

Nótulas esparsas sobre o crime de administração danosa

ANDRÉ LAMAS LEITE

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

I. INTRODUÇÃO

O texto que ora se dá à estampa é apenas e tão-só um roteiro, uma espécie de «notas de leitura», necessariamente sincopadas e propositadamente lacunares sobre o tipo legal de crime p. e p. pelo art. 235.º do Código Penal (CP) – a administração danosa. Daí não se esperar dele uma exposição sistemática ou recortes de grande erudição doutrinal e jurisprudencial. Aborda, isso sim, alguns problemas concretos na interpretação do bem jurídico, do tipo, *maxime*, objetivo, assim como da prova, que, esperamos, possam ter alguma utilidade prática.

II. CONSIDERAÇÕES SOBRE O BEM JURÍDICO

A inserção sistemática do art. 235.º do CP faz-se no âmbito dos delitos contra o património (Título II, do Livro II, do CP) e, mais precisamente, nos «crimes contra o setor público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente». É certo que o elemento sistemático não é decisivo para a identificação do bem jurídico tutelado, porém, não deve ser ignorado em uma hermenêutica teleologicamente fundada e que tenha nos «sentidos possíveis da lei» um *ponto de partida* e, ao mesmo tempo, de *limite* crítico intrínseco, como o impõe o art. 9.º do Código Civil.

A *ratio legis* há-de ser também encontrada conhecendo a história da incriminação e as suas fontes. Sabemos que o art. 235.º do CP foi muito influenciado por um tipo paralelo que existia no CP da antiga Alemanha de Leste (de 12 de janeiro de 1968), em que se propendia para a tutela do património do Estado. Nesse § 165, 1, era elemento expresso do tipo objetivo um *bedeutenden wirtschaftlichen Schaden* («dano económico importante/significativo»). Já na altura se entendia que a sua natureza pública importaria um cuidado acrescido na administração dos bens resultantes do esforço dos cidadãos e que visam a satisfação de necessidades supra-individuais. O *quantum* acrescido de punição adviria da natureza da unidade produtiva, do carácter público das funções exercidas e das finalidades específicas a cujo serviço essa unidade se encontrava vinculada.

Aquele que era o art. 333.º da versão originária do CP foi introduzido com a Proposta de Lei aprovada em 11 de julho de 1979 e depois apresentada à Assembleia da República ⁽¹⁾. No ponto 35 da exposição de motivos que acompanha a versão originária da codificação criminal, o legislador recorda conhecer estas experiências tipificadoras, mas delas se afasta no sentido de que se não pretende fazer com que os gestores destas unidades públicas tenham de ter cuidados adicionais irrazoáveis em face dos seus homólogos do setor privado. *Tal visão estatizante resultaria em uma paralisia da atividade do setor económico do Estado*, a par de impedir a ascensão de profissionais competentes à gestão da coisa pública, receosos que estariam de facilmente poderem incorrer em responsabilidade criminal ⁽²⁾. Em uma palavra, o legislador aponta para uma interpretação apta a conciliar o rigor e a prudência da gestão com a inevitabilidade de as empresas correrem os riscos adequados à prossecução do seu escopo social.

Nessa ponderação, *em lado algum do tipo legal (ou em outra legislação) se estabelece um distinguo entre as empresas detidas pelo Estado que atuem ou não em mercado concorrencial*. Donde, o padrão valorativo há-de ser o mesmo.

E bem se compreende que assim seja, na medida em que a teleologia, a história, a inserção sistemática e a literalidade do crime de administração danosa impõem que o interesse jurídico tutelado seja o *património de uma unidade detida pelo Estado, o qual se salvaguarda por intermédio do adimplemento de normas de controlo ou regras de gestão racional* ⁽³⁾. Na verdade, bem se pode caracterizar o crime de administração danosa como um «delito de dever» (*Pflichtdelikt*) ⁽⁴⁾, no sentido em que, dizendo-o na esteira de ROXIN ⁽⁵⁾, o núcleo do ilícito consiste na confiança depositada pela ordem

⁽¹⁾ Para a história do preceito e do capítulo em que o mesmo se insere, cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Nótula antes do art. 234.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, t. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 515-524, e A. LOPES DE ALMEIDA/C. LOPES DO REGO *et al.*, *Crimes contra o património em geral*, Lisboa: Rei dos Livros, 1983, pp. 150-152.

