

**A natureza jurídica da responsabilidade financeira sancionatória e a
concorrência entre infracções financeiras e crimes:
o olhar de um estrangeiro* †**

1. Introdução

1.1. Justifica-se, antes de mais, uma palavra de explicação sobre a perspectiva que escolhemos para desenvolver a análise que se segue. Na verdade, não tendo investigado, até ao momento, o tema das infracções financeiras, tomamos o honroso convite que nos foi dirigido como uma manifestação de disponibilidade para ouvir alguém cujo ingénuo descomprometimento com a matéria beneficia da tolerância que se dispensa ao estrangeiro. Esta é, portanto, uma observação feita a partir do exterior, condicionada pela pré-compreensão de quem se tem dedicado ao estudo de outros ramos do direito sancionatório.

O presente texto versa apenas a responsabilidade pelas infracções financeiras elencadas no art. 65.º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC)¹, não abrangendo a responsabilidade pelas violações de regras de procedimento prevista no art. 66.º. Como a doutrina² e a jurisprudência³ têm correctamente observado, trata-se aí de sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas (TContas) no exercício do seu poder de direcção e conformação processual, análogas às que são conhecidas da generalidade das jurisdições e que, por isso, não suscitam dificuldades particulares.

1.2. A determinação da natureza da chamada responsabilidade financeira sancionatória prevista na LOPTC não é um mero exercício teórico, nem uma discussão estéril destinada a satisfazer os caprichos de um conceitualismo caduco. Na verdade, ela

* Dedico este trabalho, com gratidão e amizade, ao Senhor Dr. José Guilherme Xavier de Basto.

† O texto beneficiou das sugestões e críticas que lhe dirigiram o Juiz-Conselheiro Doutor José Mouraz Lopes, a Prof. Doutora Maria João Antunes, o Juiz-Conselheiro Doutor José Manuel Quelhas e o Prof. Doutor Nuno Brandão, a quem agradeço, reconhecido. As falhas que persistam são de minha exclusiva responsabilidade.

¹ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto. Na ausência de indicação diversa, as disposições legais citadas são as da LOPTC.

² Cf. JOÃO FRANCO DO CARMO, “As responsabilidades financeiras no âmbito da gestão pública”, *Revista do Tribunal de Contas*, n.º 35, 2001, p. 88; PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *O Tribunal de Contas e a Boa Governança. Contributo para uma Reforma do Controlo Financeiro Externo em Portugal*, Coimbra Editora, 2014, p. 62 e 473 e s.

³ AcTContas n.º 3/2016, 3ª Secção-PL, de 28 de Janeiro de 2016 (rel. Cons. Morais Antunes).

tem implicações da maior importância na construção do regime e, portanto, na resolução de vários problemas práticos que se põem ao aplicador.

Só o estabelecimento da natureza da responsabilidade financeira sancionatória permite, desde logo, identificar com alguma segurança os princípios gerais a que se encontra sujeito o direito positivo, bem como desenhar os elementos do facto sancionável (evitemos, por enquanto, empregar o termo *punível*). Por outro lado, só assim podemos avaliar a sua conformidade com a Lei Fundamental, perante o princípio da tipicidade constitucional dos ramos de direito sancionatório afirmado em alguma jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC). Por último, esta investigação é crucial para a discussão sobre os termos da aplicabilidade das garantias previstas na Constituição (CRP), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e nos respectivos protocolos adicionais relevantes para a matéria penal (em particular a regra *ne bis in idem*).

2. As duas vertentes da responsabilidade financeira

2.1. No plano metodológico, parece conveniente começar por traçar rapidamente as relações entre a responsabilidade reintegratória e a chamada responsabilidade sancionatória, para compreendermos o lugar que aí cabe à segunda.

A este propósito, permita-se-nos um parêntesis sobre uma questão de terminologia. Empregaremos a expressão “responsabilidade sancionatória” porque ela é de uso generalizado, tanto na doutrina, como na própria lei. Porém, parece uma expressão pouco feliz e, em último termo, incorrecta. A sua formação ter-se-á feito, por arrastamento, a partir da expressão responsabilidade reintegratória. Nesta última, o sufixo “-ória” indica, correctamente, a acção que se espera do responsável: responsabilidade pela reintegração. Ora, a responsabilidade sancionatória, enquanto responsabilidade pela sanção, cabe ao Tribunal, não ao sujeito passivo da mesma. Melhor seria, por isso, chamar à responsabilidade sancionatória *responsabilidade delitual*⁴.

Voltando ao tema, parte importante da doutrina foi sustentando – embora perante um quadro legal algo diverso daquele que hoje vigora – a inexistência de uma verdadeira diferença de natureza entre as duas modalidades da responsabilidade financeira, que se

⁴ Empregando também esta expressão, JOSÉ MOURAZ LOPES, “O caminho da autonomia dogmática da responsabilidade financeira. Notas breves sobre as alterações à Lei Orgânica e de Processo do Tribunal de Contas, introduzidas pela Lei n.º 20/2015, de 9 de março”, *Revista do Tribunal de Contas*, 63/64 (2015), p. 58.

complementariam numa unidade dogmática⁵. A favor desta perspectiva, está certamente a forma (pouco usual e até algo bizarra) como a CRP e a lei designam, genericamente, a matéria, conglomerando ambas as modalidades nos processos e nas competências do Tribunal para a “efectivação das responsabilidades financeiras”.

2.2. Sem prejuízo do que diremos adiante sobre a autonomia do sistema da responsabilidade financeira em face de outros ramos do ordenamento jurídico (o direito civil, o direito penal e o direito administrativo, em particular o direito contra-ordenacional) – esse é um outro problema – não parece que se possa configurar a responsabilidade financeira numa unidade dogmática, assente na categoria “infracção financeira”, e depois distinguir as duas modalidades apenas no plano das consequências: reintegrar ou repor certos montantes, de um lado, e sofrer determinadas sanções, de outro.

As duas formas de responsabilidade financeira são efectivamente autónomas entre si, desde logo, por força da respectiva *teleologia*. Mesmo que se admita que a responsabilidade reintegratória não é apenas um outro nome para uma aplicação específica da responsabilidade civil, em virtude de várias particularidades de que se reveste⁶, essa perspectiva não afecta a sua natureza ressarcitória, perfeitamente integrável naquele que continua a ser o paradigma da responsabilidade aquiliana. Como a própria lei explicitamente refere, trata-se de repor montantes em falta por força de alcance ou desvio e de reparar o dano causado por pagamentos indevidos⁷.

É claro que, numa acepção muito ampla, se trata de uma sanção, como consequência jurídica desfavorável que se liga à prática de um facto ilícito – mas essa acepção latíssima do termo sanção também abarca a obrigação de indemnização própria da responsabilidade civil. Por outro lado, é verdade que existem certas formas de reparação que podem assumir a natureza de penas (ou de seus sucedâneos) no direito penal⁸. Todavia, se quisermos manter alguma clareza nos quadros conceptuais com que trabalhamos, e sob pena de, não o fazendo, cairmos em construções sincréticas e mais ou menos arbitrárias, temos que reconhecer que a matriz da responsabilidade reintegratória não é punitiva.

⁵ Cf. a discussão em ANTÓNIO CLUNY, *Responsabilidade Financeira e Tribunal de Contas. Contributos para uma Reflexão Necessária*, Coimbra Editora, 2011, p. 63 e ss.

⁶ Sobre esse ponto, vd. o estudo de PAULO MOTA PINTO, *neste volume*.

⁷ Art. 59.º da LOPTC.

⁸ Alertando para este aspecto, ANTÓNIO CLUNY, *cit.*, p. 75.

Não surpreende, portanto, que esta forma de responsabilidade seja centrada sobre o dano causado ao erário público, que aparece como seu elemento essencial. Essa referência surge expressamente no n.º 4 do art. 59.º LOPTC, mas não pode deixar de estar implícita no desaparecimento de dinheiros públicos ou valores em que se traduz o alcance, no desvio e na obrigação de indemnizar terceiros resultante da violação de normas financeiras (respectivamente n.ºs 2, 3 e 5 do mesmo artigo).

