

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas e a reposição da legalidade e da integridade - notas a propósito do Acórdão do S.T.J. de 31/01/2024, Proc. n.º 922/14.1JAPRT.G2.S1¹

Celso Alexandre Rocha, Procurador da República

I. Introdução

A contratação pública autárquica relativa às empreitadas é um reconhecido setor de risco na prevenção, deteção e repressão da corrupção em sentido lato², não por se pressupor qualquer patologia genética no exercício de uma nobre e fundamental faceta das instituições democráticas nacionais, mas porque nela se entrecruzam diferentes aspetos conjunturais disso indutores: a aplicação de fundos públicos e a possível desvalorização da sua *boa administração*; infraestrutura legislativa complexa, mutável, contrariada por uma leitura supralegal das necessidades práticas; incipiente estrutura burocrática³; parcialidade e indisposição dos agentes públicos (conceito congregador que usaremos ao longo do texto⁴) para com a equidade⁵; partidarização e financiamento

¹ O presente artigo tem por base o Trabalho da sua autoria, adaptado, com o título «A violação do princípio da integridade no âmbito das empreitadas de obras públicas autárquicas – entre a censura ética e a penal», apresentado no âmbito do XIV Curso de Pós-Graduação em Contratação Pública do CEDIPRE, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, orientado pelo Senhor Dr. Pedro Matias Pereira, de Outubro de 2023.

² QUEIMADO, Luís, «As instituições superiores de controlo e a luta contra a corrupção», *Revista do Tribunal de Contas*, 2010, pp. 64-65. E LOPES, José Mouraz, «Os órgãos de controlo financeiro e a prevenção da corrupção: os casos dos grandes investimentos públicos, das autarquias locais e da contratação pública», em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, et. al., *Corrupção em Portugal*, UCE, 2021, pp. 121 e 124-126.

³ Acresce a concentração de poderes no autarca, uma “*multitude institucional e orgânica*”, o controlo incipiente da legalidade – MAIA, António João, SILVA, Mário Tavares da, «O problema da corrupção em Portugal: a prevenção nas autarquias», *Revista do Ministério Público*, N.º 151, SMMP, p. 119, 124 e 134.

⁴ Englobando titulares de cargos políticos/eleitos locais, trabalhadores em funções públicas/dirigentes. Recorrendo a SANTOS, Cláudia Cruz, *A Corrupção de Agentes Públicos e a Corrupção no Desporto*, Almedina, 2020, p. 7. Todos funcionários, para efeitos penais (art. 386.º, n.º 1 do CP).

⁵ CERRILO I MARTINÉZ, Agustí, *El Principio de Integridade en la Contratación Pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, ARANZADI, 2.ª Edição, 2019, p. 23:

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

partidário ilícito; fins eleitoralistas puros (preferência à obra *rápida e visível*)⁶; captura do agente público por outros agentes públicos ou privados⁷; a alocação dos recursos com base na conexão entre quem o decide e quem dele beneficia⁸; baixo nível de profissionalização e de formação dos participantes nos procedimentos; deficiente ou inexistente regulação do *lobbying*; ineficiente fiscalização e responsabilização.

Numa pura perspetiva de política criminal, a previsão penal resulta do reconhecimento, a par de outras medidas, mas num patamar superior de responsabilização, da necessidade de reduzir o risco moral (*moral hazard*) associado ao distanciamento entre a conduta do agente (o agente público) e os interesses do principal (os contribuintes e a comunidade no geral).

O Acórdão do S.T.J., acessível in www.dgsi.pt, ao manter a condenação por prevaricação de dois autarcas, permite-nos discutir, também pelo histórico da tramitação processual que nele vislumbramos, a relevância jurídico-penal da violação dos princípios e normas da contratação pública com objetivos de promoção eleitoral numa aliança entre agentes públicos e empreiteiros sem a concorrência de qualquer transação com o cargo.

Nesse contexto surge em primeiro plano, para reduzir o investimento subjetivo e potencialmente distorcido do agente no exercício das suas funções, potenciador da *má administração*, a legalidade administrativa. Num segundo plano, surge o princípio da integridade, enquanto projeção de um ideal do agente público promotor da boa administração.

Entendemos que o crime de prevaricação é o pano de fundo ideal para essa reflexão por não depender de qualquer ato de transação com o cargo - o que traria uma carga axiológica e uma censura a que muitos adeririam sem hesitações, pese embora se situe

“La mala administración puede tener diversas manifestaciones en la contratación pública (...) Buena parte de ellas esconden conflictos de intereses que pueden llevar a la aparición de casos de corrupción (...)”.

⁶ AFONSO, Óscar, RIBEIRO, Cláudia, «Elites e desempenho económico - o caso português», em MAIA, António João (Coord.), *Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu Reflexões e Alertas*, Almedina, 2021, p. 27 e 31.

⁷ O conflito de interesses é um dos lados, a par da voracidade de alguns interesses alheios a critérios de integridade, caciquismo, nepotismo, patrocínio, enclaves e bastiões políticos - MAIA (nota 3) p. 122.

⁸ O “*particularism*” definido por BEKE, Mike Balthazar, *Political influence in public procurement: balancing between legality and illegality*, Madrid, 2018, p. 309, in https://baselgovernance.org/sites/default/files/2020-03/Mike%20Beke_Political%20influence%20in%20public%20procurement_2018_o.pdf.

por vezes na antecâmara dessa maior lesão do interesse público⁹ - mas da mera *antijuridicidade* de uma decisão *administrativa*. Pressupõe, não o agente ótimo, imune ao erro, mas um que oriente a sua atividade em função de critérios de legalidade e de integridade, alheio a tentações majestáticas, necessariamente subjetivas, no exercício do poder.

Procuraremos, em suma, num plano já mais distante desse Acórdão ou de outros recentes¹⁰, contribuir para definir parâmetros integrativos da *antijuridicidade*, úteis para a subsunção jurídico-penal ao crime de prevaricação neste campo específico.

II. Dos factos sujeitos ao julgamento e da subsunção jurídico-penal

O S.T.J. conheceu, em matéria de Direito, o recurso interposto pelos arguidos, respetivamente Presidente e Vice-Presidente de uma autarquia de 2002 a 2013, depois de condenados pelo T.R.G. na sequência da sua absolvição em primeira instância.

Sumariamente, a segunda instância relevou jurídico-penalmente as condutas daqueles arguidos como crimes de prevaricação (art. 11.º da Lei n.º 34/87, de 16/07), ao ordenarem verbalmente a realização de trabalhos suplementares/a mais, não incluídos nas propostas contratuais adjudicadas por falta de procedimentos rigorosos, desenquadrados do previsto pelos arts. 370.º e 376.º do Código dos Contratos Públicos/CCP. Realizados sem prévio cabimento orçamental, verdadeira obra nova, indutora de sucessivas prorrogações sem qualquer procedimento prévio e com expressão orçamental expressiva.

No que à imputação subjetiva diz respeito, a matéria de facto dada por assente permitiu concluir pelo dolo direto, concluindo-se que os arguidos conheciam as normas aplicáveis e os procedimentos que deviam adotar.

⁹ MIRANZO DIAS, Javier, *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 41, demonstra a relação causal entre práticas anticoncorrenciais e a corrupção.

¹⁰ Como o Acórdão do T.R.P. de 03/04/2024, Proc. n.º 2390/18.0T9AVR.P1, com objeto semelhante àquele aqui discutido, mas ainda não publicitado, nem transitado em julgado na presente data. Como declaração de interesses, indica-se que o Autor deduziu o despacho de acusação e o recurso em representação do Ministério Público, pese embora, como não podia deixar de ser, sem qualquer interesse pessoal no desfecho do processo.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

Quanto ao elemento subjetivo especial, assentiu-se na verificação da dupla intenção de benefício: o dos dois adjudicados, um universo reduzido a que recorreram frequentemente os arguidos (5 e 9 empreitadas, respetivamente), os quais viram assegurada a manutenção da sua atividade e a solidificação da reputação e escala sem o ónus do respeito pelas regras procedimentais, com propostas provavelmente irrealistas causadoras das prorrogações e derrapes orçamentais, perguntando-se legitimamente porque motivo lhes interessaria correr esse risco se não representassem o benefício; o dos próprios arguidos interessados na sua reeleição, com atropelo das mais elementares regras, este risco, antes afastado pela primeira instância que privilegiava *“uma especial tónica eleitoralista para poder concluir pela intenção específica de actuar para ser reeleito”*.

Na verdade, por dar relevo à expressiva majoração em termos de despesa dos trabalhos suplementares/a mais relativamente aos preços-base, bem como as sucessivas prorrogações contra o Direito, o T.R.G. concluiu que não só ocorreu benefício, como também um prejuízo, como acolhido pelo tipo penal, tanto que os adjudicados acabaram por ter que demandar o Município para o pagamento desses trabalhos.

Essa dimensão da tipicidade, na construção alcançada pela segunda instância por extração da factualidade dada como provada (ou seja, fazendo uso de presunções), foi chancelada pelo S.T.J.

O que significa o reconhecimento do crime de prevaricação como um reforço acrescido da tutela da legalidade administrativa e, acrescentamos, da integridade do agente público.

III. Os princípios da legalidade e da integridade administrativas

Um agente público encontrará na Constituição e na lei, não só a fonte de legitimidade da sua atuação, mas também os seus limites (arts. 266.º da Constituição da República Portuguesa/CRP, 3.º do Código de Procedimento Administrativo/CPA e 1.º-A, n.º 1 do CCP). Em termos simplistas, é o que define o princípio da legalidade.

Por outro lado, na falta de menções expressas, o princípio da integridade decorre dos princípios gerais da atividade administrativa (arts. 3.º a 19.º do CPA), como os

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade¹¹ e da boa-fé (art. 266.º, n.º 2 da CRP) e, para além destes, os da legalidade, prossecução do interesse público e proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, razoabilidade, e boa administração (arts. 3.º a 6.º e 8.º a 9.º do CPA e 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia/CDFUE).

Acresce, porque idealizantes¹², as garantias de imparcialidade gerais (arts. 69.º a 76.º do CPA), bem como as estatutariamente previstas como deveres deontológicos. Aos trabalhadores em funções públicas impõem-se garantias de imparcialidade adicionais (arts. 19.º a 24.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas instituída pela Lei n.º 35/2014, de 20/06) e os deveres de privilégio do interesse público e de zelo, isenção e imparcialidade (arts. 73.º, n.º 2, als. a), c), d) e e), n.º 3, 4, 5 e 7 da LGTFP); aos dirigentes um regime de exercício exclusivo de funções e de incompatibilidades, impedimentos e inibições (arts. 4.º, 16.º e 17.º do Estatuto do Pessoal Dirigente instituído pela Lei n.º 2/2004, de 15/01); aos eleitos locais as obrigações declarativas e proibições restritivas dos conflitos de interesse (art. 3.º do Estatuto dos Eleitos Locais instituído pela Lei n.º 29/87, de 30/06), deveres também eles norteados pelos princípios de justiça e imparcialidade e prossecução exclusiva do interesse público (art. 4.º, al. a)/iii), b)/i) e iii) do ELE), com abstenção de participação em “*processo administrativo, acto ou contrato*” em que estiver em causa interesse seu ou de pessoas próximas (art. 4.º, al. b), iv) do ELE). E, mais recente, impôs-se um regime ainda mais exigente aplicável aos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos (Lei n.º 52/2019, de 31/07).

Na contratação pública, se podemos antecipar que a parcialidade e a indisposição dos agentes públicos para com a equidade serão campo fértil para os delitos penais¹³,

¹¹ Não só num plano pessoal, mas também “*organizatório-funcional*” e “*procedimental*” ao impedir decisões em causa própria e ao promover um procedimento o mais equitativo possível - CANOTILHO, J. J., MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 803.

¹² A OCDE emitiu uma Recomendação onde defende que a “*Integridade pública refere-se ao alinhamento consistente e à adesão de valores, princípios e normas éticas comuns para sustentar e priorizar o interesse público sobre os interesses privados no setor público.*” (p. 7), definido altos padrões “*de integridade no sistema legal e políticas organizacionais (como códigos de conduta ou códigos de ética) para esclarecer as expectativas e servir de base para a investigação e sanções disciplinares, administrativas, civis e/ou criminais, conforme apropriado;*” (p. 9) - <https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>.

¹³ RIBEIRO, José António Pinto, «Notas sobre o crime de corrupção e poderes discricionários», *Jornadas sobre*

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

também se omite uma menção à integridade¹⁴, extraída da conjugação dos princípios gerais da atividade administrativa com “os princípios da concorrência, da publicidade e da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação” (art. 1.º-A, n.º 1 do CCP) e com as normas relativas aos conflitos de interesses (art. 1.º-A, n.º 4 do CCP).

No país vizinho, o princípio da integridade é mencionado no art. 1.º, n.º 1 da *Ley 9/2017, de 8 de noviembre*¹⁵. Foi associado expressamente ao controlo e à estabilidade orçamentais – como na verdade é o que sucederá entre nós¹⁶ – e com a tutela da livre e efetiva concorrência, ainda que sem previsão específica de mecanismos adequados a prevenir, detetar e a solucionar os conflitos¹⁷.