⁽²⁾ O mesmo se diz em face do art. 224.º do CP – cf. AMÉRICO TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao art. 224.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (dir.), *Comentário Conimbricense...*, t. II, § 4, pp. 363-364.

⁽³⁾ Aproximamo-nos da conclusão de COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 235.º do CP», §§ 2 a 5, pp. 540-542. Na doutrina espanhola, em direção idêntica, cf. CARLOS MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 457-458, referindo-se ao «património administrado» (e não à mera noção clássica de «património») como bem jurídico tutelado.

⁽⁴⁾ Como o é em CLAUS ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. da 7.ª ed. alemã de 1999, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 419 (em face do § 266 do StGB – crime de *Untreue*: infidelidade) e, entre nós, em HENRIQUE SALINAS MONTEIRO, *A participação em crimes especiais no Código Penal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 282, nota 99 (também quanto à infidelidade do art. 224.º do CP, mas aplicável à administração danosa). Com relevo, ainda, SUSANA AIRES DE SOUSA, «A autoria nos crimes específicos: algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal», in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 15 (2005), pp. 343-368.

⁽⁵⁾ *Autoría y dominio del hecho...*, p. 742.

jurídica na manutenção da integridade de certos deveres assumidos pelo agente do crime.

Veja-se que o particular programa de tutela dos interesses públicos se surpreende, desde logo, pela diversa configuração das regras violadas no art. 235.º do CP e no tipo fundamental da infidelidade do art. 224.º do CP («com grave violação dos deveres que lhe [ao agente] incumbem»).

Todavia, não julgamos precisa a conclusão de que o legislador pretendeu abarcar mais factos na incriminação da administração danosa do que na infidelidade, uma vez que, se é certo que a gravidade da infração dos deveres iminentes sobre o agente parece apontar para condutas com um maior potencial ofensivo dos interesses protegidos, também é um facto que «normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional» serão, *ao menos na grande maioria das hipóteses*, sobreponíveis à violação grave de deveres de gestão. Entendemos que a diversa conceitualização entre os artigos 224.º e 235.º do CP, nesta parte, se justifica pela necessidade de, atenta a especial natureza dos interesses públicos com que se lida na administração danosa, o tipo refletir uma atuação – neste domínio vinculada – descrita de jeito mais preciso. Sem que o conteúdo essencial se aparte de modo considerável.

III. ALGUMAS QUESTÕES DO TIPO OBJETIVO

A. É essencial, em sede de tipo-de-ilícito objetivo, *a)* que haja infração dolosa de certas regras; *b)* que o dano revista dadas características; *c)* que o quadro funcional do agente admita que, *per se* ou em comunhão de esforços, lhe seja juridicamente possível provocar o dano; e *d)* que seja ultrapassada a margem do «risco permitido» que sempre acompanha qualquer atividade económica.

Ora, parafraseando PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE ⁽⁶⁾, «o acordo (expresso) de todos os cooperantes ou dos órgãos de direção mandatados para o efeito afasta a tipicidade da conduta do agente. Nas unidades do setor público, o acordo compete, de igual modo, aos órgãos de administração respetivos (...)». Tendo havido acordo de todos os membros, p. ex., de um Conselho de Administração de uma empresa pública, estaremos perante uma *cláusula de atipicidade*. E nem se argumente com o art. 12.º do

⁽⁶⁾ *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, anot. 12, p. 645. O mesmo defende aquele autor para o tipo fundamental de infidelidade – cf. anot. 10, p. 619.

CP, na medida em que as duas alíneas do seu n.º 1 dizem respeito a hipóteses em que as qualidades especiais se verificam *na pessoa do representado* (aqui, a pessoa coletiva) ⁽⁷⁾, o que em nada contende com o art. 235.º, n.º 1, do CP, porquanto este configura um delito específico, mas em que os agentes ativos são os próprios gestores ou administradores. Ou seja, o objetivo de o art. 12.º do CP se converter em uma técnica legislativa apta a evitar a impunidade dos titulares de órgãos de pessoas coletivas, *maxime* em uma época em que a responsabilidade penal das pessoas coletivas não havia conhecido o desenvolvimento que viria a ter com a revisão de 2007 do CP, não se aplica. *No crime de administração danosa, o que se censura é a causação de um dano patrimonial à unidade económica pela qual o agente é responsável, o que importa que o art. 235.º, n.º 1, do CP delimite no âmbito do punível esses sujeitos que ocupam posições de liderança, sancionando-os enquanto tais.*

Acresce que as hipóteses de atuação em nome de outrem (art. 12.º do CP) não são equacionáveis sempre que os arguidos administradores, p. ex., não tenham competência para, *por si só*, vincular a sociedade a uma deliberação daquele tipo, a qual teria, necessariamente, de ser aprovada, v. g., em reunião do Conselho de Administração.