Diferentemente, a responsabilidade sancionatória não se centra sobre o dano, mas sim sobre a *violação de certos deveres*. É por isso que a efectivação da responsabilidade reintegratória não carece da aplicação de nenhuma medida ou reacção – o agente é condenado na reposição das quantias em falta – ao passo que a efectivação da responsabilidade sancionatória carece de um instrumento de mediação, que é a multa, dotada de regras e de uma mecânica específica.

2.3. Daqui decorre que, embora ambas possam coincidir (e certamente coincidam as mais das vezes), as duas formas de responsabilidade não cumprem a mesma finalidade, nem têm que assentar nos mesmos pressupostos. Consequentemente, não está excluído que se verifique uma delas sem que se verifique a outra, pelo que a responsabilidade reintegratória não deve ser vista como um *plus* em relação a uma responsabilidade sancionatória, que, na concepção unitária, seria sempre um pressuposto daquela. Com efeito, e sem pretendermos pronunciar-nos aqui de forma extensa sobre a responsabilidade reintegratória, há duas questões que estão muito longe de ser pacíficas:

(i) Por um lado, não é líquido se a infracção financeira a que se refere o n.º 1 do art. 59.º e a violação das normas financeiras que integra o respectivo n.º 5 se materializam *apenas* quando exista uma infracção tipicamente descrita no art. 65.º, ou se, pelo contrário, é relevante toda a infracção a uma norma financeira que resulte num dano.

(ii) Por outro lado, e independentemente da resposta que se se dê à questão anterior, não é líquido que o conceito de infracção relevante para o art. 59.º tenha que conter os mesmos elementos da infracção relevante para efeitos da responsabilidade sancionatória, nomeadamente no plano da culpa. Pode até suceder que, ao cabo de raciocínios paralelos, se entenda que os dois conceitos são idênticos, ou que, pelo menos, partilham grande parte das respectivas características, mas que não se trata de uma identidade ou semelhança necessária. Em abstracto, não se vê um motivo especial, mormente de ordem constitucional, que impeça o legislador de impor, p. ex., uma

responsabilidade reintegratória objectiva em caso de alcance, como sucede em certas situações disciplinadas pela lei civil.

Sublinhe-se, de novo, que estas duas questões são *autónomas*. Se se concluir que pode haver tipos de infracção relevantes para efeitos de responsabilidade reintegratória que já não o são para efeitos de responsabilidade sancionatória, isso não significa que os elementos que compõem a infracção (nomeadamente no plano da culpa) não possam ser idênticos; inversamente, se se entender que as formas típicas da infracção são as mesmas, essa circunstância não preclui necessariamente a possibilidade de os elementos que integram o facto sancionável serem diferentes nas duas modalidades.

Importante é só frisar que a construção de cada um dos conjuntos de pressupostos sobre os quais elas assentam se deve guiar apenas pelas finalidades próprias de cada uma, como sucede, aliás, com a regulamentação específica e separada das causas de extinção de responsabilidade.

2.4. Esta linha de argumentação parece reforçar-se com a circunstância de a Lei n.º 20/2015 ter revogado o anterior n.º 7 do art. 65.º, que permitia ao Tribunal, em certas circunstâncias, converter a reposição das quantias em pagamento da multa de montante inferior⁹. Na verdade, a eliminação desta possibilidade, juntamente com a proclamação da autonomia entre a multa e a reposição no n.º 6 do mesmo artigo, concorrem no sentido da diferenciação das duas modalidades de responsabilidade, bem como a adição de várias normas que, como notou José Mouraz Lopes¹⁰, acentuam inequivocamente a dimensão punitiva da responsabilidade sancionatória.

2.5. Por último, a separação das duas modalidades nos seus elementos fundamentais (pressupostos e sanções) parece congruente com a concepção da responsabilidade financeira como um sistema autorreferente: é precisamente por força dessa autonomia que se mostra necessário dispor de mecanismos reintegratórios e sancionatórios próprios, os quais, uma vez adaptados à especificidade do universo e da jurisdição financeira, cumprem funções análogas aos ramos do ordenamento jurídico geral que lhes servem de matriz. Deste modo, o sistema da responsabilidade financeira replica, à sua maneira, o sistema jurídico ambiente, interiorizando algumas das suas funções básicas e reconformando-as para os seus propósitos específicos.

⁹ Cf. PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *cit.*, p. 472, e JOSÉ MOURAZ LOPES, *cit.*, p. 62.

¹⁰ JOSÉ MOURAZ LOPES, *cit.*, p.60-62.

3. Os pressupostos e a natureza da responsabilidade sancionatória

3.1. As considerações anteriores permitiram-nos já desligar a responsabilidade sancionatória da responsabilidade reintegratória e é nesse quadro que procuraremos estabelecer a natureza da primeira. Encurtando razões, trata-se aqui de perceber se este tipo de infracções e de sanções – e, portanto, a responsabilidade – tem natureza penal, contra-ordenacional, disciplinar ou *sui generis*.

Numa primeira aproximação, podemos dizer que a responsabilidade financeira sancionatória deriva de infracções tipificadas na lei, puníveis com sanções que consistem no pagamento de certa quantia em dinheiro, cuja aplicação se encontra subordinada ao princípio da culpa e que têm uma finalidade punitiva, assente em exigências de prevenção geral e especial. Ora, estas características, por si sós, não permitem responder à nossa questão, pois são comuns tanto ao direito penal como ao direito contra-ordenacional.

3.2. Quando procuramos argumentos para a arrumação da responsabilidade financeira num ou noutro destes ramos, encontramos indicações contraditórias e, na verdade, em todas as direcções.

Se aplicarmos o critério formal, seguido por parte da doutrina para caracterizar o direito de mera ordenação social (DMOS)¹¹, concluiremos que a previsão de multas em vez de coimas afasta as infracções financeiras das contra-ordenações, aproximando-as do direito penal. No mesmo sentido aponta a eleição dos títulos I e II da parte geral do Código Penal – mas, aparentemente, só esses¹² – como regime subsidiário do direito substantivo da responsabilidade financeira sancionatória.

Porém, se atentarmos nos critérios materiais que usualmente se empregam para diferenciar o direito penal e o direito contra-ordenacional¹³, somos encaminhados para a conclusão oposta. Com efeito, o interesse protegido não é propriamente o erário público, mas sim a conformidade da actuação de quem gere, arrecada, guarda, etc., dinheiros públicos com as normas financeiras que disciplinam essa actividade. Trata-se, portanto,

¹¹ Vd., por todos, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Contributo para o conceito de contra-ordenação (a experiência alemã)”, in IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I – Problemas Gerais*, Coimbra Ed., 1998, p. 98 e ss.

¹² Assim JOSÉ MOURAZ LOPES, *cit.*, p. 63.

¹³ Vd. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português”, Coimbra Ed., IDPEE (org.), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários. Vol. I – Problemas Gerais*, Coimbra Ed., 1998, p. 44 e ss.

de um bem jurídico instrumental, que tem por núcleo central a deverosidade decorrente de normas de natureza essencialmente organizatória e procedimental, e que, por isso, dificilmente pode alcançar a dignidade penal. Por outro lado, boa parte das condutas integrantes da infração têm escassa ressonância ética, dificultando – embora não impossibilitando – a respectiva incriminação. No mesmo sentido de se tratar aqui de uma tutela administrativa apontam a absoluta inaplicabilidade da pena de prisão, a cominação das multas em unidades de conta, bem como a inexistência de um instituto equivalente a um registo criminal, que até se encontra em certos sectores do direito contra-ordenacional¹⁴.

