

廉政文選

Textos Seleccionados
sobre Integridade

第一輯
Número 1

職務犯罪 Crimes Funcionais

彭仲廉 著

Júlio Alberto Carneiro Pereira

澳門特別行政區廉政公署出版
Publicação do Comissariado contra a Corrupção da RAEM

目錄

序.....	5
Prefácio.....	79
作者簡介.....	9
Breve apresentação do autor.....	83
刑法上的公務員概念.....	11
O conceito de funcionário para efeitos penais.....	85
受賄作不法行為罪的若干問題.....	37
Algumas questões relativas ao crime de corrupção passiva para acto ilícito.....	121
財產來源不明罪及刑事訴訟的保障.....	59
O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal.....	149

Prefácio

Decidiu o Comissariado contra a Corrupção de Macau dar à estampa três excelentes estudos do Mestre Júlio Alberto Carneiro Pereira sobre a corrupção.

Em boa hora o fez.

Como referiu Mário Soares no acto de posse do Alto Comissário Contra a Corrupção de Portugal (26.10.1988), «o regime democrático é por excelência, um regime de transparência. É também o que tem por objectivo essencial a igualdade de oportunidades dos cidadãos perante a lei, e a garantia da possibilidade de verem abertos, os caminhos da realização pessoal de acordo com as suas vontades e apetências. Por isso, o regime democrático não pode tolerar desvios inaceitáveis das normas democraticamente acordadas e decididas. Desvios da justa oportunidade económica. Mas também desvios de tratamento tanto no campo económico como no social. O regime democrático respeita a dignidade do Homem. Não confere por isso, seja a quem for, privilégios iníquos. Reconhece o mérito; fomenta-o, quando ele for socialmente útil. Mas não consente abusos ou atropelos.»

A corrupção é combatida pelas sociedades democráticas com todas as forças, pois que é um comportamento anti-social e anti-solidário, anti-democrático e contrário à justiça e dignidade.

É também eticamente condenável, e afrontosa quando se coloca lado a lado com carências e dificuldades.

Deve ser combatida, com todos os instrumentos legais disponíveis, desde logo nas consciências pois «deprava os indivíduos. Abastarda a sociedade e as instituições; fere o regime democrático e avilta os sentimentos de solidariedade; agride o Homem» (A. e loc. cit.)

E, na verdade, a corrupção que, no seu sentido vulgar, se refere à falta da honestidade suposta pelo exercício de determinadas funções, especialmente de

carácter público, num afastamento da exigível matriz de honestidade, em favor da pessoa ou do grupo que oferece uma contrapartida de qualquer tipo, foi buscar o seu étimo à acção de decomposição, de apodrecimento, que se inicia sempre que um ser vivo morre, visando, num sentido metafórico, o afastamento daquela matriz tida por modelo de perfeição.

Remonta ao momento em que o Homem passou a deter o poder numa comunidade politicamente organizada em Estado, pois só onde exista poder de decisão a corrupção se pode verificar e grassar. Afirmava E. Mounier que o poder atrai os corrompidos e corrompe os que atrai. E, com efeito, a esfera do poder, é justamente aquela onde se manifestam os fenómenos mais importantes de corrupção, tanto mais que as decisões tomadas ao nível do Estado têm uma repercussão generalizada e aí se exerce frequentemente um poder discricionário.

Mas logo em Roma, nos finais da República, assumiu a maior acuidade o problema da repressão dos abusos no exercício de funções públicas, com a organização dos processos de natureza civilística, perante tribunais inicialmente de excepção, de repetição do indevido, que levaram depois à criação de procedimento e tribunal permanentes, e na época imperial com as sanções de banimento de confisco do património e a pena de morte, numa assunção da infracção como pública e penal.

O direito romano influenciou as legislações seguintes, como as Ordenações Filipinas, com a tipificação do crime de corrupção, independentemente do fim ou motivo do pagamento, a proibição, de um modo geral, da recepção de dádivas e a enumeração das inibições ou proibições para o exercício de certas tarefas por parte do agente da administração pública, distingue-se, no plano sancionatório, a corrupção passiva e a activa agora também contemplada. A percepção da importância da prevenção faz já então surgir certas inibições com o objectivo de controlo prévio de eventuais actuações dos titulares do poder público, mais tarde retomadas (cfr. em Portugal a Lei n.º 34/87 e em Macau a Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, mais evoluída e adequada do que aquela).

E as revoluções liberais acentuaram, no séc. XIX, a protecção ao indivíduo contra as actuações da Administração, tratando os códigos penais de forma rigorosa a corrupção, como em Portugal e Macau com o Código Penal de 1886, e a qualidade do agente passivo, passando o acento tónico para o oferecimento de vantagem para que o agente praticasse determinado acto, surgindo o elemento “finalidade do pagamento”. Protegia-se o bem jurídico “legalidade da administração” e via-se o corruptor como

co-autor desse crime de corrupção cometido pelo subornado e punido apenas quando se verificasse o começo de execução pelo autor imediato: aceitação do suborno ou da promessa, pelo funcionário.

Com o Código Penal de 1982, em Portugal elegeram-se a legalidade material da administração com interesse protegido pela incriminação da corrupção, tendo-se presentes os princípios constitucionais da imparcialidade e prevalência do interesse público, da legalidade, da igualdade no tratamento dos cidadãos e da justiça de actuação que se impõem da actividade da administração pública. O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março veio a alterar o regime da corrupção constante do Código Penal português acentuando-se a autonomia intencional do Estado, em sentido material. É deste último regime que está mais próximo o regime da corrupção do Código Penal de Macau, como refere o Dr. Júlio Pereira a propósito da corrupção passiva para acto ilícito.

Como se disse o combate à corrupção deve começar pelas consciências, no sentido de que se devem fazer todos os esforços para que os cidadãos e funcionários interiorizem os valores democráticos.

Com efeito, a corrupção viola princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático; a actuação do funcionário corrupto fere a dignidade e a credibilidade do Estado. E preenche seguramente o quadro das cifras negras, como crime sem vítima visível, vitimizando o regime democrático e o cidadão comum. Por outro lado, é escassa a denúncia e reconhecidas as dificuldades probatórias, com elevados custos políticos, económicos e sociais.

Tratando-se de um fenómeno pernicioso, e difícil de suprimir, pode, no entanto, ser exercido algum controlo através da educação, pois não deixa de ter raízes culturais. Não deve assim deixar de ser considerada a prevenção criminal, o que não significa que se abrande ou abandone a vertente da repressão penal, que não pode deixar de ser reforçada.

É exactamente nessa vertente que se tem colocado o Comissariado contra a Corrupção de Macau e se situa esta excelente edição dos estudos: *Algumas questões relativas ao crime de corrupção passiva para acto ilícito; Conceito de funcionário; e Declaração de rendimentos*, da autoria do Dr. Júlio Alberto Carneiro Pereira, cuja imensa qualidade humana, bem como a grande preparação no domínio do direito penal em geral, e do regime jurídico da corrupção em particular, são bem conhecidas em Macau e reconhecidos em Portugal, dispensando, aqui, outros encómios.

Nesta edição, são tratadas com rigor, referindo-se a Doutrina mais recente mas com posicionamento doutrinário autónomo do seu Autor, questões essenciais como a dilucidação das incriminações respeitantes à corrupção, os bens jurídicos protegidos, a comparticipação, a clarificação do conceito de funcionário e o controlo de riqueza dos titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública.

Daí o prazer e o orgulho que sinto em associar-me a esta iniciativa que estou certo receberá plenamente o óptimo acolhimento que merece.

Lisboa, 27 de Junho de 2005

Manuel Simas Santos

Breve apresentação do autor

Júlio Alberto Carneiro Pereira é Procurador-Geral Adjunto, tendo nascido em 1953 e natural de Montalegre, Portugal. Licenciado em Direito (ciências jurídicas) pela Universidade de Coimbra e Mestre em Estudos Chineses pela Universidade de Aveiro, concluiu com aproveitamento o Curso de Língua e Cultura Chinesa (Universidade de Língua e Cultura de Pequim e Escola de Línguas e Tradução do Instituto Politécnico de Macau). Entre 1985 e 1995 desempenhou em Macau funções como magistrado do Ministério Público e como Adjunto do Alto Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa, tendo em Portugal exercido os cargos de Director-Geral Adjunto dos Serviços de Informações de Segurança, Director-Geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, Inspector do Ministério Público e, desde Abril de 2005, de Secretário-Geral do Sistema de Informações da República Portuguesa.

No âmbito da União Europeia chefiou as delegações portuguesas no grupo de trabalho sobre terrorismo, no Comité Estratégico de Imigração, Fronteiras e Asilo, no Grupo de Alto Nível Asilo e Migração e na “Task Force” dos Chefes de Polícia. Em 2002, representou Portugal na Conferência Ministerial ASEM, em Lanzarote, para a gestão de fluxos migratórios entre a Ásia e a Europa.

Ao longo dos anos fez apresentações como conferencista e publicou diversos trabalhos tais como: *Estratégias anti-corrupção na Região Ásia-Pacífico*, Revista Justiça e Transparência, 1995; *Comentário à Lei Penal Chinesa*, Livros do Oriente, 1996; *República Popular da China: Significado Político e Impacto Económico da Revisão Constitucional de 15 de Março de 1999* (comunicação apresentada em 22 de Abril de 1999, no I Congresso Portugal-China, organizado pela Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro); *Racismo e Crime* (comunicação apresentada em 17 de Outubro de 2001 no Seminário Internacional “Cultura e Segurança”, organizado pela Inspeção Geral da Administração Interna - IGAI); *Direito à Emigração e Imigração com Direitos* (comunicação apresentada em 26 de Janeiro de 2002 no colóquio sobre “Justiça, Trabalho e Igualdade”, organizado pela MEDEL - Magistrats Européens pour la démocratie et les libertés - Revista do Ministério Público n.º 90); *Trafficking in human beings - A survey of the various approaches to a global fight* (comunicação apresentada na Aula Magna da Universidade Pontifícia de Roma, na conferência internacional “L’Esclavage ao XXI siècle – Droits de l’homme et traite des êtres humains” organizada pelo corpo

diplomático acreditado na Santa Sé); *Linhas de Evolução da Lei Penal da República Popular da China - Uma Abordagem Historico-Política* (tese de mestrado em estudos chineses, sob orientação do Professor Doutor Jacques deLisle, do Centro de Estudos Asiáticos, da Universidade de Pensilvânia - USA); *A Quarta Geração de Líderes Face ao Legado Político de Jiang Zemin* (comunicação apresentada em 21 de Janeiro de 2004 na VII Semana Cultural da China, organizada pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade Técnica de Lisboa); e *A Pena de Morte na República Popular da China*, (Revista do Ministério Público, n.º 99).

O conceito de funcionário para efeitos penais

Introdução

A generalidade dos códigos penais incorpora uma ou mais normas contendo a definição de funcionário para efeitos criminais. Assim acontece, por exemplo, com os artigos 357.º a 360.º do Código Penal italiano¹, com o §11 I, 2 e 4 do Código Penal alemão², com o artigo 93.º do Código Penal chinês³, com o artigo 386.º do Código

¹ Código Penal italiano:

Artigo 357.º (Noção de funcionário público):

Para efeitos da lei penal, são funcionários públicos aqueles que exerçam uma função pública, legislativa, jurisdicional ou administrativa.

Para os mesmos efeitos é pública a função administrativa disciplinada por normas de direito público e por actos de autoridade, e caracterizada pela formação e pela manifestação da vontade da Administração pública e pelo seu desempenho por meio de poderes de autoridade ou de certificação.

Artigo 358.º (Noção de pessoa encarregada de um serviço público):

Para efeitos da lei penal, são encarregados de um serviço público aqueles que, por qualquer título, prestam um serviço público.

Por serviço público deve entender-se uma actividade disciplinada da mesma forma que a função pública, mas caracterizada pela falta dos poderes típicos desta última, e com exclusão da realização de simples tarefas menores e da prestação de trabalhos meramente materiais.

Artigo 359.º (Pessoa que exerce um serviço de necessidade pública):

Para efeitos da lei penal são pessoas que exercem um serviço de necessidade pública:

1) Os particulares que exerçam profissões forenses ou sanitárias, ou outras profissões cujo exercício sem uma especial habilitação do Estado esteja vedado por lei, quando o público esteja legalmente obrigado a recorrer ao trabalho destes.

2) Os particulares que, não exercendo uma função pública, nem prestando um serviço público, ofereçam um serviço declarado de necessidade pública mediante um acto da Administração pública.

Artigo 360.º (Cessação da qualidade de funcionário público):

Quando a lei considera a qualidade de funcionário público, ou de encarregado de serviço público, ou de aquele que exerce um serviço de necessidade pública, como elemento constitutivo ou como circunstância agravante de um crime, a cessação de tal qualidade, no momento em que o crime é cometido, não exclui a existência deste nem a circunstância agravante, se o facto se refere ao cargo ou ao serviço prestado.

² Código Penal alemão:

§ 11 I: Para efeitos desta lei

2- Funcionário é quem segundo o direito alemão:

a) seja funcionário administrativo ou juiz;

b) esteja numa determinada relação oficial jurídico-pública ou

c) tenha sido nomeado para um cargo ou qualquer posto para desempenhar tarefas da Administração pública, independentemente da forma jurídica escolhida para o cumprimento das tarefas.

4- É especialmente obrigado por razão de serviço público quem, sem ser funcionário:

a) desempenhe em um cargo ou qualquer posto, tarefas da Administração pública; ou

b) leve a cabo, numa associação ou qualquer agrupamento, estabelecimento ou empresa, tarefas da Administração pública, para um cargo ou qualquer posto.

³ Código Penal chinês:

Artigo 93.º:

Funcionários do Estado tal como mencionados nesta lei, são as pessoas que levam a cabo serviço público em órgãos do Estado.

Penal português⁴ ou com o artigo 336.º do Código Penal de Macau.

A razão pela qual tal acontece assenta no facto de se estar perante um conceito normativo, cujo âmbito tem que ser ajustado aos diferentes ramos do direito a que se aplica. Mesmo no direito administrativo, há várias classes de servidores da função pública, cuja diferenciação assenta fundamentalmente na natureza e na intensidade do vínculo a determinado serviço público.

O artigo 2.º do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (ETAPM)⁵ engloba, na vasta categoria dos chamados trabalhadores da Administração Pública de Macau os funcionários, agentes e pessoal assalariado.

De acordo com o n.º 2 do mesmo artigo “O provimento por nomeação definitiva ou em comissão de serviço confere a qualidade de funcionário”.

Nos termos do n.º 3 ainda desse artigo “O provimento por nomeação provisória ou em regime de contrato além do quadro confere a qualidade de agente”.

Finalmente dispõe o n.º 1 do artigo 27.º do citado Estatuto que “O contrato de

As pessoas que desempenham serviço público em companhias do Estado, ou empresas, instituições ou organizações populares, bem assim como as pessoas designadas por órgãos do Estado, companhias do Estado, empresas ou instituições, para desempenhar serviço público em companhias, empresas ou instituições não estaduais ou organizações populares, e ainda qualquer pessoa que de acordo com a lei desempenhem serviço público, serão consideradas funcionários do Estado.

⁴ Código Penal português:

Artigo 386.º (Conceito de funcionário):

1- Para efeitos da lei penal a expressão funcionário abrange:

a) O funcionário civil;

b) O agente administrativo; e

c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional, ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar.

2- Ao funcionário são equiparados os gestores, titulares dos órgãos de fiscalização e trabalhadores das empresas públicas, nacionalizadas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e ainda de empresas concessionárias de serviços públicos.

3- São ainda equiparados ao funcionário, para efeitos do disposto nos artigos 372.º a 374.º:

a) Os magistrados, funcionários, agentes e equiparados da União Europeia, independentemente da nacionalidade e residência;

b) Os funcionários nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português;

c) Todos os que exerçam funções idênticas às descritas no n.º 1 no âmbito de qualquer organização internacional de direito público de que Portugal seja membro, quando a infracção tiver sido cometida, total ou parcialmente, em território português.

4- A equiparação a funcionário, para efeito da lei penal, de quem desempenhe funções políticas é regulada por lei especial.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro.

assalariamento é o ajuste feito pela Administração com uma pessoa não integrada nos quadros para, com carácter de subordinação, assegurar a satisfação das necessidades do serviço público mediante o pagamento de um salário correspondente à prestação diária de trabalho”.

Não obstante as diferentes designações todas estas categorias cabem num conceito ainda mais amplo, o de agentes administrativos, que são “Os indivíduos que por qualquer título exerçam actividade ao serviço das pessoas colectivas de direito público, sob a direcção dos respectivos órgãos”⁶.

Como se pode verificar não só nem todas as categorias de trabalhadores da Administração são consideradas funcionários no sentido estrito do termo, como também o conceito dado para funcionário não acata, no que diz respeito aos providos em comissão de serviço, os requisitos tradicionalmente exigidos pela doutrina: permanência no lugar ocupado, profissionalidade e carácter público da relação de serviço⁷. Com efeito, a ideia tradicionalmente associada ao funcionário é a de um profissional da função pública, nele fazendo carreira para toda a vida, sendo aliás a estabilidade da carreira uma característica marcante de tal qualidade.

A verdade porém é que as novas exigências de gestão e administração têm afectado profundamente este paradigma. Nos últimos oitenta anos tem vindo a assistir-se, no que respeita à formação e contratação de funcionários, a uma aproximação entre o modelo fechado de tradição francesa e o modelo aberto de tradição norte-americana, devido ao reconhecimento mútuo das vantagens de um e outro⁸. A Administração de inspiração napoleónica pensa cada vez menos num corpo compacto de funcionários definitivamente associados à sua complexa estrutura burocrática e progressivamente recorre a formas diversificadas de contratação que lhe permitem uma gestão de quadros mais flexível. A ideia de permanência associada ao provimento na qualidade de funcionário vai cedendo perante outras formas como contratos a termo, contrato administrativo de provimento, diversas formas de assalariamento, etc. Ora esta diferente realidade não significa que, relativamente aos trabalhadores da Administração se façam diferentes exigências no que respeita à condução da coisa pública em função da forma de provimento ou natureza do vínculo. Pelo que, para efeitos penais, se torna necessário um conceito que nessa vertente permita um tratamento unitário.

⁶ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, tomo II, 9.ª ed., pag. 641.

⁷ Marcello Caetano, obra citada, pag. 669 e ss.

⁸ Sobre os diferentes sistemas de função pública V. Ramón Parada, *Derecho Administrativo*, II, 13.ª ed., Marcial Pons, 393 e ss.

Mas mesmo que o conceito de funcionário fosse alargado a uma dimensão lata que abrangesse todos os trabalhadores da função pública, ainda assim seria demasiado apertado para as necessidades do direito penal.

É que, a prestação de um serviço público não está necessariamente associada à qualidade de funcionário público, no sentido jurídico-administrativo ainda que numa concepção lata, dos respectivos prestadores. Basta pensar nos serviços prestados por empresas públicas ou por empresas concessionárias de serviços públicos, como a distribuição de água, electricidade ou exploração do serviço telefónico. Qualquer das entidades concessionárias presta serviços essenciais para a população. Os trabalhadores de tais entidades não são no plano administrativo considerados funcionários. Todavia, face à relevância pública dos serviços prestados e enquanto no exercício das tarefas que lhes competem para tal prestação, as exigências que lhes são colocadas no campo do direito penal, na qualidade de elementos integrantes de uma estrutura organizativa que satisfaz uma necessidade colectiva, ainda que numa lógica de mercado, não diferem das que são exigíveis a qualquer funcionário público.

O Código Penal de Macau

Daí que o Código Penal de Macau tenha também adoptado um conceito próprio de funcionário.

Diz o artigo 336.º sob a epígrafe de “Conceito de funcionário”⁹:

1- Para efeitos do disposto no presente Código, a expressão funcionário abrange:

- a) O trabalhador da administração pública ou de outras pessoas colectivas públicas;
- b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos;
- c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou

⁹ As disposições da legislação de Macau aprovadas antes do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau devem ser lidas em conformidade com a “Lei da Reunificação” (Lei n.º 1/1999, de 20 de Dezembro de 1999).

¹⁰ Lei n.º 10/2000

a participar ou colaborar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional.

2- Ao funcionário são equiparados:

a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais;

b) Os administradores por parte do Território e os delegados do Governo;

c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização, ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo.

Este mesmo conceito de funcionário é adoptado pelo artigo 3.º n.º 2 da Lei n.º 10/2000, de 14 de Agosto, que estabelece o enquadramento legal do Comissariado contra a Corrupção da Região Administrativa Especial de Macau, que no entanto, no n.º 3, faz alusão às instituições de crédito, matéria de que posteriormente nos ocuparemos¹⁰.

O artigo aqui em análise divide-se em duas partes, correspondentes a cada um dos seus números, tratando em cada uma delas de realidades próximas mas distintas. No número 1 dá-nos o conceito de funcionário para efeitos penais. No número 2 diz quem, para os mesmos efeitos, é equiparado a funcionário.

Artigo 3.º (Atribuições):

1- Constituem atribuições do Comissariado contra a Corrupção:

1) Desenvolver acções de prevenção de actos de corrupção ou de fraude;

2) Praticar actos de investigação e de inquérito referentes a actos de corrupção ou de fraude, praticados pelos funcionários, no respeito da legislação processual penal e sem prejuízo dos poderes atribuídos por lei nesta matéria a outros organismos;

3) Praticar actos de investigação e de inquérito referentes a actos de corrupção e de fraude praticados no âmbito do recenseamento eleitoral e das eleições para órgãos da Região Administrativa Especial de Macau, no respeito pela legislação processual penal e sem prejuízo dos poderes atribuídos por lei nesta matéria a outros organismos;

4) Promover a defesa dos direitos, liberdades, garantias e interesses legítimos das pessoas, assegurando, através dos meios referidos no artigo 4.º e outros meios informais, a justiça, a legalidade e a eficiência da administração pública.

2- Para os efeitos deste artigo, são funcionários os definidos no artigo 336.º do Código Penal.

3- Fica também abrangida nas atribuições previstas nas alíneas 1) e 2) do n.º 1 a actividade das instituições de crédito.

Vejamos então cada uma das situações contempladas no referido artigo, começando pelas alíneas do número 1.

a) Trabalhadores da administração pública ou de outras pessoas colectivas públicas

Como já vimos o Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública engloba no conceito de “trabalhadores da Administração Pública” os funcionários, agentes e pessoal assalariado. É um critério de base formal que pretende abranger as diversas categorias de trabalhadores em função da natureza do vínculo ou relação contratual com a Administração Pública.

Há todavia que ter em conta que esse conceito de “trabalhador da Administração Pública” é para os efeitos do diploma que o consagra, como resulta do próprio artigo 2.º n.º 1 do ETAPM. Há outras normas que consagram diferente abordagem de tal conceito.

Ninguém terá por certo dúvidas de que a secção VI do capítulo IV da Lei Básica pretende abranger todos os servidores públicos. Para tal utiliza os termos “funcionários e agentes públicos”. No entanto, na versão chinesa da mesma Lei é utilizado o termo “gongwurenyuan”, ou seja, uma única designação para todo esse universo de servidores.

Caminho diferente foi também o seguido pelo legislador em matéria de declaração de rendimentos e interesses patrimoniais. Nos termos do artigo 1.º n.º 3 da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho:

“Consideram-se trabalhadores da Administração Pública, nela se incluindo serviços e fundos autónomos e demais institutos públicos:

- 1) Funcionários de nomeação definitiva ou em comissão de serviço;
- 2) Agentes de nomeação provisória ou em regime de contrato além do quadro;
- 3) Pessoal contratado que preste trabalho subordinado;
- 4) Pessoal civil ou militarizado das Forças de Segurança de Macau;
- 5) Pessoal alfandegário”.

Com este conceito de trabalhador da Administração Pública, o legislador restringiu por um lado o âmbito do conceito constante do ETAPM dado que remeteu

algumas das categorias que nele caberiam, como o pessoal dirigente ou de chefia, para o conceito de titulares de cargos públicos. Mas por outro lado pretendeu acautelar, mediante determinadas especificações, eventuais leituras restritivas que se pudessem fazer da redacção do ETAPM, referindo expressamente os serviços e fundos autónomos e demais institutos públicos, o pessoal civil ou militarizado das Forças de Segurança de Macau e o pessoal alfandegário. Repare-se também que a pretensão desta norma, tendo naturalmente uma imediata vocação operativa em relação aos fins do diploma, é ainda de inventariação de todos os trabalhadores da Administração, podendo por isso ser usada quando se busque uma definição ampla desse conjunto de operadores. É que o artigo 1.º contém não apenas a definição do que são trabalhadores da Administração Pública mas também a de titulares de cargos públicos. Ora, se relativamente aos titulares de cargos públicos, o n.º 2 do artigo 1.º expressamente refere que a definição é para efeitos da obrigatoriedade de apresentação de declaração de rendimentos e interesses patrimoniais¹¹, o que implicitamente comporta a admissão de que possa haver diferente entendimento quanto ao que sejam titulares de cargos públicos, tal restrição já não consta do n.º 3 do mesmo artigo, obviamente por se considerar que, sob o ponto de vista administrativo, a enumeração é exaustiva.

Regressando agora à vertente criminal deste problema, a questão que desde já se coloca tem a ver com a dimensão que a lei penal pretende dar à expressão Administração Pública. Será que esta expressão se refere à Administração Pública em sentido estrito ou pretende abranger toda a actividade funcional da Região Administrativa e restantes entes públicos?

O problema não é novo. Na verdade, o regime jurídico-administrativo de Macau, conviveu largos anos com o Código Penal português de 1886, que vigorou em Macau até 31 de Dezembro de 1995. O artigo 327.º deste código dava a seguinte noção de empregado público:

¹¹ Lei n.º 11/2003

Artigo 1.º (Objecto e âmbito de aplicação):

1- A presente lei consagra a obrigatoriedade de os titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública apresentarem uma declaração de rendimentos e interesses patrimoniais.

2- Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se titulares de cargos públicos:

“Para efeitos do disposto neste capítulo, considera-se empregado público todo aquele que, ou autorizado imediatamente pela disposição da lei, ou nomeado por eleição popular ou pelo rei, ou por autoridade competente, exerce ou participa no exercício de funções públicas civis de qualquer natureza”.

É pois bem claro que, antes do actual Código Penal, o conceito de funcionário foi envolvido pelo de empregado público, que cobria o exercício de funções públicas de qualquer natureza, fossem no domínio da legislação, da jurisdição ou da administração. Excluídas eram as funções militares, dado estarem sujeitas a um regime penal especial¹².

À primeira vista poderíamos ser levados a crer que o legislador não tenha pretendido romper com esta concepção unitária. A expressão “Trabalhador da administração pública ou de outras pessoas colectivas públicas” usada na alínea a), abrangeria então todos quantos trabalhassem para uma pessoa colectiva de direito público ou qualquer organismo público, fossem ou não funcionários sob o ponto de vista estritamente administrativo. Esta perspectiva englobante foi aliás parcialmente adoptada no regime de carreiras da Administração Pública de Macau constante do Decreto-Lei n.º 86/89/M, de 21 de Dezembro. O facto de o legislador no Código Penal ter feito a separação entre funcionários e equiparados e autonomizado dentro do número 1 os referidos na alínea b) não prejudicaria essa posição. Significaria apenas que decidira autonomizar os que exercessem determinados cargos, funcionando a previsão da alínea b) como uma espécie de salvaguarda que cobriria eventuais dúvidas relativas a certo tipo de servidores públicos.

Entendemos porém que a alínea a) pretende realmente abranger apenas o pessoal da Administração em sentido estrito. De facto, confrontando o teor da alínea a) com o da alínea c) verifica-se que na primeira a lei se refere à administração pública enquanto que na última alude a actividades compreendidas na função pública administrativa ou jurisdicional, ou seja, recorreu-se a um termo de sentido mais amplo para nele abarcar funções não compreendidas na actividade administrativa. Isso permite por sua vez concluir que a alínea b) tem como vocação englobar o pessoal ao serviço de poderes não incluídos no poder administrativo.

¹² Esta concepção lata de funcionário público era dominante nas diversas legislações mas nem por isso passou incólume a críticas diversas, nomeadamente a de pretender minimizar a divisão de poderes do Estado que seria subvertida por uma espécie de divisão de tarefas. As críticas eram mais acesas em Itália e visavam o código Rocco, aprovado sob a égide do regime de Mussolini. Os críticos, todavia, esqueciam, que esta concepção era já tributária do código Zanardelli, de 1889, de raiz liberal. V. António Pagaliaro, *Principi di Diritto Penale*, Parte speciale, I, pag. 5 e ss.

Assim sendo, o âmbito da alínea a) circunscreve-se ao pessoal ao serviço da Administração em sentido orgânico, ou seja, e adaptando uma definição de um conhecido administrativista, “o conjunto de órgãos, serviços e agentes da Região e demais entidades públicas que asseguram, em nome da colectividade, a satisfação disciplinada, regular e contínua das necessidades de segurança, cultura e bem-estar”¹³.

Definido o âmbito de previsão da alínea a) não será difícil determinar quem esteja abrangido pela respectiva previsão. Trabalhadores da Administração Pública são todos aqueles que, independentemente da forma de provimento, estão ao serviço da Administração directa e indirecta.

Administração directa é a que é conduzida pelos órgãos e serviços da própria Região Administrativa, a começar pelas estruturas do órgão executivo, desde o Governo até aos serviços em que este se desdobra, como Secretarias, Direcções de Serviços, Departamentos e Divisões.

Mas nem toda a actividade administrativa é conduzida pela administração directa, demasiado pesada e burocratizada para poder dar resposta eficiente a certas tarefas que se colocam à Região. Daí a criação de outras pessoas colectivas públicas especificamente incumbidas de dar resposta a essas necessidades da função administrativa.

Na administração indirecta têm papel fundamental os institutos públicos e as associações públicas¹⁴. Estas estão mais recentemente a ser enquadradas pela doutrina na chamada administração autónoma. Só não seguimos aqui esse critério pelo facto de em Macau este tipo de pessoas colectivas não ter uma dimensão que justifique um tratamento separado.

O instituto público “É uma pessoa colectiva pública, de tipo institucional, criada para assegurar o desempenho de determinadas funções administrativas de carácter não empresarial, pertencentes ao Estado ou a outra pessoa colectiva pública”¹⁵.

À diversidade de institutos públicos correspondem diferentes classificações. Uma conhecida classificação apresenta as seguintes espécies de institutos públicos¹⁶:

¹³ João Caupers, *Direito Administrativo I*, Ed. Notícias, 1999, pag. 37.

¹⁴ Para uma panorâmica mais vasta sobre a administração indirecta e pessoas colectivas públicas e privadas de interesse público V. M. Leal-Henriques e M. Simas Santos, *Código Penal de Macau*, 1996, pag. 941 e ss.

¹⁵ Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, I, 2.ª ed., pag. 345.

¹⁶ Freitas do Amaral, obra citada, pag. 347 e ss.

Serviços públicos personalizados;

Fundações públicas;

Estabelecimentos públicos.

Dispensando nova referência aos elementos que permitem caracterizar estes entes como institutos públicos, diremos que estas diferentes classificações assentam fundamentalmente na diferente base institucional e/ou nos fins especificamente prosseguidos.

Os serviços públicos personalizados só na sua autonomia e personificação se distinguem das estruturas burocráticas da administração directa¹⁷. Estão neste caso, por exemplo, instituições como a Imprensa Oficial, a Autoridade Monetária de Macau, o Instituto para os Assuntos Cívicos e Municipais ou os Serviços de Saúde.

As fundações públicas destinam-se a gerir, com fim público determinado, um acervo patrimonial. Integram-se neste conceito instituições como a Fundação Macau ou os diversos fundos legalmente previstos bem como obras sociais ligadas a várias instituições públicas.

Os estabelecimentos públicos são “Institutos públicos de carácter cultural ou social, organizados como serviços abertos ao público, e destinados a efectuar prestações individuais à generalidade dos cidadãos que delas careçam”¹⁸. É o caso, por exemplo, da Universidade de Macau ou do Instituto Politécnico de Macau.

Para além dos institutos públicos há ainda as associações públicas que são “pessoas colectivas públicas, de tipo associativo, criadas para assegurar a prossecução de determinados interesses públicos pertencentes a um grupo de pessoas que se organizam para a sua prossecução”¹⁹. Neste enquadramento merecem destaque as associações profissionais como a Associação de Advogados de Macau. Por via da devolução de poderes da Região Administrativa para regular o exercício da profissão,

¹⁷ Há quem integre os serviços públicos personalizados na administração directa, inserindo na administração indirecta os entes submetidos apenas aos poderes de superintendência e de tutela mas não de direcção por parte do Estado-Administração. Nesta perspectiva grande parte dos institutos públicos fariam parte da administração directa. Esta questão todavia não é relevante para o problema que estamos a tratar, que cuida apenas do âmbito da administração, seja directa ou indirecta. Sobre o problema aqui referido V. Marcelo Rebelo de Sousa, *Lições de Direito Administrativo*, I, Lex, 1999, pag. 283 e ss.

¹⁸ Freitas do Amaral, obra citada, pag. 352.

¹⁹ Freitas do Amaral, obra citada, pag. 400.

concorrem na sua actuação o interesse meramente associativo e o interesse público, este directamente ligado às condições do exercício da advocacia, acesso à profissão, exercício da acção disciplinar, etc. Daí considerar a doutrina que se lhe aplicam os princípios estabelecidos para os institutos públicos com a possibilidade de recurso ao regime das associações de direito privado naquilo que não seja incompatível com o seu carácter público.

E quanto às pessoas colectivas de utilidade pública? Será que instituições como a Cruz Vermelha em Macau ou o Laboratório de Engenharia Civil de Macau podem de alguma forma considerar-se abrangidas pelo âmbito da alínea a), visto tratar-se de pessoas colectivas que prosseguem fins de interesse geral e cooperam com a Administração?

A resposta não pode deixar de ser negativa. Desde logo porque a alínea a) se refere especificamente à Administração Pública e outras pessoas colectivas públicas. Como já foi referido o que aqui se pretende abranger é a Administração em sentido orgânico e não em sentido material. As pessoas colectivas de utilidade pública não integram a Administração, até porque são pessoas colectivas de direito privado. Para além de que a alínea c) do n.º 1 excluiu do seu âmbito a participação ou desempenho de funções em organismos de utilidade pública, diferentemente do que acontece no Código Penal português, no qual o de Macau largamente se inspirou. Essa exclusão é elucidativa quanto ao propósito do legislador de Macau em restringir o conceito de funcionário aos servidores da administração directa e indirecta.

b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos

A Região Administrativa Especial de Macau, sendo embora parte integrante da República Popular da China, goza de alto grau de autonomia e de poderes executivo, legislativo e judicial independente. Assim resulta do disposto nos artigos 1.º e 2.º da Lei Básica, aprovada em 31 de Março de 1993 pela Assembleia Nacional Popular e em vigor desde 20 de Dezembro de 1999.

Pode assim dizer-se que, embora em dimensão mais limitada que um Estado, a Região tem órgãos políticos, legislativos, jurisdicionais e administrativos, munidos do necessário aparato para o exercício dos correspondentes poderes.

Não é objecto deste trabalho a análise da estrutura política da Região, à luz do que dispõe a Lei Básica, nomeadamente nos seus artigos 45.º e seguintes. O que com isto se pretende significar é que, quando se procura uma noção de funcionário, a

busca não se esgota no âmbito dos órgãos administrativos, sujeitos ou não ao regime geral da função pública.

Quando o Código Penal destaca na alínea b) do n.º 1 do artigo 336.º “O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos” está necessariamente a incluir no seu conceito de funcionário todos aqueles que, independentemente da forma de contratação, estejam ao serviço de outros poderes públicos, para além dos administrativos. É o caso da Assembleia Legislativa e dos tribunais que não fazem parte da administração nem do executivo. Os trabalhadores ao serviço destas entidades gozam de estatuto próprio ainda que subsidiariamente se lhe aplique o regime da função pública.

c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar ou colaborar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional

Se nas duas anteriores alíneas a lei consagrou soluções moldadas num conteúdo formal, que têm como substrato a existência de uma relação de emprego público, a alínea c) veio consagrar aquilo que a doutrina vem designando como “conceito alargado de funcionário”²⁰, o qual dispensa características próprias do conceito administrativo, como sejam a incorporação na Administração, a permanência no exercício de funções, a aquisição de título ou a retribuição²¹.

Na concepção liberal do Estado, que só marginalmente tinha funções de intervenção social, havia uma separação clara entre funções públicas e funções privadas²², separação esta que se foi tornando progressivamente mais ténue à medida em que, com o surgimento do Estado social, a intervenção estadual se foi acentuando, deixando o papel de mero árbitro e assumindo a função de garante de padrões mínimos de qualidade de vida, assim se desenvolvendo a administração de prestações. Só que esta nova faceta da Administração não podia assentar no modelo tradicional de organização administrativa, cuja dimensão e regras de funcionamento eram incapazes de dar resposta eficaz a necessidades de intervenção constante e imediata, porventura

²⁰ *Comentário Conimbricense do Código Penal*, parte especial, tomo III, Coimbra Editora, 1999, pag. 814 e ss.

²¹ Cobo Del Rosal, *Examen crítico del párrafo 3º del artículo 119 del Código Penal español*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pag. 237 e ss.

²² Luís Roca Agapito, *El delito de malversación de caudales públicos*, MJ Bosh, 1999, pag. 91 e ss.

em concorrência com o sector privado e que exigiam procedimentos muitas vezes similares aos impostos pelas regras de mercado. Para além disso a Administração sentiu a necessidade de encontrar novas formas de satisfação dos referidos interesses, não raramente em colaboração com o sector privado ou com particulares, frequentemente chamados a levar a cabo parte das suas tarefas. Colaboração essa que tanto se pode traduzir na realização de pequenas tarefas como na concretização de iniciativas de maior complexidade. Pense-se por exemplo num programa de ocupação de tempos livres para estudantes, utilizado para a digitalização de documentação da Administração Pública ou num contrato com uma empresa de saúde para assistência na doença a beneficiários do sistema público de saúde. Mas tarefas desta natureza podem também ser levadas a cabo numa base não contratual, por mera disponibilidade de qualquer pessoa para colaborar com a Administração, mesmo sem remuneração. É o caso de uma organização de voluntários ou organismo de solidariedade cujos membros se disponham para dar execução a um programa da administração de vacinação infantil, de uma escola privada que se ofereça às autoridades da educação para concretizar uma acção de formação, cidadãos que, por ocasião de uma situação de calamidade pública sejam aceites a colaborar com as autoridades competentes para distribuição de bens essenciais à população afectada, etc.

Este tipo de situações causou, um pouco por todo o lado, a revisão do conceito de funcionário para efeitos penais que fundamentalmente se traduziu na evolução de uma concepção formal para uma concepção funcional-objectiva. Ou seja, a concepção de funcionário passou a assentar, não na relação de dependência de um sujeito a um ente público, mas no carácter da actividade objectivamente exercida, tornando-se irrelevante a inexistência de uma relação de emprego desde que o sujeito, ainda que meramente de facto, exerça uma função pública ou preste um serviço público²³.

Esta evolução é clara na revisão operada no Código Penal italiano de 26 de Abril de 1990, a propósito das noções de funcionário público e encarregado de serviço

²³ Giovanni Fiandacca, Enzo Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Zanichelli Editore, 2002, pag. 168 e ss.

público, previstas, respectivamente, nos artigos 357.º e 358.º. A reforma alterou substancialmente a redacção original de ambos os artigos, prescindindo de qualquer referência à natureza do vínculo e optando ao invés por apresentar definições de função pública e serviço público²⁴. Prescindiu assim o legislador italiano da qualidade subjectiva do agente, elegendo como factor determinante o exercício de uma função pública²⁵.

Bons exemplos desta posição mais alargada são dados pela jurisprudência do Tribunal de Cassação italiano²⁶, que tem vindo a considerar como funcionário público²⁷:

- O médico que age como profissional liberal em virtude de uma relação de direito privado com uma casa de saúde convencionada com o serviço nacional de saúde (11/07/1992);

- O perito nomeado pela autoridade de polícia judiciária, porquanto concorre objectivamente para o exercício da função judiciária (13/03/1996);

- O membro de uma comissão de aprovação de uma obra pública, dado que verifica e certifica a exacta execução da obra em conformidade com o projecto (16/06/1996);

- Os professores de um instituto legalmente reconhecido atento que o ensino é função pública e as escolas secundárias privadas são equiparadas às escolas públicas (13/01/1999).

²⁴ Versão original dos artigos 357.º e 358.º, tal como constavam do chamado código Rocco (1930):

Artigo 357.º: “Para efeitos da lei penal são funcionários públicos:

1) Os empregados do Estado ou de outro ente público que exerçam, permanente ou temporariamente, uma função pública, legislativa, administrativa ou judiciária;

2) Qualquer outra pessoa que exerça, permanente ou temporariamente, gratuitamente ou mediante retribuição, voluntária ou obrigatoriamente, uma função pública, legislativa, administrativa ou judiciária”.

Artigo 358.º: “Para efeitos da lei penal, são pessoas encarregadas de um serviço público:

1) Os empregados do Estado ou de outro ente público, que prestem, permanente ou temporariamente, um serviço público;

2) Qualquer outra pessoa que preste, permanente ou temporariamente, gratuitamente ou mediante retribuição, voluntária ou obrigatoriamente, um serviço público”.

Sobre a redacção actual V. nota 1.

²⁵ António Pagliaro, *Principi do Diritto Penale, Parte speciale*, I, Giuffrè, 2000, pag. 9 e ss.

²⁶ Nos termos do artigo 65.º do Ordenamento Judiciário italiano, compete ao Tribunal de Cassação “Assegurar a exacta observância e a uniforme interpretação da lei, a unidade do direito objectivo nacional e o respeito dos limites das diversas jurisdições, regular os conflitos de competência e de atribuições e desempenhar outras competências que lhe sejam conferidas por lei”.

²⁷ Sobre estes e outros exemplos V. *Código Penale Operativo e Leggi Complementari*, Edizioni Simone, 2002, pag. 610 e ss.

Importante neste particular foi também a alteração do disposto no § 11 I 2 c) do Código Penal alemão, levada a cabo pela Lei de 13 de Agosto de 1997 que, à redacção original que incluía no conceito de funcionário público quem “tenha sido nomeado para um cargo ou qualquer posto para desempenhar tarefas da Administração pública”, acrescentou “independentemente da forma jurídica escolhida para o cumprimento das tarefas”. O propósito foi o de abranger o cumprimento de tarefas compreendidas na função pública, mas realizadas no âmbito da actividade privada²⁸.

Para melhor compreender o alcance desta norma há pois que primeiramente fixar os conceitos de função pública administrativa e função pública jurisdicional, já que os mesmos delimitam objectivamente o alcance da disposição. Por outro lado e como já anteriormente foi referido, não interessa aqui a caracterização de tais funções nos planos formal e orgânico mas segundo o critério material.

A função administrativa traduz-se materialmente na satisfação constante e quotidiana das necessidades colectivas, pela prestação de bens e serviços. A função jurisdicional consiste na declaração do direito na decisão de questões jurídicas, seja em concreto perante situações de vida, seja em abstracto²⁹.

O âmbito da função jurisdicional não oferece dificuldades. Mas delas não está isenta a interpretação do que seja a função administrativa. De facto, embora nos interesse aqui a Administração em sentido material, há que acrescentar à noção que foi dada mais alguns elementos. Assim, as necessidades colectivas são as de segurança, cultura e bem-estar. De referir ainda que, no âmbito da função administrativa se inscreve não apenas a prestação de bens e serviços mas também a obtenção de recursos para que possam ser prestados. Finalmente tais actividades são levadas a cabo por órgãos, serviços e agentes da Região e demais entidades públicas e ainda por outras entidades para tal habilitadas por normas de direito público. A participação nessas actividades, seja a que título for, caiem na alçada da alínea que estamos analisando.

²⁸ A proposta de alteração legislativa seguiu-se a uma recusa do Supremo Tribunal de incluir no conceito de funcionário público o director de uma empresa de responsabilidade limitada de construção de casas sociais. A alteração vinha por isso pôr em destaque a natureza da função. V. Miriam Cugat Mauri, *La Desviación del Interés General y el Tráfico de Influencias*, Cedecs, 1997, pag. 178.

²⁹ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, 1997, pag. 22 e ss.

Com estes elementos concretizam-se suficientemente os domínios em que o chamamento ao desempenho ou participação no desempenho conferem a qualidade de funcionário para efeitos penais. Definido o âmbito da função administrativa, toda a participação no seu exercício, independentemente da qualidade em que essa participação ocorra, confere para tais efeitos a qualidade de funcionário. Daí que como tal tenham que ser considerados os chamados agentes de facto³⁰. Numa óptica meramente formal não o seriam. Todavia, numa dimensão material, porque de facto participam na função administrativa, terão que para este efeito ser considerados funcionários.

Como já foi referido o Código Penal de Macau não inseriu nesta norma e no que se refere à função pública administrativa o desempenho ou participação no desempenho de funções em organismos de utilidade pública. As pessoas colectivas de interesse público são instituições de direito privado que no entanto colaboram com a Administração e por isso obtêm a declaração de interesse público. Daqui resulta que tais instituições enquanto tal não fazem parte da Administração e que a sua acção não está inserida no âmbito da função pública administrativa. Todavia, pela sua própria natureza, que de resto lhe vale regime especial e privilegiado por parte das autoridades públicas, estão frequentemente associadas à realização do interesse público, colaborando com a administração directa ou indirecta. Resulta do exposto que a actividade das pessoas colectivas de interesse público se não insere na função administrativa. No entanto, mercê da sua especial relação de colaboração com a Administração, frequentemente os seus membros participam ou colaboram na função pública administrativa, assumindo nesta concreta dimensão e por via do disposto nesta alínea, a qualidade de funcionários para efeitos penais. Qualidade esta que porém não assenta numa caracterização de natureza subjectiva mas que radica num enquadramento objectivo, relacionado com a actividade concretamente exercida, seja em associação com a Administração Pública, seja mediante celebração de protocolos com a mesma Administração ou através de qualquer outro instrumento que associe essa pessoa à prossecução de fins enquadráveis nos que são prosseguidos pela Administração.

³⁰ Segundo Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. II, 9.ª ed., pag. 643 e ss. são agentes necessários “os indivíduos que, em estado de necessidade e por imperativo de bem comum, se encarregam do exercício de funções públicas sem nelas terem sido investidos pelo processo regular”; são agentes putativos os indivíduos que em circunstâncias normais exercem funções administrativas de maneira a serem reputados em geral como agentes regulares, apesar de não estarem validamente providos nos respectivos cargos”.

Passando agora a analisar o n.º 2 do artigo 336.º vejamos quem, também para efeitos penais, é equiparado a funcionário:

a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto Comissário Contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais

A primeira questão que se coloca relativamente a esta alínea é exactamente a da sua leitura em consonância com a Lei da Reunificação, o que daria o seguinte resultado:

“O Chefe do Executivo e Secretários, os Deputados à Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, os membros do Conselho Executivo da Região Administrativa Especial de Macau, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Comissário contra a Corrupção e os titulares dos órgãos municipais”.

Resultado que todavia não é de forma alguma satisfatório em face de leituras não unívocas da Lei Básica, da Lei da Reunificação, da Lei de Bases da Orgânica do Governo e, acima de tudo, pelas interrogações que suscita face ao princípio da legalidade consagrado no artigo 1.º do Código Penal.

Será que a referência a vogais do Conselho Consultivo deve ser substituída por membros do Conselho Executivo? Não seria de incluir na norma todos os titulares dos principais cargos indicados no artigo 50.º n.º 6 da Lei Básica?

Essa inclusão não violaria o princípio da legalidade por se traduzir em recurso a interpretação extensiva?

A exclusão do conteúdo dos respectivos destinatários do Comissário da Auditoria, do principal responsável pelos serviços de polícia e principal responsável pelos serviços de alfândega não será incompreensível face ao propósito abrangente da norma?

Será que ainda assim serão tais entidades abrangidas pelo n.º 1 do artigo?

Estas e outras questões que a este propósito se poderiam suscitar aconselhariam a uma revisão do artigo 336.º por forma a que o código se conformasse rigorosamente com o disposto na Lei Básica sem que de tal adaptação pudessem surgir críticas de violação de princípios fundamentais consagrados não apenas no Código Penal mas também na própria Lei Básica, como é o caso do princípio da legalidade, devido a

inclusão indirecta de tais entidades no conteúdo da norma. Não se duvidará, tão óbvio se afigura, que o propósito da alínea que tem estado em análise, é o de abranger, entre outros, todos os titulares dos principais cargos. De resto nem se compreenderia que assim não fosse, dada a inclusão do Chefe do Executivo. Todavia, a nosso ver, a Lei da Reunificação não se mostra suficientemente clara para o resultado desejado. Diga-se aliás que seria muito difícil para o legislador prever com toda a minúcia as diversas situações que careciam de ajustamento por necessidade de conformação com a Lei Básica, tarefa essa que o tempo ajudará a concretizar.

De qualquer forma, a entender-se que mercê das referidas dúvidas nem todas as entidades mencionadas estariam incluídas nesta alínea, nem assim ficariam sujeitas a diferente regime para os fins de que aqui se trata. Teriam então que ser enquadrados na alínea c) do número 1, cuja formulação é suficientemente ampla para os abranger. A questão que se coloca não é pois a descaracterização como funcionários para efeitos penais mas de arrumação coerente no contexto do artigo 336.º.

Feita esta introdução passemos então à análise da alínea.

Durante a vigência em Macau do velho Código Penal de 1886, operava-se com um conceito de empregado público que abrangia todos aqueles que, pela forma aí indicada, exercessem ou participassem “no exercício de funções públicas civis de qualquer natureza”. De acordo com um critério destes a situação prevista nesta alínea não se distinguiria das situações previstas no número 1. Ou seja, todos seriam considerados empregados públicos, não sendo no que a este âmbito diz respeito, de falar em qualquer equiparação.

Mas nem sempre se segue um conceito unitário. Assim, como já vimos, o direito penal italiano distingue funcionário público de encarregado de serviço público e de pessoa exercendo um serviço de necessidade pública. Também o direito penal alemão faz a distinção entre funcionário e encarregado de serviço público.

O Código Penal de Macau seguiu neste domínio um caminho próprio, próximo do que foi trilhado pelo Código Penal português, embora fazendo a equiparação a funcionário dos titulares de cargos políticos, opção que não foi a do legislador português que remeteu essa matéria para legislação especial.

Pode dizer-se que esta alínea engloba aqueles que poderiam designar-se “autoridades titulares de cargos públicos”, um pouco à semelhança do que acontece com o Código Penal espanhol, que separa e dá tratamento diferenciado àqueles que engloba no conceito de funcionário e aos que engloba no conceito de autoridade³¹.

Dizemos “autoridades titulares de cargos públicos” e não simplesmente “titulares de cargos públicos” para evitar qualquer confusão com o disposto no artigo 1.º da Lei n.º 11/2003, que em relação a esta terminologia tem um conteúdo muito mais abrangente.

Com ressalva das situações inicialmente referidas, não suscita pois esta alínea dificuldades de interpretação quanto a saber quem, nos respectivos termos, deva ser equiparado a funcionário.

b) Os administradores por parte do Território e os delegados do Governo

Mais uma vez se impõe a leitura desta alínea em conformidade com o anexo IV da Lei da Reunificação, o que conduz à redacção “Os administradores por parte da Região Administrativa Especial de Macau e os delegados do Governo da Região Administrativa Especial de Macau”.