Como sempre, terá de existir uma *relação de imputação objetiva* entre os factos dos agentes e o resultado produzido («dano patrimonial importante»). Para o ser, tem de existir uma *possibilidade jurídica* de, *no seu âmbito funcional*, os administradores da empresa, por si, poderem vincular a sociedade à celebração de um dado negócio jurídico. Nas palavras de CHRISTIAN BERTEL/KLAUS SCHWAIGHOFER ⁽⁸⁾, a propósito do § 153 do StGB austríaco, similar ao nosso crime de infidelidade de que a administração danosa é uma forma qualificada, «quem não tem o poder, não pode praticar a infidelidade como autor imediato».

E isto pela razão cristalina de a imputação objetiva, hodiernamente encarada do prisma da «teoria da conexão do risco» ⁽⁹⁾, não renunciar a um primeiro escalão em que os ensinamentos da «doutrina das condições equivalentes» prende a discursividade

⁽⁷⁾ Para um conspeto, PAULO SARAGOÇA DA MATTA, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, *passim*, e, agora, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, pp. 87-88.

⁽⁸⁾ *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 7. Auflage, Wien/New York: Springer, 2003, § 153, Rn 3, p. 217.

⁽⁹⁾ Por todos, entre nós, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, t. I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 322-347. Na Alemanha, para citar somente alguns, e que não partilham de posições totalmente idênticas, cf. CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, München: Beck, 1997, Rn 39-119, pp. 310-351, e GÜNTHER JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1993, Rn 72-103, pp. 220-237.

criminal à materialidade dos factos. Assim, se, v. g., nem de um ponto de vista abstrato as condutas imputadas aos arguidos tiverem a virtualidade de conduzir àquele concreto resultado, então inexistirá, de jeito seguro, qualquer imputação. Para afirmar essa imputação, exigir-se-á, pois, na síntese de SCHWINGE/SIEBERT ⁽¹⁰⁾, «[a] ultrapassagem do juridicamente permitido no âmbito do juridicamente conhecido».

E isto não significa, note-se, que qualquer ato que preenchesse objetivamente os elementos típicos do crime, desde que praticados por decisão de órgão colegial, quedaria impune. Deve assentar-se em que o tipo legal do art. 235.º, n.º 1, do CP, do modo como se acha configurado, se preenche com atuações individuais de quem, na unidade económica do setor público ou cooperativo, pela natureza das funções que ocupa, pode provocar «dano patrimonial importante».

Outra causa de atipicidade se surpreende no n.º 2, do art. 235.º do CP – que teve como fonte o § 169 do CP da ex-RDA, onde expressamente se referia ao *Wirtschaftsrisiko* («risco económico») ⁽¹¹⁾.

Encaremos, então, mais de perto, a figura-de-delito em presença.

B. O art. 235.º, n.º 1, do CP é habitualmente descrito como um *crime específico puro ou próprio* ⁽¹²⁾, dado que somente pessoas que reúnam em si determinadas qualidades são passíveis de chamamento à responsabilidade criminal. Mais ainda, a qualidade dos agentes é elemento do ilícito, de tal modo que inexistente um outro tipo legal que, para a generalidade dos sujeitos, seja passível de preenchimento através da conduta típica.

Ao invés desta opinião, se bem vemos as coisas, o delito de administração danosa é, mais corretamente, um crime específico *impróprio* ⁽¹³⁾, uma vez que, como em geral se reconhece, o art. 235.º, n.º 1, do CP, é um *tipo qualificado do crime de infidelidade*

⁽¹⁰⁾ Apud HERMANN BLEI, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 12. Auflage, München, Beck, 1983, p. 258. No mesmo sentido, URS KINDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil II*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, pp. 325 e 327.