Por fim, não deve desconsiderar-se o critério institucional, que contribui para a distinção entre o direito penal e o direito contra-ordenacional¹⁵. O primeiro é tipicamente aplicado pelos tribunais (embora o MP possa aplicar incidentalmente certas sanções a um arguido, com o acordo do juiz de instrução mas sem envolver o juiz de julgamento), e o segundo é tipicamente aplicado pelas autoridades administrativas (sem prejuízo dos casos em que, incidentalmente, devam as sanções ser aplicadas pelos tribunais). Também por aqui a responsabilidade financeira se aproximaria mais da responsabilidade penal do que da responsabilidade contra-ordenacional.

3.3. Na verdade, diversamente das perspectivas que vêm sendo avançadas pela doutrina, parece-nos que o ramo de direito sancionatório que mais se aproxima das características específicas da responsabilidade financeira sancionatória é o *direito disciplinar*.

Não queremos com isto significar, naturalmente, que o direito da responsabilidade financeira *seja* o direito disciplinar das pessoas que lhe estão sujeitas. Ao contrário, o direito disciplinar enquanto direito *estatutário* (da função pública) mantém a sua vigência, ao lado do direito financeiro, na medida em que seja aplicável¹⁶.

Queremos antes significar que tanto o direito penal como o direito contra-ordenacional têm um âmbito de aplicação virtualmente *infinito* e *indefinido*, no sentido de que, enquanto ramos do direito sancionatório público, podem ter por destinatários

¹⁴ Cf. v.g., o art. 148.º do Código da Estrada.

¹⁵ Cf. PEDRO CAEIRO / MIGUEL ÂNGELO LEMOS, “Country analysis – Portugal”, in Oswald Jansen (ed.), *Administrative Sanctions in the European Union*, Intersentia, 2013, p. 467.

¹⁶ Em outro ponto deste estudo, abordaremos a concorrência entre as normas que regulam as infrações financeiras e as normas penais; porém, a relação das primeiras com o direito disciplinar (dos funcionários) já se encontra fora do nosso horizonte.

quaisquer pessoas e regular quaisquer sectores da actividade social. Diversamente, a responsabilidade financeira sancionatória cabe apenas a um grupo restrito e mais ou menos definido de agentes e condutas: as pessoas que gerem, administram, recebem, guardam, etc., dinheiros públicos, relativamente às actividades compreendidas nessas funções.

É certo que se deu uma evolução muito significativa na extensão do leque de pessoas sujeitas a este tipo de responsabilidade, que abarcava apenas os contáveis e hoje abrange, *grosso modo*, todos os que gerem, administram ou aplicam dinheiros públicos. Neste sentido, compreende-se o argumento segundo o qual a responsabilidade financeira se distancia do paradigma do direito disciplinar dos trabalhadores em funções públicas, porque este se define basicamente em função do estatuto do agente e do seu vínculo ao Estado¹⁷. Porém, não vemos que se trate aqui de fenómeno muito diverso do alargamento, no direito penal, do conceito de funcionário a categorias de agentes que não têm essa qualidade no plano do direito administrativo, nem os deveres daí decorrentes. Trata-se apenas de mais uma instância em que as modificações profundas das missões do Estado e da forma como o serviço público é prestado se reflectem na *expansão do círculo dos obrigados originários*¹⁸. Os deveres próprios destes agentes – tanto dos funcionários como dos sujeitos passivos da responsabilidade financeira – já não se desenham em função de um vínculo de pertinência orgânica, mas sim a partir da sua *posição funcional* perante o interesse público e, em último termo, da possibilidade de ofenderem os interesses cuja protecção lhes está especialmente cometida.

Como é evidente, este alcance restrito da responsabilidade financeira sancionatória não se assemelha aos casos em que a responsabilidade penal ou contra-ordenacional também é sectorial, por pressupor uma qualidade ou dever específico dos agentes (p. ex., os crimes contra a segurança social, ou as contra-ordenações contra a concorrência), precisamente porque o direito penal e o DMOS existem *fora* desses círculos. Ao invés, as infracções financeiras designam não apenas um campo de aplicação (um sector da vida social e um grupo particular de agentes) de certo regime sancionatório, mas também *o próprio regime sancionatório*, que não existe fora delas.

¹⁷ Neste sentido, afastando sem hesitação a aproximação da responsabilidade financeira ao direito disciplinar, cf. JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Da corrupção (do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado. Erros legislativos e lacunas de punibilidade)”, in Manuel da Costa Andrade *et alii* (org.), *Direito Penal. Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra Ed., 2013, p. 881 e s.

¹⁸ Sobre o ponto, vd. a análise crítica de JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *O Conceito de Funcionário, para Efeito de Lei Penal, e a “Privatização” da Administração Pública*, Coimbra Ed., p. 84 e ss. e *passim*.

3.4. A aproximação ao direito disciplinar intensifica-se se a esta natureza de “universo fechado” somarmos uma jurisdição especializada no tratamento da responsabilidade financeira, a qual, no termo de um processo *sui generis*, aplica sanções que também são conhecidas do direito disciplinar – as multas.

Do mesmo modo, se olharmos para o plano institucional e procedimental, parecem ser de particular relevância os poderes do Tribunal de fazer recomendações às entidades fiscalizadas, tanto em sede de fiscalização prévia (art. 44.º, n.º 4) como de verificação externa de contas (art. 54.º, n.º 3, al. i)). Na realidade, o termo “recomendações” é um eufemismo, porque o seu não acatamento tem consequências normativas importantes. Para além da incidência em matéria de responsabilidade reintegratória¹⁹, o não acatamento reiterado e injustificado das recomendações é, em si mesmo, uma infracção financeira (art. 65.º, n.º 1, al. j)) e é, em geral, um factor de graduação da multa (art. 67.º, n.º 2). Além disso, a inexistência de recomendações ou censura anteriores é condição para a relevação da responsabilidade nos termos do n.º 9 do art. 65.º.

Como se compreende, a coincidência entre este *poder de direcção* do Tribunal no sentido do cumprimento das normas cuja violação lhe cabe também julgar e censurar é muito mais próxima do direito disciplinar do que do direito penal ou contra-ordenacional.

Por fim, o direito financeiro sancionatório e o direito disciplinar partilham ainda a circunstância de terem o direito penal como direito subsidiário²⁰.

3.5. Apesar de o direito disciplinar ser o ramo do direito punitivo com o qual as especificidades do direito financeiro sancionatório têm uma maior correspondência de sentido, é possível que este enquadramento não seja totalmente satisfatório sob outros pontos de vista. De alguma forma, não está apenas em causa, como ali, uma violação dos deveres da função, pois esses deveres estão ordenados, em último termo, à protecção de um bem jurídico com maior concreção, que não se esgota no bom funcionamento da administração. De todo o modo, mesmo que a correspondência que aqui procurámos expor não se exprima de forma perfeita no plano substantivo, talvez ela seja aceitável

¹⁹ É indício de culpa grave na falta de fiscalização por parte dos sujeitos subsidiariamente responsáveis (art. 62.º, n.º 3, al. c)) e é factor de avaliação do grau da culpa para efeitos do art. 64.º.

²⁰ Vd. o *Parecer* do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, de 2-04-2004.

num plano formal ou categorial, contribuindo para a resolução de outros problemas a que aludiremos mais adiante.

3.6. Feito este percurso, podemos concluir que o direito financeiro sancionatório é um ramo de direito rebelde e *sui generis*, que não se deixa reconduzir directamente aos quadros de nenhum outro ramo de direito sancionatório²¹. Assim, é necessário recriar os princípios fundamentais que devem regê-lo, atendendo às finalidades prosseguidas e com respeito pelos mandamentos constitucionais em matéria sancionatória. Entre esses princípios encontram-se seguramente os princípios da irretroactividade da lei desfavorável, da tipicidade do ilícito, da culpa e da determinabilidade das sanções aplicáveis. Porém, importa notar que o recurso ao direito penal como fonte subsidiária só é legítimo quando o sistema financeiro sancionatório não oferecer, como um todo, soluções próprias que ainda sejam compatíveis com a Constituição. A título de exemplo, não parece existir qualquer obstáculo em recorrer ao art. 14.º, n.º 3, do CP, para definir a noção de dolo eventual aplicável às infracções financeiras. Porém, a imputação da infracção negligente – que se traduzirá, as mais das vezes, na simples infracção injustificada de um dever – pode já não estar vinculada aos princípios e critérios que se convocam no direito penal, admitindo talvez soluções que aí seriam vedadas²².