De acordo com o disposto no artigo 1.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 13/92/M, de 2 de Março, os administradores por parte da RAEM são indivíduos nomeados pelo Chefe do Executivo para a administração de sociedades em que a RAEM é accionista, desde que a lei ou os estatutos das sociedades confirmem essa faculdade, bem como para a administração das sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo ou com benefício ou privilégio não previstos na lei geral.

Delegados do Governo da RAEM, nos termos do n.º 2 da mesma disposição, são nomeados para o exercício de funções de fiscalização e acompanhamento das actividades das sociedades concessionárias de serviços públicos ou da utilização de

³¹ Código penal espanhol

Artigo 24.º:

1- Para efeitos penais considera-se autoridade quem por si só ou como membro de alguma corporação, tribunal ou órgão colegial tenha poder ou exerça jurisdição própria. Em qualquer casos serão considerados autoridade os membros do Congresso dos Deputados, do Senado, das Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas e do Parlamento Europeu. Consideram-se também autoridade os membros do Ministério Público.

2- Considera-se funcionário público todo aquele que por disposição imediata da lei ou por eleição ou por nomeação de autoridade competente participe no exercício de funções públicas.

bens do domínio público, das que beneficiem de financiamentos feitos pela RAEM ou por ela garantidos e ainda das sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo ou com benefício ou privilégio não previstos na lei geral.

A equiparação a funcionários dos administradores e delegados do Governo da RAEM resulta das funções públicas que lhes competem em qualquer das referidas qualidades que estatutariamente devem desempenhar tendo em vista o interesse público, como decorre das suas obrigações específicas impostas por lei.

No que se refere aos administradores e nos termos do artigo 6.º n.º 1 do Decreto-Lei n.º 13/92/M, compete-lhes zelar pelos interesses das respectivas sociedades segundo critérios de eficiência económica. Mas logo acrescenta o n.º 3 do mesmo artigo que, em caso de concorrência ou conflito de interesses cabe aos referidos administradores defender o interesse público, quer de natureza patrimonial, quer de ordem geral, observando para o efeito as orientações da tutela. A mesma preocupação de evitar ou reparar prejuízos para o interesse público está expressa no artigo 9.º n.º 1 do mesmo diploma.

De todo este regime resulta uma dupla vinculação. A de por um lado exercer funções de gestão segundo critérios de eficiência económica, objectivo este que geralmente coincidirá com o interesse público. Mas uma outra vinculação, esta de nível superior, se lhe impõe, que é a de dar prevalência ao interesse público no caso de conflito ou concorrência de interesses.

No que concerne aos delegados do Governo da RAEM as suas funções são fundamentalmente de fiscalização, para o que têm direito a participar nas reuniões dos órgãos sociais, aceder a documentos, exigir esclarecimentos e participar na negociação de contratos de concessão e sua alteração (artigo 14.º n.º 2), competindo-lhes especificamente, nos termos do artigo 16.º n.º 1, comunicar à tutela todos os factos da vida da sociedade que repute lesivos do interesse público e propor oportunamente as medidas consideradas adequadas e necessárias. Daqui resulta estarem os delegados do Governo da RAEM privados de quaisquer poderes de gestão, desempenhando exclusivamente tarefas de fiscalização, na perspectiva do interesse público.

c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias

de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo.

Segundo Freitas do Amaral empresas públicas são “organizações económicas de fim lucrativo criadas com capitais públicos e sob a direcção e superintendência de órgãos da Administração Pública”³².

Mas outras organizações existem que se inserem naquilo a que o mesmo autor³³ designa por sociedades de interesse colectivo, conceito que entre outras engloba:

- Sociedades concessionárias de serviços públicos, de obras públicas e de bens do domínio público;
- Empresas que exerçam actividades em regime de exclusivo ou de privilégio não conferido por lei geral;
- Sociedades de economia mista;
- Sociedades de capitais públicos;
- Sociedades participadas pelo sector público.

A natureza jurídica das empresas públicas só pode ser apurada face ao respectivo estatuto. A doutrina divide-se havendo quem as considere pessoas colectivas públicas, pessoas colectivas privadas e mesmo quem lhes assinale uma natureza mista, classificando-as como pessoas colectivas públicas de direito privado³⁴. A corrente predominante assinava-lhes porém natureza de pessoa colectiva pública, inserida no sector público empresarial.

³² Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, I, 2.ª ed., pag. 365.

³³ Freitas do Amaral, obra citada, fls 558 e ss.

³⁴ Sobre esta questão V. Freitas do Amaral, obra citada, pag. 379.

³⁵ O que há é diversas sociedades de natureza privada mas de capitais públicos ou maioritariamente públicos, a maioria das quais concessionárias de serviços públicos. Mais complicada é a caracterização de algumas instituições como o “Comité Organizador dos 2.ºs Jogos Asiáticos em Recinto Coberto de Macau, S.A.” ou o “Comité Organizador dos 4.ºs Jogos da Ásia Oriental de Macau, S.A.”. Trata-se de sociedades anónimas de capitais públicos, segundo os respectivos estatutos. Todavia o seu regime é em boa parte tributário do direito público, desde logo no que respeita à forma da sua criação. Para além disso as normas aplicáveis às sociedades anónimas só se lhes aplicam subsidiariamente. Acresce que, diferentemente do escopo de qualquer sociedade, não têm fim lucrativo. O seu escopo é a concretização de projectos cuja execução não se compadece com os mecanismos processuais associados ao regime normal de empreitadas de obras públicas ou aquisição de bens e de serviços. Daí ter-se conferido a tais entidades a natureza de sociedades anónimas. Em qualquer caso os seus dirigentes e trabalhadores são equiparados a funcionários nos termos do artigo 336.º n.º 2 al. c) do C. Penal.

Em Macau não há empresas públicas³⁵. O que não impede que nos debruçemos sobre este segmento de previsão da norma, até porque em qualquer altura poderá a Administração entender constituir uma empresa de tal natureza. Começamos então pelas empresas públicas, empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público e empresas concessionárias de serviços ou bens públicos. Como mínimo denominador comum têm o facto de ser sociedades de interesse colectivo. No que respeita às empresas públicas a sua natureza só pode ser apurada em face do acto concreto da sua criação, já que não existe em Macau um estatuto de empresas públicas. De todo o modo, como já vimos, tais entidades em geral são consideradas como pessoas colectivas públicas, inseridas no sector público empresarial, pelo que o que dissermos em relação às restantes sociedades será por maioria de razão aplicável às empresas públicas.

O sector público empresarial e as sociedades de interesse colectivo correspondem a diferentes momentos da intervenção pública na esfera de prestações e na orientação estratégica da economia. Com o abandono dos Estados da sua posição de neutralidade ou face à necessidade de preenchimento de funções por carência de mercado, a Administração Pública começou por chamar a si a satisfação de necessidades individuais, nos mais diversos domínios como a educação, saúde, transportes, energia, comunicações, etc., umas vezes em regime de exclusividade, outras em concorrência ou parceria com a actividade privada. O sistema de funcionamento da Administração Pública não é adequado a um regime eficaz dessas prestações e daí terem surgido modelos empresariais da sua realização, umas vezes através da criação de empresas públicas, outras mediante significativa participação de capitais públicos em sociedades privadas ou através do regime de concessões de serviços públicos.

A concessão de bens públicos está muitas vezes associada à concessão de serviços públicos a que esses bens estão afectos. Também frequentemente a concessão de bens públicos se destina à sua preservação, permitindo a sua afectação a uma actividade empresarial por forma a obter meios que permitam a sua conservação. Por exemplo, quando um edifício classificado, como uma antiga fortaleza, é concessionada a uma empresa hoteleira para exploração turística.

A equiparação a funcionários dos titulares dos órgãos bem como dos trabalhadores destas entidades empresariais resulta exactamente do facto de as mesmas terem a seu cargo, para além do objectivo de obtenção de lucros inerente à sua lógica empresarial, a realização do interesse público, através da prestação de um serviço público e/ou da preservação dos bens públicos.

Aqui chegados deparamos com a parte mais complexa em toda esta problemática, que é a de saber qual o âmbito da equiparação destas pessoas a funcionários. Será que, por exemplo, no que respeita ao pessoal das concessionárias essa equiparação vale sem qualquer restrição, ou a mesma se deverá conter nos domínios da sua actividade que se prendem com a prestação do serviço público ou conservação do património público?

A favor da tese limitativa milita desde logo a razão da equiparação destas pessoas a funcionários. De facto todas estas entidades prosseguem fins lucrativos e, com excepção das empresas públicas, são sociedades de direito privado. A equiparação tem a ver com o facto de prestarem serviços públicos ou usarem para a sua actividade bens públicos. Assim sendo, seria de considerar que todos os actos que se prendem com a gestão da empresa, não directamente ligados à sua acção prestadora, ou fora do domínio das obrigações que lhe competem na preservação do património público, se situariam fora do âmbito da equiparação, tais como contratação de pessoal, escolha de fornecedores de equipamento ou de serviços, etc.

Em sentido contrário poderá alegar-se que, sendo embora tais entidades empresas privadas, com fins lucrativos, os mesmos terão que ser prosseguidos através da realização do interesse público ou de acordo com a boa utilização e conservação dos bens públicos. Ora é óbvio que uma gestão ineficiente no plano societário afecta a sua capacidade prestadora do serviço público ou de gestão cuidadosa dos bens públicos.

A resposta é complexa dado que o código não fixa qualquer critério, diferentemente do que acontece, entre outros no Código Penal italiano, onde alguns tipos indicam quem pode ser o autor dos respectivos crimes. Assim por exemplo, o artigo 314.º diz expressamente que o crime de peculato pode ser cometido por um funcionário público ou um encarregado de serviço público, o mesmo diz o artigo 317.º relativamente ao crime de concussão; mas já o artigo 361.º reserva ao funcionário público a possibilidade da prática do crime de omissão de denúncia por crimes de que tenham conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas. Diferentemente o Código Penal de Macau, fazendo embora a distinção entre funcionários e equiparados, não indica em concreto quais os tipos cuja realização está reservada aos funcionários, o que “prima facie” poderia reforçar o entendimento de que não há que formular qualquer restrição.

Entendemos porém que não poderá deixar de ser feita uma leitura restritiva do âmbito da equiparação a funcionário, a qual só deve prevalecer até ao limite do domínio do interesse público, havendo por outro lado que ter em conta a concreta

possibilidade de realização de determinado tipo face à sua estrutura, nomeadamente no que respeita aos seus requisitos objectivos e subjectivos.

Se um empregado da empresa concessionária do fornecimento de energia eléctrica exige uma quantia não devida a um cidadão para fazer a ligação eléctrica à sua residência, não há dúvida que comete um crime de corrupção passiva para acto lícito, já que essa exigência ilegal está directamente relacionada com a prestação de um serviço público. Mas se o mesmo funcionário se apropria de um computador da empresa não cometerá o crime de peculato dado que este crime exige que o património apropriado seja público ou esteja à guarda do poder público, o que não acontece quanto ao património da concessionária de serviço público, que não seja objecto da concessão, e que com o seu empregado tem uma estrita relação de direito privado.

A situação será diferente no caso dos empregados de concessionária de bens públicos. Se um funcionário de uma empresa concessionária de um edifício público para exploração hoteleira, aproveitando-se das suas funções, se apropriar de objectos móveis pertencentes ao bem concessionado (por exemplo, uma peça de artilharia antiga ou um outro objecto decorativo) cometerá um crime de peculato já que a acção se inscreve no domínio que justifica a equiparação a funcionário (preservação do património público) e se apropria de um bem público. Pelo contrário, dificilmente se configura a hipótese de prática de crime de corrupção. Certamente que se não iria considerar crime de corrupção a exigência indevida de um empregado da concessionária para fazer uma reserva a um cliente, já que tal exigência se prenderia com a mera actividade comercial da empresa, totalmente fora do domínio do interesse público subjacente à concessão e iria sem qualquer motivo válido reforçar a protecção penal dessa empresa em relação a outras que operam no mesmo mercado.

Resumindo se dirá que o âmbito da equiparação a funcionário do pessoal destas entidades se limita ao domínio da prestação do serviço público, da conservação e utilização do património público e naquelas actividades que possam afectar tais finalidades. Fora desse domínio cessará a “ratio” de tal equiparação.

Raciocínio semelhante pode ser feito relativamente a sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo. Fundamental nesta matéria é apurar as razões da concessão de tal privilégio. Que tanto pode consistir num propósito de protecção dos consumidores, como de garantir condições para o seu exercício com salvaguarda da ordem e tranquilidade públicas, como ainda da exigência do respectivo funcionamento no respeito escrupuloso das condições constantes da respectiva licença, por forma a salvaguardar o interesse público no que respeita a contrapartidas financeiras ou de

outra natureza. Pode mesmo acontecer que todas estas razões se conjuguem. Por exemplo, uma actuação viciada na exploração de um determinado tipo de lotarias ou de corridas de cães, para além de lançar o descrédito em tais empreendimentos, com reflexos financeiros negativos, prejudicaria os apostadores e poria em risco a ordem pública. Daí que um funcionário de uma destas empresas, funcionando em regime de exclusivo, que receba contrapartida monetária ou de outra natureza para viciar os resultados, cometa um crime de corrupção passiva para acto ilícito. Já não assim se exigir contrapartida indevida para aquisição de bens ou serviços que se não prendam directamente com a esfera de incidência do interesse público nessa actividade.

Casinos

Será que os administradores e empregados dos casinos são equiparados a funcionários ao abrigo desta norma?

As empresas que exploram os casinos não são a nosso ver concessionárias no sentido atribuído a este termo por esta alínea. O que a alínea c) pretende abranger são as concessões “stricto sensu”, no sentido da atribuição a outrem do desempenho de actividades próprias de certa pessoa colectiva de direito público, relacionando-se por isso os poderes e direitos objecto da concessão com o domínio público, as obras públicas ou os serviços públicos. Fora deste âmbito ficam por isso os poderes e deveres criados “ex novo”, que se traduzem no exercício de meras faculdades³⁶.

É certo que subjacente às autorizações para funcionamento dos casinos existe também o interesse público fundamentalmente relacionado com as receitas fiscais, fomento turístico, estabilidade social e desenvolvimento económico, expressamente apontados, entre outros objectivos, pelo regime jurídico da exploração de jogos de fortuna e azar (Lei n.º 16/2000, artigo 1.º). Neste sentido pode dizer-se que a situação dos casinos não difere da que foi apontada a propósito das sociedades que exploram actividades em regime de exclusivo. E de facto é exactamente nessa vertente que a questão deve ser colocada.

³⁶ Marques Guedes, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, pag. 541 e ss.

Os funcionários dos casinos estavam abrangidos por esta alínea enquanto a actividade foi explorada em regime de exclusivo. A partir do momento em que tal regime cessou entendemos que cessou também a equiparação. Haverá no entanto que ter em conta que a um contrato de “concessão” de exploração de jogo pode estar associada a exploração de bens públicos. Neste caso, e nesta estrita medida, será aplicável o que foi referido a propósito da concessão de bens públicos.

Instituições de crédito

A última questão que nos propomos abordar é a de fixar o sentido e alcance da norma do n.º 3 do artigo 3.º da Lei n.º 10/2000, que diz o seguinte:

“Fica também abrangida nas atribuições previstas nas alíneas 1 e 2 do n.º 1 a actividade das instituições de crédito”.

Convém desde já fixar os seguintes pontos:

A norma faz parte do artigo 3.º que indica as atribuições do Commissariado contra a Corrupção;

Essa abrangência refere-se expressamente às atribuições previstas nas alíneas 1) e 2) do n.º 1 do artigo, ou seja, o desenvolvimento de acções de prevenção de actos de corrupção ou de fraude, bem como a prática de actos de investigação e de inquérito referentes aos mesmos actos.

Ao circunscrever o âmbito da norma aos actos das alíneas 1) e 2), afasta do respectivo âmbito quer os actos de corrupção e fraude relacionados com o recenseamento eleitoral e eleições, quer a vertente da legalidade administrativa.

Constatado que a norma se refere às competências do Commissariado no âmbito da prevenção e da investigação criminal, uma segunda dúvida se suscita:

Será que a lei pretende atribuir competência ao Commissariado contra a Corrupção para acções de prevenção e repressão de acções criminosas no âmbito da actividade das instituições de crédito?

Ou pretenderá equiparar o pessoal dessas instituições a funcionários públicos?

A favor da atribuição da competência para investigação da actividade parece

orientar-se a redacção da lei. De facto o n.º 3 refere-se à “actividade das instituições de crédito”. Diferentemente do n.º 2 que se refere aos funcionários dizendo: “Para os efeitos deste artigo, são funcionários os definidos no artigo 336.º do Código Penal”. De qualquer forma quando, a seguir à referida redacção do n.º 2 o n.º 3 diz: “Fica também abrangida nas atribuições previstas nas alíneas 1) e 2) do n.º 1 a actividade das instituições de crédito” é óbvio que se pretende acrescentar algo ao que consta do n.º 2. Ou seja, conjugando o n.º 2 com o n.º 3 verifica-se que o legislador adopta o conceito de funcionário do Código Penal e também algo mais. E esse algo mais é, como já foi dito, uma competência de investigação na área das instituições de crédito ou um alargamento do conceito de funcionário por forma a abranger o pessoal das referidas instituições.

Parece-nos que esta última hipótese é que será correcta.

De facto, se o propósito do n.º 3 fosse alargar a competência do Comissariado por forma a abranger para além dos crimes cometidos no âmbito da função pública os cometidos nas instituições de crédito, não teria sentido reduzir essa competência a matérias de corrupção e fraude que, como resulta da conjugação do disposto no n.º 1 do artigo 3.º e n.º 1 do artigo 4.º do mencionado diploma, e da própria natureza dos crimes que se pretendem abranger, são sempre praticados por funcionários ou envolvendo funcionários. Se a lei não considerasse esse pessoal equiparado a funcionário não teria sentido circunscrever a competência a actos criminosos próprios da condição de funcionário, ou seja, a norma do n.º 3 seria absurda. Dado termos que presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (artigo 8.º n.º 3 do Código Civil), não podemos aceitar o carácter absurdo da norma.

Mas para melhor se compreender esta questão convirá acompanhar o percurso histórico do processo legislativo que, em certo sentido, está associado ao problema da corrupção no sector privado.

Na generalidade dos sistemas jurídicos e particularmente nos de raiz continental a ideia de corrupção está associada ao uso ou abuso de poderes públicos para fins privados. Daí que a corrupção seja algo ligado à função pública, à intervenção de um funcionário público. Só que esta ideia foi cedendo em diversos sistemas perante a necessidade sentida de reforço da protecção de valores ligados ao exercício de certas actividades. Assim, o Código do Trabalho francês prevê sanção criminal para os directores ou assalariados que solicitem ou aceitem ofertas, dádivas ou presentes para fazer ou deixar de fazer um acto das suas funções³⁷. O Código de Saúde Pública

francês sanciona a corrupção médica, que consiste na aceitação, por parte dos profissionais de medicina, de vantagens oferecidas por entidades fornecedoras de bens ou prestadoras de serviços aos sistemas de segurança social³⁸. O sistema penal português também aderiu recentemente a esta evolução com o aditamento de dois artigos ao Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, diploma que prevê infracções contra a economia e contra a saúde pública³⁹. Daí haver autores que definem corrupção numa nova perspectiva, abrangendo também o sector privado, ou seja, como uma “conduta pela qual uma pessoa investida de uma função determinada, pública ou privada, solicita ou aceita uma dádiva, uma oferta ou uma promessa para efeitos de executar, retardar a execução ou não executar um acto compreendido nas suas funções”⁴⁰.

Porquê o alargamento da corrupção ao sector privado? Aparentemente tal não se justificaria porquanto os regimes penais consagram através dos crimes contra a propriedade e o património mecanismos de protecção dos bens jurídicos no âmbito das relações de direito privado. Pode ainda questionar-se o porquê de um nível de protecção mais elevado contra as condutas de determinados sujeitos privados, ou na esfera de actuação de determinados interesses também privados. Acontece que há sectores onde tal reforço de protecção se pode justificar. É o caso da corrupção médica, em nome da contenção de despesas da segurança social, do interesse da saúde pública e protecção dos utentes dos serviços de saúde. Ou da corrupção dos empregados em nome de uma sã concorrência no mundo da economia⁴¹.

³⁷ Código do trabalho. Art. L. 152-6, parágrafo 1.º:

“O acto, de qualquer director ou assalariado, de solicitar ou aceitar, directa ou indirectamente, sem o conhecimento e sem autorização do seu empregador, ofertas ou promessas, dádivas, presentes, descontos ou prémios para executar ou se abster de executar um acto da sua função ou facilitado pela sua função, é punido com dois anos de prisão e 200.000 F de multa”.

³⁸ Código de saúde pública:

L. 365-1, parágrafo 1.º:

É proibido o acto, para os membros das profissões médicas indicadas no título I do livro IV deste código, de receber vantagens em natureza ou espécie, sob qualquer forma que seja, de forma directa ou indirecta, oferecidas por empresas que assegurem prestações, produzam ou comercializem produtos custeados pelos regimes obrigatórios de segurança social.

L. 376-3:

As infracções ao disposto no artigo L. 365-1 serão punidas com multa de 500.000 F e dois anos de prisão....

³⁹ A Lei n.º 108/2001, de 28 de Novembro, acrescentou ao referido diploma os artigos 41.º-B e 41.º-C que dizem respeito, respectivamente, à corrupção passiva e à corrupção activa no sector privado:

Artigo 41.º-B

1- Quem, exercendo funções, incluindo as de direcção, para uma qualquer entidade do sector privado, ainda que irregularmente constituída, por si ou por interposta pessoa, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou omissão que constitua uma violação dos seus deveres funcionais e donde resulte uma distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

Artigo 41.º-C

A corrupção privada pode também encontrar justificação nos interesses estratégicos de um determinado país ou de uma região. Tomemos o exemplo de Hong Kong que, para preservar o seu prestígio como centro comercial e financeiro, tem interesse no reforço de protecção das actividades ligadas a tais sectores⁴². Macau pode considerar a necessidade de idêntica política criminal no âmbito de actividades fundamentais para a sua economia, como a banca, seguros, jogo, etc. Naturalmente que tudo isto se prende com questões políticas, que aos responsáveis dos órgãos competentes compete avaliar. Estas observações destinaram-se apenas a aludir a um problema com interesse para a matéria que estamos apreciando e porque o regime penal de Macau já esteve perto de uma opção deste tipo.

A Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, que aprovou o regime penal da corrupção, no seu artigo 10.º n.º 2 alínea c) equiparava a funcionários “Os administradores, gestores, directores, gerentes, membros dos órgãos de fiscalização, auditores, advogados, engenheiros, arquitectos, economistas, consultores especiais e outros técnicos e demais pessoal das empresas públicas, dos institutos públicos e de exploração de bens do domínio público, das concessionárias de serviços públicos, das sociedades detentoras de exclusivos e das instituições de crédito”. E estas entidades eram, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, consideradas “Administração” para efeitos dos números 2 e 3 do artigo 6.º, ou seja, para efeitos do crime de oferta de benefícios.

Porquê a necessidade de equiparação destas entidades a “Administração”? Porque se a equiparação a funcionários das pessoas que nelas exerciam funções só por si as fazia incorrer na prática de crimes de corrupção, tal não era suficiente para efeitos do disposto no artigo 6.º n.ºs 2 e 3 nos quais se aludia expressamente a “Administração” e “serviço da Administração”⁴³.

1- Quem por si, ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer às pessoas previstas no artigo anterior, ou a terceiro com conhecimento daquelas, vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim e a consequência aí indicados, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

⁴⁰ Jean Pradel, Michael Danti-Juan, *Droit Pénal Spécial*, 2.ª ed., 2001, Cujas, pag. 726.

⁴¹ Parece ser este o interesse primordialmente defendido pela alteração legislativa portuguesa acima referida porquanto um dos requisitos da corrupção privada, em qualquer das suas modalidades, é a efectiva distorção da concorrência ou um prejuízo patrimonial para terceiros.

⁴² Daí que o crime de corrupção possa ser praticado não apenas por funcionários mas por qualquer pessoa que trabalhe ou actue por conta de outrem. V. “Prevention of Bribery Ordinance”, designadamente 2. “Interpretation” e 9. “Corrupt transactions with agents”.

⁴³ Os números 2 e 3 do artigo 6.º dizem:

2- Aquele que, por si ou por interposta pessoa, oferecer qualquer benefício ou vantagem a funcionário, com vista a estimular ou recompensar a prática de qualquer acto, a sua demora ou omissão, que de alguma forma respeite à Administração ou às funções que este funcionário exerça, será punido com prisão até 3 anos e multa até 150 dias.

3- Aquele que oferecer benefício ou vantagem a funcionário do serviço da Administração em que tiver qualquer negócio ou pretensão pendente, será punido com prisão até 1 ano e multa até 40 dias.

A Lei n.º 11/90/M, de 10 de Setembro, que criou o Alto Comissariado contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa, dizia no seu artigo 3.º n.º 3, a propósito das atribuições do Alto Comissariado: “Fica também abrangida nas atribuições previstas nas alíneas a) e b) do n.º 1, a actividade das empresas de exploração de bens do domínio público, das concessionárias de serviços públicos, das sociedades detentoras de exclusivos e das instituições de crédito”. Esta disciplina tinha naturalmente em conta o regime de equiparação a funcionários de tais entidades bem como o facto de as mesmas, nos termos atrás referidos, se considerarem Administração. Quando a Lei n.º 11/90/M se refere a actividades e não a funcionários o que no fundo faz é dar um conceito abrangente, que abarca quer o pessoal de tais entidades quer a sua actividade social, concentrando nessa formulação as dimensões subjectiva (relativa ao pessoal) e objectiva (equiparação a Administração) que já constavam da Lei n.º 14/87/M. Ou seja, a aludida norma da Lei n.º 11/90/M, tinha como suporte o artigo 10.º da Lei n.º 14/87/M.

