

Abuso de confiança, peculato, falsificação e furto de documentos, descaminho – Problemas de autoria material e de autoria moral, de continuação criminosa, de prescrição e de concurso

MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA

I

O CARÁCTER COMPLEMENTAR DO PRESENTE PARECER

1. O enquadramento dos factos que são objecto do processo, na acusação e na pronúncia

Segundo a acusação e a pronúncia os factos – objecto do processo – constituiriam:

- a) *um crime de associação de malféitores* (associação criminosa), do qual seriam co-autores materiais A, B e C;
- b) *um crime continuado de abuso de confiança*, do qual seriam co-autores materiais A, B e C;
- c) *um crime continuado de falsificação de documentos autênticos*, do qual seria autor material D, e autores morais A, B e C

e um crime continuado de falsificação de documentos particulares, do qual seria também autor material D e autores morais A, B e C;

- d) *um crime continuado de furto de documentos* cometido por A (pelo qual foi condenado, tendo cumprido a pena imposta) e D e do qual seriam autores morais B e C;
- e) *um crime de descaminho de direitos aduaneiros* (actualmente punível como contra-ordenação) do qual seriam autores materiais A e D, e autores morais B e C.

*
* * *

É de bom aviso, no estudo de uma questão, não partir da conclusão para as premissas, mas das premissas para a conclusão — e para salvaguarda desta regra é indispensável indicar os factos que são efectivamente objecto do processo, antes de concluir quanto ao seu enquadramento jurídico.

O enunciado que, repetindo em geral a querela, a pronúncia faz dos factos probandos não permite proceder com segurança quanto à sua qualificação jurídica.

Foi o caminho que seguimos quanto ao pretense crime de associação de malfeitores, em anterior parecer, e que pretendemos seguir, quanto às demais incriminações.

2. A ordem lógica da exposição

Torna-se necessário, em relação a cada incriminação, indicar os elementos essenciais da figura criminosa e os factos reais que efectivamente ou presumivelmente lhes possam corresponder.

E, relativamente a cada crime, atentar primeiramente na forma concreta que reveste a «execução» do crime, a qual conota o autor material, visto que sem execução ou começo de execução nunca existe participação criminosa; e só em seguida atentar na configuração que apresenta a participação, quer material, quer moral, dos agentes do crime.

É salutar também separar os elementos constitutivos essenciais quer da autoria material, quer da autoria moral como conceitos jurídicos

que são, dos factos que efectivamente os realizam e são factos da vida real.

São estes últimos que formam o objecto do processo e o único fundamento da incriminação quando caibam em qualificação jurídica que a lei penal consinta.

Em regra, seguiremos a enunciação dos crimes adoptada no processo, pois que objecto deste parecer é o objecto do processo a que ele se refere, excluindo, porém, da sua enumeração o crime de associação de malfetores, que analisámos suficientemente em anterior parecer: ocupar-nos-emos das demais incriminações, para complemento das mais breves anotações que lhes fizemos no parecer anterior.

3. A legislação penal aplicável

Já dissemos que, dado o princípio constitucional da não retroactividade da lei penal, os factos só são puníveis quando como crimes tenham sido previstos em legislação penal vigente ao tempo da sua perpetração.

E que, dado o princípio constitucional da retroactividade da lei penal mais favorável, se aplica retroactivamente legislação posterior à consumação do crime por cada agente se, por virtude dessa legislação posterior, se permite a aplicação de pena mais leve no caso concreto.

No que respeita ao caso da consulta, o problema da sucessão de leis no tempo tem particular importância no que concerne ao crime de descaminho, quanto à questão da prescrição do procedimento criminal.

II

O CRIME CONTINUADO DE ABUSO DE CONFIANÇA OU DE PECULATO

1. Os factos

Como se indica na querela e na pronúncia, a Sociedade B, Lda. encarregou o despachante oficial A da desalfandegagem do café que pretendia importar, a partir de 1977, e entre a Sociedade e o despachante

oficial foi estabelecida na Contabilidade da firma uma conta corrente em nome de A, na qual a Sociedade depositava antecipadamente dinheiro suficiente para pagamento de impostos, taxas e demais imposições legais para desalfandegagem do café importado, bem como para pagamento dos seus honorários, em contrapartida das contas e notas de honorários que o despachante enviava.

A partir de certa data de 1979 o despachante oficial deixou de pagar a taxa adicional sobre importação de café, criada pelo Decreto-Lei n.º 253/79, de 27 de Julho, tendo no entanto recebido da Sociedade o numerário correspondente.

O despachante oficial não pagou com o dinheiro recebido a taxa adicional pela importação do café, desviando-o do fim a que se destinava.

São estes os factos principais que importa ter em atenção para determinar em que consiste a «execução» do crime cometido.

2. Os elementos essenciais do crime de abuso de confiança; os elementos essenciais do crime de peculato

A) A incriminação por abuso de confiança, historicamente, deriva de um alargamento do crime de furto (furto impróprio).

Tanto o furto como o abuso de confiança são crimes contra a propriedade.

No crime de furto, porém, a subtracção consiste no desapossamento fraudulento de coisa alheia, desapossamento que é o modo ou meio pelo qual se efectua a apropriação.

No crime de abuso de confiança, o agente do crime tem, ele próprio, a posse legítima do objecto material, ou seja, do dinheiro ou coisa móvel. Não se verifica por isso qualquer desapossamento do objecto do crime, pois que este se encontra na posse legítima do delinquente.

A execução do crime de furto realiza-se pela subtracção — desapossamento; e a execução do crime de abuso de confiança realiza-se pela apropriação directa da coisa alheia enquanto esta já se encontra na posse do autor do crime.

Os elementos objectivos essenciais do crime de abuso de confiança são, sinteticamente enunciados:

a) a posse legítima do dinheiro ou coisa móvel, por parte do autor do crime e que é pressuposto necessário do abuso de confiança. É pela

violação da relação de confiança em que fora constituído, que o agente executa o crime.

A relação de confiança consiste na entrega por depósito, locação, mandato, comissão, administração, comodato, ou para um fim determinado — para um trabalho, ou para uso ou emprego determinado — ou por qualquer outro título que produza a obrigação de restituir (Código Penal de 1886, art. 453.^o). A violação da relação de confiança verifica-se mediante a dissipação ou descaminho do objecto possuído a título precário.

Descaminho ou dissipação são os modos de inversão do título da posse, de posse legítima em nome alheio ou para fim determinado, para posse ilegítima em nome próprio, isto é, são os modos que reveste a «apropriação».

b) Enquanto no crime de furto a execução consiste em «subtracção», o abuso de confiança confina-se na «apropriação» — descaminho ou dissipação. O acto de execução no furto é sempre uma acção positiva — a subtracção; no crime de abuso de confiança, o acto de execução e também consumativo do crime pode ser uma acção ou uma omissão. Daí que seja por vezes mais difícil, situar exactamente o momento consumativo, por isso que pode consistir em omissão. E é sempre acto omissivo quando o dinheiro ou coisa móvel possuída a título legítimo, foi entregue «para uso ou emprego determinado», isto é, para dar certo destino ou realizar o fim que constitui a razão de ser da relação de confiança. E é esse o caso dos autos.

O dinheiro foi posto pela Sociedade à ordem do despachante oficial, com a finalidade do pagamento dos encargos legais para desalfandegagem do café importado, sendo certo que este só pode ser efectuado por intermédio de um despachante oficial.

Mas não se suponha que o abuso de confiança, traduzindo-se em uma apropriação consiste somente na «intenção» de apropriação; exige a materialidade da apropriação, do descaminho ou dissipação.

A execução teve lugar quando o despachante oficial — na posse do dinheiro para pagamento de direitos alfandegários e outros encargos — omitiu esse pagamento. É essa omissão do pagamento devido, e que lhe fora confiado, que dá lugar à inversão do título da posse e, por isso mesmo, à consumação do crime de abuso de confiança.

B) O crime de peculato é, na sua essência, um crime de abuso de confiança, qualificado.

Nele se verificam ou devem verificar-se os elementos essenciais que indicámos na anterior alínea A) enquanto referentes ao exercício de uma função pública.

O funcionário público (§ 3.º do art. 313.º do Código Penal de 1886) deve estar na posse — para guardar, dispender ou administrar ou lhe dar o destino legal — do dinheiro, ou objecto material do crime; tem a posse legítima, em razão das suas funções, do dinheiro ou coisa que é objecto do crime.

E a execução do crime verifica-se com a inversão do título da posse, dando diverso destino daquele que justificava a sua posse, isto é, apropriando-se do dinheiro ou coisa móvel que, em razão das suas funções públicas, e no exercício dessas funções, lhe fora confiado (Código Penal de 1886, art. 313.º). O elemento diferenciador do crime de abuso de confiança está na violação de um dever específico da função pública.

À relação de confiança entre o proprietário ou dador do dinheiro, ou outros bens móveis, e o delinquente sobrepõe-se a relação de confiança entre o poder público e os seus funcionários, quando no exercício das suas funções.

Sempre que a violação do dever de função tenha por objecto a ofensa patrimonial dos legítimos proprietários — quer seja o Estado, quer sejam particulares — o crime de abuso de confiança é qualificado como crime de peculato.

O elemento essencial que diferencia o crime de peculato consiste, portanto, não somente na qualidade de funcionário público e na violação de qualquer dever de função, mas na violação de um dever específico de função relativo a dinheiro ou bens móveis que lhe tenham sido entregues no exercício da própria função pública. É o que sucede com os despachantes da Alfândega que são constituídos depositários, para fins determinados, de dinheiro, por força do próprio dever de ofício, pois que só eles podem proceder à desalfandegagem das mercadorias importadas.

Se o funcionário público desencaminhar ou dissipar dinheiro ou coisa móvel que lhe tenha sido, em circunstâncias diversas, entregue para lhe dar um destino determinado, cometerá o crime de abuso de confiança como qualquer particular e nesse abuso de confiança verificar-se-á apenas a agravante resultante da qualidade do funcionário público (Código Penal de 1886, art. 34.º, n.ºs 24.º e 25.º).

Se o dinheiro for entregue para lhe dar destino no exercício de função pública que ao funcionário compete, o crime será o de peculato.

Isto não obsta, evidentemente, a que o crime de peculato seja na sua estrutura essencial um crime de abuso de confiança: abuso de confiança relativamente àqueles que, por exigência legal, lhes confiaram dinheiro ou outros bens móveis e violação grave, em matéria patrimonial, de um dever específico do funcionário público, no exercício das suas funções.