3.7. Por último, põe-se a questão da conformidade constitucional de um ordenamento sancionatório desta natureza.

No final da década de 80, princípio da década de 90 do século passado, o Tribunal Constitucional pronunciou-se, em vários acórdãos, sobre a validade de uma medida administrativa de restrição ao uso de cheque, acabando por declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma que a previa²³.

Em síntese, o TC foi afirmando que existia um “programa constitucional relativo ao direito público sancionatório”²⁴, o qual estaria recolhido no art. 165.º, n.º 1, als. c) e

²¹ Sustentando a autonomia do direito financeiro como um ramo específico do “direito administrativo sancionador”, vd. ANTÓNIO CLUNY, *cit.*, p. 87 e s., e JOSÉ MOURAZ LOPES, *cit.*, p. 53 e ss. No sentido também da autonomia de um “poder sancionatório financeiro” e das correspectivas sanções dentro do “poder sancionatório público”, cf. MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito sancionatório público enquanto bissectriz (imperfeita) entre o direito penal e o direito administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, *Revista de Concorrência e Regulação*, 14/15 (2013), p. 107.

²² Neste sentido, segundo cremos, ANTÓNIO CLUNY, *cit.*, p. 138 e ss., embora no horizonte de uma outra compreensão da responsabilidade financeira (a da íntima associação entre as dimensões sancionatória e reintegratória).

²³ AcTC n.º 430/91, de 13 de Novembro de 1991 (rel. Cons. Mário de Brito).

²⁴ AcTC n.º 160/91, de 24 de Abril de 1991 (rel. Cons. Messias Bento).

d), da CRP, onde se prevê uma reserva relativa de competência da Assembleia da República para legislar sobre a definição dos crimes, penas, medidas de segurança e respectivos pressupostos, bem como sobre o regime geral da punição das infracções disciplinares e do ilícito de mera ordenação social.

Das referidas normas constitucionais retirar-se-ia não só a reserva de competência explicitamente estabelecida, mas também, um *princípio de tipicidade constitucional dos ramos de direito sancionatório público*, que impediria o Governo de criar outros tipos de sanções. A não ser assim, “bastaria dar às medidas cominadas na lei designações que não correspondessem às sanções previstas nos domínios dos diferentes ilícitos – ilícito criminal, ilícito disciplinar e ilícito de mera ordenação social – para subtrair a matéria à reserva de competência da Assembleia da República. Não pode ser. Ao colocar o direito das contra-ordenações, tal como o direito disciplinar, ao lado do direito penal, na reserva relativa de competência legislativa, não pode a 1.^a revisão da Constituição ter deixado de querer justamente incluir nessa reserva todo o direito sancionatório público”²⁵.

Esta jurisprudência do TC, segundo a qual o art. 165.º da CRP estabelece, para além da reserva de lei, um *numerus clausus* de ramos de direito sancionatório, foi fazendo vencimento²⁶, com o respaldo da doutrina. Assim, em sentido semelhante, Faria Costa considerava “existir implícito ao princípio da legalidade um corolário que é a expressão da existência de um *numerus clausus* relativamente às próprias figuras delituais”²⁷. De forma mais abrangente, referindo-se a todo o direito sancionatório público, Gomes Canotilho / Vital Moreira afirmavam rotundamente que “a *única* resposta consentânea com o princípio do Estado de direito democrático e com a função da Constituição é a da tipicidade dos tipos sancionatórios” (itálicos nossos)²⁸.

Contudo, o TC parece ter mudado de orientação. No AcTC n.º 635/2011²⁹, não só se considera que o direito financeiro sancionatório tem base constitucional bastante no

²⁵ AcTC n.º 430/91 *cit.*

²⁶ Embora tenha deparado com vários votos de vencido que se opuseram à construção: vd., vg., o voto de vencido do Cons. Bravo Serra, aposto ao AcTC n.º 430/91 *cit.*

²⁷ JOSÉ DE FARIA COSTA, *O Perigo em Direito Penal*, Coimbra Ed., p. 462, nota 230. Note-se, a bem da verdade, que o A. refere o *numerus clausus* apenas às “figuras delituais” que estejam de alguma forma sob o império do princípio da legalidade, ou seja, que participem da noção de “direito penal global” que adopta (JOSÉ DE FARIA COSTA, *Direito Penal*, INCM, 2017, p. 45), como decorre limpidamente do final do trecho citado no início desta nota: “o legislador, dentro do seu âmbito específico de competência da definição da política criminal, decidiu que os crimes e as contra-ordenações seriam as *únicas* figuras delituais a intervir no combate à criminalidade”.

²⁸ J. J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Ed., 2007, p. 498.

²⁹ AcTC n.º 635/2011, de 20 de Dezembro de 2011 (rel. Cons.^a Ana Maria Guerra Martins).

art. 214.º da CRP, n.º 1, al. c), que atribui ao Tribunal de Contas, genericamente, a competência para efectivar a responsabilidade por infracções financeiras nos termos da lei, como até se qualifica de “pretensio” o princípio constitucional da tipicidade dos ilícitos sancionatórios afirmado pelo próprio TC na jurisprudência citada³⁰.

Assim, perante a mais recente jurisprudência do TC (e posta entre parêntesis a análise do seu bom fundamento, que não pode ser feita aqui), fica aberta a porta a um direito financeiro sancionatório *realmente autónomo*, com legitimação constitucional própria. Porém, se o TC vier a retomar a jurisprudência mais antiga, já é mais duvidoso que o art. 214.º, enquanto mera norma atributiva de competência, satisfaça por si só o referido princípio constitucional da tipicidade dos ramos de direito sancionatório. Nesse contexto, poderia ser pensável aceitar que o direito das infracções financeiras se engloba numa noção ampla de direito disciplinar, enquanto *categoria jurídico-constitucional* e não como concreto ramo jurídico, ficando a legitimação da sua natureza *especial* assegurada pelo art. 214.º, n.º 1, al. c), da CRP.

4. A aplicabilidade das garantias previstas pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem em “matéria penal”

4.1. Questão importante para o regime da responsabilidade financeira sancionatória é a da aplicabilidade das garantias previstas pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) em “matéria penal”, em particular os direitos derivados do direito a um processo equitativo (artigo 6.º da CEDH)³¹, do princípio da legalidade / proibição de aplicação retroactiva de pena mais grave (art. 7.º da CEDH) e da regra *ne bis in idem* (art. 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH³²).

4.2. Relativamente à qualificação de certos procedimentos ou sanções como penais, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reivindica a competência para

³⁰ Cf. também INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição de Dupla Punição de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, AAFDL ed., 2016, vol. I., p. 388 e nota 1578, para quem “a tradicional circunscrição do poder sancionatório público” àquelas três áreas se tornou “obsoleta”.

³¹ Sobre a compatibilidade dos processos previstos na LOPTC com o art. 6.º da CEDH, vd. logo GUILHERME DE OLIVEIRA MARTINS, “A reforma dos procedimentos jurisdicionais dos Tribunais de Contas e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A experiência portuguesa”, *Revista do Tribunal de Contas* 50 (2008), p. 22 e ss.