Com a entrada em vigor do Código Penal de Macau todo este panorama se alterou. A Lei n.º 14/87/M foi revogada. Por sua vez o Código Penal criou um novo conceito de funcionário e equiparado que abrangeu o pessoal das já referidas entidades, com excepção do das instituições de crédito.

Todavia o mesmo legislador de Macau, na revisão da Lei n.º 11/90/M, levada a cabo pela Lei n.º 2/97/M, de 31 de Março, manteve nos mesmos termos o n.º 3 do artigo 3.º. Posição que foi reafirmada com a aprovação da Lei n.º 10/2000.

Seria grave desconsideração para o poder legislativo considerar que o legislador esteve distraído. Forçoso é antes concluir que se decidiu pelo regime de equiparação que vinha já desde a Lei n.º 14/87/M, alargando a equiparação constante do Código Penal, ficando pois o pessoal das instituições de crédito em situação idêntica à das pessoas referidas no artigo 336.º n.º 2 alínea c) deste diploma.

O que terá levado o legislador a fazer essa equiparação e qual o alcance da mesma? Será que são funcionários para todos e quaisquer efeitos ou simplesmente para efeitos determinados?

Até tendo em conta as origens desta disposição conclui-se que as razões que terão levado o legislador a alargar a equiparação a funcionário do pessoal das instituições de crédito não terão sido diferentes das que motivaram a equiparação do pessoal das concessionárias ou das entidades que exploram actividades em regime de exclusivo. A diferença é que as razões da equiparação subjacentes às outras entidades são mais óbvias, quer pelo regime especial de exercício da actividade quer pelo facto

de a concessão estar associada à prestação de serviço público ou exploração de bens públicos.

Naturalmente que, ao procurar a razão desta disciplina não estamos a pensar, por exemplo, na função de caixa do tesouro atribuída ao Banco Nacional Ultramarino (posteriormente à Caixa Geral de Depósitos por incorporação daquele nesta) ou nas funções emissoras de moeda atribuídas ao mesmo banco e ao Banco da China. Estas funções dizem apenas respeito a duas entidades bancárias e a sua realização estaria necessariamente abrangida pela alínea c) do n.º 1. Vamos pois tentar apurar noutra sede as razões do legislador.

O artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 32/93/M, de 5 de Julho, define instituição de crédito como empresa cuja actividade consiste em receber do público depósitos ou outros fundos reembolsáveis e conceder crédito por conta e risco próprio.

O artigo 15.º do mesmo diploma diz que são instituições de crédito:

- Os bancos;
- A Caixa Económica Postal;
- As sociedades de locação financeira;
- Outras sociedades que, correspondendo ao disposto na alínea b) do artigo 1.º, como tal sejam legalmente classificadas.

Tendo em conta o que ficou exposto conclui-se desde já que a equiparação a funcionário nada tem a ver com o sector público empresarial do qual a Região está efectivamente arredada. A única instituição de crédito com envolvimento directo da Região Administrativa é a Caixa Económica Postal. Todavia a Caixa Económica Postal integra-se na Administração directa porquanto constitui um departamento da Direcção de Serviços de Correios de Macau (artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 24/85/M, de 30 de Março). A equiparação terá pois a ver com o especial relevo dado à actividade bancária enquanto portadora da confiança do público e enquanto agente de credibilidade do tecido económico e financeiro da Região Administrativa. Pela sua importância neste domínio e pela dimensão do interesse público que a aproxima de serviço público, a actividade financeira está sujeita a regime estrito e os seus funcionários e responsáveis vinculados a regras de actuação rigorosas entre as quais a equiparação de que estamos tratando.

Vejam algumas marcas claras deste regime que são dadas pelo Decreto-Lei n.º 32/93/M.

O artigo 4.º n.º 1 submete os mercados monetário, financeiro e cambial bem como a actividade dos respectivos agentes à superintendência, coordenação e fiscalização do Chefe do Executivo. Está aqui bem patente a marca do interesse público, expressa no âmbito de uma competência quase tutelar.

Mas esta actividade de superintendência, coordenação e fiscalização, que é exercida através da Autoridade Monetária de Macau, não se limita à definição de regras e verificação da conformidade da actuação de acordo com as mesmas. Ela passa inclusive pela possibilidade de tomada de medidas para assegurar que as instituições submetidas a supervisão sejam geridas de forma sã e prudente (artigo 5.º n.º 2 al. b) bem assim como a implementação e encorajamento da adopção de elevados padrões éticos de conduta e práticas comerciais transparentes (artigo 5.º n.º 2 al. c).

Em situações de crise poderá haver orientação para a actuação das instituições de crédito, suspensão da sua actividade, concessão de apoio financeiro, imposição de medidas para disciplinar reembolsos de depósitos dos clientes, etc. e mesmo intervenção na respectiva gestão “sempre que a situação de desequilíbrio de uma instituição de crédito assuma gravidade que prenuncie sérios riscos de incumprimento das suas obrigações para com os depositantes e outros credores ou ponha em causa a confiança dos agentes económicos no sistema financeiro” – artigo 85.º.

O artigo 63.º e seguintes fixam regras procurando limitar os riscos da actividade destas entidades.

Dispensamo-nos de analisar outras normas porquanto são estas as que a nosso ver apontam com maior clareza para os interesses que presidiram à opção do legislador. E esses interesses são os interesses dos depositantes e a confiança dos agentes económicos no sistema financeiro.

O pessoal das instituições de crédito, sejam funcionários sejam administradores, são pois depositários da confiança e da responsabilidade para preservar esses interesses, sendo em nome desses mesmos interesses que estão equiparados a funcionários. A actividade bancária está em razão de tais interesses condicionada por importantes normas de direito público.

Feita esta constatação que crimes é que poderão cometer enquanto equiparados a funcionários públicos?

Mais uma vez teremos que seguir a tese limitativa da equiparação, em termos semelhantes aos referidos a propósito das concessionárias⁴⁴. A equiparação só existirá perante condutas violadoras de interesses determinantes do interesse público subjacente

à equiparação a funcionário. Assim, não existirá crime de peculato mas de furto se um funcionário se apropria de bens pertencentes ao banco. Mas cometerá um crime de corrupção passiva para acto ilícito se, por exemplo, aceitar ou exigir contrapartida económica para conceder crédito em violação das regras prudenciais legalmente fixadas ou conceder crédito bonificado no domínio de actividades sociais cujos custos sejam suportados pela Região. Com efeito, no primeiro caso, o que está em causa é uma relação meramente privada, entre o banco e o seu empregado. Nos restantes a situação é diferente. Uma gestão desonesta do funcionário pode causar prejuízos ao banco e por isso ele será responsável. Mas para além disso, violando normas de direito público que lhe compete acatar, coloca em causa o interesse público no regular funcionamento da actividade bancária e estabilidade financeira das instituições que nele operam. Ou, no caso do crédito bonificado, orienta para objectivos estranhos aos fins sociais que determinaram a sua criação, em prejuízo daqueles que deveriam ser os seus beneficiários e da Região Administrativa.

Acrescente-se finalmente que a tese limitativa do âmbito do conceito de funcionário no que se refere a instituições de crédito se pode mostrar insuficiente para os fins que a nosso ver se procuram alcançar, nomeadamente o da confiança dos agentes económicos no sistema financeiro. Tal desiderato só seria alcançado pelo alargamento do crime de corrupção à actividade privada, posição da qual o legislador de Macau já andou bem próximo, na Lei n.º 14/87/M, mas que não assumiu plenamente.

Conclusão

No que se refere ao conceito de funcionário a legislação penal de Macau não difere substancialmente dos regimes de matriz continental, adoptando como base um

⁴⁴ A propósito desta questão mostra-se interessante acompanhar o que aconteceu em Itália. Em 1981 uma sentença do Supremo Tribunal decidiu que toda a actividade bancária, pelo seu imaneente interesse público, tinha a qualidade de serviço público em sentido objectivo pelo que os respectivos operadores eram considerados encarregados de serviço público. Esta sentença contrariou a doutrina dominante que reservava essa qualificação para os institutos de crédito de direito público. A tal decisão seguiu-se uma outra, mas agora em plenário de secções cíveis, com orientação contrária. Isto deu origem a uma controvérsia entre secções cíveis e criminais, já que nenhuma abdicava do respectivo entendimento. A querela foi ultrapassada apenas em 1989 com o entendimento de que reveste natureza meramente privada a “actividade bancária ordinária”. Sobre esta questão V. Carlo Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione I*, in Giorgio Marinucci e Emílio Dolcini, *Tratato di Diritto Penale*, Cedam, pag. 117 e ss.

conceito formal associado a uma relação de emprego público, logo complementado com um alargamento para uma concepção material por forma a abranger actividades levadas a cabo por agentes sem qualquer vínculo à Administração directa ou indirecta mas desempenhando, participando ou colaborando, a qualquer título, no desempenho de actividades materialmente compreendidas na função pública administrativa ou jurisdicional.

Para além da noção de funcionário há a de equiparado a funcionário, a qual abrange, por um lado, os titulares de cargos políticos, de principais cargos públicos, magistrados, administradores e delegados por parte da RAEM; numa outra vertente este conceito abrange o pessoal de empresas públicas, de capitais públicos ou com participação maioritária de capitais públicos, concessionárias de serviços ou bens públicos, sociedades explorando actividades em regime de exclusivo e, por via da lei que regula a natureza, atribuições e competências do Comissariado contra a Corrupção, também o pessoal das instituições de crédito.

A necessidade de equiparação a funcionários de pessoas que nenhuma relação têm com a função pública, como acontece com o pessoal exercendo funções em entidades privadas, tem a ver com alguns dogmas ainda existentes relacionados com o crime de corrupção, ligado à ideia de que tem que ser crime envolvendo funcionários públicos e associado ao exercício de funções públicas. A admissão da corrupção privada seria um desvio a este princípio que o legislador terá pretendido salvaguardar.

A verdade porém é que o velho dogma vai sendo mantido à custa de sucessivas simulações, que preservando formalmente preconceito em que assenta, “corrompe” o conceito de funcionário, através de equiparações como a relativa aos funcionários de sociedades que exploram actividades em regime de exclusivo, de empresas concessionárias de bens públicos ou de instituições de crédito. Com as dificuldades que daí resultam, nomeadamente quanto a saber até onde deve ir o âmbito da equiparação já que, apesar da opinião que expendemos nesta nossa análise, não é de todo seguro que esse âmbito não deva ser mais abrangente.

Para ultrapassar estas dificuldades e eventualmente até para equacionar a adopção de uma perspectiva mais inclusiva, como por exemplo o exercício de actividades em pessoas colectivas de utilidade pública ou nas empresas concessionárias de jogo, uma das vias seria a abertura do conceito de corrupção a determinadas práticas no âmbito de actividades privadas que fossem consideradas estrategicamente vitais para a Região Administrativa Especial de Macau. Esta é todavia uma opção que ultrapassa o âmbito da lei penal, requerendo ponderação política por parte dos responsáveis da

Região Administrativa. Aqui só compete referir que uma tal solução em nada iria ferir, antes iria aperfeiçoar, o regime penal vigente.

Algumas questões relativas ao crime de corrupção passiva para acto ilícito

Introdução

O crime de corrupção passiva para acto ilícito, previsto no artigo 337.º do Código Penal de Macau, encabeça a secção II do capítulo V do código, que trata dos crimes cometidos no exercício de funções públicas.

Sob a epígrafe “corrupção passiva para acto ilícito”, o artigo 337.º tem a seguinte redacção:

1- O funcionário que, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão contrários ao dever do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

2- Se o acto não for executado, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.

3- A punição não tem lugar se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor.

Este artigo teve como fonte imediata o artigo 372.º do Código Penal português, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, que tinha redacção idêntica nos números 1 e 2, previsão semelhante no número 3 e ainda um número 4 prevendo atenuação especial para os casos de colaboração do agente para a identificação ou captura de outros responsáveis¹.

¹ A redacção do artigo 372.º do Código Penal português foi posteriormente alterada pela Lei n.º 108/01, de 28 de Novembro, sendo actualmente a seguinte:

1- O funcionário que, por si ou por interposta pessoa, com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, para um qualquer acto ou omissão contrários aos deveres do cargo, ainda que anteriores àquela solicitação ou aceitação, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.

Previamente à entrada em vigor do actual código vigorava neste domínio a Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, que consagrava o regime penal da corrupção e que no seu artigo 1.º previa este crime. Todavia, sob o ponto de vista das opções do legislador, não houve uma evolução de continuidade entre esta lei e o código que, como já referimos, preferiu o modelo português de 1995 ao do código penal português de 1982, cujas soluções haviam sido incorporadas no aludido regime penal da corrupção.

Com o regime penal da corrupção consagrado na Lei n.º 14/87/M e posteriormente com o Código Penal, iniciou-se e consolidou-se uma nova abordagem deste segmento da criminalidade, sob o ponto de vista quer de política criminal quer de enquadramento dogmático. Com efeito, ao tempo da vigência em Macau do velho Código Penal português de 1886, o crime de corrupção passiva, previsto no corpo e § 1.º do artigo 318.º, era só por si insubsistente, por ser considerado de natureza bilateral, exigindo-se para a sua verificação o encontro de condutas do corruptor e corrupto, tanto para a forma consumada como para a forma tentada. Considerava-se não poder haver corrupção passiva, sem corrupção activa². Isso não obstante os crimes terem formulação autónoma, porquanto o crime de corrupção activa estava previsto no artigo 321.º. Nesta velha concepção o crime de corrupção era visto como um “pactum sceleris” que consistia num encontro de vontades entre um sujeito qualificado (intraeus) e um sujeito privado (extraneus), relativo a um acto das funções do primeiro, por força do qual o segundo comprava o acto do sujeito público³. Um conhecido autor advogava mesmo o fim da distinção entre corrupção activa e corrupção passiva⁴.

Este entendimento foi sendo porém abandonado em favor de uma concepção autónoma dos referidos crimes pela generalidade dos códigos penais, como o código alemão, o código português, o código francês ou o código espanhol. Esta posição foi também adoptada no primeiro protocolo à convenção PIF (Convenção relativa à protecção dos interesses financeiros das Comunidades Europeias), assinado em 27 de Setembro de 1996, em cujo artigo 2-1 se diz que “constitui corrupção passiva o facto intencional, por um funcionário, directamente ou por interposição de um terceiro, de solicitar ou de receber vantagens, qualquer que seja a sua natureza, para si próprio ou para um terceiro, ou de aceitar a sua promessa, para executar ou não executar, de forma

2- Se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor, é dispensado de pena.

3- A pena é especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis.

² Cavaleiro de Ferreira, *Scientia Juridica*, tomo X, n.º 52, pag. 212.

³ Carlo Benussi, *I Delitti contro la pubblica Amministrazione* in, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini dir., *Trattato di Diritto Penale, Parte Speciale*, I, Cedam, pag. 412 e ss.

⁴ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, II, Giuffrè, 9.ª ed., pag. 786.

contrária aos seus deveres oficiais, um acto da sua função ou um acto no exercício da sua função, que atente ou seja susceptível de atentar contra os interesses financeiros das Comunidades Europeias”⁵. Esta definição, apesar de ser muito restritiva já que circunscreve a protecção jurídica aos interesses financeiros comunitários, envereda pelas novas concepções sobre o crime de corrupção passiva. E só lhe fazemos referência porquanto não deixará de vir por certo a ter importante influência nos regimes penais dos Estados Membros da União Europeia e não só.

A Lei n.º 14/87/M e posteriormente o Código Penal de Macau, seguindo também esse caminho, vieram autonomizar os crimes de corrupção passiva e de corrupção activa, pondo termo à figura do crime plurisubjectivo, de participação necessária, em que a corrupção activa e passiva se integravam num todo, por essa forma se sustentando mutuamente, volvendo-se num único crime que seria simplesmente crime de corrupção, embora com participação activa de um dos sujeitos e passiva do outro⁶.

Pode hoje dizer-se que a teoria da bilateralidade está praticamente abandonada⁷, embora esta concepção seja ainda dominante, por exemplo em Itália, onde todavia emergem posições no sentido da autonomia⁸.

Por isso mesmo está o capítulo em que se insere esta disposição com uma designação que se não ajusta a toda a previsão típica, nomeadamente ao crime de corrupção activa, que tendo agora autonomia não é obviamente crime cometido no exercício de funções públicas⁹. Mais ajustada se nos afigura, por exemplo, a designação do título do código espanhol, no qual se insere o crime de corrupção, que é a de “crimes contra a Administração Pública” ou do código francês que faz a distinção entre “atentados

⁵ Jean Pradel, Geert Corstens, *Droit Pénal Européen*, Dalloz, 2.ª ed., pag. 516 e ss.

⁶ Isto levava a que no velho código o corruptor e o corrompido fossem punidos com a mesma pena, excepto no que se referia às penas de demissão ou suspensão, que não podiam ser aplicadas ao particular e que por isso, em relação a este, eram substituídas pela de suspensão dos direitos políticos.

⁷ Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, Dykinson, 11.ª ed., pag. 1170 e ss.

⁸ Sobre o estado da doutrina e da jurisprudência relativamente a esta questão em Itália, V. Mário Romano, *I Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 2002, pag. 132 e ss.

⁹ Na concepção bilateral do crime a corrupção activa era crime cometido no exercício de funções públicas na medida em que se incorporava no fenómeno unitário que englobava ambas as participações, recebendo o funcionário a dádiva ou promessa de dádiva do particular e recebendo o particular do funcionário um acto conforme aos seus interesses. Nesta concepção do delito a investigação do crime de corrupção torna-se ainda mais difícil na medida em que havendo sempre dois sujeitos, ambos estavam interessados em mutuamente se encobrir (Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, *Diritto Penale, Parte Speciale*, I, Zanichelli Editore, 3.ª ed., pag. 215).

à Administração Pública cometidos por pessoas exercendo uma função pública” e “atentados à Administração Pública cometidos por particulares”.

Modalidades de corrupção

A corrupção passiva é apenas uma das modalidades de corrupção. De facto a corrupção assume diferente configuração em função da qualidade do agente, da natureza do acto praticado, da forma como é feita a oferta ou solicitação ou ainda do momento em que elas ocorrem. Temos assim as modalidades de corrupção activa e corrupção passiva, sendo que qualquer delas pode ainda, teoricamente, ser própria ou imprópria, directa ou indirecta, antecedente ou subsequente.

A corrupção passiva é sempre praticada por funcionário que solicita ou aceita uma vantagem ou promessa de vantagem não devida para a prática ou omissão de acto das suas funções. A corrupção activa é a que é levada a cabo por particular¹⁰ mediante dádiva ou promessa de vantagem a funcionário com propósito de o levar a praticar ou omitir um acto compreendido na sua actividade funcional.

Em razão da natureza do acto a corrupção diz-se imprópria ou própria. Diz-se imprópria quando o acto não é contrário aos deveres do cargo, dizendo-se própria quando seja contrário a esses deveres.

Tanto o corruptor passivo como o activo podem praticar o crime directamente, por si próprios, como indirectamente, através de conhecidos, familiares ou mesmo pessoas jurídicas. Consoante as referidas circunstâncias a corrupção diz-se directa ou indirecta (ou transversal)¹¹.

A corrupção pode ser antecedente ou subsequente conforme a solicitação, a aceitação ou a oferta sejam anteriores à prática do acto ou relativas a acto já praticado.

¹⁰ Naturalmente que o crime de corrupção activa pode também ser cometido por funcionário. Porém em tal caso não estará actuando enquanto tal, mas como particular, fora da sua veste oficial. Pense-se por exemplo no caso de um funcionário que, apanhado a cometer uma infracção, oferece dinheiro a um agente da autoridade para lhe não ser levantado o respectivo auto.

¹¹ Orts Berenguer e Valeige Alvarez, in Vives Antón Coord., *Comentários al Código Penal de 1995*, Vol. II, pag. 1814.

O bem jurídico tutelado

São várias as teorias existentes sobre o bem jurídico protegido com a incriminação da corrupção, problema este que se reveste da maior importância para a análise de questões como sejam o momento da consumação, possibilidade de verificação de formas imperfeitas de realização do crime, viabilidade de ocorrência do crime em todas as diferentes modalidades, etc¹².

Há quem considere que o valor subjacente à incriminação de qualquer dos tipos de corrupção é o mesmo, seja ele o dever de fidelidade do funcionário, a confiança dos cidadãos na Administração Pública, a confiança na imparcialidade da Administração, a integridade na gestão administrativa¹³ ou o bom andamento e a imparcialidade da Administração Pública¹⁴.

Há quem entenda que na corrupção passiva e na corrupção activa são protegidos bens jurídicos distintos. A violação do dever e a confiança depositada no funcionário (corrupção passiva) e o respeito devido ao normal e correcto funcionamento dos órgãos estatais (corrupção activa)¹⁵.

Sobre esses aludidos valores não podemos deixar de considerar certas as considerações feitas por A. Pagliaro¹⁶. Por um lado confundem-se deveres com bens jurídicos e por outro apontam-se valores em termos demasiado genéricos cuja negação não é específica dos crimes de corrupção. De facto, qualquer conduta criminosa de um funcionário, seja ou não enquadrável em alguma das modalidades de corrupção (como falsificação ou abuso de poder), pode pôr em causa a confiança na Administração. E também crimes contra os funcionários, alheios à corrupção (como injúrias ou ofensas à integridade física de funcionários, no exercício das respectivas funções), afectam certamente o respeito devido ao correcto funcionamento dos órgãos estatais.

Já a teoria segundo a qual o bem jurídico se concentra nos serviços que os poderes públicos estão obrigados a oferecer aos membros da comunidade, com respeito pelos princípios e critérios fixados pela Constituição e restante ordenamento jurídico¹⁷ se apresenta com maior objectividade, apontando para o respeito pelos princípios que

¹² Sobre as diferentes teorias neste domínio V. comentário ao artigo 372.º do Código Penal português feito por V. A. M. Almeida Costa, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo III, Coimbra Editora, pag. 654 e ss. V. ainda do mesmo autor, *Sobre o crime de corrupção*, Coimbra, 1987, pag. 81 e ss.

¹³ Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, 11.ª ed., pag. 1169.

¹⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale, Parte Speciale, I*, Zanichelli Editore, 3.ª ed., pag. 221.

¹⁵ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 10.ª ed., pag. 836.

¹⁶ António Pagliaro, *Principi di Diritto Penale, Parte Speciale, I*, Giuffrè, 9.ª ed., pag. 144 e ss.

¹⁷ Orts Berenguer in Cobo Del Rosal, Vives Anton, Boix Reig, Orts Berenguer, Carbonell Mateu, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., pag. 458.

norteiam a Administração Pública. Ideia que todavia Pagliaro por certo consideraria ainda excessivamente extensa, ele que centra o fundamento de todas as hipóteses de corrupção na proibição de aceitar retribuição privada pelo cumprimento dos actos compreendidos nas funções do funcionário¹⁸, elegendo como valor fundamental a gratuidade da função pública, indo de resto ao encontro do fundamento clássico da sua formulação.

Há enfim quem entenda dever adoptar-se uma nova visão de toda esta problemática devido à dimensão ofensiva do crime que já não seria reconduzível aos valores tradicionais do bom andamento e eficiência da Administração Pública mas a novos e diversos valores relativos à integridade da “constituição económica”¹⁹. Nesta posição manifestam-se as preocupações mais recentes face à gravidade da corrupção e do chamado crime de colarinho branco, com níveis de organização cada vez mais sofisticados que, em alguns países, conseguem viciar o funcionamento das regras de mercado e as relações entre os cidadãos e o Estado.

Naturalmente que embora o esforço da doutrina se encaminhe no sentido de encontrar para esta matéria um denominador comum, a questão não pode ser dissociada de um concreto ordenamento jurídico. E no caso de Macau é indispensável ter em conta não apenas o regime jurídico em concreto mas também as suas raízes e evolução.

A ideia da legalidade administrativa esteve sempre presente no núcleo da doutrina portuguesa, tratando da questão da corrupção²⁰. Tal posição ficou cimentada no Código Penal português de 1982, enformou o regime penal da corrupção que vigorou em Macau com o início de vigência da Lei n.º 14/87/M e inscreve-se também no Código Penal vigente na Região Administrativa. Todo o tratamento teórico e jurisprudencial à volta de tais diplomas, versando o bem jurídico protegido pelos crimes de corrupção parte dessa ideia.

Neste entendimento, a Administração em si, com os valores que enformam as suas regras de funcionamento, é um bem jurídico merecedor de tutela penal. O funcionário corrupto manipula esse aparelho pondo-o ao seu serviço, viciando a vontade da Administração que coloca à mercê de interesses privados, neste sentido se dizendo que viola a autonomia intencional da Administração, que fica assim “contaminada” com a sua actuação²¹. Isto significa que, quando um funcionário solicita uma dádiva indevida para a prática de um acto das suas funções, exhibe uma faceta viciada da Administração,

¹⁸ António Pagliaro, obra citada, pag. 151.

¹⁹ Della Porta – Vannucci, citados por Carlo Benussi, obra citada, pag. 464.

²⁰ V. Almeida Costa, *Sobre o crime de corrupção*, pag. 94, nota 250.

²¹ V. Almeida Costa, *Sobre o crime...*, pag. 88 e ss.

que não é a Administração em sentido próprio, mas a administração “apropriada” pelo funcionário corrupto; não a Administração isenta mas a administração colocada ao serviço dos seus interesses privados ou dos interesses de outrem.