O crime de peculato faz realçar — dentro dos deveres da função pública — o dever de não ofender, mediante desvio do fim para o qual se encontra na posse do dinheiro, a esfera patrimonial do Estado ou dos particulares.

Em Itália, como no Brasil distingue-se do crime de peculato o crime de malversação; o primeiro consiste na apropriação ilícita de dinheiro do Estado pelos funcionários que no exercício da sua função detêm a sua posse, e o segundo consiste na apropriação de dinheiro ou coisas móveis de particulares, que ao funcionário público tenham sido confiadas no exercício da sua função pública, para lhes dar o destino legal.

O Código Penal português de 1886 enquadra em um só preceito as duas referidas incriminações, pois que o dinheiro ou coisas móveis tanto podem ser propriedade do Estado como dos particulares. Essencial é apenas que estejam na sua posse «em razão das suas funções». A nitidez da delimitação do crime de abuso de confiança e de peculato, foi de algum modo conturbada pela redacção do Código Penal de 1982.

É que, segundo o art. 300.^o deste último Código, se dispõe na alínea b) do n.^o 2 que «quando o agente recebeu a coisa em depósito imposto por lei *em razão de ofício*, emprego ou profissão ou na qualidade de tutor, curador ou depositário judicial», o crime de abuso de confiança será agravado nos termos que o citado artigo indica. Como o Código Penal de 1982, porém, considera como peculato o abuso de confiança cometido, quer em relação ao Estado quer em relação aos particulares, no exercício da função pública pelo funcionário, parece dar-se uma sobreposição das duas disposições legais.

A razão parece estar na diversa origem, no novo Código, da incriminação por abuso de confiança e da incriminação por peculato. A incriminação por peculato é tradicional nos povos latinos e provém já do direito romano, como também se encontra prevista nas Ordenações do Reino; e veio a constar tanto do Código Penal de 1852 como do Código Penal de 1886. Consistia e consiste numa espécie dos crimes cometidos

no exercício da função pública e mais propriamente na violação do dever de respeitar a propriedade do dinheiro ou coisas móveis na sua posse, em razão do exercício da própria função pública. O Código Penal de 1886 não contém, por isso, qualquer disposição equivalente à alínea *b*) do n.º 2 do art. 300.º do Código Penal de 1982.

A solução dada por este último preceito legal era e é a solução legal no direito alemão no qual não é especialmente incriminado o crime de peculato.

No antigo direito germânico multiplicaram-se as incriminações por crimes cometidos no exercício da função pública, entre os quais avultavam os crimes de corrupção; mas não está particularmente previsto o crime de peculato, que, por isso mesmo, constitui um crime de abuso de confiança agravado pela qualidade do funcionário (ou outra qualidade relevante) em razão da qual lhe é confiado dinheiro ou coisas móveis.

O crime de peculato, no Código Penal de 1982 teve, porém, a sua origem na antiga legislação portuguesa, e também latina, e daí a sobreposição dos dois preceitos legais, respectivamente sobre abuso de confiança cometido quanto a valores confiados em razão das funções e sobre peculato enquanto é também abuso de confiança qualificado pela qualidade do funcionário que tenha recebido o objecto do crime em razão e no exercício das suas funções (Código Penal de 1982, art. 424.º).

Não há que empolar a dissonância.

Há tão somente que ajustar correctamente os dois preceitos.

No domínio do Código Penal de 1886 esse ajustamento era mais fácil: se o dinheiro ou coisas móveis fossem entregues para fim ou uso determinado que coubesse nas funções do funcionário público e em cujo exercício fosse cometido o abuso de confiança, tratar-se-ia de peculato; se o dinheiro ou coisas móveis fossem entregues a funcionário público para fim ou uso determinado que não respeitasse directamente ao exercício das suas funções o crime seria o de abuso de confiança.

É razoável admitir que esta mesma diferença se verifica na aplicação do Código Penal de 1982 no confronto entre a alínea *b*) do n.º 2 do art. 300.º com o art. 424.º.

De todo o modo, está sempre subjacente ao crime de peculato o crime de abuso de confiança, de que o primeiro é uma especificação; por isso mesmo o crime de peculato é um crime pluri-ofensivo, como já assinalámos, e se ofendido no crime é o Estado enquanto se dá violação grave de um dever específico da função pública, ofendido é também o

Estado ou os particulares como donos do dinheiro ou coisas móveis à guarda ou na posse precária do funcionário público.

3. O autor material do crime

Autor material do crime só pode ser aquele em que se verifica o pressuposto de estar na posse precária do dinheiro confiado.

Ora o dinheiro foi depositado pela Sociedade Comercial B, Lda. na conta corrente do despachante oficial, para fins determinados, pertencentes ao exercício das suas funções.

O dinheiro era propriedade da Sociedade e estava na posse, por título legítimo e para fim determinado a cumprir pelo despachante oficial no exercício das suas funções, precisamente deste último.

Só quanto a A se verifica este pressuposto tanto do crime de abuso de confiança, como do crime de peculato.

Autor material é aquele que «executa» o crime. A execução tem lugar mediante a inversão do título de posse, da posse em nome alheio e para fim determinado, para posse em nome próprio, isto é, mediante a «apropriação».

O acto ou actos de apropriação verificam-se quando a entrega do dinheiro para fim determinado foi omitida, por dissipação ou desca-minho desse dinheiro, isto é, por qualquer forma que revele a omissão do funcionário público, detentor do dinheiro, do dever de o empregar no fim pré-estabelecido.

O dinheiro foi desviado do fim a que era destinado quando o despachante oficial omitiu o pagamento da taxa de importação do café a que se destinava.

A execução só podia ser cometida pelo despachante oficial efectivo, titular da conta corrente.

*
* * *

A querela e a pronúncia consideram como co-autores materiais B, e seu filho C; nenhum deles estava na posse do dinheiro desviado e nenhum deles podia inverter um título de posse inexistente omitindo os pagamentos devidos que só o despachante oficial podia efectuar.

A incriminação por co-autoria material é claramente insubsistente.

Nem B, nem C podiam «executar» e não executaram — um crime de abuso de confiança (ou de peculato).

O crime continuado de abuso de confiança consumou-se com as sucessivas omissões dos pagamentos devidos ao Estado (e na data em que deviam ter lugar), que eram o fim para o qual a Sociedade B, Lda. entregou o dinheiro ao despachante oficial; e tais omissões são facto exclusivamente cometido pelo despachante oficial.

4. A autoria moral no crime de abuso de confiança ou peculato

É evidente que o único autor material do crime de peculato (ou do crime de abuso de confiança), perante os dados fornecidos pela acusação e pronúncia, só pode ser o despachante oficial.

Mas poder-se-á convolar para autoria moral a qualificação jurídica do comportamento de B e de seu filho C?

É essa a questão que pretendemos versar agora.

A autoria moral é uma forma de participação em qualquer crime, punível por força das normas da parte geral do Código Penal que estendem a punibilidade do autor singular, mediante a previsão genérica da participação criminosa. As regras legais aplicáveis são, então, quanto aos autores morais, os n.ºs 2.º, 3.º e 4.º do art. 20.º do Código Penal de 1886 (e é, no Código Penal de 1982, o art. 26.º, *in fine*).

O «facto» punível que constitui a autoria moral é outro e diverso do «facto» que constitui a autoria material.

A ligação entre ambos estabelece-se mediante a acessoriedade do facto da autoria moral, a qual só é punível se tiver havido execução ou começo de execução pelo autor material.

Em que consiste o «facto» da autoria moral? Há que distinguir o facto objectivo, do elemento subjectivo, do dolo.

Quanto ao facto objectivo, há ainda que distinguir a acção do evento. A acção vem descrita nas diferentes modalidades que ela pode taxativamente revestir nos n.ºs 2.º, 3.º e 4.º do art. 20.º do Código Penal de 1886:

- violência física, ameaça, abuso de poder (n.º 2), aptos a determinar o autor material ao crime;
- ajuste, dádiva, promessa, ordem ou pedido para perpetração do crime pelo autor material (n.º 3);

3718758

— conselho ou instigação, nos casos em que, sem esse conselho ou instigação, não tivesse sido cometido o crime pelo autor material (n.º 4).

O Código Penal de 1982 é muito menos expressivo na indicação formal dos requisitos da acção na autoria moral, obedecendo à linha geral da nova legislação que substituiu a descrição formal, frequentemente, por cláusulas gerais denunciadoras de juízos de valoração. E, neste sentido, autor moral é aquele que determina outra pessoa (o autor material) à prática do facto criminoso. Considera assim o novo Código que todas as formas de acção do autor moral são puníveis se tiverem efectivamente por resultado a determinação do autor material à execução do crime.

Deste modo, a acção do autor moral é definida, no novo Código, através da sua potencialidade causal; a acção do autor moral é qualquer acção que tenha por efeito a determinação ao crime do autor material e, mediante esta, for causal relativamente ao facto de execução cometido pelo autor material.

O evento no facto da autoria moral é duplo: a determinação do executor no crime, a sua resolução ou decisão criminosa, e, mediamente, através dessa resolução criminosa do autor material, a própria execução do crime pelo autor material.

É desta forma que se integra a execução de um crime cometido pelo autor material no facto do autor moral (como evento deste), salvaguardando inteiramente o princípio da natureza estritamente pessoal da responsabilidade penal.

*

* *

No caso dos autos *sub judice* havia, portanto, e em primeiro lugar, que enquadrar a acção da autoria moral em qualquer das formas que ela pode legalmente revestir.

A verdade, porém, é que é inteiramente omissa, nos articulados da querela e na pronúncia, a indicação ou descrição de qualquer forma de acção na autoria moral. Mais por palpite que por narração de facto pode presumir-se ter-se pretendido que a acção da autoria moral, consistiria em um pacto ou ajuste. Mas a este aspecto nos referiremos mais adiante. Por agora basta dizer que o único pacto a que aludem a querela e pronúncia é o pacto constitutivo de uma pretensa associação de malfeitores, e que já analisámos no parecer anterior.

Na verdade e segundo a querela (e pronúncia) o despachante oficial «idealizou um plano genérico de actuação tendente a concretizar tal pensamento» — de vir a importar o café sem que a taxa adicional fosse paga ao Estado (arts. 25.º e 26.º).

Só depois de idealizado o plano, o despachante oficial teria dado conhecimento dele a B e C. E estes, «tendo ficado cientes do plano proposto» acordaram com o primeiro arguido em levá-lo à prática, celebrando um pacto para concretização desse plano gizado e proposto por A (arts. 27.º, 28.º e 29.º da querela).