³² *Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ETS No.117, Estrasburgo, 22 de Novembro de 1984.

construir um conceito autónomo de “penal” para efeitos da aplicação dos arts. 6.º (“*criminal charges*”) e 7.º (“*criminal offence*”) da CEDH. De acordo com os critérios vertidos pela primeira vez no famoso caso *Engel*³³, que foram depois afinados – e, na verdade, sucessivamente modificados – pela jurisprudência posterior³⁴, a qualificação como penal no direito interno implica o preenchimento automático da noção da Convenção (primeiro critério). Porém, a qualificação como não penal no direito nacional não obsta a que o procedimento ou a sanção em causa recebam tal qualificação pelo TEDH, para efeitos de aplicação das garantias pertinentes. Para tanto, há que olhar à natureza da infracção, que pode implicar uma comparação com as leis dos restantes Estados-Partes (segundo critério), bem como à severidade da sanção (terceiro critério)³⁵.

a) Em relação ao *segundo critério*, a jurisprudência do TEDH é bastante inconsistente em vários aspectos, nomeadamente no que diz respeito à determinação da natureza da infracção através das finalidades das sanções³⁶ e, no que mais nos importa aqui, à inopinada exigência surgida em *Öztürk* de que a norma em causa tenha “carácter geral”³⁷. Por um lado, o TEDH não hesitou em afirmar a natureza penal de normas dirigidas apenas a certos grupos de indivíduos (como, p. ex., as normas que punem infracções rodoviárias³⁸, ou as normas que punem as infracções ao pagamento do IVA por parte de empresários registados³⁹); por outro lado, afastou a natureza penal de certas normas por não serem de aplicação geral e se dirigirem apenas a certos grupos de indivíduos (como, p. ex., as normas que punem a realização de obras sem licença)⁴⁰.

Tivemos já oportunidade de criticar esta inconstância do Tribunal e, em particular, o afastamento da natureza penal devido à mera circunstância de a infracção

³³ AcTEDH, *Engel and Others vs The Netherlands*, Procs. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, de 8-06-1976.

³⁴ Vd. CHRISTOFFER WONG, “Criminal sanctions and administrative penalties: the *quid* of the *ne bis in idem* principle and some original sins”, in Francesca Galli / Anne Weyembergh (eds.), *Do labels still matter?*, Ed. ULB, 2014, p. 223 e s.; e PEDRO CAEIRO, “The influence of the EU on the ‘blurring’ between administrative and criminal law”, *ibidem*, p. 176. No sentido porém de que o TEDH se tem mantido fiel aos “critérios *Engel*”, que tem apenas “explicitado e desenvolvido”, vd. NUNO BRANDÃO, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*, Coimbra Ed., 2016, 241.

³⁵ *Engel*, *cit.*, § 81 e ss.

³⁶ Em pormenor, vd. PEDRO CAEIRO, *nota 34*, p. 184 e ss..

³⁷ AcTEDH, *Öztürk v. Germany*, Proc. 8544/79, de 21-02-1984, § 53.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ AcTEDH (GC), *Jussila v. Finland*, Proc. 73053/01, de 23-11-2006, § 38.

⁴⁰ Decisão do TEDH, *Inocência v. Portugal*, Proc. 43862/98, de 11-01-2001, Rec. 2001-I, p. 442 (inadmissível).

pressupor deveres especiais do agente, que nos parece um desenvolvimento infeliz⁴¹; crítica a que parece ter aderido agora o Juiz Pinto de Albuquerque no seu voto de vencido junto ao Acórdão *A & B v. Norway*⁴². Esta exigência parece destinada a excluir da noção de “matéria penal” os procedimentos disciplinares que não visem impor sanções graves (terceiro critério). Porém, como então sustentámos, a inclusão de uma qualidade ou dever especial na caracterização da infracção, que delimita o círculo de agentes possíveis da mesma, em nada deveria relevar para a qualificação como criminal, como se mostra desde logo pela existência dos chamados “crimes específicos”, cuja natureza criminal o TEDH não nega.

Se o TEDH prosseguir esta tendência de excluir da noção de matéria penal as infracções específicas, que requeiram um determinado dever ou qualidade do agente, à excepção daquelas que forem puníveis com sanções graves (terceiro critério), é possível que as infracções financeiras não sejam qualificáveis, pelo segundo critério, como infracções penais. Mas não devem deixar de se levar em consideração, aqui, três aspectos que reforçam a natureza “criminal” das infracções financeiras para efeitos de aplicação da CEDH.

Em primeiro lugar, a *estrutura* da responsabilidade financeira mostra bem como o pilar sancionatório visa a *punição* dos agentes das infracções, e não a reposição de quantias, nem outros efeitos indemnizatórios de índole para-civil, que são objecto específico do pilar reintegratório. Em segundo lugar, e não obstante os traços que o aproximam do direito disciplinar, o direito financeiro sancionatório não é um direito estatutário aplicado a uma corporação, não se confundindo com o direito disciplinar em

⁴¹ PEDRO CAEIRO, *nota 34*, p. 187 e s.: “the Court found, in *Öztürk*, that the traffic norm violated by the plaintiff (which punished ‘careless driving’) was ‘directed towards all citizens in their capacity as road-users’, and, in *Jussila*, concerning the failure to pay the VAT by a registered entrepreneur, that the applicant ‘was liable in his capacity as a taxpayer’. Arguably, the norm violated by Mr. Inocêncio was directed to all citizens in their capacity as house owners wishing to refurbish their houses. [...]. Basically, the requirement for the ‘general’ scope of the norm, inserted in the *Engel* criteria with the pragmatic goal of excluding disciplinary sanctions, except where they are severe (third criterion), seems an unfortunate development. Contrary to the other criteria, it does not help to frame the *specificum* of criminal punishment better: indeed, there is no incompatibility between the two terms, as there are many criminal offences *stricto sensu* that have a limited scope (*echte Sonderdelikte*), the criminal nature of which cannot be doubted (e.g. misconduct in public office)”.

⁴² *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque*, ECtHR (GC), *A and B v. Norway* (Applications nos. 24130/11 and 29758/11), Judgment, 15-11-2016, p. 70, nota 90: “The application of this criterion [‘the erroneous *Öztürk* argument of the limited personal scope of the norm’] has produced unfortunate decisions, such as the one delivered in *Inocêncio* (cited above), which considered the administrative offences (*contraordenações*) at stake to be non-criminal, although the Portuguese *contraordenações* were structured exactly like the German *Ordnungswidrigkeiten* that had been treated as ‘criminal’ in *Öztürk* (compare the German 1968 Law on Administrative Offences, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, and the Portuguese 1982 Law on Administrative Offences, *Regime Geral das Contraordenações*)”.

sentido próprio, nem prejudicando a sua aplicação⁴³. Em terceiro lugar – e em obediência ainda ao sub-critério “comparativo” estabelecido em *Engel* – recorde-se que, em França, o *Conseil d’Etat* decidiu, por acórdão de 30 de Outubro de 1998⁴⁴, que as acções por infracções financeiras julgadas pela *Cour de discipline budgétaire et financière* integram acusações em matéria penal, convocando por isso a aplicação do art. 6.º da CEDH (publicidade da audiência), sendo certo que, no caso, as sanções aplicáveis eram somente multas.

b) Porém, mesmo que as infracções financeiras não fossem qualificáveis como criminais por sua natureza, parece claro que o terceiro critério (severidade da sanção) conduz a esse resultado. De acordo com a jurisprudência do TEDH, a “coloração penal” das sanções determina-se pelas penalidades em que o agente incorre (e não por aquelas que foram efectivamente aplicadas no caso)⁴⁵, onde não têm necessariamente de se incluir penas privativas de liberdade⁴⁶. Ora, multas até cerca de 18.000 euros (ou seja, mais de trinta vezes o salário mínimo nacional) não podem ser vistas como meras advertências.

c) Em consequência, os procedimentos e as sanções por infracções financeiras têm natureza penal para efeitos da CEDH, devendo os direitos e as garantias mínimos contidos nos artigos 6º e 7.º da CEDH ser acolhidos pelo direito financeiro sancionatório.

4.3. De acordo com a jurisprudência do TEDH⁴⁷, a qualificação das infracções financeiras como penais para efeitos da CEDH obriga a que se lhes aplique a regra prevista no art. 4.º do Protocolo n.º 7 à CEDH⁴⁸, que estabelece uma proibição de *bis in idem*. É certo que, ao ratificar este Protocolo, o Estado Português declarou que o conceito de infracção penal, para efeitos dos arts. 2.º e 4.º do mesmo acto, deveria ser interpretado tomando somente em consideração as definições do direito nacional⁴⁹.

