

STVDIA IVRIDICA 108
AD HONOREM — 8

Comissão Redactora

ALMEIDA COSTA — CASTANHEIRA NEVES — LOPES PORTO
MOURA RAMOS — FARIA COSTA — JOÃO LOUREIRO

Redactor Delegado

JOÃO CARLOS LOUREIRO

UNIVERSIDADE DE COIMBRA — BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO



Edição apoiada pela FUNDAÇÃO ENG. ANTÓNIO DE ALMEIDA

ISSN 0872-6043

ISBN 978-989-8891-09-9 (Obra completa)

ISBN 978-989-8891-07-5 — Vol. I

Depósito Legal n.º 435718/17

Concepção gráfica
Sersilito-Empresa Gráfica, Lda.

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR MANUEL DA COSTA ANDRADE

Volume I
Direito Penal

Organizadores:

JOSÉ DE FARIA COSTA
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
MARIA JOÃO ANTUNES
HELENA MONIZ
NUNO BRANDÃO
SÓNIA FIDALGO



2017



**A RESPONSABILIDADE PENAL
DE TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS
(O ARTIGO 117.º, N.º 3, DA CRP E A LEI PENAL)**

José M. Damião da CUNHA

I. Os limites do conceito de funcionário

1.1. Introdução

Na sua versão originária, o Código Penal (CP), no nº 2 da norma então vigente sobre a definição de funcionário (art. 437º), previa que a equiparação a funcionário de quem “desempenhe funções *políticas, governativas ou legislativas*” seria regulada em lei especial.

Esta redação – de resto, constante já do art. 466º do Anteprojeto de Revisão do Código Penal⁽¹⁾ – foi alterada pela Revisão de 1995, tendo sido substituída pela expressão “quem desempenhe funções políticas”, tal como está atualmente consagrado no nº 4 do art. 386º do CP. A razão para esta alteração deve-se, em particular, ao facto de entretanto ter sido aprovada a lei de responsabilidade de titulares de cargos políticos (L. nº 34/87 de 16.07⁽²⁾). Lei que consabidamente decorre de uma norma impositiva constitucional – o art. 117º, nº 3 da CRP.

⁽¹⁾ Cf. *Actas das sessões da Comissão Revisora do Código Penal*, Lisboa, 1977, p. 494.

⁽²⁾ Esta Lei tem como fonte próxima um Projeto de Lei apresentado à AR: o Projeto de Lei nº 377/IV (DAR – IIª Série, nº 49, 28 Fevereiro de 1987, p. 2086 ss).

A leitura da Exposição de Motivos permite compreender as dificuldades que o legislador sentiu (e não escondeu) então, para dar cumprimento à norma constitucional. De facto, torna-se patente a “honestidade” do projeto, apontando-se as dificuldades da matéria, a necessidade de colmatar vazios legislativos e sobretudo a premência de aprovação de legislação, face à Lei nº 266, de 27 de julho de 1914 (de responsabilidade dos membros e agentes do poder executivo), cuja validade se impugnava.

Surpreende, assim, menos que a Lei tenha sido já objeto de várias, mas pequenas, alterações. A sua “eternização” – face à provisoriedade quase suposta na Exposição de Motivos – é que surpreende, dado não ter sido objeto de uma verdadeira revisão.

1.2. Justificação e alcance da exclusão

O nº 2 da versão originária da definição de funcionário para efeito de CP era, e é (hoje nº 4), uma norma redundante. Com efeito, na medida em que o “alargamento” do conceito de funcionário (civil – alargamento constante da atual al. d) do nº 1 do art. 386º) se refere à função pública *administrativa e jurisdicional* (os que, não sendo estatutariamente funcionários civis, desempenham as mesmas funções que os funcionários, desde que inseridos na Administração Pública ou na Jurisdição...), resulta que as outras funções de Estado não estão abrangidas pelas tipicidades “do funcionário (para efeito de lei penal)”.

Dá, pois, o esclarecimento de que a equiparação a funcionário de quem desempenhe função legislativa, governativa ou política estará regulada em lei especial. De facto, está em causa uma proclamação “quase doutrinal” sobre quais as funções do Estado não abrangidas pela definição de funcionário do (hoje) art. 386º.

Há assim que procurar a razão para a autonomização normativa destas funções – legislativa, governativa ou política – face à função pública administrativa e à função jurisdicional. Esta autonomização é conhecida da doutrina administrativa e, neste sentido, os conteúdos de cada função de Estado aparecem delineados em qualquer manual de direito administrativo, quando se procede ao enquadramento da função administrativa no âmbito das funções do Estado. Relembraríamos, pois, que temos, assim, a função legislativa, enquanto função normativa primária, e as denominadas funções secundárias – de execução e aplicação da lei – consistentes na função administrativa e jurisdicional; as designadas funções de serviço público. Com efeito, o que caracteriza estas últimas funções é o facto de terem por destinatários “diretos” os indivíduos – a satisfação de uma necessidade coletivamente sentida.

Ao lado da função legislativa, temos, do mesmo modo enquanto funções primárias, as funções governativa e política.

Funções políticas são normalmente definidas como aquelas de carácter não vinculado (se se quiser, não determinadas pela legalidade), abrangendo atividades submetidas a regras/critérios em vista do caso concreto. No âmbito do “político”, incluem-se assim um conjunto de atividades que não são consideradas como compreendidas na função administrativa, como o caso de relações internacionais (diplomacia, p. ex.⁽³⁾), e ainda outros variados atos qualificados como “políticos”⁽⁴⁾.

Como aí se diz, a propósito de uma questão concreta, o espírito do projeto e da lei é: *É uma opção que se tem por boa. Mas, como sempre, até ser encontrada outra melhor!*

⁽³⁾ Como é evidente, as relações entre Estados não são relações que caibam na função administrativa. São relações entre pessoas coletivas, na qualidade de sujeitos de direito internacional público. Assim, a atividade diplomática não caberá no conteúdo da definição de funcionário.

⁽⁴⁾ Numa interpretação literal, pode retirar-se a conclusão de que os conceitos subjacentes à definição de funcionário (tanto para incluir como para excluir), para efeito de lei penal, pressupu-

De facto, este tipo de atividades (não secundárias) encontra já concretização nalgumas tipificações do CP, mas em local sistemático com autonomia face ao âmbito dos crimes cometidos no exercício de funções públicas (se bem que incluídos nos Crimes contra o Estado e, portanto, enquanto funções estaduais) – p. ex., a infidelidade diplomática, que corresponde a um abuso de poderes de representação (de direito internacional público) por parte de um encarregado de uma determinada negociação – daí o art. 319º não referir o “funcionário”. Do mesmo modo, a violação de segredo de Estado (art. 316º) é um crime autónomo e não pressupõe o funcionário como seu agente⁽⁵⁾ (o nº 3 deste normativo não refere o funcionário; logo, a definição do art. 386º também não se lhe aplica). Estamos, pois, perante funções políticas; não administrativas ou jurisdicionais.

Assim sendo, a primeira conclusão, que tem de ser extraída, é a de que a remissão prevista no nº 2 do ant. art 433º – função legislativa, governativa ou política –, não se encontra integralmente concretizada, na medida em que a função política não é desempenhada somente por titulares de cargos políticos. Há outros funcionários – mas não os funcionários, para efeitos da lei penal, da Administração Pública ou Judiciária – que também podem cometer crimes no exercício das suas funções.