O crime consiste pois nessa manipulação pelo que se consumará com a aceitação ou solicitação da vantagem, ainda que o acto não venha a ser praticado ou ainda que a solicitação não seja aceite, já que o referido bem jurídico é efectivamente lesado pela aludida conduta.

Este raciocínio é válido tanto para a corrupção antecedente como subsequente. Há quem entenda que a corrupção passiva imprópria subsequente deve ser descriminalizada com o fundamento em que não interferirá no bom andamento e imparcialidade da Administração Pública²². Mesmo que admitido tal fundamento como bom haveria desde logo que apurar de quem tinha sido a iniciativa. É na verdade possível, e frequentemente acontecerá, que o funcionário pratique o acto já no propósito de posteriormente solicitar uma contrapartida. Neste caso não se pode dizer que tenha sido imparcial. O caso poderá ser diferente se a iniciativa partir do particular, hipótese em que é admissível pensar-se que a oferta, sendo posterior ao acto, não influenciou a decisão do funcionário. A consideração neste caso sobre a existência ou não de crime terá que ter em conta o valor jurídico que se considere subjacente à incriminação. Se for a imparcialidade pode em certas situações de corrupção imprópria subsequente entender-se que a mesma não tenha sido atingida. Se for o prestígio e dignidade da função pública ou o seu prestígio perante a comunidade, tais valores serão atingidos em qualquer circunstância. Na posição que vimos sustentando, em que a lei vela pela autonomia intencional da Administração, haverá sempre crime, indiferentemente do facto de a Administração ser manipulada antes ou depois do acto.

Feitas estas considerações que em boa parte se aplicam aos crimes de corrupção em geral, vejamos em mais detalhe os elementos relativos ao crime de corrupção passiva para acto ilícito.

O sujeito

O sujeito de qualquer crime de corrupção passiva, tem que ser funcionário,

²² Assim entende Bricola, citado por Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, obra referida, pag. 229.

pelo que, sob este ponto de vista, estamos perante um crime próprio. O conceito de funcionário é dado pelo artigo 336.º, sendo que a lei não faz qualquer distinção entre funcionário e equiparado, pelo que o crime pode ser cometido por quem quer que reúna uma dessas qualidades.

Conduta típica

A conduta típica é aquela em que o funcionário

1- Solicita ou aceita, para si ou para terceiro, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, vantagem patrimonial ou não patrimonial que lhe não sejam devidas, ou a sua promessa

2- Como contrapartida de acto ou de omissão contrários ao dever do cargo.

Dos elementos constitutivos do tipo objectivo depreende-se desde logo que a iniciativa pode partir do funcionário ou de terceiro. Não será aliás infrequente que a iniciativa venha do lado de um corruptor activo, interessado em comprar o funcionário.

A corrupção pode ser directa ou indirecta. Directa quando o sujeito activo formula por si próprio a solicitação ou ele próprio aceita a vantagem ou promessa de vantagem. É indirecta se essas condutas são levadas a cabo por um terceiro com o seu conhecimento e consentimento ou se, não sendo embora dele conhecidas, quando delas tem conhecimento as aprova, ratificando-as, ou seja, assumindo-as como próprias. Esse terceiro pode ser um familiar, um consultor, o representante de uma pessoa colectiva ou qualquer intermediário mais próximo do funcionário ou de quem oferece o suborno ou faz a promessa.

Uma das questões que no domínio da incriminação da corrupção tem sido objecto de controvérsia refere-se à natureza da oferta ou sua promessa, nomeadamente quanto a saber se a mesma terá de ter conteúdo patrimonial e respectivo valor.

Quanto ao primeiro aspecto o Código Penal de Macau tem uma redacção que exclui qualquer dúvida. É a lei expressa no sentido de que a vantagem pode ser patrimonial ou não patrimonial. Seja dinheiro, objectos avaliáveis em dinheiro, oferta de emprego, promoção, favores sexuais, viagens, etc. tudo isso pode funcionar como

contrapartida relevante para a realização de crime de corrupção.

Deve dizer-se que esta questão não é isenta de polémica no plano dogmático. Há de facto quem entenda ser político-criminalmente errado equiparar a acção daquele que pratica o acto por um preço ao daquele que pratica o mesmo acto por um simples obséquio²³, situação que poderia noutro tipo de crime ter enquadramento adequado.

A verdade porém é que este argumento só aparentemente tem consistência. Desde logo emerge a dificuldade de saber o que haverá de entender-se por simples obséquio. Em segundo lugar é necessário ter presente o que está em causa no crime de corrupção: a protecção da autonomia intencional da Administração, que pode ser minada com idêntico ou superior vigor através de oferendas de dinheiro ou de qualquer outra natureza.

Mais complexo é o problema de saber se a vantagem tem que corresponder a um certo valor, nomeadamente se é necessária alguma relação de proporcionalidade entre a vantagem oferecida e o benefício que se pretende receber. Esta posição é dominante no direito italiano²⁴ que, como já vimos, situa o crime de corrupção numa perspectiva bilateral, associada a um “pactum sceleris”, como se de uma compra e venda se tratasse. Em tais circunstâncias é compreensível uma visão sinalagmática da relação entre o favor prestado e a preço pago, que deveriam situar-se numa certa relação de proporcionalidade.

Tal entendimento é incompatível com o regime penal de Macau, que autonomiza corrupção activa e passiva, sendo perfeitamente subsistente uma sem a outra. Todavia, mesmo na concepção bilateral, a ideia de proporcionalidade entre o favor (o acto) e o preço, não pode deixar de suscitar grandes reservas. Desde logo porque o valor jurídico protegido, em qualquer das concepções por que seja encarado, não tem preço. Quanto vale a imparcialidade da Administração? O prestígio da função pública? A legalidade administrativa?

É certo que esta questão pode ser deslocada para a análise do valor indevidamente obtido pelo corruptor com a prática do acto e a sua comparação com o valor da vantagem oferecida. Só que neste caso estamos a transpor para a dogmática a perspectiva mercantil do pacto criminoso. Acresce que o verdadeiro valor só é dado

²³ Orts Berenguer, obra citada, pag. 459.

²⁴ Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, obra citada, pag. 222.

por quem legitimamente pode usar ou dispor de algo. Se alguém dispuser de interesses ou de valores que lhe não pertencem, qualquer preço representará um lucro. Numa perspectiva deste tipo corria-se o risco de não considerar corrupção a venda da função pública por contrapartidas objectivamente pouco significativas.

O Código Penal de Macau não alude a qualquer valor mas, ao referir-se à vantagem “como contrapartida” pode parecer inculcar a ideia de sinalagma. A nosso ver não pretende a lei exigir qualquer relação de equilíbrio, mas no mínimo não considera como relevante uma vantagem qualquer, ou seja, uma vantagem que manifestamente não possa representar uma contrapartida.

O que é que isto significa?

Se um funcionário indevidamente emite uma licença de construção de um prédio de vários andares e o dono do terreno lhe oferece um automóvel, ou uma fracção desse prédio, fácil será supor que existirá uma relação entre uma coisa e outra. O automóvel em tais circunstâncias pode objectivamente configurar-se como uma contrapartida. Já o mesmo não acontecerá se o dono do terreno, por altura de uma data festiva, oferecer ao mesmo funcionário uma caneta, uma garrafa de vinho ou outra prenda de baixo valor. Naturalmente que não se poderia em tais casos afirmar a existência de uma contrapartida.

O regime era aparentemente mais estrito ao tempo da vigência da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, pela alusão e incriminação expressa de determinados comportamentos de solicitação, aceitação e oferta de benefícios. Nessa situação uma qualquer vantagem oferecida a funcionário que tivesse pendente pretensão legítima de quem a oferecia, poderia ser entendida como visando apressar a decisão de tal pretensão ou por outra via facilitar o andamento do processo. Ninguém esperaria que para a prática de acto lícito o particular fizesse oferta ou desse lembrança de avultado valor. Daí que a lei fosse particularmente exigente nestes casos. Na verdade o artigo 6.º n.º 3 punia com prisão até 1 ano e multa até 40 dias quem oferecesse benefício ou vantagem a funcionário do serviço da Administração em que tivesse qualquer negócio ou pretensão pendente, apenas exceptuando desse regime, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, as refeições decorrentes de relações sociais, as ofertas efectuadas por parentes ou afins do funcionário, as prendas de valor não superior a \$500,00 dadas por ocasião do Natal ou do Ano Novo Lunar ou em virtude de aniversário ou casamento do funcionário e seus familiares ou de festas de nascimento ou baptismo dos seus descendentes e, ainda, as ofertas que a lei considerasse justificadas pelos usos sociais.

Este artigo já não vigora pelo que os crimes de solicitação, aceitação e oferta de benefícios, que dispensavam a prova de qualquer ligação entre tais condutas e a prática ou omissão de qualquer acto por parte do funcionário já não existem²⁵. Há no entanto que ter em conta que esta descriminalização não significa a recusa pelo legislador dos princípios que lhe estavam subjacentes, nomeadamente em relação aos números 3 e 4 do artigo. Nada impede que os mesmos, com excepção porventura do valor de \$500,00 que hoje é manifestamente diminuto, possam ser considerados como bons princípios orientadores quando se analisa uma vantagem na perspectiva do valor. Ela não poderá ser considerada como uma contrapartida para os efeitos que estamos referindo, quando tal vantagem, necessariamente de valor não elevado, objectivamente deva ser entendida como manifestação de um costume não apenas tolerado mas socialmente aceite.

Há ainda que ter em conta que a vantagem não pode ser devida. Imagine-se o caso de um particular que tem uma dívida para com um funcionário e aproveita a ocasião em que tem pendente pretensão junto da repartição desse funcionário para a regularizar, julgando que assim captará as simpatias do credor para melhor andamento dessa pretensão. Seria ir longe de mais exigir que o funcionário se abstivesse de receber nessa situação o que lhe era devido. Mas poderia acontecer que o mesmo funcionário, tendo uma dívida de particular com pretensão pendente junto da sua repartição, se aproveitasse dessa situação para, como contrapartida do despacho dessa pretensão, exigir o pagamento do seu crédito. Quid juris em tal caso?

É forçoso concluir que através desta conduta o funcionário obtém um benefício ou vantagem. Que consiste no pagamento que, por outra forma poderia até nem vir a ser obtido. Todavia a vantagem não é indevida. De facto é-lhe devida e por isso não se pode considerar existir crime de corrupção passiva. Mas para além da satisfação do crédito, correspondente a uma quantia devida, há um benefício, traduzido no próprio acto de saldar a dívida, que de outra forma poderia nem ser satisfeita ou sê-lo mediante despesas e maiores ou menores dificuldades. Benefício obtido ilegitimamente, já que o

²⁵ A revogação deste artigo teve algumas vantagens mas também desvantagens. Começando por estas pode dizer-se que é hoje mais difícil fazer prova de condutas desonestas com relevância criminal por parte de funcionários. É sabido que a prova da relação entre a aceitação, oferta ou solicitação de vantagem e o acto do funcionário, nem sempre é fácil. Para a verificação dos crimes previstos neste artigo dispensava-se a prova de tal relação. Mas por outro lado, a existência destes crimes poderia conduzir a que, na prática, a investigação se ficasse neste patamar, alcançado que estava o objectivo de perseguição penal. E mesmo nos casos de corrupção seria bastante mais fácil instalar a dúvida quanto à existência da aludida relação, por forma a levar o tribunal à convolução para os crimes de solicitação, aceitação e oferta de benefícios. Para além disso pôs-se termo à anomalia que consistia na articulação entre o artigo 6.º n.º 2 e os três primeiros artigos.

funcionário usou para esse fim privado os poderes decorrentes da sua função, violando os respectivos deveres. Isto não afasta o que foi dito a propósito do crime de corrupção. Pode no entanto configurar a prática de um crime de abuso de poder.

Ainda no que se refere à vantagem ou a sua promessa, aceites pelo funcionário, não tem a mesma que ser para o próprio, podendo destinar-se a terceiro, seja ou não familiar. Neste caso não existe por parte do legislador uma qualquer presunção de generosidade relativamente ao funcionário corrupto. O que muitas vezes acontece é que os funcionários corruptos recorrem a familiares ou terceiros da sua confiança para ocultar o produto da sua actividade criminosa, assim dificultando a descoberta de sinais de riqueza dela provenientes ou dificultando a investigação.

Finalmente a solicitação ou aceitação da vantagem ou sua promessa terão de constituir contrapartida de acto ou omissão contrários ao dever do cargo.

Não basta que o agente pratique um acto ilícito e que receba uma vantagem ou a sua promessa. É necessário que exista uma relação entre uma coisa e a outra. Relação essa que, como já vimos, pode ser antecedente ou subsequente.

Quando se fala em relação entre uma coisa e a outra não se quer dizer que o crime exija uma aceitação da solicitação do funcionário. Bastará que o funcionário faça a solicitação em vista da prática do acto ou em razão do acto praticado.

Qual o significado de acto ou omissão “contrários ao dever do cargo”?

O Código Penal de Macau, diferentemente do que acontece em outros códigos (por exemplo no código espanhol), não distingue actos ilícitos que constituem crime e actos ilícitos que não constituem crime. No caso de o acto contrário ao dever do cargo só por si constituir crime, como uma falsificação de documento, segue-se a regra do concurso de crimes, ao invés de se optar por uma qualificação. Fora desse domínio, actos contrários ao dever do cargo são todos aqueles que enfermem de ilegalidade, tal como previsto no Código de Procedimento Administrativo, mas também os que resultem da violação de deveres genéricos que impendem sobre o funcionário, como por exemplo o dever de imparcialidade, de lealdade ou de zelo. A violação de deveres ocorre principalmente na conduta omissiva. Pense-se por exemplo no caso de um funcionário que retarda o andamento de um processo nas execuções fiscais fazendo com que decorra o prazo de prescrição.

A situação que aqui se revela mais delicada refere-se à prática de actos discricionários, sendo certo que neste âmbito se depara com muitos casos que suscitam suspeitas de corrupção, nomeadamente da grande corrupção, frequentemente associada a concursos para aquisição de bens ou serviços.

Perante várias soluções possíveis que se colocam a um funcionário que vai decidir, como apurar a existência de crime face a eventuais indícios de corrupção?

Para tal seria necessário demonstrar que o agente, ao optar por uma determinada solução se orientou não em função do interesse público mas visando satisfazer um interesse particular determinado. Ninguém por certo contestará esta solução. O problema reside na dificuldade de demonstrar esta situação, sabido que é da complexidade que se reveste a prova dos casos de desvio de poder, frequentemente de mão dada com práticas corruptas. Haverá no entanto que reconhecer que em processo penal apesar de tudo a prova é mais fácil, atentas as vias processuais que permitem a pesquisa de aceitação de vantagens, se necessário recorrendo à informação bancária ou até a outros meios mais intrusivos de investigação, o que é bem mais complicado no domínio do processo administrativo.

Mas “dever do cargo” está também relacionado com a concreta situação do funcionário. Em que circunstâncias é que um determinado funcionário pode praticar determinado crime de corrupção?

Será que tem de ser a pessoa especificamente competente para o acto? E que esse acto tem que ser o acto final decisório? Ou que tem de ser o responsável por todo o processo?

O entendimento generalizado é o de que não se exige que o funcionário seja a pessoa especificamente competente para a prática de um determinado acto, hipótese em que não seria realizável o crime de corrupção passiva própria porquanto nenhum funcionário é competente para a prática de actos ilícitos²⁶. Basta que o acto tenha uma relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo²⁷ que lhe dê uma concreta possibilidade de interferir ou de qualquer modo influir na emanação do acto. Assim sendo a competência do agente não tem que se referir nem a todo o

²⁶ Almeida Costa, *Comentário Conimbricense...*, pag. 664 e ss.

²⁷ Almeida Costa, *Comentário Conimbricense...*, pag. 665.

procedimento nem ao acto conclusivo do processo²⁸. É sabido nomeadamente que muitas decisões de grande relevância da Administração assentam com frequência em pareceres de especialistas, de assessores, etc. Qualquer dessas pessoas pode praticar o crime de corrupção, orientando o destino do processo em direcção a determinado resultado, sem que tenham competência para a decisão. Mas mesmo um funcionário de categoria inferior, sem competência para interferir no procedimento, pode nele intervir de forma decisiva. Imagine-se que a pretensão de um particular, por falta de entrega atempada de um documento, está em riscos de ser inviabilizada. Um funcionário qualquer, em razão da simples possibilidade de acesso às instalações do serviço, pode ter a possibilidade de fraudulentamente juntar ao processo esse documento e assim influir na decisão final.

Culpabilidade

Sob o ponto de vista subjectivo o crime de corrupção passiva para acto ilícito, em qualquer das suas modalidades, é sempre doloso. Exige-se portanto que o funcionário faça a solicitação com vista à prática do acto ou por causa da prática do acto ou aceite a dádiva ou sua promessa sabendo que é para praticar o acto ou que ela é contrapartida do acto praticado.

Consumação

Dado que o crime de corrupção passiva se consuma com a simples solicitação ou aceitação de vantagem ou da sua promessa, considera-se em geral que se trata de crime de execução imediata, não sendo possível o seu aparecimento na forma tentada²⁹. Há porém quem entenda que o crime não estará consumado enquanto o pedido de suborno ou a aceitação do mesmo não chegarem ao conhecimento do destinatário³⁰. Na perspectiva do crime de corrupção passiva como crime de dano e não como simples crime de perigo, é este o entendimento que se afigura correcto. A lesividade da conduta do agente, de facto só emerge quando a solicitação ou proposta chegam ao conhecimento do destinatário. É esse conhecimento que dá consistência,

²⁸ Carlo Benussi, obra citada, pag. 476 e ss.

²⁹ Neste sentido entre outros Francisco Muños Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 10.ª ed., pag. 838 e 839; Rodriguez Devesa, obra citada, pag. 1176; Jean Pradel e Michel Danti-Juan, *Droit Penal Spécial*, Cujas, 2.ª ed., pag. 732; Roger Merle, André Vitu, *Traité de Droit Criminel, Droit Penal Spécial, I*, Cujas, 1982, pag. 294.

³⁰ Almeida Costa, *Comentário*, pag. 675; Orts Berenguer, Valeige Alvarez, in *Comentários al Código Penal de 1995*, pag. 1819 e ss.

que objectiva a intenção do agente e que exhibe a vertente viciada da Administração. Antes do conhecimento há intenção mas pode dizer-se que está incompleta a acção, entendida esta não como mera formulação de uma ideia mas como colocação de uma proposta, directa ou indirectamente. Com o conhecimento completa-se o percurso até à consumação do crime, porque é este conhecimento que confere o cunho “mercantil” à conduta do agente já que a proposta, até esse momento, não é verdadeiramente lesiva. Só nesse momento é que se exterioriza, se exhibe a face negra da Administração manipulada.

Acrescente-se porém que, mesmo neste entendimento, serão raras as hipóteses em que se verifique a tentativa, situação que pode ocorrer, como em exemplo referido por um dos autores citados, quando a proposta é enviada por correio e a carta se extravia. Outras situações podem ser equacionadas tendo em conta as modernas possibilidades oferecidas pelos meios de comunicação, como a mensagem de correio electrónico, antes de ser aberta ou a mensagem telefónica antes da abertura da caixa de mensagens. Há no entanto que ser realista na apreciação deste tipo de questões, já que o “modus operandi” dos agentes deste tipo de crimes é em geral excessivamente cauteloso para incorrer em procedimentos deste género. As hipóteses que formulamos têm pois mais interesse académico do que prático.

Pena

O crime de corrupção passiva é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. A par da prevista para o crime de peculato, trata-se da pena mais grave prevista no capítulo em que se insere. O que não surpreende dado que o crime de corrupção passiva para acto ilícito é a forma mais grave de corrupção própria.

Trata-se não obstante do tipo base no que a este crime se refere, embora na dimensão qualitativa da corrupção própria, que o mesmo representa³¹.

³¹ De acordo com a doutrina, no âmbito da corrupção em geral, ou seja, englobando as modalidades própria e imprópria, esta representa o tipo base, sendo a corrupção própria um tipo qualificado. Por isso, quando em cima aludimos ao tipo base na corrupção passiva para acto ilícito estamos a fazer uma sub-classificação, tendo por objecto exclusivamente a corrupção própria.

É que, para além do tipo base do número 1, há ainda o tipo privilegiado do número 2, no qual se diz apenas “*Se o acto não for executado, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa*”.

O tipo privilegiado do número dois

A redacção do n.º 2 do artigo 337.º pode inculcar a ideia de que à situação nele prevista está subjacente uma menor censura do crime enquanto o acto ilícito não for praticado pelo funcionário, sendo por isso tratado nos quadros de um tipo privilegiado. Esta posição tem na sua base uma concepção formal do crime de corrupção, que seria tratado como crime de perigo e não como crime de dano. O bem protegido, embora não explicitado, seria nesta perspectiva o dever de imparcialidade do funcionário pelo que, representando a solicitação ou aceitação da dádiva um perigo de afrontamento desse bem, a sua lesão efectiva só realmente ocorreria com a prática do acto por parte do funcionário.

Próximo desta posição, não quanto aos fundamentos mas relativamente ao âmbito de aplicação da norma, está também Almeida Costa que, em anotação a disposição idêntica do Código Penal Português, na redacção de 1995, considerava que a mesma era aplicável quando, depois de pedir ou aceitar o suborno, o funcionário não praticava o acto pretendido pelo corruptor. Só que esta disciplina afronta o entendimento do mesmo autor que, atento o bem jurídico que considera tutelado, e não obstante considerar o crime como de dano, sustenta que este se verifica independentemente da prática do acto, que é alheio ao núcleo da ilicitude. Assim sendo, a prática ou não do acto, podendo em concreto influir na medida concreta da pena, não deve, só por si, constituir fundamento autónomo de um tipo privilegiado. Não surpreende por isso a posição deste autor que, face à incoerência de tal disposição, tendo em conta a natureza do tipo e o bem jurídico protegido, propunha, “*de jure condendo*”, a sua eliminação³².

Deve dizer-se que o legislador português foi sensível a estes argumentos. E tanto assim que a Lei n.º 108/01, de 1 de Janeiro de 2002 eliminou essa disposição do artigo 372.º do código.

Pela nossa parte consideramos que as posições de Almeida Costa resultavam dos parâmetros alargados em que admitia a aplicabilidade da norma, ou seja, em qualquer

³² V. *Comentário Conimbricense ao Código Penal, tomo III*, anotação ao artigo 372.º, pag. 673

caso em que o acto não tivesse ainda sido praticado.

Só que uma tal solução seria manifestamente contrária à lógica do sistema consagrado no código, nomeadamente no que se refere à autonomia do crime e ao momento da consumação. Isto só por si, atenta a presunção de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas (artigo 8.º n.º 3 do Código Civil), requereria um esforço suplementar de exegese da norma no sentido de se alcançar a sua inserção harmoniosa no sistema do regime punitivo da corrupção.

Diga-se desde já que a interpretação que estamos questionando faria do artigo 337.º uma completa anomalia. Não se duvidando que o crime se consuma com a solicitação ou aceitação de vantagens, independentemente de se ter ou não já verificado a prática do acto do funcionário, teríamos então que o crime, no caso de corrupção passiva antecedente, nasceria padecendo de malformação congénita. Nasceria na modalidade que consideramos privilegiada do número 2 e evoluiria para o tipo base do número 1 logo que praticado o acto, o que manifestamente não tem sentido.

A não ser que se aceitasse a ideia de que o tipo base é o do número 2, sendo o número 1 um tipo agravado³³.

Esta solução teria como única utilidade dar alguma consistência dogmática à interpretação que vimos contestando. Todavia representaria um compromisso com as teses da bilateralidade do crime de corrupção e transformaria a anomalia em regra com a consequente diminuição do desvalor jurídico que o legislador pretendeu associar ao crime.

É evidente que estas considerações sobre a inversão do tipo base só são feitas para demonstrar “ad absurdum” que o número 2 requer diferente interpretação. Na realidade o tipo base consuma-se na modalidade prevista no número 1, facto que ninguém contesta. E por isso só poderá evoluir para a modalidade privilegiada do número 2 se algo for acrescentado à factualidade típica anterior. O que se não pode é admitir que o crime, surgindo na modalidade do número 1, sem mais nada, se “degradasse” para o número 2. Uma coisa não pode, ao mesmo tempo e sem mais, ser e não ser. Na interpretação absurda que estamos questionando a situação seria

³³ Nesse caso a redacção do artigo 337.º deveria ser a seguinte:

1- O funcionário que, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de acto ou de omissão contrários ao dever do cargo, é punido com pena de **prisão até 3 anos ou com pena de multa**.

2- Se o facto **for executado**, o agente é punido com pena de **prisão de 1 a 8 anos**.

3- -----

exactamente essa, a não ser que se entendesse que o número 1 se aplicaria apenas à corrupção subsequente, hipótese que não tem na letra da lei nem no seu espírito qualquer base de sustentação. Aliás a corrupção subsequente não tem tratamento autónomo em sistema nenhum.

Mas então uma questão se coloca. Que elemento, que algo mais, deve ser acrescentado à factualidade do número 1 para que o crime tenha o tratamento privilegiado do número 2?

Esse elemento terá que ser a decisão do agente de não executar o acto ilícito. Decisão que aliás, como veremos, tem também que ocorrer na hipótese do número 3, apesar de não constar expressamente da letra da lei³⁴.

Foi este de resto o entendimento seguido, a propósito da já referida disposição idêntica do código português, pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, em acórdão de 29/10/92, no qual se escreveu:

A expressão “se o acto não for executado” deve ser interpretada como “se o acto não for executado por vontade própria ou desistência”.

Bem como em acórdão de 3/5/95 no qual se sustentou que a redução da pena nestes casos *“apenas tem aplicação em relação ao corrupto passivo que, por vontade sua, não executa o acto ilícito”*³⁵.