⁴³ Cf. *supra*, 3.3. e ss.

⁴⁴ C.E. Sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi*, n.º 159.444, *Rec.*, p. 374.

⁴⁵ *Engel, cit.*, § 82 : “the degree of severity of the penalty that the person concerned *risks incurring*” (itálicos nossos).

⁴⁶ AcTEDH, *Dubus SA v France*, Proc. 5242/04, de 11-06-2009, § 37.

⁴⁷ AcTEDH, *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Proc. 14939/03, de 10-02-2009, § 78. Criticamente sobre a equiparação da noção de “criminal” para efeitos dos arts. 6.º e 7.º da CEDH e do art. 4.º do Protocolo n.º 7, cf. CHRISTOFFER WONG, *cit.*, p. 228 f., esp. p. 231.

⁴⁸ *Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, ETS No.117, Estrasburgo, 22 de Novembro de 1984.

⁴⁹ O Protocolo foi ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 51/90, de 27 de Setembro (*DR I Série*, n.º 224/90), tendo entrado em vigor para Portugal em 1 de Março de 2005. Ao depositar o instrumento de ratificação, Portugal fez a seguinte declaração: “Por ‘infracção penal’ e ‘infracção’, no sentido dos

Consequentemente, como as infracções financeiras não têm natureza criminal à luz do direito interno, estaria afastado o risco de violação, caso o Estado persiga e julgue (e eventualmente puna) duplamente a mesma conduta, p. ex., como infracção financeira (qualificável de criminal para os efeitos da CEDH) e como infracção criminal *stricto sensu*.

No entanto, a validade desta declaração perante as regras da própria CEDH é muito duvidosa. Como nota Inês Ferreira Leite⁵⁰, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) decidiu, no caso *Gradinger v. Austria*, que uma declaração / reserva muito semelhante formulada pela Áustria em relação ao mesmo dispositivo era inválida à luz da CEDH⁵¹. Com efeito, o Tribunal entendeu que aquela declaração / reserva não cumpria as exigências do (actual) art. 57.º, n.º 2, da CEDH, por não especificar minimamente as normas ou leis por ela cobertas: confortando-se em jurisprudência anterior⁵², o TEDH decidiu que uma exclusão genérica, do âmbito do art. 4.º do Protocolo n.º 7, de todos os procedimentos não-penais de acordo com o direito austríaco “does not afford to a sufficient degree ‘a guarantee ... that [it] does not go beyond the provisions expressly excluded’ by Austria”⁵³.

Se, de acordo com esta fundamentação, o art. 4.º do Protocolo n.º 7 for vinculativo para Portugal sem qualquer reserva, importa verificar se o direito nacional permite aos tribunais cumprir com as obrigações internacionais do Estado Português. A isso dedicaremos o seguinte (e último) ponto deste texto.

5. A concorrência entre normas sancionatórias financeiras e normas penais e a aplicabilidade da regra *ne bis in idem*: os mesmos factos?

5.1. Parece não haver dúvidas de que a regra *ne bis in idem*, consagrada no art. 29.º, n.º 5 da CRP⁵⁴, impede a aplicação de plúrimas sanções financeiras pelo mesmo facto: para além de se tratar sempre de um exercício “irracional” e “redundante” do poder

artigos 2º e 4º do Protocolo, Portugal só compreende os factos que constituam infracção penal segundo o seu direito”.

⁵⁰ INÊS FERREIRA LEITE, *nota 30*, p. 223, nota 905.

⁵¹ O instrumento de ratificação depositado pela Áustria em 14 de Maio de 1986 contém a seguinte declaração: “Articles 3 and 4 (P7-3, P7-4) exclusively relate to criminal proceedings in the sense of the Austrian Code of Criminal Procedure”.

⁵² AcTEDH, *Belilos v. Switzerland*, Proc. 10328/83, de 29-04-1988, § 55.

⁵³ AcTEDH, *Gradinger v. Austria*, Proc. 15963/90, de 23-10-1995, § 51. Vd., por último, AcTEDH, *Grande Stevens v. Italy*, Proc. 18640/10, de 7-07-2014, § 207 e ss.

⁵⁴ Sobre a caracterização do *ne bis in idem* como regra ou princípio, vd. VÂNIA COSTA RAMOS, *Ne Bis in Idem e União Europeia*, Coimbra Ed., 2009, p. 31 e ss.

público sancionatório⁵⁵, é pacífico que as garantias constitucionais *fundamentais* em matéria penal se estendem aos restantes ramos do direito sancionatório.

Porém, as coisas são muito mais complexas no que diz respeito à solução dos casos em que certo facto integra, simultaneamente, uma norma penal e uma das alíneas do n.º 1 do art. 65.º da LOPTC – aquilo que aqui denominamos de *concorrência de normas*.

À luz dos critérios do TEDH que acabámos de examinar, é patente que um procedimento penal e outro por responsabilidade financeira (ou uma sanção penal e uma sanção financeira), relativos aos mesmos factos, são totalmente independentes e nunca podem ser vistos como partes do mesmo procedimento ou diferentes componentes da mesma sanção⁵⁶. Consequentemente, o elemento *bis* estará sempre preenchido.

Por outro lado, há algum consenso na doutrina em torno da ideia de que é precisamente a *diferença de natureza* dos ramos jurídicos em causa que levará, em princípio, a negar a violação do *ne bis in idem*⁵⁷, sem que todavia se exclua, em absoluto, a aplicabilidade da garantia à concorrência de normas penais e financeiras⁵⁸.

Creemos que este (aparente) paradoxo pode ser desfeito através de um exame mais detido do conceito de *idem*, onde concentraremos as reflexões seguintes.

5.2. Apesar de não se ter ainda pronunciado sobre a concorrência entre normas penais e normas sancionatórias financeiras, o TC já teve oportunidade de decidir sobre a

⁵⁵ Cf. INÊS FERREIRA LEITE, *nota 30*, p. 269 e ss.

⁵⁶ Cf. CHRISTOFFER WONG, *cit.*, p. 235.

⁵⁷ Vd., v.g., CARLOS MORAIS ANTUNES, “O julgamento do Tribunal de Contas no âmbito da responsabilização financeira, *Revista do Tribunal de Contas* 54 (2010), p. 40; MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Responsabilidade de titulares de cargos políticos”, in Paulo Pinto de Albuquerque / José Branco (org.), *Comentário das Leis Penais Extravagantes*, vol. I, Univ. Católica Ed., 2010, p. 764 e s.

⁵⁸ Vd., v.g., ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, “Crimes de responsabilidade (violação de normas de execução orçamental)”, *Themis* 8 (2004), p. 45, a propósito da concorrência entre infracções financeiras e crimes de violação de normas de execução orçamental: “ambos os normativos tutelam idênticos bens jurídicos pelo que podem desencadear problemas de concurso, em que se torna necessário salvaguardar o princípio constitucional de ‘*ne bis in idem*’ e de litispendência ou caso julgado”; CARLOS MORAIS ANTUNES, *cit.*, p. 40, referindo-se embora (e não por acaso, como veremos *infra*) à responsabilidade reintegratória: “embora o processo pela responsabilidade financeira não tenha que aguardar pelo resultado de outros processos, não poderá é condenar numa reposição de dinheiros aquele que, entretanto, já fora condenado nessa reposição. Já uma absolvição anterior pode não prejudicar o processo neste Tribunal, bastando, para tal, serem diversas as exigências conceituais para a censurabilidade do facto: num caso exigir-se a prova do dolo do agente, no outro ser suficiente a mera negligência, como é a regra do procedimento financeiro”; MARIA DO CARMO SILVA DIAS, *cit.*, p. 767 e s., que analisa o problema sob a óptica do concurso de infracções: “apesar de poderem ser cumuláveis os dois tipos (criminal e financeira) de responsabilidade, tudo dependerá de haver ou não ‘identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes’”, louvando-se na opinião de Alfredo José de Sousa.

aplicabilidade da regra *ne bis in idem* à concorrência entre normas penais e normas sancionatórias públicas de outra natureza – e fê-lo, na verdade, em sentidos distintos.

a) No âmbito do *direito disciplinar*, o TC decidiu pela inaplicabilidade do *ne bis in idem* em duas situações que envolviam a aplicação de sanções de internamento em cela disciplinar, por um período de 30 dias, a reclusos que haviam cometido factos constitutivos de crimes (evasão num caso e ofensas corporais no outro).