⁽¹¹⁾ § 169. *Wirtschafts- und Entwicklungsrisiko. Eine Straftat nach den §§ 163 bis 168 liegt nicht vor, wenn 1. die Handlung vorgenommen wird; um einen bedeutenden wirtschaftlichen Nutzen herbeizuführen oder einen bedeutenden wirtschaftlichen Schaden abzuwenden und der Handelnde nach verantwortungsbewußter Prüfung aller die Handlung betreffenden Umstände die eingetretenen wirtschaftlichen Nachteile für wenig wahrscheinlich oder aber für wesentlich geringer als den vorgesehenen wirtschaftlichen Nutzen halten durfte (Wirtschaftsrisiko) (...).*

⁽¹²⁾ MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 235.º do CP», in: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense...*, § 39, p. 554. Na jurisprudência, cf., *inter alia*, o ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 11-2-1998, Proc. n.º 97P1191, MARIANO PEREIRA, disponível em <http://www.dgsi.pt> (consulta em 14-06-2010).

⁽¹³⁾ No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, anot. 5, p. 645.

(art. 224.º, n.º 1, do CP (¹⁴)), tendo como objeto de ação específico uma «unidade económica do setor público ou cooperativo». E este objeto de ação, a par de outros elementos, não consentem uma importação acrítica da hermenêutica do art. 224.º do CP para o crime de administração danosa, como ocorre, v. g., na interpretação do segmento «dano patrimonial importante», como haverá ocasião de estudar.

Ainda quanto ao agente, *são as pessoas singulares que tenham praticado os factos nele descritos que o podem preencher*, excluída que está, *in casu*, a responsabilidade penal da pessoa coletiva (cf. art. 11.º, n.º 2, e n.º 3, al. b), do CP). Ora, quando os arguidos tiverem atuado *dentro do seu quadro funcional*, não merecem qualquer censura penal e, a merecerem, teriam de ser *todos* quantos, p. ex., aprovaram a deliberação do órgão.

Não se pode também afirmar que preenche a conduta típica a conduta do agente, membro de órgão colegial que dolosamente leva este a tomar a deliberação que constitua infração de normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional. Por outras palavras, aquilo que se pretende é transformar o delito do art. 235.º, n.º 1, do CP em uma espécie de *crime de instigação autónomo*, pois se advoga que o núcleo do ilícito não se encontra (ao menos só) no ato material gerador de «dano patrimonial importante», mas também (ou só) em uma *atuação prévia de determinação dolosa* a quem teria competência para o ato.

Antes de mais, o elemento literal do inciso depõe em sentido contrário a tal hermenêutica. Mas, sobretudo, da leitura do ponto n.º 35 da exposição de motivos que acompanha o Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, resulta que a *intentio* legislativa foi a de fazer impender a responsabilidade penal sobre as pessoas – e *tão só elas* – que, através de uma execução vinculada («infringindo intencionalmente normas de controlo ou regras económicas de uma gestão racional»), provoquem um dano de um certo tipo a uma unidade económica pública ou cooperativa.

(¹⁴) Assim, COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 235.º do CP», § 1, p. 540, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal...*, anot. 4 e 14, pp. 645-646, MANUEL MAIA GONÇALVES, *Código Penal*, 12.ª ed, Coimbra: Almedina, 2001, p. 746, e JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Crimes contra o património*, Oliveira de Azeméis: Universidade Lusíada, 1996, p. 249. Apesar de em Espanha inexistir um tipo legal com a mesma configuração que o nosso art. 235.º do CP, o art. 295 do CP daquele país pune a administração desleal em factuaisidades similares. E também aí se conclui que o núcleo do ilícito é «(...) a infidelidade às obrigações que como administrador de facto ou de direito lhe exigem (...) uma conduta societária que viole os vínculos de fidelidade e lealdade que une os administradores à sociedade» (sentença do *Caso Banesto*), cit. em ÁNGEL CALDERÓN/JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN (Coord.), *Código Penal comentado*, Barcelona: Ed. Deusto, 2005, p. 631. No mesmo sentido, GONZALO QUINTERO OLIVARES/FERMÍN MORALES PRATS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2001, p. 1354.

De que modo corresponde este facto à prática de um crime ou serve para preencher algum dos elementos do tipo do art. 235.º, n.º 1, do CP? A omissão, em si mesma e de um prisma objetivo, não representa qualquer ilícito criminal.