Nestes artigos da acusação está implícita a inexistência de autoria moral. A resolução criminosa do despachante oficial estava formada quando ele planeou a sua execução; B e C só teriam ficado «cientes» do plano do despachante oficial; como poderiam então ter determinado a vontade criminosa de quem já resolvera e planeara a execução, «propunha» esse plano aos demais arguidos no processo?

A inverosimilhança de qualquer «pedido» que tenha sido causal para a determinação do despachante oficial à execução do crime é manifesta, pois que a própria acusação entende que foi o próprio despachante oficial a propôr a realização do plano sem prévio pedido de B ou C.

Não se determina outrem a um crime, que esse outrem já delibrou e planeou.

Também não se compreende qual o motivo pelo qual o despachante oficial, que praticou o crime sem qualquer participação material de B ou C, decide conceder-lhes uma parte do espólio obtido, contentando-se com a sua passividade na denúncia do crime, de que lhes era dado conhecimento, e ainda por cima à custa da própria Sociedade lesada de que são realmente os verdadeiros donos.

*

* *

O elemento subjectivo da autoria moral é o dolo.

Tanto o crime de peculato como o crime de abuso de confiança não admitem a responsabilidade por negligência.

E se não é verosímil nem se encontra descrito na sua materialidade (como acção e evento) a autoria moral, tão pouco é verosímil no que respeita ao elemento subjectivo, ao dolo.

A afirmação da querela de que B e C ficaram cientes do plano criminoso do despachante oficial e o aceitaram é uma afirmação sem

comprovação por quaisquer factos e de todo o modo não corresponde à existência de dolo em autoria moral.

O dolo, na autoria moral, implica a intenção de causar a determinação ou resolução criminosa de outrém, do autor material que já estava tomada, e a intenção de por esse meio causar a prática do crime.

O dolo é difícil de comprovar; melhor dizendo não é susceptível de comprovação directa. Tem de inferir-se de factos concretos que o indiquem fortemente, isto é, indirectamente.

A prova indirecta consiste na prova plena dos factos que o revelam porque o acompanham na generalidade dos casos; tal prova de dolo na autoria moral tinha de assentar na prova directa e plena dos factos que constituem a própria materialidade da autoria moral.

Não pode pressupor-se o dolo, para da sua afirmação inferir a existência dos factos objectivos essenciais à autoria moral. É o inverso o caminho possível juridicamente: inferir de factos comprovados materiais, qual é a acção na autoria moral e o dolo nessa actuação quando ela o revele claramente.

Este princípio é levado longe por alguns — poucos — juristas com a aceitação do chamado *dolus in re ipsa*.

O raciocínio parte de uma constatação correcta. O dolo, como fenómeno psíquico, não é susceptível de comprovação directa; a comprovação indirecta assenta na comprovação do facto ou factos que tenham directa relação com o dolo ou intenção, isto é, baseia-se, muitas vezes, na comprovação do próprio facto objectivo que é conteúdo ou objecto do dolo. O dolo na injúria pode presumir-se e provar-se quando pessoa imputável tenha usado de linguagem que não admite outra interpretação que não seja ofensiva; o dolo no homicídio pode presumir-se quando a agressão seja cometida com arma mortífera a pequena distância e apontando-a de modo a produzir ferida mortal.

É nestes casos e similares que se pode falar de *dolus in re ipsa*; isto é, dos factos objectivos plenamente provados infere-se por presunção natural a própria culpabilidade.

Na questão dos autos, o problema foi invertido. Afirma-se inconscientemente a intenção de determinar outrém a um crime sem prévia comprovação do próprio ajuste ou pacto que se invoca.

O «pacto» é uma criação, sem suporte real, pois que não se sabe, nem se diz, onde, quando e como foi formado, e nem mesmo quando foi comunicado a B e C o desígnio criminoso do despachante oficial.

E só a comprovação do ajuste na sua realidade de facto, podia constituir princípio de prova.

5. Conclusão

O crime de abuso de confiança, como o crime de peculato exigem a posse legítima de dinheiro ou coisas móveis, outorgada pelo seu proprietário, para lhes ser dado destino determinado; e executa-se mediante descaminho ou dissipação, ou seja, pela utilização para fim diverso, em benefício próprio ou alheio.

No caso a que se reporta este parecer, só o despachante oficial, titular da conta corrente aberta pela Sociedade comercial, se encontrava na posse legítima do dinheiro depositado na conta para custear os encargos legais pela desalfandegagem do café importado.

E também só o despachante oficial podia, por isso, inverter o título legítimo da posse, em posse ilícita em nome próprio, mediante a apropriação do dinheiro, executando, por esse modo, o crime de abuso de confiança.

Ao crime de peculato está subjacente o abuso de confiança; no crime de peculato, mediante o abuso de confiança, ofende-se o direito do proprietário, e também o dever funcional da fidelidade patrimonial quando a bens móveis possuídos em razão da própria função pública.

No caso deste parecer, a execução consumou-se com a omissão dos pagamentos devidos, e para os quais fora confiado o dinheiro; a violação do dever funcional é concomitante, pois que aos particulares é imposta a intervenção do despachante oficial na desalfandegagem, vindo o Estado por esse modo a acautelar e garantir a eficiência e honestidade dos seus funcionários, que tenham o encargo, no e para o exercício da sua função pública, de receberem dinheiro de outrém, para lhes dar o destino legal, para o qual lhes foi confiado.

*

* *

De modo nenhum B e filho executaram ou consumaram o crime de abuso de confiança ou de peculato, contrariamente ao que se admite na querela e pronúncia.

Mas também não foram autores morais do crime. A autoria moral pressupõe a determinação do autor material à prática do crime por uma

das formas indicadas nos n.ºs 2.º, 3.º e 4.º do art. 20.º do Código Penal de 1886, e que a acção com vista à determinação de outrém tenha sido a causa eficiente da resolução criminosa desse outro, o executor, ou autor material.

Tanto a querela, como a pronúncia afirmam que a iniciativa do propósito para realização do crime pertencem ao despachante oficial que, por isso, não foi determinado e antes teria obtido a concordância de B e C em um conclave incerto no modo, tempo e lugar e desprovido de qualquer comprovação.

B e C não tiveram qualquer intervenção material na execução do crime. A querela funda-se numa ilegítima presunção de dolo. O dolo pode inferir-se, como presunção natural, dos factos materiais cometidos na realização do crime ou na participação no crime.

É contrário à razão natural, como é também contrário à Constituição e à lei processual, admitir presunções de dolo, não alicerçadas em factos reais perfeitamente comprovados.

É precisamente o contrário que se revela no juízo formulado pela querela e pronúncia, conduzindo a uma apreciação injurídica e institucional.

III

OS CRIMES DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS AUTÊNTICOS E DE DOCUMENTOS NÃO ABRANGIDOS POR ESSA QUALIFICAÇÃO

1. Os crimes de falsificação de escritos no Código Penal de 1886

O esquema legal das incriminações por falsificação de escritos compreende os preceitos dos artigos 215.º a 227.º.

Os comentários aos Códigos de 1852 e de 1886 acentuam a falta de indicação de elementos comuns a todas as espécies de falsidade incriminadas ao longo desses artigos. E, na verdade, para entendimento de cada uma das incriminações importa começar pela indicação dos elementos essenciais comuns a todas elas.

É opinião comum que tais elementos seriam: — a alteração da verdade no documento; — o dolo específico, isto é, o dolo que se dirija ao fim de causar prejuízo; — que a falsificação cause efectivamente ou, pelo menos, seja apta a causar prejuízo.

Tais requisitos devem verificar-se em todas as espécies incriminadas de falsificação. O Código Penal de 1886 distingue várias espécies de crimes de falsificação em função da espécie de escritos falsificados ou da qualidade do agente da falsificação: 1.º falsificação de cheques ou outros títulos ao portador (art. 215.º); 2.º falsificação de documentos que tenham a mesma fé que as escrituras públicas, cometida por particulares (art. 216.º); 3.º falsificação de letras de câmbio ou de qualquer escrito comercial transmissível por endosso (art. 217.º); 4.º falsificação de documentos, que têm a mesma fé pública dos indicados no art. 216.º, quando cometida por funcionário público (Código Penal, art. 218.º); 5.º falsidade em qualquer outra espécie de documento, que não tenha a força probatória de escrituras públicas (Código Penal, art. 219.º) e, por isso, de muito menor gravidade.

*

* *

Objecto material do crime de falsificação de escritos é um documento escrito (no novo Código Penal, alarga-se a noção de documento, de maneira a abranger as notações técnicas que encorporem, como o documento escrito, uma declaração).

É um documento escrito enquanto constitui prova de uma declaração.

A declaração contida no documento pode ser uma declaração de vontade, ou uma declaração de ciência. No primeiro caso os documentos são documentos dispositivos, no segundo caso os documentos são documentos narrativos.

A distinção tem grande importância porque, como veremos, a chamada falsidade ideológica ou intelectual só pode verificar-se com relação a documentos narrativos, sendo por natureza excluída em documentos dispositivos.

Tanto podem ser objecto de falsidade documentos públicos, como documentos particulares; mas o Código Penal não atenta nessa distinção para proceder às incriminações dos arts. 215.º e 218.º.

Toma mais em atenção a distinção entre documentos autênticos e documentos não autênticos; uns e outros podem ser documentos públicos ou documentos particulares.

Fazem prova plena e são, nesse sentido, autênticos os títulos ao portador ou transmissíveis por endosso (arts. 215.º e 217.º), sendo embora documentos particulares; e fazem ainda prova plena as escrituras ou títulos de igual força probatória, quer sejam públicos, quer sejam particulares (art. 218.º) prevendo-se a sua falsificação, quer por particulares (art. 216.º), quer por funcionário público (art. 218.º).

A falsidade em qualquer documento, quer público, quer particular, que não tenha a força probatória de escrituras públicas, é punível pelo art. 219.º.

2. Os factos, tais como constam da querela e pronúncia

A obtenção do visto de saída, nos bilhetes de despacho do café importado, ficaria, nos termos do «pacto» que teria organizado a associação de malfeitores, a cargo do despachante oficial (querela, art. 30.º, alínea b)), o qual ficava encarregado de obter esse visto dos reverificadores, usando das suas relações pessoais na Alfândega.

O despachante oficial escolheu para esse efeito os reverificadores D e E que seriam pessoas da sua inteira confiança (querela, art. 35.º) e que já teriam proporcionado ao despachante oficial a oportunidade de conseguir importações fraudulentas de mercadoria (querela, art. 36.º).