No AcTC n.º 263/94, pôs-se a tónica na *diversa natureza das sanções*, que permitiria até excluir do âmbito do *ne bis* a concorrência do direito penal com “outros direitos sancionatórios públicos” (incluindo-se aí então, expressamente, o “ilícito de mera ordenação social (...) e o ilícito disciplinar no âmbito de função pública”). Assim,

“tratando-se de concursos de normas sancionadoras de diferente natureza, parece intuitivo que não pode dar-se prevalência a uma sobre a outra, na ausência de norma que disponha nesse sentido (...). Não se vê por que razão teria de se considerar que a norma sancionadora administrativa já aplicada haveria de ceder perante a norma penal incriminadora que ainda não foi aplicada pelo juiz penal, ou que a aplicação daquela ficasse dependente de uma prévia declaração de responsabilidade penal”⁵⁹.

Exactamente um ano depois, o AcTC n.º 161/95 foi pela mesma senda, decidindo que

“da autonomia entre responsabilidade penal e responsabilidade disciplinar deriva que a imposição a uma mesma pessoa, como consequência de um mesmo facto, de duas sanções diferentes, uma de natureza penal, a outra de natureza disciplinar, não está a pôr em causa o princípio ‘non bis in idem’, que proíbe a aplicação repetida de sanções jurídico-penais pela prática da mesma infracção. (...) [O]s factos desencadearam a um tempo formas de responsabilidade diferenciadas – a penal e a disciplinar – ligadas com a *violação de bens jurídicos também diferenciados* – os bens jurídico-penalmente relevantes, da saúde e integridade física – e os bens disciplinarmente relevantes, da convivência ordenada da comunidade de reclusos”⁶⁰.

⁵⁹ AcTC n.º 263/94, de 23 de Março de 1994 (rel. Cons. Ribeiro Mendes).

⁶⁰ AcTC n.º 161/95, de 23 de Março de 1995 (rel. Cons.ª Assunção Esteves). Este Acórdão contou com o voto de vencida da Cons.ª Fernanda Palma, segundo o qual “está indirectamente afectado o princípio *non bis in idem*, na medida em que não se prevêm com autonomia os fundamentos da aplicação das medidas disciplinares e da responsabilidade criminal, nem se delimita a responsabilidade em função do bem jurídico disciplinarmente relevante. Não bastará afirmar que o princípio *non bis in idem* é respeitado porque decorre das diferentes sanções uma diferente natureza do ilícito fundamentante. É sempre necessário poder retirar da estrutura comportamental e do seu significado valorativo uma verdadeira autonomia entre os

b) Já no âmbito do *direito contra-ordenacional*, o TC esposou jurisprudência diferente. No AcTC n.º 244/99, pronunciou-se no sentido de que a proibição constante do art. 29.º, n.º 5, da CRP, que veda o *bis in idem*, é aplicável por analogia aos casos em que os mesmos factos integram, simultaneamente, normas penais e contra-ordenacionais⁶¹. No caso concreto, tratava-se de saber se o art. 14.º do RJIFNA, que ordena a punição “apenas por crime” dos factos que constituam “simultaneamente crime e contra-ordenação” previstos naquele diploma⁶², viola o art. 29.º, n.º 5, da CRP, quando interpretado no sentido de *permitir* o julgamento dos mesmos factos, *cumulativamente*, como crimes e contra-ordenações.

Para alcançar esta decisão, o TC seguiu um raciocínio estruturado em dois passos.

Em primeiro lugar, traçou o quadro geral da proibição *ne bis in idem* (em princípio, dentro do mesmo ramo de direito) e pôs a tónica na *identidade da infracção típica (idem crimen)* atendendo às *concretas* normas em causa:

“o apuramento de tal violação pressupõe que as normas em causa sancionem – de modo duplo ou múltiplo – substancialmente a mesma infracção. A contrariedade ao princípio ‘ne bis in idem’ depende assim da identidade do bem jurídico tutelado pelas normas sancionadoras concorrentes, ou do desvalor pressuposto por cada uma delas. Ora, importa reconhecer que no crime previsto nos artigos 23º e 7º do RJIFNA (fraude fiscal), está em causa um desvalor fundamentalmente idêntico ao que se encontra subjacente às contra-ordenações fiscais em causa”⁶³.

Em segundo lugar, admitiu a aplicabilidade da regra no caso específico da concorrência de normas de diferente natureza, explicando-a através das “conexões” entre os dois ramos de direito abstractamente considerados:

“independentemente dos critérios materiais que poderão fundamentar a distinção entre ilícito criminal e de mera ordenação social, não parece que tal distinção signifique a existência de total autonomia dos dois domínios. Na

fundamentos de responsabilidade penal e disciplinar”. Posição que, em abstracto, nos parece apontar no sentido correcto.

⁶¹ AcTC n.º 244/99, de 29 de Abril de 1999, § 9 (rel. Cons.ª Maria dos Prazeres Beleza). Sobre esta decisão, vd. NUNO BRANDÃO, *cit.*, p. 292 e ss.; e INÊS FERREIRA LEITE, *nota 30*, p. 503 e ss.

⁶² No fundo, uma disposição que reproduz, ainda que só em parte (vd. *infra*), o regime geral contido no art. 20.º do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro (Ilícito de Mera Ordenação Social).

⁶³ *Ibidem*.

verdade, a conexão entre eles resulta, entre outros aspectos: da aplicação subsidiária do direito e processo penais no âmbito do ilícito de mera ordenação social (arts. 32º e 41º do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro); da construção da infração contra-ordenacional um pouco à imagem da infração criminal; da competência, salvo disposições especiais, dos tribunais comuns para apreciarem os recursos das decisões administrativas em matéria de contra-ordenações; da semelhança entre a coima e a multa criminal, mormente quando está em causa uma pessoa colectiva; da semelhança entre as sanções acessórias previstas no ilícito de mera ordenação social e as penas acessórias do direito criminal. Acresce que, no caso *sub judicio*, as normas sancionadoras dos dois tipos de ilícito se inserem em um único diploma legal. Assim, não parece poder repetir-se nesta sede, ao menos em geral, o juízo formulado sobre o concurso de responsabilidade criminal e disciplinar. Com efeito, os bens jurídicos tutelados, embora tendam a extremar-se em termos gerais (cf. o preâmbulo do Decreto-Lei nº 433/82, de 27 de Outubro, que aprovou o regime geral do ilícito de mera ordenação social) são neste caso idênticos. Os órgãos de aplicação são *em princípio* diferentes, mas podem em certas hipóteses ser os mesmos, como no caso dos autos. As penas principais aplicáveis nos dois âmbitos (coimas e multas criminais) apresentam semelhanças (...)⁶⁴.

Em consequência, o TC concluiu que a preservação da validade constitucional do art. 14.º obriga a interpretá-lo no sentido de que, “não sendo possível a condenação simultânea por crime e contraordenação punidos pelo RJFNA quando estão em causa os mesmos factos, a pronúncia prévia ao julgamento não poderá deixar de, ou optar por uma das infracções, ou, então, referir as duas em alternativa”, ordenando ao tribunal de instrução a reforma da decisão recorrida naqueles termos.

c) A jurisprudência do TC parece permitir três conclusões: (i) a regra *ne bis in idem* não opera apenas dentro do mesmo ramo de direito, antes pode vedar o duplo julgamento / punição que mobilize normas de ramos de direito sancionatório distintos; (ii) as normas sancionatórias cujas hipóteses têm um campo de aplicação parcialmente idêntico não violam, com a sua simples existência, o *ne bis in idem*, devendo apenas garantir-se que da sua aplicação não resulta um duplo julgamento / punição do infractor; (iii) a proibição só se aplica se se tratar substancialmente da mesma infração (bem jurídico, desvalor do comportamento) e se houver uma “conexão” entre os ramos de direito onde se inserem as normas concorrentes.

