, torna-se claro que o artigo em apreço visa essencialmente proteger o património dos credores. O tipo objectivo deste crime consiste na prática de actos que dêem origem a uma diminuição real ou fictícia do património do devedor com a intenção de prejudicar os credores.

É esta a redacção do artigo 227.º, do CP<sup>3</sup>:

#### **Artigo 227.º**

*1 - O devedor que com intenção de prejudicar os credores:*

*a) Destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património;*  
*b) Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida;*

*c) Criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros; ou*

*d) Para retardar falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente;*

*é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.*

*2 - O terceiro que praticar algum dos factos descritos no n.º 1 deste artigo, com o conhecimento do devedor ou em benefício deste, é punido com a pena prevista nos números anteriores, conforme os casos, especialmente atenuada.*

*3 - Sem prejuízo do disposto no artigo 12.º, é punível nos termos dos n.ºs 1 e 2 deste artigo, no caso de o devedor ser pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva e houver praticado algum dos factos previstos no n.º 1.*

---

<sup>3</sup> Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com as alterações introduzidas ao artigo *sub judice* pela Lei n.º 65/98, de 02/09 e pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18/03.

#### 4. O bem jurídico protegido

A definição do bem jurídico protegido pelo crime de insolvência dolosa não é pacífica na nossa doutrina.

Com efeito, segundo PEDRO CAEIRO<sup>4</sup> o bem jurídico protegido por esta norma é o património da pessoa e não da economia ou a confiança nas relações comerciais, porquanto não lhe é possível adscrever valências de «protecção directa de bens supra-individuais».

Num sentido contrário, MARIA FERNANDA PALMA<sup>5</sup>, transfere o bem jurídico protegido para um plano supra-individual, sustentando que a incriminação em apreço não tem como fim a protecção dos direitos patrimoniais dos credores, atenta a proibição da aplicação das sanções penais por dívidas, mas antes as actuações lesivas da economia do crédito ou até da economia em geral.

PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>6</sup>, por sua vez, entende que o bem jurídico dogmaticamente apresentado nos crimes falenciais será, por um lado, o património dos credores (pelo que são verdadeiros e próprios crimes patrimoniais), por outro, a «economia creditícia em geral ou a confiança nas relações comerciais» (com o que passaram, segundo o Autor, a ser vistos mais como crimes económicos). De acordo com o Autor, que apela a um misto de bom funcionamento entre a economia creditícia e a tutela do património dos credores, há que ter em conta o facto de os comerciantes «assentarem a sua actividade no crédito e na pontualidade» com que devem honrar os seus compromissos, o que leva a uma obrigatória tutelada da situação daqueles que, deixando de ter capacidade para honrar pontualmente as suas obrigações, violem uma «regra fundamental do sistema da confiança entre comerciantes». Conclui PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>7</sup> a «situação deficitária» que prejudica os direitos dos que tenham concedido crédito ao comerciante também os constitui no direito de, em condições de igualdade com todos os demais prejudicados, se verem ressarcidos do seu crédito

---

<sup>4</sup> Anotações aos artigos 227.º e 229.º, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 407-408.

<sup>5</sup> «Aspectos penais da insolvência e da falência», *RFDUL*, vol. XXXVI (1995), n.º 2, p. 402.

<sup>6</sup> «Fraudes, sistema bancário e falências. Notas sumárias», AA. VV., *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 672-673.

<sup>7</sup> *Idem*, cit., pp. 673-674.

Também a este propósito se pronunciou o Tribunal da Relação do Porto, no Ac. de 17/10/2012<sup>8</sup> entendendo que no crime a que respeita o artigo 227.º, do CP «pretende-se tutelar directamente o património dos credores ou então e para se ser mais preciso o direito ao crédito por parte destes, como de resto se pode constatar do preceituado no CIRE, mais precisamente no seu artigo 1.º ao instituir que o processamento de insolvência é “um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores”. Mas isto sem que se possa esquecer que através deste mesmo ilícito se pretende proteger, ainda que mediatamente, o correcto funcionamento da economia de mercado, como peça fundamental do sistema socioeconómico.»

Por tudo isto, pese embora o crime sobre o qual nos debruçamos se encontrar plasmado, na Parte Geral do Código Penal, no capítulo correspondente aos “crimes contra o património”, deve se entender que o bem jurídico por ele salvaguardado deve ir além do património dos credores.

Ainda a este propósito, e fazendo uma comparação com o ordenamento jurídico-penal espanhol, de referir ainda a definição de bem jurídico preconizada por FRANCISCO MUÑOZ CONDE<sup>9</sup> a propósito das insolvências puníveis, previstas nos artigos 257.º e seguintes do CP espanhol. De acordo com o Autor, o bem jurídico comum a todas as insolvências puníveis é o «crédito do credor ou credores» que se traduz no direito a uma satisfação que têm sobre o património do devedor em caso de este incumprir com as suas obrigações. Acrescenta que a responsabilidade do devedor só pode derivar de uma obrigação realmente existente, nunca de um «título executório formalmente válido mas que tenha por base uma obrigação inexistente».

## **5. O tipo objectivo de ilícito**

### **5.1. Qualificação do crime de insolvência dolosa**

O crime de insolvência dolosa, p. e p. pelo artigo 227.º, do CP está inserido na PE, no Capítulo IV respeitante aos crimes contra o património. Pela própria sistematização do Código e pelo lugar ocupado por este crime, torna-se claro que o artigo em apreço visa essencialmente proteger o património dos credores. O tipo objectivo deste crime

---

<sup>8</sup> Ac. TRP de 17/10/2012 (Relator Joaquim Gomes), processo n.º 833/03.6, URL: <http://www.dgsi.pt>

<sup>9</sup> *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª edição, Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 457-458.

consiste na prática de actos que dêem origem a uma diminuição real ou fictícia do património do devedor com a intenção de prejudicar os credores.

É esta a redacção do artigo 227.º, do CP<sup>10</sup>:

### **Artigo 227.º**

1 - *O devedor que com intenção de prejudicar os credores:*

a) *Destruir, danificar, inutilizar ou fizer desaparecer parte do seu património;*

b) *Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida;*

c) *Criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros; ou*

d) *Para retardar falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente;*

*é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.*

2 - *O terceiro que praticar algum dos factos descritos no n.º 1 deste artigo, com o conhecimento do devedor ou em benefício deste, é punido com a pena prevista nos números anteriores, conforme os casos, especialmente atenuada.*

3 - *Sem prejuízo do disposto no artigo 12.º, é punível nos termos dos n.ºs 1 e 2 deste artigo, no caso de o devedor ser pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva e houver praticado algum dos factos previstos no n.º 1.*

#### **5.1.1. O conceito de crime específico**

Na definição de ROXIN<sup>11</sup>, são delitos específicos aqueles em que só pode ser autor quem reúna uma determinada qualidade («qualificação de autor»). Regra geral essa

---

<sup>10</sup> Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, com as alterações introduzidas ao artigo *sub judice* pela Lei n.º 65/98, de 02/09 e pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18/03.

<sup>11</sup> CLAUS ROXIN, *Derecho Penal: Parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (tradução: Diego-Manuel Luzón Peña et al. do original alemão *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.ª ed., Auflage Beck: München, 1994), Madrid: Civitas Ediciones, 2006, 3.ª reimp. (1.ª ed.: 1997), p. 338.

qualidade consiste numa posição de dever extra-penal, sendo, por conseguinte, a infracção desse dever especial de que o agente se encontra investido que fundamenta a autoria. Motivo pelo qual, entende o autor que tais crimes deveriam ser designados por «crimes de infracção de dever».

Num outro sentido, JAKOBS<sup>12</sup>, pese embora entenda, igualmente, que todos os crimes específicos constituem crimes de infracção de dever, não segue a ideia do dever oriundo de normal extra-penal, formulado por ROXIN. Segundo JAKOBS, a autoria assenta aqui no estatuto de que o agente está investido e que gera na sociedade legítimas expectativas de actuação.

Entre nós, JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>13</sup> afirma que em todos os crimes específicos «decisivo é, em último termo, o dever especial que recai sobre o autor, não a posição do autor de onde este dever resulta». No mesmo sentido, defende HENRIQUE SALINAS MONTEIRO<sup>14</sup> que a base definidora dos crimes especiais é o «dever específico, que só vincula certas pessoas e cuja violação é sancionada penalmente no tipo respectivo», acrescentando que «daqui resulta, necessariamente, uma restrição do círculo de possíveis agentes àqueles que se encontrem vinculados ao dever específico».

#### **5.1.1.1. Crimes específicos próprios e impróprios**

No âmbito dos crimes específicos, é comum fazer-se ainda a distinção entre crimes específicos próprios ou puros e impróprios ou impuros. De acordo com a definição preconizada por JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>15</sup> «nos primeiros, a qualidade especial do autor ou o dever que sobre ele impende *fundamentam* a responsabilidade (...) Nos segundos, a qualidade do autor ou o dever que sobre ele impende não servem para fundamentar a responsabilidade, mas unicamente para a *agravar*».<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., corrigida (tradução: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo do original alemão *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991), Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 266 e 276.

<sup>13</sup> JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (1.ª edição 2004), pp. 303-305.

<sup>14</sup> HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A participação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 13 e 16.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> No mesmo sentido, ROXIN, entende que nos delitos específicos próprios ou puros o elemento especial da autoria opera fundamentando a pena, ou seja, a prevaricação só é possível pelas pessoas elencadas no tipo específico em apreço. Por seu turno, nos delitos específicos impróprios ou impuros o elemento do autor só opera agravando a pena (cf. CLAUS ROXIN - *Derecho Penal: Parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 338).

Pelo que, e segundo HENRIQUE SALINAS MONTEIRO<sup>17</sup>, enquanto nos crimes próprios ou puros o facto de o agente não estar vinculado ao dever especial conduzirá à sua impunidade, «em virtude da atipicidade do seu comportamento», nos crimes impróprios ou impuros «existe um tipo *comum* ou *básico*, no qual é subsumível, em qualquer caso, a conduta do *extraneus*.

### **5.1.2. O crime em análise: crime específico próprio**

Aqui, o dever específico assenta, nas palavras de TERESA QUINTELA de BRITO<sup>18</sup>, na «exigência de determinadas qualidades pessoais às quais se liga a titularidade de deveres especiais que fundamentam ou agravam o conteúdo de ilícito do facto», *in casu*, a qualidade de devedor.

Ora, na medida em que só pode ser praticado por aqueles que tenham a qualidade exigida pelo tipo (qualidade de *devedor*), o crime em apreço, tal como todos os outros crimes falenciais, constitui um crime específico próprio.

Segundo PEDRO CAEIRO<sup>19</sup> o crime de insolvência dolosa, p.p. pelo artigo 227.º, do CP, constitui um crime específico próprio, uma vez que só pode ser praticado por «um devedor cuja insolvência possa ser objecto de reconhecimento judicial. Mais acrescenta o Autor que, o actual n.º 2 do artigo 227.º, ao punir um terceiro que pratique as condutas previstas no n.º 1 com o conhecimento do devedor ou em benefício deste, não vem desconsiderar aquela qualificação, porquanto é a referência ao “conhecimento do devedor ou em benefício deste” que não permite qualificar o crime *sub judice* como crime específico impróprio, em que a qualidade de devedor prevista no n.º1 relevaria apenas para a agravação da responsabilidade.

Não obstante a sua definição como crime específico próprio, o crime de insolvência dolosa poderá ainda ser definido como um “crime especial de dever”. Sobre esta temática nos debruçaremos na PARTE II, Capítulos II e III do presente estudo.

## **5.2. O agente do crime**

### **5.2.1. O devedor**

---

<sup>17</sup> *Ideml*, cit., pp. 18 e 104.

<sup>18</sup> TERESA QUINTELA de BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. II, Dissertação de Doutoramento, n.p., Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, p. 1502.

<sup>19</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., p. 408.

Devedor é, nas palavras de PEDRO CAEIRO<sup>20</sup>, «todo o centro de imputação que se encontra obrigado a efectuar uma prestação (normalmente – mas não necessariamente – pecuniária) a terceiros». Portanto, este conceito é «co-determinado» pelo conjunto de pessoas que possam vir a ser declaradas insolventes, as quais podem ser singulares ou colectivas.

No caso das pessoas colectivas, a qualidade de devedor pode repercutir-se nas pessoas humanas que pratiquem as condutas típicas como titulares dos órgãos ou como seus representantes, nos termos do artigo 12.º, do CP. A este propósito, refira-se a opinião de MARIA FERNANDA PALMA<sup>21</sup> que deixa clara a exigência de que o titular ou representante pratique os actos ilícitos sobre o património do representado e que a conduta típica se inscreva, em abstracto, nos especiais poderes que tal titularidade ou representação que atribui. Sendo difícil, segundo a Autora, distinguir o interesse pessoal do titular do órgão e o da pessoa colectiva, «sobretudo se a pessoa colectiva existir com uma função de mera libertação de responsabilidade do património», e não bastando a «mera convicção de que se está a agir no interesse da pessoa colectiva», bastará existir sempre, pelo menos, uma «aparência de representação ou de actuação como titular de órgão de pessoa colectiva».

A questão das representações em lugar de outrem, previstas no artigo 12.º, serão retomadas na PARTE II da presente dissertação.

### **5.2.2. O terceiro**

O n.º 2 do artigo 227.º, do CP, prevê expressamente a punição do terceiro que praticar as condutas descritas “com o conhecimento do devedor ou em benefício deste”. Este condicionamento de preenchimento do tipo mostra, conforme já referimos e como bem nota PEDRO CAEIRO, que o crime de insolvência dolosa não é um crime específico impróprio. Retomaremos esta temática na PARTE II, Capítulo III, Ponto 2.

### **5.2.3. O administrador ou gerente de facto**

No seu n.º 3, o artigo 227.º, do CP, passou a prever, com a reforma de 1998<sup>22</sup> a punibilidade, nos termos dos n.ºs 1 e 2, do mesmo diploma, daqueles que, “no caso de o devedor ser pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto” tiverem “exercido

---

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> «Aspectos penais da insolvência e da falência», cit., p. 412.

<sup>22</sup> Alteração ao artigo introduzida pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva”. Este assunto será igualmente retomado na PARTE II, Capítulo III, ponto 3.

### **5.3. A acção típica**

Conforme se deixou dito, o tipo objectivo deste crime consiste na prática de actos que dêem origem a uma diminuição real ou fictícia do património do devedor com a intenção de prejudicar os credores.

A norma incriminadora elenca as várias acções típicas que o agente pode realizar para ser alvo da punição prevista no dispositivo legal em apreço. PEDRO CAEIRO<sup>23</sup> reconduz as modalidades de acção típica a quatro grupos:

a) «Condutas que provocam uma diminuição real do património» [alínea a) do n.º 1 do artigo 227.º, do CP];

Estas condutas reconduzem-se à destruição, danificação, inutilização ou causação do desaparecimento de parte do património. Com elas, o devedor deprecia com relevância o valor do seu património, causando, por essa via, uma situação de insolvência.

b) «Condutas que provocam uma diminuição fictícia do património líquido» [alíneas b) e c) do mesmo preceito];

Estas condutas são:

i) A diminuição fictícia do activo através:

- Da dissimulação de coisas: o que se pode conseguir de forma material (sonogando-se fisicamente os bens à acção dos credores) ou de forma jurídica (com recurso à sua alienação simulada);
- Da invocação de dívidas supostas;
- Do reconhecimento de créditos fictícios: tanto esta como anterior ocorrerão, via de regra, no momento em que, nos meios judiciais, se averigua da solvabilidade do devedor;
- Do incitamento de terceiros a apresentar créditos fictícios;

---

<sup>23</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., pp. 412-420. Na obra em apreço, o Autor refere cinco grupos, porém, um deles já não tem aqui relevância uma vez que se reportava a um preceito entretanto excluído da norma do artigo 227.º.

