

AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA DE CORRUPÇÃO

(A LEI Nº 30/2015, DE 22 DE ABRIL, E SUAS CONSEQUÊNCIAS)

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA

Professor Associado da Universidade Católica Portuguesa.
Centro de Estudos e Investigação em Direito.
Faculdade de Direito – Escola do Porto; Porto-Portugal.

RESUMO

Procede-se a uma apresentação crítica das principais alterações introduzidas pela Lei nº 30/2015, de 22 de abril, que incidiu sobre matéria referente à corrupção. Além de se salientar aspetos críticos da nova lei, dedica-se atenção a algumas soluções, que se encontram consagradas já há algum tempo. Aproveita-se, por fim, para acentuar novas dimensões do combate à corrupção.

SUMÁRIO

I – INTRODUÇÃO

II - AS ALTERAÇÕES

1. Regime de prescrição do procedimento criminal

2. Agentes e funcionários do crime de corrupção

(2.1 – A “transnacionalização” do combate à corrupção e seus efeitos; 2.2 - A Convenção OCDE: *a*) Generalidades; *b*) Aspetos gerais decorrente da alteração *c*) Notas conclusivas; 2.3 - A equiparação de outros agentes públicos estrangeiros: *a*) Generalidades; *b*) Análise das alterações; 2.4 - Ao nível de agentes públicos “internos”).

3. Alterações nas tipicidades

(3.1 – Corrupção ativa; 3.2 – Tráfico de influência; 3.3 – Peculato)

4. Questões de punição/sancionamento

(4.1 - Corrupção no setor privado; 4.2 - Cláusula de dispensa ou de atenuação de pena; 4.3 - Responsabilidade penal das pessoas coletivas – art. 11º; *a*) O direito anterior; *b*) “No exercício de poderes de autoridade”; *c*) O conceito de “pessoa coletiva” como elemento fundamental; *d*) Considerações gerais; *e*) Conclusão).

III - CONCLUSÃO

I

INTRODUÇÃO

Embora com carácter algo “casuístico” e pontual, a Lei nº 30/2015, de 22 de abril, veio introduzir algumas alterações no âmbito da área da “corrupção”, entendida esta expressão num sentido político-jurídico. É nosso objetivo analisar estas alterações, tentando explicá-las e, em alguma medida, “avaliá-las”. Aproveitamos, no entanto, este ensejo para salientar a importância que a dimensão internacional ou “trans/supra”-nacional do combate à corrupção tem assumido, não só assinalando o esforço de harmonização ao nível de direito internacional convencional da corrupção como, sobretudo, “avaliando” se esta dimensão tem sido (bem) transposta para a ordem jurídica nacional.

De facto, as alterações introduzidas decorrem, em grande medida, de um relatório, com as respetivas recomendações, do GRECO¹ visando, em particular, a execução da Convenção Penal sobre Corrupção do Conselho da Europa ². No entanto, as iniciativas legislativas, apresentadas por grupos parlamentares, adicionaram alterações, justificadas por outros Documentos Normativos Internacionais: a Convenção da ONU contra a Corrupção³, a Convenção da OCDE de luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros no comércio internacional⁴ e o relatório do respetivo grupo de trabalho⁵. Como se vê, três Instrumentos Jurídicos de Direito Internacional Público⁶ que versam, na aparência, uma mesma realidade jurídica (a corrupção). Resta saber se tais Instrumentos Internacionais se pautam pela coerência ou pela uniformidade nas

¹ Grupo de Estados Contra a Corrupção.

No caso, está em causa o *Rapport de conformité interimaire sur le Portugal - Troisième Cycle d'Évaluation (Incriminations)*; STE 173 e 191, PDDC; 24 de outubro de 2013.

² STE nº 173. Publicada no DR, I-A, nº 249, 26-10.2001. Doravante será por nós designada “Convenção do Conselho”.

³ Doravante designada por “Convenção ONU” (DR., nº 183, 31.09.2007).

⁴ Por nós designada a partir daqui por “Convenção OCDE” (DR, I-A, nº 77 – 31.03.2000).

⁵ *Rapport de phase 3 sur la mise en oeuvre par le Portugal de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption* – OCDE junho de 2013.

⁶ Curiosamente, não se referiu, durante este processo legislativo, a “Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia de 1997” (DR, I-A, nº 265, 15.01.2001) – “Convenção UE”.

soluções, de modo a ser possível afirmar a existência de um “direito convencional internacional sobre corrupção” uniforme.

Por isso, neste trabalho iremos ter como fontes ou elementos de apoio, não só o relatório do GRECO, com as respetivas recomendações de alteração, mas também as iniciativas legislativas dos grupos parlamentares (Proj. Lei nº 453/XII do Partido Social Democrático e Proj. Lei nº 601/XII do Partido Socialista) bem como os diplomas internacionais para que reenviam.

II

AS ALTERAÇÕES

1. *Regime de prescrição do procedimento criminal*

O art. 118º do CP tinha sido já objeto de alteração em 2010⁷, tendo-se alargado o prazo de prescrição do procedimento criminal para os crimes de corrupção e outros conexos⁸. A alteração introduzida em 2015 visa suprir incorreções, criadas com a legislação de 2010, e garantir que as lacunas existentes sejam devidamente preenchidas⁹. De facto, tanto o crime de tráfico de influências do CP (art. 335º) como os crimes de corrupção no setor privado e no comércio internacional não estavam contemplados no elenco de crimes que viram, então, alargado o prazo de prescrição do procedimento criminal. Esta lacuna afigurava-se incompreensível, tanto porque as razões político-criminais, que justificaram o estabelecimento de um prazo tão alargado de prescrição (a dificuldade de deteção e de investigação), também se fazem sentir nestes crimes, como porque este regime de prescrição era já aplicável aos crimes de corrupção e de tráfico de influência em competição desportiva (tipicidades “menos graves” e sobretudo com características específicas).

⁷ E também em 2013; embora, nesta última alteração legislativa, a modificação se situe no âmbito da suspensão do prazo de prescrição – cf. art. 120º CP.

⁸ No caso, para um conjunto de crimes que tinha por denominador comum a ligação à função pública.

⁹ Para esta deficiência tínhamos já alertado em “*A reforma legislativa em matéria de corrupção*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 14 ss.

Assim, considerada sistematicamente, esta alteração confere maior coerência à solução legislativa e é de aplaudir. Infelizmente, continuamos persuadidos de que a norma continua a sofrer do defeito da “incompletude”, porque subsistem ainda outras lacunas. Assim, o elenco de “crimes de funcionários (na aceção penal)”, cujo prazo de prescrição é mais alargado (relativamente à solução-regra, definida pela moldura legal), é, para além das corrupções, o seguinte: peculato, participação económica ilícita em negócio, concussão, abuso de poder, violação de segredo e violação de segredo de correspondência ou telecomunicações. Dos crimes que estão previstos no regime de responsabilidade de titulares de cargos políticos, da Lei nº 34/87, apenas se faz referência às corrupções de titular cargo político e titular de alto cargo público. Trata-se manifestamente de um erro legislativo, pois não encontramos justificação para este divergente tratamento entre agentes públicos (funcionários e titulares de cargos), em incriminações como a participação económica em negócio, o abuso de poder, etc. Por fim, justificava-se (se bem que, reconheçamos, a título meramente simbólico) a inclusão dos crimes de corrupção previstos no Código de Justiça Militar.

Em qualquer caso, parece-nos que este regime de prazo de prescrição mais alargado não terá abrangido crimes, para os quais também encontraria justificada aplicação. Por um lado, crimes “equivalentes” ao abuso de poder (p. ex., o crime de prevaricação). Por outro lado, crimes que estão associados a tipicidades no exercício de funções públicas – ex., concussão/extorsão –, ou que constituem factos posteriores (p. ex. branqueamento de capitais, sobretudo em virtude do disposto no nº 10 do art. 365º do CP, que determina uma moldura “derivada” para este crime), etc. De facto, não faz sentido que a corrupção seja suscetível de perseguição criminal, em virtude de um prazo de prescrição mais alargado, e outros crimes, com ela conexos, ou que servem para a ocultar, já não o possam ser.

2. Agentes e funcionários do crime de corrupção.

2.1 - A “transnacionalização” do combate à corrupção e seus efeitos.

Tema recorrente – e, no fundo, entramos agora no conjunto de preocupações, expressas pelo relatório do Greco – é o da “internacionalização” do combate à corrupção.

Com efeito, um dos problemas fundamentais, de que padecem (padeciam) os Códigos Penais em matéria de crimes cometidos no exercício de funções públicas, é a

circunstância de tutelarem, necessariamente, apenas as funções públicas nacionais – se se quiser, os seus próprios interesses. A “internacionalização” de muitas das dimensões da Administração Pública, ou de algumas das atividades compreendidas na função pública administrativa, veio exponenciar o contacto com “agentes” de outras nacionalidades, quebrando-se com a visão “territorialista/nacionalista” da corrupção.

Entendida a corrupção como um dos crimes contra a autoridade do Estado, praticado ou por “funcionários” (ataque ao bem jurídico a partir “de dentro”; de dentro da organização do Estado), ou por terceiros/privados (um perigo, “externo”, de agressão àqueles mesmos bens jurídicos), compreende-se que todos os crimes cometidos no exercício da função pública (seja eles quais forem, incluindo a corrupção) se refiram a agressões ao aparelho do próprio Estado. Mais ainda, e tendo em vista o caso particular da corrupção (mas não só; todos os crimes referentes ao exercício de autoridade pública comungam deste mesmo fundamento), é preciso não esquecer que o exercício de funções públicas não é “livre”, estando “condicionado” o acesso (à função) e a legitimação (para o exercício), pelo que a dimensão de “territorialidade/nacionalidade” surge ainda mais reforçada. Existem regras constitucionais bem como pressupostos legais que servem de condicionamento ao exercício da função pública (pelo menos, analisado de um ponto de vista “tradicional”, ou seja, com “caráter de continuidade”). Assim, p. ex., na CRP o exercício de função pública (de caráter autoritário) está, em regra, reservado a cidadãos nacionais, os quais têm de prestar compromisso para assumir o exercício dessas funções (autoritárias).

Assim diz o art. 15º, nº 2 da nossa CRP: “Excetuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o *exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico* e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses”. Resulta daqui que o exercício de poderes de autoridade é, ao menos em regra, matéria de “reserva dos cidadãos nacionais” (sobre este artigo, cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Jorge Miranda/Rui Medeiros, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 270 ss., apontando todavia para uma clara restrição do âmbito da norma). E tal sucede, porque o exercício desses poderes pressupõe uma relação de “fidelidade e de honra” face ao Estado.

Do mesmo modo, p. ex., o art. 33, nº 4 da *Grundgesetz* alemã também faz referência a este condicionalismo quando afirma “o *exercício de poderes de autoridade, enquanto serviço contínuo, deve em regra ser atribuído a pertencentes do serviço público que se encontrem numa relação de serviço e lealdade jurídico-pública*”.

Mais impressionantemente, a *Costituzione Italiana*, no seu art. 54º, proclama “os cidadãos a quem sejam confiadas funções públicas têm o dever de cumpri-las com disciplina e honra, prestando juramento nos casos estabelecidos na Lei”.

Naturalmente que a questão reside em saber o que significa “cargo” para efeito do crime de corrupção, e sobretudo o que significa hoje “função pública”, em matéria de crimes contra o Estado.

Além disso, o próprio discurso sobre combate à corrupção abandonou a dimensão nacional, ou territorial, passando a englobar as instituições supranacionais, nomeadamente, organizações de Direito Internacional Público¹⁰.

Deixaremos de lado um aprofundamento mais crítico de matéria de carácter mais geral (mas assaz relevante), sobretudo na sua vertente nacional.

Prescinde-se de uma indagação sobre se os elementos típicos dos diversos crimes “cometidos no exercício de funções públicas”, previstos como tais no nosso CP, têm hoje “interpretação possível”. Isto é, se as conceituações, que estão subjacentes à redação típica, são hoje adequadas e comportam um sentido semântico idêntico/atualizável (diríamos mesmo “legível”). Assim, p. ex., o conceito de cargo (do crime de corrupção) é um conceito, cuja dimensão semântica dificilmente se compatibiliza com a atual. Relembre-se que, na versão originária do CP, para efeitos de pena acessória de proibição de exercício de funções, se falava em cargo e lugar (assim, o art. 68º, do CP, na redação dada pela L. 48/95: *ser nomeado para cargos públicos ou lugares diferentes...*); não se encontra formulação idêntica atualmente no CP ou mesmo no próprio regime de emprego público.

Por fim, justificar-se-ia, em nosso entendimento, abrir um processo legislativo para eventual revisão da própria tipificação dos crimes de corrupção, seja quanto à demarcação da distinção entre ato lícito ou ilícito, seja quanto à da distinção face ao crime de “recebimento indevido de vantagem”.

Salientaremos antes que, não fora o esforço de “internacionalização” no combate à corrupção, poderia haver casos de corrupção ativa que não seriam suscetíveis de punição, ou então não seriam objeto de perseguição criminal, por ausência de tipicidade (interna). Por exemplo, o cidadão, nacional ou residente habitual de um estado, que corrompesse funcionário de outro Estado não seria punido pela legislação penal do Estado de que é nacional (uma vez que a legislação deste último Estado só tutelaria os interesses referentes à sua Administração Pública e, por isso, teria por destinatários

¹⁰ É naturalmente o caso, objeto de específica Convenção, da luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das instituições da União Europeia, tendo em vista a tutela dos interesses financeiros da União; outro exemplo será o Tribunal Penal Internacional.

apenas os seus próprios funcionários – a corrupção passiva só se referiria a funcionários seus). Por outro lado, seria também configurável a hipótese de um funcionário ser corrompido fora do “seu território de exercício de funções”, sendo aqui do mesmo modo pensáveis problemas de incriminação ou de perseguição criminal.

O que estaria em causa é a circunstância (clássica) de a territorialidade do direito penal implicar que a corrupção ativa, por nacional ou residente em território nacional, de funcionário estrangeiro não ser punida em Portugal, se o critério implicar a aplicabilidade da lei portuguesa para este crime (ou, então, o agente encontrar-se em território nacional); vice-versa, a *corrupção ativa de funcionário nacional por cidadão nacional de estado estrangeiro não ser punível* ou prossequível nesse Estado, em idênticas circunstâncias (mas isto deveria ser resolvido pelo princípio da “reciprocidade”).

Além disso, existe ainda uma outra preocupação – implicitamente pressuposta em todos os diplomas internacionais; aquela da equiparação punitiva das diversas corrupções, não se admitindo “punição” mais severa, quando estejam em causa os interesses “domésticos” dos Estados, em oposição a uma punição mais mitigada para a ofensa de interesses públicos de outros estados ou entidades supranacionais.

2.2 - A Convenção OCDE

A) Generalidades

Um dos instrumentos jurídicos internacionais que primeiramente corporizou esta preocupação foi a *Convenção OCDE*. Uma vez que é nossa intenção salientar sobretudo as alterações introduzidas pela Lei nº 30/2015, não aprofundaremos eventuais aspetos críticos ou outras objeções, que poderiam ser dirigidas à situação legislativa atual – desde as opções legislativas nacionais, passando pela questão de saber se este concreto tipo legal se justifica na atualidade, até aspetos mais específicos do regime da *Convenção OCDE*.

Deixaríamos, aqui, alguns breves apontamentos/reflexões, que se enquadram nesta temática.

a) Afigura-se-nos muito discutível, a opção, legislativamente consagrada, de criação de um autónomo crime de corrupção ativa no comércio internacional, abrangendo tanto

a corrupção de funcionário nacional como a de funcionário estrangeiro, no comércio internacional.

Creemos que esta solução legislativa assentará numa premissa discutível. O que se pretende é que a corrupção ativa de funcionário estrangeiro seja punível no espaço nacional da mesma forma que a de funcionário nacional - o nome da Convenção é a corrupção de agentes públicos estrangeiros; não a hipótese contrária; essa é uma imposição internacional para os outros Estados. Por outro lado, não é de todo compreensível que se preveja apenas um crime mais grave de corrupção ativa e não um de crime de corrupção passiva no comércio internacional também mais grave. Observe-se que a Convenção foi criada porque as normas incriminatórias nacionais não são aplicáveis (a Convenção assume que as normas incriminatórias internas não se aplicam - não pode haver regra de “subsidiariedade” entre corrupção ativa internacional e interna).