O interesse público (art. 266.º, n.º 1 da CRP), o “*momento teleológico necessário de qualquer atividade administrativa*”¹⁸, é a força centrípeta no centro deste universo de princípios e de deveres, num plano superior, mas por vezes compatível com os interesses privados ou com os dos próprios agentes¹⁹. Ainda que abstrato, permite um vislumbre da integridade, não só como um princípio ético ou padrão de conduta²⁰ (o “*principio*

o *Fenómeno da Corrupção*, Vol. 2, p. 92, recordando o papel do Estado na economia, destaca como o crime de corrupção põe em causa o “*constitucional e legal direito dos cidadãos à não discriminação*”.

¹⁴ Omissão que afeta as Diretivas, solucionado mediante o recurso ao princípio da boa administração que integra uma tradição constitucional comum – MIRANZO DIAS (nota 13). Como padrão normativo útil para o relacionamento da Administração Pública com os cidadãos, potenciador do valor de regras procedimentais e parâmetro possível de controlo da validade do exercício da discricionariedade, cfr. NEVES, Ana F., «O direito a um procedimento administrativo efetivo: a necessária articulação do Código do Procedimento Administrativo com uma lei europeia do procedimento administrativo», em GOMES, Carla Amado, et. al. (Coord.), *Comentários ao Código do Procedimento Administrativo*, Vol I, AAFDL Editora, 6.ª Edição, 2023, p. 184.

¹⁵ Na previsão pode ler-se: “(...) *asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa*” – cfr. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2017/BOE-A-2017-12902-consolidado.pdf>

¹⁶ Um dos fundamentos da regulamentação específica do procedimento de formação dos contratos, para além de relacionado com a concorrência (*best value for public money*) – cfr. GONÇALVES, Pedro Costa, *Direito dos Contratos Públicos*, 5.ª Edição, Almedina, 2021, pp. 41 e 115-117.

¹⁷ CERRILO I MARTINÉZ (nota 13) p. 27, destacando o papel da inovação na procura de soluções.

¹⁸ CANOTILHO (nota 11) p. 795.

¹⁹ CANOTILHO (nota 11) p. 796: “*A coordenação de interesses públicos e interesses privados justifica-se em nome de outros interesses públicos (eficiência, economicidade, profissionalismo, excelência) que numa administração democrática terão sempre de confrontar-se com outros princípios constitucionais (proximidade, participação dos cidadãos, transparência)*”.

²⁰ Na Carta Deontológica do Serviço Público (R.C.M. n.º 18/93, de 17/03), revogada, e na Carta Ética (R.C.M. n.º 47/97, de 22/03), é um dos valores fundamentais de credibilidade e um dos dez princípios éticos da Administração Pública.

*integrador de todas las normas morales de ética pública*²¹), mas como um padrão verdadeiramente normativo²² de atuação informada, imparcial e equidistante, aglutinador dos princípios, normas e mecanismos ético-jurídicos repelentes da *má administração*²³, no eixo fundamental da luta contra a corrupção em sentido lato²⁴, nos seus antípodas²⁵, fundamental para avaliar a tensão associada à *fiscalização penal* da atividade administrativa.

IV. A reação penal à violação dos princípios e normas da contratação pública

A essa violação correspondem diversos níveis e graus de responsabilidade, desde a deontológica e disciplinar, até à civil, financeira, e até penal, cumuláveis²⁶ ou concorrentes²⁷.

Contrariamente a outras experiências de direito comparado, entre nós, não foram desenhados crimes específicos, por vezes de perigo apenas, com as violações mais frequentes da contratação pública ou meras violações de conflitos de interesses em mente.

Por exemplo, na Alemanha, como decorre da própria epígrafe, pune-se a colusão

²¹ MIRANZO DÍAZ (nota 9) p. 170.

²² LOPES (nota 2), p. 116, indica a referência à proibidade como estando para lá da clássica consideração da autonomia do Estado nos crimes de corrupção. Privilegiando a neutralidade do Estado e propondo antes o bem jurídico da corrupção como a tutela do “*dano à inegociabilidade do ato administrativo e perigo ao valor nuclear do ato administrativo*”, cfr. RUIVO, Marcelo Almeida, «O bem jurídico do crime da corrupção passiva no setor público», *Revista portuguesa de ciência criminal*, Ano XXV, N.º 1-4, IDPEE, Coimbra, p. 266 e 275.

²³ Nesse sentido, cfr. CERRILO I MARTINÉZ (nota 5) pp. 73-74, 78-834, 91 e 96.

²⁴ Com consequência ao nível do bem jurídico tutelado pelo crime de prevaricação. Evitando-se a violação dos deveres de honestidade e de lealdade do funcionário – BORSATI, Riccardo, *Reati contro la Pubblica Amministrazione e discrezionalità amministrativa, Dai casi in materia di pubblici appalti*, Padovi University Press, 2012, p. 21. -, o que nos leva às regras deontológicas que se impõem ao agente público.

²⁵ A integridade, também na contratação pública, está no centro do Regime Geral de Prevenção da Corrupção (Dec.-Lei n.º 109-E/2021, de 9/12). No executivo sumário da Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 (R.C.M. n.º 37/2021 de 06/04), a prevaricação e outros crimes congregam-se na corrupção em sentido lato.

²⁶ Ac. do TRP de 21/05/2008, Proc. n.º 4648/07: “*a responsabilidade financeira é cumulável com outras responsabilidades, vg civil, disciplinar, criminal. São diferentes os interesses e os valores tutelados...*”. No mesmo sentido, para investigação, como afirma, de patologias de natureza criminal, LOPES (nota 2) p. 112.

²⁷ Pense-se no caso de a documentação falsa ser sancionada como contraordenação (art. 456.º, al. d) do CCP) mas corresponder a um acordo com um agente público para obter a adjudicação; ou o apuramento de responsabilidade financeira que tem por detrás a conduta passiva corruptiva.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

entre concorrentes (& 298 do StGB)²⁸, num plano distinto do da integridade pura ao se pressupor o desconhecimento do agente público. No nosso ordenamento, pelo contrário, para sancionamento dessas condutas tomadas singelamente, foram previstas contraordenações para o candidato ou concorrente por violação de um seu dever ou por violação do regime legal da concorrência através da adoção de práticas colusivas (arts. 455.º a 458.º do CCP, 20.º da Lei n.º 30/2021, de 21/05, 68.º, n.º 1, al. a) da Lei n.º 19/2012, de 08/05).

Em Itália, pune-se a *turbata libertà degli incanti* (art. 353.º do CP) e a *turbata libertà del procedimento di scelta del contraente* (art. 353 bis do CP), condutas que perturbem procedimentos concursais, de entre esses os de contratação pública, incluindo com *presentes* ou *promessas*, conluio ou outros *meios fraudulentos*, afetando o próprio agente público²⁹.

Em França, no que poderá apenas ser uma antecâmara de outro crime, em secção dedicada a condutas que violam o dever de probidade, pune-se como *délit d'ingérence* e crime de assunção de interesses ilegal (art. 432-12 do CP) a conduta do agente público que “*assumir, receber ou retiver, direta ou indiretamente, interesse suscetível de comprometer a sua imparcialidade, independência ou objetividade em sociedade ou operação da qual seja, no momento do facto, total ou parcialmente responsável por assegurar a fiscalização, administração, liquidação ou pagamento*”. Em moldes de aplicação subjetiva, de resto, muito abrangentes, incluindo as situações das denominadas *portas giratórias* entre função pública e empresas privadas ou *pantouflage*, quando o agente passa a exercer funções em empresa privada que antes controlava ou monitorizava antes de decorridos três anos desde a cessação das primeiras funções (art. 432-13 do CP).

Pune-se ainda, já mais especificamente, como *délit de favoritisme* e crime de atentado à liberdade de acesso e à igualdade dos candidatos na contratação pública (art. 432-14 do CP), a conduta do agente público que vise “*obter ou tentar obter para terceiros uma vantagem injustificada através de um ato contrário às disposições legislativas ou*

²⁸ Cfr. tradução em inglês em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/

²⁹ Cfr. VICICONTE, Gaetano, *Profili Penali degli Appalti Pubblici, Le fattispecie di reato, gli obblighi dichiarativi, i rating di legalità e d'impresa*, Giuffrè, 2022, pp. 59-95.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

regulamentares destinadas a garantir a liberdade de acesso e a igualdade de candidatos em concursos públicos e contratos de concessão”.

Entre nós, as mesmas violações poderão enquadrar-se total ou parcialmente nos seguintes:

i) Crimes ditos de *funcionário* (arts. 372.º a 386.º do Código Penal/CP³⁰) de âmbito subjetivo amplo por causa da definição para efeitos penais (art. 386.º do CP), sobretudo no caso dos trabalhadores em funções públicas/dirigentes;

ii) Crimes de *titulares de cargos políticos* (Lei n.º 34/87, de 16/07³¹), de âmbito subjetivo neles focado (eleitos locais, no caso, conforme art. 3.º, n.º 1, al. i) da mesma Lei);

iii) Crimes *comuns* associados³², por vezes, com agravação prevista para o funcionário para efeitos penais.

Note-se que os eleitos locais serão funcionários, podendo ser punidos para efeitos de i) e iii)³³, mas os trabalhadores em funções públicas/dirigentes já não são titulares de cargos políticos para efeitos de ii), podendo em todo o caso ser punidos como participantes (art. 28.º do CP).

Portanto, para repressão da pura violação da legalidade e da integridade administrativas, convocam-se entre nós os crimes de prevaricação do titular de cargo político que poderá abranger qualquer outro agente público nos termos da ilicitude na participação ou mesmo, enquanto tipo penal subsidiário, o crime de abuso de poder.

³⁰ No Cap. IV do Título V, como os crimes de recebimento ou oferta indevidos de vantagem (art. 372.º), corrupção passiva e ativa, própria e imprópria (art. 373.º e 374.º), peculato (art. 375.º), peculato de uso (art. 376.º do CP), participação económica em negócio (art. 377.º), abuso de poder (art. 382.º), violação de regras urbanísticas por funcionário (art. 382.º-A), e violação de segredo por funcionário (art. 382.º).

³¹ Essencialmente, os mesmos crimes da nota anterior (pela mesma ordem das epígrafes, 16.º, 17.º e 18.º, 20.º, 21.º, 23.º, 26.º e 18.º-A). Já o crime de prevaricação (art. 11.º) inexistente nos mesmos moldes típicos no CP, sem prejuízo do art. 28.º deste. Há ainda, com relevância, violação de normas de execução orçamental (art. 14.º).

³² Há agravamentos hoje previstos para os “*dirigentes máximos dos serviços das câmaras municipais e dos serviços municipalizados, quando existam*” (art. 374.º-A, n.º 6, 7 e 8, al. f) do CP) e toda a criminalidade geralmente associada, podendo destacar-se a título exemplificativo o tráfico de influência (art. 335.º do CP), falsificação ou contrafação de documento agravada/falsidade informática agravada; (art. 256.º, n.º 1 e 4 do CP/3.º, n.º 6 da Lei n.º 109/2009, de 15/09), fraude fiscal (arts. 103.º e 104.º do RGIT), fraude na obtenção de subsídio ou subvenção ou desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado (art. 36.º e 37.º do Dec.-Lei n.º 28/84, de 20/01), branqueamento (art. 368.º-A do CP), entre outros.

³³ Em rigor, todos os crimes cometidos por eleitos locais e os outros agentes típicos mencionados na Lei n.º 34/87, de 16/07, consideram-se “*praticados por titulares de cargos políticos desde que a lei faça referência a esse exercício ou “praticados com flagrante desvio ou abuso da função ou com grave violação dos inerentes deveres”* (art. 2.º), podendo ser punidos com as penas acessórias previstas (arts. 1.º e 27-A e ss.).

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

No país vizinho, em moldes muito semelhantes ao que é o caso entre nós, pune-se como crime de *prevaricación* (art. 404.º do CP) a conduta da autoridade ou funcionário que “*a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo...*”³⁴.

Em Itália, pune-se o *abuso d’ufficio* ou *abuso do cargo* (art. 323.º do CP), em revisão, crime esse de previsão semelhante ao nosso abuso de poder desde que não resulte margem de discricionariedade.

Partindo dessa relevância penal abstrata, a censura penal afigura-se necessária e potencialmente mais eficaz em comparação com a assegurada pelo regime das invalidades administrativas³⁵. Tome-se o desvio de poder (art. 161.º, n.º 1 e 2, al. e) do CPA) de exigente demonstração da verdadeira pretensão do agente no exercício de poderes discricionários diversa do fim pretendido pela norma³⁶ e compare-se com os instrumentos à disposição da investigação penal, mais abrangentes, para esse efeito reconstitutivo do delito³⁷.

O regime da perda da vantagem (arts, 109.º a 112.º-A do CP e 7.º a 12.º da Lei n.º 5/2002, de 11/01 para os crimes nela previstos) pode ser mais consequente³⁸ do que o das invalidades administrativas para recuperar o ativo, desincentivar futuras patologias criminais, e até contornar práticas comuns como a atuação através dos intermediários

³⁴ GUERRA TSCHUSCHKE, Alberto, frisa ser uma resposta aos abusos que afrontam o Estado de Direito, relaciona a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre o crime com o *desvio de poder* – in *Prevaricación y Derecho Administrativo*, Colex, 2021, pp. 27-21 e 73.