Por isso, A — despachante oficial — tê-los-ia contactado e obtido deles a garantia de colaboração para a importação do café destinado à firma B, Lda., sem o pagamento da taxa adicional (querela, art. 37.º).

Em parte alguma da acusação se prevê ou descreve qualquer instigação directa de B e C, relativamente aos reverificadores.

O único artigo da acusação que parece querer indicar os factos que constituiriam essa instigação é o art. 40.º, que reza assim: o primeiro arguido (A) passou então a concretizar o plano que havia idealizado (art. 39.º) «... sendo tal concretização determinada pelo pacto celebrado com os 2.º e 3.º arguidos» (art. 40.º).

Por sua vez, o despacho de pronúncia aponta os mesmos factos nos seguintes termos:

«... IV. O arguido A, em conformidade com o pacto mencionado (em III *supra*) contactou os verificadores da Alfândega de Lisboa D e E

(este já falecido em 3/6/85) pondo-os ao corrente do plano e do modo como deviam colaborar. O arguido D nomeadamente, aceitou colaborar, nos termos referidos, com o grupo em causa».

«V (pronúncia). A partir da «descarga directa» do café, A contactava o referido D nos termos combinados, ou, na falta deste, recorria ao falecido E».

«Assim e sem que os bilhetes de despacho adiante discriminados, tivessem ido à conferência dos verificadores da Alfândega nomeados, o *arguido A conseguiu que o D e o falecido E apusessem o «pode sair» nos talonetes anexos a tais bilhetes de despacho...».*

E conclui o despacho de pronúncia quanto aos crimes de falsificação:

«Os quatro arguidos — sendo autor material D e co-autores morais (os restantes) — como autores de um crime continuado de falsificação de documentos autênticos p. e p. pelo art. 219.º n.ºs 5.º e 8.º do Código Penal de 1886 (actualmente pelo art. 239.º, n.º 1 do Código Penal de 1982).

«O arguido A, como autor material e os arguidos B e C como co-autores morais de um crime continuado de falsificação de documentos particulares (contas de despacho e vales do despachante) p. e p. pelos arts. 219.º e 218.º, n.ºs 1 e 5 do Código Penal de 1886) (actualmente punível pelo art. 228.º, n.º 1, b) do Código Penal de 1982)».

São estes os factos, tais como a pronúncia os descreve e incrimina, como constituindo dois crimes continuados de falsificação de documentos autênticos (art. 218.º do Código Penal de 1886) e tais como os descreve relativamente a B e C, como autores morais do referido crime.

3. A autoria moral no crime de falsificação de documentos nos termos do art. 218.º do Código Penal

a) *O crime de falsificação de documentos autênticos*

A incriminação do art. 218.º tem por objecto documentos autênticos (tal como o art. 216.º), quer estes sejam públicos, quer particulares.

A distinção entre documentos públicos e particulares e a sua definição deixou de aparecer no Código Penal com a reforma de 1884 e por conseguinte no Código Penal de 1886.

A distinção basilar neste Código faz-se com referência ao seu valor probatório: nos arts. 216.^o e 218.^o prevê-se a punição da falsificação de escritos que «*pela lei devam ter a mesma fé que as escrituras públicas*», e, no art. 218.^o, igualmente a falsificação de escritos de igual força probatória. O art. 216.^o refere-se à falsificação cometida por funcionário público, no exercício das suas funções.

Foi, porém, o novo Código Civil de 1966 que veio definir rigorosamente os documentos autênticos separando-os dos documentos particulares, no art. 363.^o.

«1. Os documentos escritos podem ser autênticos ou particulares».

«2. Autênticos são os documentos exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhes é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública; todos os outros documentos são particulares».

«3. Os documentos particulares são havidos por autenticados, quando confirmados pelas partes perante notário, nos termos prescritos nas leis notariais».

O art. 369.^o do Código Civil completa ainda a definição do documento autêntico, delimitando-a:

«O documento só é autêntico quanto a autoridade ou oficial público que o exara for competente, em razão da matéria e do lugar, e não estiver legalmente impedido de o lavrar».

Justificando estes novos preceitos do Código Civil, Vaz Serra explica nos seus trabalhos preparatórios (*Provas*, pág. 275): «Na verdade, não pode bastar que um documento emane de um funcionário público para que se lhe atribua a qualidade de autêntico e, portanto, faça força probatória plena: deve exigir-se que o funcionário, de quem o documento emana, tenha competência legal para certificar *erga omnes*, isto é, para dar fé pública ao documento. Consistindo a especial eficácia dos documentos autênticos em eles fazerem prova plena quanto à verdade dos factos praticados pela autoridade ou funcionário público respectivo e quanto à verdade dos factos que se passaram na sua presença ou de que ele se certificou ou podia certificar-se, não se compreenderia que a lei reconhecesse tal força probatória às certificações de quaisquer funcionários públicos que podem não estar habilitados, nem ter o exercício das suas funções cercado de cautelas idóneas a assegurar que as suas decla-

rações correspondam à verdade, quer quanto aos factos por eles praticados, quer àqueles que se passarem na sua presença ou de que se certificaram e podem certificar-se. Há, pois, que exigir que o oficial ou o funcionário público estejam autorizados pela lei a atribuir fé pública ao documento».

Mesmo quando se trate, já não de funcionário público, mas de autoridade pública — o que não é o caso dos autos — essa limitação é de exigir devendo ainda o documento ser exarado com base em competência legal, quanto ao tempo e ao lugar, da autoridade de quem emana o documento.

Esta função de documentação não se pode confundir com as outras funções em relação às quais se especifica a posição do funcionário público: «Trata-se na verdade — informa ainda Vaz Serra — de um poder de certificação *erga omnes* que não pertence ao funcionário público só por o ser e que este não adquire pelo simples facto de ser chamado a determinadas certificações para fins administrativos.

Tais certificações, ainda que efectuadas para fins públicos — isto é, para aqueles fins que toda a actividade dos órgãos de administração pública deve prosseguir — estão condicionadas pelo fim prático que prosseguem e que é o de determinar um ulterior comportamento da administração pública.

Têm, por isso, carácter meramente «interno», faltando-lhes em regra — isto é, salvo se a lei estabelecer o contrário — aquela categórica eficácia probatória que é própria dos documentos públicos».

A esta luz, já não parecerá duvidosa uma primeira conclusão e é a de que nem os bilhetes de despacho, nem os talonetes são documentos autênticos, isto é, destinados por lei a fazer fé pública, que só possa ser afastada mediante a arguição de falsidade; são documentos com valor interno no processamento do despacho de mercadorias nas Alfândegas.

*

* * *

Mas de um outro ponto de vista interessa ainda considerar a existência ou inexistência de falsificação, quer de documentos autênticos quer de documentos não autênticos, mesmo quando particulares.

E consiste este outro ponto de vista em que nem todos os modos de falsificação são admissíveis nos documentos dispositivos e, pelo contrário, só são admissíveis nos documentos narrativos.

A aposição em talonetes anexos a bilhetes de despacho na Alfândega de autorização de saída das mercadorias alfandegadas não é um documento narrativo, uma certificação ou comprovação de quaisquer factos que não descreve nem atesta. É necessariamente uma autorização administrativa de desalfandegagem.

A autorização nada narra e por isso nada certifica. Pode a autorização ter sido exarada por funcionário incompetente porque não especialmente designado para a emitir; pode o funcionário incompetente ter omitido o dever funcional de proceder à verificação, antes de conceder a autorização. E, em qualquer desses casos, violou, com maior ou menor gravidade, deveres de ofício.

Mas em nenhum desses casos cometeu uma falsificação.

É que não é pensável nem possível, em documentos dispositivos — que contêm declarações de vontade, como o é a autorização administrativa de desalfandegagem —, o modo de falsificação prevista nos n.ºs 5.º e 8.º do art. 218.º do Código Penal.

A autorização de desalfandegagem contém somente uma autorização; não narra nem certifica quaisquer factos.

Não pode certificar factos que não narra e muito menos pode reconhecer, com força de fé pública, factos que possam ser pressuposto de concessão de autorização.

Não há, por isso, quanto a documentos dispositivos — que são declarações de vontade, e não de ciência — sejam eles públicos ou particulares, falsidade ideológica.

A falsidade ideológica consiste em uma mentira transposta para o documento e que por isso tem de ter um conteúdo narrativo nele expresso.

Com o rigor que punha nos seus escritos, Carnelutti (*Teoria del falso*, págs. 13-7 e *passim*) explica assim a questão posta:

«Os documentos dispositivos não representam mais do que uma declaração do seu autor, a qual, não sendo por sua vez representativa, é uma declaração, não da verdade, mas da vontade... Não é precisa muita reflexão para concordar em que só o documento narrativo permite a mentira, enquanto o documento dispositivo só consente a falsificação material. A distinção entre documentos narrativos e dispositivos é efectivamente independente da que se faz entre documentos públicos e particulares, no sentido de que podem ser públicos ou particulares, tanto documentos narrativos como documentos dispositivos».

A autorização de desalfandegagem não contém a certificação (que tem de ser autorizada por lei) de qualquer facto; é uma declaração de vontade da Administração, legal ou ilegalmente proferida, e não uma certificação de regularidade do procedimento anterior, como também a elaboração de bilhetes de despacho tem apenas efeitos internos e estes não possuem por lei força probatória que se dirija à fé pública.

b) *O crime de falsificação nos termos ao art. 219.º do Código Penal de 1886*

A pronúncia qualificou como crime de falsificação nos termos do art. 218.º, n.ºs 5 e 8 a assinatura dos bilhetes de despacho como se os bilhetes assinados comprovassem autenticamente qualquer declaração de ciência feita falsamente pelo assinante.

Não há, como vimos, declaração de ciência, sobre a verificação ou reverificação de mercadoria, que, aliás, será uma declaração sobre factos próprios.

E considerou como crime de falsificação de documentos particulares, punível pelo art. 219.º, a aposição da autorização de desalfandegagem nos talonetes anexos aos bilhetes de despacho.

O art. 219.º não se aplica somente a documentos particulares, mas e também a documentos públicos, tais como actualmente os referiu a ordem jurídica portuguesa no Código Civil. Não é a natureza pública ou particular dos documentos que convém considerar na diferenciação das incriminações dos arts. 218.º e 219.º. É antes a natureza dos documentos como autênticos ou não autênticos que fixa a distinção das duas incriminações. Os documentos que são objecto de falsificação nos termos do art. 219.º, são aqueles que não estão compreendidos no arts. 218.º e 216.º, isto é, que não sejam escritura, título, diploma, auto ou escrito que, por lei, deva ter a mesma fé que as escrituras públicas.