Do mesmo modo a Convenção da ONU de Combate à Corrupção, tendo por intuito firmar *standards mínimos* em incriminações referentes à corrupção (*standards* que os Estados devem respeitar) só impõe a incriminação de funcionário estrangeiro no comércio internacional.

b) Saliente-se, desde logo, que a expressão “comércio internacional” pode ser enganadora, num duplo sentido.

Por um lado, não está em causa estritamente o comércio internacional, mas o *comércio transnacional* (cf. assim o *Rapport de phase 3 do grupo de trabalho OCDE*, onde se utiliza sempre a expressão *comércio transnacional*); com efeito, abrangem-se também entidades com carácter supranacional ou supra estadual.

Por outro lado, o que justifica, convencionalmente, esta incriminação é a circunstância de a corrupção ativa ser realizada por agente a que não seria aplicável a lei penal nacional. Trata-se, como dissemos, de opção legislativa discutível, na medida em que a corrupção tende a ser hoje objeto de *enforcement* “universal”, e por isso dificilmente ser aceitável a sua restrição ou singularização, ao nível de tipo de crime, como sucede neste domínio do *comércio internacional* (uma tipificação exclusiva).

c) Tal como dissemos, esta imposição de incriminação de corrupção ativa de funcionário estrangeiro só se justifica, porque as tipificações meramente “internas” não são aplicáveis ao caso - a necessidade de previsão de um crime de corrupção ativa no comércio internacional reside no facto de não ser possível, à luz do direito nacional, perseguir criminalmente o corruptor ativo, quando este “atue” ou se encontre em território estrangeiro e também pelo facto de a lei penal portuguesa não se poder aplicar, sem mais, a condutas destinadas a subornar funcionários estrangeiros.

Enquadrando esta área problemática (a do comércio internacional) na dimensão da União Europeia (o que se justificará por várias razões), não se nos figura, todavia, adequado subsumir no âmbito da “corrupção no comércio internacional” aquelas condutas de suborno que se realizem já dentro do espaço territorial do mercado único (espaço único e comum para vários territórios nacionais) – isto para não incluir, como exemplo, a matéria da contratação pública, a realizar ao nível de união europeia.

Assim, não parece fazer sentido, ao menos nesta dimensão de mercado único, que o local da sede de uma empresa possa justificar significativas diferenças de punição (consoante, p. ex., a “proposta” seja apresentada pela sede no estrangeiro ou por uma filial no país-território do funcionário), ou consoante a dimensão nacional ou internacional da contratação. Observe-se assim que a corrupção ativa no comércio transnacional tem pena mais grave (ao menos de princípio: pena até 8 anos; a corrupção “interna” tem na

base um limite máximo de 5 anos; embora com possíveis agravações); por outro lado, em contrapartida e tanto quanto nos parece, apenas se incrimina a corrupção para ato (negócio, no caso) ilícito (indevido) em comércio internacional. Ao contrário da “contratação puramente interna”, que abrange tanto a corrupção ativa “própria” como a “imprópria”.

Embora se reconheça que não é solução singular (em boa verdade, a própria Convenção a admite, através de criação de tipo legal “*ad hoc*” com base numa relação de equivalência), será por estas razões que o modelo nacional de incriminação não é, ou não tem sido, o seguido pela maioria das legislações penais, que optaram, em alternativa, por um modelo de equiparação de agentes públicos.

Assim procede o *Código Penal Italiano* no art. 332 – bis 2º, parágrafo 2: (*os crimes de corrupção e outros também se aplicam*) *a persone che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali (357) e degli incaricati di un pubblico servizio (358) nell'ambito di altri Stati esteri o organizzazioni pubbliche internazionali, qualora il fatto sia commesso per procurare a sé o ad altri un indebito vantaggio in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria*; era também o caso da solução alemã, consagrada na *Internationale Bestechungsgesetz* (de 22.09.1998, dando execução à Convenção OCDE), que, no seu § 1, referia que, para aplicação dos diversos crimes de corrupção, em relação à corrupção tendo em vista obter ou conservar, para si ou em nome de terceiro, uma vantagem indevida no comércio internacional, seriam equiparados: *a)* a juízes: os juízes de outros estados ou de tribunais internacionais; *b)* a outros titulares de cargos: titulares de cargos de outros estados, uma pessoa que esteja encarregada de realizar numa ou para uma instituição de um estado estrangeiro, para empresa com sede no estrangeiro ou de quaisquer tarefas públicas para um Estado estrangeiro. Esta norma incriminatória foi revogada, em dezembro de 2015, e substituída por outra que consagra o princípio da nacionalidade em matéria de aplicação da lei penal no espaço para efeito da corrupção ativa.

Esta última solução seria, em nosso entender, uma alternativa permitindo deste modo sinalizar a ideia de mercado único da União Europeia, e também de liberdade de deslocação das pessoas; circunstância que também poderia implicar a “deslocalização” da determinação do *locus delicti*, relativamente a factos praticados por cidadãos da União Europeia.

d) A criação de um autónomo tipo legal, como o presente, leva, como referimos já, a uma discriminação (a nosso ver injustificada) de corrupções ativas, com penas diferenciadas. O propósito da Convenção da OCDE é sobretudo garantir que a corrupção (por cidadão nacional do Estado) de funcionário estrangeiro seja punida com a mesma severidade que a corrupção de funcionário do próprio Estado e que não se verifique um menor *enforcement* (por parte do Estado que deve exercer o poder punitivo) relativamente a esta corrupção ativa de funcionário estrangeiro. Esta segunda preocupação compreende-se, na medida em que o comércio internacional é seguramente um elemento relevante no âmbito da economia/orçamento dos Estados, pelo que a corrupção de funcionários estrangeiros, para garantir níveis de exportações elevados, poderia justificar um “fechar de olhos” ou mesmo a desconsideração deste tipo de corrupção, pelos próprios Estados, em prejuízo da sã concorrência nos “mercados públicos”. Mas esta circunstância, só por si, não justifica uma diferença punitiva (em regra, um sancionamento mais grave no âmbito do “comércio internacional”), sobretudo, como referimos, por hoje se acentuar

quase necessariamente uma dimensão de internacionalização nos denominados “mercados públicos” (na expressão francesa “*marchés publics*” ou, na inglesa, “*public procurement*”), desde logo, ao nível de mercado único.

e) Os contratos que podem ser obtidos ou conservados através da intervenção de “oficiais públicos” são, em regra, contratos submetidos a um regime de direito público, ou no momento da sua formação ou então no da sua celebração. Com efeito, a “*posição oficial*” de um agente supõe, pelo menos, uma atividade regida pelo direito administrativo (uma posição de autoridade). Deste ponto de vista, não se pode deixar de reconhecer que a contratação pública poderá ser um das áreas relevantes (se não a mais relevante) para efeito de “comércio internacional”.

Mas a “transnacionalização” da corrupção não se esgota no âmbito do comércio internacional; poderia pensar-se, p. ex., na corrupção de funcionários para fuga aos impostos ou ao pagamentos de taxas, etc. Se tal significar, de um ponto de vista de concorrência, uma situação de favorecimento ou de privilégio, poderá caber neste tipo legal. Mas não é obrigatório que seja o caso (isto é, que esteja em causa o comércio internacional ...).

f) Como decorre do que acabamos de dizer, uma das áreas primordiais de aplicação desta Convenção OCDE é a *da Contratação Pública*

Independentemente de um estudo mais aprofundado desta matéria e da sua integração no Código Penal – no caso, em matéria de crimes no exercício de funções públicas –, a razão para os *contratos públicos* se inserirem no âmbito da função pública (e consequentemente na corrupção) reside no facto de a celebração do contrato (administrativo ou da administração) poder ser precedida de um procedimento regulado pelo direito administrativo e por isso corresponder, já nesta fase preliminar, a um exercício de poder público (*corrigimos assim as nossas afirmações sobre esta matéria*, que fizemos p. ex., em “Funcionário/Função pública e direito penal”, *RPCC*, 2009, p. 59 ss (esp. p. 93 s) ou em “*Da Corrupção*” – in *Direito penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*, Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 871 (nota 34), trabalhos nos quais apontávamos o carácter privado desta contratação; excetuávamos apenas a celebração de contratos (materialmente) administrativos, nos quais a adjudicação estaria dependente de prática de um ato unilateral (autoritário), seguindo-se, assim, a distinção clássica entre contratos de direito privado e contratos de direito administrativo).

De facto, a celebração de contratos referentes à aquisição de bens ou à prestação de serviços para a Administração Pública está, hoje em dia, também submetida a um procedimento público de escolha. Daí, pois, que o âmbito da “contratação pública” seja mais amplo, não só quanto à “matéria negocial” (abrange-se a aquisição de bens ou serviços pela Administração) como quanto às entidades obrigadas ao respeito das regras de contratação pública (em relação àquele que era o entendimento mais tradicional). É neste particular aspeto que pode haver alguma dificuldade de compatibilização entre a lei penal e esta Convenção; ou seja, no conceito de funcionário para efeito de lei penal e no universo de entidades adjudicantes (sobre o tema, cf. o que diremos a propósito das alterações propostas).

Parece-nos, no entanto, que só recentemente esta modalidade de corrupção terá ganho “foros de cidadania”, em consequência de um melhor apuramento ao nível legislativo, tendo em vista a transparência na contratação pública (de que a legislação comunitária

é exemplo), mas também do maior relevo dogmático que a doutrina administrativa lhe vem atribuindo.

Daí que a adjudicação – no fundo, a determinação do contraente, após a realização de procedimento concursal – corresponda a um ato público/administrativo. Que o contrato seja de direito privado ou de direito administrativo é uma questão subsequente. Assim, embora com contornos muito precisos – e diferenciados de outras áreas da atividade administrativa –, poderá estar-se perante a formação, segundo regras de direito administrativo, de contrato ou perante a realização de um procedimento autoritário de escolha de contraente.

g) Sendo, até por exigência internacional, um caso de tipificação de corrupção (verificados os restantes pressupostos típicos do crime), chamaríamos a atenção para alguma especificidade associada ao desempenho desta função administrativa (que é, por assim dizer, uma função acessória ou auxiliar da *função administrativa principal*, concretizada na administração “agressiva” ou “prestadora” de serviços ou de prestações jurídico-públicas) e sobretudo para a singularidade do *bem jurídico*, que este crime de corrupção terá em vista proteger (a *proteção da concorrência* nos “mercados públicos”; mas também a proteção do património do Estado, do ponto de vista da “*despesa pública*”).

Com efeito, tipicamente a corrupção, enquanto crime que tem por objeto o exercício da função pública, foi incriminação pensada e dirigida para a denominada *Administração agressiva ou prestadora*, em que o destinatário do seu poder é o “indivíduo/cidadão/administrado”; perspetivando este poder segundo uma “relação económica”, os indivíduos/administrados são “consumidores” de atos administrativos; ora, no âmbito da contratação pública, a relação parece ser algo inversa, no sentido de que a Administração “consumidora de bens e serviços” é que define quem a “serve”, para efeitos de tal prestação de bens ou de serviços.

Observe-se, porém, que o CP quando refere o “abuso de autoridade” (secção III do capítulo IV do CP) refere-se ao agente legalmente investido de poderes públicos. Por isso, a contratação pública só relevará para efeito de crime de corrupção; não para outros crimes de exercício de função pública. Desde logo, não releva para crimes “de proteção” de funcionários (p. ex. resistência e coação de funcionário), uma vez que a contratação não corresponde a qualquer *exteriorização* típica/clássica de exercício da autoridade.

Dedicaremos a nossa atenção apenas à alteração que foi introduzida, em matéria de agentes do crime (agentes “passivos” do crime).

De facto, a única alteração legislativa introduzida no crime de corrupção ativa no comércio internacional foi a previsão, no âmbito da definição de “funcionário estrangeiro”, de um “novo agente” público (estrangeiro): a pessoa que “assuma e exerça” uma função de serviço público em empresa privada no âmbito de contrato público. Temos, porém, dúvidas de que a redação dada pelo legislador nacional se afigure como

a mais correta (ou, pelo menos, se afigure a mais “ortodoxa”)¹¹. Do que se trata é de uma pessoa que, em virtude de celebração de contrato público (diríamos, de contrato administrativo), exerce, ou vem a exercer, funções públicas e, por esse efeito, exerce poder público/autoridade para efeito de “comércio internacional”¹² numa empresa, independentemente da sua caracterização.

B) Aspectos gerais decorrente desta alteração

Chamaríamos, no entanto, a atenção para alguns aspetos, mais críticos e com alguma relevância, decorrentes destas alterações mas também para alguma desatualização normativa.

a) Em primeiro lugar, com a aprovação desta nova lei surgem lacunas de punibilidade.

Com efeito, sendo a norma “ambivalente” – a “localização” de um dos “agentes” da corrupção¹³ –, era necessário que, à integração na definição de funcionário deste novo “funcionário estrangeiro”, se se seguisse a previsão da mesma figura na equivalente definição de funcionário nacional¹⁴. Mais ainda: a “corrupção no comércio (público)

¹¹ Se bem que, em abono do legislador português, se deva dizer que não é fácil interpretar o exato sentido da solução/proposta, prevista no relatório do Grupo de Trabalho da OCDE sobre corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais – junho de 2013, OCDE (cf., assim, p. 16). No entanto, o Grupo de Trabalho salienta que a anterior formulação do tipo legal, prevista então no âmbito do D. L. n.º 28/84, estaria mais correta, ao fazer referência a *função para empresa, organismo ou concessionária de serviço público*. – cf. art. 41.º-A, já revogado.

Com efeito, o que se pretenderá dizer é que face às diferentes formas (jurídico-organizacionais), por que se podem realizar funções administrativas, o relevo deve ser dado à função; não à forma jurídica por que a função é desempenhada.

¹² Embora a corrupção no comércio internacional pareça ser conceito de carácter amplo, é evidente que, para estar em causa o comércio internacional, se exigem diferentes espaços territoriais ou então entidades supranacionais.

¹³ Embora tenhamos dúvidas quanto à necessidade ou mesma à razoabilidade desta solução legislativa.

¹⁴ De modo a que se possa dizer que a corrupção no comércio internacional de funcionário estrangeiro é “equivalente” à corrupção de funcionário nacional (tal como é desiderato da Convenção). Por outro lado, não faz sentido que haja, logo ao nível de agentes (a nosso ver, em qualquer caso), diferenças, seja quanto ao âmbito incriminatório seja quanto à sanção, entre corrupção no “comércio interno” e no “comércio internacional”. Nem, julgamos, terá sido essa a intenção do legislador; mas de facto elas existem, em razão desta deficiência legislativa.

interno” deveria, em nosso entender, ter por universo de “funcionários” os mesmos agentes que constam do diploma sobre corrupção no comércio internacional.

b) Por outro lado, parece-nos existir uma inadequação normativa entre as definições legais de funcionário e de titulares de cargos políticos “nacionais” e as equiparações (“estrangeiras”), efetuadas para as diversas corrupções. É preciso não esquecer que, desde 2010, se prevê, para efeito de crime de corrupção (ativa ou passiva), uma outra categoria de agentes – a dos *titulares de altos cargos públicos*¹⁵. Justifica-se que, na adoção de outras equivalências “definitórias”, se utilize os mesmos nomes/classificações em matéria de agentes de crime (no caso, os destinatários das condutas de suborno, os agentes públicos). Neste sentido, a adoção, para efeitos de definição de funcionário, nacional ou estrangeiro, das designações do art. 386º do CP e das constantes da Lei de responsabilidade de titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos (arts. 3º e 3º-A da Lei nº 34/87) não está totalmente correta (*rectius*, atualizada). Assim, cremos que existe um lapso legislativo (a não previsão expressa dos titulares de altos cargos públicos), que poderá implicar a criação de lacunas de punibilidade para efeito desta corrupção (quanto aos agentes enunciados no art. 7º desta Lei).