³⁵ CASAS HERVILLA, Jordi, *Prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: análisis de sus fundamentos y revisión de sus límites*, REUS Editorial, 2020, p. 46. Ainda, ECHEVARRÍA, Marcelo H., *Delitos de los funcionarios públicos. Análisis de los artículos del Código Penal Español que integran el Título XIX Delitos contra la Administración Pública*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 48, indica: “*no se trata de substituir a la jurisdicción administrativa en su labor de control de la legalidade de la actuación de la administración pública por la jurisdicción penal a través de delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límites, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria*”.

³⁶ CHINCHILLA MARÍN, *La desviación de poder*, Thomson Civitas, 2.ª Edição, Madrid, 2004, p. 129: “*la desviación es consciente y deliberada resulta tan difícil su prueba, porque hay de indagar en ls intenciones más escondidas de la Administración para demostrar al juez que la misma quiso atender con su acto un fin diferente a aquel que le asigna la norma*”.

³⁷ PRETE, Francesco, «Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell’Abuso D’Ufficio e nei reati edilizi», *Dirito Penale Contemporaneo*, destaca a importância das ferramentas cognitivas aptas a provar por exemplo o grau e a extensão das relações pessoais dos envolvidos – acessível em <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1378895131PRETE%202013a.pdf>. Claro que essa sindicância do juiz penal não é de mérito – VICICONTE (nota 29) p. 165.

³⁸ AYMERICH CANO, Carlos, «Un problema pendiente: la ineficácia de los contratos afectados por actos de corrupción», *Revista de contratos públicos* n.º 14, CEDIPRE, Coimbra, pp. 5-17.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

muitas vezes depositários da vantagem³⁹, a incrementar dificuldades de apuramento da verdade⁴⁰.

Dois riscos se balançam: um, do enfraquecimento da iniciativa dos agentes públicos, acentuando a incerteza⁴¹ e impondo as autoridades judiciais penais como substitutivas das orientações políticas democráticas (levando mesmo a uma “*burocracia defensiva*”⁴²); o outro, do enfraquecimento da legalidade e da credibilidade institucional pela tolerância para com a bonomia do decisor ou para com a desvalorização da corrupção em sentido lato que não relacionada com a percepção ou promessa de vantagens (dando prevalência a um perfil criminológico desculpante da conduta arbitrária sem a procura de *lucro próprio*)⁴³. Balanço seguramente comportável pela prudência judiciária⁴⁴, pelo que o princípio da intervenção mínima não poderá ser apenas um conveniente escape à responsabilização⁴⁵.

³⁹ O intermediário tem contactos, alicia, começa com jantares, ofertas pequenas que sinalizam amizade, num investimento crescente - OECD, *Bribery in Public Procurement METHODS, ACTORS AND COUNTER-MEASURES*, 2007, acessível in <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/briberyinpublicprocurementmethodsactorsandcounter-measures.html>, pp. 41, 44-45 e 48. A lei tem instrumentos que permitem hoje afetar o beneficiário no processo de perda – cfr. MARIANO, João Cura, «A perda de bens de terceiro relacionados com o crime», in *Novo Regime de Recuperação de Ativos à luz da Diretiva 2014/42/EU e da Lei que a transpôs*, Imprensa Nacional, 2018.

⁴⁰ Acrescendo às dificuldades já conhecidas: “*consequência da existência de pactos de silêncio, de conluio entre os agentes, da sofisticação das técnicas utilizadas para o suborno (evitando contactos diretos, recorrendo a intermediários ou testas de ferro), da ocultação dos lucros, com o recurso a paraísos fiscais (v.g., uso de offshores, que servem para esconder dinheiro) e ao branqueamento, e da ocultação geral dos vestígios dos crimes*” - DIAS, Maria do Carmo, «A Estratégia Nacional Anticorrupção 2020-2024 e os crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos e de titulares de altos cargos públicos», em ALBUQUERQUE, Paulo Pinto et. al., *Corrupção em Portugal*, UCE, 2021, p. 362.

⁴¹ Uma “*insecurité judiciaire permanente*”, destacada por LAVAL, Nathalie, *Le juge penal et l'élu local*, LGDJ, 2002, pp. 20-21.

⁴² Estagnada até, no caso do *abuso d'ufficio* italiano - FOLLIERI, Francesco, «Illegittimità e vincolatezza del provvedimento amministrativo alla prova del legislatore penale», *La riforma dell'abuso d'ufficio*, I Libri di Archivio Penale, Nuova Serie, 29, 2021, p. 99. Cfr. ainda BORSATI (nota 24), pp. 10-14.

⁴³ JAREÑO LEAL, Ángeles, *Corrupción y Delincuencia de los funcionarios de la Contratación Pública*, Iustel, 1.ª Edição, Madrid, 2011, rejeita a “*«comprensión» por la conducta del funcionario prevaricador si éste no persigue un beneficio propio, es decir, cuando no actúa con móviles de lucro propio (sólo este es el funcionario «corrupto»?)*”.

⁴⁴ Caminho a ser traçado pela jurisdição penal distinguindo: “*decisão que assente numa possível (ainda que isolada) interpretação de norma jurídica aplicável ao caso tratado no processo, não deverá ser considerada contra direito se for "objectivamente defensável" e se nela não se surpreenderem "motivos contrários à Ordem Jurídica" nomeadamente o intuito de prejudicar ou favorecer alguém.*” (Ac. do TRL de 24/06/2020, Proc. n.º 3902/13.0JFLSB.L1-3). GUERRA TSCHUSCHKE (nota 34), p. 31, recorda que o crime de *prevaricación* não pune a mera desobediência ou a violação do dever do funcionário, ponderando-se os elementos típicos do crime sem que essa violação absorva o juízo a retirar do facto.

⁴⁵ Daí que seja punida, enquanto crime de recebimento ou oferta indevidos de vantagem (arts. 16.º da Lei

Aliás, o T.R.G. afastou no caso citado, de algum modo, esse *efeito desculpante*, reposicionando precisamente o acento tónico na mera consideração da *antijuridicidade dolosa* no caso de dois autarcas experientes e ante uma manifesta desconformidade jurídica.

V. O crime de prevaricação enquanto um crime administrativo

O crime de prevaricação (art. 11.º da Lei n.º 34/87, de 16/07) pune a conduta do “titular de cargo político que conscientemente conduzir ou decidir contra direito um processo em que intervenha no exercício das suas funções, com a intenção de por essa forma prejudicar ou beneficiar alguém”.

Constitui, no plano da criminalidade *político-administrativa*⁴⁶, uma manifestação da repressão qualificada dos afrontamentos intencionais à legalidade⁴⁷. Como já se referiu, o crime de abuso de poder é subsidiário⁴⁸.

a) Bem jurídico:

Em consequência, pode afirmar-se o crime de prevaricação como categorial⁴⁹, visando a proteção de um complexo de bens jurídicos centrados na realização da função administrativa segundo o Direito e o interesse público numa projeção em múltiplos

n.º 34/87, de 16/07 e 372.º do CP) a conduta do agente público que receber vantagem patrimonial ou não patrimonial que não lhe seja devida, salvo se respeitar os costumes ou for socialmente adequado, para que o clima de permeabilidade não seja criado, para que possa atuar impolatamente. Este crime é uma antecipação da tutela penal e não exige qualquer nexó funcional, nem prova da finalidade ou destino da vantagem – DIAS, Maria do Carmo, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Volume 1, UCE, p. 778 e 780.

⁴⁶ Resume de um modo perceptível um “fenómeno constituído pelo entrelaçamento de interesses entre as atividades económicas, as funções administrativas e a classe política, com condicionamentos ilícitos mútuos” (tradução livre do italiano) – BORSATI (nota 24), p. 19, nota de rodapé 44, citando INSOLERA.

⁴⁷ Cfr. BORSATI (nota 24) p. 69. Ainda, “a responsabilidade política desenvolve-se na confluência de dois factores: por um lado, a tolerância a opções políticas legítimas ainda que lesivas do interesse público; por outro lado, a censura dirigida a comportamentos violadores dos deveres de representação que envolvam bens jurídicos fundamentais e periguem o estado de Direito.” – ALVES, Sílvia Marques, «O crime de prevaricação, no âmbito da responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos» in *Anatomia do Crime, Revista de ciências jurídico-criminais*, nº 1 | janeiro-junho 2015, Almedina, Coimbra, p. 22.

⁴⁸ Crime mais amplo no desenho típico e em parte coincidente com a previsão do crime de prevaricação, mas dele subsidiário (Ac. do TRL de 21/02/2018, Proc. n.º 5972/08.4TDLSB.L1-3). Há quem considere dois subtipos: o abuso de funções e a violação de deveres funcionais, com uma só específica intenção de obter benefício ilegítimo ou causar prejuízo (Ac. do TRE de 07/06/2016, Proc. n.º 5/15.7T9STB.E1).

⁴⁹ Ao integrar o correto exercício da função pública ou a atividade pública devidamente enquadrada na legalidade – ECHEVARRÍA (nota 35) p. 45.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

planos interdependentes⁵⁰: i) o comunitário ou a confiança na prossecução do serviço público de acordo com a lei e com o interesse público⁵¹; ii) o institucional, de integridade do agente por referência ao padrão normativo de atuação imparcial, dedicado à utilização eficiente dos recursos⁵², e à concorrência no caso da contratação pública⁵³; e ainda, iii) acessoriamente, de proteção dos interesses patrimoniais ou não patrimoniais de outrem⁵⁴.

O crime de prevaricação surge assim como o resultado de uma “*tergiversación del derecho aplicable, siendo este reemplazado por la voluntad del funcionario*”⁵⁵, vontade essa que assume no plano dos factos uma natureza *normativa*.

b) O tipo objetivo de ilícito:

Tratar-se-á, na esfera da tipicidade objetiva, de um crime de dano e de mera atividade.

Sendo próprio, pressupõe a qualidade do agente típico como titular de um cargo político (*intraneus*), mas a comparticipação (art. 28.º do CP) permitirá punir quem o não seja (*extraneus*) quer porque é trabalhador em funções públicas/dirigente com intervenção relevante, quer porque foi o “*beneficiado*” ou intermediário⁵⁶ e atuou com

⁵⁰ Como a “*realização da função administrativa autárquica segundo o direito e no interesse do bem comum, sem ilegalidades, nem compadrios ou malquerenças particulares*” (Ac. do TRL de 09/11/2011, Proc. n.º 311/09.0TAPTS.L1-3), ou “*assegurar aos cidadãos que qualquer serviço (...) funciona de acordo com a lei (...) sendo eficaz*” (Ac. do TRL de 24/06/2020, Proc. n.º 3902/13.0JFLSB.L1-3).

⁵¹ DIAS (nota 45) p. 751.

⁵² E assim: “*o Direito Criminal (vulgo, penal) e as suas normas configuram-se, não apenas como um importante instrumento preventivo – no sentido de evitar a consecução de atos financeiramente desvaliosos – , mas principalmente como a mais enérgica reação do ordenamento jurídico aos atos de despesa pública desconforme (má despesa pública)*” – ROCHA, Joaquim Freitas da, *Direito da Despesa Pública*, Almedina, 2020, pp. 57-58.

⁵³ LAVAL (nota 41), pp. 85-86, recorda como a descentralização libertou as comunidades locais mas também concentrou poderes nos executivos locais com reflexos nas atividades sensíveis do urbanismo e contratação pública, constituindo a legislação penal um bloco centrado em questões de transparência e moralidade na vida pública indutor da integridade e da probidade.

⁵⁴ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, UCE, 2008, p. 904-905. No caso da contratação pública, por causa do lugar primacial do princípio da concorrência, poderá defender-se estar também em causa a liberdade dos candidatos ou concorrentes de acesso efetivo a este mercado – cfr. VICICONTE (nota 29) p. 85. Entendendo que se conta um crime (art. 30.º, n.º 1 do CP) ainda que com diversos prejudicados, ALVES (nota 47) p. 41.

⁵⁵ ECHEVARRÍA (nota 35) p. 47.

⁵⁶ A existência de intermediários é muitas vezes uma estratégia para tornar opacos os procedimentos corruptivos e dificultar a correlação entre agentes – cfr. nesse sentido OECD (nota 39) p. 25 e 39.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

conhecimento e dolosamente⁵⁷. Coerentemente, sem prejuízo da comparticipação ou mesmo da autoria de crimes conexos⁵⁸, o tipo objetivo exige que a ação ou omissão se integre na esfera funcional do agente (art. 1.º da Lei n.º 34/87, de 16/07).

O tipo penal é abrangente, quase tanto quanto o abuso de poder⁵⁹. A linguagem por que optou o legislador (“*conduzir ou decidir (...) um processo*”) revela algum desapego a quaisquer fórmulas, com margem de apreciação subsuntiva ampla.

Com a palavra “*processo*”, não quis seguramente o legislador entrar em debates académicos sobre a distinção entre procedimento e processo administrativo⁶⁰. O bem jurídico permite compreender porque a ela recorreu o legislador: se o crime pressupõe o exercício de funções, é natural que a descrição típica se foque no modo de exercício das mesmas, na sucessão de atos e de formalidades ou na sua omissão quando devidos. Incluir-se-á, pois, no conceito o procedimento administrativo⁶¹ e necessariamente aquele destinado à “*formação, conclusão e produção da plena eficácia jurídica de um contrato público*”⁶².