- Da simulação, por qualquer forma, de uma situação patrimonial inferior à realidade, como forma de diminuição do activo;
- Da diminuição fictícia do património conseguida através da não organização da contabilidade devida;

ii) A criação ou agravação artificiais de prejuízos os redução artificial de lucros.

c) «Conduitas que visam ocultar uma situação de crise conhecida do devedor» [alínea d)]  
Nesta modalidade, afirma PEDRO CAEIRO<sup>24</sup>, a consumação do crime dá-se com a compra de mercadorias, «não sendo necessário que o agente venha efectivamente a vendê-las ou utilizá-las em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente», aqui basta que as compre com o objectivo de retardar a falência (elemento subjectivo da ilicitude);

d) A prática de uma das condutas referidas no n.º 1 por um terceiro, com o conhecimento do devedor ou em benefício deste (n.º 2 do artigo 227.º).

## **6. O tipo subjectivo de ilícito**

### **6.1. O dolo**

No que ao tipo subjectivo diz respeito, este tipo de ilícito afigura-se como exclusivamente doloso, admitindo qualquer uma das modalidades de dolo<sup>25</sup>.

O dolo vai sempre abarcar, numa relação de causalidade, a conduta que se visa incriminar e também a causação da crise económica (resultado típico) com a intenção de prejudicar os credores, no caso das alíneas *a*), *b*) e *c*), ou a situação de prévia crise económica, no caso da alínea *d*). O agente tem de representar, pelo menos a título de dolo eventual, quer a conduta típica, quer a causação da crise económica

O dolo assume duas vertentes: o elemento intelectual (a consciência em realizar certo tipo de crime) e o elemento volitivo (a vontade de agir).

Num tipo de ilícito, há ainda que distinguir entre aquele que é o elemento subjectivo comum a todos os ilícitos (o dolo) e os elementos subjectivos específicos de vários tipo legais.

---

<sup>24</sup> *Idem*, cit., p. 416.

<sup>25</sup> Assim, PEDRO CAEIRO, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., pp. 422-423.

No crime de insolvência dolosa, além do dolo do facto, podemos considerar também a existência de elementos subjectivos específicos, ou seja, as intenções, as motivações que levaram o agente a praticar determinados actos. São elas:

- a) A “intenção de prejudicar os credores” (logo prevista no n.º 1 do artigo);
- b) A intenção de “vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente” as mercadorias compradas a crédito e a intenção de retardar o reconhecimento judicial da insolvência (alínea *d*) do n.º);
- c) E, a intenção de beneficiar o devedor, prevista no n.º 2 do artigo.

Pelo facto de a punibilidade estar sempre dependente da intenção por parte do agente de prejudicar os credores, nas situações em que as insolvências ocorrem por outros motivos (v.g. desemprego, crise económica, diminuição do poder de compra, retracção do consumo e outros motivos de mercado), não pode ser imputado este crime ao devedor.

Quando a situação de insolvência ocorre por outros motivos, como sejam crise económica, baixa procura, aumento dos custos de produção não pode ser imputado este crime ao devedor uma vez que a insolvência ocorreu por motivos normais de mercado.

## **7. A condição objectiva de punibilidade**

A punibilidade está dependente do reconhecimento judicial da situação de insolvência. Condições objectivas de punibilidade são elementos que pressupõem um comportamento típico, antijurídico e culposo tendo por missão restringir a punibilidade. São circunstâncias adicionais que operam como factores excepcionalmente agregados aos elementos objectivos e subjectivos do tipo de crime.

É a circunstância que se encontra fora do tipo do injusto e da culpabilidade, ou seja, são elementos exteriores ao facto e circunstâncias estabelecidas pela lei, mas de cuja existência depende a punibilidade do facto.

Na verdade, afirma PEDRO CAEIRO<sup>26</sup> é o reconhecimento judicial da insolvência que evidencia a insatisfação dos credores.

A este propósito, há que fazer referência ao Ac. do Tribunal da Relação de Évora<sup>27</sup> que entendeu que: «a condição objectiva de punibilidade constitui circunstância extrínseca

---

<sup>26</sup> *Idem*, cit., p. 425.

<sup>27</sup> Ac. TRE de 26/02/ 2013 (Relatora Maria Isabel Duarte), processo n.º 9/06.0, URL: <http://www.dgsi.pt>

ao delito, que não interfere na configuração típica deste. (...) A sentença declaratória de insolvência funciona como condição objectiva de punibilidade do crime de insolvência dolosa p. e p. pelo art. 227.º do Código Penal. (...) O momento relevante para determinar a lei aplicável é o que corresponde ao do desaparecimento dos bens do devedor, e não o do trânsito da sentença que declarou a insolvência.»

O Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Ac. TRP de 02/10/ 2013 (Relatora Cacilda Sena), processo n.º 253/05.8, URL: <http://www.dgsi.pt>

## PARTE II – EM ESPECIAL, ALGUNS ASPECTOS DE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Dissemos já que o crime de insolvência dolosa, p. e p. pelo artigo 227.º, do CP é um crime específico próprio.

Os crimes específicos, beneficiam de uma especial regulamentação no que concerne à participação criminosa. Uma vez que, se um autor de um crime específico só pode ser aquele sujeito que pelo tipo é indicado (*intraneus, in casu*, o devedor), na medida em que nele se verifica especiais elementos de autoria, dificuldades sobressairão quando surgir outro sujeito, não especialmente qualificado (*extraneus*), a praticar, conjuntamente com o sujeito qualificado, actos materialmente subsumíveis ao tipo. Iguais problemas eclodem se, em vez de a actividade ser levada a cabo pelo sujeito dotado de especiais qualidades ou relações, for materialmente desenvolvida pelo representante daquele sujeito idóneo (devedor) em comparticipação<sup>29</sup> com um *extraneus* (v.g. um subalterno do devedor ou do seu representante).

### CAPÍTULO I DELIMITAÇÃO ENTRE AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

#### 1. Distinção entre autoria e participação

Havendo uma pluralidade de agentes na realização de um facto criminoso, necessário se torna qualificar os intervenientes consoante o papel desempenhado por cada um na execução criminosa. Pelo que, nos casos de comparticipação, importa distinguir quem é autor da realização ilícita típica e quem dela apenas participa.

Previamente a uma análise sobre qual o fundamento da autoria dos crimes específicos em concreto, nos quais se enquadra o crime de insolvência dolosa, cumpre fazer a

---

<sup>29</sup> Apesar de, segundo JORGE de FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal. Parte geral*, cit. p. 756, nota de rodapé n.º 1) a distinção entre “comparticipante” e “participante” apresentar um «valor puramente convencional», certo é que tem assumido «foros de cidadania na doutrina penal portuguesa». Assim, «são “comparticipantes” todos aqueles agentes que, em caso de pluralidade, intervêm no facto» e «são “participantes” os comparticipantes que não são autores.

distinção entre autoria e participação. Para tal, recorreremos às soluções que têm sido apresentadas pela doutrina como critério de determinação da autoria criminosa.

### **1.1. A teoria formal-objectiva**

De acordo com esta concepção, «autor é todo aquele que executa, total ou parcialmente, a conduta que realiza o tipo (de ilícito)»<sup>30</sup>.

JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>31</sup> entende que se trata de uma teoria que não é suficientemente clara para definir um critério prático-normativo de autoria, na medida em que não concretiza o que se deve entender por “executar o facto”, sendo, por isso, necessário «determinar que elementos do comportamento assumem relevo para a distinção e porquê». Nesse sentido surgiram as chamadas teorias material-objectivas.

### **1.2. A teoria material-objectiva**

Uma concepção largamente aceite ao longo dos anos foi a “teoria unitária de autoria”, nos termos da qual, nas palavras de JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>32</sup> seria autor «aquele que de uma qualquer forma executa o facto na acepção de que oferece uma contribuição causal para a realização típica, seja qual for a sua importância ou o seu significado». Prossegue o Autor: «diferenças intercedentes entre os diversos contributos causais só podem relevar para efeito de medida concreta da pena, mas não devem assumir significado dogmático ou prático-normativo para quaisquer outros efeitos (conceito extensivo de autor)».

FIGUEIREDO DIAS<sup>33</sup> critica esta teoria na medida em que esta não se coaduna com a actual lei que prevê no seu artigo 27.º, do CP, a cumplicidade que não constitui uma forma de autoria, como aliás é visível pela sua inclusão pelo legislador no artigo 27.º, portanto, à parte das diversas formas de autoria reguladas no artigo 26.º, do CP.

### **1.3. As teorias subjectivas**

Em resultado da falha das teorias objectivas, assentes na categoria da causalidade e defensoras de um conceito extensivo de autor, procurou-se no lado subjectivo do crime um fundamento para a autoria.

---

<sup>30</sup> Assim, JORGE de FIGUEIREDO DIAS (*Idem*, cit. p. 759).

<sup>31</sup> *Direito Penal. Parte geral*, cit. pp. 759-760.

<sup>32</sup> *Idem*, cit. p. 760.

<sup>33</sup> *Idem*, cit. pp. 760-764.

De acordo com as teorias subjectivas e seguindo, uma vez mais, as palavras de JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>34</sup>, autor seria «quem realiza o facto com vontade de autor (com *animus auctoris*), e participante quem colabora no facto de outrem com vontade de participe (com *animus socii*)». O Autor rejeita igualmente esta teoria entendendo que o sentimento do agente não pode relevar como critério de autoria, por outras palavras, não é por alguém se sentir autor que tal qualidade lhe deve ser atribuída<sup>35</sup>.

#### **1.4. A teoria do “domínio do facto”: critério dominante**

Esta teoria, desenvolvida por CLAUD ROXIN, constitui actualmente o critério dominante para a delimitação da autoria nos crimes dolosos de acção. De acordo com esta concepção, Autor é «quem domina o facto, quem dele é “senhor”, quem toma a execução “nas suas próprias mãos” de tal modo que dele depende decisivamente o se e o como da realização típica; nesta precisa acepção se podendo afirmar que o autor é a figura central do acontecimento»<sup>36</sup>. Este princípio combina elementos objectivos e subjectivos na medida em que o autor tem não só o domínio objectivo do facto, mas também a vontade em o dominar, numa unidade de sentido objectivo-subjectiva.

Segundo ROXIN, o “domínio do facto” exercido pelo agente criminoso pode acontecer de diferentes formas e fundar diferentes modalidades de autoria: o domínio da acção por parte do autor imediato que executa a acção típica, o domínio da vontade do executante por parte do autor mediato que dele se serve como instrumento de realização típica, e, o domínio funcional do facto que constitui o sinal próprio do co-autor que decide e executa o facto em conjunto com outro ou outros<sup>37</sup>. A estas modalidades de autoria, JORGE de FIGUEIREDO DIAS acrescenta uma quarta figura, à qual corresponderia uma outra forma de domínio do acontecimento criminoso pelo agente: aquela em que o homem de trás detém o domínio do facto em virtude de dominar a decisão do homem da frente, ou seja, aquele que determina outra pessoa à prática de um facto ilícito doloso

---

<sup>34</sup> *Idem*, cit., p. 764.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Palavras de JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *Idem*, cit., pp. 765-766.

<sup>37</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Idem*, cit. pp. 765-768 e SUSANA AIRES de SOUSA, «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», MANUEL da COSTA ANDRADE/MARIA JOÃO ANTUNES/SUSANA AIRES de SOUSA (Orgs.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor JORGE de FIGUEIREDO DIAS*, Vol. II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 1012-1013; e, da mesma Autora, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15 (2005), n.º 3, pp. 345-346.

deve também qualificar-se como autor, nos termos e para os efeitos do artigo 26.º, do CP<sup>38</sup>.

#### **1.4.1. O critério do “domínio do facto” e os crimes especiais**

Como bem observa JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>39</sup>, o critério do “domínio do facto” como princípio normativo da categoria da autoria só foi pensado e deve ser aplicado aos crimes dolosos de acção. Estão fora do campo da sua aplicação os crimes negligentes porquanto o “domínio do facto” exige um controlo do acontecimento pela vontade do agente, o que não acontece neste tipo de crimes. Excluídos ficam também os crimes de omissão na medida em que nestes o agente não executa nem dirige a execução da acção esperada.

Como bem nota FIGUEIREDO DIAS<sup>40</sup>, complexos problemas surgirão, ainda, nos casos em que os tipos de ilícitos dolosos de acção exigem não apenas o dolo do agente, mas elementos adicionais. Situação que acontece nos crimes específicos, em que sobre o autor recai uma qualidade ou relação especial, o que acontece com o crime que ora nos ocupa em que é exigida a qualidade de *devedor*. Prossegue o Autor, afirmando que, no caso dos crimes específicos, para definição da autoria, ao critério do domínio do facto «acresce a violação do dever típico especial por quem é titular».

Assim, a teoria do “domínio do facto” teria o seu âmbito de aplicação confinado aos chamados “delitos de domínio” (concepção de ROXIN), ficando de fora do seu âmbito de aplicação a categoria dos “crimes de dever”, na qual ROXIN enquadra os crimes específicos<sup>41</sup>.

Desta forma, no ponto que se segue, discutiremos qual o fundamento da autoria dos crimes específicos.

## **2. Fundamento da autoria nos crimes específicos**

No seguimento daquilo que expusemos *supra*, alguns autores, entre os quais ROXIN, concluíram que a teoria do domínio do facto não poderia valer como critério de autoria para os crimes específicos.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> *Idem*, cit., pp. 770-772.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Assim, FIGUEIREDO DIAS, *Idem*, cit., p. 771 e SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», cit., p. 346.

Importa então determinar quem pode ser autor de um crime específico<sup>42</sup> e qual será o princípio válido para delimitar o conceito de autoria nestes crimes. Mais, entre os vários critérios ensaiados pela doutrina quanto à solução deste problema, necessário é encontrar aquele que possibilita responder à questão do fundamento e função da responsabilidade penal do actuante em lugar de outrem, e que permita a distinção entre quais os crimes especiais a que se aplica o artigo 12.º e quais a que se aplica o artigo 28.º, questão da qual nos ocuparemos no próximo capítulo.

### **2.1. A teoria dos “*Pflichtdelikte*” (crimes especiais como crimes de infracção de dever)**

Tendo como ponto de partida a ideia de que os delitos especiais se relacionam exclusivamente com um dever especial que recai sobre o autor, CLAUS ROXIN<sup>43</sup> defendeu uma teoria dos “*Pflichtdelikte*”, reconduzindo os delitos especiais à categoria dos crimes consistentes na infracção de um dever, categoria que opunha à dos “delitos de domínio”.

Segundo ROXIN<sup>44</sup> é autor de um crime específico somente aquele que viola o dever que sobre ele recai, o dever transforma o seu titular em figura central do acontecimento. Onde, nos crimes específicos, só o *intrañeus* pode ser autor uma vez que só ele pode violar o dever especial a que está vinculado.

Na opinião do Autor<sup>45</sup>, nos delitos específicos é indiferente a forma como o autor realiza o resultado típico, relevante é que este tenha violado o dever extrapenal que sobre ele recai.

ROXIN enquadra os delitos especiais na categoria dos “delitos de infracção de dever” (“*Pflichtdelikte*”), os quais se contrapõem aos “crimes de domínio” (“*Herrschaftsdelikte*”). Enquanto que aos “crimes de domínio” se aplica o critério do domínio do facto, de acordo com o qual para chegarmos à autoria teremos de comprovar qual dos sujeitos intervenientes no facto detém o domínio fáctico do mesmo; nos “crimes de infracção de dever” só actua tipicamente quem viola um dever extrapenal.