Nem os bilhetes de despacho, nem os talonetes anexos fazem fé pública, e antes têm apenas validade interna no âmbito das Alfândegas.

E quanto aos talonetes anexos aos bilhetes de despacho nos quais foi aposta a autorização de saída, são nitidamente documentos dispositivos, que só comprovam a declaração de vontade da Administração, através dos seus órgãos competentes.

Parece ter sido usual a deficiente fiscalização interna dos serviços nas Alfândegas, de modo que seria costume tolerado, a substituição, em

qualquer emergência, dos reverificadores uns pelos outros; e se foi assim, a falta de competência de reverificadores não nomeados para determinado serviço, será uma irregularidade sem consequência.

— É esse o sentido do n.º 2 do art. 369.º do Código Civil:

«Considera-se, porém, exarado por autoridade ou oficial público competente, o documento lavrado por quem exerça publicamente as respectivas funções, a não ser que os intervenientes ou beneficiários conhecessem, no momento da sua feitura, a falsa qualidade da autoridade ou oficial público, a sua incompetência ou a irregularidade da sua investidura».

c) *A autoria moral nos crimes de falsificação de escritos*

Nem B, nem C tiveram qualquer intervenção no desalfandegamento, o qual, aliás, só pode ser efectuado por despachante oficial. Tão pouco tiveram qualquer contacto com os reverificadores; nem a querela ou pronúncia o apontam.

Na verdade, como se assinala *supra* (n.º 1), reproduzindo texto da pronúncia, «o primeiro arguido (A) passou então a concretizar o plano que havia idealizado...».

Não se imputa a B e C qualquer instigação directa dos executores, autores materiais, de qualquer crime de falsificação.

Supõe-se apenas que A teria sido determinado a instigar os reverificadores à prática da falsificação de escritos, pela existência do pacto constitutivo da associação de malfeitores.

Já analisámos a falta absoluta de comprovação de um pacto constitutivo de uma associação criminosa. E dissemos, então, que uma coisa é a constituição do pacto social e programático de uma associação criminosa, o qual seria uma forma de comprovação da existência da associação, e outra coisa o ajuste ou pacto para perpetração de cada crime programado.

O crime de associação de malfeitores é totalmente distinto dos crimes cometidos na sequência do programa criminoso; e por isso se acumulam.

Os autores dos crimes cometidos não são os membros da associação criminosa, mas tão somente — sejam ou não membros da associação — os que, nos termos das normas incriminadoras da participação criminosa em cada crime, em cada crime efectivamente participam.

Ora os factos constantes do processo, e que citámos, não constituem qualquer forma de autoria moral.

Pretende-se, quando muito, e contraditoriamente, que B e C teriam determinado à instigação ao crime o despachante oficial A, que por sua vez determina à execução do crime os reverificadores.

Não há instigação de instigação, autoria moral de autoria moral. A autoria moral tem de ser «directa», isto é, deve consistir em qualquer das formas que ela reveste (n.ºs 2, 3 e 4 do art. 20.º do Código Penal de 1886) dirigidas directamente pelo autor moral ao autor material ou executor.

Que não existe autoria moral de autoria moral cremos já ter demonstrado a propósito, neste parecer, do crime de abuso de confiança, ou peculato; seria absurdo admitir uma cadeia sucessiva de autores morais até chegar àquele que instigou directamente o autor ou autores materiais.

Ora, nenhum contacto existiu ou é indicado no processo (querela e pronúncia) entre B e C e os executores de qualquer falsificação de escritos.

E assim a acusação da existência por qualquer modo de participação em eventuais crimes de falsificação de escritos é insubsistente por falta da materialidade de qualquer facto ilícito de autoria moral, que só poderia ser algum dos factos expressamente indicados nos n.ºs 2, 3 e 4 do art. 20.º do Código Penal.

*

* *

E tão pouco existe qualquer indicação da existência de dolo. O dolo na autoria moral pressupõe o facto ilícito de instigação directa, que é afastada pela própria acusação e pronúncia.

As expressões utilizadas na pronúncia e que são definitórias do objecto do processo, referem explicitamente que A «contactou os reverificadores, em conformidade com o pacto» e que «o arguido A conseguiu que o D e o falecido E apusessem o «pode sair» nos talonetes anexos aos bilhetes de despacho».

A relação de causalidade na determinação da execução é estabelecida directamente por A — e mais ninguém — com os reverificadores.

4. A falsificação de escritos e o concurso aparente com o crime ou contra-ordenação de descaminho

Emitimos no número anterior a opinião de que não se verifica qualquer crime de falsificação de documentos autênticos.

Documentos desprovidos de fé pública, como os talonetes em que foi aposta a decisão «pode sair», são documentos dispositivos, que não consentem a incriminação por falsidade ideológica (tal como sucede no crime de falsificação de títulos ao portador ou transmissíveis por endosso), arts. 215.º e 216.º do Código Penal de 1886.

Quanto a esses talonetes a irregularidade verificável consiste na incompetência — quanto aos despachos efectuados — dos reverificadores que os assinaram. Mas essa irregularidade é violação de um dever funcional, sujeito a responsabilidade disciplinar.

E, mesmo então, haveria que atentar se, em razão do costume, tais assinaturas foram apostas por erro sobre a própria competência ou por inconsideração ou negligência.

E isso porque é pouco credível a existência de dolo específico de causar dano, que caracterize todos os crimes de falsidade.

O crime de falsificação a título de negligência foi descriminalizado pelo Código Penal de 1982, que não prevê a falsificação culposa ao contrário do que sucede no Código Penal de 1886 (§ único do art. 216 e § único do art. 218).

Mas estas considerações, se interessam à apreciação da responsabilidade de D, nada têm a ver com B e C, pois quanto a estes não existe sequer o facto ilícito de autoria moral, como cremos ter demonstrado.

*

* *

O eventual crime de falsificação de escritos está em concurso aparente tanto com o crime de abuso de confiança ou peculato como com o descaminho de direitos.

O crime de falsificação de escrito (a existir) seria o meio fraudulento de executar o descaminho pois que entre as duas normas incriminadoras existe uma subsidiariedade implícita. Seria o meio fraudulento de executar o descaminho. Haveria concurso aparente porquanto, doutra forma, se violava o princípio do *non bis in idem* substantivo.

Era essa a doutrina pacífica no domínio do Código Penal de 1886, aplicável no caso *sub judice*, o qual expressamente indicava essa solução (sendo aí, pois, um exemplo de subsidiariedade explícita) em um dos artigos referentes à falsificação de escritos (§ 3.º do art. 224.º: «O disposto neste artigo e seus parágrafos entende-se sem prejuízo de pena mais grave, se os factos incriminados fizerem parte da execução doutro crime ...»).

IV

O CRIME DE FURTO DE DOCUMENTO NO CÓDIGO PENAL DE 1886

1. Natureza e modalidades do crime de furto de documentos

Já indicámos a natureza e modalidades do crime de furto de documentos no parecer anterior.

O crime de furto de documentos não é um crime contra a propriedade, como o furto, mas um crime contra a prova, contra a fé pública, como o crime de falsificação de escritos.

O seu objecto é, porém, mais lato, porque compreende não apenas algum processo, ou parte dele, livro de registo ou parte dele, ou qualquer documento (corpo do art. 424.º do Código Penal de 1886), mas também papéis ou quaisquer objectos depositados em depósitos públicos ou estabelecimentos encarregados pela lei de guardar estes objectos (§ 3.º do cit. art. 424.º).

O modo de execução do crime que, afinal, consiste na ocultação de documentos ou papéis, pode ser a subtracção (furto), descaminho ou destruição (§ 4.º do cit. art. 424.º).

2. Os factos, como são narrados na querela e pronúncia

Expressamente diz a querela:

«Para além disso, os 4.º e 5.º arguidos (D e E) entregaram então ao 1.º (A) os bilhetes de despacho para que este os retirasse da

Alfândega de Lisboa e os guardasse no seu escritório» (art. 53.º da querela).

«Subtraindo-os, dessa forma, à Alfândega de Lisboa onde deveriam permanecer para processamento dos ulteriores trâmites, até arquivamento final» (art. 54.º da querela).

«E desse modo impedindo que a falta de verificação do bilhete e não pagamento da taxa adicional fossem descobertos pelos serviços da Alfândega de Lisboa ou pelas inspecções que no âmbito desta, periodicamente se efectuam» (art. 55.º da querela).

«Os referidos 74 bilhetes de despacho foram na totalidade subtraídos à Alfândega de Lisboa pelo 1.º arguido (A) nos termos referidos nos arts. 53.º e 55.º» (art. 74.º da querela).

«Por acórdão da Relação de Lisboa de 21-7-82, transitado em julgado em 25-10-82, o 1.º arguido (A) foi condenado pela subtracção dos documentos referidos no art. 74.º, na pena de cinco anos de prisão maior e sete meses e meio de multa» (querela — art. 108.º).

*

* * *

Não é convincente nem a querela, nem a pronúncia sobre a modalidade que reveste o crime de furto de documentos; se subtracção de documentos ou papéis, se descaminho, se destruição.

Os documentos ou papéis encontravam-se legitimamente na posse do despachante oficial da Alfândega, A, que mandou proceder à sua elaboração, no exercício da sua competência legal e os possuía em nome da Alfândega.

Não foram, portanto, «subtraídos» à Alfândega de Lisboa, mas desencaminhados e o descaminho verificou-se quando o seu possuidor em nome da Administração, violou a relação de confiança que o ligava, como funcionário, à Alfândega, não lhes dando o destino legal e ocultando-os como se fossem seus.

A querela como a pronúncia, porém, consideram os 1.º (A), 4.º (D) e 5.º (E) arguidos como co-autores materiais de furto de documentos (na parte da querela que corresponde ao n.º 4.º, do art. 35.º do Código de Processo Penal).

3. A autoria material e a autoria moral no crime de furto de documentos a que se referem os autos

O furto de documentos tomou a forma de descaminho.

Assim como a subtracção de documentos é mais rigorosamente furto de documentos porque se executa precisamente mediante subtracção como o furto, o modo de execução por descaminho equivale à forma de execução do crime de abuso de confiança, e o modo de execução por destruição equivale à forma de execução do crime de dano.

Convém deixar esclarecido este ponto, por isso que assim se torna possível indicar fundamentalmente os autores materiais, quer da subtracção, quer do descaminho, quer da destruição, actos nos quais pode consistir a execução do crime de furto de documentos.