Não fará ainda sentido restringir o que seja o “*processo*” à fase jurisdicional, num azaranzado decalque do crime de denegação de justiça e de prevaricação (art. 369.º do CP), porque contrário aos elementos literal, histórico, sistemático e teleológico.

⁵⁷ Se na prevaricação o tipo apenas inclui no campo dos agentes típicos o titular do cargo, noutros crimes em que se poderá investir um não titular no lado ativo, v.g. como corruptor ativo (art. 18.º da Lei n.º 34/87, de 16/07), o espectro subjetivo será de maior amplitude, o que já era verdade no caso dos crimes de funcionário (no mesmo exemplo, art. 374.º do CP).

⁵⁸ Por exemplo, poderá qualquer cidadão cometer o crime de tráfico de influência (art. 335.º do CP) se aceitar abusar da sua influência ainda que pressuposta e ainda que para obter decisão lícita favorável junto de entidade pública, caso esteja envolvida vantagem patrimonial ou não patrimonial ainda que só prometida.

⁵⁹ Na *corruzione italiana* (art. 319.º do CP), alude-se a “*atto d’ufficio*”, mais amplo do que o ato administrativo – BORSATI (nota 24) p. 69, nota de rodapé 22. O crime de abuso de poderes não tem que se referir a “*um acto administrativo concreto*”, bastando-se como “*um acto idóneo a produzir efeitos jurídicos enquanto manifestação da vontade do Estado, ou por outras palavras, acto que se manifeste exteriormente através da lesão do bom andamento e imparcialidade*” (Ac. do TRC de 28/09/2011, Proc. n.º 169/03.2JACBR.C1).

⁶⁰ No preâmbulo do De.-Lei 442/91, de 15/11, o qual aprovou o CPA, explica-se porque é que se preferiu a designação de procedimento administrativo à tradicional de “*processo administrativo gracioso*”. A previsão do crime de prevaricação é anterior a esta opção e só podia ser-lhe indiferente. Em todo o caso, “*onde há um “procedimento”, há o respetivo processo documental, mesmo que esteja apenas, eventualmente, até, entranhado no de outro procedimento*” – OLIVEIRA, Mário Esteves *et. al.*, *Código do Procedimento - Comentado*, Almedina, 2010, p. 44-45. Cfr. ainda CANOTILHO (nota 11), p. 822.

⁶¹ E “*independentemente da forma específica do processado*” – ALVES (nota 47) p. 28. Em conformidade com a nota anterior, defendendo que o processo tanto será o gracioso quanto o contencioso, DIAS (nota 45) p. 752.

⁶² Posto que se trata de verdadeiro procedimento, citando GONÇALVES (nota 16) pp. 101-102.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

O que se entenda por “conduzir” ou “decidir” só pode significar, com o segundo verbo menos condicionado a uma pré-compreensão, uma afirmação genérica do poder de rumar esse processo sem uma fixação rigorosamente paralela ao conceito do ato administrativo (diferente, aqui, da solução espanhola⁶³). A decisão típica terá que ser aquela instrumentalizada pela vontade de beneficiar ou de prejudicar outrem⁶⁴, podendo ser uma decisão interlocutória ou final, singular ou coletiva⁶⁵, aprovadora, homologadora ou ratificadora (ou, ao invés, de sentido negativo, desde que favorável aos interesses do interessado no procedimento ou de terceiro), ou mesmo um mero ato interno, não se exigindo sequer a excoutoriedade. Não esquecendo a comparticipação, não se encontra isento de responsabilização penal quem intervém relevantemente a título não decisório.

No contexto específico da contratação pública, essa abrangência terá que ser consequente, incluindo a fase preparatória, mas também a execução da empreitada por ter relevância não só para a verificação do cumprimento ou do incumprimento⁶⁶, incluindo nos procedimentos simplificados⁶⁷, mas também para o pagamento e o

⁶³ O crime de *prevaricación* exige para grande parte da doutrina e jurisprudência uma *resolución* num sentido administrativo, não sem críticas, recordando-se que os contratos e os regulamentos também entram no conceito para efeitos penais – CASAS HERVILLA (nota 35) pp. 62-75. Atos resolutorios são os indicados no art. 88.º da Ley 39/2015, excluindo-se os atos políticos, de trâmite, instrumentais e meramente ordenadores do procedimento e os atos materiais da Administração Pública – GUERRA TSCHUSCHKE (nota 34), pp. 43-45.

⁶⁴ Os atos administrativos são definidos (art. 148.º do CPA) como “as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”. Dando exemplo de um ato interno preparatório: “Não tem carácter regulador, mas pode definir um aspecto concreto do procedimento, sendo nesse caso destacável. É ato destacável, por exemplo, o ato de exclusão de um candidato num concurso público” - em SOUSA, António Francisco, *Manual de Direito Administrativo*, VidaEconómica, 2019, p. 625. Também um ato administrativo permissivo desfavorável, como a recusa de concessão de subsídio, pese embora não seja executório, poderá ser penalmente relevante se dele decorrer a vontade de prejudicar o visado.

⁶⁵ ALBUQUERQUE (nota 54) p. 872.

⁶⁶ O controlo administrativo é determinante para fins de correção de defeitos e de incumprimento contratual. O caderno de encargos e o projeto de execução (art. 43.º do CCP) fornecem os padrões de referência úteis para a medição e o pagamento (arts. 387.º a 390.º, e 392.º a 393.º, do CCP), receção provisória e vistoria, essencial para a correção de defeitos e início do prazo da garantia de resolução de defeitos (arts. 394.º a 397.º do CCP) - ou mesmo incumprimento por atraso ou resolução (arts. 403.º e 405.º do CCP).

⁶⁷ Ainda que sem exigência legal expressa nesse sentido atendendo ao prazo legalmente previsto e à proibição de revisão de preços (art. 129.º, al. a) *primeira parte* e al. b) do CCP), nada impedindo que “o município observe formalidades que considera necessárias” tendo em conta que o empreiteiro mantém o respeito a obrigações acessórias estabelecidas em favor da adjudicante como a garantia dos bens ou serviços adquiridos (art. 129.º, al. a), *segunda parte* do CCP), as quais considerem “o objeto do contrato a celebrar, nomeadamente o envio de convite ou caderno de encargos que fixe ou acautele aspetos relevantes da contratação em causa, ainda que de forma simplificada” - Parecer n.º DAJ 133/18 da CCDRC em http://www.ccdrc.pt/index.php?option=com_docman&view=download&alias=4412-05-04-2018-parecer-

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

respetivo processo de realização da despesa. As noções típicas de “*conduzir ou decidir*” abarcarão as decisões tomadas nesse suceder, bem como as intervenções preparatórias ou executórias relevantes conquanto seja possível afirmar, novamente, a comparticipação⁶⁸.

A consumação do crime terá lugar por referência ao momento em que essa conduta do agente revelar a intenção de “*prejudicar ou beneficiar*”⁶⁹ e se manifestar no exercício funcional do agente, tendo em conta que basta essa intenção e a multiplicidade de decisões com relevo para estes efeitos tomadas no âmbito de um só procedimento.

É neste meandro nuclear a decisão de adjudicar⁷⁰, sem ignorar a prévia decisão de contratar, muitas vezes aí se ancorando a intenção delituosa⁷¹ que poderá ter um momento fundador até prévio, mas também na execução se poderá localizar o critério decisivo iluminador daquela decisão nuclear. Expectando-se a adoção de várias decisões correlacionadas, poderá mesmo falar-se de um crime de execução permanente.

A consumação dependerá sempre, pois, do que for possível reconstituir quanto à intenção do agente e da sua manifestação no exercício funcional ao longo do processo por reporte a esse momento definidor, agregador, se for o caso, das atuações dos diversos agentes no quadro da comparticipação e dos diferentes papéis desempenhados.

daj-133-18&Itemid=848

⁶⁸ Uma mera informação interna poderá relevar, por exemplo, como um dos elos da comparticipação – nesse sentido, GUERRA TSCHUSCHKE (nota 34) p. 47.

⁶⁹ No ciclo de vida da contratação (no caso, associada ao financiamento europeu) podem destacar-se duas fases: a pré-contratual, com riscos associados à seleção de candidatos; a execução, com inflação de custos, requerendo capacidade de investigação para a deteção dos indícios, indicando-se contributos do OLAF nesse sentido – MAIA, António João, «Fraude e corrupção na atribuição e utilização de apoios financeiros da União Europeia – algumas lições do passado» *Riscos de Fraude e Corrupção no Programa de Financiamento Europeu Reflexões e Alertas*, Almedina, 2021, pp. 119-147.

⁷⁰ BORSATI (nota 24), p. 26, ilustra que decisão de contratar para a jurisprudência, embora seja ato interno, é penalmente relevante porque investe terceiros em posições jurídicas subjetivas como por exemplo ao impedir a sua participação em procedimento não concorrencial, ou introduzindo requisitos num procedimento por qualificação prévia com o objetivo de restringir ou pré-determinar os futuros cocontratantes.

⁷¹ Assim, por exemplo, situação em que os documentos conformadores previam disposições com efeitos restritivos, como seja a exigência de inscrição na Ordem dos Engenheiros em caso de aquisição de serviços para elaboração do projeto para um novo estabelecimento prisional, num concurso limitado por prévia qualificação, entendendo-se que essa limitação não encontrava razão aparente e era desproporcional face ao objeto do contrato, violava o princípio da concorrência, proporcionalidade e da não discriminação ao se defender a adjudicante essencialmente com a margem discricionária que goza na fixação das peças procedimentais, obrigando a novo concurso (Ac. do TCAS, de 05/05/2022 (Proc. n.º 1834/21.8BELSB). A jurisdição penal (em teoria) perguntará e verificará, com autonomia e os instrumentos ao dispor, porque é que foi assim, e daí retirará conclusões.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

Já a *antijuridicidade* (“*contra direito*”) é a que coloca mais questões de conflito com o princípio da separação de poderes e cria tensões com a discricionariedade administrativa, podendo nesta parte o crime configurar uma norma penal em branco⁷² ou de mera receção de conceitos jus-administrativos requisitante de uma valoração adicional⁷³.

Abrange as normas *expressas* substantivas ou adjetivas, mas também os princípios jurídicos ainda que não positivados⁷⁴.

Porque predomina entre nós a teoria objetiva, sem prejuízo da salvaguarda representada pelas exigências da imputação subjetiva, são indiferentes as convicções interiores do agente público, conquanto as diversas interpretações possíveis sejam ordenadas por fatores estranhos à legalidade⁷⁵. O que englobará, por exemplo, a violação propositada, a incorreta aplicação, a falsa ou errónea fixação factual pressuposto dessa aplicação, e, no caso das normas discricionárias, o desvio da opção tomada pelo agente dos fins determinantes da discricionariedade⁷⁶. Há ainda quem entenda abranger a

⁷² Nesse sentido: “admitir-se configurar o artigo 11.º da Lei 34/87 uma norma em branco, sempre a situação ocorrida escaparia àquela outra em que, através da dita norma, se visa, directamente, garantir a obediência à norma integrante, circunscrevendo-se a alteração do PDM, que passou a permitir a construção de moradia em determinado local, tão só ao plano administrativo, com a consequência de a construção em causa se mostrar agora devidamente legalizada, sendo de manter, em consonância, a punibilidade do ilícito típico” (Ac. do TRC de 12/09/2018, Proc. n.º 274/13.7TASEI.C1).

⁷³ Cfr. FARIA, Maria Paula Ribeiro, *Formas especiais do crime*, UCE, 2017, pp. 41-42: “enquanto os tipos legais que apenas integram elementos descritivos permitem uma leitura em termos puramente literais, sendo a partir daí que é feita a delimitação do sentido delitual típico, os tipos legais que integram elementos normativos não se deixam completar, ou “fechar”, facilmente ao nível formal, impondo uma dupla valoração por parte do aplicador do direito: a valoração correspondente ao sentido do elemento normativo que integra o tipo legal de crime que constitui uma valoração parcial, e a valoração que diz respeito à norma, e que obriga à reconstrução do sentido típico nela contida”.

⁷⁴ Inclui “princípios jurídicos não directa ou expressamente consignados em normas positivadas, mas que delas decorrem e gozam de força cogente” com violação dos deveres profissionais em função de razões que não a aplicação do Direito (Ac. do STJ de 17/09/2014, Proc. n.º 89/13.2TRPRT.S1). Afirmção do princípio da *juridicidade da administração* – CANOTILHO (nota 11) p. 799. Já foi assim jurisprudencialmente considerado quanto ao *abuso d’ufficio*, integrando-se no conceito típico aparentemente restritivo de “norma di legge” os “princípios da imparcialidade e da boa administração” – VICICONTE (nota 29), p. 157.

⁷⁵ Paralelo ao desvio de poder, resulta da instrumentalização pelo agente dos poderes funcionais para “finalidades estranhas ou contrárias às permitidas pelo direito administrativo” (Ac. do TRP de 12/07/2017, Proc. n.º 731/09.0GBMTS.P1).