No sentido de que se, no atual art. 386º do CP, não se podem considerar como funcionários os agentes públicos designados por titulares de altos cargos públicos (p. ex., um gestor público) pois que se encontram autonomizados como categoria na L. nº 34/87 (e por isso devem ser considerados apenas para os efeitos desta Lei) não há tipicamente corrupção ativa no comércio internacional destes agentes públicos, por não estarem legalmente previstos (porque não são funcionários; assim, um cidadão não “pode” corromper titulares de altos cargos públicos no comércio internacional, porque o tipo não prevê/abrange tais agentes públicos; isto é, um “indivíduo” que corrompa, “no comércio internacional” um titular de alto cargo público não comete crime de corrupção em comércio internacional). Com efeito, o art. 7º da L. nº 20/2008 ao referir “*funcionário ou titular de cargo político*” (*nacional*) apela para o direito interno, em ordem a proceder-se à concretização da definição sobre tais agentes (seguramente para efeito de determinar o agente do crime de corrupção). Uma vez que os titulares de altos cargos

¹⁵ Mesmo que a consagração desta nova categoria nos tenha merecido “reservas”, cf. “*A reforma legislativa em matéria de corrupção*”, p. 38 ss.

Com efeito, parece-nos que, estando em causa um crime de corrupção (ativa ou passiva) tanto no comércio interno como internacional, o titular de alto cargo público nunca será funcionário (cf. arts. 16º, 17º e 18º, nº 3 da L. nº 34/87). Ou seja, em caso de corrupção ativa no comércio internacional de um agente, considerado titular de alto cargo público o simétrico crime de corrupção passiva será o da Lei nº 34/87, não o do CP.

públicos não são funcionários (não estão integrados no art. 386º do CP) e também não são titulares de cargos políticos, logo ... não podem ser considerados “agentes públicos”.

Como veremos, trata-se de imperfeição que pode também ser recenseada noutros contextos normativos.

c) Parece-nos, porém, que o maior erro ou deficiência desta solução legislativa¹⁶ é o facto de não se ter definido quem pode ser considerado funcionário, para efeito desta concreta corrupção (e aqui, ao nível nacional ou internacional) – na qual avulta a área (problemática) da contratação pública. De facto, o *Código de Contratos Públicos* define quem são as “*entidades adjudicantes*” por forma relativamente exaustiva (cf. assim o art. 2º do DL n.º 18/2008, de 29 de janeiro; conseqüentemente, seria fácil deduzir quais os agentes públicos em causa). Não faz sentido proceder a uma enumeração de agentes, segundo a definição legal do art. 386º do CP, para legislação avulsa que tem por objeto um universo de organismos/agentes públicos diferenciados. Pois, para além das pessoas coletivas públicas em sentido jurídico-administrativo, estão incluídos ainda os denominados “*organismos de direito público*” (assim designados em obediência à terminologia do direito da UE); entidades que, seja qual a for a forma que assumam, têm de ser detidas maioritariamente pelo Estado (ou por outras pessoas coletivas de direito público) ou, então, têm de ser “dominadas” (i. e, as entidades públicas detêm a maioria da titularidade num determinado órgão social) por entidades deste último tipo e (*têm de*) *dispor de uma posição especial que as afaste das regras da concorrência, seja porque estão numa posição de monopólio, seja porque têm ajudas ou auxílios públicos*¹⁷. No

¹⁶ Que se justifica também pelo facto de, no direito nacional, as normas sobre “funcionário” não terem sido atualizadas, permanecendo idênticas (no conteúdo) desde o início de vigência do CP de 1982.

¹⁷ Sobre esta definição, cf. art. 1º do Diploma sobre regime de contratação pública (D.-L. n.º 18/2008, de 29 de janeiro); são entidades adjudicantes:

a) O Estado;

b) As Regiões Autónomas;

c) As autarquias locais;

d) Os institutos públicos;

e) As fundações públicas;

f) As associações públicas;

g) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

fundo, correspondem às sociedades de interesse económico geral e entidades semelhantes, criadas para um determinado fim de interesse público.

Afigura-se-nos segura a afirmação de que a norma do CP, sobre definição de funcionário (art. 386º; e, em particular, o seu nº 2), não tem (ou não teve) por intenção abranger esta atividade administrativa, designada por “contratação pública” *com a formulação e amplitude mais recentes*.

Por um lado, tanto a redação do nº 1 (com a referência aos “organismos de utilidade pública” – redação proveniente de um Projeto de Parte Especial, apresentado já em 1979 – cf. *BMJ*, 1979, nº 291, p. 156 – designação que substituiu a expressão “organismos corporativos”, que constava da correspondente norma do Anteprojeto de CP), como a do nº 2 (que tem como fonte, legislação extravagante aprovada em 1983; D- L. nº 371/83 de 6 de outubro, cf., sobre este diploma, o nosso “Funcionário/Função Pública...”, *RPCC*, 2009, p. 62 ss.) – só em 1995 este normativo foi integrado no CP; mas era norma que já estava em vigência no ordenamento jurídico português) são normativos provenientes de uma época em que a “contratação pública” não assumia a mesma conotação, que a legislação comunitária encerra e que encontra hoje vigência no sistema jurídico português.

Tanto quanto julgamos, só posteriormente (e, de modo particular, a partir de 2004, com o diploma legal referido em texto) é que se tomou “conhecimento/consciência” desta figura e sobretudo dos seus contornos jurídicos (em particular, de um ponto de vista de direito administrativo). Veja-se que esta Convenção OCDE é de 1997 (ratificada por Portugal em 2000; no entanto, só a partir de então, em outros ordenamentos jurídicos se procedeu à alteração do conceito de funcionário, próprio do direito penal, para abranger esta mais recente realidade “administrativa/criminal”).

2 - São também entidades adjudicantes:

a) Quaisquer pessoas coletivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:

i) Tenham sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja atividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência; e

ii) Sejam maioritariamente financiadas pelas entidades referidas no número anterior, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades;

b) Quaisquer pessoas colectivas que se encontrem na situação referida na alínea anterior relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante nos termos do disposto na mesma alínea;

(...)

d) As associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas referidas nas alíneas anteriores, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

O objetivo do conceito comunitário “organismo de direito público” é o de abranger entidades que, embora sejam verdadeiras empresas, não atuam numa lógica de concorrência, por terem uma dependência face à administração pública ou por deterem poderes especiais (cf. sobre este tema, CARLOS ALBERTO F. CADILHA *Sociedades de capitais exclusiva ou maioritariamente públicos: natureza jurídica e vinculações jurídico-públicas*, p. 11. s; texto policopiado, que se pode encontrar no site da Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal (www.amjfap.pt/), Intervenções; Colóquio “Direito Administrativo Privado – ou a crise do direito administrativo”, Novembro 2010, UCP-Porto) circunstâncias que lhes conferem privilégios sobre outras concorrentes.

Por outro lado, verifica-se uma diferente equiparação incriminatória: no âmbito da contratação pública apenas está em causa a “criminalidade da corrupção”; na equiparação, a que o art. 386º procede, pareceria estar em causa a totalidade dos crimes no exercício de funções públicas (em que a expressão funcionário tenha relevo); equiparação manifestamente insustentável face à realidade atual.

Por fim, é evidente que as “entidades adjudicantes” são sempre “do Estado” (isto é, a entidade depende patrimonial ou juridicamente do Estado ou de outra pessoa coletiva pública), ainda que estejam organizadas sob forma privada. As empresas concessionárias – de capitais maioritariamente privados – não estão abrangidas pela “contratação pública”. Assim, não há qualquer sobreposição entre “uma” e “outra realidade” normativa¹⁸.

O “conceito empresarial de funcionário (público) para efeito penal” (nº 2 do art. 386º) assenta nas designações, já ultrapassadas, de “empresa pública”, “empresa nacionalizada”, “empresa de capitais públicos” e “empresas concessionárias de serviços públicos”, tal qual eram expressamente enunciadas no D.- L. nº 260/76 de 8 de abril (cf., assim, os arts. 1º, 3º e 32º deste mesmo diploma). Mas não abrange as denominadas entidades “satélites” destas mesmas empresas.

d) Daqui deriva que, para este como para outros efeitos (penais), a definição de funcionário do CP necessita de evidente “reformulação” ou “reinterpretação”, pois não encontra qualquer aderência à atual realidade jurídico-económica (e, sobretudo, de organização administrativa). Com efeito, à luz destas considerações, é absolutamente irrelevante a forma jurídica que a entidade em causa assuma (pública ou privada) e a função exata que cumpre (empresa pública ou concessionária de serviços ou até revestida por uma qualquer outra forma associativa); decisivo é que se verifiquem cumulativamente os dois critérios acabados de referir; critérios estes que relevam apenas para este específico campo da atividade administrativa (a designada “contratação pública”).

Daí, pois, que a referência aos “organismos de utilidade pública”, *in fine* do nº 1 ou então à integralidade do conteúdo definidor do nº 2, do art. 386º do CP (em regra o setor empresarial do Estado) seja, em geral, irrelevante. Com efeito, os “organismos de direito público” podem assumir o carácter institucional (as associações ou fundações privadas de iniciativa pública, p. ex.) ou o carácter empresarial.

Assim tanto são “organismos de direito público” as empresas do Estado como p. ex. as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa (p. ex. a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa).

Não é difícil encontrar, na nossa legislação, casos de entidades públicas empresariais que muito dificilmente se enquadram nas finalidades da “empresa pública” tradicional ou

¹⁸ Para uma análise do ponto de partida e dos conceitos pertinentes, cf. CARLOS CADILHA, “Sociedades de capitais...”, p. 2 s;

têm por objeto atividades económicas em sentido próprio, ou em “senso comum” (P. ex: Teatros, Hospitais Públicos, etc). A opção pela designação de entidade pública empresarial – e portanto a opção pela forma de pessoa coletiva pública empresarial – filia-se somente em razões de proteção de interesse público (e, por isso, estamos perante entidades (embora empresariais) de direito público que têm em vista a realização de interesses públicos).

Relembre-se, por fim, que, historicamente, o conceito de funcionário para efeito de direito penal foi pensado para “*peças coletivas públicas*” e correspondia à visão conceitual e doutrinal que, ao momento da aprovação do CP de 1982, era a predominante (que encontrava de resto tradução em múltipla legislação extravagante – sobre isto, cf. o nosso “*O conceito de funcionário para efeito de lei penal e a “privatização” da Administração pública*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p 47 ss).

Deste modo, e no âmbito do setor empresarial do Estado, devem distinguir-se três hipóteses normativas¹⁹:

aa) empresas públicas que são, ou podem ser, consideradas de interesse económico geral – as quais, só por essa razão, estão sujeitas ao regime de contratação pública, e, neste aspeto (mas só neste), submetidas a um regime de direito administrativo;

bb) empresas públicas que detêm poderes de autoridade (e, naturalmente, submetidas do mesmo modo ao regime de contratação pública). Estes dois grupos de entidades empresariais estão submetidos a um regime jurídico-administrativo, conquanto estejam no exercício de poderes de autoridade ou atuem no âmbito da contratação pública.

cc) Por fim, temos as empresas públicas que atuam segundo uma lógica de concorrência. O regime punitivo (concernente os crimes cometidos no exercício de atividade pública ou no exercício de atividade profissional) a aplicar, dependerá naturalmente do tipo de atividade que cada entidade empresarial desenvolve; num caso (no último tipo de empresas), será apenas o regime dos crimes do setor/atividade privada (os agentes destas entidades nunca poderão ser considerados agentes públicos); nos outros dois casos, o

¹⁹ Cf. CARLOS CADILHA, *Sociedade de Capitais...*, p. 16 s.

Referimo-nos aqui a empresas públicas, no sentido mais comum do termo, abrangendo todas as sociedades comerciais, nas quais o Estado ou outras pessoas coletivas públicas tenham a maioria (ou a totalidade) do capital social.

Chame-se a atenção para o facto de, em consonância com o regime da contratação pública, o âmbito da definição “entidade adjudicante” ser particularmente amplo. De facto, não é necessário que seja uma entidade empresarial; pode ser uma entidade com outra caracterização (associativa ou outra). Mais ainda, pode ser uma qualquer entidade dependente (em virtude do capital ou dos órgãos sociais) de uma empresa do tipo agora referido (“organismo de direito público”).

regime deverá ser “misto”, ou seja, o regime do exercício de funções públicas em atividade referente à contratação pública ou ao exercício dos poderes de autoridade (corrupção de Estado); e o regime privado para as restantes formas de atividade²⁰.

e) Refira-se, porém, que além destas entidades empresariais (com forma jurídica diferenciada), também são consideradas, à luz daquela norma, entidades adjudicantes *“as associações de que façam parte uma ou várias das pessoas colectivas (referidas nas alíneas anteriores), desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas”*.

A este já vasto universo de entidades adjudicantes acrescem as hipóteses descritas nas alíneas *b e d*) do nº 2 do referido normativo sobre “entidades adjudicantes”.

Assim, estas entidades correspondem a pessoas coletivas (privadas) de património maioritariamente “público” ou então de “maioria pública” na designação dos titulares de um dos seus órgãos sociais. Estas entidades tanto podem constituir verdadeiras empresas com intuito lucrativo, como associações sem fim lucrativo.

Com efeito, a sua dependência face às “entidades administrativas/adjudicantes” justifica a submissão à contratação pública, para não se verificar “fuga” (por “criação de pessoas coletivas de direito privado” pelas entidades administrativas/adjudicantes) àquelas

²⁰ A distinção entre público e privado, a que se apela no texto para efeito de aplicação do CP/legislação penal, respeita exclusivamente a eventual “venalidade” dos agentes e sua incriminação por corrupção.

Daí que, de um ponto de vista legislativo, a melhor solução em termos técnicos, para consagração de um *conceito de funcionário para efeito de lei penal*, será a de partir do conceito de funcionário, em sentido estatutário ou de regime jurídico público e casos equiparados (ao nível de exercício de poderes públicos), ou seja, abrangendo todos aqueles que desempenham (ou participem no desempenho) função em órgão ou serviço, judiciário ou da administração pública, e acrescentar como elemento definidor complementar: *“qualquer outra pessoa que exerça função pública”*; ou, ainda como alternativa, *“quem seja chamado para desempenhar tarefas da função pública administrativa, independentemente da forma jurídico-organizatória escolhida para a realização dos interesses públicos”*.

Neste sentido, distinguir-se-ia entre os agentes que desempenham uma atividade no âmbito de serviço/órgão que presta continuamente um serviço/função públicos e aqueles agentes que estão ao serviço de entidades, as quais só esporádica ou incidentalmente, exteriorizam tal função/poder.

Observe-se que, no caso de pessoas coletivas privadas, no âmbito dos crimes contra o Estado, apenas releva o cumprimento de funções públicas.

Como é evidente, outra solução seria determinar exatamente quais as entidades que podem implicar a qualificação como funcionário. Simplesmente, para o direito penal o que interessa é saber (no sentido de ter a certeza) quem é o agente do crime (no exercício de funções públicas); não a entidade em que se integra.

regras. Por isso, existe um leque relativamente amplo de hipóteses subsumíveis no conceito de entidades “adjudicantes”.

f) Julgamos que, neste quadro normativo, são de integrar também as associações e fundações “públicas” (isto é, de iniciativa pública) de regime privado e que se encontram submetidas do mesmo modo ao regime procedimental da contratação pública (para efeito, p. ex., de aquisição de bens e serviços). Neste caso, e para estes efeitos de contratação pública, estamos pois perante entidades privadas (dispondo eventualmente de estatuto de mera “utilidade pública”), que exercem poderes/funções no âmbito da contratação pública. Para este único efeito, pode existir corrupção de Estado no seio destas entidades.

a) Oferecemos como exemplos a Associação Nacional de Municípios Portugueses e a Associação Nacional de Freguesias (ambas com estatuto de utilidade pública mas, do mesmo modo, sujeitas ao regime de contratação pública). Trata-se de pessoas coletivas privadas, todavia sujeitas ao regime da contratação pública, porque de “dependência” de outras pessoas coletivas públicas.

Confessamos, desde já, a nossa perplexidade pelo facto de o Estado (ou outras entidades públicas) ter legitimidade para criar associações ou fundações de direito privado (sendo que existe legislação expressa para a constituição de associações ou fundações públicas) e depois atribuir-lhes o estatuto de utilidade pública²¹. Sempre tivemos a ideia de que o estatuto de utilidade pública visava distinguir (em particular, ao nível de regime fiscal) pessoas coletivas de carácter privado (e criadas pela iniciativa privada). Portanto, entidades que gozavam de plena independência ou autonomia face ao Estado.

b) Recentemente foi aprovada legislação, que altera substancialmente o enquadramento jurídico de um conjunto de entidades “privadas e de iniciativa privada” – que passam a integrar o “setor da economia social”.