Dá que, por exemplo, em matéria de corrupção não são aplicáveis aos agentes públicos que desempenhem funções políticas (no sentido de teoria das funções do Estado) as tipicidades, previstas no CP, para os funcionários (no sentido do art. 386º do CP).

II. “titulares de cargos políticos” como agentes públicos

2.1. A lei de responsabilidade de titulares de cargos políticos – a sua dupla dimensão.

Como dissemos já, a lei de responsabilidade de titulares de cargos políticos (L. 34/87) é diploma que decorre de norma constitucionalmente impositiva; a do art. 117º, nº 3, que estabelece que a lei determina os *crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos*, bem como as *sanções aplicáveis e os respectivos efeitos*, que podem incluir a destituição do cargo ou a perda do mandato⁽⁶⁾.

Observe-se, porém, que o nº 1 deste mesmo normativo refere também que os titulares de cargos políticos respondem *política*, civil e criminalmente pelas ações e

nam, para o seu entendimento, o recurso a categorias doutrinárias, de difícil compreensão e pouco adequadas numa legislação penal.

⁽⁵⁾ O CP prevê um crime de violação segredo por funcionário – art. 383º.

⁽⁶⁾ Uma análise aprofundada desta Lei, pode ser encontrada em DIAS, MARIA DO CARMO, *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, Vol. I, UC editora, Lisboa, 2010, p. 709 ss.

omissões que pratiquem no exercício das suas funções. Neste sentido, parece-nos que a CRP pressupõe um regime geral de responsabilização criminal dos titulares de cargos políticos e, dentro desse regime geral, deve prever-se um conjunto de crimes de responsabilidade, ou seja que concretizem a responsabilização política, referida naquele art. 117º ^{(7)/(8)}.

E, em alguma medida, esta acentuação é confirmada pela própria Lei de responsabilidade, quando se autodefine como a lei que determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos. Mas, determinando os crimes de responsabilidade, pressupõe um quadro mais geral de incriminações, como decorre da definição genérica do art. 2º – considerando como cometidos pelos titulares no exercício das suas funções:

- a) *Os crimes previstos na lei penal geral*, através de incriminações com referência expressa a esse exercício (o exercício de funções por titulares de cargos políticos). Assim, sempre que no crime de funcionário do CP (ou de outra lei penal) esteja tipicamente prevista a expressão “no exercício das funções”, caso a natureza das funções exercidas pelo titular de cargo político tenha conexão com essas funções, então tal crime passa também a ser passível de ser cometido por titular de cargo político⁽⁹⁾. Trata-se de solução que suscita algumas dúvidas, na medida em que se está a reenviar para norma de um diploma legislativo (no caso, o Código Penal), que afasta do seu âmbito de aplicabilidade os próprios titulares de cargos políticos ou as funções que estes desempenham ⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ Originariamente, o art. 120º da CRP seria mais claro: 1. *Os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelos actos e omissões que pratiquem no exercício das suas funções.* 2. *A lei determina os crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos, bem como as sanções aplicáveis e os respectivos efeitos.*

⁽⁸⁾ Sobre esta matéria, cf. DIAS, MARIA DO CARMO, *cit.*, n. 17, p. 714 s.- apontando algumas críticas à solução legislativa.

⁽⁹⁾ O Projeto de Lei nº 377/IV tenta explicar o âmbito da equiparação dos crimes de responsabilidade do seguinte modo (cf. DAR II, p. 2087, nº 5); são crimes de responsabilidade cometidos por titulares de cargos políticos:

- a) os como tais previstos nesta lei;
b) os previstos na lei com expressa referência a esse exercício, ou
c) que mostrem ter com ele (exercício de funções) uma significativa *relação de instrumentalidade*

ou de conexão – essa relação existe quando o crime tiver sido praticado com flagrante desvio ou abuso de função e grave violação dos inerentes deveres. Assim, só os crimes comuns (este projeto refere crimes que utilizem a expressão “aquele que” ou “todo aquele que” ...; forma de redação que o CP de 1982 nunca adotou) deixam de caber na referência genérica (se não houver “abuso de poder); mas tal referência já se confirma com os crimes de funcionários que, pela sua natureza, sejam suscetíveis de serem cometidos em conexão com a função por titular de cargo político.

⁽¹⁰⁾ No sentido de que as funções tuteladas pelo CP são só as funções administrativas e jurisdicionais. Assim, quando o CP refere “no exercício das (suas) funções”, está a referir-se às funções

De acordo com esta solução, o crime de falsificação de documentos, p. ex., na medida em que pressupõe (expressamente) o exercício das funções (do funcionário) como elemento típico, poderá ser crime de titular de cargo político, se a natureza das suas funções admitir a sua aplicabilidade. Onde, no “crime de funcionário”, se referir “no exercício de funções” como elemento típico seria possível a “equiparação” (repita-se: embora o CP expressamente afaste a sua própria aplicabilidade aos equiparados de outras funções).

Isto justifica que os crimes expressamente previstos e considerados de responsabilidade na L. 34/87 – “os crimes como tais previstos na presente lei” – assumam autonomia de um ponto de vista de tipicidade, pois as correspondentes incriminações (aquelas referentes ao funcionário) da lei penal geral não fazem (ou não faziam) referência ao elemento “no exercício das suas funções⁽¹¹⁾”.

Naturalmente, esta “equiparação” para efeito de responsabilização não pode ser feita abstratamente. Tem de se ter em atenção quais as funções concretas desempenhadas pelo titular de cargo político. E é aqui que manifestamente a Lei falha (ou deixa o intérprete “sem bússola” para orientação). Com efeito, os crimes de funcionários são crimes dos funcionários da (função) Administração Pública ou Judiciária, pelo que há tipos legais de crime que fazem apelo a regras de legalidade (administrativa; p. ex., o abuso de poder) ou a aspetos específicos (p. ex., terem em vista pretensões jurídicas individualizáveis), que são “especificidades” da administração ou da jurisdição, não sendo suscetíveis de “apropriação” por titulares de outras funções ou outros cargos.

De resto, parece-nos existir uma contradição intrínseca.

Sendo estes crimes – os que contenham o elemento típico “no exercício de funções” – determinados como crimes de responsabilidade, tal circunstância implicará uma moldura agravada em ¼ nos limites máximos e mínimos (art. 5º da L. 37/84⁽¹²⁾). Todavia, em certos crimes de “exercício de funções”, tal poderia significar uma “agravação sobre agravação” (aquela

administrativas e jurisdicionais. Daí que, quando o CP refere o funcionários no exercício das suas funções, refere-se apenas a estas funções (não às dos titulares).

⁽¹¹⁾ Talvez por isso, a L. 34/87, na sua versão original, continha a expressão no “exercício de funções” em quase todos os tipos legais de crimes; tal solução poderia justificar-se por uma ideia de continuidade que essa expressão tinha para efeitos de crime de responsabilidade; ou, então, pretender-se-ia restringir o âmbito da incriminação, se, p. ex., o agente não desempenhasse as funções em regime de exclusividade.