⁷⁶ Cfr. ainda: “A actuação contra direito é uma forma de acção gravosa e ofensiva contra as normas de ordem jurídica positiva, independentemente das fontes”, abrangendo interpretação objetivamente errada “mas também a incorrecta apreciação e subsunção dos factos à norma; a aplicação da norma é contra o direito se, reconhecendo-se uma certa discricionariedade, o aplicador se desvia do fim para que foi criada a discricionariedade” (Ac. do STJ de 20/06/2012, Proc. n.º 36/10.3TREVR.S1, apud SANTOS, Simas, HENRIQUES,

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

incompetência relativa e absoluta e a usurpação do poder jurisdicional por funcionário pertencente ao poder administrativo ou o seu contrário⁷⁷.

A discricionariedade não é um privilégio nem sinónimo de arbítrio, nem sequer um dogma⁷⁸, resultando de permissão concedida por lei com importantes fins de eficiência, eficácia, e até de simples *operatividade*, mas pode colidir com o interesse público⁷⁹.

Por isso, a imputação objetiva verificar-se-á se for possível afirmar o caminho escolhido pelo agente, de entre os vários possíveis, como resultado da sua contaminação por fatores afirmativos da pretensão de “*beneficiar ou prejudicar outrem*”. É o que basta para a consumação, sem que resultados típicos se exijam, nem se restringindo novamente o que signifiquem esses dois conceitos, porque o essencial é a ilegitimidade do desvio (que não a negação total) ao interesse público.

Esse benefício (e, na negativa, o prejuízo) é também o mais abrangente possível, patrimonial ou não patrimonial, podendo até tratar-se do mero compadrio⁸⁰ ou ter fins altruísticos. Ou mesmo, ser concorrente do interesse público com o qual poderá conviver⁸¹ sem qualquer antagonismo⁸², o que não é incoerente quando se pune o

Leal, *Código Penal Anotado*, Vol. IV, 4.ª Edição, Rei dos Livros, 2019, pp. 775-777).

⁷⁷ ALBUQUERQUE (nota 54) pp. 904-905.

⁷⁸ Pois “há sempre zonas ou elementos vinculados e definidos pela lei, como seja a competência, ou tipo de poder atribuído, o seu titular e o fim.” (Ac. do STA de 03/10/1996, Proc. 032889).

⁷⁹ BORSATI (nota 24) p. 10, citando BRANDOLINI: “o conteúdo das regras (de natureza formal muitas vezes imprecisa ou, pelo contrário, demasiado pormenorizada e, por isso, difícil de aplicar) (...) conduz a uma configuração casuística da relação entre o interesse público e as posições dos particulares”.

⁸⁰ FARIA, Paula Ribeiro, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, página 778. Com efeito, aqui aplicável, para “se verificar a comissão do crime de abuso de poder, o benefício ilegítimo não tem que se substanciar em vantagem patrimonial bastando a sua ilegitimidade”, podendo ser esse o “simples favoritismo ou compadrio” (Ac. do TRL, de 21/03/2018, Proc. n.º 32/14.1S9LSB.L1-3).

⁸¹ Embora em Itália, a discussão em torno do crime de *abuso d’ufficio* não seja neste ponto unânime, veja-se por exemplo a *Sentenza da Corte Suprema di Cassazione, Sezione III, 24/02/2011, n.º 18895*: “a vantagem ou o dano ao particular também pode vir acompanhada de um fim público que represente a mera oportunidade ou o pretexto para encobrir a conduta ilícita (...) essa finalidade pública não deve ser confundida com a finalidade política do agente, com a necessidade de demonstrar a capacidade de “governar” aos seus associados, com o desejo de protagonismo, com a finalidade propagandística, com a aspiração de aumentar o consenso eleitoral, pois são razões egoístas que estão em antítese com a finalidade altruísta que deve caracterizar a finalidade pública” (tradução livre), disponível em [https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Cass.%20open.,%20Sez.%20III,%2024.2.2011%20\(dep.%2013.5.2011\),%20n.%2018895,%20Pres.%20Ferrua,%20Rel.%20Petti.pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/Cass.%20open.,%20Sez.%20III,%2024.2.2011%20(dep.%2013.5.2011),%20n.%2018895,%20Pres.%20Ferrua,%20Rel.%20Petti.pdf)

⁸² GONÇALVES, Fernando *et. al.*, *Novo Código do Procedimento Administrativo Anotado e Comentado*, Almedina, 8.ª Edição, 2023, p. 72, lembrando que o interesse público e o dos cidadãos não têm que ser antagónicos podendo ser “coincidentes ou complementares”.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

recebimento ou oferta indevidos de vantagem (arts. 16.º da Lei n.º 34/87, de 16/07 e 372.º do CP) ou a corrupção imprópria (arts. 17.º, n.º 2 e 18.º, n.º 2 da Lei n.º 34/87, de 16/07 e 372.º, n.º 2 e 373.º, n.º 2 do CP)⁸³.

Nos casos omissivos, a punição não fugirá às regras gerais⁸⁴ considerando de algum modo que o resultado é a própria *decisão* ou a intervenção do agente em que se materializa o ato de conduzir o processo⁸⁵, dando relevo à abstenção da manifestação do seu exercício funcional em violação dos deveres estatutários a que tanto o obrigam e do princípio da decisão (arts. 10.º, n.º 1 e 2 do CP, 13.º, 184.º, n.º 1, al. b) e 193.º, n.º 1, al. b) do CPA). Não esquecendo que, na esfera da tipicidade subjetiva, o crime é de resultado cortado, comportando por isso um *outro resultado* - o benefício ou o prejuízo - estranho ao tipo objetivo, mas decorrente da conduta nele recebida.

No caso da contratação pública, afetando quem tiver competência para a *formação, conclusão e produção da plena eficácia jurídica de um contrato público* - ou nela participar relevantemente (art. 28.º do CP) - e evitar a adoção de quaisquer formalidades caso se prove que o fez com a intenção delituosa⁸⁶.

⁸³ O crime de recebimento indevido de vantagem é um crime de corrupção sem demonstração do ato visado; o de corrupção imprópria partilha com a corrupção própria inexigibilidade da prática do ato ou sequer essa intenção real, mas difere já na circunstância de o mesmo não ter de ser contrário aos deveres do cargo o que é uma antecipação da tutela asseguradora de coerência. Imagine-se, já como prevaricação, o caso de uma empreitada de pavimentação útil para a população local realizada por empreiteiro casado com edil local e a quem sucessivamente se adjudicam empreitadas sem qualquer procedimento prévio. A *bondade* da obra tem por detrás a desconsideração do Direito. Se não houvesse relação familiar, mas um pagamento, já seria punível como corrupção imprópria.

⁸⁴ E, assim, numa análise dos pressupostos objetivos do crime de prevaricação: “*em procedimento administrativo inerente às suas funções, o agente deve cometer actos ou omissões contrárias ao direito*” (Ac. do TRL de 09/11/2011, Proc. n.º 311/09.0TAPTS.L1-3). Apoiando ainda a comissão por omissão, DIAS (nota 45), p. 752, §14 e §16 e ALBUQUERQUE (nota 54), p. 905, mas este Autor, quanto ao crime de abuso de poder na modalidade da “*violação dos deveres funcionais*”.

⁸⁵ Para GUERRA TSCHUSCHKE (nota 34), p. 29, a *resolución* seria o resultado típico. Também no caso da burla, embora distinguindo entre atos concludentes e omissão atenta a dimensão vinculada da execução, aceita-se embora não unanimemente, a punição por omissão (Ac. do STJ de 23/01/2008, Proc. n.º 07P4279).

⁸⁶ Por exemplo: o adiamento de uma decisão num processo de licenciamento por parte de um Presidente da Câmara, não se exigindo recusa (Ac. do TRP de 28/11/2007, Proc. n.º 03.6TAGDM-AO), bastando a “*inércia, a omissão ou abstenção dolosas (e também o próprio retardamento ou demora igualmente dolosas)*” em jurisprudência incidente sobre norma ultrapassada, mas em termos transponíveis (Ac. do STJ de 15/01/1986, Proc. 037644). E no caso do abuso de poder, também o de quem omitiu exercer outra atividade remunerada depois de aprovado o regime de incompatibilidades de cargos políticos (Ac. do STJ de 17/04/1997, Proc. n.º 984/96, *apud* SANTOS (nota 76) pp. 871-874). Nesse sentido também GUERRA TSCHUSCHKE (nota 34), p. 50: “*tiene lugar cuando el dictado de la resolución debió hacerlos (por disposición legal o contractual) y no se hizo, deliberadamente, por capricho, ocasionando un resultado materialmente injusto; o cuando com ocasión de tal abstención se creó un riesgo no permitido para el bien jurídico*”, e mesmo

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

A título de exemplo radical, obra sem procedimento prévio poderá corresponder ao crime cometido por omissão por reporte ao momento em que devia ter sido proferida a decisão de contratar, mas o pagamento efetivado num posterior procedimento todo ele forjado poderá levar a outra leitura (ação, com unidade ou pluralidade de crimes conforme for possível relacionar esta conduta posterior à realização da obra com a intenção originária, como fará sentido para o pagamento poder ocorrer nos termos legais).

d) O tipo subjetivo:

O crime é doloso (“*conscientemente*”), sendo praticamente unânime a exclusão do dolo eventual. Se entre nós a conclusão é pacífica, em Espanha, segundo CASAS HERVILLA⁸⁷, a expressão que remete para essa exclusão - “*a sabiendas*” - pode ser interpretada como uma referência genérica ao elemento intelectual, aludindo à culpa mas não à consciência da antijuridicidade, e seria absurdo que em algumas situações em que essa expressão é tipicamente usada se excluísse o dolo eventual mas se aceitasse a negligência, com exemplo de jurisprudência nos diversos sentidos embora a mais recente excluindo o dolo eventual. O que não é muito diferente do que ocorre por exemplo no caso do crime de branqueamento ainda que com *esclarecimento* do legislador (art. 368.º-A, n.º 5 e 6 do CP).

Restar-nos-á então considerar apenas o dolo direto e o necessário⁸⁸. O agente tem que representar (elemento cognitivo) a sua qualidade de titular de cargo político (ou a situação factual correspondente à participação, se for o caso), a inserção da ação ou omissão no exercício das funções correspondentes e a *antijuridicidade*⁸⁹ a qual deverá afirmar-se como resultado da sua vontade (elemento volitivo). Adicionalmente, porque o

na hipótese do “*sujeto pasivo extranei, cómplice, cooperador o inductor*”, aquele que contribui decisivamente com passividade dolosa desencadeando esse resultado.

⁸⁷ CASAS HERVILLA (nota 35), pp. 127-152, chega a afirmar, p. 137, que “*unicamente aludiría al elemento cognoscitivo del dolo, imponiendo la exigência de que el sujeto activo del delito obre com conocimiento de la ilicitude ejecutada*”, o que não afastaria o dolo eventual.

⁸⁸ Cfr. a título de exemplo, Ac. do STJ de 12/07/2012, Proc. n.º 4/11.8TRLSB.S1, *apud* SANTOS (nota 76), pp. 775-777. No Acórdão indicado na nota 10, o dolo necessário foi acolhido.

⁸⁹ BORSATI (nota 24) p. 16, recorda que no caso Grupo Danone vs. Comissão do TJUE (Processo C-3/06 P), o Tribunal foi sensível, por respeito ao princípio da legalidade, à exclusão de uma interpretação não razoavelmente previsível à data da prática da infração.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

tipo contém um elemento subjetivo especial, o agente deverá representar e querer “beneficiar” ou “prejudicar” alguém ou um universo determinado⁹⁰ ainda que não individualizado e mesmo que tal não venha a ocorrer efetivamente (crime de resultado cortado).

Como recorda CASAS HERVILLA⁹¹, esta convivência gera algumas posições jurisprudenciais incompreensíveis por desvio ao tipo penal, quando se entende que inexistente prejuízo, indicando o Autor decisões recentes no domínio da contratação pública em que bastou a infração das regras do procedimento, a par dos demais requisitos típicos mas sem qualquer avaliação do grau consequencial, para dar causa à punição.

Nos crimes próprios, considerando os deveres estatutários impostos aos agentes públicos, como o dever de zelo, é razoável e conforme às regras da experiência e da normalidade, antecipar um conhecimento suficiente das normas legais e regulamentares aplicáveis⁹². Os instrumentos de *soft law* e não só, como as Orientações Técnicas do IMPIC, conclusões das inspeções da IGF, das auditorias⁹³ e a própria jurisprudência do Tribunal de Contas e da jurisdição administrativa, constituem informação pública e um instrumento de trabalho que não poderá o agente público ignorar a não ser que a ignorância corresponda a uma estratégia racional. De fora, naturalmente, ficarão as

⁹⁰Mas pode ser uma pluralidade de pessoas, singulares ou colectivas (Ac. do TRL de 09/11/2011, Proc. n.º 311/09.0TAPTS.L1-3).

⁹¹CASAS HERVILLA (nota 35), p. 49 e 52. Bastará, pois, que “o agente, conscientemente, conduza – ou decida – contra direito um processo em que intervenha no exercício das suas funções, com a intenção de por essa forma prejudicar ou beneficiar alguém” (Ac. do TRL de 24/06/2020, Proc. n.º 3902/13.0JFLSB.L1-3).