De facto, de acordo com a Lei nº 30/2013, de 8 de maio, foi instituído o *setor de economia social* (Lei de Bases da Economia Social) cujo núcleo de entidades integrantes é constituído por: *cooperativas; associações mutualistas; misericórdias; fundações; instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas alíneas anteriores, associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local; entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário, integrados nos termos da Constituição no sector cooperativo e social;*

²¹ Sobre esta matéria e, em particular, referindo as “pessoas coletivas de iniciativa pública”, cf. ALEXANDRA LEITÃO, *Da admissibilidade de pessoas coletivas de iniciativa pública beneficiarem do estatuto de utilidade pública*, in: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol II, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 11 ss (no âmbito deste trabalho, utilizamos a expressão pessoas coletivas de iniciativa pública para abranger as pessoas coletivas criadas por entes públicos que prosseguem a função administrativa, “apropriando-nos” da conceituação desta Autora).

outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social (...).

É fácil ver que é neste novo universo jurídico-organizacional que se integram as pessoas coletivas de mera utilidade pública.

Em nosso entender, todo este conjunto de entidades não cabe no conceito de “organismos de utilidade pública” (em particular, na acentuação dada para efeito de lei penal – com efeito, nelas, não se exercerão em regra poderes de autoridade ou se encontrará o desempenho de função pública)

De facto, perante esta alteração legislativa (que traduz uma alteração de concepções e de “ideologia”), parece-nos ser evidente que a declaração de utilidade pública em nada altera a qualificação de uma entidade nem lhe adiciona qualquer outro atributo. Além disso, reiteramos, em regra as entidades agora enunciadas não disporão de poderes públicos.

Ou seja, sendo este universo integrado por entidades de cariz diferenciado (mas todas de iniciativa privada e com finalidades de relevo social) não há justificação para proceder a uma qualquer distinção entre elas, em particular para o âmbito penal. Não faz sentido qualificar como funcionários (para efeito de lei penal) “agentes” de algumas das entidades enunciadas, quando estas comungam da mesma finalidade e assumem o mesmo relevo que as restantes outras, e negar essa qualificação a agentes de outras entidades, só porque estas têm “outro nome”. Do mesmo modo, p. ex., as cooperativas também parecem assumir relevo para efeitos penais no âmbito dos crimes patrimoniais (para agravação em função da qualidade do agente – arts. 234º e 235º do CP); todavia, integradas agora definitivamente no setor de economia social, não se justifica esta “distinção”, pelo que aqueles normativos penais não assumem hoje em dia conteúdo útil. Cremos que este novo enquadramento jurídico põe definitivamente termo a qualquer tentativa de “especialização” criminal no âmbito destas entidades (*rectius*, dos seus agentes/representantes); deverão assim ser todas identicamente tratadas enquanto entidades privadas (sem qualquer ligação, de princípio, à função pública ou a outra qualificação administrativa). O que, aliás, corresponde ao constante no art. 2,º nº 2, da Decisão-Quadro sobre corrupção no setor privado, quando afirma que tal incriminação “*aplica-se às actividades profissionais no âmbito de entidades com ou sem fins lucrativos*”.

c) Neste sentido, só as pessoas coletivas privadas de “iniciativa pública” ou então que estejam submetidas a influência relevante do setor público (p. ex., designação maioritária num órgão social) – em particular aquelas que se encontram enunciadas na legislação sobre contratação pública como entidades adjudicantes – constituem verdadeiramente entidades “instrumentais/satélites” da administração. Com efeito, a sua submissão ao regime de contratação pública (e, conseqüentemente, ao regime administrativo) decorre de uma pretensa “instrumentalização/dependência” face a outras entidades (administrativas) “públicas”. São assim entidades que, nesta vertente, assumem carácter diferente das outras (aquelas “estritamente” privadas e verdadeiramente independentes face ao Estado).

d) Realce-se, no entanto, o seguinte: o estatuto de utilidade pública só pode ser atribuído, em regra, ao fim de um determinado tempo de atividade da pessoa coletiva (*três anos de atividade efetiva e relevante*). No âmbito da contratação pública é irrelevante a aquisição do estatuto de utilidade pública; com efeito, o dever de submissão às regras da contratação pública institui-se com a entrada em atividade do “organismo de direito público”, independentemente de este vir a obter, ou não, o estatuto de utilidade pública. Dito por outro modo: o que qualifica a submissão de uma entidade privada (“de

dependência pública”) ao regime administrativo é a sua “dependência” (patrimonial ou jurídica) perante uma outra entidade “administrativa”; assim, independentemente do estatuto de utilidade pública (que pode até não existir, por impossibilidade face ao objeto estatutário da pessoa coletiva), a entidade já é “autoridade adjudicante”, para efeito de contratação pública.

Quer-se assim dizer que a referência do CP “*desempenho de funções* (públicas) em organismos de utilidade pública (art. 386º, nº 1, parte final)” tem em vista organismos que detenham poderes públicos ou poderes de autoridade (era, assim, o caso das pessoas coletivas de utilidade pública *administrativa*; assim o entendíamos, e agora ainda mais, em *O Conceito de funcionário...*, p. 48 ss.). Como é evidente, as pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, nas quais o Estado (ou outras entidades públicas) detenha o poder designar a maioria dos titulares de um órgão social passam, por esse efeito, a estar submetidas à contratação pública. Mas só se preenchida esta última condição...

Dir-se-ia que estaríamos perante definição (*organismos de utilidade pública*) que poderia, se interpretada de modo atualizado, abranger as designadas pessoas coletivas privadas submetidas ao regime de contratação pública (uma vez que, em matéria de contratação pública, tais entes também dispõem de poderes de autoridade). Simplesmente, além de um desfasamento “temporal” (já referido, quanto ao reconhecimento legal da figura da “contratação pública ampliada” em relação ao momento em que a norma sobre funcionário do CP foi redigida), é preciso não esquecer que a submissão à contratação pública não depende de estatuto de utilidade pública.

Significa isto que “entidades privadas” (mas “equiparadas”, de um ponto de vista da contratação pública, a públicas), que exercem poderes de autoridade, podem não estar contempladas na definição de funcionário (p. ex., se ainda não tiverem estatuto de utilidade pública) mesmo que “materialmente” possa haver a eventual comissão de crime de corrupção. Com efeito, as entidades em causa estão submetidas às regras da contratação pública pelo facto de existirem; não pelo facto de terem um qualquer estatuto de utilidade pública.

C) *Notas conclusivas*

- a) Faríamos, no entanto, algumas observações finais e conclusivas sobre este tema, que, embora relacionado com a corrupção no comércio internacional, é de facto mais vasto assumindo relevância heurística para a interpretação do “nosso” conceito de funcionário.
- b) Primeiro, demonstra-se, por esta via, que a definição de funcionário para efeito de lei penal, constante do art. 386º, em particular, a parte final do seu nº 1 (*organismos de utilidade pública*) e do seu nº 2 (setor empresarial), não define nada; pressuposto essencial – implícito no alargamento da definição de funcionário, em ordem a determinar o funcionário (penalmente relevante) – para que se preencha o crime de corrupção (a única, ou seguramente a mais relevante, incriminação referente ao

exercício de funções públicas que pode ser preenchida no âmbito destas entidades), será sempre o seguinte: seja qual a qualidade do agente ou a qualidade da entidade em que o agente exerce a sua função (trabalhe ou dirija), é sempre exigência prévia que este exerça/desempenhe função pública administrativa. Dito por outro modo: não é a definição do funcionário que determina a tipicidade (nomeadamente quem é o agente do crime ou de um certo crime); é a própria tipicidade que determina a abrangência do conceito de funcionário. Assim, o gestor ou o trabalhador de empresa pública (ou de uma outra qualquer entidade, organismo ou agência, públicos ou privados, desde que caiba no âmbito da definição de entidade adjudicante, p. ex., ou então disponha de poderes de autoridade) só seria funcionário, para efeito de lei penal, se desempenhar uma função pública (administrativa) na empresa em que trabalha. Não desempenhando função (pública), não se justifica questionar sequer uma equiparação (já para efeitos do art. 386º do CP).

c) Segundo, a expressão “cargo” (deveres do cargo), que se encontra plasmada no nosso CP, deveria ser objeto de modificação; de facto, confrontamo-nos com expressão, que já não encontra tradução no nosso direito público positivo. A expressão “cargo” tinha por subjacente, em regra, um *lugar* numa estrutura/órgão e a investidura jurídico-pública no âmbito da administração pública.

d) Por fim, observe-se que, na definição de *titular de cargo político estrangeiro* (como já dissemos, parece-nos que se deveria prever também o titular de alto cargo público, nacional ou estrangeiro), se faz referência a um conceito de “cargo” (uma designação, aliás apenas “nacional”), que pouco a ver tem com o conceito de titular de cargo político. Com efeito, esta concreta definição normativa (cf., art. 2º c) da L. nº 20/2008) assume-se de difícil adequação, para efeitos de “equiparação”²², porque, em consonância com a

²² Reconhece-se, porém, que o art. 4º, nºs 1 e 2, da “*Convenção UE*”, ressalva, apenas para os membros do Governo, a existência de legislação especial sobre atos e omissões no exercício de funções, com a possibilidade de não se aplicar a definição de funcionário (comunitário ou nacional), desde que os membros da Comissão das Comunidades Europeias sejam igualmente abrangidos.

Problema é que o conceito de titular de cargo político, de direito nacional, é mais amplo (e além disso não totalmente coincidente) do que o de titular de cargo político comunitário (cf. no entanto, art. 3º, nº 2 da lei nº 34/87).

CRP e a organização administrativa nacional, “cargos” na função jurisdicional ou administrativa são, em regra, denominados “internamente” por cargos públicos (ou seja, os seus “suportes” são titulares de cargos públicos; não são, em regra, titulares de cargos políticos). Cargos políticos, na aceção da organização constitucional do Estado Português, são aquele conjunto de cargos, que são ocupados em virtude de mandato eletivo, obtido por sufrágio universal e direto, ou então aqueles cargos que são diretamente designados por, e por isso *politicamente* responsáveis perante, órgãos eletivos (os acabados de enunciar). Assim, são seguramente “cargos políticos” os que se encontram enunciados no art. 3º da Lei nº 34/87²³, mas não é elenco que esgote o universo dessa tipologia. Compreenda-se, porém, que não existe qualquer nexo entre a designação/intitulação do cargo e a função exercida²⁴. Com efeito, *funcionalmente* o que existe é a função legislativa, governativa, política, administrativa ou judicial²⁵. Organizatoriamente, existem outras conotações da expressão cargo.

Devemos dizer que, em qualquer caso, se nos afigura errada a solução, hoje vigente, que distingue, dentro de uma mesma função do estado, a punibilidade de agentes em razão da posição (institucional) do titular da função.

²³ Sobre este tema, cf. *Constituição Portuguesa Anotada*, JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, TOMO II., 2006, Coimbra Editora; Coimbra, art. 117º, p. 317 ss.) Mas existem outros titulares de cargos políticos, que não constam deste catálogo.

P. ex., também são “titulares de cargos políticos”: os Conselheiros de Estado, os Representantes da República. A lei acrescenta ainda o provedor de Justiça e os, entretanto extintos, cargos de governador e vice-governadores civis.

A eleição deste conjunto (o previsto nesta lei) de titulares de cargos políticos decorre de praticarem atos decisórios com efeito externo. Daí que, p. ex., os Conselheiros de Estado, porque não exercem funções (decisórias) de caráter externo, não estejam contemplados.

²⁴ Isto é: que a titularidade de um cargo político signifique o desempenho de função política. Não é forçosa qualquer implicação entre uma e outra designação: a da intitulação para um cargo e a da função exercida, correspondente ao cargo.

²⁵ Tal como originalmente constava do CP de 1982, no nº 2 do art 427º. (atualmente 386º). Como é evidente a atual remissão para o desempenho de função política é um manifesto erro, em termos de teoria do Estado (sobre o tema, cf., o nosso, “*Da corrupção...*”, p. 897 ss).

2.3 - A equiparação de outros agentes públicos estrangeiros.

A) Generalidades

Já há algum tempo que a equiparação de agentes públicos estrangeiros a “funcionários (para efeito da lei penal portuguesa)” consta do art. 386º e, do mesmo modo, do art. 3º, nº 2, da Lei de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos. No essencial, concretizam-se algumas das imposições que constam da *Convenção do Conselho* e, em particular, aquela de erigir em infração a corrupção de agente público estrangeiro ou de organização de direito internacional público. Por si, a solução do direito nacional é correta (e mesmo consensual na perspetiva do direito comparado), na medida em que, por via do “alargamento” do conceito de funcionário, abrangem-se agentes públicos de outro estado, de instituições da união europeia ou outra instituição de direito internacional público, desde que exerçam funções públicas “idênticas” às dos funcionários nacionais.

A Lei nº 30/2015 apenas procedeu a alterações na designação dos agentes e sobretudo ao nível de redação normativa. Por um lado, faz referência a funcionários de organização de direito internacional público (desaparecendo a anterior referência autonomizada dos funcionários da União Europeia, entidade que, supomos, estará necessariamente englobada nesta definição).

Não cremos que tenha sido solução legal avisada.

Com efeito, a União Europeia assume especificidades no âmbito das organizações de direito internacional público. Desde logo, o facto de a união constituir um espaço territorial, comum a vários estados, pode justificar a sua autonomização, p. ex. para efeitos de aplicação territorial de lei penal. Cremos, porém, que a razão para o legislador ter eliminado a referência autonomizada dos agentes públicos da união europeia reside no facto de a *Convenção OCDE* afirmar, como exemplo de organização de direito internacional público, uma organização regional de integração económica como as *Comunidades Europeias*.

Encontram-se, no entanto, outras conotações de instituição de direito internacional público.

A este eventual argumento, importa contrapor que a equiparação de funcionários da união por via autonomizada resulta da própria *Convenção UE*, onde se distingue entre funcionários comunitários e outros funcionários “equiparados”. De facto, a versão original deste nº 3 do art. 386º - magistrados, funcionários, agentes e equiparados - corresponde, na sua formulação e ordem de enunciação, ao conceito de funcionário comunitário constante do art. 1º desta *Convenção* (e ainda do *Acto do Conselho de 19 de*

junho de 1997, que estabelece o segundo protocolo da Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das comunidades – JOCE, nº C 221/11, 19.07.97). Os agentes que são considerados “equiparados” referem-se a representantes de organizações, de direito internacional público, ligadas à UE.

A necessidade de autonomização normativa dos agentes públicos da União Europeia encontra ainda outra justificação: é que não se pode excluir que, no futuro, a equiparação não venha a tornar-se necessária em relação a outros tipos legais de crime. De facto, inserindo-se a corrupção na tutela de interesse financeiros da UE, não se pode excluir uma futura exigência de vir a incluir, p. ex., o crime de peculato cometido por agente da União, sendo necessária a devida equiparação.

Em qualquer caso, no relatório explicativo sobre o protocolo da convenção relativa à proteção dos interesses financeiros da Comunidades Europeias (JOCE, C 11/5 de 51.1998) esclarece-se um conjunto de definições associado à noção de “funcionários comunitários”: para além dos funcionários *stricto sensu* (abrangidos pelo Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias), abrangem-se as diversas categorias de pessoas contratadas, peritos nacionais destacados nas Comunidades e o pessoal de organismos instituídos nos termos do direito comunitário (com exemplificação).

Observe-se, por fim, que os *membros das instituições comunitárias* – Parlamento Europeu, Comissão, Tribunal de Justiça das Comunidades e Tribunal de Contas – não são abrangidos pelo conceito de funcionário. São, nestes termos, titulares de cargos políticos (ou os cargos “equivalentes” à definição legal nacional de titular de cargo político) e por isso dotados de alguma autonomia de enquadramento.

Em conclusão, não nos parece acertada a opção de “fazer dissolver” a categoria dos funcionários da UE numa outra realidade normativa mais vasta.