⁽¹²⁾ Sobre esta problemática, cf. MONTEIRO, CRISTINA LÍBANO, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, art. 379º, §11 ss, com especial relevo para o crime de concussão cometido por titular de cargo político.

que já recai sobre o funcionário, p. ex.; no entanto, aqui parece-nos que se deve recorrer à tipicidade comum). Ainda mais do que isso, não se percebe porque crimes específicos próprios previstos na lei penal geral (para funcionários no “exercício das suas funções”) são, quando cometidos por titulares de cargos políticos, suscetíveis desta agravação e os crimes expressamente previstos na própria L. 34/87, cuja redação típica é similar ou idêntica às das tipicidades dos funcionários, têm molduras “similares” às dos funcionários (p. ex. corrupção), e portanto sem qualquer agravação patente

Na verdade, nos restantes crimes (em particular, *os como tal previstos na presente Lei*), não encontramos qualquer indício de agravação da moldura legal (face aos crimes de funcionários de idêntico teor).

- b) Os crimes, que *mostrem terem sido praticados (pelo titular de cargo político) com flagrante desvio ou abuso de função ou com grave violação dos inerentes deveres*. Esta última inserção ampliadora quer abranger a prática de “crimes comuns”⁽¹³⁾ – na formulação da Exposição de Motivos do Projeto: em que o agente do crime seja definido como “aquele que”, “ou todo aquele que...” – que o titular de cargo político cometa no exercício das suas funções (mas que, para serem alçados a crimes de responsabilidade, supõem este juízo agravado de violação de deveres ou de abuso de função)⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Todavia, existe aqui uma “falácia”, como já apontámos; é que há crimes comuns que são agravados pela qualidade de funcionário no exercício de funções. Supomos que, neste caso, a agravação dá-se com base na moldura do crime comum, não da do funcionário (sob pena de dupla agravação). No entanto, o crime comum exige o “abuso de poder” para ser suscetível de equiparação; em outros casos, o crime de funcionário pode conter elementos típicos mais agravados – p. ex., com abuso de poderes, etc.

⁽¹⁴⁾ A redação prevista neste art. 2º da L. 34/87 assemelha-se, no conteúdo, à que constava do art. 465º do Anteprojeto do Código Penal, intitulado “*agravação comum aos crimes praticados por funcionários*”, e que rezava: “*o funcionário que, abusando dos seus poderes ou aproveitando-se da sua qualidade, praticar um crime doloso, será punido com a pena que a este crime caiba agravada de um terço na sua duração máxima*”. Explicava então o Autor do Anteprojeto que a agravação, prevista nesta norma, se liga à ideia de que os funcionários através das suas funções não devem cometer crimes, quaisquer que eles sejam. Contudo para que se não vá longe demais exige-se como elemento típico o “abuso de funções”.

Assim, esta definição genérica, na parte referente aos “crimes comuns”, desempenha uma dupla função: justifica, nos termos do art. 5º desta Lei, a agravação especial prevista para os titulares de cargos políticos; consagra-se, assim, a ideia de que os titulares de cargos políticos não devem, no exercício das suas funções, cometer crimes, quaisquer que eles sejam – ou, então, usar as suas funções para instrumento de crime.

Por outro lado, ao exigir – como pressuposto para a afirmação de um crime de responsabilidade – o flagrante desvio ou a grave violação dos deveres, faz associar a perda de mandato ou a destituição de cargos à pena de proibição do exercício de funções – assim, o efeito “político”

A solução encontrada em matéria de crimes de responsabilidade permite, pois, compreender que os crimes de responsabilidade são um “restrito” conjunto de crimes, incluído no âmbito mais vasto dos crimes cometidos no exercício de funções por titulares de cargos políticos. Excluem-se, pelo menos, os crimes “comuns” cometidos no exercício de funções públicas sem “abuso de poder” ou os crimes sem referência a esse exercício.

2.2. Universo dos titulares de cargos políticos

2.2.1. Os “graus” de cargos políticos

A CRP não define ela própria quem é titular de cargo político⁽¹⁵⁾.

Deduz-se, porém, que são titulares de cargos políticos os titulares de cargos eletivos, decorrentes de sufrágio universal e direto. São estes, por assim dizer, os titulares de cargos políticos “primários”, na medida em que a sua responsabilização se verifica sobretudo perante os eleitores/povo e a sua legitimidade democrática é, por assim dizer, direta.

São assim titulares de cargos políticos, além do Presidente da República⁽¹⁶⁾, os deputados – eleitos para a Assembleia da República –, os deputados regionais (para a Assembleia regional) e os eleitos locais (abrangendo-se, aqui, tanto os membros da câmara municipal e da assembleia municipal como os membros da assembleia e da junta de freguesia).

Num segundo grupo, encontram-se os titulares dos cargos, que são designados por aqueles órgãos eletivos e que respondem politicamente perante eles. São os casos dos membros do Governo, dos membros Governos Regionais, os Representantes da República e, ainda, o entretanto extinto cargo de Governador Civil⁽¹⁷⁾. Aqui, a sua “legitimidade política” decorre de a sua responsabilidade e confiança depender dos órgãos políticos “de 1º grau”.

“corresponderia” ao efeito da pena “disciplinar/acessória” (cf. art. 66º, nº 1 a). Daí a referência histórica à significativa relação de *instrumentalidade ou conexão*.

⁽¹⁵⁾ Na afirmação constante do Projeto de Lei nº 377/IV (DAR – II, p 2087, nº 5): “*Relativamente à definição dos crimes de titulares de órgãos políticos cometidos no exercício das suas funções, a Constituição deixou-nos sem bússola. Começou por não definir sequer o que sejam esses titulares*”.

⁽¹⁶⁾ Não faremos referência expressa ao Presidente da Assembleia da República. Com efeito, cremos que a sua inclusão no elenco de titulares de cargos políticos se justifica sobretudo pelo facto de poder substituir o Presidente da República. Fora desta situação anómala, será de considerar como deputado.

⁽¹⁷⁾ Parece-nos, todavia, que o cargo de Governador Civil não encontrava justificação para ser previsto como titular de cargo no âmbito deste diploma. Embora seja um cargo de confiança política, não nos parece que seja um cargo político, no sentido específico do termo. Com efeito, os cargos de designação governamental são de confiança política, mas não são cargos “políticos”, no sentido da sua legitimação.

Há, além disso, ainda outros titulares de cargos políticos (p. ex., Conselheiros de Estado ou o Provedor de Justiça⁽¹⁸⁾), pelo menos por efeito da lei, ou então por “equiparação”, para efeito de regime de transparência das funções⁽¹⁹⁾. No entanto, não foram, conscientemente, incluídos neste elenco.

2.2.2. A autonomização legislativa dos titulares de cargos políticos face aos funcionários.

a) No Código Penal

A submissão de agentes públicos (titulares/funcionários) a regimes penais diferenciados encontra tradução na legislação penal, tanto no caso já referido do art. 386º, como naquele em que os agentes públicos assumem a qualidade de “vítimas” no exercício das suas funções.

Assim, é o próprio CP que procede a uma autonomização destes órgãos (cujos membros podem ser considerados titulares de cargos políticos, em sentido próprio), de um ponto de vista da tutela de proteção do (livre) exercício de funções, em particular contra interferências “estranhas/externas”. Com efeito, enquanto o exercício de funções por funcionários está penalmente tutelado contra agressões “externas”, através do tipo legal de *coação e resistência de funcionário* (art. 347º do CPP), a proteção dos órgãos “constitucionais” está consagrada num regime autonomizado em relação àquela norma (cf. art. 333º). Nesta proteção, compreende-se, integram-se os órgãos (e apenas estes) compostos e integrados por titulares de cargos políticos – individual ou coletivamente⁽²⁰⁾ – abrangendo-se qualquer nível de poder (nacional, regional ou local).