⁹²JAREÑO LEAL (nota 43), p. 34, afirma: “una ilegalidade que alcance el nivel de «grave sí puede ser una base suficiente para el delito de prevaricación” e que “una conducta que reiteradamente vulnera la ley sólo puede provenir de un abuso del ejercicio de poder”, e cita uma decisão judicial que parte da imagem global do facto para afirmar a responsabilidade penal por aquilo que o funcionário seguramente conhecia por dever do cargo e ante ilegalidades manifestas contra as quais nunca se opôs ou corrigiu. LAVAL (nota 41), pp. 101-106, cita jurisprudência para sustentar que o agente não poderá “se réfugier derrière une méconnaissance de la procédure d’appel d’offres”. Entre nós, em auditoria do Tribunal de Contas já foi por exemplo considerado: “como membro do órgão executivo municipal e garante da legalidade dos pressupostos informadores da autorização dos trabalhos adicionais (...) a alegante tinha obrigação de se rodear de cuidados acrescidos (...) encontra-se na sua disponibilidade munir-se de documentos mais avalizados” – Relatório n.º 2/2017 – AUDIT. 1.ª S., Tribunal de Contas, em

<https://www.tcontas.pt/pt-pt/ProdutosTC/Relatorios/RelatoriosAuditoria/Documents/2017/relo02-2017-1s.pdf>.

⁹³ Podem não ser fonte normativa – GONÇALVES (nota 16), p. 66 -, mas no plano criminal auxiliam a fundamentar o dolo tornando incrível a alegação do desconhecimento do Direito tal é a sua disseminação.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

situações de erro ou ignorância legítimas e razoáveis⁹⁴.

Para uma reconstrução do elemento subjetivo especial inserido no facto histórico, com sentido unitário e coerência lógico-cronológica, recorrendo, com segurança, à dedução (como no Acórdão do S.T.J. e no da Relação precedente), é determinante uma apreciação ponderada à luz das regras da experiência e da normalidade, que tenha neste caso em conta a personalidade, experiência e situação do visado, a magnitude da violação dos princípios e normas aplicáveis e sua eventual reiteração⁹⁵, bem como patologias locais como o caciquismo, o nepotismo, a captura dos agentes pelos interesses privados ou uma aliança entre ambos, e o próprio localismo ou a preferência por entidades locais numa negociação informal e violadora dos princípios e normas aplicáveis⁹⁶, aliados a promoção das relações sociais e de amizade⁹⁷, bem como de interesses eleitorais de curto e médio prazo igualmente danosos e campo fértil para a corrupção em sentido técnico⁹⁸.

É crucial distinguir ainda entre a intenção delituosa e a motivação, ou o conjunto das razões ou dos sentimentos subjacentes à prática do delito⁹⁹. Pode muito bem uma dada conduta contrária ao Direito provocar utilidade para a comunidade local e, numa leitura consequentemente enviesada ao desafiar a legalidade, cumprir o interesse público.

Se a apreciação da intenção de “beneficiar” ou “prejudicar” for alinhada com essa

⁹⁴ Uma vez que o crime não será praticado em caso de erro de apreciação ou julgamento (Ac. do TRP de 15/12/1999, Proc. n.º 183/97), ou de aplicação de solução juridicamente defensável (Ac. do TRE de 16/12/2021, Proc. n.º 3627/17.8T9PTM.E1), ou mesmo sustentada em parecer interno caso se não existirem elementos a suportar o dolo (Ac. do STJ de 25/01/1993, Proc. n.º 252/92). É também preciso reconhecer a dificuldade de decidir em algumas situações de elevado risco e imprevisibilidade como ALVES (nota 47) p. 23. Mas em caso de violação de regras urbanísticas com flagrante desconformidade, concluiu-se que a omissão de “todas as leituras metodologicamente possíveis” constituía um indício criminal não tendo os arguidos sido “honestos e inequívocos quanto à interpretação que seguiram, e que materialmente se afastava do previsto nesse mesmo PDM, pois só assim o Presidente da Câmara, a quem competia a decisão final, podia avaliar do fundado ou infundado da posição que assumiram e da legalidade da mesma” (Ac. do TRP de 13/09/2023, Proc. n.º 2658/19.8T9VFR.P1).

⁹⁵ RUGGIERO, Gianluca, «L’abuso d’ufficio fra potere discrezionale e legalità vincolante», *La riforma dell’abuso d’ufficio*, I Libri di Archivio Penale, Nuova Serie, 29, 2021, p. 50, cita jurisprudência, a propósito do abuso d’ufficio, que deduz o dolo da “ilegitimidade macroscópica do ato”.

⁹⁶ Para MAIA (nota 3), p. 122, a corrupção germina nessa aliança entre interesses privados, caciquismo, nepotismo, patrocínio e perpetuação do poder.

⁹⁷ Sendo benefício também o de “natureza afetiva, como o objetivo de favorecer os outros quando isso resulte em situação vantajosa para o agente no âmbito das suas relações sociais” – VICICONTE (nota 29) p. 150.

⁹⁸ OECD (nota 39), p. 34. JAREÑO LEAL (nota 43), pp. 20-21, frisa: “una mala gestión dolosa de lo público, continuada en el tiempo, y aunque no busque el lucro próprio o de un tercero, produce daño similar a la causa pública que la corrupción estrictamente entendida (...)”.

⁹⁹ CORIOLAND, Sophie, *Responsabilité pénale des personnes publiques*, Édition Dalloz, 2018, p. 14.

leitura enviesada¹⁰⁰ ou pelo menos graduada por referência à mesma (como a “*especial tónica eleitoralista*” no caso do acórdão da primeira instância), relevando o antagonismo a favor do agente quando a intenção delituosa pode conviver com motivações legítimas, o resultado pode aproximar-se, numa conceção régia, da graça de um perdão.

VI. Critérios de *antijuridicidade* no regime das empreitadas de obras públicas

Evidenciada a necessidade da intervenção penal para refrear as patologias mais graves e a lesão do interesse público a médio e a longo prazo¹⁰¹, a densificação do requisito típico da *antijuridicidade* justifica o recurso a diversos parâmetros integrativos:

i. Os princípios nucleares da concorrência¹⁰² - intensa, no caso das empreitadas de obras públicas (art. 16.º, n.º 2, al. a) do CCP¹⁰³) -, imparcialidade, transparência¹⁰⁴ e a igualdade dos operadores¹⁰⁵;

¹⁰⁰ Por exemplo, concluindo que “*terá o tribunal de poder afirmar, inequivocamente, que o objetivo da atuação do titular do cargo político foi prejudicar ou beneficiar alguém, isto é, que não teve o interesse público a justificá-lo*” (Ac. do TRG de 25/03/2019, Proc. n.º 103/14.4TACBT.G1, acessível in <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/103-2019-190887075>).

¹⁰¹ VICICONTE (nota 29), pp. 67-68: “*as patologias do sistema de adjudicação de fornecimentos públicos (...) favorecendo a criação de oligopólios e monopólios, o que pode levar ao crescimento descontrolado do sector e à diminuição da qualidade das obras e dos serviços oferecidos, portanto em detrimento da administração pública*” (tradução livre do italiano).

¹⁰² A propósito do crime de *prevaricación* na contratação pública, BENAVIDES SCHILLER, Andrés, *El delito de fraude del funcionario público*, Bosh Editor, 2016, p. 71 e 215, recusa uma leitura moral e prefere uma de legalidade resultante da seleção do co-contratante em pior situação para os efeitos verificáveis nos parâmetros objetivos fixados, por violação da concorrência e da imparcialidade.

¹⁰³ Com ajuste direto simplificado até 10.000€ (art. 128.º, n.º 1 do CCP) ou ajuste direto com valor inferior a 30.000€ (art. 19.º, al. d) do CCP) ou por critérios materiais (art. 24.º, n.º 1, als. a) e b) do e 25.º do CCP), 300.000€ no caso de concurso público urgente (art. 155.º, al. a) do CCP), consulta prévia sendo o valor inferior a 150.000€ (art. 19.º, al. c) do CCP, ou concurso público/limitado por prévia qualificação (art. 19.º, als. a) e b) e 31.º do CCP).

¹⁰⁴ GONÇALVES (nota 16), p. 358: “*as entidades adjudicantes estão obrigadas a promover formas de publicitação da intenção de adjudicar, com a indicação do objeto do contrato, bem como adotar procedimentos transparentes de prestação de esclarecimentos e de respostas a todos os interessados em aceder ao contrato. Além disso, aplica-se no procedimento de formação dos contratos o regime de impedimentos previsto no CPA.*”

¹⁰⁵ ALVES (nota 47) p. 30: “*a utilização de critérios de adjudicação, em procedimentos concursais, sem ligação racional ou fundada aos objetivos da contratação pública pretendida, máxime, arbitrários, ou a ponderação de factores não integrados nos critérios pré-definidos e publicitados, corresponde a acto objectivamente contrário ao direito*”. Nesse sentido, de que o crime de *prevaricación* punirá duas situações fundamentais, como “*incumplimiento de los requisitos formales del procedimiento de contratación y la vulneración de los principios generales de dicho procedimiento*” – CERRILO I MARTÍNEZ (nota 13), pp. 73-74.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

ii. Os princípios instrumentais da *procedimentalização* ou *legalidade procedimental*¹⁰⁶ - incluindo a tipicidade dos procedimentos (art. 16.º, n.º 1 do CCP), formalização legal e prevalência das normas sobre formação e execução do contrato sobre quaisquer disposições do procedimento desconformes (art. 51.º do CCP)¹⁰⁷ - bem como a tutela jurisdicional¹⁰⁸;

iii. O regime jurídico de realização da despesa pública comportando:

a. Os princípios jurídicos de prossecução do interesse público, seletividade, conformidade jurídica e concorrência¹⁰⁹, bem como unidade da despesa (art. 16.º, n.º 1 e 2 do Decreto-Lei n.º 197/99, de 08/06 e Resolução da Assembleia da República n.º 86/2011, de 11/04) com vista à utilização eficiente dos recursos e à obtenção do melhor resultado financeiro para o Estado¹¹⁰;

¹⁰⁶ Explicado por razões de interesse público para assegurar fiabilidade dos cocontratantes, aquisição eficiente, promoção da concorrência e da igualdade de oportunidades, sendo a legalidade procedimental intensa nos procedimentos de seleção concorrencial – GONÇALVES (nota 16), p. 41 e 102.

¹⁰⁷ Não só os procedimentos se encontram regulados como a cada procedimento pré-contratual corresponde uma sucessão ordenada de atos a seguir, tratando-se de verdadeiros procedimentos administrativos mas com limitação do princípio da adequação procedimental (art. 56.º do CPA). A própria escolha do procedimento, que a jurisprudência entende ser ato vinculado, é só aparentemente livre porque decorre da indicação do valor do contrato - GRAÇA, João Filipe, «A não adoção do procedimento pré-contratual», *Revista de contratos públicos* n.º 18, CEDIPRE, Coimbra, pp. 42-45 e 49.

¹⁰⁸ A imposição constitucional sobre o “*processamento da atividade administrativa*” com os objetivos de eficiência/boa administração e participação dos cidadãos (art. 267.º, n.º 5 da CRP) implica um procedimento *a priori* (v.g. ainda art. 268.º, n.º 3 e 4 da CRP), para que seja sujeito a controlo judicial, legalmente vinculado em todos os seus momentos, de um modo transparente, na presença dos interessados e sem autoritarismos, para que todo o procedimento, não só a decisão, sejam justos - CANOTILHO (nota 11), p. 813.

¹⁰⁹ Estas regras estão associadas à contratação pública logo na natural coincidência entre competência para autorizar a despesa e decidir contratar (art. 36.º do CCP) num procedimento em parte dominado por este até à adjudicação (art. 73.º do CCP) e em que a competência para uma se conjuga com a competência para outra decisão. São imperativas, precedem e acompanham todo o procedimento, impondo a todos os agentes públicos o respeito pela prossecução do interesse público (sujeitando a despesa ao necessário para a sua prossecução), pelo princípio da seletividade (não é indiferente a qualidade da despesa), conformidade jurídica ou legalidade com a sua dimensão procedimental (a realização de despesa segue um processo, pressupõe cabimentação prévia e compromisso válido e sequencial, e no seu final obriga a uma decisão ponderada), e pelo princípio da concorrência, com magna importância no setor contratual de modo a evitar o “*compadrio e as práticas corruptivas*” – ROCHA (nota 48), 2020, p. 105, 114, 193-195, 127-128, respetivamente.