Por outro lado, alargou o universo dos “funcionários estrangeiros” a todos os Estados, e não apenas, como até agora sucedia, aos estados membros da União Europeia e alargou o âmbito desta equiparação, para além da corrupção, ao crime de tráfico de influência; acrescentaram-se os “funcionários” de Tribunais Internacionais (em particular, tendo em vista o Tribunal Penal Internacional); e por fim, equipararam-se os árbitros e jurados estrangeiros (na sequência de imposição do protocolo adicional à Convenção do Conselho da Europa²⁶) aos árbitros e jurados nacionais.

Do mesmo modo, na Lei de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos também se procede à equiparação de titulares de cargos políticos “estrangeiros” (cf. art. 3º, nº 2 da Lei nº 34/87²⁷).

²⁶ Cf. Protocolo Adicional à Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa (DR, Iª, 2 janeiro de 2015, p. 2 ss)

²⁷ Repetimos, esta equiparação é, em alguma medida, uma imposição da Convenção relativa à luta contra corrupção de funcionários comunitários bem como de outros atos normativos da UE.

B) Análise das alterações

Faremos apenas algumas observações críticas, em relação a alguns dos nódulos interpretativos deste conjunto de normas, que ora foi objeto de alteração.

a) Em nosso entender, justificava-se que o nº 3 do art. 386º fosse alçado a normativo que se reporta apenas à “equiparação” de agentes públicos estrangeiros ou internacionais. Assim, a sua atual al. i) constitui elemento espúrio neste conjunto de equiparações; refere-se a agentes nacionais – no caso, estava em causa a arbitragem²⁸. Seria preferível eliminar esta alínea ou, em alternativa, adi-la a um conceito/definição de agente público nacional.

b) Cremos, todavia, que as deficiências de carácter técnico-jurídico mais patentes são as seguintes:

aa) Os “funcionários” de estados estrangeiros, de organizações de direito internacional público (incluindo de “tribunais internacionais”) não deveriam ser considerados “equiparados.”²⁹

Julgamos que a redação legislativa mais correta deveria ser: “*para efeito dos artigos ... a expressão “funcionário” abrange ainda ...*”.

Com efeito, justifica-se que um árbitro seja equiparado a funcionário, uma vez que as funções, que exerce, não correspondem às funções de um funcionário³⁰; apenas os “efeitos das suas decisões” serão equiparáveis às decisões dos órgãos jurisdicionais.

bb) Quanto à equiparação de titulares de cargos políticos (art. 3º, nº 2 da Lei 34/87), não se pode deixar de reconhecer, e também salientar, a dificuldade em adaptar o conceito “titular de cargo político” – com efeito, estamos perante categoria que assume

²⁸ Tanto quanto julgamos, o conteúdo desta alínea, inserida pela Revisão de 2007, destinava-se a abranger a “arbitragem”. Por isso, a integração em 2010 do árbitro, jurado e perito na atual al. c) do nº1, torna, nesta parte, a al. i) do nº 3 redundante e desnecessária.

²⁹ Advirta-se, no entanto, que esta fórmula “equiparação” resulta da *Convenção UE*, art. 1º b).

³⁰ Muito discutível é saber se um árbitro tem um “cargo” (para efeito de corrupção), de acordo com a conceituação subjacente ao CP. Relembre-se que “cargo” é designação que só assume relevância dentro de uma organização da administração: o conjunto de poderes funcionais que a um agente público é atribuído, enquadrado num órgão/serviço (da administração ou da jurisdição)

exclusiva dimensão semântica nacional, não suscetível de “interpretação/analogia” – a “categorias paralelas” de outros sistemas jurídicos. Quando muito, só a referência à analogia/similitude de funções ou de posição institucional, que está em causa nas funções dos titulares de cargos políticos, poderá justificar o esforço de equiparação³¹. Fica ainda em aberto resolver a eventual lacuna, por nós já referida, resultante da ausência de nomeação dos titulares de altos cargos públicos (art. 3º- A da L. 34/87).

cc) Mas a deficiência mais grave, esta a nosso ver menos compreensível, refere-se à “internacionalização/universalização” da repressão do crime de tráfico de influências (art. 335º). Tal “internacionalização” justifica-se do mesmo modo por imposição normativa, decorrente do art. 12º da *Convenção do Conselho da Europa*, que impõe a incriminação do tráfico de influência, referente a agentes públicos estrangeiros ou de organizações de direito internacional público³².

É, por isso, que o art. 386º do CP vem agora (isto é, após esta Lei) incluir o art. 335º (tráfico de influência) como crime suscetível de “equiparação funcional” (art. 386º, nº 3, do CP). Repetimos: tal decorre do art. 12º da Convenção; mas, saliente-se de antemão, esta convenção tem uma conceção (ou uma redação típica) diferenciada de tráfico de influência (em relação à incriminação interna).

Assim, há duas formas de abordar interpretativamente a nova redação do art. 386º (nº3) do CP, na parte referente à equiparação para efeito de tráfico de influência: a) ou afirmar que há um erro legislativo, que implica considerar a equiparação como inútil; ou b) entender que a nova redação do art. 386º, nº 3, tem o efeito de verdadeira norma interpretativa, para determinar o universo de agentes públicos, a que a influência se destina (art. 335º; os titulares ou suportes dos órgãos das entidades públicas).

De facto, o legislador ao referir, para efeitos do art. 335º, que são “*equiparados a funcionário*” pressupõe que exposto elemento típico deste tipo legal seja o funcionário

³¹ Supomos, de resto, que será isso que estará em causa na *Convenção UE*, como referimos já na nota 25, *in fine*.

³² A norma de equiparação, prevista nesta Convenção, para efeito de tráfico de influência, assenta na mesma *ratio* da do funcionário para efeito de crime de corrupção.

O art. 335º do CP “apenas” pune o tráfico de influência de entidades públicas integradas na organização do Estado Português (veja-se, assim, a integração e enquadramento sistemáticos deste crime).

(na aceção do art. 386º). Todavia, o art. 335º não refere nenhum funcionário; refere apenas entidades públicas.... Por isso, não nos parece que se possa proceder à equiparação quando o termo/definição de equiparação não existe.

Observe-se que o art. 12º da *Convenção do Conselho* afirma que deve ser considerada infração penal, desde que cometido intencionalmente, o facto de propor, oferecer ou dar (ou, então, na versão passiva: de solicitar, receber ou de aceitar a oferta ou a promessa), direta ou indiretamente, qualquer vantagem indevida a título de remuneração a quem afirme ou confirme ser capaz de exercer *influência sobre a tomada de decisão de qualquer pessoa visada nos arts. 2,4, 6, 9 e 11* (agentes públicos nacionais ou estrangeiros ou de organizações internacionais; membros de assembleias parlamentares nacionais, estrangeiros ou de organizações internacionais, etc.– agentes públicos/funcionários sujeitos do crime de corrupção). Assim, este normativo pressupõe que o destinatário da influência seja uma pessoa física, singular, um indivíduo (se bem que agente público).

À luz da sistematização, subjacente à Convenção, existe uma ligação (de continuidade) entre corrupção e tráfico de influência, quanto ao agente decisor. Todavia, a tipificação do crime de tráfico de influência do CP português inspirou-se em idêntica norma do Código Penal francês³³ e, assim, a influência, real ou suposta, deve ser exercida *junto de qualquer entidade pública*. No tipo legal de crime (de entidade pública “doméstica”) não se faz qualquer referência ao funcionário ou a atributo semelhante, para determinar a qualidade de decisor a que a influência se destina. A menos que o legislador tenha pretendido esclarecer o conteúdo/âmbito dos agentes que “decidem em nome das

³³ De modo que o legislador francês se viu obrigado a criar um autónomo tipo legal de crime de tráfico de influências para agentes públicos estrangeiros, permanecendo inalterado o tráfico de influências “interno”. De qualquer modo, no direito francês, corrupção e tráfico de influência são condutas de um mesmo crime/tipicidade (puníveis com idêntica pena).

Assim, no capítulo referente aos atentados à administração pública cometidos por pessoas que exerçam funções públicas e no âmbito das faltas ao dever de probidade, os arts. 432º- 1 e 432-2-1 do *Code Penal* incriminam a corrupção passiva e tráfico de influência cometido por funcionário. Já no Capítulo referente aos atentados à administração pública cometidos por particulares prevê-se, nos arts. 433-1 e 433-2-1, a corrupção ativa e tráfico de influência por particular.

Por sua vez os arts. 435-1 e 435-2 do *Code Pénal* incriminam a corrupção ativa e o tráfico de influência de funcionários estrangeiros.

entidades públicas” (cf. art. 335º), confrontámo-nos com solução legislativa manifestamente infeliz, pois que se equipara ...a nada³⁴.

Observe-se, no entanto, que, mesmo com uma “interpretação corretiva” – ou seja, interpretando esta nova redação com o sentido de que se subentende como implicitamente integrado no tipo do art. 335º o conceito de “funcionário nacional” (o que, à luz do princípio da tipicidade, poderia ser discutível) -, a solução afigura-se errada e, sobretudo, deficiente: é que não se prevê o tráfico de influência relativamente a decisões de titulares de cargos políticos ou de outros altos cargos públicos; agentes que, como sabemos, não podem ser considerados funcionários para efeito de lei penal³⁵. O que, em qualquer caso, constituiria lacuna, uma vez que, para efeito de crime de corrupção, se procedeu a uma equiparação no nº 2 do art. 3º da Lei nº 34/87. Assim, nem o tráfico de influência, referente a decisões de titular de cargo político “nacional”, nem o tráfico de influência de decisões de titulares estrangeiros de cargos equiparados a cargos políticos ou de cargos em organizações de direito internacional público estariam incriminados no nosso ordenamento jurídico (se se adoptasse esta interpretação mais ampla, por apelo à intenção ou *mens legislatoris*).

A redação do crime de tráfico de influência deveria, em nosso entender, ser outra.... Ou, então, deveria prever-se um crime de tráfico de influência, tendo em vista exclusivamente a influência sobre decisores públicos estrangeiros.

2.4 - Ao nível de agentes públicos “internos”

Apenas se deve fazer referência à correção, a que se procedeu na Lei de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos, consistente na eliminação de cargos, elencados no rol, já inexistentes: o de governador civil e os cargos referentes a Macau (als. *h e j* desta norma); por outro lado, atualizou-se a designação do representante da república nas regiões autónomas (*f*). No essencial, nada há a opor a estas alterações, que, de resto,

³⁴ A regra de equiparação significa: onde no tipo legal se refira a expressão “funcionário”, ela abrange o funcionário nacional como os seguintes funcionários estrangeiros.

³⁵ Como decorre do nº 4 do preceito sobre funcionário.

ainda justificaram a alteração do art. 10º desta mesma Lei (eliminando-se a referência a agentes públicos de Macau, como “vítimas do crime”).

Particularmente grave é a circunstância de não se ter aproveitado o ensejo para preencher uma lacuna em matéria de agentes públicos: a inclusão do militar, a par do funcionário civil³⁶, como agente com qualidade para praticar crimes no exercício de funções públicas.

Assim, é preciso não esquecer que, por um lado, existe uma administração militar (a função pública, administrativa ou jurisdicional, militar), na qual também há “contratação pública” (p. ex., sobretudo ao nível de comércio de armamento), e que, por outro, sobre o estado português podem impender obrigações de direito internacional público no sentido de incriminar a corrupção no âmbito da Defesa e Segurança (p. ex., ao nível de organizações internacionais militares, como p. ex. a NATO). Parece-nos assim que existe, continua a existir, uma lamentável lacuna, por omissão de legislação.

3. Alterações nas tipicidades

A Lei nº 30/2015 interveio em preceitos referentes a tipos de crime, se bem que através de alterações, em regra, de pormenor.

3.1 – Corrupção ativa

Assim no âmbito da corrupção ativa (sob qualquer dos enquadramentos jurídicos) foi expressamente tipificada a punibilidade da tentativa de corrupção para ato lícito, que até agora não era punida, pois que a esta modalidade de corrupção ativa é aplicável pena de prisão não superior a três anos (art. 23º do CP). A exigência de previsão de punibilidade deve-se menos a razões de eficácia (mas que, em qualquer caso e a existir,

³⁶ Sobre a existência desta lacuna, cf. os nossos “Funcionário/Função pública e Direito Penal...”, p. 81 s e “A reforma legislativa...”, p. 72

seriam razões válidas para qualquer forma de corrupção), antes a questões de identidade e coerência formais em todo o regime punitivo da corrupção.

Face à redação típica dos crimes de corrupção, a afirmação de tentativa nestes crimes enquadra-se no nível do meramente teórico. Por isso, o facto de as restantes modalidades de corrupção admitirem, pela moldura legal, a punibilidade da tentativa não significa que pragmaticamente tal figura tenha relevo. Já nos casos de “recebimento/oferecimento indevido de vantagem”, atentas as razões pragmáticas que subjazem à previsão deste tipo de crime, a não punibilidade da tentativa não deve ser considerada uma deficiência.

3.2 – Tráfico de influência

Menos compreensíveis se nos afiguram as alterações introduzidas no crime de tráfico de influência. Com efeito, o “resultado final” do processo legislativo limitou-se à alteração da moldura legal do tráfico de influência (passivo) para ato/decisão lícito. De facto, e vendo os Projetos de Lei apresentados, era expetável a incriminação *ex novo* do tráfico de influência “ativo” para ato/decisão lícito (hoje impune, por atípico). Tal alteração, como se vê, não consta da versão final da L. nº 30/2015. Neste sentido, a “equiparação” – exigida pela Convenção – do tráfico de influência sobre agentes públicos estrangeiros é duplamente penalizada (pelo erro de “remissão” já atrás enunciado e por falta de previsão do tipo de crime de tráfico “ativo”). Observe-se que a Convenção do Conselho da Europa não se restringe à incriminação do tráfico de influência ativo para decisão ilícita. De facto, refere tomada de decisão “tão-só”; mas afigura-se contraditória a impunidade do tráfico ativo, face à previsão do ilícito de tráfico passivo.

Esta Convenção, partindo do princípio da criminalização da corrupção e do tráfico de influência, não procede à distinção entre ato/omissão ou decisão lícitos ou ilícitos. Tal pode justificar-se pela influência do CP francês, cujas soluções legais assentam nesse modelo (unitário), ou então, pelo facto de a interpretação do elemento típico *violação de dever* (do cargo ou da função) ser mais ampla (em relação à que ainda prevalece no direito nacional). Outra hipótese justificativa reside no facto de, nesta Convenção, se abrangerem funções do Estado, cujo exercício escapa a essa distinção (p. ex., ao nível de titulares de mandatos eletivos); p. ex., os atos legislativos não são suscetíveis da valoração “legal/illegal” ou “justo/injusto”, porque eles próprios criam a legalidade. Exemplo disso, é também o mais recente crime previsto no StGB, §108 e (de 2014) sobre corrupção, ativa ou passiva, de titulares de cargos eletivos, tipo legal concebido unitariamente e sem distinção (entre corrupção própria e imprópria).

De facto esta distinção típica, ato contrário ou não contrário aos deveres do cargo (quanto ao fundo ou à substância), apenas releva para efeito de função administrativa ou jurisdicional. Sobre esta matéria, cf. o nosso “*Da Corrupção...*” p. 895 ss.

Tal não significa que os Estados não possam, quando exigido, dar relevo típico à distinção entre ato lícito ou ilícito (como sucede na sua maioria); todavia, o tipo base é necessariamente constituído pela corrupção ou tráfico de influência para atos “lícitos”.

3.3 - *Peculato*

Outra alteração, também não de todo compreensível, foi realizada ao nível de *crime de peculato*, tanto de *peculato tout court*, como de *peculato de uso*.

Com efeito, e por força do preceituado na *Convenção ONU*, entendeu-se (consta esta justificação dos dois Projs. Lei referenciados) que o *peculato* deveria também abranger as coisas imóveis. Cremos que a opção, agora tornada letra de lei, não terá sido a mais correta. Sendo verdade que a *Convenção da ONU* tem uma definição “abrangente” de bem (*property*, na versão inglesa), *aparentemente* (quanto a nós, só na aparência) com relevância para efeito de objeto dos crimes de *peculato*, abuso de confiança e outros tipos legais de “desvio patrimonial”, tal circunstância não significa que imponha “universalmente” a solução agora adotada. Realce-se, desde logo, que a mesma *Convenção* não só tipifica o *peculato* no setor público como também o *peculato* no setor privado (art. 22º) – ou seja, tanto o crime de abuso de confiança como, eventualmente, o de infidelidade. Além disso, ambas as tipificações têm um conteúdo relativamente amplo, abrangendo não só a apropriação do “bens”, mas o seu desvio de uso ou de finalidade. Por fim, como é evidente, a *Convenção da ONU* visa um universo de Estados, destinatários com diferentes concepções de propriedade (em particular imobiliária) e, por isso, pode justificar-se esta previsão abrangente.