Ora, no caso a que se refere este parecer, não houve subtracção, nem destruição, mas descaminho.

Pressuposto da subtracção é o desapossamento de outrem pelo autor material; pressuposto do descaminho é a posse dos documentos, objectos ou papéis, pelo autor material do crime. Os bilhetes de despacho estiveram sempre na posse do 1.^o arguido (A) desde o momento da sua elaboração. A posse desses bilhetes de despacho era uma posse em nome alheio, em nome do serviço público de Alfândega. A inversão do título da posse só podia ser cometida pelo mesmo A.

Não é imputada a execução do crime a B ou C, mas é imputada pela querela e pronúncia não só a A como a D e E, e sem razão. O único autor material do crime de furto de documentos (na forma de descaminho) foi A, que por tal crime foi já condenado. Foi ele que, no exercício da sua função pública, elaborou os bilhetes de despacho; foi ele que, no exercício da sua função pública, se encontrava na posse dos documentos para lhes dar o destino legal; e foi ele que, finalmente, omitiu o cumprimento do seu dever funcional de lhes dar destino legal, ocultando-os.

Não há, portanto, co-autores materiais no descaminho dos bilhetes de despacho; há um único autor material, que já foi condenado pelo crime.

*

* * *

B e C não foram acusados de autoria material, mas de autoria moral.

Repete-se, quanto à autoria moral do furto de documentos, a mesma confusão que já assinalámos a propósito do crime de abuso de confiança e do crime de falsificação de escritos, e que é consequência de considerar o pacto social (aliás inexistente, porque não comprovado na sua materialidade) como correspondendo à autoria moral em todos os crimes que constituíssem o programa social da associação de malfeitores.

A autoria moral tem como elementos constitutivos uma acção de instigação (nas formas enunciadas pelos n.ºs 2, 3 e 4 do art. 20.º do Código Penal de 1886), e um duplo evento que consiste na determinação de terceiros ao crime, e na execução do crime pelo autor material instigado.

As formas que reveste a acção são a violência física, ameaça, abuso de autoridade ou de poder (n.º 2 do cit. art. 20.º), ajuste, dádiva, promessa, pedido ou qualquer outro meio fraudulento e directo (n.º 3 do mesmo artigo), conselho ou instigação, quando sem esse conselho ou instigação não tivesse sido cometido o crime (n.º 4 do mesmo artigo).

Nenhuma destas modalidades da acção na autoria moral se encontra indicada ou descrita na querela (ou pronúncia) como tendo sido praticada por B ou C.

O único caso em que se indica ter havido «pedido», quanto à falsificação de escritos, consta dos arts. 63.º, 64.º e 65.º da querela. E nesse caso o «pedido» teria sido feito por A (1.º arguido) a D.

Pelo contrário, o que revela a querela e a pronúncia é, em síntese, que B e C, tendo fundado ou aderido a uma associação de malfeitores, proposta por A, serão responsáveis por todos os crimes cometidos na execução do programa criminoso da associação, como autores morais de todos e de cada um desses crimes.

E é evidente, como já demonstrámos, que não é assim.

A autoria moral tem de ser «directa», isto é, dirigida ao executor ou executores por uma das formas indicadas nos n.ºs 2, 3 ou 4 do art. 20.º do Código Penal de 1886. Tem de ser um ajuste ou acordo, directamente com o autor material, diverso do pacto constitutivo da associação de malfeitores. E, no entanto, na querela é notória a referência apenas ao pacto social de associação de malfeitores mormente nos arts. 77.º e 48.º.

Afirma-se a existência de uma associação de malfeitores com um programa criminoso e considera-se que todos os crimes cometidos que caibam nesse programa foram instigados directamente pelos membros da

pretensa associação de malfeitores, mesmo relativamente a executores que da associação não fazem parte, como é o caso de D.

Ora a plena autonomia das incriminações por associação de malfeitores e pelos crimes cometidos mesmo que caibam no pretense programa criminoso, implica necessariamente que pode haver membros da associação de malfeitores que participam em algum ou alguns crimes, como também força a admitir que pode haver participação de indivíduos estranhos à associação de malfeitores, e membros da associação, que não participaram em qualquer crime que realiza o pretense programa criminoso.

E é essa a interpretação e doutrina correntes tanto em Portugal como fora do país, como anotámos a propósito do crime de associação de malfeitores, no nosso anterior parecer.

Aliás, reconhecem-no a própria querela e pronúncia quando acusam superabundantemente D de autor moral e material de um crime de furto de documentos e de uma contra-ordenação de descaminho de direitos alfandegários (querela *in fine*), que estão incluídos pelas mesmas peças processuais no programa da associação de malfeitores, não sendo D nem E acusados de pertencerem à associação de malfeitores.

4. O furto de documentos como facto posterior impune do crime de descaminho

Assentámos em que o único autor material do furto de documentos (na forma de descaminho) teria sido o despachante oficial A, que por esse crime foi já condenado; foi ele que, estando na posse legítima tanto dos bilhetes de despacho, como dos talonetes anexos lhes deu destino legal diferente daquele que, por dever de ofício, lhes deveria dar — a entrega deles aos serviços competentes da Alfândega.

O furto de documentos encontra-se, porém, em concurso aparente quer com o crime de peculato (ou abuso de confiança), quer com o crime ou contra-ordenação de descaminho de direitos alfandegários.

É um post-facto impune, que está em relação de consumpção com aqueles crimes.

Enquanto a falsificação de escritos foi meio de execução do crime ou contra-ordenação de descaminho (e por isso se verifica entre as duas incriminações uma relação de subsidiariedade), o furto de documentos é

um facto posterior à execução do descaminho de direitos e do peculato e encontram-se as incriminações por esses factos, em relação de consumpção.

A tutela jurídica relativa ao objecto jurídico do peculato (ou abuso de confiança) e ao objecto jurídico do crime ou contra-ordenação de descaminho de direitos alfandegários já abarca no seu âmbito a prática do facto (furto de documentos) destinado apenas a manter ou garantir o proveito ilícito obtido com a execução daqueles dois crimes.

O gatuno que furta mantimentos e depois os usa em seu proveito, consumindo-os ou destruindo-os nada acresce ao dano previsto pela própria incriminação por furto.

Ora, no caso dos autos, o desvio de documentos serviu apenas para manter o proveito obtido com a realização do crime de peculato (ou abuso de confiança) e com o descaminho de direitos. Destinou-se a ocultar os crimes que pela fiscalização desses documentos podiam ser descobertos. A razão de ser do crime é, somente, a ocultação do peculato (ou abuso de confiança) e do descaminho de direitos.

V

O CRIME OU CONTRA-ORDENAÇÃO DE DESCAMINHO DE DIREITOS ADUANEIROS

1. Razão de ordem

Procurámos ordenar este parecer, seguindo de perto a enumeração das qualificações criminosas que a pronúncia atribui aos factos que relata.

Não se alcança, porém, uma visão segura das questões, pois é prévio o problema de deslindar os factos que possam eventualmente ser susceptíveis de constituir crime, relativamente àquele que consiste na sua qualificação legal.

Houve, pelo contrário, que indicar, com a clareza possível, a interpretação das normas incriminadoras invocadas na pronúncia, não a

fazendo seguir, depois, do exame da matéria de facto que deveria estar-lhes subjacente, mas que, afinal, não consta nem da querela nem da pronúncia.

Este desbastar de um processo que alcança um grau de complexidade desusado era indispensável para alcançar directamente o cerne das questões.

Chegados a este ponto e quando falta tratar do crime ou contra-ordenação de descaminho, é já possível indicar a simplificação, sem a qual a resolução de questões jurídicas se mostra confusa ou hesitante. A realidade é sempre mais simples do que os desvios que a argumentação pela argumentação criam e desenvolvem.

Do que já consta deste parecer pode tirar-se a ilacção de que os factos que são objecto do processo consistiram na apropriação de dinheiro entregue pela sociedade B, Lda. ao despachante oficial para pagamento de direitos aduaneiros.

Este facto fundamental é um crime de peculato (ou abuso de confiança), como dissémos, mas é também um crime ou contra-ordenação de descaminho de direitos aduaneiros. Há entre estes dois crimes um concurso ideal: o mesmo facto é concomitantemente execução do crime de peculato (ou abuso de confiança), e execução do descaminho de direitos.

Foi o mesmo objecto — o mesmo dinheiro — que foi apropriado ilegítimamente pelo seu possuidor legítimo, e que também foi desviado da sua aplicação legal ao pagamento de direitos aduaneiros, pelo mesmo possuidor legítimo.

E é a mesma omissão — omissão do dever em que se encontra constituído o despachante oficial que realiza a execução do peculato e a execução do descaminho.

Ambas as incriminações — por peculato e por descaminho — incidem sobre o mesmo e único facto, que é qualificável por ambas em uma dupla valoração.

É precisamente o que a doutrina (e também a lei) designa por concurso ideal ou formal de crimes.

*

* *

O crime de associação de malfeitores é inteiramente autónomo em relação aos demais, como assinalámos, mas a narração da querela e da

pronúncia não o prefiguram, como julgamos ter demonstrado no anterior parecer.

Pelo contrário, entre os crimes de abuso de confiança (ou peculato) e a contra-ordenação de descaminho há um concurso ideal de crimes; e entre estes crimes e os crimes de falsificação de escritos e de furto de documentos, haverá um concurso aparente de crimes. Foi essa a conclusão a que chegámos ao tratar dessas incriminações.

Deste modo se simplifica a matéria de facto que o processo pretende abarcar, obedecendo à regra racional de que as questões de direito só têm a conveniente solução quando sejam devidamente ordenadas.

*
* *

A segunda perspectiva que importava dilucidar era a relativa à distinção rigorosa entre a autoria material e a autoria moral. É ela a que mais interessa quanto a B e C.

Nenhum deles foi autor material do crime de peculato, de descaminho de direitos, de falsificação de escritos ou de furto de documentos.

Foram acusados, mas inadvertidamente, de co-autoria material no crime de peculato ou abuso de confiança, visto que não praticaram qualquer acto de execução desse crime. E foram acusados de co-autoria material no crime da associação de malfeitores, de cuja insubsistência como incriminações tratámos no primeiro parecer.

Não tendo cometido qualquer acto de execução — pois que este lhes não foi imputado nem na querela, nem na pronúncia — não foram co-autores materiais do abuso de confiança. A própria pronúncia renuncia indirectamente a essa qualificação, pois que não aponta nem B nem C como autores materiais do descaminho, sendo certo que o facto de execução do peculato ou abuso de confiança, e do descaminho, são um e mesmo facto.