¹¹⁰ Nesse sentido CUNHA, José Damião da, *Fraudes sobre a Despesa Pública*, GESTLEGAL, 2023, p. 84, 86-87, dando relevo à “*garantia da igualdade dos interessados na prestação de serviços ou no fornecimento de bens*”, associada à corrupção em sentido lato porque ocupada da vertente administrativa e procedimental da decisão e à garantia do melhor preço para a Administração Pública, pressupondo repercussão no preço ou na qualidade dos serviços. Mas ainda que essas duas dimensões não estejam igualmente presentes, defende: “*pode estar em causa, não apenas a corrupção no seu sentido técnico-jurídico (penal), mas também formas de influência indevida ou violação das regras de imparcialidade na adjudicação (ou seja, o abuso de poder)*”.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

b. Os pressupostos de conformidade prévia da despesa como a inscrição orçamental, cabimento e a classificação da despesa (arts. 13.º e 22.º do Regime da Administração Financeira do Estado instituído pelo Decreto-Lei n.º 155/92, de 28/07 e 7.º, n.º 3, als. a), b) e c) do Decreto-Lei n.º 127/2012, de 21/06);

c. A nulidade dos contratos ou obrigações sem o compromisso válido e sequencial e inexigibilidade dos pagamentos por parte dos fornecedores de bens ou serviços (arts. 5.º e 9.º da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso instituída pela Lei n.º 8/2012, de 21/02¹¹¹);

d. A responsabilidade civil, criminal, disciplinar e financeira, sancionatória e/ou reintegratória dos titulares de cargos políticos, dirigentes, gestores ou responsáveis pela contabilidade que assumam compromissos em violação da lei (art. 11.º da Lei dos Compromissos e Pagamentos em Atraso);

iv. As normas reguladoras da contratação pública para a formação, celebração e execução contratuais¹¹² que ao tempo vigorarem (com destaque para a regularidade da documentação a esta atinente, necessária até para efeitos de conformidade legal da despesa/pagamento¹¹³);

¹¹¹ Isso implica necessário recurso aos Tribunais, por exemplo, em caso de contrato de trabalho sem prévio procedimento e compromisso para fazer valer o pagamento dos salários por benefício do serviço por parte da entidade pública (Ac. do TCAN de 17/12/2021, Proc. n.º 633/14.8BEVIS), ou para sanção (art. 5.º, n.º 4 da LCPA) do contrato de prestação de serviços ou de fornecimento de bens sem esse compromisso prévio sanável por decisão judicial numa ponderação de proporcionalidade e boa-fé (Ac. do TCAN, de 19/03/2021, Proc. n.º 103/15.7BEVIS), ou mesmo o recurso à responsabilidade extracontratual (art. 9.º, n.º 3 da LCPA) se nessa decisão judicial se entender violada a boa-fé (Ac. do STA, de 04/11/2021, Proc. n.º 63/18.2BEFUN). Ainda, é motivo de recusa do visto (art. 44.º, n.º 3, als. a) e b) da Lei n.º 98/97, de 26/08 ou LOPTC).

¹¹² A regulação da execução das empreitadas de obras públicas e do controlo administrativo da execução da obra, para fins de correção de defeitos e de incumprimento contratual, necessita do procedimento prévio, onde se situam os padrões de referência de primeiro grau (arts. 387.º a 405.º do CCP).

¹¹³ Os autos são o garante da “*certeza e equilíbrio*” na relação entre dono da obra e empreiteiro e um poder de controlo deste, evitando a procrastinação (o “*logo se vê*”). As medições servem de base à conta corrente, tendo por isso projeção financeira, como os autos de receção – GRAÇA, Diogo Macedo, «Empreitadas de obras públicas: a importância da formalização em auto», *Revista de direito administrativo*, N.º especial n.º 3 (Agosto de 2022) – Empreitada de obras públicas, pp. 25, 26, 33-34. A deficiente execução poderá fundamentar um impedimento futuro (art. 55.º, n.º 1, al. l) do CCP), o que destaca a importância do controlo da execução pela adjudicante, evitando a medição nos gabinetes – COELHO, David, «Medição e pagamento nas empreitadas de obras públicas», *Revista de Direito administrativo*, n.º especial 3, Empreitada de Obras públicas, p. 54.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

v. As normas deontológicas e impositivas da imparcialidade¹¹⁴, prevenção do conflito de interesses e exclusividade de funções já referidas como integrando o conceito normativo de integridade.

Uma conduta mantida nas fronteiras desses parâmetros, ou que não as extravase dolosamente, assegurará, não só o respeito pela legalidade e pela integridade do agente, mas também um poderoso mecanismo de desmontagem de qualquer suspeita penal. Estas suspeitas, numa abordagem meramente empírica, decorrem por vezes de conflitos de interesses não endereçados, de uma deficiente estrutura organizativa e de uma deficiente ou inexistente fundamentação, nem sempre ensombradas por uma verdadeira pretensão de “*beneficiar*” outrem, resultando não raramente da instrumentalização da justiça penal por interesses espúrios recatados na anonimidade.

Poderemos, por experiência e numa aproximação também empírica, categorizar as situações com relevância penal abstrata mais comuns no domínio da contratação pública¹¹⁵:

- O conluio entre operadores económicos e/ou agentes públicos;
- Os adjudicados de regime;
- O fracionamento contratual;
- Os trabalhos complementares/a mais;
- A obra sem procedimento prévio.

O que é, muitas vezes, comum a todas elas, é a aparência da *juridicidade*. Sucede que nem sempre a mera consulta documental revela qualquer patologia digna de investigação ou não o revela de modo suficiente, nem o mero foco num dado momento do procedimento é por vezes suficiente para encontrar um respeito pelo Direito coerente e isento de mácula.

O conluio (“*entendimento ou acordo*” clandestino “*entre duas ou mais pessoas idóneas a alterar o curso normal da concorrência*”¹¹⁶) é por vezes a face invisível do

¹¹⁴ A violação pode implicar responsabilidade penal – NEVES (nota 14), pp. 886-889.

¹¹⁵ Entre outras – CEDOUA/FDC/IGAT, *Contratação Pública Autárquica*, Almedina, 2006, p. 70 e ss.

¹¹⁶ Tradução livre, do italiano – VICICONTE (nota 29) p. 76.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

procedimento. Incentiva o estabelecimento de alianças *silenciosas*¹¹⁷ com potencial de crescimento com ganhos mútuos para os operadores e para os agentes públicos, quando os envolve, num investimento cada vez mais comprometedor da integridade (o que pode começar por um simples favorecimento poderá envolver noutra fase a troca de benefícios vários); não se confundirá, porém, com os espaços deixados na regulação para a negociação¹¹⁸.

Daquí decorre a essencialidade da atenção à modelação do início procedimental, mas também uma atenção retroativa – essencial neste domínio¹¹⁹ – que parta da cessão da posição contratual e da subcontratação, ambas reguladas (art. 318.º do CCP), ou mesmo da subcontratação (art. 317.º, n.º 1, al. b) e c) do CCP) informal ou encapotada (quando a execução é garantida por uma entidade que não a adjudicada), para procurar sinais identificativos da intenção delituosa.

A prática demonstra alguma tendência, que poderá ou não estar isenta de mácula criminal, de favorecer *adjudicados de regime* e, para cumprir a aparência fugindo à limitação trienal (art. 113.º do CCP) ou ao regime dos impedimentos (art. 55.º do CCP), esconder a multiplicação fictícia de candidatos ou concorrentes, alguns deles não relacionados mas conluiados entre si¹²⁰, ou controlados por *testas-de-ferro* e/ou pela mesma pessoa física investida numa posição jurídica ou fáctica de controlo¹²¹, por vezes, numa aliança local ou regional de interesses mútuos com agentes públicos prolongada no

¹¹⁷ VICICONTE (nota 29), p. 76, aludindo a uma decisão jurisprudencial, defende: “a conduta de conluio consiste em acordos clandestinos que visam influenciar a normal execução das ofertas (...) que resultam não só em danos imediatos e efetivos, mas também em um dano mediato e potencial, dada a natureza de perigo do crime”.

¹¹⁸ Como o leilão eletrónico ou a fase de negociação de propostas (arts. 140.º e ss. e 149.º e ss. do CCP, respetivamente – GRAÇA (nota 107) p. 43. Ou mesmo a negociação permitida na consulta prévia sobre atributos não excluídos no convite (arts. 115.º n.º 2 e 118.º, n.º 1 do CCP) não se podendo alterar posteriormente esta questão. Muitas vezes, com espaço de discricionariedade que poderá subsumir-se à *antijuridicidade* penal se for possível afirmar o que esteve realmente na origem da opção.

¹¹⁹ Recomendando-se a *paciência* enquanto virtude investigatória. Embora a intenção delituosa se possa situar em momento prévio ao procedimento ou execução da obra, por vezes, só nesta última fase é que vem a ser claramente delineado ou suspeito em moldes suficientes que imponham esclarecimento.

¹²⁰ Candidatos supostamente concorrentes que suprimem propostas, dividem o mercado ou apresentam propostas fictícias cujas características, em obediência ao acordo, não as colocarão num plano aceitável.

¹²¹ Concluí-lo é tarefa possível para a investigação criminal que se deverá focar nas capacidades estruturais das sociedades em causa e sua capacidade para executar a obra (v.g. trabalhadores, instalações, maquinaria, aquisição de material...) e nos detentores do capital social e seu histórico, bem como, um foco a toda a duração do contrato por ser na execução, mediante subcontratação informal.

tempo, surgindo o procedimento como a faceta formal de uma realidade *já ajustada*.

No entanto, se o regime dos impedimentos visa em parte criar um cordão sanitário¹²² em torno das entidades adjudicantes, o regime de limitação trienal das entidades a convidar para o ajuste direto ou consulta prévia em função do critério (hoje vigente) do preço contratual acumulado (art. 113.º, n.º 2 a 6 do CCP) visa evitar a sedimentação de uma posição anti concorrencial, mantendo-se ao longo do tempo com a mesma carga axiológica¹²³, conseqüente ao nível dos critérios de aferição dos contratos sujeitos à limitação¹²⁴ ou da tardia definição expressa das entidades especialmente relacionadas¹²⁵. Recordá-lo é também uma rejeição do simples apelo à discricionariedade¹²⁶, à ignorância incrível ou à sofisticação interpretativa, como um recurso de *desculpabilização*.

¹²² Quanto ao regime do *debarment* (art. 55.º do CCP), protege reflexamente a integridade. Inclui a proibição de participação de quem tenha participado na preparação e elaboração, pelo que relevar um impedimento (art. 55.º-A do CCP) ou adotar soluções alternativas em caso de conflito de interesses (art. 55.º, n.º 2 do CCP), não poderá bastar-se pela aparência, exigindo atenção à documentação de habilitação e à utilização de mecanismos de conluio que apenas retiram formalmente o candidato ou concorrente impedido do caminho.

¹²³ Visa evitar o recurso sucessivo ao mesmo operador em procedimentos menos competitivos – ALMEIDA, João Amaral, SÁNCHEZ, Pedro Fernandez, *Temas de Contratação Pública*, Coimbra Editora, 2011, p. 293. Com alcance “*extremamente vasto*” – PIRES, Miguel Lucas, «Âmbito de aplicação da limitação da liberdade de escolha das entidades a convidar para a participação no procedimento de ajuste directo», Publicações Cedipre Online 3, Coimbra, 2010, p. 7, em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>.

¹²⁴ Até 2017 vigorou um critério material - prestações do mesmo tipo ou idênticas – com dificuldades várias de interpretação e possibilidades de *fraude* com manipulação consciente do objeto do contrato. Hoje só interessa o preço, mais objetivo mas não isento de tentativas de manipulação.

¹²⁵ Na exposição de motivos da Proposta de Lei 41/XIV/1, que veio a resultar na Lei 30/2021, de 21/05 e que aditou o n.º 6 ao art. 113.º do CCP, com o objetivo de clarificação: “*no encaço de acrescentar transparência ao processo adjudicatório, cumpre destacar a introdução da regra de que as entidades convidadas a apresentar proposta, em procedimentos de consulta prévia, não podem ser especialmente relacionadas entre si, quer por partilharem representantes legais ou sócios, quer por se encontrarem coligadas por qualquer tipo de relação de sociedades coligadas*”. Em considerações para aqui transpostas, o TContas alude, no seu parecer no âmbito desse processo legislativo, a jurisprudência anterior: “*saúda-se o proposto aditamento (...) uma vez que clarificam o entendimento já defendido por este Tribunal de que, para cumprimento do número mínimo de convites imposto por lei (três na consulta prévia) não podem ser convidadas empresas relacionadas entre si, pois tal significa apenas uma aparente concorrência*”. Cfr. ainda OLIVEIRA, Rodrigo Esteves, “Empresas de relação de grupo e contratação pública”, *Revista de Contratos Públicos* n.º 2, CEDIPRE.

¹²⁶ Cfr. o Relatório n.º 8/2020 do TContas: “*apesar de o art.º 112.º referir que as entidades adjudicantes no procedimento de ajuste direto “escolhem uma ou várias entidades à sua escolha a apresentar proposta”, conferindo-lhes alguma discricionariedade na matéria, não é verdade que as entidades adjudicantes são “soberanas” (...) estão balizadas por um dever acrescido de fundamentação sobre os motivos pelos quais escolhem aquelas e não outras...*” (par. 108), o que se estenderia a uma obrigação de não convidar entidades relacionadas entre si (par. 109). Implica “*trazer outras, e não sempre as mesmas, a apresentarem as suas propostas e assim obter as melhores para a prossecução do interesse público,*” (par. 111).