---

<sup>42</sup> Vide PARTE I, Ponto 5.

<sup>43</sup> *Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal*, (trad.: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo do original alemão *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed.), Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 383-385.

<sup>44</sup> *Idem*, cit., p. 384.

<sup>45</sup> *Idem*, cit., p. 383.

Nestes últimos, autor é quem produz o resultado infringindo o aludido dever, independentemente da sua contribuição no delito e de ter ou não o domínio do facto.

Esta concepção foi alvo de inúmeras críticas.

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN<sup>46</sup>, pese embora reconheça que o critério dos “*Pflichtdelikte*” se apresenta como um instrumento de inegável utilidade prática, acusa a concepção de ROXIN de conduzir não a um conceito de autor aplicável a todos os delitos, mas apenas a dois diferentes: um vinculado à ideia do domínio do facto e outro à infracção de um dever especial. Entende o Autor que a distinção dos «conceitos de autor como “sujeito dominador do facto delitivo”, por um lado, ou como “infractor de um dever jurídico especial extrapenal, por outro, pode levar a um supraconceito de autor como “personagem principal” ou “protagonista” do facto delictivo»<sup>47</sup>. Ora, o que se pretende não é tratar o autor como personagem principal ou protagonista, mas antes determinar qual o critério que permitirá conhecer quem ocupa essa dita posição central. Pelo que, a necessidade de um critério adicional que permita concretizar quais os tipos em que o legislador limitou o círculo de possíveis autores a certos sujeitos atendendo à existência de um dever jurídico extrapenal converte a concepção de ROXIN em uma construção incompleta<sup>48</sup>.

Acrescenta VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN<sup>49</sup> que nos delitos especiais nem todos os *intranei* têm de ser, necessariamente, autores. Mais, ao contrário daquilo que é preconizado por ROXIN, não pode ser irrelevante a contribuição que cada um dos *intranei* tem no facto delitivo<sup>50</sup>.

Criticando igualmente a concepção roxiniana, FERRÉ OLIVÉ<sup>51</sup> apontou que esta teoria falha na medida em que a simples infracção de um dever não pode fundamentar a

---

<sup>46</sup> *Los delitos especiales*, Montevideo-Uruguay/Buenos Aires-Argentina: Editorial B de F, 2006, p. 141 e «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14-01, 2012, URL: <http://criminnet.ugr.es/recpc>, 2012, pp. 12-13.

<sup>47</sup> «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores», cit., p. 13.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> *Los delitos especiales*, cit., p. 147 e «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores», cit., pp. 14-15.

<sup>50</sup> Em sentido próximo, JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, «Autoría y delitos especiales», *En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 1017, afirma que o legislador não nos indica unicamente aqueles que, atendendo à sua condição de *intraneus*, podem ser autores de um crime especial, indica-nos também claramente que os *extraneus* não podem ser autores por não ter a característica requerida. Todavia, o facto de não serem autores não deve ser interpretado no sentido destes *extranei* não serem destinatários das normas dos delitos especiais. Prossegue, «as normas especiais são dirigidas a todos, tanto *intranei* como *extranei*».

<sup>51</sup> «Autoría y delitos especiales», cit., p. 1025. Esclarece ainda o Autor (*Idem*, cit., p. 1024) que «se por um lado o dever fundamenta o delito, e por outro a participação pressupõe uma afectação secundária ou

autoria nos delitos especiais, visto que toda a infracção do dever é típica no sentido de constituir o núcleo essencial da proibição, não se pode sancionar a simples infracção do dever, sem atender à realização de determinadas acções.

## **2.2. A teoria da posição jurídico-penal de garante enquanto fundamentadora do crime especial**

Numa concepção preconizada, entre outros, por LUIS GRACIA MARTÍN<sup>52</sup>, os delitos com elementos especiais de autoria são crimes de garante em que o actuante em lugar de outrem se caracteriza por assumir a posição típica de garante.

VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN<sup>53</sup>, por sua vez, propõe a distinção entre “delitos especiais em sentido amplo” e “delitos especiais em sentido estrito”, sendo que os últimos se fundamentam na posição de garante em termos semelhantes aos propostos do GRACIA MARTÍN. Assim, segundo GÓMEZ MARTÍN, nos “delitos especiais em sentido amplo”, a restrição do círculo de possíveis autores obedece, fundamentalmente, a «razões de tipificação de uma determinada realidade fenomenológica habitual»<sup>54</sup>. Segundo o Autor, nos “delitos especiais em sentido amplo”, a restrição da autoria, ao invés de se basear no incumprimento de uma função institucional ou social, funda-se em razões distintas da existência de um dever jurídico especial do *intrañeus*.

Já os “delitos especiais em sentido estrito” são aqueles (a maioria) em que o bem jurídico se situa em uma esfera de actividade social, estruturada de forma mais ou menos formalizada e dominada pelo respectivo titular, o *intrañeus*. Ora, nesta categoria de delitos, só podem ser autores do crime os sujeitos que se encontram numa posição especial em relação ao bem jurídico protegido, emergindo esse do exercício de determinadas funções sociais. Logo, nessas funções está, precisamente, implicado o bem jurídico-penal. Nesta categoria de delitos, o *intrañeus* encontra-se investido de uma especial posição face ao bem penalmente protegido, da qual resulta um dever jurídico especial de o não lesar ou colocar em perigo e, até, em certos casos, de evitar que um

---

ampliada do bem jurídico que pode o autor lesionar, não é claro a que título responderá o participante, sujeito sobre quem não recai o dever específico. Na realidade, teria de se afirmar a impunidade dos participantes nestes delitos, o que nem a lei, nem a doutrina nem a jurisprudência defendem.»

<sup>52</sup> *El actuar en lugar de outro en Derecho Penal*, Vols. I e II – *Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español*, Zaragoza: Prensas Universitarias, 1985 e 1986, pp. 344-349.

<sup>53</sup> *Los delitos especiales*, cit., pp. 254, 263 e 750 e «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores», cit., pp. 21-29.

<sup>54</sup> *Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores*, cit., p. 21.

terceiro interfira na sua própria esfera de organização, lesando ou colocando em perigo tal bem jurídico.

### **2.3. A teoria dos “delitos de posição” versus “delitos especiais de dever”**

Conforme assevera TERESA QUINTELA de BRITO<sup>55</sup>, as “teorias do garante” (bem como a teoria roxiniana dos “delitos de infracção de dever”) não permitem compreender e explicar o fundamento e a função da responsabilidade penal do actuante em lugar de outrem, nem tão pouco distinguir os crimes especiais a que se aplica o artigo 12.º daqueles outros em que se aplica o artigo 28.º, questão sobre a qual nos debruçaremos de seguida.

Donde, entende a Autora<sup>56</sup> que a mais adequada a alcançar essa distinção, e dessa forma explicar o fundamento e a função da actuação em lugar de outrem, é a distinção proposta por RICARDO ROBLES PLANAS<sup>57</sup>.

O Autor procede à distinção entre “delitos de posição” e “delitos especiais de dever”: *i)* Os primeiros serão especiais na medida em que restringem «o círculo de posições desde as quais se outorga relevância típica à lesão», ou seja, delimitam uma «posição especial»; *ii)* por sua vez, os “delitos especiais de dever” punem «a infracção de deveres que regulam a específica relação entre um sujeito e um objecto de protecção», concretiza o Autor que aqui se pune «uma forma muito específica de ataque ao objecto de protecção», feita «através da violação de regras de conduta que apenas vigoram para determinadas pessoas especialmente obrigadas».

Concretiza RICARDO ROBLES PLANAS<sup>58</sup> que nos “delitos de posição”, através da menção de certos sujeitos activos, circunscreve-se «a conduta típica a determinados âmbitos vitais ou situações sociais». Segundo o Autor, nesta categoria, o legislador descreve «as formas de ataque idóneas ou relevantes», por via da alusão a determinadas

---

<sup>55</sup> *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vols. I e II, Dissertação de Doutoramento, n.p., Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2012, p. 1477.

<sup>56</sup> *Idem*, cit., pp. 1492-1500.

<sup>57</sup> *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007, pp. 124-126.

<sup>58</sup> *Idem*, cit., pp. 129-133.

posições. Pelo que, assegura, «a comprovação da realização da conduta típica comporta automaticamente, em regra, a afirmação da concorrência da posição requerida».

No que aos “crimes especiais de dever” diz respeito, RICARDO ROBLES PLANAS<sup>59</sup> explica que, nesta categoria, também se verifica uma selecção de posições de afectação do bem jurídico. Porém, ao contrário do que acontece nos “delitos de posição”, nestes o ilícito «não consiste primariamente na lesão do bem através dessa posição, mas no incumprimento do feixe de deveres que a define». Logo, os únicos delitos especiais em sentido estrito seriam aqueles em que «o ilícito se esgota na infracção de determinados deveres especiais». RICARDO ROBLES PLANAS exemplifica como pertencentes a esta categoria os “delitos puros de funcionário”; prevaricação de advogado ou solicitador” e “falsificação de certidão por médico”, previstos no CP Espanhol.

---

<sup>59</sup> *Idem*, pp. 133-141.

## CAPÍTULO II

### A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA E A TIPICIDADE DA CONDUTA DO *EXTRANEI*: SOLUÇÃO DO ARTIGO 28.º *VERSUS* ARTIGO 12.º DO CÓDIGO PENAL

No presente estudo, mais importante que delimitar quais os critérios de autoria e participação nos crimes especiais próprios, será a análise do diferente regime participativo previsto nos artigos 12.º e 28.º, do CP que, não obstante respeitarem ambos a delitos que restringem o círculo de agentes em razão da titularidade de um dever jurídico especial, distinguem-se entre si.

#### **1. Os artigos 28.º e 12.º do Código Penal como delimitadores jurídicos do núcleo de autores nos crimes específicos**

Conforme preconizam JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>60</sup> e HENRIQUE SALINAS MONTEIRO<sup>61</sup>, os artigos 12.º e 28.º respeitam aos crimes especiais, crimes estes que delimitam em termos jurídicos o núcleo de autores, e cuja definição ficou, já amplamente concretizada<sup>62</sup>.

No mesmo sentido, TERESA QUINTELA de BRITO<sup>63</sup> observa: «aos artigos 12.º e 28.º interessam os delitos que restringem o círculo de agentes em razão da titularidade de um dever específico (não necessariamente extrapenal), cuja violação constitui momento essencial da afectação do bem jurídico-criminal, mas sem que a infracção do dever

---

<sup>60</sup> *Direito Penal. Parte geral*, cit. pp. 303-305 e 848-849.

<sup>61</sup> *A participação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, pp. 13-17, 28-29 e 101-103.

<sup>62</sup> Tenha-se em conta o que se deixou dito na PARTE I, Ponto 5.

<sup>63</sup> *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. II, cit., pp. 1500-1501.

esgote (ou substitua) a agressão a um concreto bem jurídico». Concretiza a Autora que, relevam aqui «características respeitantes à pessoa do agente (...) que se traduzam em qualidades, relações ou elementos (objectivos) da autoria», não interessando aqui os «elementos subjectivos pessoais como estados de espírito, intenções e fins específicos»<sup>64</sup>.

Prossegue TERESA QUINTELA de BRITO<sup>65</sup> afirmando que as qualificações jurídicas do autor não são acessórias, ou seja, não se comunicam directamente ao participante que delas careça. Donde, essa transmissão entre participantes *intraanei* e *extranei*, ou entre representado e representante, necessita de incriminação expressa, que será precisamente a consagrada nos artigos 12.º e 28.º, do CP. Estes dispositivos vêm assim resolver um problema de tipicidade que é o da actuação em lugar do sujeito tipicamente idóneo e das condutas participativas de *extranei*.

Sucedem que, ambos os dispositivos legais pretendem dar resposta à questão dos critérios de tipicidade das condutas de agentes *extranei* (aqueles em cuja pessoa falta algum ou alguns dos elementos exigidos pelo tipo) em crimes especiais. Pelo que, importa aferir, se em casos de participação de um *extraneus* no âmbito do ilícito típico que ora nos ocupa, qual o regime que se deverá aplicar: o do artigo 12.º, do CP? O do artigo 28.º, também do CP? Ou ambos?

Antes de avançarmos para a conclusão sobre qual o preceito aplicável ao crime de insolvência dolosa, importa definir em concreto qual o âmbito de aplicação de um e outro dispositivo e de que modo solucionam, um e outro, o problema da participação criminosa.

## **2. A previsão do artigo 28.º**

### **2.1. Delimitação do âmbito do artigo 28.º**

O nosso CP refere-se à figura da autoria no artigo 26.º, contrapondo-a à figura da cumplicidade, prevista no artigo 27.º. Segundo SUSANA AIRES de SOUSA<sup>66</sup>, a opção do legislador ao aceitar, no artigo 26.º, um conceito restritivo de autor e ao materializar a autonomização da cumplicidade (artigo 27.º), parece ter na sua base uma delimitação da autoria baseada na teoria do domínio do facto, nas suas diferentes formas. Assim,

---

<sup>64</sup> *Idem*, pp. 1502-1503. No mesmo sentido preconizado por HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *idem*, p. 92; e JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», cit., pp. 353-354.

aquela norma elenca quatro modalidades de autoria: a execução do facto por si mesmo na autoria imediata, a execução do facto por intermédio de outrem na autoria mediata, a execução conjunta do facto na co-autoria e a determinação dolosa de outra pessoa à prática do facto na instigação. Assim, observa com razão a Autora, as situações de comparticipação ou pluralidade de agentes na realização do facto criminoso foram delimitadas pelo legislador nos artigos 26.º e 27.º. Donde, a interpretação do artigo 28.º terá como pressuposto necessário o quadro legal estabelecido nestes artigos que lhe são imediatamente anteriores. Logo, o artigo 28.º não pretende substituir-se ao artigo 26.º enquanto fundamento de um critério de autoria, antes complementa-o, ou seja, parte do critério de autoria postulado neste artigo para o concretizar em situações específicas. Esta necessidade resulta das dificuldades surgidas entre a articulação do critério comum de autoria previsto no artigo 26.º e os tipos legais previstos na PE do CP que exigem a verificação de determinadas qualidades ou a titularidade de relações especiais na pessoa do autor para o preenchimento do tipo de ilícito.

Os grandes problemas avultam, pois, nos casos em que há uma pluralidade de agentes no facto criminoso, mormente, quando um deles é um *extraneus*.

Ora, o artigo 28.º, do CP vem consagrar que nas situações de pluralidade de agentes em factos cuja ilicitude ou grau de ilicitude dependam de determinadas qualidades ou relações especiais do agente, basta que estas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer um dos comparticipantes para que a pena aplicável se estenda a todos os outros.

Por diversas vezes, na construção dos tipos incriminadores, o legislador quis restringir o círculo dos possíveis autores do crime, exigindo determinada qualidade (como seja a qualidade de “devedor”, “funcionário”, “advogado”, “médico”) ou relação (v.g. relações familiares, de trabalho) de que resulta um especial dever. Ora, o artigo 28.º vem justamente permitir que, em situações de comparticipação, intervenientes que não possuam aquela qualidade ou relação típica possam ser punidos como autores.

Assim, não obstante ter por epígrafe “ilicitude na comparticipação”, o âmbito de aplicação do artigo 28.º, do CP é mais restrito, porquanto se limita aos casos de comparticipação em que a aludida ilicitude está na dependência de «certas qualidades ou relações especiais do agente». Tratando-se de crimes específicos próprios, como é o caso do crime objecto do nosso estudo, estas circunstâncias pessoais são exigidas pelo tipo incriminador quer para fundamentar a própria ilicitude do facto, quer para limitar o potencial círculo de autores.