Acresce, por fim, nesta vertente, que só poderá achar-se incurso na prática do crime *sub judice* aquele que espolete «(...) ações compreendidas no âmbito de competência do agente e da sua capacidade para vincular perante terceiros a empresa pública ou cooperativa» ⁽¹⁵⁾. Como se escrevia à luz do § 165 do CP da ex-RDA, o qual serviu de *fons iuris* ao nosso art. 235.º, n.º 1, do CP, exige-se que os agentes detenham «a possibilidade jurídica de tomar *auto-responsavelmente* decisões vinculativas para a unidade económica» ⁽¹⁶⁾.

Por outra banda, como determina o art. 5.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de março (Estatuto do Gestor Público), «(...) são deveres dos gestores públicos e, em especial, dos que exerçam funções executivas: (...) d) *Avaliar e gerir os riscos inerentes à atividade da empresa*» ⁽¹⁷⁾. Inexiste, pois, como não podia deixar de ser, uma desconsideração, pelo legislador, da álea sempre inerente (também), p. ex., no setor empresarial do Estado.

C. Núcleo central do tipo objetivo é, então, que o *crime material e de dano* em que se traduz o art. 235.º do CP provoque um «dano patrimonial *importante*», o qual só pode ser interpretado da forma como o faz, entre nós, COSTA ANDRADE ⁽¹⁸⁾.

Para este Mestre, «(...) torna-se indispensável que, pelo seu impacto concreto, o dano *possa pôr em causa a subsistência, o funcionamento e o desempenho das tarefas comunitárias cometidas à unidade económica*». Atentando na já citada exposição de motivos do CP (ponto 35), aí se diz que se pretende recobrir «(...) só aquelas condutas intencionais que levam à produção de *resultados desastrosos*» (itálico nosso). Não parece ser outro, ainda, o entendimento de MAIA GONÇALVES ⁽¹⁹⁾, ao escrever: «[a] importância do dano não pode medir-se em termos gerais bem definidos; terá em todo o caso de equacionar-se *com a dimensão e com a situação económica concreta da unidade económica lesada*».

⁽¹⁵⁾ COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 235.º do CP», § 6, p. 542.

⁽¹⁶⁾ *Apud* COSTA ANDRADE, «Anotação ao art. 235.º do CP», § 40, p. 555. Itálicos acrescentados.

⁽¹⁷⁾ Nossos itálicos.

⁽¹⁸⁾ «Anotação ao art. 235.º do CP», §§ 27-29, pp. 550-551. Nossos itálicos. Na jurisprudência, não se afastando desse entendimento, e acolhendo-se ao adjetivo «desastroso», citado em texto, expressamente, o ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 2-02-2000, Proc. n.º 9940740, TEIXEIRA PINTO, disponível em <http://www.gdsi.pt> (acedido em 7-06-2010).

⁽¹⁹⁾ *Código Penal*, p. 747. Nossos itálicos.

Primo, esta é a única interpretação apta a desenvolver um suficiente programa de tutela do bem jurídico identificado, na medida em que se afasta da mera noção de «valor elevado» recolhida no art. 202.º, al. a), do CP. É seguro que se o legislador dela quisesse ter lançado mão, o teria dito *expressis verbis*, o que não sucedeu. *Secundo*, trata-se de uma *conceção de património orientada para a específica tutela das funções públicas* em que a unidade económica se acha empenhada. Se assim é, o dano e a sua natureza não se podem desligar dessa *função*, *i. e.*, só releva para o âmbito da incriminação típica o dano que a comprometa de modo sério, de jeito decisivo. O que é independente de uma simples consideração matemática e que terá de ser *analizada caso a caso*, mas que terá sempre como limite intransponível que esse prejuízo causado se tenha arvorado em óbice sério à continuidade do desempenho das funções para que tende a unidade económica. *Tertio*, só esta hermenêutica, por outro lado, justifica que a pena do art. 235.º do CP seja superior à do art. 224.º, n.º 1, do mesmo Código. O *quantum* acrescido de desvalor acoberta-se à aludida *funcionalização do património* que jamais deve ser perdida de vista na escarpelização interpretativa.

Em reforço do elemento histórico, é imperativo esboçar-se a evolução legislativa do então art. 333.º da versão originária do CP. Em 1982 exigia-se que se provocasse um «dano material», não havendo qualquer alusão ao seu jaez «importante» (n.º 1). E aí usava-se, de modo expresso, a referência a «valor consideravelmente elevado» (n.º 3) e «valor insignificante» (n.º 4), o que demonstra que o legislador não se havia desligado, *nesse tempo*, das normas definitórias hoje previstas no art. 202.º do CP. Ora, com a Reforma de 1995, esses segmentos normativos foram por completo eliminados, o que mostra uma clara *intentio* de mudar o paradigma, desligando-o da pura e simples aritmética das unidades de conta.