No entanto, a sua inclusão poderá ter decorrido do facto de o anterior Diploma sobre crimes de responsabilidade (a já referida L. 266 de 1914) considerar o Governador Civil como agente do Governo.

⁽¹⁸⁾ Quanto a estes titulares, o Projeto, na sua fundamentação, afasta a sua inclusão do âmbito deste regime por lhes estar ausente a *competência deliberativa*. Correta esta solução (mas que traduz a relevância do poder decisório), embora os Conselheiros de Estado estejam vinculados a regras de sigilo, constitucionalmente consagradas, que justificariam incriminação autónoma face à relevância deste sigilo.

Em qualquer caso, o Projeto não é assertivo quanto a esta opção de exclusão. “É uma opção fácil de corrigir se se entender ser esse o caso”.

⁽¹⁹⁾ Nos termos da lei, eram também considerados titulares de cargos políticos juizes do Tribunal Constitucional e ainda gestores públicos. Tal residia numa decisão política de equiparação, apenas para efeitos de controlo de rendimentos e de transparência.

⁽²⁰⁾ Assim, nunca esteve “protegido penalmente”, neste quadro, o Governador Civil; deveria ser considerado um funcionário, para efeito de lei penal.

Por outro lado, também não nos parece que estejam abrangidos, nesta tipicidade, os Tribunais e os magistrados (discordamos, assim, da interpretação, ainda que restritiva, de CAEIRO, PEDRO, *Comentário Conimbricense* ..., Tomo III, art. 333º, § 5). Com efeito, a proteção, aqui consagrada,

b) Fundamento constitucional e institucional para um regime autónomo

Do ponto de vista constitucional, também se procede a uma demarcação no âmbito de responsabilização: com efeito, titulares de cargos políticos e funcionários respondem sempre, *criminal e civilmente*, pelos atos e omissões no exercício das suas funções (art. 117º, nº 1 e 271º, nº 1 da CRP), mas, enquanto os titulares de cargos políticos respondem ademais “*politicamente*”, os funcionários respondem “*disciplinarmente*”⁽²¹⁾.

Este diferente regime constitucional terá tradução ao nível penal; diferenciação ao nível de tipicidades – como a seguir veremos –, mas sobretudo por forma imediata na perspectiva sancionatória, pelo facto de ser necessária a previsão de uma sanção específica de perda de mandato ou de destituição do cargo⁽²²⁾. Em alguma medida, esta forma de sancionamento serve como uma espécie de “contrapeso” à inexistência, ou então como solução simétrica, à de uma responsabilização “disciplinar”.

está em direta ligação com os órgãos de carácter eletivo ou órgãos que deles dependam politicamente e, portanto, com os denominados “titulares de cargos políticos”. Os juizes são funcionários, para efeito de lei penal, e os tribunais têm um estatuto específico, mesmo em termos de teoria do Estado; sobre a matéria, cf. JORGE MIRANDA/RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. III, Coimbra editora; Coimbra, 2007, p. 13 ss.

Do ponto de vista da interpretação interna da norma, não se nos figura adequado que os juizes possam ser considerados “membros de um órgão” (cf., assim, o art. 333º, nº 4 a) – os juizes serem membros de tribunal, afigura-se-nos expressão, no mínimo, pouco “curial”). A globalidade da norma e a sua integração sistemática (cf. também art. 334º e sua imediata ligação com os crimes eleitorais), justificam, em nosso entendimento, que esteja em causa apenas a proteção de órgãos políticos e de titulares de cargos políticos; apenas esses. O art. 10º da L. 34/87 também faz sugerir esta interpretação como a mais correta (*expressamente* só se referem titulares de cargos políticos).

Não se esqueça, por fim, que os presidentes dos tribunais detêm poderes autoridade, nas audiências; poderes de que os órgãos políticos não dispõem.

⁽²¹⁾ Neste sentido, observe-se que se afirma, constitucionalmente, alguma distinção, estatutária e institucional, entre o Governo (art. 199º) e a Administração Pública (art. 266º, nº 2 e 269º).

⁽²²⁾ Embora se nos afigure que a questão sobre sancionamento de titulares de cargos políticos por crimes cometidos no exercício das suas funções não se devesse circunscrever à discussão sobre perda de mandato ou destituição do cargo. Com efeito, justifica-se, por um lado, prever, ao menos para os crimes de função mais graves, a pena acessória de privação de direitos eleitorais e, por outro, discutir em que medida uma condenação por crime cometido no exercício de funções em cargos políticos não implicaria a proibição de exercício de funções públicas (no âmbito da própria Administração).

2.2.3. Os titulares de cargos políticos eletivos do Estado⁽²³⁾

a) Deputados

Atentemos, então, no caso de titulares de cargos políticos “primários” – ou seja, os eleitos por sufrágio direto e universal, de modo particular, os deputados. O seu mandato funda-se numa legitimidade de direta ligação com o eleitorado.

O mandato dos deputados é, em regra, livre e não sindicável. Assim, diz a nossa CRP: art. 155º, o *mandato do deputado é livre* e, ainda no art. 157º *os deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões*⁽²⁴⁾. Mais ainda, os deputados, embora eleitos por um círculo, representam todo o território⁽²⁵⁾. Neste sentido, o estatuto dos titulares de mandatos eletivos assume diferenças significativas face ao dos funcionários.

Ao contrário, o “chamamento” para ser-se funcionário implica, em regra, a inserção num poder, numa organização, e nesse sentido a assunção de um *status* e, sobretudo, a integração num vínculo de subordinação, com dever de obediência, assumindo sempre uma posição secundária⁽²⁶⁾.

Os titulares de cargos políticos “primários” também não estão em regra sujeitos a regras de imparcialidade – de facto, estando em causa mandatos eletivos, integram-se em partidos ou organizações e, como tal, cabe-lhes representar interesses. E, enquanto integrantes de organizações partidárias, podem ter um legítimo papel na recolha de fundos para o partido, embora sujeitos às limitações, vigentes sobre essa matéria. Neste sentido, quando estejam no desempenho de atividade política (em sentido estrito), há como que um bloqueio de algumas das regras que valem para os funcionários.

⁽²³⁾ No âmbito desta nossa primeira abordagem, deixaremos de lado os órgãos e titulares de cargo políticos regionais e locais, uma vez que pretendemos esclarecer apenas o sentido da norma de exclusão.

⁽²⁴⁾ Como se dizia na Constituição de 1911: *Os deputados e senadores são invioláveis pelas opiniões e votos que emitirem no exercício do seu mandato. O seu voto é livre e independente de quaisquer insinuações ou instruções.*

⁽²⁵⁾ Normas análogas encontram-se também previstas para os deputados regionais, embora de carácter mais circunscrito.

⁽²⁶⁾ Mesmo os *titulares de altos cargos públicos* não deixam de estar submetidos a deveres do cargo. Com efeito, também lhes cumpre dar execução a regras/normas primárias.

Por isso mesmo, é um erro a autonomização, aliás ilógica e inconsequente, desta categoria de agentes públicos no âmbito deste diploma sobre responsabilidade de titulares de cargos políticos.

Observe-se que, mesmo que se queira encontrar “deveres” nos cargos de titulares de cargos políticos, eles são em regra “em menor número” do que os dos funcionários. De facto, pelas funções que exercem, os titulares detêm necessariamente uma margem de liberdade muito maior, se não mesmo irrestrita, ao nível de opções fundamentais e de decisões.