Neste conspecto, e seguindo a delimitação de JORGE de FIGUEIREDO DIAS<sup>67</sup>, o artigo em apreço contém uma dupla limitação: em primeiro lugar, o preceito não abrange todas e quaisquer qualidades ou relações especiais, mas apenas «os elementos pessoais que se apresentam como fundamentadores da ilicitude ou modificativos do seu grau»; acresce que, não se encontram abrangidas por este dispositivo legal todas as circunstâncias do tipo referentes à pessoa do agente, mas exclusivamente as «qualidades ou relações especiais do agente», conceito que de seguida se concretiza.

Assevera HENRIQUE SALINAS MONTEIRO<sup>68</sup> que, desde logo, estão visadas por este preceito apenas determinadas características «pessoais», resultado da expressa referência feita pelo legislador quanto à ligação que deverá existir entre a matéria a regular por ele e o próprio agente, à qual acresce a utilização do adjectivo «especiais». Por outro lado, e ainda de acordo com o Autor, não são todos os elementos do tipo relacionados com a pessoa do agente que caem no âmbito de aplicação do artigo 28.º, pois ao estarem em causa «qualidades ou relações especiais», excluídos ficam do seu âmbito de aplicação «os estados de espírito, intenções, fins específicos».

Acresce que, nem todas as «qualidades ou relações especiais» caem no domínio do artigo 28.º, mas apenas as que respeitem à «ilicitude» ou «grau de ilicitude». Assim, ficam de fora do âmbito de aplicação do artigo 28.º todas as «qualidades ou relações especiais» que não influenciem a «ilicitude» ou o «grau de ilicitude» do facto, como é o caso daquelas cuja relevância se traduza em causas de isenção ou dispensa da pena, ou em condições de procedibilidade<sup>69</sup>. Ficam ainda de fora do âmbito de aplicação do artigo 28.º, do CP as «qualidades ou relações especiais» que respeitem à culpa, pois a estas é aplicável o artigo 29.º, do CP, sendo que, à luz deste preceito legal, a punição de cada um dos participantes se fará de acordo com a sua culpa, independentemente da culpa ou do grau de culpa dos outros, logo, conseqüentemente, o tipo legal que contenha tais «qualidades ou relações especiais» só será aplicável aos participantes em que estas se verificarem.

Ademais, o artigo 28.º visa regular as situações de comparticipação em crimes especiais em que somente um ou alguns dos intervenientes é *intraneus*, partindo do pressuposto que as referidas «qualidades ou relações especiais» não se verificam em todos os

---

<sup>67</sup> *Idem*, Capítulo 33.º, §16.

<sup>68</sup> *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, cit., pp. 92-94.

<sup>69</sup> Neste sentido, HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, cit., p. 94.

agentes. Se estiver em causa unicamente intervenção *intranei*, aplicar-se-ão as regras gerais da comparticipação criminosa, mormente os artigos 26.º e 27.º, «devendo então determinar-se a que modalidade concreta de comparticipação é subsumível a conduta de cada um dos *intranei* (autoria imediata, co-autoria, autoria mediata, instigação ou cumplicidade)»<sup>70</sup>.

Assim, assegura SUSANA AIRES de SOUSA<sup>71</sup>, a grande consequência que decorre do artigo 28.º, n.º 1 é a possibilidade de um *extraneus* poder ser autor de um crime específico, próprio ou impróprio. Da conjugação dos artigos 26.º e 28.º resulta a punição do participante *extraneus* como autor de um crime específico. Já no que concerne ao participante *intraneus*, a sua autoria decorre do critério geral estabelecido no artigo 26.º e dos tipos incriminadores específicos previstos da PE.

Ainda de acordo com a Autora, o artigo 28.º, n.º 1 «está pensado (somente) como complemento do critério de autoria nos crimes específicos»<sup>72</sup>. Todavia, adverte TERESA QUINTELA de BRITO<sup>73</sup> «é verdade mas não só (...) o artigo 28.º, n.º 1, também se afigura necessário para responsabilizar os participantes (instigadores e cúmplices) *extranei* pelo crime específico, próprio ou impróprio, realizado pelo autor».

## 2.2. O n.º 2 do artigo 28.º

Conforme observa HENRIQUE SALINAS MONTEIRO<sup>74</sup> que o artigo 28.º, n.º s 1 e 2 leva a que «nos casos de comparticipação em crimes especiais, bastará que um dos participantes seja *intraneus* para que a pena do crime especial seja aplicável a todos», o que conduz à possibilidade de punição de *extranei* com a pena da autoria<sup>75</sup>. Segundo o Autor, em situações de comparticipação em crimes especiais, o artigo 28.º vem possibilitar que todos os agentes (quer *intranei*, quer *extranei*) sejam punidos com a pena do crime específico<sup>76</sup>. Ou seja, o que o preceito legal em apreço permite é o

---

<sup>70</sup> Cfr. HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*, cit., pp. 108, 243, 303-305.

<sup>71</sup> «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», cit., pp. 356-357. No mesmo sentido, JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte geral*, cit. P. 853.

<sup>72</sup> *Idem*, cit., p. 357.

<sup>73</sup> *Idem*, cit. pp. 1515-1516.

<sup>74</sup> *Idem*, pp. 243 e 330. No mesmo sentido, conclui JORGE de FIGUEIREDO DIAS que «a consequência mais importante que decorre do regime previsto no art. 28.º-1 é a possibilidade de um *extraneus* (...) ser autor de um crime específico próprio ou impróprio», *Direito Penal. Parte Geral*, cit., pp. 848-849.

<sup>75</sup> O §28 I do *StGB* alemão, pelo contrário, prevê uma atenuação da pena do crime especial para o participante (instigador ou cúmplice) *extraneus*, pressupondo um facto típico e ilícito do autor *intraneus*.

<sup>76</sup> No entender de HENRIQUE SALINAS MONTEIRO (*Idem*, cit., p. 328-329), a questão fundamental do regime da comparticipação em crimes especiais do Código Penal é o abandono do princípio da

alargamento de certos tipos de crimes especiais aos agentes *extranei*, como resultado da sua actuação delictiva concertada com um *intraneus*. Nestes termos, «alarga-se o âmbito da punição, para além do que resulta dos tipos especiais, preenchendo-se eventuais lacunas de punibilidade, por intermédio de um preceito da parte geral»<sup>77</sup>.

Para evitar soluções injustas resultantes da aplicação do n.º 1 do artigo 28.º, o legislador consagrou no n.º 2 do mesmo preceito um limite a esse regime. Assim, o n.º 2 do artigo 28.º confere ao julgador a possibilidade de substituir a pena que resulta para qualquer dos participantes por via do n.º 1 do mesmo artigo, pela pena mais favorável que lhe seria aplicável se esta norma não interviesse, introduzindo-se, desta forma, uma nota de flexibilidade na aplicação do artigo 28.º.

A este propósito, observa HENRIQUE SALINAS MONTEIRO<sup>78</sup> que tal faculdade revela que o artigo 28.º «não obriga a tomar em consideração o diferente desvalor da intervenção de *intranei* e *extranei* em crimes especiais, próprios ou impróprios.

Para HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, a solução do artigo 28.º que possibilita que, numa situação de participação em crimes especiais (próprios ou impróprios) todos os agentes (*intranei* e *extranei*) sejam sancionados com a pena do crime específico, é de rejeitar porquanto a responsabilidade dos participantes *extranei* nunca pode ser idêntica à dos *intranei*. Pelo que defende a necessidade de atenuação da pena de todos os participantes *extranei* (autores, instigadores ou cúmplices). Para o Autor, este entendimento tem por base o princípio jurídico-constitucional da igualdade, consagrado no artigo 13.º, da CRP e que proíbe o tratamento igual de situações materialmente diferentes. Na sua opinião, uma possível atenuação da pena dos participantes *extranei* traduzir-se-à nos crimes específicos próprios, ora em apreço, na atenuação especial da pena ao do crime específico ao abrigo do artigo 73.º, do CP, e, nos casos de cumplicidade (de *intranei* ou *extranei*), deve ainda manter-se a atenuação especial da pena prevista no artigo 27.º, n.º 2, do CP.

Também TERESA QUINTELA de BRITO<sup>79</sup> assegura que, o legislador, nos crimes especiais a que se aplica o n.º 2 do artigo 28.º, não fez qualquer distinção quanto ao

---

acessoriedade qualitativamente limitada (segundo a qual a punição dos participantes está dependente de um facto principal típico e ilícito), porquanto, segundo o Autor, o artigo 28.º consagra antes uma «acessoriedade recíproca, nos termos da qual existe a plena comunicabilidade entre participantes (autores ou cúmplices) dos elementos pessoais típicos delimitadores do círculo de agentes nos crimes especiais».

<sup>77</sup> HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A participação em crimes especiais no Código Penal*, cit., p. 273.

<sup>78</sup> *Idem*, cit., pp. 273-275.

desvalor da conduta comparticipativa de *intraanei* e *extranei* – situação inversa acontece nos delitos específicos por que se rege o artigo 12.º, conforme se verá diante.

Para SUSANA AIRES de SOUSA<sup>80</sup>, relativamente aos crimes específicos próprios a aplicação do n.º 2 do artigo 28.º não será possível.

De qualquer modo, adianta, aos casos em que não seja possível aplicar o *supra* aludido preceito, «pode o julgador valer-se, na realização da justiça, do artigo 72.º, do CP, relativo à atenuação especial da pena, caso estejam verificados os seus requisitos, ou ainda ponderar, na determinação concreta da pena, o grau de ilicitude do facto enquanto factor de medida da pena, nos termos do artigo 72.º, n.º 2, alínea *a*), do CP». Segundo a Autora, embora o n.º 2 do artigo 28.º não possa ser aplicado quando «o n.º 1 fundamenta ele próprio a autoria do *extraneus* (não existindo qualquer punição como autor sem a sua intervenção), o grau de ilicitude do facto pode ser sempre ponderado pelo julgador por via das regras gerais de determinação da pena aplicável ao agente»<sup>81</sup>.

### **2.3. O artigo 28.º e os “crimes de posição especial”**

Concretizámos já a formulação de RICARDO ROBLES PLANAS que distingue os “crimes de posição” e “crimes especiais de dever”<sup>82</sup>. E é partindo dessa concepção que, segundo TERESA QUINTELA de BRITO<sup>83</sup>, podemos encontrar uma melhor explicação para o disposto no artigo 28.º, n.º 1 e 2, do CP.

Segundo RICARDO ROBLES PLANAS, os “delitos especiais de posição” procedem à delimitação de uma posição especial, circunscrevem «a conduta típica a determinados âmbitos vitais ou situações sociais». Os “crimes especiais de posição” podem ser realizados por todos aqueles que levem a cabo a conduta típica e «a comprovação da realização [desta] comporta automaticamente, em regra, a afirmação da concorrência da posição requerida». Isto explica-se pelo facto de tal conduta não se apoiar na infracção de deveres jurídicos extrapenais pessoais, implícitos em uma designação típica de autor. A acção típica fundamenta-se antes na «lesão do bem jurídico-penal (geralmente tutelado) a partir ou através de determinada posição (prévia)»<sup>84</sup>.

---

<sup>79</sup> *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. II, cit., p. 1514.

<sup>80</sup> «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», cit., pp. 364-365 e 367-368.

<sup>81</sup> *Idem*, cit., p. 368.

<sup>82</sup> *Vide* PARTE II, Capítulo I, ponto 2.3.

<sup>83</sup> *Idem*, cit., pp. 1524-1530.

<sup>84</sup> Assim, TERESA QUINTELA de BRITO, *Idem*, cit. p. 1531.

Prossegue TERESA QUINTELA de BRITO, na esteira do pensamento de RICARDO ROBLES PLANAS asseverando que nos “delitos de posição” não há entrave algum à intervenção de sujeitos não qualificados, designadamente a titularidade de um dever jurídico extrapenal. Donde, conclui, se percebe que nos crimes de “posição especial” o artigo 28.º, n.º 1 permita que, por mero resultado da comparticipação com o *intraneus*, o correspondente tipo se alargue ao *extraneus* cuja conduta apresenta o mesmo potencial de desvalor que o comportamento proibido pelo sujeito tipicamente qualificado, comportamento esse que pode ser de autor ou de participante.

Com efeito, conclui a Autora<sup>85</sup> que artigo 28.º respeita aos “delitos especiais de posição”, nos quais a acção típica consiste na lesão do bem jurídico-penal (geralmente tutelado) «a partir ou através de determinada posição típica (prévia)». Prossegue, concluindo que «os crimes especiais a que se aplica o artigo 28.º tutelam bens jurídicos penais *móveis*, que *ocasionalmente* se encontram em uma estrutura social fechada monopolizada por certa classe de sujeitos, dos quais provêm acções de lesão ou colocação em perigo especialmente graves e insuportáveis, até pela facilidade da sua realização no exercício da função ou da actividade para que serve a estrutura social fechada. Logo, está-se perante bens jurídico-penais que também se encontram em estruturas sociais “abertas”, aí podendo ser atingidos por qualquer um que nelas penetre e esteja em condições de realizar a acção típica (do crime comum)»<sup>86</sup>. Termos em que, nos crimes especiais a que se aplica o artigo 28.º, a comparticipação «precede (e justifica materialmente) a “comunicação” da qualidade ou relação especial do agente-*intraneus* aos demais comparticipantes»<sup>87</sup>.

Ora, aos “crimes de posição especial” interessa a relação do agente com o bem jurídico-penal e não a relação jurídica (inclusive extrapenal) entre titular da posição e estranho. Acrescenta TERESA QUINTELA de BRITO<sup>88</sup> que, assim, o estranho pode intervir na estrutura social “fechada” na qual perpetrou um bem jurídico-penal “móvel” e agredir este porquanto esse bem se encontra também em estruturas sociais abertas ao estranho e a acção típica nesta categoria de delitos não se configura pela violação de determinadas obras extrapenais de conduta dirigidas apenas ao *intraneus*. Aqui realça-se, segundo a Autora, a indistinção do desvalor das condutas comparticipativas de *intranei* e *extranei*

---

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> *Idem*, cit., p. 1530.

<sup>87</sup> *Idem*, cit., p. 1799.

<sup>88</sup> *Idem*, cit., p. 1534.

nos delitos de posição. E, acrescenta, também assim se percebe por que razão nos “crimes de posição especial”, o *intraneus* tenha de intervir na prática do facto para que o *extraneus* possa ser punido pelo delito específico<sup>89</sup>.

### 3. A previsão do artigo 12.º

#### 3.1. Delimitação do âmbito do artigo 12.º

Tal como o artigo 28.º, o artigo 12.º vem solucionar questão da tipicidade da conduta de agentes *extranei*.

Assim, o artigo 12.º, n.º 1 vem permitir a responsabilidade criminal daquele que voluntariamente actua como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ainda que o tipo legal de crime exija determinados elementos pessoais que se verificam directamente na pessoa do representado, a saber, no ente colectivo [alínea *a*)], ou exija que o agente pratique o facto no seu interesse e o representante actue no interesse do representado, ou seja, da sociedade [alínea *b*)].

Relativamente à exigência da voluntariedade da actuação do titular de órgão ou representante, TERESA QUINTELA de BRITO<sup>90</sup> esclarece que o mesmo terá de comportar-se típica e dolosamente como autor ou participante do crime especial (doloso) em causa<sup>91</sup>. Donde conclui que no nosso ordenamento jurídico-penal apenas os crimes especiais dolosos admitem comissão dolosa em lugar do *intraneus*. Todavia, adverte que, com excepção dos casos previstos na alínea *b*) do artigo 12.º, n.º 1, a actuação voluntária como titular de órgão ou representante do *intraneus* não envolve dolo de praticar o crime no interesse deste último<sup>92</sup>.