Ainda muito recentemente o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal se pronunciou sobre uma questão, que com esta tem manifestas semelhanças por lhe estarem subjacentes idênticas razões. Em relação ao âmbito de aplicação de uma norma, quase idêntica à do artigo 201.º n.º 1 do Código Penal de Macau, decidiu em acórdão de 23/09/04: *“Ao falar em restituição, ou reparação integral do prejuízo, e ao exigir que tais actos tenham lugar até ao início da audiência de julgamento, ligando-os finalmente à atenuação especial da pena, é evidente que a lei só pode ter em vista o acto de iniciativa do agente, que, no caso de restituição, não pode consistir na mera recuperação dos objectos, como consequência de uma apreensão ou de uma entrega forçada...”*.

³⁴ Na verdade a lei diz apenas “A punição não tem lugar se o agente, **antes da prática do facto**,.....”. Numa interpretação estritamente literal podia dizer-se que o repúdio seria relevante ainda que o acto fosse praticado, desde que o mesmo ocorresse antes dessa prática.

³⁵ Este acórdão refere-se ao chamado “caso Weidleplan”, relacionado com o projecto de construção do Aeroporto Internacional de Macau. Nele se consagra a interpretação aqui defendida não obstante se entender, com entendimento que não é o nosso, que o crime de corrupção passiva é um crime formal. Para análise mais detalhada V. Boletim do Ministério da Justiça n.º 447, Junho de 1995, pag. 67 e ss.

A doutrina seguida neste acórdão é exactamente a mesma dos anteriores. Restringir o benefício para o agente a situações que radiquem na conduta própria e não de terceiros.

A lógica seguida pelo legislador, perante um crime de corrupção já consumado, foi pois a seguinte:

- Se o agente, ainda assim, decidir não praticar o acto ilícito, será punido no quadro de um tipo privilegiado;
- Se para além de decidir não praticar o acto ilícito, repudiar o oferecimento ou a promessa ou restituir a vantagem, não será punido.

Mas em que se fundamenta a ideia de que o número 2 pressupõe que o agente “decidiu” não executar ou desistiu da execução do acto?

Desde logo na redacção do preceito. Nele se diz “se o acto não for executado”. O que pressupõe uma situação consolidada, assente numa opção definitiva do agente. Não se diz “enquanto não for executado” ou “se ainda não foi executado”.

Esta é a nosso ver a única forma de, tendo em conta a letra da lei e o seu espírito e sem violentar a dogmática penal, dar tratamento adequado à questão da corrupção passiva para acto ilícito no ordenamento jurídico de Macau.

Mas, se após os argumentos expostos ainda subsistisse alguma dúvida sobre esta questão, a mesma seria afastada pela consulta das actas da comissão revisora do Código Penal, referentes à discussão da norma que inspirou a disposição vigente em Macau³⁶. Aí se refere que a comissão aprovou a expressão “se o facto não for executado” no sentido (não fazer aquilo que disse que se fazia ou fazer aquilo que se afirmou não fazer), chegando a comissão a aludir a uma certa analogia entre esta situação e a burla. Ou seja, a ideia é a da existência de uma determinação do agente no sentido da não execução do facto.

Para além destas razões de índole teórica há ainda considerações de política criminal. Não choca e é desejável que a lei premeie o arrependimento e a desistência. O que não pode é a eficácia da polícia, quando se antecipa à prática do acto ilícito, premiar o delinquente.

³⁶ *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, 1993, pag. 432 e ss.

Isenção de pena

Nos termos do número 3 do artigo 337.º *“A punição não tem lugar se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor”*.

No que se refere ao número 3 existem pelo menos duas formas diferentes de abordagem da situação.

Há quem entenda que se trata de um caso de arrependimento activo³⁷. Neste entendimento a situação seria enquadrável no conceito da desistência e teria cobertura no disposto no artigo 23.º n.º 1, parte final, do Código Penal, relativo a situações em que, não obstante a consumação do crime, tendo o agente evitado um resultado não compreendido no tipo (execução do acto) e reposto na medida do possível a situação prévia ao cometimento do crime, se trata a conduta nos quadros da desistência.

Este entendimento assenta no pressuposto de que o crime de corrupção passiva é um crime formal e que a sua incriminação teria em vista evitar a produção do resultado traduzido na prática de acto ilícito por parte do funcionário. Ora, se estivéssemos perante uma situação de desistência tal como sustentado acima, o número 3 seria desnecessário. Tudo se processaria de acordo com o disposto no artigo 23.º n.º 1, parte final, do Código Penal.

Uma abordagem algo diferente desta questão é feita por Almeida Costa³⁸ que, situando-a embora no mesmo terreno, a considera como “hipótese atípica” de arrependimento activo, assente em razões político-criminais semelhantes à da desistência. Por esta via, que se afigura mais convincente, se acolhe a efectiva pretensão do legislador de fazer relevar o arrependimento do agente com a conseqüente tentativa, na medida do possível, de reparação do dano, fugindo-se à dificuldade decorrente da autonomia em relação ao artigo 23.º que, como vimos, radica na natureza do tipo.

Curiosamente, na anotação ao artigo 337.º do Código Penal de Macau, Leal Henriques e Simas Santos dizem apenas que “O n.º 3 consagra regras que têm em conta a responsabilidade criminal mitigada do agente: nele, que contempla mesmo a dispensa

³⁷ Neste sentido Leal-Henriques e Simas Santos, em anotação ao artigo 372.º do Código Penal Português, *Código Penal Anotado*, Volume II, 3.ª ed., pag. 1600.

³⁸ *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, tomo III, anotação ao artigo 372.º, pag. 673.

de pena, premeia-se o repúdio voluntário, antes da prática do facto, do oferecimento ou a sua promessa já aceites, ou a restituição da vantagem ou do seu valor no caso de coisa fungível”³⁹. Esta posição aproxima-se notoriamente da anteriormente exposta, embora não se faça qualquer referência ao respectivo enquadramento dogmático.

Na verdade, em que medida se pode dizer que o acto é o resultado do crime de corrupção passiva para acto ilícito? O resultado está a montante, na viciação da actividade administrativa. Repare-se que a diferença entre a corrupção passiva própria e imprópria tem apenas a ver com a ilicitude ou licitude do acto. Mas a estrutura do crime é idêntica. A pena varia em função da ilicitude ou licitude do acto apenas por manifestarem diferentes graus de contaminação da autonomia intencional da Administração. Se o resultado do crime se traduzisse no acto do funcionário teríamos que na corrupção imprópria o resultado seria um acto lícito. E na corrupção subsequente o resultado seria anterior à prática do crime.

O número 3 do artigo 337.º consagra uma opção legislativa baseada em razões de política criminal, que tem subjacente a aludida base de arrependimento activo. E que exige, não apenas o repúdio ou a restituição mas também a decisão do agente de não praticar o acto. Embora este requisito não conste expressamente da lei, dela se depreende. Não basta com efeito qualquer dessas atitudes. Têm as mesmas que ser acompanhadas pela decisão de não praticar o acto. Por isso mesmo é que o disposto no n.º 3 só é aplicável aos casos em que o repúdio ou a restituição tenham lugar antes da prática do acto.

Temos pois o tipo base do crime de corrupção passiva para acto ilícito, previsto no número um, um tipo privilegiado com redução substancial da pena previsto no número dois e finalmente, no número três, a enumeração dos requisitos que conduzem à não punição do agente.

Sendo verdade que as situações previstas nos números dois e três ocorrem após a consumação, verdade é também que o legislador não ficou indiferente ao facto de o acto ilícito ser ou não ser praticado. Afinal, a prática efectiva do acto ilícito, sendo embora alheia ao tipo, dá à conduta do agente uma objectiva gravidade acrescida que representa um mal para além daquele, que mina a confiança na Administração, tornando efectiva a viciação da sua actuação nos termos e nos domínios em que o acto ilícito venha a ser praticado.

³⁹ Leal Henriques, Simas Santos, *Código Penal de Macau*, 1996, pag. 952.

E também não podia o legislador ficar indiferente perante acto voluntário de repúdio do oferecimento ou promessa ou restituição da vantagem. Não afectando a consumação do crime, a verdade é que essas condutas de alguma forma são restauradoras do desvio operado na acção administrativa e da confiança violada.

Por isso devem ser incentivadas e recompensadas.

Corrupção e figuras próximas

O crime de corrupção passiva para acto ilícito tem na sua vizinhança tipos criminais de contornos semelhantes que por vezes podem suscitar algumas dificuldades de diferenciação. Desde logo as outras modalidades de corrupção. Consideramos porém que a exposição já feita neste trabalho esclarece os vários problemas que poderiam surgir e que dele emerge uma ideia suficientemente clara quanto a esses diferentes tipos.

Mas para além dos crimes de corrupção há outras figuras próximas, às quais não foi feita referência ou referência bastante. Estão neste caso os crimes de concussão (art.º 344.º) e abuso de poder (art.º 347.º). Façamos uma curta incursão nestes tipos, não no sentido de uma análise detalhada mas para descobrir alguns traços que ajudem a estabelecer a sua destriça relativamente ao crime de corrupção.

Corrupção e concussão

Diz o artigo 344.º:

1- O funcionário que, no exercício das suas funções ou de poderes de facto delas decorrentes, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, receber, para si, para o Território ou para terceiro, mediante indução em erro ou aproveitamento de erro da vítima, vantagem patrimonial que lhe não seja devida, ou seja superior à devida, nomeadamente contribuição, taxa, emolumento ou multa, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2- Se o facto for praticado por meio de violência ou ameaça com mal importante, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Das várias maneiras de viciar a vontade da Administração, colocando-a ao serviço de interesses privados do próprio funcionário ou de terceiro, uma delas é a concussão, que tem notáveis semelhanças com o crime de corrupção.

É também um crime próprio, que só pode ser levado a cabo por funcionário e também no exercício das respectivas funções.

De comum tem ainda a circunstância de a conduta poder ser levada a cabo pelo próprio funcionário ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação.

Traduz-se ainda na obtenção para o agente, para o Território (leia-se RAEM) ou para terceiro de vantagem patrimonial que lhe não seja devida ou superior à devida, podendo ser contribuição, taxa, emolumento, multa ou qualquer prestação.

Diferença manifesta existe logo na qualidade da vantagem obtida. Na corrupção pode ser de natureza patrimonial ou não patrimonial. Na concussão terá sempre natureza patrimonial, consistindo normalmente em dinheiro.

Mas a faceta que distingue a concussão da corrupção é o “metus publicae potestatis” ou seja, o temor da autoridade, que ocorre na concussão e não existe na corrupção.

De facto, o crime de corrupção passiva está normalmente ligado a um crime de corrupção activa. O corruptor activo procura um corrupto passivo ou vice versa. Em nenhum destes casos pode o corruptor ser considerado uma vítima. É antes um parceiro porquanto beneficia da prática de um acto, seja legítimo ou ilegítimo, pelo qual aliás pagou. Finalmente o corruptor sabe que a quantia que oferece ou que lhe é solicitada não é devida.

No caso da concussão a situação é radicalmente diferente. A pessoa a quem é solicitada a vantagem não tem qualquer acordo com o funcionário e está por erro próprio ou por erro induzido pelo funcionário convencida de que tem de pagar determinado montante que é superior ao devido ou que nem sequer é devido.

Ignora por isso também a vítima que o funcionário busca um benefício para si ou para terceiro, já que a pretensão é apresentada não como própria mas como direito

da entidade para quem faz a cobrança⁴⁰.

Em que medida se verifica então o alegado “metus publicae potestatis”?

Aparentemente ele só existirá na modalidade qualificada prevista no n.º 2 do artigo, onde expressamente se alude ao uso pelo agente de violência ou ameaça com mal importante. No número 1 o que existe é um erro da vítima, não corrigido pelo funcionário, ou induzido pelo próprio funcionário.

Há no entanto que ter em conta que em geral o cidadão não questiona as imposições que lhe são feitas pela Administração, ciente por uma lado da rectidão da função pública e receoso por outro de as contestar ou pedir esclarecimentos. Por outro lado há todo um aparelho judiciário ou policial apto à execução coactiva das determinações do poder público que, independentemente de só poder operar dentro de determinadas regras e no respeito pelos direitos dos cidadãos, ainda assim impõe uma espécie de respeitosa obediência. É neste sentido que se entende o temor reverencial pela autoridade que no entanto, há que reconhecê-lo, com a afirmação progressiva dos direitos de cidadania, se vai esbatendo e cedendo o lugar à exigência do reconhecimento dos direitos cívicos.

Esclareça-se ainda que violências e ameaças a que se refere o número 2 têm que estar associadas ao exercício da actividade do funcionário, à sua competência funcional. E se não será difícil imaginar um caso de ameaça de mal importante (instauração de um processo criminal, apreensão de bens em processo executivo, etc.), já no entanto é difícil conceber uma situação de violência compreendida no exercício de funções. Isso requer uma atenção à conduta do agente que, neste caso, poderá ir para além da previsão típica deste crime e situar-se, se ocorrerem os outros elementos para além da violência, nos parâmetros do crime de roubo.

Finalmente há que ter em conta que este crime é pluriofensivo. Na verdade, para além de nele se proteger o mesmo bem jurídico protegido pelo crime de corrupção, protege-se ainda o património e a liberdade da vítima. Pelo que neste caso a consumação do crime ocorre não apenas com a solicitação mas com a entrega da quantia não devida.

De tudo quanto ficou exposto resulta ainda que, em muitas situações, surgirão fundadas dúvidas sobre se a quantia entregue por uma pessoa a funcionário foi resultado

⁴⁰ Este elemento é considerado pela doutrina francesa como decisivo na diferenciação entre corrupção e concussão. V. Roger Merle, André Vitu, obra citada, pag. 277.

de exigência formulada por este, induzindo o particular em erro ou antes oferecida ou solicitada para a prática de acto lícito ou ilícito por parte do funcionário.

Corrupção e abuso de poder

Nos termos do artigo 347.º:

O funcionário que, fora dos casos previstos nos artigos anteriores, abusar de poderes ou violar deveres inerentes às suas funções, com intenção de obter, para si ou para terceiro, benefício ilegítimo ou de causar prejuízo a outra pessoa, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Em todos os casos que estivemos analisando e na generalidade dos que constam do capítulo em que os mesmos se inserem, pode dizer-se que se verifica um abuso de poderes ou violação de deveres por parte do funcionário.

Daí que este tipo de crime se assuma na própria letra da lei com carácter residual, sendo aplicável “fora dos casos previstos nos artigos anteriores” e punido nos termos nele previstos “se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

Trata-se também um crime próprio, que é cometido através de abuso de poderes ou violação de deveres, sendo que o abuso de poderes é já por si uma violação de deveres, embora a inversa possa não ser verdadeira. Até aqui não há traços distintivos em relação ao crime de corrupção.

As diferenças começam na componente subjectiva específica do crime. De facto, enquanto na corrupção o agente procura obter para si ou para terceiro uma vantagem patrimonial ou não patrimonial que não seja devida, neste caso o intuito do agente é a obtenção, para si ou para terceiro, de um benefício ilegítimo ou de causar um prejuízo a outra pessoa.

A lei não qualifica o tipo de benefício ou de prejuízo, pelo que este pode ser patrimonial ou não patrimonial, como por exemplo, relacionado com um concurso de pessoal, progressão na carreira, concessão ou negação de uma licença, etc.

Uma outra diferença é que diferentemente do que acontece na corrupção, o benefício ou prejuízo não se configuram como contrapartida do acto, embora dele sejam consequência.

Nas situações com maior ocorrência o benefício está incorporado no próprio acto (por exemplo a concessão “contra legem” de uma licença) ou omissão (como a retenção de um auto de uma infracção, poupando o infractor ao pagamento de uma coima), é de natureza não patrimonial, sendo o beneficiário um terceiro. Os casos mais comuns de abuso de poder em que é beneficiário, directa ou indirectamente, o próprio funcionário, são aqueles em que não são observadas as normas relativas a incompatibilidades.

Também mais comuns serão os casos em que o agente actua no sentido de proporcionar um benefício ilegítimo do que causar um prejuízo. Todavia também com frequência, sendo propósito específico do agente conceder um benefício a A, necessariamente provoca um prejuízo a B. Pense-se nas hipóteses dos concursos em que, para beneficiar um concorrente tem que necessariamente se prejudicar outro. Aliás as queixas por abuso de poder ocorrem normalmente neste tipo de casos.

A consumação do crime não exige a efectiva obtenção do benefício ilegítimo ou a ocorrência do prejuízo. Exige-se apenas o abuso de poderes ou violação de deveres inerentes às funções com a intenção de obter benefício ou causar prejuízo ilegítimos. É pois um crime de mera actividade⁴¹, tal como por exemplo o tipo base do crime de prevaricação, previsto no artigo 333.º número 1.

⁴¹ As opções de política criminal relativamente a esta matéria são muito diversas. Desde sistemas penais que dispensam qualquer previsão de natureza subsidiária até aos que, admitindo o crime de abuso de funções, lhe assinalam maior ou menor latitude.

Um exemplo de regime muito aberto é o que nos é dado pelo artigo 404.º do Código Penal espanhol, segundo o qual “A autoridade ou funcionário público que, sabendo da sua injustiça, ditar resolução arbitrária em assunto administrativo, será punido com pena de inabilitação especial para emprego ou cargo público pelo período de sete a dez anos”. Esta norma penaliza a simples ilegalidade administrativa, dolosamente praticada, desde que arbitrária e injusta. A lei espanhola não exige pois qualquer resultado danoso ou benefício ilegítimo, nem sequer qualquer intenção do agente em direcção a tal resultado.

Uma posição mais restritiva foi a adoptada pelo Código Penal de Macau, no artigo 347.º o qual, como acima foi referido, exige ainda a intenção do agente de obter um benefício ilegítimo ou causar prejuízo a outrem, sem no entanto reclamar a produção de qualquer resultado.

Ainda mais restritiva é a actual lei italiana. A evolução do direito italiano merece aliás alguma atenção porque nos elucida sobre as principais questões que se têm levantado à volta deste crime e sobre a natureza da sua estrutura objectiva.

O crime de abuso de poder, na redacção original, de 1930, do artigo 323.º do Código Penal italiano era formulado nos termos seguintes: “O funcionário público que, abusando dos poderes inerentes às suas funções, cometer, para provocar a outrem um dano ou para obter uma vantagem, qualquer facto não previsto como crime em uma particular disposição legal, é punido com prisão até dois anos ou com multa de cem mil a dois milhões de liras”. Nesta versão o crime tinha natureza tipicamente genérica e subsidiária (F. Antolisei, obra citada, parte especial, II, pag. 797), sendo por isso mesmo designado como “abuso genérico de funções”. O crime só se verificava quando a conduta não integrasse outro tipo, fosse mais ou menos grave. Era entendimento consensual que a consumação não requeria a ocorrência de

Em algumas situações um aparente crime de abuso de poder oculta um verdadeiro crime de corrupção. Por isso mesmo é que resumidamente aludimos também a este crime. A questão coloca-se exactamente nos mesmos termos que em relação à concussão. É uma questão de prova mas que sempre exige a ponderação de tal possibilidade, em termos de boa orientação da actividade investigatória. O que mais frequentemente acontecerá é que, na investigação de um crime de corrupção, os elementos de prova recolhidos não permitam ir além de uma acusação pelo crime de abuso de poder.

qualquer resultado, requerendo-se apenas dolo específico por parte do autor.

Na reforma de 1990, a norma passou a ter a seguinte redacção: “O funcionário público ou o encarregado de serviço público que, com o intuito de obter para si ou para outrem uma vantagem não patrimonial injusta ou provocar a outrem um dano injusto, abusar das suas funções, é punido, se o facto não constituir crime mais grave, com prisão até dois anos. Se o facto for cometido para obter para si ou para outrem uma vantagem patrimonial injusta, a pena será de prisão de dois a cinco anos”.

Porquê esta evolução?

Com a reforma de 1990 o legislador pretendeu transformar este tipo de crime num tipo-charneira do sistema de crimes contra a Administração Pública (Fiandaca, Musco, obra citada, I, pag. 240).

Todavia a estrutura do crime concebida pelo legislador de 1990 não era muito diferente da anterior, salvo quanto ao facto de a cláusula de subsidiariedade (se o facto não for previsto como crime em outra particular disposição legal) ter sido convertida em cláusula de consunção (se o facto não constituir crime mais grave) – V. A. Pagliaro, obra citada, pag. 237 – e no que respeita à medida da pena bem mais pesada na nova versão. Continuou pois a ser entendido pela doutrina como crime de dolo específico mas não de resultado. E para além disso reforçou a protecção contra a ilegalidade administrativa por via indirecta, na medida em que a medida da pena, nos casos de maior gravidade, permitia o recurso à prisão preventiva.

Em determinados meios da sociedade italiana suscitou-se porém viva oposição aos termos da redacção da norma que resultou da reforma de 1990. Esta reacção só pode ser compreendida tendo em conta o ambiente político vivido em Itália durante os anos 90, de conflito aberto entre as magistraturas e alguns elementos da classe política, a propósito do combate à corrupção. Dizia-se que o crime de “abuso de poder” (em Itália designado por abuso de funções), por alegada generalidade na sua formulação, não só violava o princípio da taxatividade, mas era também usado como instrumento de interferência dos juízes nos poderes da Administração. Daí ter surgido uma corrente de opinião que foi acolhida na alteração da norma, pela lei de 16 de Julho de 1997, que veio restringir o seu âmbito ao acrescentar a exigência de novos requisitos para a verificação do crime. O crime do artigo 323.º passou a ter a seguinte formulação: “Se o facto não constituir crime mais grave, o funcionário público ou o encarregado de serviço público que, no desempenho de funções ou serviço, violando normas legais ou regulamentares, ou omitindo de abster-se em presença de um interesse próprio ou de um parente próximo ou em outros casos previstos, intencionalmente obtiver para si ou para outrem uma vantagem patrimonial injusta ou causar a outrem um dano injusto é punido com prisão de seis meses a três anos.

A pena é agravada nos casos em que a vantagem ou o dano tenham carácter de relevante gravidade”.

Só a partir de 1997 foi em Itália o crime de abuso de poder desenhado como crime de resultado, para além de ter sido convertido em crime de execução vinculada. Esclareça-se finalmente que as teses no sentido de que a configuração do tipo, anterior à redacção actual, pela sua alegada indeterminação e por se bastar com o dolo específico, atentava contra a constituição, nunca ganharam acolhimento no tribunal constitucional. E se dermos crédito à posição assumida pelo tribunal da Cassação, em 10/11/1997, com a alteração de 1997 e sob o ponto de vista do direito penal substantivo, o legislador prosseguiu dois objectivos principais: evitar a aplicação relativamente a este crime da medida de coacção de prisão preventiva e evitar a interferência judiciária na esfera da discricionariedade administrativa (V. Códice Penale Operativo, Edizioni Simoni, 2002, pag. 537).

Obviamente que nenhuma destas razões e expressas ou implícitas intenções interferem com o regime vigente em Macau, que claramente consagra um crime de dolo específico, que se consuma independentemente de qualquer resultado.

Pelo vasto conjunto de situações em que esta disposição pode ser aplicada, atento o seu carácter subsidiário, o bem jurídico com ela protegido tem necessariamente que ser bastante genérico, afigurando-se que a imparcialidade da Administração Pública é aquele que melhor se identifica com o valor que a norma procura salvaguardar.

O crime de riqueza injustificada e as garantias do processo penal

Introdução

A transparência das Instituições e da Administração Pública é um requisito do seu bom funcionamento e uma exigência dos cidadãos nas sociedades modernas.

Nesse sentido dotam-se os ordenamentos jurídicos de medidas de diversa natureza, incidindo particularmente num apertado regime de exercício de funções públicas bem como de incompatibilidades, tendentes a garantir o seu exercício empenhado e imparcial, sejam as funções de natureza política, legislativa, administrativa ou judicial.

Mais recentemente tem vindo a acentuar-se a importância da transparência e probidade dos titulares de cargos públicos e dos trabalhadores da Administração Pública já que não pode haver transparência das instituições públicas, sem transparência e probidade daqueles que nelas trabalham ou que por outra via merecem a confiança da comunidade.

Um importante instrumento para esse objectivo é o controlo de riqueza dos titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública.

O processo para adopção de medidas nesse sentido iniciou-se em Macau com a publicação da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção) que, no seu artigo 7.º, previa a aplicação de penas disciplinares aos funcionários¹ no activo ou aposentados que estivessem na posse de património ou rendimentos não correspondentes às remunerações percebidas ou declaradas ou que mantivessem nível de vida superior ao que as remunerações do cargo permitiriam, desde que para isso não dessem explicação satisfatória ou não demonstrassem a origem lícita dos bens ou rendimentos.

¹ O conceito de funcionário era o consagrado no artigo 10.º do mesmo diploma. Todavia, de acordo com o n.º 2, o regime do artigo 7.º não era aplicável aos equiparados a funcionário, onde estavam incluídos, entre outros, os titulares de cargos políticos.

Tratava-se todavia de uma norma de difícil aplicação. Por um lado porque consagrava um mero ilícito disciplinar, com todas as restrições que daí resultavam em matéria de investigação. Por outro lado porque estava desenquadrada de um regime geral de controlo de rendimentos, na altura ainda inexistente.

A génese do crime de riqueza injustificada

Foi a Lei n.º 13/92/M, de 17 de Agosto que, pela primeira vez, consagrou a obrigatoriedade de apresentação de uma declaração de interesses patrimoniais, embora aplicável apenas a alguns titulares de cargos políticos: deputados à Assembleia Legislativa, vogais do Conselho Consultivo, membros dos órgãos municipais e outros que, por lei, viessem a ser abrangidos.