Por outro lado, há titulares de cargos políticos (sobretudo, no âmbito “primário”) que não desempenham em exclusividade as suas funções; pelo contrário, são frequentes os casos de titulares que podem desempenhar as suas atividades profissionais privadas simultaneamente com a sua atividade de função pública. Ao contrário, os funcionários – sobretudo os que obtenham esse estatuto em virtude de nomeação ou fundado numa relação jurídica por tempo indeterminado de trabalho/emprego público – desempenham, em princípio e preferencialmente, as suas funções em regime de exclusividade⁽²⁷⁾.

Por fim, dentro das Convenções Internacionais sobre Corrupção (é o caso da Convenção Penal do Conselho da Europa sobre Corrupção) os titulares de mandatos legislativos ou membros de assembleias legislativas públicas encontram sempre um tratamento autonomizado em relação a outros agentes públicos.

Assim, a autonomia de estatuto político-constitucional, de que estes titulares de cargos políticos dispõem, exige, ao menos implicitamente, um regime de desempenho de funções públicas diferenciado em relação ao do funcionário. O que, necessariamente, implicaria uma diferente, e autonomizada, redação dos diversos tipos legais de crime, referentes ao exercício das suas funções públicas.⁽²⁸⁾

b) Presidente da República

No entanto, os titulares de cargos políticos de grau primário, não se esgotam nos titulares de mandatos eletivos, que desempenham função legislativa; abrangem ainda o Presidente da República (e o representante da república, como elemento secundário), o qual exerce sobretudo funções políticas.

⁽²⁷⁾ É certo que hoje se reconhecem casos de equiparações/alargamentos do conceito de funcionário, que prescindem desta exclusividade no desempenho de funções. Todavia, é preciso não esquecer que o conceito base da definição de funcionário é o funcionário civil: o indivíduo que desempenha, em exclusivo e profissionalmente, a função pública (administrativa ou jurisdicional). É este o “funcionário paradigma”; as derivações são extensões...

No caso dos titulares de cargos políticos não é totalmente clara a linha que define o “paradigma”.

⁽²⁸⁾ Foram, na parte mais relevante, estas (que aqui também referimos) as razões que justificaram que, na Alemanha, se tenha introduzido, em 2014, um crime de corrupção de titulares de mandatos eletivos. Sobre a justificação para este novo tipo, cf. HEINRICH, BERND, “Zur Notwendigkeit der Unterscheidung von Amtsträgern und Mandatsträgern bei der Gestaltung der strafrechtlichen Korruptionstatbestände”, *Zeitschrift für Internationales Strafrecht – ZIS online*, nº 6 /2016, p. 382 (quanto às razões e fundamentos para a consagração do tipo legal, alguns coincidentes com os apresentados no texto; cf. em particular, p. 390 ss). O novo § 108 e do StGB, abrange não só os deputados da União Federal e dos Estados, mas também representantes comunais – por isso, a expressão “titulares de mandatos” em vez de “deputados”.

c) Governo

Como titulares de cargos políticos “secundários” teremos então o Governo (da República ou os regionais) – que dependem politicamente das Assembleias e Presidente da República – e os Representantes da República.

Com efeito, também o Governo (os seus membros) está submetido a uma responsabilização política (não disciplinar). Por isso, justifica-se também que este órgão tenha um regime especial de responsabilização criminal, tanto pelo facto de lhe caber a função governativa como por desenvolver também atividade política e legislativa⁽²⁹⁾. Por outro, o facto de superintender toda a Administração Pública justifica também a sua autonomização em matéria de responsabilização política/não disciplinar, sobretudo pelas maiores possibilidades de intervenção fáctica em todo o âmbito administrativo. Observe-se, no entanto, que a Administração Pública ou a Administração de Justiça correspondem apenas a alguns dos setores sobre os quais incide a atividade governativa e, por outro lado, que há uma dimensão política em toda a atividade governativa.

Por fim, existe seguramente uma outra razão mais funda, comum a todos estes órgãos, que justifica a autonomização da responsabilidade criminal: a posição que estes órgãos, de que fazem parte todos estes titulares, detêm na arquitetura constitucional e institucional portuguesa, pelo que seria de esperar um maior grau de censura por eventuais “ilícitos” cometidos no exercício das suas funções.

III. Funções/Órgãos políticos/Responsabilidades

3.1. A distinção entre órgãos de soberania e funções “equiparadas”. Os órgãos do poder local.

Como vimos, o CP na sua versão original previa três funções de Estado como autónomas e carecedoras de regulamentação especial: a) a função legislativa; b) a função governativa; e, por fim, c) a função política.

É possível que, na visão de então (relembre-se que a referência às três funções do Estado provém “sem mácula” do Anteprojecto de Revisão do CP, elaborado em momento anterior à instituição do regime constitucional de 1976), esta “tríade funcional” tivesse correspondência na tripartição entre os três órgãos de Soberania existentes. Por um lado, o Parlamento; por outro lado, o Governo e o Presidente da República (que, conjuntamente, constituíam o Poder Executivo).

Tendo em atenção a lógica constitucional e o espírito da época, um Estado centralizado, como o de então, não se defrontaria com grandes problemas em

⁽²⁹⁾ A função governativa caracteriza-se exatamente por abranger as três funções: legislativa, política e administrativa; que, de modo diferenciado, podem ser exercidas por este mesmo órgão.

termos de responsabilização política, se todos os poderes pudessem ser enquadrados neste conjunto de funções. Observe-se, no entanto, que a Lei nº 266 de 1914 (em ligação, de resto, com as Constituições de 1911 e 1933⁽³⁰⁾) apenas tinha por objeto os crimes de responsabilidade do *poder executivo* (no qual se integrava a responsabilidade do presidente da república – embora este não fosse incriminado pela totalidade de crimes⁽³¹⁾ aí previstos).

Nesta perspetiva, pelo menos para estas funções – a função legislativa e a função governativa/política – a responsabilidade estava distribuída por dois ou três órgãos de Soberania (parlamento, presidente, governo e seus representantes/agentes).

O problema reside em que, na atual arquitetura do Estado português, se verifica uma quebra na interseção entre a categoria “órgãos de soberania” e a categoria “órgãos constitucionais” (enquanto órgãos titulados por sufrágio): em especial, como vimos, hoje abrangem-se os órgãos das regiões autónomas e os órgãos do poder autárquico (poderes inexistentes, tanto quanto julgamos, no anterior regime e seguramente não contemplados na versão original da norma excludente do conceito de “funcionário” do CP). Como se compreende, a lógica destes últimos poderes, autárquicos, não é suscetível de se enfileirar na mesma distinção/equilíbrio dos órgãos centrais do Estado (entre poder parlamentar e poder governativo; exemplo particular é o da ligação que pode interceder entre Câmara e Assembleia Municipal ou Junta e Assembleia de Freguesia – ambos os órgãos são designados por sufrágio direto e, por isso, a Câmara Municipal e a Junta de Freguesia não podem ser vistas como “governos” locais, de réplica do modelo central⁽³²⁾).

⁽³⁰⁾ Sobre estes diplomas normativos, cf. o nosso “Da Corrupção (Do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela dos interesses do Estado)”, *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 849 (p. 887 ss.).

⁽³¹⁾ Suscita-nos a dúvida sobre se esta referência restritiva às incriminações do presidente da república terá hoje em dia sentido. Na altura – isto é, em 1914 –, o presidente da república não era eleito por sufrágio universal, mas por via indireta, como é típico do regime parlamentarista – sendo por isso considerado, para efeitos de responsabilização criminal, também um deputado/senador.