Num mesmo sentido, GERMANO MARQUES da SILVA<sup>93</sup>, entende que «não basta que o agente invoque a qualidade de titular do órgão ou representante da sociedade, mas

---

<sup>89</sup> *Ibidem*.

<sup>90</sup> *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. II, cit., pp. 1635-1636.

<sup>91</sup> Também PAULO SARAGOÇA da MATTA, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 105-106, entende que o titular de órgão ou representante do *intraneus* tem de agir voluntária e dolosamente. Pelo que, «sendo o artigo 12.º expresso quanto à voluntariedade, afasta-se qualquer tentativa de nele se ver uma responsabilidade funcional-objectiva, decorrente da mera titularidade da posição de representante». A posição de representante não se afigura como suficiente para «gerar responsabilidade penal». Tal significa que o agente responde pelo seu facto e não pelo facto de outrem.

<sup>92</sup> *Idem*, cit., p. 1638.

<sup>93</sup> *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2009, pp. 308-309.

que actue do mesmo modo, exercendo as mesmas funções, substituindo-se ao titular do órgão e exercendo efectivamente as funções correspondentes, ou seja, que actue funcionalmente na qualidade de titular de órgão ou em representação».

O artigo 12.º prevê, pois, as “actuações em nome de outrem”, expressão usada na sua epígrafe, tendo como objectivo assegurar a punibilidade de *extraneus* que actuam em lugar do *intraneus*, isto é, em uma posição jurídica de dever de conteúdo idêntico à deste.

Segundo PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>94</sup> a estrutura das actuações em lugar de outrem baseia-se nas seguintes premissas: em primeiro lugar, na pessoa do sujeito que materialmente actua não ocorre algum ou alguns dos elementos típicos. O segundo passo no seu entendimento é a constatação de que a acção do sujeito actuante e desqualificado perante o tipo é, apesar disso, equivalente, do ponto de vista do conteúdo da ilicitude do crime específico, à actuação que seja desenvolvida pelo sujeito que a norma caracteriza, sendo igualmente idênticos os resultados das acções que de um e de outro sujeito podem surgir.

O objectivo do artigo 12.º resume-se, fundamentalmente, à «investidura de um gentio em uma posição *jurídico-penal* de dever, de conteúdo idêntico à do sujeito tipicamente qualificado». Investidura que dependerá da qualificação do *extraneus* como titular de órgão ou representante do sujeito tipicamente idóneo e que não implica necessariamente a autoria do agente investido, apenas condiciona a sua posição de agente (autor ou participante) do crime com especiais elementos de autoria ou egoisticamente estruturado.<sup>95</sup>

Diferença crucial em relação ao regime do artigo 28.º (que exige a intervenção de um *intraneus*) é que as actuações em lugar de outrem, previstas no artigo 12.º, não estão dependentes da intervenção ou não de um *intraneus* na prática do crime especial, como participante do *extraneus*<sup>96</sup>.

### **3.2. A alínea a) do artigo 12.º, n.º 1: “crimes especiais de dever”**

A questão primeira aqui será, pois, a determinação dos elementos pessoais exigidos pelo tipo e que faltam no agente em nome de outrem.

---

<sup>94</sup> *Idem*, cit., p. 81.

<sup>95</sup> Assim, TERESA QUINTELA de BRITO, *Idem*, cit., pp. 1538-1540.

<sup>96</sup> Também neste sentido, LUIS GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de outro en Derecho Penal*, cit., p. 31-34, a propósito do artigo 31.º do CP espanhol.

Segundo PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>97</sup>, a delimitação é feita pela selecção daqueles elementos que se referem “*ao autor*”, mas não só, visto que apenas relevam aqueles elementos que pertençam ao âmbito da ilicitude. Assim, prossegue, o desvalor do resultado é o mesmo, quer seja produzido por um sujeito idóneo, quer seja pelo agente não qualificado. Donde, «as *actuações em nome de outrem* deverão analisar-se na perspectiva do desvalor da acção desenvolvida». Por isso, preconiza LUIS GRACIA MARTÍN<sup>98</sup>, que apenas se trata de «encontrar um critério de equivalência das acções». PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>99</sup>, querendo distinguir os “elementos pessoais” a que se refere o artigo 12.º das “qualidades ou relações especiais” a que faz alusão o artigo 28.º, concretiza o conceito de “elementos pessoais” referindo que, com esse conceito, o legislador indica directamente os sujeitos, mas também, implicitamente, os domínios funcionais em que tais sujeitos operam normalmente, e em que excepcionalmente terceiros intervêm. Prossegue o autor: «elementos pessoais serão pois os qualificativos utilizados pelos tipos para circunscreverem a esfera (social, económica ou jurídica), em que cada indivíduo tem o domínio ou o controle sobre bens jurídicos que na área típica se encontram. É, outrossim, a área na qual existem os deveres que se impõem ao titular da esfera, enquanto garante», deveres esse que, por força da previsão do artigo 12.º, do CP, «vincularão directamente também o terceiro que acede à esfera e que com ela mantém a identificada relação de domínio». Porém, acaba por concluir que os “elementos pessoais” (artigo 12.º) apenas se distinguem das “qualidades ou relações especiais do agente” «quanto aos fins visados», admitindo assim uma identidade dos conceitos, alertando apenas para a necessidade de uma interpretação teleológica de determinados elementos pessoais. TERESA QUINTELA de BRITO<sup>100</sup>, por outro lado, assegura que os “elementos pessoais” a que alude o artigo 12.º devem se distinguir das “qualidades ou relações especiais” a que se refere o artigo 28.º, de modo a que deste preceito se excluam, tal levará a Autora à conclusão de que os artigos 12.º e 28.º se excluem mutuamente, concepção que trataremos *infra* no ponto 4. deste Capítulo. Na linha daquilo que vimos escrevendo acerca da concepção de RICARDO ROBLES PLANAS, a qual, segundo TERESA QUINTELA de BRITO vale como critério de distinção entre os crimes especiais a que se aplica o artigo 28.º daqueles outros em que

---

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> *Idem*, cit., p. 278.

<sup>99</sup> *Idem*, cit., p. 121.

<sup>100</sup> *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. II, cit., p. 195-197.

rege o artigo 12.º, este último abrangerá os “crimes especiais de dever”. Assevera TERESA QUINTELA de BRITO<sup>101</sup> que, nesta categoria de crimes, «já não basta que o agente *extraneus* [em termos que o próprio artigo 12.º não define (ao menos completamente) e sim os artigos 26.º e 27.º] porventura participe com o sujeito tipicamente qualificado, para poder partilhar o respectivo conteúdo de ilícito-típico», nestes crimes, «ainda que o *extraneus* participe no facto com o *intraneus*, o primeiro só poderá ser punido pelo delito com especiais elementos de autoria ou delimitado por motivação egoísta, se, ademais, for titular de órgão ou representante so segundo nos termos do artigo 12.º e 11.º, n.º 4».

Mais concretamente, assegura TERESA QUINTELA de BRITO<sup>102</sup>, a alínea *a*) do artigo 12.º, n.º 1 reporta-se aos “crimes especiais de dever”, os quais assentam em «uma forma muito específica de ataque ao objecto de protecção, isto é, através da violação de regras [extrapenais] de conduta que apenas vigoram para determinadas pessoas especialmente obrigadas». Prossegue: «os “crimes especiais de dever” tutelam bens jurídicos-penais inerentes *a* e inamovíveis *de* determinadas estruturas (fechadas) da actividade social, de modo que as acções de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico só podem mesmo realizar-se no seio dessa mesma estrutura social».

### **3.3. A alínea *b*) do artigo 12.º, n.º 1: “crimes egoisticamente estruturados”**

Conforme preconizou PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>103</sup>, a alínea *b*) do artigo 12.º, n.º prevê as actuações em lugar de outrem nos “crimes delimitados por motivações egoístas”, ou seja «aqueles em que o tipo descreve uma acção típica que se reporta a uma actividade dirigida pelo agente em vista da satisfação de um interesse próprio». Prossegue o Autor afirmando que, nestes casos, para existir uma actuação em lugar de outrem, mantém-se o requisito da voluntariedade, porém, assegura, nesta alínea a importância da exigência feita pelo n.º 1 do artigo 12.º perde importância, na medida em que é requisito essencial dos tipos visados por esta norma a prática pelo agente de um facto em seu próprio interesse. Pelo que, «havendo o desenvolvimento de uma actividade com vista a beneficiar os satisfazer um interesse, próprio ou alheio, resultará da experiência que tal comportamento é, quase que por definição, voluntário.

---

<sup>101</sup> *Idem*, cit., p. 1535.

<sup>102</sup> *Idem*, cit., p. 1550 e 1800.

<sup>103</sup> *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições*, cit., p. 126.

Partilhando da opinião de que a alínea em apreço se reporta aos “crimes egoisticamente estruturados” TERESA QUINTELA de BRITO<sup>104</sup> sustenta que, os mesmos, «sendo sempre especiais e com prévia delimitação jurídica (penal ou extrapenal) do autor, não têm configuração homogénea. Pelo que, enquanto a maioria se apresenta como “delitos de posição”, outros são “crimes especiais de dever”. De acordo com a Autora, nesta categoria de crimes, a cláusula de actuação em lugar de outrem permite colocar em pé de igualdade a actuação egoísta típica e a «conduta objectiva ou subjectivamente “altruísta” (logo, típica) do titular de órgão ou representante do sujeito idóneo, posto que esta conduta venha a realizar-se no interesse de tal sujeito»<sup>105</sup>.

### **3.4. O n.º 2 do artigo 12.º e a exigência de um “título de representação”; o conceito de representante**

Ao fazer referência ao “acto que serve de fundamento à representação”, o n.º 2 do artigo 12.º suscita algumas dúvidas quanto à exigência de um título de representação, ainda que esse título seja ineficaz.

PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>106</sup> entende que «em face da letra da Lei a questão encontra-se solucionada: o título de representação terá de existir, podendo, todavia, ser ineficaz». Donde é do seu entendimento que a exigência do n.º 2 do artigo 12.º decorre pura e simplesmente de uma concepção das “actuações em lugar de outrem” como fenómeno adstrito à responsabilidade penal dos órgãos, forma que historicamente a questão assumiu. Porém, assegura, muito evoluiu a vida económica e a respectiva criminalidade desde 1874. Motivo pelo qual, garante, não deveria a nossa lei «ter ficado atavicamente presa a concepções que poderão hoje em dia levar a uma quase total inoperatividade da previsão do artigo 12.º». Não obstante, entende o Autor que o título válido de representação deverá ser o acto do qual se formaliza a relação de representação.

Por seu turno, PEDRO CAEIRO<sup>107</sup> defende que será sempre exigível a titularidade jurídica e não meramente fáctica do órgão.

---

<sup>104</sup> *Idem*, cit., p. 1553-1554 e 1800.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> *Idem*, cit., p. 128.

<sup>107</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., p. 411 e «A responsabilidade dos gerentes e administradores por crimes falenciais na insolvência de uma sociedade comercial», cit., pp. 9-10. A propósito da inclusão, no n.º 3 do artigo 227.º, da referência aos administradores de facto, PEDRO CAEIRO entende que, mesmo antes dessa previsão, o artigo 12.º não poderia ser aplicado aos gestores de facto «sempre que a prática das condutas típicas não se reconduzisse à titularidade, sequer abstracta, de

A este propósito, TERESA QUINTELA de BRITO<sup>108</sup> sustenta que «quem efectiva e continuamente e, exerce um poder correspondente ao de órgão dentro da pessoa jurídica, em regra, dispõe de um “título suficiente” de representação, apesar da eventual ineficácia ou invalidade jurídicas do documento ou instrumento em que se exara a declaração do representado». Segundo a Autora, uma aceitação, «tácita ou (implicitamente) expressa» por parte da sociedade, de um exercício efectivo de tais poderes e faculdades, «consubstancia um acto jurídico de nomeação, legitimador da qualificação do sujeito em causa como representante *de direito* no plano civil.» Donde, na opinião da Autora, o artigo 12.º pressupõe, pelo menos, uma representação tácita, não sendo necessário que o agente actue munido de um título formal de representação. É este o entendimento que se nos afigura mais correcto.

De acordo com a Autora<sup>109</sup>, «o conceito jurídico-penal de representante da pessoa jurídica não pode consubstanciar-se na outorga de poderes para a prática de actos jurídicos em nome da colectividade», porquanto ao Direito Penal interessa a imputação de factos puníveis e a protecção de bens jurídicos, não assumindo primordial relevância «a validade de um acto jurídico praticado pelo representante e/ou a imputação dos seus efeitos ao representado».

Daí que, segundo a Autora, o conceito jurídico-penal de representante tem de pressupor: a) uma investidura expressa ou tácita (assente em comportamento categórico) no exercício de funções que envolvem poderes para decidir «”em nome” e “pela” colectividade»; b) funções e poderes que permitem ao respectivo titular «acesso à vulnerabilidade jurídico-criminalmente relevante do bem protegido pelo concreto tipo incriminador»; e, c) comissão do facto no exercício de tais funções e poderes.

Em sentido próximo, GERMANO MARQUES da SILVA<sup>110</sup> entende que o que releva é a disponibilidade do agente sobre os poderes ou faculdades que permitem a ofensa do bem jurídico protegido, ou seja, o domínio que exercem esses agentes sobre a vulnerabilidade jurídico-penalmente relevante do bem jurídico. Assim, o Autor opta por um «critério material, baseado no acesso ao exercício do domínio social e a assunção de garante nele fundamentada». Isto porque é possível que um sujeito que careça formalmente da qualificação do tipo realize a acção típica, produzindo uma lesão ou

---

um órgão e não se incluisse nos poderes que ela abstractamente confere, nem se produzisse ao abrigo de uma qualquer forma de representação legal ou voluntária juridicamente existente».

<sup>108</sup> *Idem*, cit., p. 1684.

<sup>109</sup> *Idem*, cit., p. 1686.

<sup>110</sup> *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, cit., pp. 313-315.

pondo em perigo o bem jurídico de um modo equivalente à sua realização pelo sujeito tipicamente qualificado. Lembra o autor que a lei prevê a responsabilidade por actuação de outrem mesmo relativamente às meras associações de facto, e nestas não há representação formal. Logo, não importa o acto de nomeação em si, mas o efectivo exercício de poderes<sup>111</sup>.

#### **4. Comparticipação nos crimes a que se referem os artigos 28.º e 12.º: principais diferenças e relação de mútua exclusão**

Conforme ficou já amplamente concretizado, os artigos 12.º e 28.º, do CP, respeitam aos ilícitos típicos que restringem o círculo de agentes em razão da titularidade de um dever específico.

Nenhum dos preceitos em apreço vem dizer quem são os autores e os participantes dos correspondentes crimes especiais, deixando intocadas as regras gerais da autoria e participação vertidas nos artigos 26.º e 27.º. Vêm antes determinar quem pode ser agente desses crimes.