Com efeito, a amplitude conferida pela nova redação do crime de *peculato* parece ser consequência da definição legal de “bem” da *Convenção ONU* (art. 2º terminologia, al. d)) ; na versão inglesa “*property*”). Parece-nos em qualquer caso duvidoso que esta definição legal se possa incluir/integrar no âmbito normativo dos arts 17º (*peculato* no setor público) e 22º (*peculato* no setor privado) da *Convenção*; pois, para além dos imóveis, os instrumentos jurídicos (*documentos legais ou atos* - na expressão desta *Convenção*) não parecem ser objetos suscetíveis de “apropriação”.

No âmbito da produção normativa da UE, a Diretiva do Parlamento sobre congelamento e apreensão de bens (2014/42/EU), parte também de uma definição de *bens* semelhante àquela da *Convenção ONU* – cf., assim, art. 2º, definição (2): “os ativos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, bem como documentos legais ou atos comprovativos de propriedade desses ativos ou dos direitos com eles relacionados”. Mas aqui o problema, a regular, é o do “património”, objeto de perda.

Neste sentido, cremos que a *Convenção ONU* define o conceito de bem (*property*) – al. *d*) do art. 2º - apenas para efeitos dos seus artigos 53º e 54º (sobre declaração de perda de bens, em ligação com a al. *g*) deste artigo 2º). Daí pois que se nos afigure de muito duvidosa a ilação de que a definição de bem (ou *property*) tenha em vista crimes (como os de peculato); em nosso entender, está em causa apenas o confisco dos ativos/bens. Assim a opção do legislador nacional ter-se-á baseado numa premissa errada.

Não excluimos, de antemão, a existência de sistemas jurídicos que reconheçam ou concebam a apropriação ilegítima de bens imóveis. Tal dependerá das características do sistema, p. ex., ao nível de registo de propriedade ou de outros fatores. Não nos parece que, de modo algum, corresponda ao sistema nacional e ao de países da mesma tradição jurídica, no âmbito da Europa continental.

Todavia, sendo, como é, o crime de peculato um crime de apropriação ilegítima por funcionário, a ideia de apropriação pressupõe a “mobilidade” da coisa³⁷. Além disso, e não se querendo entrar em detalhes respeitantes a matéria integrada no direito penal patrimonial, é preciso não esquecer que, nos imóveis, as regras de registo (o que não sucede em coisas móveis) impedem a “apropriação” em sentido próprio (nomeadamente: a alienação).

De resto, pressupondo, por definição, o abuso de confiança que a coisa *lhe* tenha sido entregue (o que num imóvel se afigura difícil) esteja na posse ou seja acessível (assim, no peculato), dificilmente um imóvel (e muito menos ainda os documentos e atos jurídicos) caberia neste “enquadramento normativo”. Poderia eventualmente considerar-se a previsão de uma tipificação de peculato de uso de imóveis³⁸ ou tipologia semelhante.

³⁷ Aliás, se associado ao crime de abuso de confiança (agravado pela qualidade de funcionário), este crime integra-se sistematicamente na mesma proteção conferida pelos crimes de furto ou de apropriação ilegítima de coisa achada, nos quais manifestamente os imóveis não podem estar contemplados. Note-se que o crime de peculato não é exclusivamente um crime de dever, ou crime em que o núcleo da ilicitude se esgote apenas na violação do dever; de facto, não se pode esquecer que o *valor da coisa* tem relevo para a determinação da moldura legal, pelo que o património é também protegido.

³⁸ O que, ora, se consagra.

Parece-nos, pois, que, se alguma utilidade se encontra na inclusão dos imóveis no âmbito do crime de peculato, esta somente é divisível no denominado peculato de uso. Ou seja, no facto de um funcionário

Neste sentido, não só não nos parece que tenha sido feliz esta solução legislativa, como não se nos afigura juridicamente imposta, pelo menos em toda a sua extensão³⁹.

4. Questões de punição/sancionamento

4.1 - Corrupção no setor privado

Foi alterada a moldura legal do crime de corrupção no setor privado (L. nº 20/2008), agravando-se os seus limites máximos, tanto no seu crime fundamental, como nos agravados. Sobre este aspeto, nada de específico há a recensear, uma vez que as verdadeiras dúvidas, ao menos de interpretação, não residem tanto na alteração introduzida por esta Lei, mas na forma como o crime está redigido, após a L. nº 20/2008. Temos, devemos dizer, dúvidas quer quanto à “razoabilidade” da redação, quer em particular quanto à compatibilidade da incriminação (e sua agravação) com o conteúdo da Decisão-Quadro, que estará na base da previsão deste crime.

Neste sentido, parece-nos que o crime, independentemente de uma discussão sobre a moldura penal, justificaria uma sua revisitação, em termos de redação típica.

De facto, a atual redação decorre de se ter conferido o carácter de circunstância agravante às condutas que, no anterior tipo legal de crime (ants. arts. 41º-B e 41º-C, do D.-L. nº 28/84), eram consideradas elementos típicos base. Todavia, a redação do anterior tipo de crime de corrupção no setor privado decorria da imposição da Ação Comum de 22 de dezembro de 1998 do Conselho, que exigia como tipificação da corrupção no setor privado, *no mínimo* a corrupção que possa implicar distorções na concorrência (pelo menos no mercado comum) e da qual resultem ou possam a vir resultar prejuízos para terceiros, em virtude da indevida celebração ou execução de negócios (cf. art. 3º, nº 3, da respetiva Ação comum). Assim Portugal optou, na altura, por incriminar “pelo mínimo” esta forma de corrupção.

dar um qualquer uso (privado) a imóvel que esteja sob guarda da Administração (sob “apreensão” ou “congelado”, p. ex.) ...

³⁹ De modo coerente, o legislador estendeu estas alterações à Lei de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos (e de altos cargos públicos) nos seus crimes de peculato. Lamenta-se, porém, que não tenha procedido à alteração da forma de punição, ainda assente no “arcaísmo punitivo” de cumulação entre pena de prisão e pena de multa (se bem que esta deficiência da Lei não se restringe apenas ao tipo de crime de peculato).

Ora, as imposições decorrentes da decisão quadro de 2003 são diferentes e mais restritas. Com efeito, além de se prever o tipo legal mais geral de violação do dever funcional, a Decisão-Quadro nº 003/568/JAI do Conselho de 22 de Julho de 2003 apenas refere que “Qualquer Estado-Membro pode declarar que restringirá o âmbito de aplicação do nº 1 às práticas, relacionadas com a aquisição de bens ou de serviços comerciais, que impliquem ou possam implicar distorção da concorrência”. Não tendo havido essa declaração de restrição por parte do Estado português, não deveria ser necessária qualquer previsão de agravamento de pena – uma vez que não se pode confundir o sentido restritivo de primitiva tipificação com a imposição atualmente existente. Além de que o preceito sofre de manifesta incoerência, uma vez que as agravações só se justificam, se visarem abranger a produção de um resultado não compreendido no tipo legal base (mas obviamente nele implicitamente considerado).

Neste sentido, não nos parece que a solução atualmente consagrada corresponda ao espírito da Decisão Quadro.

Realcem-se ainda os seguintes aspetos, que poderão servir de apoio na interpretação e aplicação dos crimes de corrupção no setor privado:

a) Por um lado, o pressuposto subjacente ao crime é o de que o agente esteja no exercício da sua *atividade profissional* (cf., assim, a noção de violação de dever constante da decisão quadro; do mesmo modo, na Convenção do Conselho - art. 8º “corrupção no setor privado” – também se acentua esta ideia, embora aqui num sentido ainda mais restrito de “*atividade comercial*”). Assim, não é qualquer violação de dever que pode justificar a incriminação de corrupção no setor privado. As regras legais ou profissionais têm que se dirigir ao exercício de atividade profissional e por isso têm que ter em vista um determinado âmbito de proteção.

b) Por outro lado, e ao referir-se o *prejuízo patrimonial* (no direito positivo para terceiro, ou seja para alguém exterior à empresa; parece-nos, todavia, que o sentido do crime abrange também o prejuízo para a própria empresa em que se trabalha) subentende-se que se pretende proteger um património (alheio). Não parece particularmente feliz a solução legislativa, na medida em que, quando o património é o bem jurídico protegido, o nosso sistema penal assenta as suas soluções em escalões de valor (cf. art. 202º do CP). Observe-se que, p. ex., no crime de infidelidade (art. 224º) até se exige *prejuízo patrimonial importante*. Podendo existir alguma analogia entre esta dimensão patrimonial da corrupção e os crimes contra o património, deveria ter-se previsto agravações pelo valor do prejuízo e submeter o crime à regra de dependência de queixa do ofendido, em casos não graves.

c) De acordo com o relatório explicativo sobre a Convenção do Conselho da Europa (p. 12) uma (mas seguramente não a única) das razões que milita em favor da consagração da corrupção no setor privado é a *privatização (material ou formal)* de importantes funções públicas (educação, saúde, transportes e telecomunicações). Verdadeiramente, esta privatização material da (anterior) função pública encontra, como uma das suas traduções “ideológicas”, a passagem de um modelo de Estado empreendedor para o de Estado regulador ou a consagração do Estado contratante; ou seja, o Estado abdica de atuar, com órgãos próprios, na satisfação de determinados interesses e atividades e sujeita-os à livre concorrência privada, intervindo (p. ex. através de autoridades reguladoras ou sancionatórias) por via de poder regulamentar (condicionando previamente a atividade) ou sancionatório.

Assim, a consagração da corrupção no setor privado vem no fundo quebrar o “dogma liberal” de que a melhor forma de combater a corrupção é privatizar ou desestatizar. De facto, a corrupção não acaba; transforma-se...

Além deste modelo de privatização, existe naturalmente a designada “*privatização formal*”, ou seja, o próprio Estado socorre-se de formas jurídico-privadas, quando não esteja em causa o exercício de função pública administrativa, para realizar determinados interesses.

Naturalmente que o atual âmbito normativo de aplicação da corrupção no setor privado é mais amplo que aquele aqui descrito (i. e, na presente nota); mas não se pode perder de vista que estas serão seguramente das áreas mais importantes para efeitos de prevenção e repressão deste crime.

4.2 - Cláusula de dispensa ou de atenuação de pena

a) Foram alteradas as diversas normas penais sobre dispensa de pena, em matéria de crimes de corrupção (do CP – art. 374º-B; da L. 34/87 - art. 19º-A, nº 1 – corrupção no estado; da Lei 20/2008 - art. 5º - corrupção no comércio internacional e no setor privado; da Lei nº 50/2007 – art. 13º – corrupção no desporto). No essencial, a alteração incidiu sobre a atuação do “funcionário/trabalhador/agente desportivo corrupto” (como veremos, só esta faceta normativa interessa ou passa a interessar) que, *ex post facto*, desista ativamente e colabora com a justiça. Se bem que a redação da norma padeça de deficiências várias, o problema refere-se particularmente à antiga redação da al. a) do nº1 (do art. 374º-B) que rezava: “*tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias após a prática do ato e sempre antes da instauração de procedimento criminal*”. Antes de mais, é necessário proceder à distinção entre *prática do ato* e *prática do facto* (conceito normativo das als. b e c) deste mesmo preceito). Cremos, que numa interpretação sistemática, a solução legislativa, na redação anterior a 2015, abrangeria três hipóteses, pelas quais era concedida esta “graça/prémio” político-criminalmente justificada: uma “aparentemente” bilateral (para corrompido e corruptor), as duas outras especificamente para cada um dos intervenientes no “pacto”. Tudo dependerá da interpretação que deva ser dada aos conceitos “*ato*” (al. a)) e “*facto*” (als. b e c.) – na redação do ant. art. 374º B.

Se quanto à al. b) se pode dizer que o “prémio punitivo ” se dirige para o “funcionário ou agente equivalente”, já na al. c) pretende-se premiar o agente do crime de corrupção ativa. Deste modo, parece-nos claro que a expressão “*facto*” se refere à ação ou omissão funcional que se visou com o “suborno” (sendo aqui o prémio “bilateral”). No caso da al. a) (na versão anterior a esta alteração), julgamos que o “*ato*”, enunciado na norma, se refere não ao “*facto*” (não está em causa a mesma realidade⁴⁰), mas à entrega (ao cumprimento do “valor solicitado/prometido”) por parte do agente “corruptor”, e portanto a norma tinha em vista oferecer um “prémio”, que teria por destinatário exclusivamente o agente da corrupção ativa⁴¹. Com efeito, só assim o preceito faz sentido, na sua globalidade⁴².

Deste jeito, a al. a) do nº1 do art. 374º-B – circunstância que historicamente visava “premiar” o autor do crime de corrupção ativa, atendendo a que este, muitas vezes, só veria deferida ou satisfeita a sua pretensão quando praticasse o *ato* (ou seja, a entrega da peita ou do suborno⁴³) – é, através da alteração agora introduzida, “reformulada/traída” para “causa de benefício punitivo” do funcionário corrompido, desde que a seguir à prática do ato (conceito que passa agora a ser elemento normativo com outro conteúdo semântico), este realize a conduta descrita, eliminando-se qualquer prémio para o “não funcionário” (que era o destinatário na anterior versão).

Creemos que não é feliz esta alteração, porque o funcionário não deveria ser “beneficiado” por denunciar o crime, quando tal conduta surge como um dever exigido já pelo seu

⁴⁰ Cf., sobre este regime, CLÁUDIA SANTOS, “Os crimes de corrupção de funcionários e a Lei nº 32/2010, de 2 de setembro”, in *As alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 9 ss., sobre o tema, esp. 22 ss..)

⁴¹ De resto, este artigo 374º-B tem como fonte o (agora revogado) art. 9º-A da Lei nº 36/94, de 29 de setembro, que referia que o *agente* seria dispensado de pena sempre que: a) *tiver praticado o acto a solicitação do funcionário, directamente ou por interposta pessoa* (correspondente à atual al. b) do nº 2 deste artigo 374º-B); b) *tiver denunciado o crime no prazo máximo de 30 dias e antes da instauração do processo crime* (atual al. a) do nº 1).

⁴² Por isso mesmo, a norma não fazia qualquer referência à vantagem “entregue”, na medida em que sendo o particular a fazer a disposição, não teria que a devolver. Esperava-se é que a vantagem do funcionário fosse posteriormente confiscada.

⁴³ Assim se deduz também do atual nº 2 do art. 374º - B, “*praticar o ato a solicitação do funcionário...*”; que aqui o ato se refere à entrega da vantagem patrimonial pelo corruptor (portanto o agente da corrupção ativa), parece que é interpretação que não oferece dúvidas.

estatuto. Para o funcionário “basta”, para se lhe conferir a dispensa da pena, a previsão da al. *b*) deste preceito, com os eventuais ajustamentos que se afigurem necessários, mas onde a devolução do montante/vantagem indevidos está já contemplada e será sempre pressuposto ineliminável.

b) Por outro lado, alterou-se o carácter, anteriormente imperativo, da dispensa de pena (o agente é dispensado), que agora passa a ser meramente facultativo (o agente pode ser). cremos que se trata de má solução (mas que se justifica também pela má interpretação das diversas cláusulas de dispensa de pena). Com efeito, quem se queira prevalecer deste “prémio” deve ter do seu lado a segurança da lei (sobretudo se previamente procurar informação). Além de que o problema não reside na automaticidade da dispensa; reside, sobretudo, na avaliação dos pressupostos de que depende a declaração de dispensa (p. ex., “voluntariedade”, “repudiar”, “recusar” ou retirar, são elementos normativos que, com maior ou maior amplitude, podem depender de valoração autónoma)⁴⁴.