⁽³²⁾ Enquanto, nas regiões autónomas, a lógica de separação de poderes entre Parlamento e Governo parece uma réplica, limitada material e territorialmente, da lógica dos órgãos da República, já no âmbito autárquico é diferente, quer na fonte de legitimação, quer nas competências (embora a CRP até admita outra forma de designação – art. 239º, nº 3 -, a verdade é que o órgão executivo local é determinado por via de sufrágio direto).

3.2. As dificuldades de interpretação da lei

Deste modo, se já não se afigurava fácil a tarefa de dar execução ao imperativo constitucional – mesmo tendo por universo apenas o conjunto tradicional e clássico de titulares de cargos em órgãos de soberania –, o legislador torna tal tarefa quase irrealizável ou inexecutável, ao fazer uma interpretação/aplicação algo estrita daquela norma constitucional, abrangendo ainda outros cargos⁽³³⁾.

Assim, ao integrar, num mesmo diploma, poderes do Estado de natureza diversa e ao abranger um universo ainda mais alargado de potenciais “infratores”, o legislador “legou” ao intérprete uma tarefa, um ónus, de incomensurável dificuldade. O facto de a CRP não proceder, no art. 117º, a uma distinção entre titulares de cargos políticos não nos parece que constitua circunstância que implique uma equiparação, legal ou normativa, cogente para de todos os titulares para efeitos de determinação de agentes do crime. Ora, há tipos legais, previstos na L. 34/87, que, em nossa opinião, só podem ser cometidos por membros/agentes do Governo (mesmo que o agente do crime seja designado genericamente por “titular de cargo político”)⁽³⁴⁾. Assim, qualificar, no mesmo diploma ou numa mesma tipicidade, o agente do crime por “titular de cargo político” acaba por redundar em mero “eufemismo”, para deixar “à imaginação” do intérprete a determinação de quem é de facto o “titular de cargo político” de um concreto crime; isto é, qual o agente concretamente habilitado para o cometer⁽³⁵⁾. Trata-se de questão

⁽³³⁾ Com efeito, o legislador, confessadamente, parece lamentar as normas constitucionais sobre a matéria: “*não obstante, o nosso legislador constituinte não deu, nesta matéria, sinais de particular complacência.*”

Para começar, equiparou – praticamente sem os distinguir – todos os titulares de cargos políticos. Depois sujeitou-os àquelas responsabilidades relativamente a todos os actos e omissões que ilicitamente praticarem no exercício das suas funções. Daí o advérbio pelos actos e omissões, em vez de por actos e omissões. – DAR – II – p. 2086 (1).

E acrescenta, noutro passo: *a nossa Constituição é mais complacente relativamente aos crimes estranhos ao exercício de funções. Quanto a esses e qualquer que seja a sua gravidade, o Presidente da República responde depois de findo o mandato e perante os tribunais comuns. (...) O que não está acatelado ... é o risco teórico da comissão de um crime grave fora do exercício do cargo. Digamos que, nesse caso, a realidade se encarrega sempre de encontrar solução.*

Observe-se que o então art. 120º (hoje 117º) da CRP comete à lei a definição dos crimes de responsabilidade; mas não significa uma só lei; pode haver uma lei específica e adequada a cada titular de cargo político.

⁽³⁴⁾ Há seguramente tipos legais cuja consagração se deve à influência da L. 266 de 1914 (é o caso do crime de violação de normas de execução orçamental – para membros do poder executivo –, que não se encontra tipificado como crime de funcionário).

⁽³⁵⁾ Assim, no crime de violação de regras urbanísticas o agente de crime tem de ser, em regra, um titular de cargo político “autárquico”. Já o crime de violação de normas de execução orçamental refere-se ao titular que por “dever do seu cargo” tem de dar cumprimento a normas de execução

de interpretação, que por vezes não é facilmente superável ou decifrável e a que a própria redação típica também não coadjuva.

IV. A relevância das funções do titular de cargo político nas incriminações (Exemplos: corrupção e tráfico de influência)

4.1. Corrupção

Qualquer agente público (seja política, seja disciplinarmente responsável) que se deixe remunerar indevidamente pelo exercício das suas funções comete o crime de corrupção, e, naturalmente, viola um dos deveres inerentes à (qualquer) função pública. No entanto, além de hoje estarem previstas novas formas de tipificação no universo da corrupção⁽³⁶⁾, o nosso CP distingue – tendo, porém, por destinatários apenas os funcionários civis da administração e da justiça – entre corrupção para ato lícito e corrupção para ato ilícito⁽³⁷⁾. A diferença tem a ver com a gravidade do que é objeto do “mercadejar”.

Com efeito, corrupção para ato, ou omissão de ato, lícito ou ilícito (em contrariedade ou não aos deveres do cargo) supõe a previsão de critérios legais, regulamentares, de instruções ou ordens de serviço, pelas quais o funcionário saiba da legalidade ou da ilegalidade dos seus atos (no exercício das suas funções), e possa assim orientar-se no âmbito da sua atividade funcional. Deste jeito, admitir que há corrupção para ato lícito supõe a possibilidade de se sindicarem o ato praticado, ou o ato cuja prática foi omitida, valorando-o como devido, legal, de acordo com os deveres de serviço ou quaisquer outros *standards* (administrativos ou judiciais) de avaliação. Em particular, quando estejam em causa atos que caibam na competência do funcionário, é através da análise da legalidade substancial, de fundo, do ato praticado ou omitido que se poderá fazer o juízo sobre a gravidade da corrupção. Ou seja: embora a corrupção não se limite aos atos que caibam na competência, ou no domínio funcional, do funcionário, naturalmente que os “atos de competência” assumirão particular relevo, em especial para efeitos de comprovar da sua contrariedade ou não contrariedade aos deveres do cargo⁽³⁸⁾.

orçamental. Tal “dever do cargo” – ou “competência” – tem hoje de estar expressamente previsto na Lei de execução orçamental; logo: será um membro do governo.

⁽³⁶⁾ As novas formas de corrupção, a que aqui fazemos referência, são sobretudo as do recebimento indevido de vantagens. Também este crime deve ter em vista “certos” titulares de cargos políticos.

⁽³⁷⁾ Sobre esta distinção, cf. COSTA, ALMEIDA, *Comentário Conimbricense ...*, Tomo III, art. 372º, § 13, p. 666/7

⁽³⁸⁾ Observe-se que mesmo os atos discricionários não deixam de ser atos de legalidade e dependentes de possível sindicância.

a) Deputado ou função legislativa

Tomemos, agora, em consideração o caso da função legislativa e em particular o estatuto dos deputados.

Como vimos, de acordo com a CRP, os Deputados exercem *livremente* o seu mandato (art. 155º) e não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões (art. 157º). Deste modo, parece-nos que as premissas da liberdade no exercício das funções, da “insindicabilidade” (ou da impossibilidade de valoração) do sentido do voto ou das opiniões impedem que se proceda a um raciocínio análogo ao que se faz para o funcionário. Com efeito, o deputado – o titular de cargo político designado por deputado – não pode ver o ato ou a omissão de ato que pratique avaliado segundo a sua licitude ou ilicitude, na medida em que tal valoração suporia uma limitação do seu mandato (que deixaria de ser livre) ou até a pronúncia de um juízo que não se quer existente (porque não incorre em responsabilidade).