Ambos os preceitos resolvem problemas de tipicidade da conduta de *extranei*, porém, com algumas diferenças fulcrais:

a) Nos “crimes especiais de posição”, regulados pelo artigo 28.º, «basta para investir o *extraneus* no correspondente conteúdo do ilícito-típico que este participe *lato sensu* com o *intraneus*»<sup>112</sup>. Sendo que, nesses crimes, só em casos de comparticipação com o *intraneus* se justifica responsabilizar o *extraneus* pelo crime especial. Mais, nesta categoria de delitos, interessa a relação do agente com o bem jurídico-penal e não a relação jurídica – inclusive extrapenal – entre titular da posição e estranho. Relação sobre a qual, ao invés, se baseia a actuação em lugar de outrem e o disposto no artigo 12.º

b) Já nos “crimes especiais de dever” e nos “crimes egoisticamente estruturados”, regulados pelo artigo 12.º, para sujeitar o *extraneus* à pena do crime especial, não é

---

<sup>111</sup> Também GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de outro en Derecho Penal*, cit., pp. 105-106 e 118-119.. referindo-se ao actual artigo 31.º do CP Espanhol, tem afastado a necessidade de existência de uma relação jurídica de representação nos termos previstos pelo direito civil, defendendo que no direito penal deve olhar-se para a relação externa com o bem jurídico protegido e não para a relação interna entre *extraneus* e *intraneus*. Afirma ainda o Autor que para o direito penal não é relevante a relação interna e intersubjectiva do mandato, mas sim a relação (externa) entre o representante e os bens jurídicos protegidos pela norma penal.

<sup>112</sup> Palavras de TERESA QUINTELA de BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. II, cit., p. 1536.

suficiente que este porventura participe com o sujeito tipicamente qualificado. Mais, não é necessária participação entre *intraneus* e *extraneus* para que ao segundo seja aplicada a pena do crime especial. O conteúdo do ilícito-típico pode ser assumido por si só por certos *extranei* qualificados: os titulares de órgão ou representantes do *intraneus*. Donde, o agente *extraneus* que tiver a qualidade de titular do órgão ou representante do sujeito tipicamente qualificado, uma vez equiparado a esse sujeito idóneo, ficará submetido à pena que resulta da conjugação dos artigos 12.º e 26.º ou 27.º, com a correspondente incriminação na PE.

Coloca-se então a seguinte questão: será que os crimes visados pelo artigo 12.º ficam excluídos do âmbito de aplicação do artigo 28.º? Ou será que só podem ser abrangidos por este dispositivo legal depois de accionado o artigo 12.º?

Na esteira de TERESA QUINTELA de BRITO<sup>113</sup>, deveremos concluir pela inaplicabilidade do artigo 28.º aos casos em que rege o artigo 12.º, nos termos e pelos fundamentos que ora se seguem.

Tal conclusão pode ser retirada antes de mais pelo significado de “elementos pessoais” consagrados na alínea *a*) do artigo 12.º, n.º 1, ao qual deve ser atribuído um significado mais restrito relativamente às “qualidades ou relações pessoais do agente” postuladas no artigo 28.º, conforme ficou já concretizado<sup>114</sup>.

O artigo 12.º exige que os “elementos pessoais” se diferenciem totalmente das “qualidades ou relações especiais” do agente, a que se refere o artigo 28.º, e destas se excluam.

Ora, vimos já que os artigos 12.º e 28.º se reportam a diferentes tipos de crimes.

O artigo 12.º obsta à comunicação do conteúdo do ilícito do facto por mero efeito da participação material de um gentio com o sujeito tipicamente qualificado<sup>115</sup>. Lembre-se que o artigo 12.º não implica a transferência do elemento especial de autoria a qualquer *extraneus* que materialmente participe com o sujeito (originária ou subsequentemente) qualificado. Antes, o artigo 12.º pune certos *extranei* fazendo depender a sua qualificação como agente não só do domínio da acção típica, mas também de uma posição extrapenal de dever.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> *Idem*, cit., pp. 191-201.

<sup>114</sup> *Vide* PARTE II, Capítulo II, ponto 3.2.

<sup>115</sup> Assim, TERESA QUINTELA de BRITO, *Idem*, Vol. I, cit., p. 197.

<sup>116</sup> *Ibidem*.

O artigo 28.º, por sua vez, postula uma “comunicação” do conteúdo do ilícito típico entre participantes. Porém, a ressalva da parte final do artigo 28.º, n.º 1 (“se outra for a intenção da norma incriminadora”) condiciona a aludida comunicação à verificação de uma prévia posição jurídica (a titularidade de um órgão ou representação) que «legitime a adscrição do gentio à posição de dever pressuposta pelo tipo»<sup>117</sup>. O que, além de obrigar a um significado mais restrito dos “elementos pessoais” relativamente às “qualidades ou relações especiais do agente”, leva a uma outra consequência da exclusão, do âmbito de aplicação do artigo 28.º, dos crimes específicos em que rege o artigo 12.º que é a impossibilidade de participação criminosa entre *intranei* (originários ou derivados por via do artigo 12.º) e *extranei* (não representantes).

Termos em que, e segundo TERESA QUINTELA de BRITO, Autora desta concepção que aqui se acolhe, quando «o artigo 12.º, conjugado com os artigos 26.º e 27.º, logo assegura a inserção no tipo dos participantes pelo crime com “elementos pessoais de autoria” (...) também é verdade que a aplicação do artigo 12.º significa inaplicabilidade do artigo 28.º.

---

<sup>117</sup> *Idem*, Vol. I, cit., p. 195.

### CAPÍTULO III

## A COMPARTICIPAÇÃO CRIMINOSA E A TIPICIDADE DA CONDUTA DO *EXTRANEI* NO CRIME DE INSOLVÊNCIA DOLOSA: OPÇÃO PELA APLICAÇÃO DO ARTIGO 12.º DO CÓDIGO PENAL

Após apresentação das diferentes soluções consagradas pelos artigos 12.º e 28.º, do CP, de que modo um e outro preceito tratam os casos as situações de tipicidade da conduta dos *extranei*, e de termos concluído pela exclusão do artigo 28.º aos casos em que rege o artigo 12.º, importa agora avaliar qual dos preceitos será aplicável às hipóteses intervenção *extranei* no crime de insolvência dolosa.

Adiantamos já a opção pela aplicação do artigo 12.º, atento o tipo de ilícito em apreço. Termos em que, no presente capítulo procuraremos, sobretudo, dar resposta às hipóteses de comparticipação criminosa:

- Quer entre o devedor (*intraneus*) e um *extraneus* não representante deste;
- Quer entre um representante do devedor à luz do artigo 12.º com um *extraneus* não representante (v.g. um subalterno do devedor ou do seu representante).

### **1. A comparticipação criminosa no crime de insolvência dolosa: opção pela aplicação do artigo 12.º, do CP**

Por tudo quanto ficou dito, e pelo que ora se expõe, dúvidas não restam quanto à aplicabilidade do artigo 12.º, n.º 1, alínea *a*) ao crime de insolvência dolosa, enquanto “delito de posição especial” e susceptível de comissão em lugar de outrem.

As condutas previstas no artigo 227.º, n.º 1, do CP, mesmo quando materialmente levadas a cabo por qualquer pessoa, só constituem ilícitos típicos quando realizadas pelo devedor (originário ou derivado por via do artigo 12.º). O devedor detém em exclusivo o “poder” de lesar ou colocar em perigo os direitos dos seus credores<sup>118</sup>. Daí se explica a previsão do n.º 2 do artigo 227.º, a qual já concretizaremos *infra*.

---

<sup>118</sup> Neste sentido, TERESA QUINTELA de BRITO, *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. II, cit., pp. 1606-1607. Concretiza a Autora que «o bem jurídico-penal incrusta-se essencial e inamovivelmente na esfera de actividade jurídico-económica do devedor. Logo, tão-só por ele pode ser atingido».

Por não esclarecem que, para efeitos jurídico-criminais, se considera devedor, deixam em aberto a questão de saber que sujeitos podem realizar o ilícito típico, além daquele que se encontra na posição passiva da relação jurídica de crédito. É aí que surge a utilidade do artigo 12.º, n.º 1, alínea *a*) que determina que também pode se considerar devedor, para efeitos de realização do tipo, o titular do órgão ou representante do devedor, desde que actue voluntariamente nessa qualidade e mesmo que o “acto que serve de fundamento à representação” seja ineficaz<sup>119</sup>.

Assim, o artigo 12.º aplica-se quer o devedor seja pessoa singular ou colectiva logo que um representante do devedor (e não o próprio devedor) realize as condutas descritas do artigo 227.º, n.º 1, do CP.

## **2. O artigo 12.º e a previsão do n.º 2 do artigo 227.º**

O n.º 2 do artigo 227.º prevê a punição do terceiro que praticar as condutas descritas “com o conhecimento do devedor ou em benefício deste”.

O aludido preceito refere-se, assim, a uma situação diferente da comparticipação no crime de insolvência dolosa, como bem nota PEDRO CAEIRO e conforme veremos.

Entende PEDRO CAEIRO<sup>120</sup> que, na base da incriminação vertida no n.º 2 do artigo 227.º estão razões de política criminal. Com efeito, grande parte das condutas típicas podem ser praticadas por terceiros ao serviço da vontade do devedor ou com ele concertados, daí se exigir que as condutas sejam conhecidas pelo devedor, ou levadas a cabo em seu benefício. Pelo que, segundo o Autor, o legislador «decidiu punir a título de autor imediato o terceiro que não seria punido por não se provar a comparticipação». Porém, adverte, esta extensão da punibilidade através da ampliação da autoria não implica que o crime deixe de ser específico, visando-se aqui tão-só «prevenir situações de quase-comparticipação em que o terceiro continua a ser um *extraneus*».

O “terceiro” a que faz referência o n.º 2 do artigo 227.º, não pode ser nem o titular do órgão ou representante do devedor (já incluído no tipo por via do artigo 12.º), nem o administrador/gerente de facto do devedor (elevado à autoria pelo n.º 3 do artigo 227.º),

---

<sup>119</sup> Ainda neste sentido, TERESA QUINTELA de BRITO, *Ibidem*.

<sup>120</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., p. 410.

nem, segundo PEDRO CAEIRO<sup>121</sup> o participante do devedor nos termos dos artigos 26.º a 28.º.

O que o n.º 2 do artigo 227.º preceitua pode, aliás, ser interpretado como argumento a favor da inaplicabilidade do artigo 28.º aos casos em que rege o artigo 12.º (como sucede com o crime de insolvência dolosa): sempre que aquele que em abstracto seria um participante (segundo as regras gerais dos artigos 26.º e 27.º) do devedor ou do seu representante não se configure ele próprio como representante à luz do artigo 12.º, nem como administrador ou gestor de facto da pessoa colectiva devedora (artigo 227.º, n.º 3), responderá como autor do crime autónomo previsto no artigo 227.º, n.º 2. Por o artigo 227.º, n.º 2 não se referir a uma situação de participação de terceiro com o devedor ou o seu representante, nunca poderá abrir a porta à aplicação do artigo 28.º que justamente se reporta à participação em alguns crimes específicos.

### **3. O artigo 12.º e a previsão do n.º 3 do artigo 227.º**

O n.º 3 do artigo 227.º, reportando-se, “no caso de o devedor ser pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto” àqueles quem tenham “exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva”, salvaguarda explicitamente o artigo 12.º.

Questão pertinente que agora nos ocupa é, pois, a de saber se há ou não algum sentido útil na referência do artigo 227.º, n.º 3 tanto ao n.º 1 como ao n.º 2 do mesmo preceito. Mais, o artigo 227.º, n.º 3 limita-se a esclarecer o que já está contido no artigo 12.º ou alude tanto a este preceito como a situação distinta da representação contemplada, assim se explicando a remissão para as hipóteses do n.º 1 e n.º 2 do artigo 227.º?

A versão originária do CP de 1995<sup>122</sup> não contemplava, no artigo 227.º, nenhuma previsão idêntica ao actual n.º 3 desse preceito. Donde, tendo em conta que o ilícito típico previa como seu autor o *devedor*, sendo este uma pessoa colectiva, mormente uma sociedade comercial, a responsabilização de um administrador não poderia operar de modo directo.

---

<sup>121</sup> *Idem*, cit., p. 430-431.

<sup>122</sup> Dada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. A consagração de «quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva» como autor do crime de insolvência dolosa apenas passou a estar prevista com a alteração ao artigo introduzida pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro. Na redacção dada por essa lei ao artigo em apreço esta norma encontrava-se prevista no n.º 5, mas a redacção era exactamente igual àquela que consta actualmente do n.º 3.

Ora, antes da previsão do n.º 3 do artigo 227.º, o administrador ou representante do devedor poderiam já ser responsabilizados à luz do artigo 12.º, n.º 1, alínea a), pelo que este artigo já se aplicava, e continua a aplicar, pois aquele primeiro preceito expressamente salvaguarda este último.

Todavia, não havia consenso quanto à possibilidade de um administrador de facto ser responsabilizado à luz do artigo 12.º.

PEDRO CAEIRO<sup>123</sup> entendia que, antes da revisão do CP de 1998 era duvidoso que o artigo 12.º, n.º 1 permitisse a repercussão da qualidade de devedor em pessoas que, «v.g. detendo elevadas percentagens do capital social» gerissem de facto a sociedade, embora não sendo titulares dos seus órgãos de direcção nem detendo poderes de representação. Segundo o Autor, a resposta seria negativa sempre que «a prática das condutas típicas não reconduzisse à titularidade, sequer abstracta, de um órgão» e não se incluísse nos poderes que esta confere, nem sequer ocorresse sob qualquer forma de representação legal ou voluntária juridicamente existente. Conclui o Autor «na verdade, o artigo 12.º ao referir as pessoas que actuam como titulares (...) não pretende responsabilizar aqueles que, não o sendo, se fazem passar por tal, mas sim os agentes que praticam as condutas proibidas enquanto titulares». Por tudo isto, PEDRO CAEIRO enquadrava no (actual) n.º 2 do artigo 227.º, e não no artigo 12.º, as hipóteses de «*consilium fraudis* entre a pessoa jurídica e o agente não titular de órgão ou de poderes de representação» (o gerente de facto), bem como, «as hipóteses de “gestão real” por sócios não dotados aqui daquela titularidade ou daqueles poderes que actuem em benefício de uma pessoa jurídica gerida por “testas-de-ferro”».

A este entendimento de PEDRO CAEIRO aderiu a Conselheira Maria João Antunes no voto vencido declarado no Ac. do TC n.º 128/2010<sup>124</sup>, segundo a qual « a circunstância de o legislador, em 1998, ter aditado ao artigo 227º do CP o nº 5 (nº 3 na redacção vigente), nos termos do qual, *sem prejuízo do disposto no artigo 12º do CP, é punível (...) quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva (...)*, só pode ser entendida no sentido de a actuação dos administradores de facto não se encontrar coberta pelo artigo 12.º do CP». Citando PEDRO CAEIRO, afirma a Juíza Conselheira que «também a expressão “quem agir voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto”, constante do nº 1 do artigo

---

<sup>123</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., p. 411.

<sup>124</sup> Ac. TC n.º 128/2010, 13/04/2010 (Conselheiro José Borges Soeiro), processo n.º 441/09, URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt>, pontos 2-4.

12º do CP, é interpretada, embora não de forma unânime, no sentido de que esta disposição legal, “ao referir as pessoas que actuam como titulares... etc., não pretende responsabilizar aqueles que, não o sendo, se fazem passar por tal, mas sim os agentes que praticam as condutas proibidas enquanto titulares..., etc.”».

Num mesmo sentido que PEDRO CAEIRO, JOÃO CABRAL<sup>125</sup> entendeu que, atento o facto de o artigo 12.º referir que “é punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva” reporta-se, necessariamente ao regular administrador de direito.

Em sentido contrário pronunciou-se MARIA FERNANDA PALMA<sup>126</sup>, em 1995, recorrendo à ideia de aparência da titularidade de órgão ou poderes de representação para incluir os “meros sócios dominantes” ou “gerentes de facto” no artigo 12.º, o que tornaria o n.º 3 do artigo 227.º um preceito meramente esclarecedor do alcance do artigo 12.º e não uma incriminação específica. Assim, segundo a Autora «a aparência jurídica permitirá, aliás, que meros sócios ou outros agentes que não sejam titulares, do ponto de vista jurídico, dos órgãos da pessoa colectiva, mas o sejam apenas de facto, realizem o tipo».