Não se discute que, para se quebrar o sigilo ou o pacto de silêncio que estão associados à corrupção, a previsão de um direito de clemência se justifica. Mas, por isso mesmo, torna-se necessária a observância de uma correta técnica legislativa. Lamenta-se, por fim, que ao contrário de outros normativos (como a seguir veremos), não se tenha estendido, mesmo que de modo adaptado, este “regime de clemência” ao crime de tráfico de influência.

c) No que se refere à corrupção desportiva, apenas se alterou o carácter obrigatório da atenuação e da dispensa da pena (agora: *pode*; antes: *é*) deixando-se a aplicação na liberdade/discrecionabilidade do julgador, em caso de auxílio na recolha de provas decisivas. cremos que se trata de pormenor sem grande relevo técnico. Com efeito, o problema estará na verificação dos pressupostos de que depende a dispensa (p. ex.

⁴⁴ O mesmo se diga quanto ao nº 2 do mesmo preceito (374º-B), em que a atenuação também é imperativa; mas pressupõe-se que as provas sejam *decisivas* – conceito que remete para uma margem de liberdade de apreciação.

“decisivas” – é um conceito valorativo); não na declaração da dispensa. Anote-se, por fim, duas singularidades desta legislação: apenas se prevê a “desistência” do agente de corrupção passiva desportiva (não da corrupção ativa) e abrange-se o tráfico de influências desportivo (mas na área do tráfico de “decisão desportiva”).

d) Na Lei nº 20/2018, apenas foi alterado o seu art. 5º quanto à obrigatoriedade da dispensa de pena, que passa agora a ser facultativa⁴⁵. Este normativo apenas poderá ser aplicado à corrupção no setor privado⁴⁶. Cremos que em relação à corrupção no comércio internacional nada obsta a que, na parte “nacional”, as regras do art. 374º -B ou da L. nº 34/87 sejam aplicáveis.

4.3 - Responsabilidade penal das pessoas coletivas – art. 11º

A) O direito anterior

Uma das matérias que foi objeto de mais profunda alteração é aquela da exclusão da responsabilidade penal das “pessoas coletivas públicas”. A redação, fixada em 2007, para o art. 11º do CP foi criticada, em particular por excluir, de todo, a responsabilidade penal de determinadas pessoas coletivas, incluindo algumas privadas (embora “ficcionalizadas” como públicas) ⁴⁷... As críticas dirigiram-se sobretudo à parte normativa em que se

⁴⁵ Saliente-se que, com as alterações introduzidas, não há uniformidade de regimes; com efeito, no CP e na Lei 34/87, a colaboração ou o auxílio, verificados os restantes pressupostos, implicam a atenuação especial da pena imperativa; nos outros diplomas legislativos, esta é meramente facultativa.

⁴⁶ Pelo menos, na parte em que se refere ao “funcionário”.

⁴⁷ Incluindo por nós.

Expressamente sobre o tema da exclusão da responsabilidade criminal das pessoas coletivas públicas, à luz do direito anterior à alteração agora realizada, cf., em particular, os seguintes trabalhos:

JORGE DOS REIS BRAVO, “Punibilidade vs. Impunidade das pessoas coletivas públicas: a regra, exceção e os equívocos”, *RPCC*, 2012, p. 477 ss.

SUSANA AIRES DE SOUSA, *Societas publicas (non) delinquere potest? Reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*, disponível in: *Apps.uc.pt/mypage Susana Aires de Sousa* (<https://apps.uc.pt/mypage/faculty/susanaas/pt/publicacoes>);

TERESA SERRA/PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, “A exclusão de responsabilidade criminal das entidades públicas: da inconstitucionalidade dos n. 2 e 3 do artigo 11.º do Código penal”; In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora; Coimbra. 2011, Vol. IV, p. 65 ss.

excluía a responsabilidade criminal de pessoas coletivas concessionárias de serviços públicos ou então “demais pessoas coletivas” que exercessem poderes de autoridade ⁴⁸. No essencial, existia consenso na doutrina, no sentido de que a anterior solução constituiria um excesso de desresponsabilização penal; questão diferente era a de saber como proceder à interpretação; soluções de interpretação corretiva/restritiva (que, no entanto, implicariam uma (neo)criminalização sem lei⁴⁹) ou então o repúdio puro e simples da solução legal, com base em inconstitucionalidade⁵⁰ ou apontando a deficiência legislativa. Deve, desde já, salientar-se que, se a anterior lei tinha contra si a crítica do excessivo alargamento do elenco de pessoas coletivas “não responsáveis criminalmente”, gozava, todavia, dessa enorme vantagem que era a de ser, de um ponto de vista dos conteúdos jurídicos, facilmente apreensível (a enumeração das pessoas coletivas estava de acordo com os quadros legais e portanto não suscitava dificuldades interpretativas). Da atual redação da lei pode dizer-se que, inversamente, restringiu “salutarmente” o âmbito de exclusão de responsabilidade criminal – era essa a intenção -, mas não se sabe verdadeiramente, pelos *nomina jura* que utiliza, o que se abrange e

ANA CLÁUDIA SALGUEIRO, “A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas – inconstitucionalidade do artigo 11º, nº s 2 e 3 do Código penal”, *RPCC*, 2014, p. 315 ss.

Prescindiremos, na apreciação das alterações, de uma análise detalhada ou pormenorizada de cada uma das posições defendidas. Sem prejuízo da valia e do mérito de cada uma delas, de facto a crítica de fundo, que lhes subjaz, parece estar hoje superada. Além disso, julgamos que preponderante, para se ter operado esta alteração, terá sido o relatório do grupo de trabalho da OCDE.

⁴⁸ Traduzindo esta crítica, cf. *Rapport de phase 3 – OCDE*, p. 19/20; a proposta deste grupo tem por objetivo que, no universo das pessoas coletivas criminalmente responsáveis, sejam incluídas as da titularidade do Estado, em particular as empresas detidas ou controladas pelo Estado (de modo a serem penalmente responsáveis). Deve entender-se esta especial preocupação no quadro da corrupção no comércio internacional, onde as empresas públicas também podem intervir (e neste sentido “corromper”) no mercado (público), e por isso serem agentes do crime de corrupção (ativa). É sobretudo esta a preocupação do Grupo de Trabalho.

Como se compreende, esta legítima preocupação, no entanto, não justificaria necessariamente uma tão radical alteração de conteúdo do art. 11º do CP.

⁴⁹ Era em alguma medida a posição de JORGE DOS REIS BRAVO, “Punibilidade vs Impunidade...”, p. 497, defendendo uma interpretação constitucionalmente corretora do âmbito da impunidade. No entanto, e como contrapõem, p. ex. SUSANA AIRES DE SOUSA e ANA CLÁUDIA SALGUEIRO (“A exclusão ...”, p. 349) tal correção significaria o alargamento do âmbito “do criminalmente proibido” pelo que tal interpretação deveria ser afastada, em respeito ao princípio da legalidade criminal.

⁵⁰ Neste sentido, cf. p. ex., SUSANA AIRES DE SOUSA (*Societas ...*, referindo a violação do princípio da igualdade (p. 14); Já do outro lado, TERESA SERRA/ PEDRO FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (“A exclusão...”, p. 99 s) e ANA CLÁUDIA SALGUEIRO (“A exclusão ...”, p. 349 s.), precisavam a violação do princípio da igualdade na concorrência.

não se abrange. De facto, dizer *Estado e demais pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de direito público* ou organizações de direito internacional público ... deixa em aberto saber quais as pessoas coletivas que exercem prerrogativas públicas. Pois, a expressão “Estado e demais pessoas coletivas” significaria, numa interpretação constitucionalmente conforme⁵¹, o Estado – Administração Central – por oposição a todas as (outras) pessoas coletivas (sejam elas quais forem, autarquias, institutos públicos, associações públicas) públicas ou privadas, desde que estas últimas estejam no exercício de poderes de autoridade (o que implicaria que, assim não sendo, estariam todas submetidas a responsabilidade criminal). Tal interpretação constituiria o inverso da anterior – demasiado “facilitista”, ou expansionista, em matéria de responsabilidade criminal...

Julgamos que o principal fator que serviu de motivação para a alteração legislativa, menos que as críticas da doutrina nacional, terá sido o *Rapport de phase 3 da OCDE* (junho de 2013), que recomendou que Portugal modificasse o artigo 11º do Código Penal a fim de que todas as pessoas coletivas, em particular as empresas detidas ou controladas pelo Estado, pudessem ser penalmente responsáveis (cf. p. 20 deste relatório). A ideia que estava subjacente a esta recomendação era a de que, com a anterior exclusão integral de responsabilidade criminal, as empresas públicas (e outras não estaduais) poderiam “cometer crimes de corrupção ativa” em negócios transnacionais, e não seriam punidas (afirmação evidentemente correta, para qualquer das entidades que visse então excluída, por forma integral, a sua responsabilização criminal). Daí, pois, a necessidade de correção legislativa.

No entanto, a alteração agora introduzida parece ter feito desaparecer qualquer limite, na medida em que, excluindo o Estado, qualquer outra pessoa coletiva, seja privada ou

⁵¹ *Estado e outras entidades públicas* é expressão que se encontra na CRP (arts. 48º, 103º, 269º). Mesmo no conceito de entidade adjudicante, atrás enunciado, o Estado é o primeiro sujeito, seguindo-se as restantes pessoas coletivas (públicas ou privadas).

pública, parece ser suscetível de responsabilização criminal, desde que “*fora do exercício de poderes de autoridade*”⁵².

B) “*no exercício de poderes de autoridade*”

Ora, a primeira tarefa que se coloca é naturalmente a de procurar saber porque se faz referência ao “*exercício de poderes de autoridade*”, e, portanto, encontrar uma justificação para a utilização desta fórmula. No *relatório explicativo da Convenção Penal sobre a Corrupção do Conselho da Europa*⁵³, ensaia-se uma explicação para a definição de pessoa coletiva e sobretudo para a consagração desta “exceção”, “*Estado ou outras entidades representativas do poder público*”. Observe-se que também a Diretiva da Comissão de 1980 (80/723/CEE⁵⁴) aflora esta “conceituação”, colocando, de um lado, os “poderes públicos” – o Estado, bem como outras pessoas coletivas de tipo territorial – e, do outro lado, as empresas públicas (cf., assim, art. 2º desta Diretiva); está todavia em causa um quadro normativo e problemático diferenciado daquele que está referido na *Convenção do Conselho*.

A expressão utilizada na versão francesa dos diversos diplomas (incluindo esta Convenção) é “Estados ou outras entidades públicas no exercício das suas prerrogativas de poder público” (“*Etats ou des autres entités publiques dans l’exercice de leurs prerogatives de puissance publique*”). Estando em causa infrações de corrupção ativa, o parágrafo exclui expressamente do campo da definição o estado e outras entidades públicas representativas do poder público, como os ministérios ou os órgãos de poderes locais ou ainda organizações internacionais como o Conselho da Europa. A exceção reenvia para os diferentes níveis de governo: *estado, entidades regionais ou locais exercendo prerrogativas de poder público (puissance publique)*. A razão reside em que as responsabilidades das entidades públicas estão submetidas a uma regulamentação específica habitualmente incorporadas no direito administrativo. E acrescenta: a exceção

⁵² Com efeito, se bem interpretamos o *Rapport de phase 3* da OCDE, estão em causa sobretudo as empresas públicas que atuam no âmbito concorrencial (em particular, as concessionárias). Mas, como se há de compreender, também as empresas públicas, sob forma privada; não exclusivamente as entidades públicas empresariais.

⁵³ *Rapport explicatif de la Convention Pénale sur la corruption* – 27.01.1999 /STE – nº 173; Conselho da Europa.

⁵⁴ JOCE nº L 195/35 de 29.07.80 – diretiva relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas.

referida não tem por fim excluir a responsabilidade das empresas públicas (cf. *Rapport explicatif...* p. 7, n 31). Um estado aderente pode, sem mais, ir além no que concerne a aplicação de sanções penais ou administrativas face às empresas públicas. Não há necessariamente identidade entre as entidades que podem ser objeto de corrupção e a exclusão da responsabilidade criminal.

Parece em qualquer caso indiscutível que o art. 11º do CP, na sua anterior versão, se figurava excessivamente “alargado”, demasiado generoso, em matéria de “amnístia” para as ditas pessoas coletivas públicas; questão é a de saber quão alargado; aparentemente, o Estado parece deter alguma margem de liberdade na conformação da (ir)responsabilização criminal de pessoas coletivas, de um ponto de vista de poder legislativo.

De facto, a definição “no exercício de poderes de autoridade”, de um ponto de vista literal, parece conferir relevo apenas ao crime de corrupção, uma vez que a acentuação no “*exercício dos poderes de autoridade*” indicaria a função pública subjacente à tipificação do crime de corrupção “pública”, por oposição à corrupção “privada”⁵⁵.

No entanto, basta ver o elenco de crimes, que podem servir de fundamento para a responsabilização criminal das pessoas coletivas (cf. art. 11º, nº 2; para além do que consta em legislação avulsa), para perceber que o critério de sujeição, ou não sujeição, a responsabilidade criminal não pode ser apenas ou exclusivamente este (o do exercício de poderes de autoridade).

Nesta temática, devem distinguir-se dois passos metodológicos:

- a) Primeiro, discutir da “capacidade” da pessoa coletiva para ser criminalmente responsável, é este o tema agora em discussão.
- b) Pressuposta aquela capacidade, segue-se, em segundo, a questão sobre a eventual imputação de um crime a uma concreta pessoa coletiva, o que supõe a ligação do ilícito à atividade ou ao objeto da pessoa coletiva.

Observe-se que, nos países de influência francesa, a exclusão de responsabilidade criminal apenas abrange o Estado e entidades territoriais (p. ex., as comunas, embora estas possam ser responsabilizadas fora do exercício de poderes públicos). Com efeito, e

⁵⁵ Assim, o CP parece incorrer em erro, ao nível de remissão dos crimes, por incluir, na enumeração do art. 11º, o crime de corrupção passiva (que obviamente se exclui de qualquer responsabilidade “societária”).

como atrás se referiu, parece subsistir uma certa contraposição entre “*puissances publiques*” e “empresas públicas”, para este efeito.

C) *O conceito de “pessoa coletiva” como elemento fundamental*⁵⁶

Assim, uma coisa é interpretar a expressão “*no exercício dos poderes de autoridade*”, expressão cuja interpretação tem apenas relevo para excluir a possibilidade de imputação de crime de corrupção ativa a uma concreta pessoa coletiva (uma vez que, quando no exercício desses poderes, necessariamente só poderá cometer o crime de corrupção passiva; nessa qualidade, atua como “braço” alargado/prolongado do Estado); outra coisa é, excetuada a hipótese de exercício de poderes de autoridade, saber quais as entidades que, em geral, podem/devem ser responsabilizadas criminalmente.

Para este último efeito, e como diz o *Rapport explicatif da Convenção do Conselho*, a definição legal que está em causa, e verdadeiramente releva, é a de *pessoa coletiva*. Por isso mesmo, valerá a pena partir do que está incluído e não do inverso (ou seja, não tanto saber o que se exclui, para efeito de corrupção; mas saber o que está, em princípio, incluído no âmbito da responsabilização criminal, em geral).

De facto, como se diz neste *Rapport explicatif*, a expressão pessoa coletiva (*personne morale*) não se encontra definida e não goza de autonomia na Convenção e reenvia para as legislações nacionais⁵⁷. O parágrafo d) do artigo 1º da *Convenção do Conselho da Europa* permite aos Estados utilizarem a sua própria definição de *pessoa moral (coletiva)*, inscreva-se essa definição no âmbito do direito das sociedades ou no do direito penal. Deste ponto de vista, quase se poderia dizer que o ant. art. 11º do CP não estaria de todo incorreto – o legislador teria toda a liberdade em conformá-lo. No entanto, parece-nos que se pode dizer que, em regra, as pessoas coletivas, em sentido próprio (se quisermos, constituídas à luz do direito privado, do direito comercial ou do direito das sociedades))

⁵⁶ A relevância deste elemento é, evidentemente, salientada pelos autores que expressamente se pronunciaram sobre este tema, no direito nacional (cf. nota 47). Aqui o repetimos pela sua importância para a interpretação da nova redação do art.11º.