Logo, em um caso concreto, sempre se terá de provar que existe um valor que, com base na chamada «teoria da diferença» – o único critério operatório em sede de administração danosa e de infidelidade, como sucede na Alemanha ou na Áustria ⁽²⁰⁾ –, impusesse que o ativo patrimonial da empresa tivesse ficado prejudicado com o negócio jurídico em causa.

Aquilo por que se propugna é que cada dano seja encarado *no específico contexto da empresa em causa*. Inexiste, pois, qualquer violação do princípio da *ultima ratio* da

⁽²⁰⁾ Assim, quanto à *Differenztheorie* entre a prestação (*Leistung*) e a contraprestação (*Gegenleistung*), cf. CHRISTIAN BERTEL/KLAUS SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil*, § 153, Rn 11, p. 219.

intervenção penal no entendimento da gravidade com que o legislador recobriu o dano do art. 235.º do CP. Já se disse que é essencial que se afaste, *aqui*, a noção puramente decalcada do art. 202.º do CP. Exige-se, isso sim, um reflexo concreto do dano na estrutura da empresa e no asseguramento da manutenção das suas funções primordiais.

Veja-se que até podemos estar perante um dano economicamente pouco significativo mas que, p. ex., tenha afetado de tal forma a imagem exterior da empresa que provoque uma debandada de clientes/consumidores para outras empresas, em especial em setores concorrenciais. P. ex., uma decisão de deixar de apoiar financeiramente um projeto social muito querido da população, até para evitar despesas, importa uma quebra da hoje propalada «responsabilidade social das empresas» ⁽²¹⁾. Ora, as *leges artis* de uma «gestão racional» nos tempos atuais comportam, por certo, este nível de responsabilidade, de tal modo que o afastamento do consumo de bens ou da utilização de serviços dessas unidades económicas detidas pelo Estado se teria ficado a dever, do prisma da «teoria da adequação», a essa decisão que, *no imediato, até se traduzira em uma poupança de despesas*. Aqui está um exemplo que demonstra, ao que pensamos, o carácter destrinchável da noção de «valor elevado» ou «consideravelmente elevado» do conceito de «dano patrimonial importante».

IV. REFERÊNCIAS SINCOPADAS ATINENTES À PROVA

A. A *prova indiciária ou por inferência* é amiúde considerada como das mais adequadas para o preenchimento, a nível processual, do conceito de «dano patrimonial importante». Seria imprestável ao atual desiderato uma abordagem muito extensa do problema assim enunciado e que, como se não ignora, é de grande candência no processo penal, visto a prova ser *o coração de toda a atividade jurisdicional*. Diremos, todavia, o que nos parece de todo essencial sublinhar.

Começemos por acobertar-nos à autoridade de VAZ SERRA ⁽²²⁾, no sentido de enquadrarmos o que se entende por «factos» para efeitos jurídicos: «factos são os acontecimentos externos ou internos suscetíveis de perceção e, entre eles, os simples *indícios* (factos de que se concluem os factos imediatamente relevantes) e os chamados *factos auxiliares* (factos que servem para a apreciação de meios de prova ou indícios, v.

⁽²¹⁾ Embora não coincidente *in totum*, cf. TAIPA DE CARVALHO, «Anotação ao art. 224.º do CP», § 11, pp. 366-367.

⁽²²⁾ «Provas (Direito Probatório Material)», in: *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, 110, p. 75.

g., os factos que dizem respeito à genuinidade de um documento ou à incredibilidade de uma testemunha)».

Já por «indícios» se entenderá que, «numa aceção comum, [eles] significa[m] sinal, marca, indicação, manifestação, o que se explica pela sua origem etimológica: *indicare*, fazer saber, manifestar. O seu entendimento jurídico não se afasta muito daquele: será indício a circunstância certa da qual se possa retirar, através de um processo de indução lógica, a consistência ou inconsistência de um facto desconhecido, o indício, facto conhecido, permite a prova da existência ou da inexistência de um outro, não porque o representa, mas antes por força de um procedimento lógico de indução. A aproximação que exhibe relativamente à noção comum ajuda a compreender que a problematização e a análise jurídica e processual dos indícios sejam atividades que exigem a utilização de sólidas regras nascidas da experiência do homem e da natureza, bem como a procura, nos mecanismos humano-sociais e nos fenómenos físico-naturais, de uma constância e uniformidade que confirmem legitimidade às expectativas com base nas quais se desenvolvam aquelas tarefas. O indício, facto conhecido, permite a prova da existência ou da inexistência de um outro, não porque o representa, mas antes por força de um procedimento lógico de indução» ⁽²³⁾.