JOÃO CABRAL<sup>127</sup> critica a concepção de MARIA FERNANDA PALMA, entendendo que «o critério por ela introduzido assume uma operacionalidade que se restringe ao denominado administrador de facto directo, não logrando abranger no seu seio a essência da actuação do *shadow director*. Com efeito, e na medida em que este actua, por regra, de forma oculta por intermédio de uma influência decisiva nos administradores de direito e sem se assumir, nessa medida, como titular, ainda, que irregular, de um órgão da pessoa colectiva, dificilmente será possível antever a referência aparência necessária para a sua sujeição ao tipo incriminatório em causa.»

Na declaração de voto vencido do Ac. do TC n.º 395/2003<sup>128</sup>, MARIA FERNANDA PALMA<sup>129</sup> defendeu que o facto de o (actual) artigo 227.º, n.º 3 «se referir, após a

---

<sup>125</sup> «O administrador de facto no ordenamento jurídico português», *Revista do CEJ*, CEJ: n.º 10 (2.º semestre de 2008), p. 149.

<sup>126</sup> «Aspectos penais da insolvência e da falência», cit. p. 412.

<sup>127</sup> *Idem*, cit., p. 150.

<sup>128</sup> Ac. TC n.º 395/2003, 22/07/2003 (Conselheiro Mário Torres), processo n.º 134/03, URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt>, ponto 2.

<sup>129</sup> Em sentido algo diferente daquele que houvera preconizado antes da revisão do CP de 1998. Porém, justificou a Autora na declaração de voto vencido ao Ac. que « Não tem por isso sentido invocar a opinião que exprimi, no âmbito doutrinário, antes da Revisão do Código Penal de 1998, visto que não me ocupava da interpretação jurídica de tal preceito mas apenas da solução para um problema no plano da política legislativa».

Revisão de 1998, aos agentes de facto nos crimes de insolvência dolosa só demonstra que o legislador necessitou de afastar explicitamente, numa certa situação, a simetria anteriormente referida, que, de outro modo, se imporia por força do argumento sistemático», ou seja, a que se impõe pela não responsabilização daqueles agentes ao abrigo do artigo 12.º. Acrescenta: «o legislador determinou pois, por opção democrática, um alcance mais vasto para a norma através de uma orientação segura dada ao intérprete».

Por seu turno, PAULO SARAGOÇA da MATTA<sup>130</sup> entendeu que o actual n.º 3 do artigo 227.º constitui uma «tautologia absoluta», porquanto vem punir os administradores de facto nos moldes em que já o permitia o artigo 12.º, pelo que aquela norma nada vem acrescentar ao artigo 12.º que já permitia a responsabilização dos administradores/gerentes de facto.

A este propósito, há que destacar o Ac. do TRC de 19 /11/2008<sup>131</sup> que veio punir um gerente de facto (pai) e um gerente de direito (filho) como co-autores pelo crime de insolvência dolosa de uma sociedade nos termos dos artigos 12.º e 227.º, ambos do CP na redacção do Decreto-Lei n.º 48/95, de 15/03, admitindo assim que a conduta típica dos administradores de facto era já punível ao abrigo do artigo 227.º *ex vi* do artigo 12.º, sem necessidade da previsão expressa dada pela Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro. Apesar de não vigorar, à data da prática dos factos, o então n.º 3 do artigo 227.º, o Tribunal não ponderou sequer a sua aplicação porquanto entendeu que esse número «não possui carácter inovador e apenas vem precisar entendimentos já uniformemente aceites».

Entendeu o doutro Tribunal da Relação de Coimbra que os administradores de facto se incluem no artigo 12.º assim que se verifique uma «manifestação de vontade, expressa ou implícita, verbal ou escrita, da sociedade, através dos seus órgãos, a conferir à actuação em nome da sociedade a mesma qualidade funcional» de uma administração que seria de direito «caso tivessem sido seguidos todos os procedimentos legais e formais para a titularidade de direito do órgão da sociedade (gerência)», o que considerou existir no caso *sub judice*.

---

<sup>130</sup> «Fraudes, sistema bancário e falências. Notas sumárias», cit., p. 686.

<sup>131</sup> Ac. TRC de 19/11/2008 (Relator Fernando Ventura), processo n.º 1125/99.9, URL: <http://www.dgsi.pt>

Também ANA SOFIA RENDEIRO<sup>132</sup>, na sequência da fundamentação dada no aludido Ac., defende que o actual n.º 3 do artigo 227.º veio apenas esclarecer que não é só o representante ou administrador de direito que pode ser responsabilizado, mas também o de facto. Prossegue, entendendo que a referência à administração de facto feita pelo preceito em apreço não esvazia a utilidade da remissão para o artigo 12.º, já que é por via desta norma que se podem responsabilizar os administradores de direito e já que o sujeito activo do n.º 1 é apenas quem tem a qualidade de devedor, isto é, o representado, seja pessoa singular ou colectiva.

A questão centra-se, primordialmente, na questão dos poderes de representação.

Com efeito, PEDRO CAEIRO<sup>133</sup> sustenta que o actual n.º 3 do artigo 227.º veio apenas resolver uma lacuna de punibilidade antes não coberta pelo actual n.º 2 do mesmo preceito legal. Ou seja, veio alargar a responsabilidade penal aos casos em que «o “administrador de facto” actua sem conhecimento da pessoa jurídica, de cujos órgãos são titulares verdadeiros “testas-de-ferro” que desconhecem por completo a gestão da vida social», isto porque em situações como esta, «as condutas incriminadas raramente são praticadas “em benefício do devedor”»: elas serão praticadas quase sempre em prejuízo do devedor (a pessoa jurídica) e em benefício de outras pessoas que têm interesse directo na insolvência». Donde, sublinha PEDRO CAEIRO, o sócio não titular de órgão ou de poderes de representação que, para seu benefício, causasse a insolvência através dos actos descritos no n.º 1 do artigo 227.º, sem que a pessoa jurídica (os titulares dos órgãos) deles tivesse conhecimento, não preencheria as condições do artigo 12.º, nem tão pouco os requisitos do actual n.º 2 do artigo 227.º, ficando assim impune. Assim, passando o actual n.º 3 a punir esses agentes, esta seria a única situação de alargamento do círculo de agentes prevista por essa norma.

Por seu turno, TERESA QUINTELA de BRITO<sup>134</sup> entende que, é nestes casos de desconhecimento, por parte da pessoa jurídica, da actuação do agente como seu administrador ou gerente de facto que se torna claro que o n.º 3 do artigo 227.º se afigura como uma extensão do artigo 12.º. Simultaneamente, adiante a Autora, atenta a «unidade do conceito jurídico-penal de representação do ente e do *intraneus*, o n.º 3 do artigo 227.º acaba por esclarecer [*inclusive* em uma perspectiva sistémica] quais são os

---

<sup>132</sup> *A responsabilidade criminal dos administradores de facto*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, n.p., Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2011, p. 93.

<sup>133</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., p. 412 e «A responsabilidade dos gerentes e administradores por crimes falenciais na insolvência de uma sociedade comercial», cit., pp. 11-12.

<sup>134</sup> *Idem*, cit. p. 1767-1769.

sujeitos que nunca podem agir em lugar da pessoa jurídica (artigo 11.º, n.º 4), nem em lugar do agente típico (artigo 12.º)».

O n.º 3 do artigo 227.º tem, pois, um carácter inovador.

E o que dizer quanto à remissão do n.º 3 do artigo 227.º para o respectivo n.º 2?

TERESA QUINTELA de BRITO<sup>135</sup> entende tratar-se de uma gralha não eliminada pela nova redacção do CIRE. Assim, se o terceiro, referido no n.º 2 do artigo 227.º, não pode ser um gerente de facto da entidade devedora (que é elevado à autoria do n.º 1 pelo n.º 3 do artigo 227.º), tal remissão parece corresponder a um resquício do anterior regime que distinguia insolvência de falência. Porém adverte que, só assim não será caso se veja na remissão do n.º 3 para o n.º 2 do artigo 227.º um sentido de esclarecimento de que aquele que exerce de facto a gestão ou direcção efectiva da pessoa colectiva, «permanece um terceiro relativamente a esta, por não se poder qualificar como seu titular de órgão ou representante ao abrigo do artigo 12.º». Deste modo, prossegue, também, a alusão do n.º 3 do artigo 227.º à prática de algum dos factos previstos no n.º 1, esclarece que o gerente de facto «apenas precisa de agir com intenção de prejudicar os credores deste», não sendo já necessário que o faça com conhecimento ou em benefício do devedor, conforme exige o n.º 2 do aludido artigo 227.º.

Uma derradeira nota, fazendo a ponte para tudo quanto ficou dito acerca do n.º 2 do artigo 227.º: na parte em que o artigo 227.º, n.º 3 excede o disposto no artigo 12.º e na hipótese prevista no artigo 227.º, n.º 2, está-se perante ilícitos distintos, embora derivados do previsto no artigo 227.º, n.º 1 porquanto verdadeiramente perpetrados por *extranei*.

---

<sup>135</sup> *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. I, cit., pp. 174-175.

## **4. Aplicação prática**

### **4.1. Caso hipotético apresentado por TERESA QUINTELA de BRITO**

Em sede de aferição da responsabilidade de entes colectivos como actuantes em lugar do *intra-neus*, TERESA QUINTELA de BRITO<sup>136</sup> parte de um caso hipotético, relacionado com o crime de insolvência dolosa e que ora se transcreve.

*Caso A: A assembleia-geral que faz parte de um ente colectivo, «com base em parecer (maliciosamente) favorável do órgão de fiscalização [artigo 420.º, n.º 1, alínea g) do CSC], aprova um relatório de gestão e das contas de exercício que, para prejudicar os credores da sociedade (impedindo a satisfação dos respectivos créditos), simula uma situação patrimonial inferior à realidade, apta a gerar uma ostensiva (ainda que fictícia) impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações e que adequadamente causou tal estado, reconhecido pelo tribunal», situação esta que será p. e p. pelos artigos 189.º, n.º 3, 246.º, n.º 1, alínea e), e 376.º, n.º 1, alínea a) do CSC; e, claro, pelo artigo 227.º, n.º 1, alíneas b) ou c) do CP.*

#### **4.1.1. Responsabilidade dos técnicos de contas como actuantes em conformidade com as ordens dos representantes do devedor**

Importa aferir, no caso em apreço, da responsabilidade dos técnicos de contabilidade que, em conformidade com as ordens dos administradores ou gerentes, introduziram, nos documentos legais e regulares de prestações de contas, declarações falsas com intenção de causar prejuízo aos credores, ou de obter para a sociedade devedora um benefício ilegítimo, ou para preparar um outro crime (o de insolvência dolosa).

Como bem sublinha TERESA QUINTELA de BRITO<sup>137</sup>, só o facto de ocorrer uma diminuição fictícia do activo patrimonial da sociedade constitui facto de relevo jurídico, uma vez que por si próprio ou relacionado com outros factos, como seja por exemplo a declaração de insolvência, é «apto a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica». De relevar também que, a falsa declaração incorporada nos documentos de prestação de contas da sociedade agravam a ilicitude da conduta, devido à importância jurídica e penal daqueles documentos. Não obstante, os técnicos que providenciaram pela introdução de falsas declarações no relatório de gestão e das contas de exercício,

---

<sup>136</sup> *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vol. I, cit., pp. 155-228.

<sup>137</sup> *Idem*, cit., p. 177.

serão punidos (apenas) pelo crime de “falsificação de documento”, p. e p. pelo artigo 256.º, n.º 1, alínea *d*), do CP<sup>138</sup>, conforme se verá.

Todos esses técnicos seriam punidos em co-autoria (artigo 26.º, 3.ª parte, do CP).

Pese embora se possa verificar, por força do artigo 227.º, n.º 2, uma situação de identidade entre os agentes da falsificação de documentos e os do crime fim, certo é que, no caso em apreço, tal não se verifica. Nestes termos, e conforme se verá no ponto que se segue, na actuação dos representantes do devedor poderá haver um concurso efectivo dos crimes de falsificação e de insolvência dolosa, porém, e nesse conspecto adverte TERESA QUINTELA de BRITO<sup>139</sup> esta solução de não se aplica aos técnicos de contabilidade que realizam somente, em co-autoria, o crime de falsificação de documento [p. e p. pelo artigo 256.º, n.º 1, alínea *d*)] a mando dos administradores ou gerentes do ente colectivo devedor. Tal justificação assente, segundo a Autora, no facto de esses técnicos serem terceiros sem qualquer posição de dever face aos credores sociais, e ao «carácter remoto do seu contributo relativamente à acção típica de simulação pelo devedor de uma situação patrimonial inferior à realidade, apta a gerar uma insolvência ostensiva (ainda que fictícia).

A este propósito, prossegue a Autora<sup>140</sup> lembrando que as contas do exercício (falsificadas) carecem ainda da assinatura dos membros da administração, sendo posteriormente submetidas ao órgão de fiscalização [nas sociedades por quotas caso tenham conselho fiscal ou revisor oficial de contas, e nas sociedades anónimas – artigos 262.º e 420.º, n.º 1, alínea *g*) do CSC] e só depois de tudo isto serão alvo de deliberação na assembleia de sócios [artigos 189.º, n.º 3, 246.º, n.º 1, alínea *e*), 376.º, n.º 1, alínea *a*), do CSC]. Donde, segundo a Autora, só com a aprovação dessas maliciosas contas de exercício pela assembleia de sócios se poderá asseverar que o ente colectivo sofreu uma diminuição fictícia do seu património, simulando uma situação patrimonial inferior à realidade. Nestes termos, a aludida falsificação situar-se-á no âmbito dos actos preparatórios do crime de insolvência dolosa, sendo que, ao abrigo do artigo 22.º, n.º 2, alínea *c*), do CP, a tentativa apenas tem início com a assinatura das contas de exercício pelos membros da administração, seguindo-se a aprovação das contas pelos sócios, acto

---

<sup>138</sup> É a seguinte a redacção actual do artigo 256.º, n.º 1, alínea *d*): “1 - *Quem, com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, ou de preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime: (...) d) Fizer constar falsamente de documento ou de qualquer dos seus componentes facto juridicamente relevante; (...) é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.*”

<sup>139</sup> *Idem*, cit. P. 182.

<sup>140</sup> *Idem*, cit., pp. 182-183.

esse que será o adequado à produção do resultado típico da situação ostensiva (embora falsa) de insolvência, segundo o artigo 22.º, n.º 2, alínea *b*). Donde, tendo em conta que o facto por eles praticado (contabilidade falsificada) não dá início à realização típica do crime de insolvência dolosa, os seus agentes não podem ser punidos à luz ao artigo 227.º, n.º 2, uma vez que o seu comportamento não configura uma situação de autoria de insolvência dolosa.

#### **4.1.2. Responsabilidade dos membros da assembleia-geral enquanto representantes do devedor**

E o que dizer da responsabilidade dos membros da assembleia-geral enquanto titulares do órgão representativo do devedor (*in casu*, pessoa colectiva)?