Era uma lei tímida, quer quanto ao âmbito da sua aplicação quer no que se refere às consequências da sua violação. De facto, para além de um regime excessivamente restritivo no acesso ao conteúdo da declaração, criava limitações severas quanto ao uso dos elementos dela constantes, como meio de prova. O acesso à parte IV, a mais importante da declaração, carecia de autorização prévia do Tribunal Superior de Justiça, conferida através de acórdão, a requerimento de autoridade judiciária. E só podia ser utilizado como prova para a solução de litígios judiciais ou para a descoberta da verdade em processo criminal, o que levantava grandes restrições à sua utilidade no que se refere ao controlo de rendimentos dos obrigados à declaração. É que como já vimos, ao tempo da aprovação desta lei, os sinais exteriores de riqueza injustificada não constituíam crime, mas ilícito de natureza disciplinar. O que significa que nem para este efeito podiam ser usados como prova, embora o pudessem ser para prova de outras situações que integrassem prática de crime.

As provisões penais criadas pela Lei n.º 13/92/M, de 17 de Agosto, estavam primordialmente orientadas para a salvaguarda de três interesses: o da efectiva entrega das declarações, o da verdade do seu conteúdo e o da garantia da sua não utilização indevida.

No que se refere ao cumprimento da obrigação da entrega, nos termos do artigo 13.º n.º 1 era a sua inobservância culposa punida com multa correspondente ao triplo da remuneração mensal correspondente ao cargo, implicando ainda a suspensão do pagamento da remuneração, até efectivo cumprimento do aludido dever.

No que concerne à verdade da declaração, nos termos do artigo 13.º n.ºs 2 e 3, a inexactidão dos elementos dela constantes era punida com multa, se cometida com negligência grosseira, ou com a pena do crime de falsas declarações, sendo dolosa.

Finalmente, para garantia da não utilização indevida do conteúdo da declaração, o artigo 9.º n.º 3 punia como violação do segredo de justiça todos aqueles que no exercício das respectivas funções ou por causa delas tivessem acesso à parte IV das declarações e não respeitassem o dever de sigilo. Para além desta existia uma outra disposição penal, no artigo 12.º n.ºs 1 e 2, que punia a divulgação dos elementos constantes da parte IV, fora dos condicionalismos legalmente previstos, em termos particularmente rigorosos já que o n.º 3 do mesmo artigo vedava a possibilidade de substituição da pena de prisão por multa bem como a suspensão da execução da pena. Esta disposição, pretendendo ter um âmbito geral de aplicação, fora portanto do domínio específico a que se referia a anterior, criava no entanto dificuldades de articulação com aquela.

Os princípios subjacentes a este regime penal eram da maior importância na fase de criação daquilo que em boa verdade é um ficheiro com importante informação destinada a assegurar a transparência da Administração Pública mas que paralelamente podia, desacompanhada de importantes cautelas de salvaguarda contra utilização abusiva, constituir instrumento de mera intromissão na esfera privada do cidadão. Daí que estes valores nunca deixassem de estar presentes e fossem mesmo reforçados nas alterações subsequentes.

A Lei n.º 13/92/M lançou pois as bases para a consagração da obrigatoriedade de declaração de rendimentos, apesar de padecer de claras limitações, quer quanto ao leque dos seus destinatários, quer no que se refere ao seu alcance e mesmo no plano meramente sancionatório. Mas apesar dessas limitações, ela representou o primeiro passo de um processo que foi objecto de sucessivos aperfeiçoamentos.

Seguiu-se-lhe um outro diploma, a Lei n.º 3/98/M, de 29 de Junho, que teve desde logo o mérito de impor o dever de apresentação de declaração de rendimentos e interesses patrimoniais a todos os titulares de cargos políticos, cargos públicos, funcionários, agentes e demais trabalhadores da Administração Pública. De facto não tinha razão plausível o âmbito da lei anterior. Para além de se aplicar apenas aos titulares de cargos políticos, nem sequer os abrangia a todos, sem razão válida para excluir por exemplo os membros do executivo, criando suspeitas quanto aos motivos de tal exclusão e afectando de forma clara a credibilidade do diploma quanto aos fins últimos que pretendia prosseguir.

Este diploma reforçou também a componente de intervenção penal a diversos níveis. Colmatando uma falha da legislação anterior, previu relativamente àqueles que persistiam em não apresentar a declaração, a sua intimação para a entregar em 30 dias, sob cominação do crime de desobediência (artigo 25.º n.º 2).

Alargou a sanção penal ao cônjuge que, intencional e injustificadamente não facultasse os elementos necessários ao preenchimento da declaração (artigo 28.º n.º 2).

Todavia a inovação mais significativa, no conjunto do reforço dos mecanismos sancionatórios, foi a previsão, no artigo 26.º, do crime de “sinais exteriores de riqueza injustificada”².

Com esta disposição o legislador deu dois sinais importantes: o de que se não bastava com sanções disciplinares, reconhecendo o desvalor da conduta a ponto de lhe dar relevância criminal; o de que esta previsão penal, diferentemente do que acontecia com a anterior infracção disciplinar, deveria aplicar-se não apenas a funcionários, agentes e demais trabalhadores da Administração Pública mas também aos titulares de cargos políticos e cargos públicos.

Este mesmo crime, agora sob a epígrafe de “riqueza injustificada”, foi objecto de nova redacção, constante do artigo 28.º n.º 1 na mais recente lei sobre esta questão, a Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho.

Diz o artigo 28.º n.º 1:

“Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias”.

² Artigo 26.º:

1- Os titulares de cargos políticos, cargos públicos, funcionários, agentes e demais trabalhadores da Administração Pública previstos no artigo 2.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos superiores aos indicados na respectiva declaração prevista nesta lei e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias.

2- O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor do Território.

Na versão actual há diferenças da redacção da lei anterior desde logo no que se refere aos sujeitos do crime. Todavia o universo de aplicação do artigo não diverge substancialmente. A nova redacção, que englobou os anteriores titulares de cargos políticos e cargos públicos na designação única de titulares de cargos públicos, ajustou-se no essencial à nova estrutura político-administrativa da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (que passaremos simplesmente a designar por RAEM), o que obrigou às necessárias adaptações.

Mais significativa é a diferença de redacção no que concerne a um dos requisitos do crime. Enquanto na redacção anterior se penalizava a posse de património ou rendimentos “superiores” aos declarados, pune-se agora a posse de património ou rendimentos “anormalmente superiores” aos declarados. A alteração afigura-se razoável porquanto o simples facto de o património ou rendimentos serem superiores não tem necessariamente relevância penal. Já assim não acontece quando sejam “anormalmente superiores”, conceito que deverá ser fixado por via jurisprudencial mas que apontará para uma situação patrimonial que os proventos legítimos não possam objectiva e manifestamente explicar.

A consagração deste tipo legal de crime não é inédita. Disposição semelhante encontra-se prevista no capítulo 201 “prevention of bribery ordinance”, secção 10, “possession of unexplained property”, de Hong Kong³ que, para além da posse de rendimentos ou propriedade desproporcionados, penaliza também quem mantenha um nível de vida superior ao que os rendimentos poderiam proporcionar.

Regime próximo está também previsto no artigo 395.º, primeiro parágrafo, do Código Penal da República Popular da China⁴.

Deve dizer-se que a consagração deste crime na legislação de Macau mereceu de início algumas interrogações, que porventura ainda subsistem. As dúvidas prendiam-se com a possibilidade de este tipo violar os princípios da presunção de

³ Este diploma, na sua versão de 9 de Maio de 2003 (que relativamente à redacção anterior se limita a substituir a expressão “Crown servant” por “prescribed officer”), diz o seguinte no número 1: “Qualquer pessoa que, sendo ou tendo sido funcionário

a) mantenha um nível de vida superior ao compatível com o seu actual ou passado vencimento; ou
b) esteja na posse de rendimentos ou propriedade desproporcionados em relação ao seu vencimento actual ou do passado, será considerado culpado de um crime, a não ser que dê ao tribunal explicação satisfatória sobre como foi capaz de manter tal nível de vida ou como obteve a propriedade de tais rendimentos ou propriedade”.

⁴ Diz o parágrafo 1.º do artigo 395.º do C. Penal da R.P. China: “Qualquer funcionário do Estado cujos bens ou despesas manifestamente excedam os seus proventos legítimos, se tal diferença for muito grande, pode ser notificado para explicar a proveniência dos bens. Se não conseguir explicar a proveniência legítima, a parte que exceda os seus legítimos proventos será considerada como ganho ilegal, será condenado em pena de prisão não superior a cinco anos ou em detenção criminal e recuperada a parte que exceda os legítimos rendimentos”.

inocência, impondo ao arguido o ónus de provar a proveniência lícita dos seus rendimentos ou património.

Tal situação, ao tempo da aprovação Lei n.º 3/98/M, de 29 de Junho, seria segundo alguns violadora das garantias de processo criminal consagradas no artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa⁵.

Com o estabelecimento da RAEM deixou de se colocar o problema da constitucionalidade. Ainda assim será útil apreciar a norma que prevê este crime, bem como o número 2 relativo à perda de património, no contexto do ordenamento jurídico da Região.

A nosso ver há duas normas fundamentais para testar a validade da disposição do artigo 28.º n.º 1 da Lei de 28 de Julho. São elas o artigo 29.º, 2.º parágrafo da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (que passaremos a designar simplesmente por Lei Básica) e o artigo 14.º n.º 2 e 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), tornado extensivo a Macau por resolução da Assembleia da República n.º 41/92, publicada em Macau em 31 de Dezembro de 1992 e cuja vigência após o estabelecimento da RAEM foi salvaguardada pelo artigo 40.º, parágrafo 1.º, da Lei Básica.

Nos termos do artigo 29.º, 2.º parágrafo, da Lei Básica, “**Quando um residente de Macau for acusado da prática de crime deve presumir-se inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação pelo tribunal**”. Este mesmo regime é aplicável a quaisquer outras pessoas que se encontrem na RAEM, ainda que não residentes, nos termos do artigo 43.º da mesma lei.

Por sua vez dispõe o artigo 14.º n.º 2 do PIDCP: “**Qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida**”.

Aparentemente, ao impor ao arguido a justificação da proveniência do património ou rendimentos ou demonstração da sua proveniência lícita, a lei estaria a infringir os citados artigos da Lei Básica e do PIDCP, contrariando o princípio da presunção de inocência, invertido através de um ónus probatório que só à acusação deveria competir.

⁵ A questão da legalidade estatutária da norma e da sua eventual inconstitucionalidade foi discutida na sessão de 7 de Abril de 1998 da Assembleia Legislativa de Macau (Diário da Assembleia Legislativa, I série n.º 40), tendo todavia prevalecido o entendimento, de resto não contestado, de que se não suscitavam problemas de legalidade estatutária ou de constitucionalidade.

A estrutura da norma e sua conformidade com as garantias do processo penal

As dúvidas acima suscitadas prendem-se todavia com o modo de redacção da norma.

Suponhamos que, à semelhança do caminho seguido pelo legislador de Hong Kong, a disposição tinha sido formulada da seguinte maneira: *“Os obrigados à declaração nos termos do artigo 1.º que, por si ou por interposta pessoa, estejam na posse de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas, são punidos com pena de prisão até três anos e multa até 360 dias, excepto se justificarem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou demonstrarem satisfatoriamente a sua origem lícita”*.

É bom de ver que o significado da norma, quer na formulação constante da lei quer na alternativa aqui suposta, é exactamente o mesmo. No entanto, do ponto de vista da sua estrutura formal, presta-se a diferentes interpretações.

Na formulação que foi simulada é perfeitamente claro que a excepção contida na última parte é um elemento negativo do tipo, consagrando uma causa de exclusão da ilicitude.

Na redacção que consta da lei fica-se com a impressão de que estamos perante um elemento positivo do tipo, negativamente formulado. A expressão *“e não justifiquem”* cria a ideia de que a não justificação é algo que terá que ser acrescentado aos requisitos anteriores para a verificação do crime⁶. É esta aparência que cria a dificuldade de interpretação.

Na realidade porém, abdicando das questões de forma e centrando-nos na substância, constatamos que também aqui se está perante um elemento negativo do tipo, sob a aparência de elemento positivo.

Antes de prosseguir com a análise desta questão há pois que fazer uma curta referência à teoria dos elementos negativos do tipo e à diferença entre elementos negativo e elementos positivos negativamente formulados.

⁶ Sobre as diferenças entre elemento negativo do tipo e elemento positivo negativamente formulado V. entre outros: Claus Roxin, *Derecho Penal*, parte general, I, civitas, 1997, pag. 283 e ss; Günter Jakobs, *Derecho Penal*, Parte General, Marcial Pons, 1995, pag. 192 e ss; H. H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I, Bosh, pag. 338 e ss; Marcello Gallo, *Appunti di Diritto Penale*, II, Torino, pag. 144 e ss.

A teoria dos elementos negativos do tipo, que H. H. Jescheck situa no pólo oposto ao da teoria dos tipos abertos⁷, sustenta que nele devem caber todos os elementos relevantes para o juízo sobre a ilicitude, aglutinando o tipo não apenas os elementos positivos do comportamento punível mas também a não verificação das circunstâncias excludentes da ilicitude⁸. Esta teoria não separa pois a tipicidade da ilicitude, exigindo a apreciação da conduta no contexto de um “tipo total”, que incluiria todos os elementos substanciais relevantes para a apreciação “in casu” da existência de crime⁹.

Esta tese foi firmemente combatida por Welzel, que a apelidava de confusa, já que para este autor a tipicidade não se deve misturar com a ilicitude¹⁰. Não obstante esta oposição, a teoria chegou a ganhar importantes adeptos e contribuiu para a discussão à volta do problema de saber, no que respeita à estrutura do crime, sobre as vantagens da teoria tripartida (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) ou bipartida (tipicidade, culpabilidade), esta associada precisamente à teoria dos elementos negativos. A teoria dos elementos negativos foi no entanto perdendo terreno já que, entre as causas de justificação e os elementos positivos do tipo há desde logo uma acentuada diferença no plano material. É que, como refere Jakobs¹¹, a justificação pode anular a ilicitude mas não a anormalidade social do facto típico.

Situação diferente é a que se verifica com os elementos do tipo concebidos negativamente. Trata-se de elementos constitutivos cuja ausência inviabiliza a perfeição da estrutura típica, da qual são parte integrante e que conferem natureza anómala ao comportamento abrangido pela norma. Estes elementos inserem-se em condutas socialmente adequadas que, face à sua presença, passam a ter relevância penal, como acontece com a falta de consentimento nos artigos 150.º n.º 1, 184.º n.º 1 ou 191.º n.º 1 do Código Penal.

Em caso de dúvida quanto a saber se determinado elemento deve ser caracterizado como elemento negativo do tipo ou elemento positivo negativamente formulado, é útil o critério fixado por Roxin: é elemento positivo negativamente formulado caso se

⁷ H. H. Jescheck, obra citada, pag. 338.

⁸ Eduardo Correia, *Direito Criminal I*, Almedina, 1971, pag. 311 e ss.

⁹ Claus Roxin, obra citada, pag. 284.

¹⁰ Hans Welzel, *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, B de F, 2001, pag. 89 e ss.

¹¹ G. Jakobs, obra citada, pag. 194.

destine a controlar uma conduta em geral socialmente adequada. É elemento negativo do tipo se excepcionalmente permitir uma conduta tipicamente criminosa¹².

Não será difícil ilustrar a diferença com exemplos.

A entrada em casa de outrem é acção socialmente aceite, que ocorre no normal dia-a-dia das pessoas. Todavia o direito pretende que tal conduta, socialmente admissível, não ocorra por forma a atentar contra o domicílio de quem quer que seja. Daí que constitua crime se essa entrada se verificar “sem consentimento”. Esta ausência de consentimento é pois um elemento positivo do crime do artigo 184.º n.º 1 do Código Penal, embora formulado negativamente.

Já a detenção de armas brancas que possam ser usadas para agressão, é conduta socialmente reprovável, pelo perigo que tal conduta representa para a vida ou integridade física das pessoas. Por isso essa conduta é punida criminalmente, nos termos do artigo 262.º n.º 3, se o portador não justificar a sua posse, ou seja, excepto se o portador justificar a posse. Aqui estamos perante um elemento negativo do tipo dado que o facto vem permitir uma conduta tipicamente criminosa.

Esta explanação sobre os elementos negativos do tipo era indispensável para a análise que estamos a fazer do crime de riqueza injustificada. Resta acrescentar que, embora a referida teoria esteja ultrapassada, os elementos negativos obviamente existem, não como componente necessária do referido tipo total, mas como elementos excludentes da ilicitude, para além daqueles que são formulados na parte geral.

Voltando ao crime de riqueza injustificada e tendo em conta o que foi referido, consiste o mesmo simplesmente no seguinte:

- a) Posse, pelos obrigados à declaração ou interposta pessoa, de património ou rendimentos;
- b) Anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas.

Estes, e só estes, são os elementos constitutivos do crime de riqueza injustificada. E naturalmente que, até o tribunal dar como verificados tais requisitos, o arguido se

¹² Claus Roxin, obra citada, pag. 292.

presumirá inocente. Exactamente como em relação a qualquer outro crime.

Mas perguntar-se-á: o segmento de norma “*e não justifiquem, concretamente, como e quando vieram à sua posse ou não demonstrem satisfatoriamente a sua origem lícita*” não é elemento positivo do crime?

Não devemos deixar-nos iludir pela forma de redacção da norma.

Vejamos um outro exemplo supondo a seguinte redacção para o artigo 128.º do Código Penal de Macau (a parte sublinhada corresponde à norma tal como efectivamente consta do código): “Quem matar outra pessoa e não demonstre ter praticado o facto como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos próprios ou de terceiro, é punido com pena de prisão de 10 a 20 anos”.

Esta redacção em nada alteraria a estrutura do crime de homicídio, não aumentando nem diminuindo os seus elementos constitutivos. Apenas acolheria uma diferente técnica legislativa formulando, a par dos elementos positivos do crime (*quem matar outra pessoa*), um elemento negativo (*e não demonstre ter praticado o facto como meio necessário para repelir a agressão actual e ilícita de interesses juridicamente protegidos próprios ou de terceiro*), que no caso seria a legítima defesa.

Obviamente que esta técnica não é necessária em relação às causas típicas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, exercício de um direito, cumprimento de um dever, consentimento do titular do interesse jurídico lesado) dado que o intérprete, na aplicação da lei, terá sempre que os ter presentes face ao disposto no artigo 30.º e seguintes do Código Penal. Todavia a inclusão dos elementos negativos impõe-se nas situações atípicas, ou seja, quando para além das situações previstas no artigo 30.º do Código Penal o legislador pretenda consagrar outras causas de exclusão da ilicitude.

É exactamente esta a situação que ocorre com o aludido segmento de norma que prevê o crime de riqueza injustificada¹³.

No caso em análise não estamos perante um crime comissivo por omissão. O eixo da ilicitude não reside na falta de justificação ou de explicações mas na detenção

¹³ Situação idêntica ocorre com o crime previsto no artigo 262.º n.º 3 do Código Penal: “Quem detiver ou trazer consigo arma branca ou outro instrumento, com o fim de serem usados como arma de agressão ou que possam ser utilizados para tal fim, não justificando a sua posse, é punido com pena de prisão até 2 anos” (sublinhado nosso).

de bens ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações prestadas¹⁴. Para a verificação do crime do artigo 28.º n.º 1 nada se exige por parte do arguido. Se ele nada disser relativamente à situação patrimonial, uma vez constatada a desproporção entre os bens ou rendimentos detidos e os declarados, nada mais é necessário para a verificação do crime.

Enquanto que os elementos constitutivos do tipo terão de ser positivamente comprovados, já o mesmo não acontece com os elementos negativos cuja verificação exclui o tipo¹⁵.

Por outro lado, quando o arguido é instado a pronunciar-se sobre a proveniência dos bens, em ordem a demonstrar a sua origem lícita, esta actividade probatória é feita não em favor mas contra a acusação. O ilícito típico basta-se com a prova da posse, pelo obrigado à declaração ou por interposta pessoa, de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas.

A actividade probatória do arguido que aqui lhe é imposta releva exclusivamente para efeitos de afastamento da ilicitude do facto. Daí ser deslocada a alegação de que se esteja perante uma inversão do ónus da prova.

Nos termos do artigo 14.º, n.º 3 alínea g) do PIDCP nenhuma pessoa, acusada de uma infracção penal, pode ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada (sublinhado nosso).

O artigo 28.º n.º 1 da Lei n.º 11/2003 respeita também escrupulosamente essa disposição porquanto, a prova solicitada ao arguido, releva exclusivamente em seu proveito.

Não se ignora porém que há diferentes abordagens deste problema. Assim, na República Popular da China, relativamente ao crime do artigo 395.º 1.º parágrafo do

¹⁴ Na República Popular da China acentua-se pelo contrário a incapacidade de explicação ou recusa de justificação da proveniência dos bens por parte do arguido. Todavia esta posição depara com enormes dificuldades desde logo tendo em conta a posição processual deste e o seu estatuto no processo penal. V. sobre esta questão Qian Fang, *Lun ju'e caichan lai yuan buming zui*, in *Zhengfa Luntan*, n.º 6 de 2001, pag. 71 e ss. Sobre os aspectos gerais deste crime na R.P.China V. entre outros Zhang Fengge zhubian, *Xinxingfa lilun yu shiwu*, Jingguan Jiaoyu Chubanshe, pag. 592 e ss; Zhang Qiong zhubian, *Xiuding xingfa tiaowen shiyong Jieshuo*, Zhongguo Jiancha Chubanshe, pag. 524 e ss; Zhou Zhenxiang zhubian, *Zhongguo xinxingfa shilun yu zuian*, Zhongguo Fangzheng Chubanshe, vol. II, pag. 1686 e ss.

¹⁵ Claus Roxin, obra citada, pag. 284.

¹⁶ Sobre esta questão ver autores e obras citadas na nota 14 e ainda Gao Mingxuan zhubian, *Xinbian Zhongguo Xingfaxue*,

Código Penal, é pacificamente entendido que a não demonstração da proveniência lícita dos bens faz parte da estrutura objectiva do crime¹⁶.

Mas significará isso que este requisito constituirá verdadeiramente um elemento positivo do crime?

Tal posição arrastaria consigo interrogações de difícil resposta. Sendo o núcleo do crime a detenção de um património grandemente desproporcionado relativamente aos rendimentos legítimos do suspeito, uma eventual recusa de explicação da sua proveniência ou falsa explicação em nada alteraria essa realidade de facto. A entendermos a recusa ou falsa explicação do arguido como elemento positivo do crime, a consumação deste estaria dependente de um acto processual: a notificação para prestar explicações. O crime só se consumaria no momento e local onde o arguido devesse dar tal explicação. E não existiria crime, independentemente da desproporção desse património, enquanto tal acto processual não ocorresse.

Sendo tal estado de coisas dificilmente aceitável, que enquadramento dar então à recusa ou falta de explicação do arguido, atenta a sua inserção na estrutura objectiva do tipo?

Perante um acervo patrimonial objectivamente desproporcionado, diz o artigo 395.º parágrafo 1.º que o funcionário “pode ser notificado para explicar a proveniência dos bens”.

Feita a notificação, se o funcionário der explicação convincente sobre a legalidade da sua situação patrimonial, naturalmente que não haverá razão para prosseguir o procedimento.

Se nada disser, recusar dar explicação ou der explicação não verdadeira, quid juris?

No plano ontológico isto nada acrescenta à situação previamente existente. O crime não se consuma neste momento. A sanção criminal continua a derivar, não da recusa ou falsa explicação, mas da desproporção patrimonial. Ou seja, a audição do

Zhongguo Renmin Daxue chubanshe, 1998, II vol., pag. 998 e ss; Zhao Bingzhi, Wu Dahua, *Xinxingfadian Zuiming ji Sifa Jieshi Yaoyi*, Zhongguo Renmin Daxue Chubanshe, 1998, pag. 492; Li Peizi, Zhou Yongqing, *Xinxingfa Shiyong*, Jingguan Jiaoyu Chubanshe, 1997, pag. 578. Para uma análise mais detalhada sobre os aspectos relacionados com este tipo de crime V. Zhang Zhongban, *Guanyu jue caichan laiyuanbumingzui ruogan zhengyi wenti de fali fenxin*, in *Faxue pinglun*, n.º 5, de 2004.

arguido e posição que ele adopta não constrói a censurabilidade do facto mas “certifica” essa censurabilidade.

Como considerar então essa recusa ou falsa explicação?

A nosso ver não existe motivo válido que impeça de dar à questão, no plano dogmático, tratamento igual ao que foi sustentado a propósito da norma vigente em Macau. A eventual explicação dada pelo arguido, se convincente, funciona simplesmente como um “danshu”¹⁷. Mais problemático é considerar-se a recusa ou incapacidade de justificação elemento constitutivo do crime, pelos motivos que foram referidos. No limite poderia entender-se como uma condição objectiva de punibilidade¹⁸. Isto porque o legislador decidiu condicionar o juízo de ilicitude a uma formalidade de incidência processual que, consoante a posição adoptada pelo arguido, confirma ou infirma um juízo indiciário, conduzindo ou não a uma acusação em juízo e posterior condenação. É exactamente esta associação de um acto processual aos requisitos substantivos do crime, que torna aparentemente diferente aquilo que na substancialmente é idêntico.

Os fundamentos da incriminação

Ultrapassada aquela questão pode ainda questionar-se o facto de a lei penalizar a conduta tal como foi configurada. É sabido que a lei penal deve ser o último instrumento de defesa dos bens jurídicos e que só deve intervir para a defesa daqueles que tenham especial relevância e, mesmo assim, quando outras medidas não se mostrem suficientes para a sua protecção. A pena é a “*ultima ratio* da política social” sendo sua missão a protecção subsidiária de bens jurídicos¹⁹.