Daqui decorre que, para efeitos de eventual corrupção, ao deputado só se pode censurar o facto de ter recebido uma vantagem indevida dirigida a um ato ou omissão de ato no exercício das suas funções; no caso, seria aliás necessário que se demonstre a ligação entre a vantagem e a influência num determinado ato ou omissão.

Ou seja, seguramente que pode haver “corrupção passiva de deputado”; mas o que não pode, em nosso entender, é proceder-se à distinção entre corrupção própria e imprópria. Neste sentido, a corrupção de deputado ou a corrupção no exercício de função legislativa não pode ser vista pelo efeito (da gravidade do efeito), mas apenas pela gravidade da influência, que sobre o deputado recaiu. Assim, e cremos que essa solução se impõe, o deputado tem de ser legalmente enquadrado como agente de um tipo legal de corrupção que prescindia, tipicamente, de qualquer avaliação do ato ou omissão realizados, satisfazendo-se com a mera demonstração da ligação entre ato/omissão e vantagem mercadejada (compra e venda). Portanto: um crime unitário de corrupção, porventura com moldura mais elevada do que a corrupção de funcionário. Como não é possível avaliar a “substância” dos atos praticados, só deve haver uma corrupção (sem nome), com moldura, pelo menos, idêntica à da corrupção (do funcionário) própria.

Em última instância, o que verdadeiramente caracteriza a corrupção de titular de mandato eletivo é o facto de se comprovar que, por via de “recebimento” de vantagem indevida, o deputado violou a sua própria “liberdade de mandato”; observe-se não é o ato ou a omissão do ato que está sujeito a sindicância⁽³⁹⁾. Se o

⁽³⁹⁾ Assim, também no art. 341º do CP – crime de corrupção de eleitor – a compra e venda de voto tem por finalidade a proteção do bem jurídico da liberdade e pessoalidade/intransmissibilidade do voto (sobre este tipo legal, cf. SEIÇA, A. MEDINA, *Comentário Conimbricense ...*, Tomo

deputado se propuser votar num determinado sentido ou até não votar, tal ato ou omissão é “insindicável” (a valoração é neutra); o que se censura é a violação da “liberdade e confiança pessoal” de exercício do mandato.

Parece-nos, pois, que a “singularidade” da corrupção do deputado implicaria um crime de corrupção assente na mera demonstração da *violação do livre exercício do mandato*. E, por isso, um crime de corrupção que prescindia da qualificação do ato ou da omissão mercadejados como lícitos ou ilícitos⁽⁴⁰⁾; valoração lícito/ilícito que só tem sentido e só logra vigência no âmbito das denominadas funções secundárias.

b) A Função governativa – Os membros do governo

A responsabilidade dos membros do Governo da República está também prevista como carecendo de regime autonomizado, enquanto desempenho da função governativa. A questão, porém, é a de saber em que medida a autonomia de tratamento justifica a correção das tipificações previstas para o funcionário em crimes cometidos no exercício de funções públicas.

A resposta tem de ser vista nos seguintes termos: a atividade governativa abrange, por definição, o desempenho de diversas funções, desde logo as funções políticas, e em particular as funções de direção geral, que não visam a resolução de casos concretos. Não se pode excluir que alguns ministros também exerçam funções administrativas; mas a verdade é que a função governativa assume diversos matizes, sendo certo que, para os membros do governo, a possibilidade de praticar atos de diverso conteúdo funcional torna impossível o recurso aos critérios da legalidade secundária e, sobretudo, a um qualquer apelo a regras/normas diretamente ligadas ao poder organizacional ou disciplinar⁽⁴¹⁾.

Assim, também para os membros do Governo o crime de corrupção deveria prescindir de qualquer avaliação quanto ao objeto da “compra e venda”, existindo apenas um crime, uma incriminação de corrupção⁽⁴²⁾, de nível superior (em termos de moldura legal) para estes titulares de cargos políticos.

III, art. 341 § 2 s). O voto, em si, também é insindicável (é irrelevante o efetivo sentido do voto, de que aliás até se poderá não tomar conhecimento).

⁽⁴⁰⁾ Ao dizer-se que a corrupção pode ser para ato lícito ou ilícito, a lei pressupõe a possibilidade de se valorar a atuação do “titular”, segundo os quadros da legalidade administrativa ou da legalidade das denominadas funções secundárias. Nas outras funções (primárias), tal enquadramento não é possível – é apenas este o ponto que aqui queremos acentuar, pelo que estes tipos de crime são inaplicáveis nestas funções.

⁽⁴¹⁾ Como dizia a Constituição de 1933, art. 113º, nº 1: Cada Ministro é responsável política, civil e criminalmente *pelos atos que praticar ou autorizar*.

⁽⁴²⁾ Observe-se que, tanto quanto julgamos, era esta a solução que a Lei nº 266 de 1914 previa, ao referir, para os membros do poder executivo, a incriminação da corrupção por aceitação

c) O Presidente da República – Os Representantes da República

Sendo exigida a responsabilização criminal do PR, em particular no âmbito do crime de corrupção, então tem de se integrar os atos, que o PR possa ou esteja legitimado a praticar, na categoria de atos políticos⁽⁴³⁾. Neste sentido, embora com um âmbito diferenciado, a única forma de tipificação de corrupção, que nos parece correta, é aquela que sinaliza o facto de o PR, em virtude de ter aceite vantagem indevida, ter colocado em causa, ou mesmo ter causado um dano, à sua “liberdade de exercício do mandato representativo”, tendo-se deixado influenciar indevidamente para um qualquer ato (cuja valoração de conteúdo não é possível de ser realizada). Também, pois, o Presidente da República não pode estar submetido ao critério da legalidade ou outros *standards* semelhantes, que presidem à distinção de corrupções dos funcionários.

4.2. Tráfico de influência

O crime de tráfico de influência, previsto no art. 335º do nosso CP, refere que o tráfico de influência junto de qualquer entidade pública tem em vista uma decisão, lícita ou ilícita, e favorável. Desde logo, é fácil ver que, nesta formulação – aquela que a nossa lei acolhe –, só as seguintes funções públicas podem estar em causa: a função pública administrativa e jurisdicional. Por duas razões: porque a decisão tem que ser lícita ou ilícita e, além disso, porque tem que ser *favorável* a quem compra a influência, real ou suposta. Decisão favorável supõe que esteja em causa uma pretensão jurídica individualizada, de exequibilidade imediata⁽⁴⁴⁾, por quem compra essa influência: ou seja, só pode estar em causa uma decisão administrativa/jurisdicional; se adicionarmos o atributo “legal/illegal”, então, não restam dúvidas de que só estas duas funções públicas poderão estar em equação.

4.3. Corrupção em função não administrativa

O Código de Justiça Militar (L. nº 100/2003, de 15 de Novembro), no seu artigo 36º, refere que é considerado o facto de aquele que, integrado ou ao serviço das Forças Armadas ou de outras forças militares, por si ou por interposta

de dádiva, para um ato das suas funções; ou seja um crime de corrupção sem distinção quanto à qualidade do ato.

⁽⁴³⁾ Dizia a Constituição de 1933: *O presidente da república responde directa e exclusivamente perante a Nação, pelos actos praticados no exercício das suas funções.*

⁽⁴⁴⁾ Que pode naturalmente constar de um ato político (p. ex., a concessão de honras ou distinções); mas cessa essa qualificação (política), quando a decisão tem ou pode ser qualificada como lícita ou ilícita. Por outro lado, uma decisão favorável é uma decisão que produz efeitos diretos na esfera jurídica de alguém; não basta a mera expectativa de posterior favorecimento.

