

CAPITAL MINORITÁRIO E CRIME DE INFIDELIDADE

A constituição como assistente do titular de órgão social de pessoa colectiva, não titular do órgão de administração – crime de infidelidade.

Carlos de Almeida Lemos

23 de Junho de 2016

A Jurisprudência maioritária nos tribunais portugueses tem vindo a defender que o art.º 68.º, n.º 1, al. a) do Código de Processo Penal (C.P.P.) consagra o conceito restrito de ofendido, nos termos do qual este apenas será aquele que é titular do interesse “directa”, “imediata” ou “predominantemente” protegido pela incriminação, o que estando perante a eventual prática de um crime de infidelidade, previsto e punido pelo art.º 224.º do Código Penal (C.P.), tem levado à interpretação de que este interesse apenas seria titulado pela sociedade, ente colectivo, e por quem a represente em sentido jurídico.

O tipo legal do art.º 224.º estatui, no seu n.º 1 que “ Quem, tendo-lhe sido confiado, por lei ou por acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave violação dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.”

Ora, a aplicação deste conceito restrito vinha a provocar, na prática, e nomeadamente, no que tange à perseguição jurídico-penal do crime de Infidelidade, situações de total e completa denegação de justiça, em clara violação do previsto no artigo 20.º da Constituição da República.

De facto, os bens jurídicos que a norma do artigo 224.º do Código Penal se destinou a proteger, são **o património e a ofensa à relação de confiança que, por lei ou contrato, foi atribuída a certas pessoas.**

Reconhecendo-se o direito de apresentar queixa crime por parte de toda aquela pessoa que tenha notícia de um crime – art.º 113.º do C.P. – incluindo-se aqui os titulares do capital da sociedade, mas que não integram os órgãos de direcção da pessoa colectiva, vinha a Jurisprudência dominante a considerar que estes últimos, e quando a imputação tinha por objecto os actos materiais que preenchem o tipo legal do crime de Infidelidade, se encontravam impedidos de se constituir como assistente em Processo Penal, por não os considerarem “ofendidos” nos termos do art.º 68.º, n.º 1, al. a) do C.P.P..

Este impedimento assumia e assume importância relevante uma vez que, nos termos do art.º 287.º, n.º 1, al. b) do C.P.P. apenas ao assistente, e já não ao ofendido, é permitido pôr em causa o arquivamento do Inquérito anteriormente decidido pelo Ministério

Público. Ou seja, caso o Ministério Público tenha decidido não levar a julgamento os factos denunciados pelo queixoso, apenas o assistente terá capacidade processual para inverter aquela decisão, apresentando um requerimento de Abertura da Instrução junto do Tribunal, de forma a inverter aquela decisão, levando o Juiz de Instrução Criminal a decidir o prosseguimento do processo de forma, pronunciando o arguido, levando a julgamento aqueles factos que o queixoso julgou serem suficientes para integrar a prática por parte dos titulares dos órgãos sociais da sociedade de um crime de Infidelidade.

Todavia, a Jurisprudência dominante vinha considerando nesta matéria que o titular do interesse legítimo com capacidade para se constituir assistente em processo penal seria aquele que inicialmente foi designado para os órgãos de direcção (administrador ou gerente), não reconhecendo nenhuma das formas de fiscalização e de controle dos poderes conferidos ao ente colectivo como manifestações desse mesmo interesse protegido pela norma incriminadora do artigo 224.º do Código Penal.

Ou seja, considerava que tendo sido o órgão do ente colectivo “Administração” ou “Gerência” eleito segundo as regras societárias, já não reconhecera como legítimo representante do interesse protegido pela norma aqueles que, estando estatutariamente ou legalmente mandatados para fiscalizar segundo as regras societárias a pessoa singular que exerce a vontade colectiva, manifestamente se teria excedido no exercício dos poderes que inicialmente lhe foram conferidos.

Todavia, a ser assim, mais não estaríamos que a abrir o caminho à impunidade daqueles que, detendo o poder na sociedade, impediriam o controlo por parte dos detentores do capital, e que não exercessem essas funções, dos actos que envolvessem a eventual prática de condutas criminosas.

De outro modo, não vemos qual a aplicabilidade prática da imputação de crimes de Infidelidade a um membro de um órgão de uma pessoa colectiva, sobretudo quando essa pessoa for sócio/accionista maioritário da empresa.

De facto, com este quadro, a perseguição jurídico-penal do Administrador/Gerente detentor da maioria do capital social seria impossível, uma vez que aquele que é visado por uma investigação teria a capacidade absoluta impossibilitar o ente “sociedade” de votar deliberação que colocasse em causa os seus próprios actos criminosos, gerando impunidade, e mais do que isso, uma clara denegação de justiça em violação do disposto no artigo 20.º da Constituição da República, uma vez que veria o exercício judicial dos seus direitos ser-lhe negado por não serem reconhecidos os meios com que o Direito Societário dotou os detentores minoritários do capital de forma a que estes possam, não obstante o seu menor direito de voto, controlar, fiscalizar e denunciar comportamentos que, por socialmente inaceitáveis, a Lei Penal tornou ilícitos e puníveis com pena de prisão.

Afirmava a Jurisprudência dominante que não seria admissível a constituição de assistente deste titular de capital social, não membro do órgão de direcção e administração societária, restando-lhe o recurso às regras do Direito Civil, mais propriamente, do Direito Societário, para desta forma retirar do órgão social o arguido/participado, obtendo ulteriormente uma deliberação social para perseguir então o prevaricador, entretanto destituído!