⁵⁷ Cf. *Rapport explicatif da Convenção do Conselho*, p. 7 (n. 31)

serão objeto de responsabilização criminal, exceto nos casos em que atuem no exercício de poderes de autoridade (desde que tais poderes lhes tenham sido conferidos⁵⁸). Esta afirmação assume carácter tautológico, porque, nessa qualidade, os órgãos ou representantes da concreta pessoas coletiva apenas “podem (?)” cometer crime de corrupção passiva (não ativa)⁵⁹. Partindo desta conceção ou deste ponto de partida - i. e, pessoa coletiva de carácter comercial (das sociedades) -, fica em aberto saber, por um lado, como se deve regular a responsabilidade das pessoas coletivas públicas e, por outro, se é possível, por qualquer modo, criar uma conceção “penal”, uma definição penal, de pessoa coletiva, em particular a pública, que delimite ou expanda o conceito base, para efeito de responsabilização criminal.

Não se pode porém excluir que a intenção do legislador, agora com as alterações de 2015, tenha sido a de adotar uma solução de equiparação integral entre “pessoa coletiva” e “pessoa criminalmente responsável”⁶⁰.

D) Considerações gerais

Seja como for, parece-nos mais coerente excluir do âmbito de responsabilização criminal, além do Estado, as demais pessoas coletivas públicas de base territorial e aquelas outras entidades reguladoras ou sancionatórias, denominadas por entidades administrativas independentes.

⁵⁸ Estes poderes, públicos ou de autoridade, têm de estar tipificados. Assim, as concessionárias de serviços públicos (seja qual for a sua titularidade) podem, com base no contrato de concessão, dispor de determinados poderes autoritários instrumentais (p. ex., de expropriação; de levantamento de autos de notícia, por trabalhadores da empresa mas legalmente investidos de poderes, etc); mas é evidente que o exercício/exploração da atividade concessionada é uma atividade privada, sendo assim aplicáveis as regras gerais de responsabilização criminal do art.11º a crimes cometidos no âmbito dessa exploração (ou seja, o objeto da exploração não constitui exercício de poder público).

⁵⁹ Na medida em que atuam com base em poderes que lhe são concedidos pelo Estado só podem ser objeto de crime de corrupção passiva enquanto “representantes do Estado” (ou seja, no exercício desses poderes de autoridade). A corrupção ativa está, por definição, excluída; naturalmente, e por maioria de razão, também o estará a corrupção no setor privado.

⁶⁰ Que poderia em alguma medida correr segundo as regras da responsabilidade extracontratual do Estado.

Dúvidas só se poderão suscitar relativamente a entidades públicas empresariais ou então outras entidades, de base associativa pública ou privada, desde que de “domínio do Estado”.

A nosso ver, antes de se passar à discussão sobre a exclusão da responsabilização criminal de pessoas coletiva (nomeadamente para efeitos de consagração de um conceito “penal” de pessoa coletiva pública; ou seja, um conceito que, partindo da responsabilização de pessoas coletivas, qualificadas segunda a sua lógica fundacional “privada”, adota um conceito “corretor” para efeitos penais), devem considerar-se previamente os seguintes princípios:

a) O *princípio da unidade da ordem jurídica*: não pode haver responsabilização criminal, naqueles casos em que, em legislação especial ou avulsa, esteja previsto expressamente o afastamento, total ou parcial, de qualquer outra responsabilidade sancionatória para determinada pessoa coletiva (pública) ⁶¹. Inversamente, entidades que estejam já sujeitas a responsabilidade, p. ex., contraordenacional, devem, do mesmo modo, ser suscetíveis de responsabilização criminal⁶².

b) Por outro lado, a ideia de punição (aplicação da pena) pressupõe a *pluralidade potencial de destinatários das penas (de idêntica “categoria jurídica”)*. Neste sentido, não

⁶¹ Cf., p. ex., o que sucede ao nível de regras sobre a concorrência (L. nº 19/2012, de 8 de maio); Lei que no seu art. 4º diz: “As empresas públicas, as entidades públicas empresariais e as empresas às quais o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram -se abrangidas pela presente lei, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 — As empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto na presente lei, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

Sobre as particularidades da responsabilização criminal de pessoas coletivas em áreas de atividade sujeitas a controlo regulatório, cf. LUÍS FILIPE CALDAS, “Responsabilidade penal de pessoas coletivas - contextos regulatórios – especificidades e limites”, *RPCC*, 2012, p. 505 ss.

⁶² O problema reside em que a própria legislação criminal pode ser, entre si, contraditória (era o que sucedia à luz do regime anterior, no confronto entre regime geral e regimes especiais). Trata-se de circunstância que a doutrina (p. ex., SUSANA AIRES DE SOUSA, *Societas...*, p. 6; ANA CLÁUDIA SALGUEIRO, *Exclusão...*, p. 326; JORGE DOS REIS BRAVO, *Punibilidade vs Impunidade...*, p. 497 ss). acentuava já, em termos de (in)coerência intrassistemática, no âmbito penal com as alterações de 2007

parece que faça sentido responsabilizar criminalmente casos de “monopólio”, por ausência de especificação no sancionamento. Quer-se assim dizer que, inerente ao sancionamento punitivo, se encontra sempre uma ideia de prevenção geral; daí que seja necessária a existência de pluralidade de potenciais destinatários, para efeitos de ameaça penal e sua concretização ⁶³.

c) Obviamente que, *em setores concorrenciais ou nos quais atuem múltiplos atores em situação de liberdade (no fundo em vista do lucro ou então submetidos à lógica do direito privado)*, nada há que obste (pelo contrário) à previsão da responsabilização criminal de pessoas coletivas, de acordo com os pressupostos gerais e independentemente da sua titularidade.

Tal como dissemos, uma das áreas problemáticas é aquela das entidades públicas empresariais. De facto, embora sejam consideradas pessoas coletivas públicas, a sua base jurídica de atuação é a do direito privado⁶⁴. Todavia, há que advertir para o seguinte: o facto de o Estado submeter uma entidade a um regime jurídico público, em homenagem a razões de satisfação de interesse público, não significa que a adoção da forma de empresa (entidade pública empresarial) se refira necessariamente a uma atuação empresarial, em sentido estrito. Com efeito, a opção por um determinado *modelo de gestão*, em particular o modelo empresarial, não significa necessariamente o desempenho de atividade empresarial, em sentido tradicional. Julgamos que há casos nos quais se terá dificuldade em compreender as opções do legislador – em particular, no âmbito de *agências*⁶⁵ - e sobretudo distinguir entre empresas, em sentido comercial, e outros fenómenos jurídicos “similares”.

⁶³ Isto é, a responsabilização criminal do Estado (por crimes cometidos no seu próprio território e enunciados no art. 11º), além de outras condicionantes jurídico-filosóficas, seria sempre uma falsa punição, por inexistência de um efeito preventivo geral.

⁶⁴ Com efeito, estamos perante pessoas coletivas de direito público, com natureza empresarial, criadas pelo Estado, em regras sujeitas ao *direito privado*, na medida em que visam o lucro.

⁶⁵ P. ex. a AGÊNCIA DE GESTÃO DA TESOURARIA E DA DÍVIDA PÚBLICA - IGCP, é uma E.P.E; já, do outro lado, a AGÊNCIA PORTUGUESA DO AMBIENTE, I.P., é um instituto público. Além disso, pode haver institutos públicos geridos segundo uma lógica empresarial (daí a inclusão, e remissão, para o estatuto do gestor público, em determinados institutos públicos). Parece-nos que nem sempre as opções legislativas se afiguram coerentes.

No entanto, é imperioso reconhecer que, de um ponto de vista dos princípios, inexistente uma justificação para diferenciar as entidades públicas empresariais, entre si ou face às restantes empresas públicas (*rectius* sociedades comerciais do Estado), dadas as suas similitudes, funcionais ou de outra índole⁶⁶.

E) Conclusão

Em resumo, as alterações, referentes ao art. 11º do CP sobre exclusão de responsabilização criminal de pessoas coletivas, justificam que retiremos as seguintes conclusões:

É seguramente correta a preocupação manifestada pelo legislador de restringir os casos de exclusão da responsabilidade penal de pessoas coletivas; assim, justifica-se a previsão (por expressa via legislativa) da responsabilização criminal, por prática de crime de corrupção ativa, de todas as pessoas coletivas, suscetíveis de incorrer na prática de tal crime (nomeadamente, no caso de empresas públicas ou outras empresas semelhantes). Assim, a exclusão da responsabilidade criminal de pessoas coletivas “quando no exercício de poderes de autoridade” decorre de uma formulação, algo tautológica, destinada a excluir a responsabilização pelo crime de corrupção de entidades que só poderiam, nessa qualidade, ser responsabilizadas por corrupção passiva (nunca por corrupção ativa). Neste último caso, enquanto atuação em mandato, ou como prolongamento, do próprio Estado, naturalmente que não há responsabilização criminal da pessoa coletiva que detenha estes poderes de autoridade, e conquanto nesse exercício. O verdadeiro problema, porém, reside em que, além do crime de corrupção, há um outro conjunto variado de incriminações que podem fazer desencadear a responsabilização penal das pessoas coletivas. Aqui, a solução legislativa atual deixa algumas dúvidas, pois que, na sua formulação literal, só o Estado (administração central) estaria, integralmente, excluído de responsabilização criminal; as autarquias, p. ex., já poderiam

⁶⁶ O mesmo se poderá dizer de outras entidades coletivas, como sucede com as associações públicas de caráter profissional; com efeito, estas entidades dispõem de determinados poderes públicos (face aos seus associados, em regra); além disso estão, como se viu, subordinadas à contratação pública. Todavia, há que ter em atenção os princípios gerais atrás referidos e que são pressupostos para efeito de punição.

ser responsabilizadas penalmente por qualquer crime (verificados os restantes pressupostos), excluindo quando atuem no exercício de poderes de autoridade. Não nos parece que seja a solução pretendida e desejada.

Com efeito, cremos – tendo em conta o contexto sistemático e sobretudo o próprio conceito, a definir pelo direito português, de pessoa coletiva – que se deve partir de um conceito de pessoa coletiva, determinado segundo o direito das sociedades (ou então do direito das associações, em geral), e portanto determinado pelo direito privado/comercial, podendo naturalmente afastar-se, de antemão, todas as pessoas coletivas *institucionalmente* de direito público. Tomando por base este ponto de partida, é fácil perceber que qualquer entidade de constituição privada (mesmo que “dominada”, em termos sociais ou patrimoniais pelo Estado) não deve, de antemão, ser excluída de eventual responsabilização criminal (a única exclusão é a que, como vimos, resultaria de se encontrar no exercício de poderes de autoridade; mas essa exclusão interessaria apenas – e tão-só – para afastar a incriminação por corrupção passiva, quando no exercício dessa atividade).

Deste ponto de vista, isto é, seguindo esta perspetiva de interpretação, as entidades que podem suscitar dúvidas de enquadramento, partindo de um conceito de pessoa coletiva “societário”, são as entidades públicas empresariais, na estrita medida em que, sendo em regra consideradas pessoas coletivas públicas, a sua atuação não deixa também de estar sujeita ao direito privado e subordinada à procura do lucro (tal como qualquer outra empresa privada). Cremos que, de um ponto de vista formal, a solução será considerar tais entidades como integradas no âmbito de responsabilização criminal (excluindo-se, naturalmente, o exercício de poderes de autoridade)⁶⁷

Em qualquer caso, e face à anterior versão do art. 11º do CP, a presente redação pelo menos esclarece, e por forma definitiva, que as entidades, incluídas nas anteriores als. b) – empresas concessionárias - e c) – demais pessoas coletivas que exerçam poderes de

⁶⁷ Interpretação já defendida na doutrina (cf. p. ex., ANA CLÁUDIA SALGUEIRO, *Exclusão...*, p. 358 s).

E julgamos que o mesmo regime deve vigorar para outras formas associativas, ainda que qualificadas como públicas, desde que estejam também submetidas a um regime de direito privado. Aqui, portanto, também se aplicaria, por razões de identidade, o regime de responsabilidade penal da pessoa coletiva.

autoridade –, são hoje suscetíveis de responsabilização criminal (questão, todavia secundária neste contexto, é a de saber se o conceito de funcionário as abrange enquanto entidades que legitimam a integração do seus agentes/representantes no âmbito dessa definição, para efeitos, p. ex., de agentes do crime de corrupção passiva).

Quanto a nós, não se encontra qualquer fundamento histórico para proceder a esta integração interpretativa.

Por um lado, tendo em atenção as fontes históricas e a própria enunciação sistemática do preceito (empresa pública, nacionalizada, de capitais públicos e concessionárias, é enunciação que está de acordo com aquela que é efetuada pelo Diploma de 1976). De resto, quer a designação das entidades quer o atual regime jurídico do denominado setor empresarial do Estado surgem hoje radicalmente alterados; pelo que se justifica procurar uma atualização das designações, mesmo (ou sobretudo) para efeitos de lei penal.

Por outro lado, porque há novas formas de atuação/organização do Estado que, assim nos parece, não estarão incluídas nos preceitos respeitantes à definição de funcionário. Com efeito, é preciso não esquecer que atualmente existem as denominadas pessoas coletivas (“públicas”) de caráter privado, ou seja, os denominados “organismos de direito público” para efeitos de contratação pública. Assim, há associações ou fundações de direito privado, criadas, exclusiva ou maioritariamente, por entidades públicas. Em regra, estas entidades de “iniciativa pública” de caráter privado (associações “públicas” ou fundações “públicas” de caráter privado) não são designadas por entidades empresariais (públicas ou privadas).

Todavia, são entidades que estão submetidas ao regime da contratação pública, uma vez que são, ou podem ser, consideradas entidades adjudicantes e, por isso, há “representantes” seus que podem ser agentes do crime de corrupção, sobretudo ou primordialmente no âmbito da denominada contratação pública. Refira-se que estas entidades não dispõem necessariamente de estatuto de utilidade pública (há um prazo para o estatuto ser atribuído e mesmo que lhe seja retirado tal estatuto, não é por isso que não deixam de ser “entidades adjudicantes”); além disso, não se pode excluir a existência de outras formas jurídicas “não societárias” de caráter empresarial (isto é, visando o lucro); mas ao realizarem contratação pública têm de, ou deveriam estar, incluídas na definição de funcionário.

Continuamos persuadidos de que a expressão “organismos de utilidade pública”, constante do art. 386º do CP, se refere única e exclusivamente às pessoas coletivas de utilidade pública administrativa, às quais são (eram) delegadas funções públicas administrativas (de acordo com a conceção vigente ao tempo da promulgação do CP de 1982). Não se teria em vista, tanto quanto julgamos, estes novos modelos de atuação (em particular a contratação pública). De resto, e como demonstramos já atrás, o reconhecimento da utilidade pública não atribui qualquer poder público (em particular, no âmbito da contratação pública).

III

Conclusão

As alterações introduzidas na legislação merecem-nos uma avaliação, que já é comum e usual em matéria de legislação sobre corrupção.

Não se podendo censurar os propósitos do legislador nacional, em particular quando está em causa a “atualização” de soluções, a correção de soluções legislativas menos felizes e sobretudo o contribuir para uma mais efetiva repressão da corrupção, a verdade é que a complexidade jurídica da matéria, a sua especialização temática - nomeadamente pelas ligações a outros domínios, mesmo para efeito de redação das incriminações - exigem que as legítimas (mesmo que, porventura, discutíveis) opções político-criminais, aprovadas no Parlamento, sejam vertidas em letra de lei, com apoio ou assessoria técnico-jurídica qualificada. Com efeito, a dificuldade conceitual do tema, a dispersão normativa (a corrupção encontra-se regulada em diversos Diplomas), não podem ser circunstâncias justificativas para uma concretização legal “amadora”.

Creemos - repetimos, independentemente da concordância ou discordância que se tenha quanto às opções de fundo em matéria de política (legislativa) criminal - que uma das deficiências, de que enferma endemicamente a legislação sobre corrupção, é exatamente a da sua pouca “precisão técnica” e da sua deficiente concretização, por vezes produzindo efeitos contraditórios, quando não mesmo contrafáticos

Infelizmente, esta Lei padece das mesmas “maleitas”.

A que acresce o aspeto, este seguramente mais negativo, de não ser visível, pelo menos um esforço de atualização de conceitos fundamentais do direito penal da corrupção (funcionário, cargo público, quiçá, a redação dos tipos legais de crime, e sua recíproca coordenação, tanto na corrupção, como no tráfico de influência).