E quanto à narração dos elementos constitutivos essenciais da autoria moral em qualquer crime, é ela omissa tanto na querela como na pronúncia.

Feita resumidamente a indicação dos resultados obtidos pelo estudo do processo, segue-se o estudo do crime ou contra-ordenação de descaminho de direitos aduaneiros, relativamente ao qual se colocam alguns problemas particulares, para completar a necessária correlação entre todos os pontos versados.

Os problemas particulares que se colocam relativamente à contra-ordenação de descaminho de direitos aduaneiros são:

a) Qual a legislação penal aplicável, na sucessão de leis no tempo, que tem lugar entre a prática do descaminho e o seu julgamento.

b) Para resolução da questão posta na alínea a) é indispensável resolver a questão, largamente discutida no processo, da prescrição do procedimento criminal.

*
* *
* *

E finalmente importa esclarecer a opinião, já anunciada, de que os crimes de falsificação de escritos e de furto de documentos se encontram em concurso aparente com o crime de peculato e o descaminho, e por sua vez os crimes de peculato (ou abuso de confiança) e o descaminho se encontram em concurso ideal entre si. É que se o concurso ideal não tem actualmente delineamento autónomo no Código Penal, sendo equiparado ao concurso real, o mesmo não sucede no concurso ideal entre crimes e contra-ordenações, por força das disposições especiais dos arts. 18.º e 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.

2. A legislação penal aplicável no caso de prescrição do procedimento criminal

São similares as disposições legais sobre aplicação da lei penal no tempo, nos termos do Código Penal de 1886 e no Código Penal de 1982; há apenas diferenças de pormenor. É natural que assim seja porque a irretroactividade da lei penal e a retroactividade da lei penal mais favorável tem sido sempre princípio constitucional.

As disposições sobre sucessão de leis penais no tempo constavam do art. 6.º do Código Penal de 1886 e constam dos arts. 1.º e 2.º do Código Penal de 1982.

A distinção fundamental a fazer, para o caso dos autos, é entre a sucessão de leis da qual deriva a não incriminabilidade pela nova lei do facto criminoso em concreto — do que resulta necessariamente a aplicação imediata e retroactiva da nova lei — e a sucessão de leis que alterem

ou modifiquem a penalidade ou outros efeitos penais — caso no qual, não obstante se proceda à incriminação em função da lei vigente à data da perpetração do crime, se aplicará a pena mais leve que a nova lei consinta no caso concreto.

Já fizemos aplicação destes princípios do Código Penal ao longo deste parecer.

A questão toma, no entanto, cariz diferente quanto ao crime de descaminho. O crime de descaminho foi degradado em contra-ordenação; e também, o prazo de prescrição do procedimento criminal das contra-ordenações é mais curto que o dos crimes; e verificando-se que, por força da nova legislação, a contra-ordenação de descaminho não é incriminável no caso concreto por se encontrar prescrita, é aplicável retroactivamente a legislação nova, sem necessidade de qualquer confronto entre as duas leis para decidir em concreto da lei mais favorável.

De um outro ponto de vista, e relativamente às normas sobre concurso de infracções, quando mais favoráveis segundo a nova lei, serão imediatamente aplicáveis. Ora, no que respeita ao concurso de infracções que é concurso de crimes em sentido estrito, são mais favoráveis as regras do concurso e dos seus efeitos penais no Código Penal de 1886, mas no que respeita ao concurso de contra-ordenações, bem como ao concurso de crimes e contra-ordenações, já serão mais favoráveis as regras estabelecidas «pela» nova legislação, porquanto, e relativamente a estas espécies de concurso, o Decreto-Lei n.º 433/ 82 seguiu na definição dessas espécies e na determinação da pena correspondente ao concurso, orientação similar ao Código Penal de 1886, e diferente por isso da que foi preferida pelo Código Penal de 1982, quanto ao concurso de crimes.

Haverá, em consequência, que esclarecer qual o regime legal aplicável — o da antiga legislação ou o da nova legislação — quer quanto à prescrição do procedimento criminal das contra-ordenações, quer quanto ao regime legal aplicável ao concurso de crimes e contra-ordenações que tem lugar no processo *sub judice*.

3. A prescrição do procedimento criminal pelo crime ou contra-ordenação de descaminho

O facto criminoso que, por virtude de lei nova, tenha prescrito, deixa de ser punível tanto nos termos do n.º 2 do art. 2.º do Código Penal

de 1982 como nos termos da 1.^a excepção do art. 6.^o do Código Penal de 1886.

Há continuidade no pensamento legislativo nesta matéria. A excepção 1.^a do art. 6.^o do Código Penal de 1886 foi redigida pelo art. 2.^o da Reforma Penal de 1884, a qual se incorporou no Código Penal de 1886.

O Relatório dessa reforma penal de 1884 diz expressamente que se a nova lei estabelecer disposições em virtude das quais o facto deixa de ser considerado criminoso manda, neste caso, considerar extinta a responsabilidade criminal do réu...

A aplicação imediata da lei reguladora dos prazos de prescrição do procedimento não equivale à aplicação de pena mais leve por força da nova legislação; é extinção da responsabilidade penal, e por isso não é de aplicar qualquer pena mais leve.

No confronto entre as excepções 1.^a e 3.^a do art. 6.^o do Código Penal de 1886 ou entre o n.^o 2 e o n.^o 4 do art. 2.^o do Código Penal de 1982, verifica-se que as primeiras regras se referem directamente às incriminações (preceito primário da norma penal) enquanto a excepção 3.^a do art. 6.^o do Código Penal de 1886 e o n.^o 4 do art. 2.^o do Código Penal de 1982 se referem ao preceito secundário da normal penal (sanção ou pena).

Ora, quando por aplicação da lei nova, o facto punível, concretamente cometido «deixa de ser punível» é sempre de aplicar o regime do n.^o 2 do art. 2.^o do Código Penal de 1982, similar à excepção 2.^a do art. 6.^o do Código Penal de 1886.

E, na verdade, «facto punível» é o próprio facto criminoso; os dois conceitos são sinónimos.

E o facto não é crime quando da apreciação da lei nova resulta que qualquer elemento essencial para a sua ilicitude ou culpabilidade se não verifica; isto acontece, — 1.^o quando, havendo alteração de incriminação quanto aos elementos essenciais do próprio crime, deixa o facto concreto de ser crime em função da nova lei; — 2.^o quando a nova legislação tenha alterado a anterior quanto às causas de justificação ou de exculpação e em razão dessa alteração o facto cometido se deva considerar abrangido pela nova circunstância dirimente da responsabilidade penal, pelo que o facto deixa também de ser punível, de ser crime; e — 3.^o ainda quando a nova lei alterou o regime das causas de extinção de responsabilidade, de modo que, por força da lei nova, se extinga a responsabilidade penal quanto ao facto cometido e este, portanto, deixe igualmente de ser punível.

São, assim, sempre mais favoráveis, relativamente aos casos em que se prevejam penas mais leves, aqueles casos em que, pela ordem que a seguir indicamos, o facto deixa de ser punível: — 1.º) por da aplicação da nova lei resultar a justificação do facto cometido, isto é, facto ilícito passou a ser facto lícito; — 2.º) por aplicação da nova lei resultar, que o facto criminoso cometido é desculpável, embora permanecendo ilícito; — 3.º) quando da aplicação da nova lei resultar a extinção da responsabilidade penal ou a isenção da pena.

*

* *

O crime de descaminho prescrevia nos termos do art. 27.º do Contencioso Aduaneiro (Decreto-Lei n.º 31.664 de 1941) decorridos cinco anos; quando se tratasse de transgressões a prescrição decorria no prazo de dois anos.

Estes prazos seriam interrompidos mediante qualquer acto judicial no processo; a interrupção só podia ter lugar quando o processo se encontrasse na fase judicial, e não decorresse qualquer instrução policial, administrativa ou disciplinar. É sabido que a maior parte das prescrições que podem suscitar reparos surgem pelo alargamento desmedido de investigações officiosas fora do processo penal, ainda não instaurado, ou pela pretensão, quanto à averiguação de responsabilidade do funcionário, a considerar que o processo penal é complemento do processo disciplinar quando é, do ponto de vista jurídico, o contrário que deve verificar-se.

Ao referir-se à interrupção da prescrição, o Contencioso Aduaneiro diz *ipsis verbis* que ela se interrompe «por qualquer acto que constitui procedimento fiscal (penal fiscal) contra o infractor». A terminologia acomoda-se à interrupção da prescrição, consoante era regulada na primitiva redacção do Código Penal de 1886, tal como estava em vigor à data da publicação do Contencioso Aduaneiro; e era natural que assim fosse: «a prescrição de que tratam os parágrafos antecedentes, conta-se desde o dia em que foi cometido o crime ou, se antes dele algum acto judicial teve lugar, desde o dia do último acto» (§ 4.º do art. 125.º do Código Penal de 1886); posteriormente o § 4.º do art. 125.º do citado Código recebeu nova redacção em virtude da qual a prescrição não corria a partir da acusação em juízo, enquanto pendentes as ultteriores fases do processo, e poderia entender-se que tal disposição completaria a do

§ único do art. 27.º do Contencioso Aduaneiro para manter a unidade do sistema jurídico, já que aquela disposição se moldara sobre o regime legal do Código Penal.

Mas, mais importante que a discussão da interpretação do § único do art. 27.º do Contencioso Aduaneiro é tomar em atenção o novo regime legal das contra-ordenações, o que directamente se aplica a todas as contra-ordenações; ora nos termos do art. 27.º do Decreto-Lei n.º 433/82 «o procedimento por contra-ordenação extingue-se por efeito da prescrição logo que sobre a prática da contra-ordenação hajam decorrido os seguintes prazos: a) dois anos, quando se trate de contra-ordenação a que seja aplicável uma coima superior a 100.000\$; b) um ano, nos restantes casos», sobre os casos de interrupção tempestiva.

Esta interrupção, cujos motivos foram aplicados pelo art. 28.º do mesmo Decreto-Lei, foi, por sua vez, restringida quanto aos seus efeitos, por determinação do n.º 3 do art. 120.º do Código Penal de 1982, que não foi afastado, nem se compreenderia que o fosse, em matéria de contra-ordenações.

É que a lei ponderou o prazo mais do que razoável para chegar a seu termo qualquer processo judicial, e determinou que «a prescrição do procedimento criminal terá *sempre* lugar quando, desde o seu início e ressalvado o tempo de suspensão, tiver decorrido o prazo normal de prescrição acrescido de metade...» (n.º 3 do art. 120.º do Código Penal de 1982).