O artigo 6.º da Lei Básica dá protecção expressa à propriedade privada e o conjunto dos direitos e deveres consagrados no capítulo III da mesma lei pretende salvaguardar os cidadãos de interferências abusivas na sua esfera privada e direitos fundamentais, com destaque para a salvaguarda da sua dignidade. De tais normas e princípios que lhe estão subjacentes decorre como consequência que a lei penal não

¹⁷ Expressão que na linguagem jurídica significa uma excepção à semelhança do que ocorre com a expressão “a não ser que”, constante do capítulo 201, secção 10 “possession of unexplained property”, de Hong Kong.

¹⁸ Sobre as condições de procedibilidade e de punibilidade V. Claus Roxin, obra citada, pag. 984 e ss; G. Jackobs, obra citada, pag. 403 e ss; Eduardo Correia, *Direito Criminal*, Vol. I, Almedina, 1971, pag. 370 e ss; Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte geral*, I, Coimbra Editora, 2004, pag. 617 e ss.

¹⁹ Claus Roxin, *Obra citada*, pag. 65.

possa arbitrariamente fixar tipos penais que se não inscrevam na defesa de valores relevantes, com uma ressonância ética justificativa das medidas especialmente severas que a intervenção penal representa.

Será que a criminalização da posse de rendimentos e património nas condições referidas no artigo 28.º acata tais princípios?

Para responder a esta questão há que averiguar, antes de mais, quais os interesses subjacentes à incriminação.

A lei sobre declaração de rendimentos e interesses patrimoniais dos titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública, entendidos estes na dimensão lata consagrada no seu artigo 1.º números 2 e 3, tem objectivos imediatos e mediatos. Os objectivos imediatos são, de acordo com o disposto nos números 1 e 6 do artigo 2.º, a recolha de todos os elementos que permitam uma avaliação rigorosa do património e rendimentos dos obrigados à declaração, através de uma descrição, clara e suficiente, da natureza, situação, identificação, proveniência, montante, valor, entidades emitentes, depositárias, credoras ou devedoras e demais informações respeitantes ao activo e passivo e outras vantagens ou benefícios directos ou indirectos.

Todavia essa inventariação, se fosse um fim em si, seria simples devassa. O objectivo mediato é mais ambicioso, consistindo na transparência da situação patrimonial dos obrigados à declaração. A transparência da situação patrimonial dos titulares de cargos públicos e dos funcionários não se confunde com a transparência da Administração Pública. No entanto uma reflecte a outra tal como a lua reflecte a luz do sol.

A posse de bens ou rendimentos anormalmente desproporcionados por parte de titulares de cargos públicos e funcionários, só por si, gera a suspeição relativamente à seriedade da função pública ou actividade política. A riqueza injustificada por parte de qualquer dos obrigados à declaração, transporta consigo e exhibe perante o cidadão a suspeita sobre a imparcialidade da Administração.

A forma de contrariar esta realidade é impor um dever de transparência que permita nos termos da lei verificar, através da declaração, a proveniência lícita do património. Só por essa via pode ser restaurada a confiança na coisa pública, eliminando as dúvidas sobre tal questão.

Quando a verificação, ao invés de esclarecer, reforça a suspeita, por se constatar que o património é anormalmente superior ao declarado, o prestígio da Administração sofre um sério revés. É exactamente aqui que reside a legitimidade da intervenção da

lei penal, tendente a contrariar a violação do dever de transparência e assim poupar o prestígio da Administração.

Não se pense portanto que o crime aqui previsto é um sucedâneo do crime de corrupção²⁰. Uma espécie de medida no sentido de punir as suspeitas de corrupção quando as certezas por via da prova não fossem obtidas. Não é isso que está em causa. A violação do dever de transparência tem um desvalor próprio e autónomo justificador, só por si, da intervenção penal. Isso não significa que em muitos casos o património suspeito não tenha origem criminosa, particularmente corrupção. Todavia em situações porventura não menos frequentes terá proveniência ilícita não criminosa, como por exemplo em resultado do exercício de funções ou actividades em violação do regime de incompatibilidades, sem autorização ou através de terceiros.

O valor protegido pelo crime do artigo 28.º n.º 1, a transparência e probidade dos obrigados à declaração, situa-se num patamar prévio ao da própria transparência da Administração e é condição desta. Neste sentido pode dizer-se que a criminalização da posse de riqueza injustificada é um mecanismo preventivo da própria corrupção. Todavia tem uma dimensão mais lata, mais transversal a toda a actividade político-administrativa, permitindo às instituições competentes e às pessoas que nisso tenham interesse legítimo, o escrutínio daqueles que merecem (ou desmerecem) a confiança da comunidade para a prossecução do interesse público.

Princípio da igualdade

Mas poderá ainda levantar-se um outro problema, este relacionado com o princípio da igualdade. Estamos perante um crime específico próprio já que não existe um tipo base e os seus autores terão de ser titulares de cargos públicos ou funcionários da Administração Pública.

²⁰ Este é o entendimento dominante na doutrina da R.P. China relativamente ao crime aludido na nota 4, entendido em geral como instrumento de combate aos novos ricos (baofahu) que acumularam riqueza por meios criminosos, designadamente através de corrupção. O que inclusivamente leva alguns autores a defender um agravamento substancial das penas e, alguns deles, a propor penas equivalentes às previstas para o peculato ou corrupção. V. Hou Guoyun, *Youguan ju'e caichan laiyuanbumingzui de jige wenti*, in *Zhengfa Luntan*, n.º 1 de 2003, pag. 85 e ss. Esta é uma outra importante diferença em relação ao crime correspondente na R. P. China, que há até quem considere que constitui um crime presumido (tuidingzui), com inversão do ónus da prova – V. Chen Youxi, *Dingzui Liangxing Zhinan*, Renmin Fayuan Chubanshe, 2001, pag. 768. Parte esta concepção da ideia de que, atrás de qualquer situação de riqueza injustificada, existe a prática de um ou mais crimes. De facto muitas vezes assim acontecerá. Todavia os casos de riqueza injustificada podem ter na sua origem actos ilegais mas não necessariamente integrantes da prática de crimes.

Será que este facto não consagra um tratamento discriminatório relativamente a estes sujeitos em comparação com os outros cidadãos?

E que isso não será uma desigualdade sem base de sustentação que a justifique?

Tantos os titulares de cargos públicos como os funcionários da Administração Pública são portadores da confiança dos cidadãos. Alguns deles (Chefe do Executivo, titulares dos principais cargos públicos, membros do Conselho Executivo, deputados à Assembleia Legislativa, magistrados judiciais e magistrados do Ministério Público) são mesmo obrigados, nos termos do artigo 101.º da Lei Básica, a prestar juramento de defesa dessa mesma lei, desempenho fiel das funções em que são investidos, honestidade e dedicação para com o público e fidelidade à Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China. Compromisso de cumprimento leal das funções é também obrigatório para todos os empossados no momento da investidura em cargos públicos, nos termos do artigo 35.º n.º 1 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro. Acresce que os obrigados à declaração de rendimentos e interesses patrimoniais, em resultado dos cargos ou funções exercidas, gozam do prestígio na comunidade e os funcionários da Administração Pública beneficiam de regalias proporcionalmente superiores aos que têm funções próximas ou equivalentes na actividade privada, relacionadas nomeadamente com o vencimento, férias, subsídios, assistência social, estabilidade das respectivas carreiras, aposentação, etc.

É por isso justo e razoável que a comunidade lhes imponha especiais deveres, entre os quais o dever de transparência, sem que tal viole o princípio da igualdade previsto no artigo 25.º da Lei Básica.

Perda de património

Questão bem menos complexa é a do n.º 2 do mesmo artigo, que diz o seguinte:

“O património ou rendimentos cuja posse ou origem não haja sido justificada nos termos do número anterior, pode, em decisão judicial condenatória, ser apreendido e declarado perdido a favor da Região Administrativa Especial de Macau”.

Deve porém dizer-se que na sessão da Assembleia Legislativa que debateu este assunto, na altura em que ele surgiu com a Lei n.º 3/98/M, o mesmo foi ainda mais controverso, tendo mesmo o então Adjunto do Alto Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa advogado a sua eliminação²¹.

Terá no entanto de assumir-se que o problema de presunções em direito penal vai tendo progressivamente em conta a realidade e cedendo no seu velho dogmatismo por forma a enfrentar com sucesso novas e mais sofisticadas formas de criminalidade. De tal modo que certas presunções, que se situam fora do âmbito das meras ficções jurídicas, vão sendo expressa ou implicitamente admitidas. Pelo menos em matérias que não têm directamente a ver com a vida e a liberdade das pessoas e relativamente às quais a prova por parte da acusação representa uma verdadeira “probatio diabolica”, que de facto inviabiliza a sanção criminal.

Um bom exemplo desta nova abordagem do problema é-nos dado pela Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, em cujo artigo 12.º n.º 7 se estabelece: “Os Estados Partes podem considerar a possibilidade de exigir que um arguido demonstre a proveniência lícita do alegado produto de um crime ou de outra propriedade susceptível de confisco, na medida em que tal exigência seja compatível com a lei interna e com a natureza do processo judicial ou outro procedimento”.

Também o §73 d (1) do Código Penal alemão, no âmbito do chamado confisco alargado, prevê a declaração de perda de objectos do autor ou participante num crime “quando as circunstâncias justifiquem a suposição de que tenham sido obtidos para a prática ou em resultado de actos ilegais”. O que para todos os efeitos se traduz na admissão de uma presunção.

Situação semelhante ocorre em Portugal relativamente aos crimes de tráfico de estupefacientes, terrorismo e organização terrorista, tráfico de armas, corrupção passiva e peculato, branqueamento de capitais, associação criminosa, contrabando, tráfico e viciação de veículos furtados, lenocínio e lenocínio e tráfico de menores e contrafacção de moeda e de títulos equiparados a moeda. Nos termos do artigo 7.º n.º 1, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, em caso de condenação por qualquer dos referidos crimes “e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se

²¹ De acordo com a opinião expandida na Assembleia Legislativa pelo Dr. Lino Ribeiro a perda de bens só teria sentido quando se verificasse um nexó entre a posse dos bens e um crime de corrupção ou outros. Mas nesses casos a perda dos bens resultava já do disposto no Código Penal. V. Diário da Assembleia Legislativa já citado, pag. 13.

constituir vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito”.

Refira-se ainda a jurisprudência irlandesa a qual tem vindo a entender que incumbe ao arguido demonstrar a proveniência lícita dos bens apreendidos sempre que, entre outros casos, o seu valor não seja condizente com o respectivo nível de vida²².

Com isto pretende demonstrar-se que a citada norma do regime jurídico de Macau está em perfeita consonância com o que neste domínio tem vindo a ser seguido pela legislação mais recente, tanto no que se refere ao direito interno como ao direito convencional, sendo portanto injustificados os receios que relativamente à mesma se suscitaram.

A dificuldade maior prende-se portanto, não com o seu conteúdo mas com o âmbito da respectiva aplicação.

De facto, de acordo com a lei, a decisão condenatória por crime de riqueza injustificada, pode ou não determinar a apreensão e perda do património ou rendimentos cuja proveniência lícita não tenha sido justificada. Diferentemente do que acontece na previsão do artigo 103.º n.ºs 1 e 2 do Código Penal em que as coisas, direitos ou vantagens obtidas através de facto ilícito típico bem como as recompensas dadas ou prometidas aos agentes de um facto ilícito típico, são perdidas a favor da RAEM.

A diferenciação de tratamento prende-se com a proveniência dos bens. No caso da previsão do artigo 103.º os bens cuja perda vai ser decretada têm proveniência na prática de um crime ou destinavam-se à sua prática. No caso do crime de riqueza injustificada tal relação não existe necessariamente. De facto, como já referimos, a riqueza injustificada pode ter sido obtida através de meios proibidos mas não criminosos, como por exemplo através do exercício de actividades vedadas a certa categoria de pessoas, por razões de incompatibilidade. Neste caso o exercício das referidas actividades constitui não infracção criminal mas simplesmente disciplinar. Acresce

²² Jacqueline Riffault, “Le Blanchiment de capitaux en droit comparé”, in *Revue de science criminelle et de droit comparé*, n.º 2, 1999, pag. 244 e 245, citada por Jorge Dias Duarte, “Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 89, Jan/Mar de 2002, pag. 151.

que o crime em questão tem como suporte teleológico a protecção da transparência dos agentes da Administração ou dos titulares de cargos públicos. Os sinais de riqueza injustificada, exibindo publicamente dúvidas quanto a tal transparência, não são a causa nem consequência dessa situação anómala. São simplesmente a sua revelação.

Isto porém, só por si, não nos ajuda a delimitar o âmbito de aplicação da norma.

Os parâmetros quanto a isso serão os seguintes:

a) Só pode haver declaração de perda de bens quando o agente tenha sido condenado por crime de riqueza injustificada;

b) A declaração de perda limita-se ao conjunto de bens relativamente aos quais o agente não tenha logrado convencer o tribunal da licitude da respectiva proveniência;

c) A declaração de perda não está ligada à prova da prática de qualquer outro crime (corrupção, peculato, abuso de poder, etc.) de cuja prática os mesmos tivessem sido obtidos já que nesse caso a disposição aplicável não seria a do artigo 28.º desta lei mas a do artigo 103.º do Código Penal;

d) Apesar de tudo o tribunal poderá ainda optar ou não pela declaração de perda desses bens.

Dado que a decisão do tribunal não pode assentar num critério discricionário teremos que dar mais um passo em frente na tentativa de descortinar um padrão decisório que se afigure justo e vá de encontro aos interesses subjacentes ao diploma em que a norma se insere.

O caminho mais fácil seria considerar que o tribunal deve decretar a perda dos bens, excepto quando tal solução fosse, fundamentadamente, excessiva. Neste caso a justificação seria necessária apenas para a solução negativa porquanto a decisão de perda estaria suficientemente justificada pela constatação da ocorrência do crime e não justificação da proveniência dos bens. Todavia, se assim se pretendesse que fosse, certamente que o legislador teria encontrado redacção mais apropriada para a norma.

Outra hipótese seria a de seguir o caminho inverso. Isto é, em princípio não seria decretada a perda dos bens, a não ser quando o tribunal, justificadamente, entendesse que essa perda deveria ser decretada. Esta solução estaria até mais de acordo com as

necessidades de fundamentação da sentença condenatória, imposta pelo artigo 356.º do Código de Processo Penal, de acordo com o qual a sentença condenatória “especifica os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada”.

E que fundamentação?

Este é terreno que terá que ser desbravado pela jurisprudência, já que a lei não oferece um critério de orientação.

A nosso ver a declaração de perda poderá ter lugar em qualquer das seguintes situações:

1- Se no decurso da acção penal se apurar que as justificações apresentadas pelo arguido para a proveniência dos bens são falsas. O arguido não tem que se pronunciar sobre tal matéria. Todavia, uma vez que queira fazer prova sobre a proveniência lícita dos bens, constatando-se que a prova apresentada é falsa, reforça a convicção sobre a ilicitude da sua proveniência;

2- Se no decurso da mesma acção se apurar que os bens foram obtidos por meios ilícitos, embora não criminosos. Também neste caso a titularidade dos bens não merece protecção jurídica, designadamente quando os meios ilícitos para a sua obtenção estiverem relacionados com a violação de deveres do arguido enquanto funcionário ou titular de cargo público.

Não se pode porém neste domínio estabelecer padrões rígidos, ousando ir além do que foi determinado pelo legislador. Na realidade a decisão deve atender a factores diversos que se prenderão com as circunstâncias dos factos, designadamente o valor do património e sua natureza, respectiva proporção relativamente ao que consta das declarações apresentadas pelo arguido e seus rendimentos lícitos, etc., pelo que os critérios a seguir resultarão, à medida que as situações se foram deparando, do poder criativo da jurisprudência penal.

Proibição do exercício de funções

Mas as consequências da condenação por crime de riqueza injustificada poderão não se ficar pela aplicação de uma pena de prisão e multa e perda de património ou rendimentos cuja posse ou origem não tenha sido justificada.

Nos termos do artigo 29.º “*Quem for condenado pela prática de crime previsto no n.º 2 do artigo 27.º ou no artigo 28.º, pode, sem prejuízo de regime especial*

previsto na lei, atenta a concreta gravidade do facto e a sua projecção na idoneidade cívica do agente, ser proibido do exercício de cargos públicos e, bem assim, do exercício de funções públicas, por período até 10 anos²³.

Mais uma vez a lei insiste no termo “pode”, deixando ao tribunal a determinação quanto à efectiva aplicação da medida.

Afigura-se todavia que neste domínio haverá referências que facilitam as opções a tomar quanto à decisão sobre esta matéria. De facto aqui chegados não se poderá perder de vista o que no Código Penal se dispõe relativamente a situações semelhantes, designadamente a disciplina prevista no artigo 61.º n.º 1.

De acordo com esta disposição ***“Sem prejuízo dos regimes especiais previstos na lei, o funcionário que, no exercício da actividade para que foi provido, designado ou eleito, cometer crime punido com pena de prisão superior a 3 anos é também proibido do exercício daquelas funções por um período de dois a cinco anos quando o facto:***

- a) For praticado com flagrante e grave abuso da função ou com manifesta e grave violação dos deveres que lhe são inerentes;***
- b) Revelar indignidade no exercício do cargo; ou***
- c) Implicar a perda da confiança necessária ao exercício da função”.***

Temos que ter presente que esta previsão se insere num outro domínio: o do aproveitamento do cargo para a prática de crimes.

No caso do crime de riqueza injustificada a situação é diferente. O que há é uma violação de um dever, o dever de transparência, a que a lei decidiu dar relevância penal, o qual pode ou não, como já vimos, coexistir com outro ou outros crimes.

Assim sendo, a prática de crime de riqueza injustificada, só por si, não será em regra suficiente para a verificação dos requisitos das alíneas a) ou b), situações que

²³ Esta norma é também aplicável aos autores do crime doloso de declaração inexacta, sobre o qual nos não pronunciamos por se situar fora do âmbito da matéria que aqui apreciamos.

andam normalmente associadas a práticas de corrupção, peculato, concussão, participação económica em negócio, abuso de poder, etc.

Todavia não será difícil deparar com situações em que o crime de riqueza injustificada implique a perda da confiança necessária ao exercício da função. De facto, enquanto as situações referidas nas alíneas a) e b) estão em regra associadas à reprovabilidade de um acto, a alínea c) está mais ligada à existência de uma grave suspeita. E é manifesto que uma situação de riqueza injustificada pode, pela desproporção entre o património e os rendimentos, gerar mais graves suspeitas e maior desconfiança do que a prática de um crime dos que acima foram referidos.

Há ainda que ter em conta que as citadas disposições do Código Penal não são aplicáveis “per se”, como de resto resulta do próprio artigo 61.º, que salvaguarda os regimes especiais previstos na lei. Constituem todavia importante orientação, até porque seria manifestamente difícil encontrar à sua margem outros critérios de referência que fossem de encontro aos objectivos da Lei.

Feita esta advertência e ponderadas as diferentes realidades, constata-se que o legislador adoptou algumas cautelas.

Por um lado não existe uma imposição para a proibição, diferentemente do que acontece no regime previsto no Código Penal.

Mas por outro o legislador prevê um regime sancionatório mais severo do que o do código. De facto, o crime de riqueza injustificada pode determinar a proibição do exercício de funções, apesar de o crime não ser punível com prisão superior a 3 anos. E para além disso o tempo máximo de proibição atinge o dobro daquele que o Código Penal prevê.

Este regime especial parte da constatação de duas realidades contraditórias, ligadas às circunstâncias concretas do crime e que se prendem fundamentalmente com o conteúdo da declaração, bens ou rendimentos do agente, seu nível de vida, âmbito da desproporção com os proventos licitamente obtidos, justificações apresentadas, etc. Na apreciação de toda esta problemática pode o tribunal, não obstante considerar verificada a existência de crime, considerar negligenciável ou diminuta a perda de confiança da comunidade no agente, em termos de ser bastante a punição com a pena principal.

Poderá ao invés, ponderados os elementos acima referidos, considerar gravemente afectada a relação de confiança entre o agente e a comunidade, em termos de ser exigível a proibição do exercício da função ou do cargo, pelo tempo que considerar

necessário, dentro dos limites impostos pela lei, para reparar ou pelo menos atenuar o voto de desconfiança comunitário. Tudo isto, naturalmente, sem prejuízo da acção disciplinar relativamente a quem a ela se encontre sujeito.

Conclusões

Aqui chegados estamos em condições de apresentar, em jeito de conclusão, as questões principais associadas ao crime de riqueza injustificada.

A transparência das instituições é uma preocupação das sociedades modernas e condição para o seu desenvolvimento sustentado. Esta preocupação emergiu com redobrado vigor na segunda metade do século XX, muitas vezes associada à constatação da sua inevitabilidade como sustentáculo de um determinado tipo de sociedade. Assim aconteceu por exemplo em Hong Kong ou Singapura, cuja reputação como centros de negócios esteve ligada a um forte e bem sucedido empenho no combate pela transparência e contra a corrupção. Macau pretendeu seguir esse mesmo caminho, adoptando desde os anos 80 uma série de medidas que foram sucessivamente aperfeiçoadas, no sentido de uma Administração transparente. A criação da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) consolidou e aprofundou essa via, numa clara percepção de que o sucesso da RAEM está também em boa parte ligado ao sucesso no combate à corrupção e à confiança da população nas suas instituições.

A declaração de rendimentos e interesses patrimoniais por parte dos titulares de cargos públicos e trabalhadores da Administração Pública bem como a criminalização das situações de riqueza injustificada são apenas duas componentes desse processo, mas duas peças que se revelam da maior importância.

O crime de riqueza injustificada tem como escopo promover a probidade e transparência dos obrigados à declaração de rendimentos e interesses patrimoniais, a sua exposição perante a comunidade, a sua “accountability”.

Sendo um instrumento preventivo da corrupção tem todavia uma dimensão mais lata e mais transversal a toda a actividade das instituições públicas. Permitindo o escrutínio daqueles que merecem a confiança da comunidade ou que por via das respectivas funções estão afectos à prossecução do interesse público, o juízo comunitário relativo a cada um dos agentes vai reflectir-se no juízo sobre as próprias instituições. Daí que a transparência relativa à situação patrimonial de cada um desses agentes constitua um valor em si, pela correlação valorativa que lhe está imanente, enquanto projecção ou pelo menos indício de um pulsar institucional íntegro e honesto.

É nesta perspectiva que radica a autonomia do crime de riqueza injustificada, como revelação de um desfalque nas expectativas comunitárias. Perante uma situação de riqueza excessiva do agente de uma instituição, desmorona-se a confiança da população não apenas no agente mas na própria instituição.

Por isso são elementos constitutivos do crime, só e apenas a posse, pelos obrigados à declaração ou interposta pessoa, de património ou rendimentos anormalmente superiores aos indicados nas declarações anteriormente prestadas.

A não justificação pelo arguido da proveniência dos bens não integra os elementos constitutivos. Sob a aparência de um elemento positivo do tipo negativamente formulado, é na realidade um elemento negativo, já que a sua inserção na norma tem como único objectivo fixar uma causa atípica de exclusão da ilicitude, permitindo que o arguido justifique a sua situação patrimonial. Nestas circunstâncias, a prova solicitada ao arguido ou por este espontaneamente apresentada redundante em seu exclusivo proveito. Pelo que não há qualquer inversão de ónus de prova nem ao arguido é exigida qualquer conduta que beneficie a acusação.

O artigo 28.º da Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho, respeita por isso as garantias do processo criminal consagradas na Lei Básica e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

Questão diferente é a da “ratio” da incriminação. O problema de saber se a criminalização da posse de riqueza injustificada respeita o princípio da intervenção mínima da lei penal, que deve funcionar como recurso último da política social.

A incriminação da conduta não é arbitrária, encontrando suporte valorativo, como já vimos, nas exigências de transparência e probidade que é legítimo impor aos servidores da coisa pública.

Os titulares de cargos públicos e funcionários públicos, pela confiança que merecem da comunidade, pelo prestígio de que gozam, regalias de que beneficiam e compromisso que legalmente assumem de dedicação honesta e fiel ao serviço público, devem sujeitar-se ao escrutínio dos cidadãos. Pelo que a imposição de regras de transparência, mesmo com recurso à sanção penal, atentas as razões que lhe estão subjacentes, não consagra também qualquer injustificada desigualdade entre os titulares de cargos públicos ou funcionários e os restantes cidadãos.

Para além da aplicação de uma pena de prisão e multa estão os autores deste crime sujeitos à perda do património e rendimentos cuja origem não se mostre justificada, a favor da RAEM.

Esta disposição está na linha das orientações que têm sido adoptadas nas legislações mais recentes, tanto a nível interno como internacional.

Não fixou o legislador critérios rígidos para aplicação da norma. A jurisprudência desbravará os domínios da respectiva aplicação, no que certamente não deixará de ter em conta se os bens tiveram proveniência em acto ilícito ainda que não criminoso, natureza das explicações dadas pelo arguido, valor e natureza do património bem como volume da sua desproporção em relação aos proventos lícitos do arguido, etc.

Finalmente poderá o autor deste crime ser proibido do exercício de cargos públicos e, bem assim, do exercício de funções públicas, por período até 10 anos.

Comparando este regime com o previsto no artigo 61.º número 1 do Código Penal, nele se descobrem duas características aparentemente contraditórias: por um lado a proibição do exercício de funções não é imposta por lei. Mas por outro, quando a proibição seja decretada, o regime é mais rigoroso do que o do Código.

Esta situação ilustra de forma clara a amplitude dos efeitos da prática do crime que pode, em função das circunstâncias acima apontadas a propósito da justificação para a perda dos bens, ir de uma censura relativamente leve, até ao veemente repúdio por parte da comunidade.

De qualquer forma, ao ponderar a proibição do exercício de cargos públicos ou funções públicas, bem como o tempo da proibição, não deixará o julgador de ter também em conta o disposto no Código Penal, sob pena de, entre um regime e outro, se criar uma grave e injustificada desproporção.