Mas, perante um despacho de arquivamento, com um tempo de reacção de **20 dias** – prazo concedido pelo artigo 287.º, n.º 1 do C.P.P. para se requerer a Abertura da Instrução – *é manifestamente impossível fazê-lo*, contribuindo, mais uma vez para uma situação de denegação de justiça, violadora do disposto no artigo 20.º da Constituição da República.

Deste modo, e de forma a justificar a admissibilidade da constituição do queixoso como assistente, outro caminho não restaria que não fosse o de lançar mão àquelas normas societárias que dão a um qualquer detentor do capital social o poder de pôr em causa a legalidade dos actos praticados por quem estatutariamente teria poder de dirigir esse ente colectivo.

Ora, uma destas normas é o artigo 77.º do Código das Sociedades Comerciais que possibilita que um detentor minoritário de capital possa responsabilizar os gerentes ou administradores pelos seus actos de gestão, com vista a poder ser reparado o prejuízo que a sociedade possa ter sofrido.

Ou seja, não se procura ressarcir o sócio do eventual prejuízo que a actuação danosa do gerente ou administrador possa fazer mais tarde repercutir no património do detentor do capital social, mas antes o prejuízo que essa actuação danosa possa produzir no património social.

Assim, se o detentor do capital social pode responsabilizar civilmente o gerente ou administrador pelos danos que este esteja a produzir ao património social, nenhuma razão há para que não consideremos que esse detentor não possa em nome da sociedade perseguir penalmente aquele gerente/administrador que praticando crimes esteja a desvirtuar o exercício do cargo para o qual foi eleito.

Como será bom de ver o arguido nunca irá permitir a denúncia dos seus próprios crimes, produzindo a interpretação que vinha sendo feita pela Jurisprudência dominante uma situação de impasse, e um meio de facilmente se estancar a perseguição de crimes graves praticados pelos responsáveis de órgãos sociais.

A vingar a tese da Jurisprudência dominante seria em muitos casos inaplicável a imputação de crimes de Infidelidade aos titulares de órgãos societários, quando é a estes que maxime deverá ser aplicável esta imputação, atenta a própria origem do preceito e decorre do próprio tipo legal de crime.

Por outro lado, dispõe o artigo 21.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, aqui aplicável ex vi artigo 4.º do C.P.P., que havendo conflito de interesses entre a Ré (leia-se a sociedade comercial) e o seu representante legal, designará o Juiz um representante especial, salvo se a lei estabelecer outra forma de representação em juízo.

Ora, nos casos em que esteja em causa uma eventual prática de um crime de infidelidade o arguido encontra-se em claro e evidente conflito de interesses com a sociedade, uma vez que é acusado de utilizar meios financeiros da mesma em proveito próprio.

Sendo este o detentor da maioria do capital social estaria encontrado o caminho para bloquear a perseguição penal ao arguido, com manifesta violação da rácio do artigo 224.º do Código Penal que se veria inaplicável neste tipo de situações.

Deste modo, quem mais terá legitimidade para representar a sociedade que não os restantes detentores do capital social, esses já não em situação de conflito de interesses com o gerente/administrador, e portadores do interesse social que se obrigaram a defender e prosseguir aquando da constituição da sociedade.

Sendo o detentor do capital social accionista/sócio da sociedade objecto dos actos criminosos praticados pelo Administrador/Gerente, tem aquele poderes de fiscalização dos actos praticados pelos membros do órgão decisor da sociedade, suficientes para denunciar os actos praticados por este. Poderes de fiscalização garantidos pelo disposto no artigo 77.º do Código das Sociedades Comerciais.

Ora, o **interesse protegido** pela norma do artigo 224.º do Código Penal é o património da sociedade, o **lesante** desse interesse será o membro do órgão de representação da sociedade, o detentor do capital, que não é membro do órgão estatutário é o titular do poder originário que colocou o arguido em funções, bem como do poder de fiscalização sobre o exercício dessas funções, pelo que a sua não admissão a intervir como assistente violava o disposto no artigo 68.º, n.º 1 al. a) do C.P.P., bem como o que dispõe o artigo 21.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, aqui aplicável ex vi artigo 4.º do C.P.P., e finalmente o Princípio Constitucional do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva positivada no artigo 20.º da Constituição da República, denegando à sociedade o direito à denúncia dos crimes praticados pelo membro do seu órgão de administração, e assim à Justiça.

Ora, conforme vimos, a Jurisprudência dominante vinha defendendo a impossibilidade deste detentor do capital social se constituir assistente, e assim reagir a um despacho de arquivamento por parte do Ministério Público.

Todavia, se bem que ainda de forma minoritária, vão surgindo novos caminhos na evolução dos conceitos, com manifestos reflexos na realização da Justiça Material que o

sistema jurídico deverá sempre perseguir, caminhos esses para os quais deveremos contribuir.

Ao rejeitar aquele conceito restrito de ofendido, evoluindo no sentido de que este conceito apenas fará sentido se equiparado no seu âmbito ao de titular do direito de queixa, abraçando uma interpretação mais liberal e actualista do conceito, só assim se poderá afirmar que, como o faz o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de Novembro de 2010: ***“Assim, como no crime de infidelidade apesar do interesses predominantemente protegido ser o da sociedade, também se protegem os interesses dos sócios.”***; e mais à frente quando afirma: ***“A sociedade só existe porque tem sócios que a constituíram. O sócio tem direitos na sociedade e pode pretender acautelá-los e in casu a única via é pela constituição como assistente. Protegem-se bens de natureza individual que enraízam na pessoa do sócio.”***

Esta visão revela uma nova corrente jurisprudencial mais preocupada com a realização da Justiça pelos Tribunais, afinal, a razão da sua existência.