Donde, para existirem indícios, essencial se torna que haja *factos de base* dos quais os primeiros se retiram: «[o] indício é a testemunha muda do facto ou da culpa, a prova é a sua expressão eloquente» (BATTAGLINI).

O *método indutivo* parte dos dados, da observação dos factos para formar a ideia, o que pressupõe a recolha desses dados, a formulação de uma hipótese e o seu confronto com os dados originais ⁽²⁴⁾. Por *prova indiciária* entende-se «(...) um silogismo no qual a premissa maior é uma máxima da experiência (...), a premissa menor é a circunstância indiciária certa, e a conclusão representa a demonstração do facto objeto de prova». «No caso (...) em que o juiz valore um indício, procede à aplicação das máximas da experiência em dois momentos: um primeiro quando avalia, como no caso da prova representativa, a utilizabilidade do dado adquirido (juízo sobre a atendibilidade –

⁽²³⁾ JORGE GASPAR, «Titularidade da investigação criminal e posição jurídica do arguido», in: *Revista do Ministério Público*, 87 (2001), p. 88. De jeito semelhante, CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA, «"Indícios suficientes": parâmetro de racionalidade e "instância" de legitimação concreta do poder-dever de acusar», in: *Revista do CEJ* (2004), 1, pp. 154-155, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, II, 4.^a ed., Lisboa/São Paulo: Verbo, 2008, pp. 114-115.

⁽²⁴⁾ Acolhemo-nos a ANTONIO ABET, «Logica e prova indiziaria», in: ALFREDO GAITO (Dir.), *Osservatorio del Processo Penale*, IV, 1, 2010, p. 41, disponível em http://www.bluservview.com/sync/utetgiuridica.it/www/images/upload/sommari_codici/allegato_phpVxhEHZ.pdf, acedido em 11-06-2010.

existência); um segundo quando retira das circunstâncias de facto (...) o conhecimento do facto ignorado (juízo sobre a “significatividade”) (...) o resultado probatório [assim obtido] não é imediatamente legível (...) a partir da representação – certa – (...) de um facto incerto (...) fazendo parte do reino do provável»⁽²⁵⁾.

Daqui resulta a *maior necessidade de controlabilidade* das conclusões probatórias baseadas em factos indiciários, em raciocínio paralelo ao que, v. g., se vai defendendo para as declarações do co-arguido, *i. e.*, a absoluta imprescindibilidade de *corroboração*⁽²⁶⁾ dos meios de prova inferidos com outros elementos que tenham diversas características e que se não possam limitar a conclusões que partam de meras circunstâncias não dotadas da certeza *beyond any reasonable doubt*. Se assim não for, «(...) dos indícios acaba por abrir-se a porta ao arbítrio e por violar-se o princípio da legalidade da prova (...)»⁽²⁷⁾.

Em Itália, o art. 192, n.º 2, do *Codice di Procedura Penale* contém uma norma expressa sobre a prova indiciária, onde se lê que «2. *L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.*». O mesmo não sucede com o Código de Processo Penal (CPP) português. Se é exato que tal não implica a impossibilidade de recurso a este método de inferência probatória, imporá, todavia, ainda mais cautelas na sua utilização.

B. É muito debatido o conteúdo útil de «indícios suficientes» (artigos 283.º, n.º 1, e 308.º, n.º 1, do CPP). Todavia, com segurança pode assentar-se em que tal implica que, à altura em que profere despacho de acusação ou de pronúncia, o magistrado do Ministério Público (MP) ou o Juiz de Instrução Criminal (JIC), respetivamente, estejam convencidos de que há mais hipóteses de o arguido vir a ser condenado que absolvido. Caso contrário, devem abster-se de acusar ou pronunciar.

Sufragando posição que vem sendo defendida na doutrina e jurisprudência⁽²⁸⁾, entende-se que o grau de convencimento do magistrado do MP ou do JIC quanto à

⁽²⁵⁾ ANTONIO ABET, «Logica e prova indiziaria», pp. 44-45.