Há na legislação processual imperativos que fixam os prazos máximos do inquérito preliminar, da instrução preparatória e da instrução contraditória. O n.º 3 do art. 120.º do Código Penal de 1982 veio tirar as consequências lógicas dessa ordenação processual. Não deve a interrupção da prescrição servir de justificação à paralisia e desordem dos processos. O prazo de prescrição é suficientemente longo para, em função da gravidade e complexidade das infracções, consentir um processamento normal. Não facilita o cumprimento da lei que fixa prazos peremptórios para ultimização do processo uma instrução complicada e confusa de múltiplas contra-ordenações e contravenções, se a junção de processos se mostra inadequada. Mas então a razão da insuficiência do prazo não está na lei, mas no modo pelo qual se elaborou a eito o próprio processo.

De toda a maneira, o princípio proclamado no n.º 3 do artigo 120.º do Código Penal de 1982 é *sempre* de aplicar; delimita as interrupções do prazo de prescrição relativamente a cada crime e a cada contra-ordenação.

No caso a que este parecer se reporta, o Digno Procurador da República pretende, pelos motivos que expende, não ter sido intenção do legislador dar a amplitude que literalmente tem ao n.º 3 do citado art. 120.º. É essa uma presunção de intenção que não abonaria o legislador e também por isso nada revela; o que importa é o entendimento objectivo da lei.

4. O concurso ideal do crime de peculato (ou abuso de confiança) e da contra-ordenação de descaminho de direitos aduaneiros

Chegámos à conclusão de que a contra-ordenação de descaminho se encontrará prescrita pelo decurso de prazo superior ao que demarca o n.º 3 do art. 120.º.

Isso não obsta, porém, a que tentemos explicar, para a hipótese improvável de ainda não ter decorrido esse prazo de prescrição do procedimento criminal, qual a pena aplicável ao concurso do crime de peculato e da contra-ordenação de descaminho.

Afirmámos já que o «facto» do peculato (ou abuso de confiança) e o «facto» do descaminho são um mesmo e único facto, duplamente qualificado pela lei penal.

Tanto o peculato ou abuso de confiança, como o descaminho se executam mediante a omissão do dever — por parte do despachante oficial — de dar ao dinheiro o destino legal para o qual lhe fora confiado pela Sociedade B, Lda..

Enquanto essa omissão ofende ou lesa a dita Sociedade, pela apropriação do dinheiro que lhe pertencia, será abuso de confiança (ou peculato); enquanto essa omissão é também omissão do pagamento dos direitos aduaneiros, fim para o qual fora confiado pela Sociedade, constitui execução do descaminho.

Simplemente posta a questão, o crime de abuso de confiança (ou peculato) e a contra-ordenação de descaminho de direitos aduaneiros, encontram-se entre si em concurso ideal porque ao «mesmo facto» correspondem duas valorações jurídico-penais.

É exacto que o concurso ideal deixou de ter expressão directa no Código Penal de 1982; o concurso de crimes vem definido no n.º 1 do art. 30.º o qual equipara e confunde numa só definição o concurso real e

o concurso ideal de crimes. «O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente». Isto é, a pluralidade de crimes deriva da pluralidade de normas incriminadoras que qualificam um facto ou vários factos, ou da violação plúrima da mesma norma incriminadora por um ou vários factos.

É repetida na lei a concepção da unidade e pluralidade de crimes que Eduardo Correia defendeu em tese de doutoramento e depois nas suas Lições e fez vingar nos trabalhos preparatórios do novo Código Penal.

Em função do regime legal do concurso de crimes no novo Código Penal, o abuso de confiança ou peculato e o descaminho de direitos aduaneiros, consistem em um mesmo facto, mas este viola duas diversas normas incriminadoras, e por isso é valorado duplamente. O concurso ideal, então, não se separa, quanto aos seus efeitos, do concurso real, pois que ambas estas espécies de concurso, como são definidas pela doutrina, terão o mesmo regime legal quanto à pena total aplicável ao concurso de crimes.

O concurso de crimes, como vem definido no citado art. 30.º do Código Penal não tem, porém, aplicação ao concurso de contra-ordenações ou ao concurso de crimes e contra-ordenações.

Não interessa justificar ou criticar a diferença do regime legal do concurso nos dois diplomas, publicados no mesmo ano.

Ela deve ter a sua origem na circunstância de o concurso de contra-ordenações e de contra-ordenações e crimes provir da legislação alemã sobre transgressões da ordem. Este é, porém, o regime que o Código Penal alemão mantém no concurso de crimes, o mesmo regime que já se encontrava no Código Penal de 1871. Ora, o legislador português regulamentou o regime do concurso de crimes de forma diferente tanto do Código alemão como do Código Penal português de 1886, que tinham bastante semelhança.

De todo o modo, é inelutável a cisão estabelecida na legislação portuguesa.

Na verdade, o art. 20.º do Decreto-Lei n.º 433/82 reza assim: «Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação».

Assim, se o mesmo facto for qualificável como crime e contra-ordenação, será punível com a pena do crime, que absorverá a da contra-ordenação, sem prejuízo da acumulação de penas acessórias previstas para a contra-ordenação.

E assim, no caso dos autos, sendo o mesmo facto (unidade do facto – *Tateinheit* na legislação germânica), o facto de abuso de confiança ou peculato e da contra-ordenação de descaminho, segue-se a absorção da pena do descaminho pela pena que seja aplicada ao peculato, só podendo acrescer, a essa sanção principal, qualquer sanção acessória dentre as previstas no art. 21.º do Decreto-Lei n.º 433/82.

O Decreto-Lei n.º 433/82 fez ressurgir a figura do concurso ideal de infracções que o Código Penal de 1886 consagrava e que o novo Código Penal aboliu no concurso de crimes.

O campo de aplicação do novo regime do concurso ideal é, porém, restrito ao concurso de contra-ordenações e de crimes e contra-ordenações (algo de similar se verifica quanto a contravenções, mas por razões diversas, isto é, pela manutenção do regime legal do Código Penal de 1886).

Portanto, a contra-ordenação de descaminho encontra-se prescrita por força do n.º 3 do art. 120.º, do novo Código Penal, e, se o não estivera, a pena aplicável ao concurso ideal da contra-ordenação com o crime de abuso de confiança ou peculato seria tão só a pena aplicável ao próprio abuso de confiança ou peculato por se tratar de uma unidade natural ou do facto, embora passível de dupla valoração jurídica.

5. A autoria moral na contra-ordenação de descaminho de direitos aduaneiros

Guiou a ordenação deste parecer uma preocupação de lógica indispensável, mais ainda que para resolução das questões suscitadas, para a compreensão das próprias questões jurídicas.

E assim, relativamente a cada uma das incriminações apontadas na pronúncia, fez-se a interpretação de cada norma penal considerada pela pronúncia, como eventualmente aplicável.

Neste primeiro desbaste da questão total, podemos concluir que não há factos narrados na pronúncia que justifiquem uma incriminação por associação de malfetores, como não há factos indicados na mesma peça

processual que justifiquem a imputação de crimes de falsificação de escritos. E finalmente assentou-se em que a contra-ordenação de descaminho de direitos aduaneiros, embora se tenha verificado, se encontra prescrita, e por isso não é punível.

Quanto ao crime de peculato (ou abuso de confiança) e aos crimes de furto de documentos, estão narrados na querela factos que correspondem às incriminações legais.

Mas só depois de analisada a estrutura legal do crime de cada agente se torna possível delimitar a autoria moral da autoria material.

E mediante essa delimitação se verificou que os arguidos a que respeita este parecer, B e C, não podem ser considerados de forma alguma como co-autores materiais, quer de peculato ou abuso de confiança, quer de falsificação de escritos, quer de furto de documentos ou ainda do descaminho de direitos aduaneiros. Para serem co-autores materiais seria indispensável que lhes tivesse sido imputada a prática de qualquer acto de execução desses crimes, e nenhum acto de execução lhes foi atribuído.

Restava a imputação por autoria moral. A autoria moral, como repetidamente afirmámos, implica um facto ilícito autónomo que consiste em instigação, em alguma das formas previstas pelos n.ºs 2, 3 e 4, do art. 20.º do Código Penal de 1886, aplicável em geral ao caso dos autos.

Algo que pretenda indicar uma autoria moral só se vislumbra na afirmação, deficientemente expressa, de que A teria pedido a outro arguido a colaboração na prática de crimes, por sugestão de B e C. Mas, mesmo assim deficientemente formulado, não corresponderia senão a uma instigação indirecta que não é punível pois a lei claramente exige a autoria moral ou instigação directa.

Estas conclusões foram indicadas relativamente a cada incriminação e são naturalmente conclusões do próprio parecer.

6. Conclusões finais

Como, porém, a compreensão do processo no seu todo é conveniente para compreensão das diferentes questões que ele envolve não nos escusámos ainda a repetir conclusões já expressas por este parecer, sobre a relação das várias incriminações a que o processo se reporta.

Não nos parece que isso possa ter interesse relativamente a B e C, mas interessa à compreensão total do processo.

Afora o crime de associação de malfeitores, de que tratámos exaustivamente em anterior parecer, crimes imputados aos vários arguidos foram: abuso de confiança (ou peculato), crimes de falsificação de escritos, furto de documentos e descaminho de direitos aduaneiros.

Procurámos comprovar que entre o abuso de confiança (ou o peculato) e o descaminho de direitos se verifica um concurso ideal. Não tem esta figura, hoje, relevância no concurso de crimes, em razão do art. 30.º, n.º 1 do Código Penal de 1982; mas retoma plena actualidade no concurso de crimes e contra-ordenações (Decreto-Lei n.º 433/82, art. 20.º). Como o «facto» do abuso de confiança e do descaminho é um e o mesmo, haverá, nos termos da disposição citada do Decreto-Lei n.º 433/82, um concurso ideal entre as duas infracções, sendo apenas punível o crime de abuso de confiança ou peculato. Não deve, porém, esquecer-se que o descaminho de direitos já não é punível por verificação duma causa de extinção de responsabilidade penal: a prescrição do procedimento criminal.

E quanto ao relacionamento dos crimes de abuso de confiança ou peculato com o crime de furto de documentos, verifica-se necessariamente um concurso aparente, visto que a tutela penal do objecto jurídico de ambos os crimes já é totalmente assegurada pela primeira incriminação; não há dupla qualificação jurídica penal, mas uma só.

É este o meu parecer.