À assembleia-geral cabe a aprovação dos documentos legais de prestação de contas da sociedade devedora, e, os seus membros, enquanto titulares do órgão da sociedade-devedora, assumem uma «posição jurídica de dever ante os credores sociais (no sentido de se não comportarem relativamente ao património colectivo de modo a colocarem em perigo a satisfação dos direitos daqueles<sup>141</sup>. Assim, ao aprovar os documentos falsificados, que futuramente serão apresentados à assembleia de sócios, os membros da assembleia-geral estarão a contribuir para a simulação de uma situação patrimonial inferior à realidade, estando desse modo a realizar actos executivos do crime de insolvência dolosa [nos termos dos artigos 227.º, n.º 1, alínea *b*) ou *c*) e 22.º, n.º 2, alíneas *a*) e *c*)].

Termos em que, conclui-se pela punição dos membros da assembleia-geral, em co-autoria (artigo 26.º, 3.ª parte, do CP), pelo crime de insolvência dolosa, *in casu*, a alínea *b*) do n.º 1 do artigo 227.º. Punição essa que será feita ao abrigo do artigo 12.º

O que dizer quanto à possibilidade de concurso crimes de insolvência dolosa e falsificação de documento?

PEDRO CAEIRO<sup>142</sup> afirma que, nos casos em que o agente causa a situação de insolvência socorrendo-se a manipulações do seu estado patrimonial que se enquadrem nos crimes de “falsificação de documento” (p. e p. pelo artigo 256.º, do CP) ou de “danificação ou subtração de documento e notação técnica” (p. e p. pelo artigo 259.º,

---

<sup>141</sup> Assim, TERESA QUINTELA de BRITO, *Idem*, p. 183.

<sup>142</sup> *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., p. 432.

do CP), existe um concurso efectivo ideal de crimes, porquanto «tais falsificações ou danificações ou subtracções não são especialmente contempladas nas formas de causar a insolvência, antes são equiparadas a modalidades de acção jurídico-penalmente inócuas (v.g. a destruição do próprio património)».

Podemos, assim, questionar se os titulares de órgão ou representantes do devedor que, ao agirem nessa qualidade, provocam uma ostensiva situação de insolvência socorrendo-se a manipulações do seu estado patrimonial, devem ser punidos em concurso real efectivo de crimes de “falsificação de documento” e “insolvência dolosa”<sup>143</sup>.

TERESA QUINTELA de BRITO<sup>144</sup> questiona se em causa poderia estar não um concurso real efectivo de crimes, mas antes um concurso aparente na medida em que a alínea b) do artigo 227.º ao referir-se a “falso balanço” poderia estar logo a admitir a falsificação como um meio de realização do crime de insolvência dolosa, logo, uma dupla valoração levaria a uma violação do princípio *non bis in idem* previsto no artigo 29.º, n.º 5 da CRP. Todavia, tal hipótese cai por terra atentos os diferentes bens jurídicos protegidos por cada um dos ilícitos típicos em causa: enquanto o crime de falsificação de documento se «tutela o interesse de toda a sociedade na segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório documental», o crime de insolvência dolosa protege o património dos credores.

Donde, conclui a Autora<sup>145</sup>, estamos perante um concurso efectivo de crimes, agindo os representantes do órgão com «dolo directo tanto relativamente à falsificação como quanto à insolvência dolosa».

#### **4.1.3. Responsabilidade dos titulares do órgão de fiscalização**

Importa agora aferir da responsabilidade dos titulares do órgão de fiscalização que maliciosamente deram parecer favorável aos documentos de prestação de contas

---

<sup>143</sup> A este propósito, TERESA QUINTELA de BRITO (*Idem*, cit., p. 178) observa que: o artigo 65.º, n.º 3, do CSC exige que o relatório de gestão e as contas de exercício sejam assinados por todos os membros da administração. Sendo que, se algum deles se recusar a assinar, terá de justificar tal recusa no próprio documento e explicá-la perante o órgão competente para a aprovação. Tal significa que, em situações como as do caso em análise, os administradores ou gerentes além de se aproveitarem da falsidade do documento elaborado pelos técnicos de contabilidade, eles próprios, ao assinar o documento, intervêm «na confecção de tal falsidade».

<sup>144</sup> *Idem*, p. 178-181.

<sup>145</sup> *Idem*, cit., p. 181.

falsificados que simulam uma situação patrimonial inferior à realidade, com o objectivo de prejudicar os credores.

Excluída que está, nos termos já consignados na presente dissertação, a aplicação do artigo 28.º aos casos de comparticipação no crime de insolvência dolosa, cumpre questionar se, os membros da assembleia-geral, enquanto titulares do órgão da pessoa colectiva, podem comunicar aos titulares do órgão de fiscalização a qualidade de devedores de que foram investidos por via do artigo 12.º.

Mais, poderá haver uma transmissão da qualidade de devedor para efeitos de responsabilização pelo crime p. e p. pelo artigo 227.º, do CP a todo e qualquer terceiro que participe com o sujeito (originária ou derivadamente) qualificado pelo tipo?

Na esteira de TERESA QUITELA de BRITO<sup>146</sup>, propugnamos pela não aplicação, ao caso *sub judice*, quer do artigo 12.º, quer do n.º 2 do artigo 227.º, ambos do CP, para efeitos da responsabilização destes agentes como autores do crime de insolvência dolosa, pelos fundamentos que se seguem.

Em primeiro lugar, as condutas criminosas previstas nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 227.º, confrontadas com a essência fiscalizadora, deliberativa e preventiva dos poderes de que este órgão está investido, e exerceu no caso *sub judice*, constituem um entrave à comparação do seu comportamento com o do devedor que, com o intuito de prejudicar os seus credores, intenta “diminuir ficticiamente o seu activo” ou “cria criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros”<sup>147</sup>. Apesar de praticarem um acto proibido sobre o património do devedor, certo é que as acções típicas destes agentes, não cabem «em abstracto, nos especiais poderes» que a titularidade do órgão de fiscalização da sociedade devedora confere aos seus membros<sup>148</sup>, donde, não poderão ser considerados como autores, pese embora sejam titulares de um órgão do devedor, exigência feita pelo artigo 12.º.

Não será igualmente aplicável o n.º 2 do artigo 227.º. Em primeiro lugar, porque a prestação desse parecer não se coaduna com a realização de nenhum dos factos previstos no n.º 1 desse dispositivo legal. Conforme ficou já referido, o n.º 2 do artigo 227.º pressupõe, por parte do terceiro, uma contribuição como autor, não como mero cúmplice. Em segundo lugar, o titular do órgão de fiscalização que participa com o

---

<sup>146</sup> *Idem*, cit., p. 189-191.

<sup>147</sup> Nestes sentido, TERESA QUINTELA de BRITO, cit. pp. 189-190.

<sup>148</sup> Assim, PEDRO CAEIRO, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, cit., p. 408.

sujeito tipicamente qualificado (devedor ou o representante, por via do artigo 12.º) na prática do crime não pode ser considerado terceiro<sup>149</sup>.

Pelo exposto, conclui-se que os titulares do órgão de fiscalização que prestam parecer favorável a documentos de prestação de contas consabidamente desconformes à realidade deverão considerar-se como cúmplices materiais do insolvência dolosa, levada a cabo pela sociedade-devedora por intermédio dos membros da assembleia-geral, nos termos já explicitados, e do órgão de administração.

---

<sup>149</sup> Assim, TERESA QUINTELA de BRITO, cit., pp. 190-191.

## CONCLUSÕES

1. Os artigos 12.º e 28.º, do CP, respeitam aos ilícitos típicos que restringem o círculo de agentes em razão da titularidade de um dever específico.
2. Ambos os preceitos resolvem problemas de tipicidade da conduta de *extranei*, porém, com algumas diferenças fulcrais:
3. Nos “crimes especiais de posição”, regulados pelo artigo 28.º, «basta para investir o *extraneus* no correspondente conteúdo do ilícito-típico que este participe *lato sensu* com o *intraneus*». Sendo que, nesses crimes, só em casos de participação com o *intraneus* se justifica responsabilizar o *extraneus* pelo crime especial. Mais, nesta categoria de delitos, interessa a relação do agente com o bem jurídico-penal e não a relação jurídica – inclusive extrapenal – entre titular da posição e estranho. Relação sobre a qual, ao invés, se baseia a actuação em lugar de outrem e o disposto no artigo 12.º
4. Já nos “crimes especiais de dever” e nos “crimes egoisticamente estruturados”, regulados pelo artigo 12.º, para sujeitar o *extraneus* à pena do crime especial, não é suficiente que este porventura participe com o sujeito tipicamente qualificado. Mais, não é necessária participação entre *intraneus* e *extraneus* para que ao segundo seja aplicada a pena do crime especial. O conteúdo do ilícito-típico pode ser assumido por si só por certos *extranei* qualificados: os titulares de órgão ou representantes do *intraneus*.
4. Na esteira de TERESA QUINTELA de BRITO, deveremos concluir pela inaplicabilidade do artigo 28.º aos casos em que rege o artigo 12.º.
5. Tal conclusão pode ser retirada antes de mais pelo significado de “elementos pessoais” consagrados na alínea a) do artigo 12.º, n.º 1, ao qual deve ser atribuído um significado mais restrito relativamente às “qualidades ou relações pessoais do agente” postuladas no artigo 28.º.

6. O crime de insolvência dolosa, enquanto “delito de posição especial” e susceptível de comissão em lugar de outrem, cai no crivo do artigo 12.º, n.º 1, alínea *a*).

7. O artigo 12.º aplica-se quer o devedor seja pessoa singular ou colectiva logo que um representante do devedor (e não o próprio devedor) realize as condutas descritas do artigo 227.º, n.º 1, do CP.

8. A consequência da exclusão, do âmbito de aplicação do art. 28º, dos crimes específicos em que rege o art. 12º, é a impossibilidade de comparticipação criminosa entre intranei (originários ou derivados via art. 12º) e extranei (não representantes).

9. O n.º 2 do artigo 227.º refere-se , a uma situação diferente da comparticipação no crime de insolvência dolosa, como bem nota PEDRO CAEIRO, dizendo tratar-se de situações de «quase-comparticipação».

10. O que o n.º 2 do artigo 227.º preceitua pode, aliás, ser interpretado como argumento a favor da inaplicabilidade do artigo 28.º aos casos em que rege o artigo 12.º (como sucede com o crime de insolvência dolosa): sempre que aquele que em abstracto seria um participante (segundo as regras gerais dos artigos 26.º e 27.º) do devedor ou do seu representante não se configure ele próprio como representante à luz do artigo 12.º, nem como administrador ou gestor de facto da pessoa colectiva devedora (artigo 227.º, n.º 3), responderá como autor do crime autónomo previsto no artigo 227.º, n.º 2.

11. Por o artigo 227.º, n.º 2 não se referir a uma situação de comparticipação de terceiro com o devedor ou o seu representante, nunca poderá abrir a porta à aplicação do artigo 28.º que justamente se reporta à comparticipação em alguns crimes específicos.

12. O “participante” extraneus (não representante do devedor à luz do art. 12º) só poderá ser punido nos termos do art. 227º/3 ou do art. 227º/2, desde que se verifiquem os respectivos pressupostos de punibilidade.

13. Seguindo o entendimento de TERESA QUINTELA de BRITO parece-nos que resulta claro que o n.º 3 do artigo 227.º se afigura como uma extensão do artigo 12.º. nos casos de desconhecimento, por parte da pessoa jurídica, da actuação do agente

como seu administrador ou gerente de facto. O n.º 3 do artigo 227.º tem, pois, um carácter inovador.

## BIBLIOGRAFIA

### **BRITO, Teresa Quintela de**

- *Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem”*, Vols. I e II, Dissertação de Doutoramento, n.p., Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2012.

### **CABRAL, João Miguel Santos**

- «O administrador de facto no ordenamento jurídico português», *Revista do CEJ*, CEJ: n.º 10 (2.º semestre de 2008), pp. 109-163

### **CAEIRO, Pedro**

- *Sobre a Natureza dos Crimes Falenciais (O Património, a Falência, a sua Incriminação e a Reforma Dela)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996;

- Anotações aos artigos 227.º e 229.º, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;

- «A responsabilidade dos gerentes e administradores por crimes falenciais na insolvência de uma sociedade comercial», Separata de *Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Fundação Bissaya Barreto/Instituto Superior Bissaya Barreto, 2001.

### **CONDE, Francisco Muñoz**

- *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª edição, Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

### **DIAS, Jorge de Figueiredo**

- *Direito Penal. Parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007 (1.ª edição 2004).

### **JAKOBS, Günther**

- *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., corrigida (trad.: Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo do original alemão *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991), Madrid: Marcial Pons, 1997.

**MARTÍN, Luis Gracia**

- *El actuar en lugar de outro en Derecho Penal*, Vols. I e II – *Estudio específico del art. 15 bis del Código Penal español*, Zaragoza: Prensas Universitarias, 1985 e 1986.

**MARTÍN, Víctor Gómez**

- *Los delitos especiales*, Montevideo-Uruguay/Buenos Aires-Argentina: Editorial B de F, 2006.

- «Delitos de posición y delitos con elementos de autoría meramente tipificadores», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 14-01, 2012, URL: <http://criminet.ugr.es/recpc>, 2012.

**MATTA, Paulo Saragoça da**

- *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001;

- «Fraudes, sistema bancário e falências. Notas sumárias», AA. VV., *Direito Penal – Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 663-694.

**MONTEIRO, Henrique Salinas**

- *A participação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

**OLIVÉ, Juan Carlos Ferré**

- «Autoría y delitos especiales», *En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Vol. I, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pp. 1013-1026.

**PALMA, Maria Fernanda**

- «Aspectos penais da insolvência e da falência», *RFDUL*, vol. XXXVI (1995), n.º 2, pp. 401-415.

**PLANAS, Ricardo Robles**

- *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2007.

**RENDEIRO, Ana Sofia**

- *A responsabilidade criminal dos administradores de facto*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, n.p., Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2011.

**ROXIN, Claus**

- *Derecho Penal: Parte general, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, (trad.: Diego-Manuel Luzón Peña et al. do original alemão *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2.<sup>a</sup> ed., Auflage Beck: München, 1994), Madrid: Civitas Ediciones, 2006, 3.<sup>a</sup> reimp. (1.<sup>a</sup> ed.: 1997);

- *Autoría y dominio del hecho em Derecho Penal*, (trad.: Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo do original alemão *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.<sup>a</sup> ed.), Madrid: Marcial Pons, 1998.

**SILVA, Germano Marques da**

- *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Lisboa/São Paulo: Editorial Verbo, 2009.

**SOUSA, Susana Aires de**

- «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 15 (2005), n.º 3, pp. 343-368;

- «A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial», Manuel da Costa Andrade/Maria João Antunes/Susana Aires de Sousa (Orgs.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor JORGE de FIGUEIREDO DIAS*, Vol. II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 1005-1037.

## JURISPRUDÊNCIA

### **ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE COIMBRA**

Ac. TRC de 19/11/2008 (Relator Fernando Ventura), processo n.º 1125/99.9, URL: <http://www.dgsi.pt>

### **ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DE ÉVORA**

Ac. TRE de 26/02/ 2013 (Relatora Maria Isabel Duarte), processo n.º 9/06.0, URL: <http://www.dgsi.pt>

### **ACÓRDÃOS DA RELAÇÃO DO PORTO**

Ac. TRP de 17/10/2012 (Relator Joaquim Gomes), processo n.º 833/03.6, URL: <http://www.dgsi.pt>

Ac. TRP de 02/10/ 2013 (Relatora Cacilda Sena), processo n.º 253/05.8, URL: <http://www.dgsi.pt>

### **ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS**

Ac. TC n.º 395/2003, 22/07/2003 (Conselheiro Mário Torres), processo n.º 134/03, URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

Ac. TC n.º 128/2010, 13/04/2010 (Conselheiro José Borges Soeiro), processo n.º 441/09, URL: <http://www.tribunalconstitucional.pt>.