⁽²⁶⁾ Para tal aponta, em letra de forma, o art. 192, n.º 2, do *Codice di Procedura Penale* italiano: «Art. 192. *Valutazione della prova. (...) 3. Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. (...)*». Entre nós, nesse sentido, ANTÓNIO ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra: BFDUC e Coimbra Editora, 1999, pp. 218-228.

⁽²⁷⁾ ANTONIO ABET, «Logica e prova indiziaria», p. 50.

⁽²⁸⁾ Cf., p. ex., JORGE NORONHA E SILVEIRA, «O conceito de indícios suficientes no processo penal português», in: MARIA FERNANDA PALMA (Coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos*

condenação em audiência de julgamento não se compadece com uma mera análise probabilística de tipo matemático estrito (*i. e.*, mais de 50% de hipóteses de condenação), mas exige sim, ao invés, uma probabilidade *qualificada*, próxima daquela que seria de exigir ao MP ou ao JIC se, por lei, lhes coubesse julgar.

Foi CASTANHEIRA NEVES ⁽²⁹⁾ quem escreveu que para a acusação deve defender-se «a mesma exigência de prova e de convicção probatória, a mesma exigência de “verdade” requerida pelo julgamento final»; «deverá (...) exigir-se aquele tão alto grau de probabilidade prática quanto possa oferecer a aplicação esgotante e exata dos meios utilizáveis para o esclarecimento da situação – um tão alto grau de probabilidade que faça desaparecer a dúvida (ou logre impor uma convicção)». Parafraseando CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA ⁽³⁰⁾, na acusação ou na pronúncia, «[a] determinação do grau [da eventualidade de vir a ser condenado] passa pela bitola da *possibilidade particularmente qualificada* ou de *probabilidade elevada* (...) O juízo de indiciação suficiente deve, assim, ter por equivalente o juízo de condenação em julgamento».

Dir-se-á que esta é uma posição *maximalista*. Contudo, não se vislumbra outra forma de obter a *concordância prática* entre a atividade investigatória do MP (e do JIC), os resultados sócio-pessoais de uma acusação pública e o princípio da presunção da inocência com respaldo constitucional. Se do art. 32.º, n.º 2, da Constituição se tiver uma conceção que não se limite a encarar esse princípio como uma bandeira inconsequente de um sistema mais preocupado em manter aparências que corresponder, na materialidade do acontecer, aos fundamentos axilares de um Estado de Direito democrático, então, nesse momento, julga-se somente de patrocinar a conceção que vimos de propugnar ⁽³¹⁾.

Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, pp. 163-172, e na jurisprudência, ac. do STJ de 1-3-1961, in: *BMJ*, 105, pp. 439, ss..

⁽²⁹⁾ *Sumários de Processo Criminal (1967/68)*, Coimbra: ed. dactilografada, 1968, p. 39.

⁽³⁰⁾ «“Indícios suficientes”...», p. 189. Itálicos no original. Na conclusão, entre tantos, JORGE NORONHA E SILVEIRA, «O conceito de indícios...», pp. 180-181, MARIA FERNANDA PALMA, «Acusação e pronúncia num Direito Processual Penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva», in: MANUEL M. GUEDES VALENTE (Coord.), *I Congresso de Processo Penal. Memórias*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 120-129, JOÃO CONDE CORREIA, *Questões práticas relativas ao arquivamento e à acusação e à sua impugnação*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2007, p. 20, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso...*, p. 117.

⁽³¹⁾ Dito com as sábias palavras de MARQUES SALGUEIRO, «I – [é] condição da sujeição de alguém a julgamento que se reúnam indícios suficientes da verificação e prática do crime. II – Os indícios são suficientes quando deixam antever a possibilidade razoável de o arguido ser condenado, em julgamento. III – Aquela probabilidade só existe quando os elementos recolhidos já possibilitem um juízo de condenação provável, se em julgamento não acabarem prejudicados, *verbi gratia*, por falhar aí a sua prova ou por se demonstrar uma qualquer circunstância que os neutralize. IV – Não é correto que se relegue para julgamento o esclarecimento das dúvidas e pontos obscuros, transformando a remessa do processo para julgamento num verdadeiro “salto no escuro”, na medida a que, a persistirem ali essas

dúvidas, a absolvição se antevê inexorável» (ac. do TRP de 7-1-2004, disponível em <http://www.dgsi.pt> (consulta em 11-6-2010)).