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

O repúdio por modelos concorrenciais acompanha estas patologias, por vezes, com recurso ao fracionamento contratual/da despesa, apesar da proibição expressa (art. 17.º, n.º 8 do CCP) e da violação inerente do princípio da unidade da despesa, mas para obviar ao visto prévio do Tribunal de Contas e/ou para uma escolha desvirtuada dos procedimentos com preferência pelos menos concorrenciais, ou mesmo uma divisão artificial de procedimentos¹²⁷ que visa ocultar irregularidades e/ou beneficiar outrem¹²⁸. A própria escolha do procedimento, se aparentemente discricionária, decorre em grande parte do *valor base*, sujeito a manipulações várias, não só na sua aferição, mas também no recurso a procedimento por critérios materiais fora do enquadramento legal (art. 25.º do CCP).

Outro campo fértil e em que se verifica por vezes inexistir controlo propositadamente, é o dos trabalhos complementares/a mais, apesar de fortemente regulado (art. 371.º e ss. do CCP) para evitar onerar o contraente público¹²⁹ e assegurar a utilização eficiente dos recursos. Exige outra leitura retroativa para verificar se não está antes em causa um novo procedimento que devia ter sido sujeito ao mercado, ajustes diretos *informais* ou mesmo cobertura de obra executada sem procedimento e com vista a permitir o pagamento. Erros e omissões por simples defeito da estrutura ou do planeamento deficiente não serão, em princípio e se não encenados, penalmente relevantes¹³⁰.

¹²⁷ V.g. recorrendo a ajuste direto por motivos materiais por recurso ao abuso da noção de “obra de arte” (art. 24.º, n.º 1, al. i) do CCP) apenas para permitir que o procedimento da empreitada em que essa dita obra se inserirá, embora não o sendo verdadeiramente, tenha que correr por concurso público, permitindo pela subtração do respetivo valor que o procedimento seja de ajuste direto ou consulta prévia. Ou recorrendo a múltiplos ajustes diretos simplificados, mas que deviam ser considerados no âmbito de um só procedimento, aproveitando a menor publicidade (art. 128.º, n.º 3 do CCP) para ocultar o benefício atribuído ao adjudicado.

¹²⁸ Relevando a “*contratação verbal de uma empresa para efectuar uma obra de construção ou a divisão de trabalhos de construção civil em empreitadas com o fito de lhes conferir valor inferior ao limite acima do qual é exigível concurso público*” (Ac. do TRL de 21/02/2018, Proc. n.º 5972/08.4TDLSB.L1-3). A *antijuridicidade* é dupla: “*Há violação da proibição do fracionamento abusivo do objeto do contrato caso se demonstre que o valor do contrato foi fracionado com o intuito de o excluir do cumprimento das exigências legais*” e “*violação do princípio da unidade da despesa se a entidade adjudicante procedeu a uma divisão artificial em vários procedimentos de prestações do mesmo tipo*” (Ac. do TCAS de 13/04/2023, Proc. n.º 193/22.6BELSB).

¹²⁹ CEDOUA (nota 115), p. 125 e 127.

¹³⁰ Ocorrerá em violação da concorrência, pois que, se previstos no mapa de quantidades do concurso poderiam levar a propostas por parte dos candidatos, mas também será consequência “*de erros e omissões dos projetos, de dados de campo errados e de estudos geotécnicos e geológicos deficientes, quando não*

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

A tudo isto subjacente, com fins de curto alcance, para cumprir calendários eleitorais e evitar as restrições do regime legal de realização da despesa pública, ou com recurso a um conceito de emergência desvirtuado, encontra-se a frequente, em algumas realidades locais, realização de obra sem procedimento prévio, a que já aludimos e em grande parte o objeto do processo aqui em causa. A execução poderá ser toda ela indocumentada, paga através de procedimentos posteriores *falsificados* ou mediante a inclusão, também ela alvo de *falsificações*, noutros procedimentos, ou mesmo por retroatividade ilegal¹³¹. Prática contrária aos princípios da contratação pública e de realização da despesa e do controlo administrativo da execução, um verdadeiro vício de *arbitrariedade*¹³² que cumpre todos os parâmetros da *antijuridicidade* numa antecâmara de lesões mais intensas da integridade¹³³.

Tal como o considerou o S.T.J., a aliança entre os agentes públicos e certos operadores configura um *benefício* mútuo: eleitoral ou de manutenção da rede clientelar, promoção das atividades locais e maior visibilidade para os primeiros, no mínimo; remuneratório, para os operadores, por estarem à ordem de interesses de curto e médio prazo, aceitarem correr o risco de executar obra que poderá não cumprir a regulamentação legal e medrarem livres dos constrangimentos concorrenciais e legais.

VII. Conclusões

O Acórdão do S.T.J. que nos concedeu a oportunidade de apresentar umas notas quanto à relevância jurídico-penal da mera violação dos princípios e normas da

ausentes” – ANTUNES, José Manuel de Oliveira, *A Execução do Contrato de Empreitada*, Almedina, 2023, pp. 17-18.

¹³¹ “As partes podem atribuir eficácia retroativa (...) desde que não seja proibida por lei, não lese direitos e interesse legalmente protegidos de terceiros e não impeça, restrinja ou falseie a concorrência.” (Ac. do TContas n.º 08/2015, de 30/06/2015, 1.ª S).

¹³² De entre os enumerados por BENAVIDES SCHILLER (nota 102), pp. 215-216. A preterição do procedimento legal devido como o “*mais grave dos vícios (...) conducente à nulidade dos atos subsequentes, incluindo o contrato de aquisição*” (Ac. do TContas n.º 12/2020, 3.ª S).

¹³³ Não só por se acreditar que haverá essa tendência a médio e longo prazo para reforço das alianças e por aproveitamento da escala criada, mas também porque poderá haver interesse do próprio agente público em não estar constrangido pelo regime de realização legal da despesa para promoção própria ou da rede de alianças (v.g. exigindo-se aquisição de materiais a empresa própria ou de familiar, ou mesmo a subcontratação a empresa própria ou de familiar).

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

contratação pública, designadamente, quanto ao crime de prevaricação, é mais uma afirmação do reconhecimento jurisprudencial da garantia reforçada do respeito pelos princípios da legalidade e da integridade no setor da contratação pública, em especial, este a que nos dedicámos.

Recentra-se, deste modo, o foco do combate à corrupção em sentido lato na atividade do agente público mas também no modo de exercício dessa atividade, e, porque esses princípios se situam no centro do bem jurídico tutelado pelo crime de *prevaricação* (e *abuso de poder*, enquanto crime residual), na ausência ou no enfraquecimento do compromisso ético do agente, erige-se o Direito Penal como um mecanismo de imposição da *juridicidade* da atividade administrativa potencialmente eficaz. Esta possível consequência, também uma aspiração, é um instrumento de dignificação da atividade autárquica, aquela mais próxima dos cidadãos nas suas virtudes, mas também nos seus defeitos.

Os exemplos de *antijuridicidade* indicados, à luz dos parâmetros que se tentaram resumir, conquanto os indícios de crime sejam colhidos, não devem ser desvalorizados à partida por apego a um princípio da intervenção mínima desvirtuado.

Acresce que a complexidade e a mutabilidade da infraestrutura legislativa neste campo, como realidade reconhecida, não podem desculpar o agente quando a intenção de “*beneficiar*” ou de “*prejudicar*” possa ser indiciariamente extraída.

Por um lado, a prudência judiciária saberá seguramente pesar e diferenciar as situações em que as características típicas se encontrarem ausentes dos factos ou da prova para contrabalançar a insegurança que inevitavelmente esta incursão do Direito Penal no campo da contratação pública cria. Os critérios que se procurou sintetizar não prescindem da sopesagem da força intrínseca dos elementos probatórios colhidos, evitando, até para não gorar os objetivos preventivos, um qualquer impulso imprudente na promoção da ação penal.

Por outro, impor-se-á uma cultura exigente, valorizadora dos pactos de integridade como mais um elemento demonstrativo da formação do dolo em situações criminais¹³⁴ e

¹³⁴ Assim, segundo a OECD (nota 39), “*Certifying knowledge of the law is not only a preventative tool, but can also assist in detection and prosecution because it helps to prove bad faith (...) facilitates establishing the*

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

que tenha numa *auditoria penal preventiva*¹³⁵ uma avaliação inerente à possibilidade de futura punição criminal. Pressupõe investimento formativo, uma afirmação dos princípios e dos deveres associados aos conflitos de interesse¹³⁶, bem como o incentivo à recusa dos vários elos hierárquicos dos agentes públicos à prática de crimes por *indevido* dever de obediência (arts. 271.º, n.º 3 da CRP e 177.º, n.º 5 da LGTFP), e a proteção do denunciante (v.g. Decreto-Lei n.º 109-E/2021, de 09/12 ou Regime Geral da Prevenção da Corrupção/Lei n.º 93/2021, de 20/12 ou Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Contribuindo para a redução da fricção que esta incursão criará.

A fundamentação é não só um dever (arts. 41.º, n.º 2, al. c) da CDFUE e 152.º do CPA), mas também um campo privilegiado de defesa do agente público demonstrativo do percurso cognitivo e sua sustentação¹³⁷, a sua falta ou deficiência um indício relevante de ilicitudes¹³⁸, pelo que o seu cumprimento, recomendado¹³⁹, evitaria a proliferação de denúncias (anónimas, quase sempre) e de processos-crime.

Em Portugal, outro fator de extrema importância relaciona-se com a adaptação do

intentional element of the offence.” - p. 60 -, com um exemplo: “Government officials participating in the procurement process must now: 1. certify that they have no knowledge of or did not improperly release procurement information. 2. attend trainings and certify attendance of those trainings. 3. provide financial disclosure requirements (to rule out conflict of interest)”.

¹³⁵ DUPIC, Emmanuel, «Le risque penal des collectivités territoriales», em RABAULT, Hugues, TIFINE, Pierre (Dir.), *Responsabilité pénale et activité des collectivités territoriales*, L’Harmattan, 2011, pp. 167-182, alude por exemplo a uma “*audit penal*” ou à verificação da conformidade de uma dada situação com as normas jurídicas aplicáveis e como medida de gestão do risco.

¹³⁶ A estratégia FORMAR PARA A INTEGRIDADE tem como alvo os dirigentes e funcionários da Administração pretendendo-se “cultivar a integridade como virtude, trabalhá-la como competência e assumi-la como exigência funcional” – cfr. BAPTISTA, Margarida, *Estatuto do Pessoal Dirigente dos Serviços e Organismos da Administração Pública anotado. Lei nº 2/2004, de 15 de janeiro*, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 122-140 e 137-138.

¹³⁷ A propósito do ajuste direto quanto a bens ou serviços de uso corrente (art. 113.º, n.º 4 do CCP) considerou a CCDRN: “*terá, assim, que demonstrar qual foi o seu percurso cognitivo, quais as evidências que apontam nesse sentido e que de que diligências resultaram, de forma clara e objetiva para que dúvidas não haja*” - https://www.ccdr-n.pt/storage/app/media/CCP_Artigo_113.pdf

¹³⁸ Para um exemplo no setor autárquico, nas situações de recurso ao ajuste direto, dispensa do concurso público, decisão de adjudicação, desconsideração do critério ou recurso a factores não previstos, cfr. CEDOUA (nota 115), p. 70 e ss. A motivação é a “*manifestación de la objetividad a la que está condicionada la acción administrativa en atención del servicio al interés general que debe expresar toda manifestación de la actuación administrativa...*”, exigida pelo direito a uma boa administração – ECHEVARRÍA (nota 35), p. 55.

¹³⁹ Destacando por exemplo a Recomendação de 07/01/2015 do CPC e o enfoque na fundamentação do recurso ao ajuste direto cfr. MARTINS, Guilherme Waldemar d’Oliveira Martins, «A contratação pública no Direito da Concorrência: estudo de novas evidências e tendências», em GOMES, Carla Amado et. al., *Comentários ao Código dos Contratos Públicos Vol. I*, AAFDL Editora, 5.ª Edição, 2023, p. 136.

O crime de prevaricação nas empreitadas de obras públicas autárquicas

Celso Alexandre Rocha

Ministério Público e do sistema judiciário como um todo¹⁴⁰ a realidades estatisticamente menos expressivas, mas mais complexas ou inusuais, logo, indesejáveis. É essencial, no que à repressão criminal diz respeito, uma estrutura interdisciplinar¹⁴¹, ágil e especializada, capaz de atuar com celeridade (e equilíbrio) no estabelecimento de planos investigatórios eficientes, metódicos e focados, sem esquecer depois o necessário apoio especializado que deve ser fornecido aos Tribunais para que estejam capacitados para um julgamento holístico.

¹⁴⁰ A importância de uma atividade *independente* dos vários agentes com intervenção ao nível da contratação pública, quer preventiva, quer repressivamente, no que concerne aos recentes desenvolvimentos na Hungria e na Polónia quanto à *independência* do judiciário e seus reflexos negativos no combate à criminalidade associada à contratação pública, vem por exemplo destacada em BERNATT, Maciej, JONES, Alison, “Populism and public procurement: an EU response to increased corruption and collusion risks in Hungary and Poland”, Yearbook of European Law, Volume 41, 2022, pp. 11–47, in <https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yeac009/6987910>.

¹⁴¹ Envolvendo órgãos de polícia criminal, funcionários com competência e experiência na área da auditoria pública, fiscalidade, contabilidade, engenharia, etc... - cfr. ainda OECD (nota 39) pp. 68-69.