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 omissão contrários aos deveres do cargo e de que resulte um perigo para a segurança nacional, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos.*

Esta corrupção – enquadrada no âmbito da Defesa ou Segurança Nacional – aponta para uma corrupção para “ato ilícito” de que resulte um perigo para a segurança nacional. Em nosso entender, a opção fundamental do legislador e, sobretudo, a concreta previsão deste crime assenta num pressuposto errado: o de que a Defesa Nacional seja atividade compreendida na função pública administrativa (mesmo militar), i e, sujeita aos mesmos *standards valorativos*. Com efeito, o que está em causa é o desempenho de uma função política, no sentido da organização do Estado. De facto, é “funcional e estatutariamente” ilógico afirmar (mesmo implicitamente) como possível a corrupção *sem violação dos deveres do cargo por ato/omissão* que crie um perigo para a segurança nacional. Assim, a função de Defesa Nacional, em particular na vertente de segurança externa, é constituída naturalmente pelo conjunto de procedimentos que previnam e impeçam a criação de perigos para a Defesa/segurança Nacional. Por isso, o militar ou qualquer outro agente que desempenhe atividade compreendida na segurança externa ou na defesa nacional que, em contrapartida de vantagem, pratique ato ou se abstenha de atuar, criando daí perigo para a segurança nacional está necessariamente a praticar um crime de corrupção qualificada. Outra forma de corrupção é a aquela que consiste na prática de ato/omissão sem criação (pelo menos imediata) de perigo para a segurança Nacional. A contrariedade ou não aos deveres do cargo apenas pode ser atributo referido à função administrativa ou judicial (incluindo a Administração militar⁽⁴⁵⁾).

Nestes termos, esta concreta corrupção – caso venha a ser consagrada de forma mais ampla – tem de abranger qualquer agente ou funcionário, militar ou civil, que através do exercício das suas funções pública crie, em contraprestação de uma vantagem, um perigo para segurança e defesa através de prática de ato ou abstenção de ato funcional.

4.4. Os órgãos autárquicos e as funções do Estado

De maior dificuldade de integração, no quadro classificatório dos órgãos do estado, são os órgãos autárquicos ou locais. Com efeito, os órgãos autárquicos, em particular, a Câmara e a Junta, não se enquadram no conteúdo das funções,

⁽⁴⁵⁾ P. ex., o procedimento para aquisição de equipamento militar; neste caso, aplicam-se as regras da contratação pública, sublinhando-se a legalidade subjacente a estes procedimentos.

que – de acordo com a norma (de 1982) sobre funcionário do CP – pressuporiam uma lei especial para regular a equiparação do seu desempenho

Deixaremos de lado as Assembleias Municipais ou de Freguesia, para cujos titulares se pode aplicar, face ao carácter deliberativo do órgão e ao seu carácter não permanente, primordialmente as regras já referidas sobre “corrupção em matéria de mandato eletivo”, ou seja, com alguma ligação, ou analogia, às regras que valem, p. ex., para o cargo de deputado.

No caso dos órgãos executivos autárquicos, a sua especificidade reside em que estes órgãos desempenham, em verdade, funções administrativas e sobretudo os deveres, a que os eleitos locais se encontram vinculados, assumem patentemente uma vertente administrativa, com conteúdos muito próximos daqueles que valem para o funcionário⁽⁴⁶⁾.

A circunstância de assembleia públicas, compostas por membros eleitos, realizarem outras funções (que não as legislativas) não deve ser considerada uma novidade ou vista com estranheza; mesmo as Convenções Internacionais, como referimos já, dão relevo aos membros de assembleias públicas, nacionais ou estrangeiros, com *poderes legislativos ou administrativos*⁽⁴⁷⁾. É, sobretudo em relação a estes concretos agentes que a lei de titulares de cargos políticos “vai para além” da equiparação, em matéria de conteúdos funcionais, que o n.º 2 da antiga redação da norma de funcionário exigia⁽⁴⁸⁾.

Questão a colocar aqui é naturalmente a de saber que modalidade de incriminação se deve adotar para os órgãos executivos permanentes das autarquias: – a da vertente de funcionário ou a de titular de mandato eletivo público?

Em nosso entender, deveriam ser aplicadas as incriminações de funcionários (isto é, aquelas tipificações que constam do CP para o funcionário), embora com a previsão do efeito de perda de mandato.

⁽⁴⁶⁾ Assim, o estatuto dos eleitos locais refere diversos deveres do “cargo”, que naturalmente se inserem no âmbito da função administrativa (cf. art. 4.º ss. do Estatuto dos Eleitos Locais, Lei n.º 29/87, de 30 de junho).

⁽⁴⁷⁾ Cf., assim, os arts. 4.º e 6.º Convenção Penal do Conselho de Europa sobre Corrupção – Corrupção de membros das assembleias públicas nacionais ou estrangeiros.

“Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que entenda necessárias para classificar como infracção penal, nos termos do seu direito interno, as práticas referidas nos artigos 2.º e 3.º (corrupção ativa e passiva), sempre que estas envolvam membros de assembleias públicas nacionais com *poderes legislativos ou administrativos*.”

⁽⁴⁸⁾ Com efeito, o artigo do CP sobre funcionário, ao fazer a remissão para lei especial, não estava a pensar em equiparar agentes que desempenham funções públicas administrativas. Essas funções são já as que constam do CP.

Nota final

A diversidade das funções de Estado, que estão compreendidas na L. n.º 34/87, bem como a própria dificuldade de interpretação das “extensões incriminatórias”, que nela se preveem, tornam particularmente delicada e complexa a sua aplicação prática. De facto, é difícil “decifrar” corretamente o universo de titulares de cargos políticos que cada tipo legal comporta como seus agentes. Cremos que a diferença de funções e de estatuto dos diversos órgãos/titulares justificaria a previsão de incriminações mais diversificadas e “personalizadas”.

Tentámos, com base nos crimes de corrupção e de tráfico de influência (mas há seguramente outros tipos legais, que justificam a mesma preocupação), demonstrar que as incriminações dos funcionários não são aplicáveis, *de plano*, às atividades dos titulares de cargos políticos. Por isso, entendemos que as atuais tipicidades da corrupção ou do tráfico de influência não são suscetíveis de abrangerem as denominadas funções primárias do Estado⁽⁴⁹⁾.

Creemos, assim, que o sistema de responsabilização criminal de titulares de órgãos de soberania ou de órgãos constitucionais deveria ter outro enquadramento jurídico e outra legislação, porventura mais “atomizada”, em razão da posição institucional e funcional de cada um dos órgãos e seus membros.

⁽⁴⁹⁾ De facto, não é possível proceder à avaliação da licitude ou ilicitude dos atos dos titulares de cargos do Estado. Tal significa a “impropriedade” destes tipos legais para estas funções “políticas”; ou, então, numa interpretação redutora: os titulares de cargos políticos (de função governativa ou política) são agentes suscetíveis de cometer apenas corrupção para atos lícitos (uma vez que se excluem de qualquer juízo de ilicitude quanto aos seus atos); afirmação em plena contradição normativa com a lógica de maior responsabilização destes titulares, que a Constituição e o seu estatuto pressupõem.