⁶⁴ *Ibidem*.

5.3. Resta então transpor (criticamente) as considerações precedentes para a concorrência entre as normas que prevêm as infracções financeiras e as que punem as infracções criminais.

Em primeiro lugar, o facto de certas condutas se encontrarem previstas simultaneamente como crimes e infracções financeiras não acarreta a invalidade constitucional das normas onde se contêm. Em segundo lugar, em certas condições, o duplo julgamento / punição de uma pessoa pelos mesmos factos em virtude daquela concorrência de normas pode ser proibido pela regra *ne bis in idem*. Importa então, em terceiro lugar, identificar essas condições, exercício que levaremos a cabo convocando de novo, quando necessário, a relação entre o direito penal e o DMOS.

a) Nas decisões do TC, bem como na doutrina que recenseámos a propósito da aplicabilidade do *ne bis in idem* a estas situações de concorrência de normas, apela-se frequentemente à necessidade de que se trate *substancialmente da mesma infracção*, nomeadamente do ponto de vista do bem jurídico protegido e do desvalor que se lhe atribui.

Ora, parece conveniente ir um pouco mais além e explanar o modo pelo qual se determina aqui o *idem* relevante, que não pode ser um *idem factum* (naturalístico), nem um *idem crimen* (normativo). Com efeito, ambos os critérios parecem inadequados para delimitar o *ne bis in idem* em casos de concorrência de normas penais e financeiras sancionatórias. O primeiro ficaria satisfeito com uma simples mesmidade dos factos materiais⁶⁵, impossibilitando a cumulação de responsabilidades em *todos* os casos de concorrência de normas; o segundo praticamente inviabilizaria a aplicação da proibição neste âmbito, porque raramente as normas que descrevem as infracções financeiras e penais têm o mesmo *conteúdo típico*, sobretudo se incluirmos aí o objecto de protecção (bem jurídico-penal *vs.* interesses do Estado em matéria de regularidade das contas públicas).

Exemplificando: se um funcionário celebrar um negócio prejudicial para o Estado, com intenção de obter participação económica ilícita, cometerá o crime de participação económica em negócio, previsto no art. 377.º, n.º 1, do CP, e,

⁶⁵ Deixamos aqui entre parêntesis a própria *possibilidade* de o direito operar com factos puramente naturalísticos, livres de qualquer *sentido*, pois a construção do facto juridicamente relevante não pode deixar de ser culturalmente intencionada e, portanto, normativamente conformada: cf. só A. CASTANHEIRA NEVES, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Ed., 2010 (reimp.), p. 285 e ss.

simultaneamente, a infracção punida pelo art. 65.º, n.º 1, al. l), da LOPTC (“violação de normas legais ou regulamentares relativas à contratação pública”).

Um critério puramente naturalístico levaria a vedar a responsabilidade penal no caso de a responsabilidade financeira ser efectivada em momento anterior. E, todavia, a imagem social deste facto não é, primacialmente, a de um descumprimento de regras financeiras, pelo que a solução seria insatisfatória⁶⁶.

Por outro lado, o critério *idem crimen* também não pode ser aceite. Casos há em que os campos de aplicação das normas se recobrem mutuamente de forma quase perfeita, embora – ao invés do que sucede, *ceteris paribus*, no DMOS⁶⁷ – essas normas se encontrem ordenadas à protecção de interesses formalmente diversos. É o que sucede, p. ex., com as normas contidas no art. 376.º, n.º 2, do CP, que pune o desvio de dinheiros públicos para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, e no art. 65.º, n.º 1, al. i), da LOPTC, que pune “a utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista”⁶⁸. Negar, *de plano*, a aplicação do *ne bis in*

⁶⁶ Temos procurado usar a expressão *concorrência* de normas (de ordenamentos, etc.) para evitar o conceito de *concurso*, que se encontra ligado a um instituto *interior* ao direito penal, cuja aplicação aos casos que nos ocupam não parece bem fundada (assim LUÍS DUARTE D’ALMEIDA, *O Concurso de Normas em Direito Penal*, Almedina, 2004, p. 123). Porém, neste ponto, pode fazer sentido, para *ilustrar* a inadequação da solução rejeitada no texto, mobilizar a figura da consunção e lembrar que o agente é sempre punido pelo crime que cobre os factos de forma “mais perfeita” (EDUARDO CORREIA): mesmo nos casos em que o crime consuntivo é menos punido do que o crime consumido (a chamada “consunção impura”), o agente é punido pelo primeiro (ainda que na moldura penal do segundo), de maneira a respeitar a “pré-determinação social” do desvalor das condutas puníveis e os limites que daí derivam para a liberdade do legislador de proceder à sua reconformação normativa: cf. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., 2007, p. 1023 e ss., esp. p. 1026; vd. também, levando ainda mais longe essa vinculação do direito à valoração social (*hoc sensu*, extra-jurídica) dos factos, PEDRO CAEIRO, “A consunção do branqueamento pelo facto precedente (em especial: (i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; (ii) a punição da consunção impura)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. III, BFDUC, 2010, p. 212 e ss.

⁶⁷ Defendendo precisamente a ideia de que o DMOS também pode visar a protecção de bens jurídicos, NUNO BRANDÃO, *cit.*, p. 680 e ss. e *passim*.

⁶⁸ A coincidência das hipóteses das duas normas levou JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, *nota 17*, p. 881, a sustentar que, perante a “dupla sanção” estabelecida para a mesma *facti-species*, a norma da LOPTC “terá revogado implicitamente a norma do CP”. Por seu lado, o AcRP de 21-05-2008 (rel. Des. Paulo Valério) rejeitou que as alíneas a) e b) do mesmo dispositivo da LOPTC tivessem revogado o art. 14.º da L. 34/87, de 16 de Julho, que pune a “Violação de normas de execução orçamental”, apesar de enunciarem de forma semelhante as modalidades de acção. A solução alcançada pelo Tribunal merece a concordância de DAMIÃO DA CUNHA, *ibidem*, p. 884 e s., que a justifica com o desfasamento decorrente do específico círculo de autores exigido pela norma penal (os membros do Governo a quem incumba “por *dever do seu cargo* dar cumprimento a normas de execução orçamental”), mais restrito do que o dos possíveis agentes dos ilícitos financeiros.

Em nosso entender, as duas situações são idênticas, porque o art. 376.º, n.º 2, do CP, *também* exige uma qualidade especial do agente (o funcionário) diferente da que releva para o círculo de autores possíveis das infracções financeiras (art. 5.º, n.º 1, al. e), da LOPTC: “(...) quem gere e utiliza dinheiros públicos, independentemente da natureza da entidade a que pertença”; sobre o ponto, vd. ANTÓNIO CLUNY, *cit.*, p. 42 e ss.). Logo por essa razão, cremos que a LOPTC não podia ter revogado nenhuma das normas penais citadas. Por outro lado, ainda que se pusesse uma hipótese de coincidência perfeita do campo de aplicação

idem a estes casos, apenas porque a primeira disposição visa a tutela do “bom andamento, transparência e legalidade da administração e a posse legítima do Estado” contra um “específico abuso de poder”⁶⁹, e a segunda a legalidade da destinação da despesa, não parece conforme com o programa normativo da garantia constitucional – dada, até, a plausibilidade de concepções divergentes sobre os interesses protegidos por cada uma delas.

b) Em nosso entender, há *particulares* razões para, ao examinar este tipo especial de concorrência de normas à luz do *ne bis in idem*, adoptarmos a definição proposta por Inês Ferreira Leite, segundo a qual o *idem* deve ser compreendido como um *tipo social de infracção (Typus)*, como uma “unidade normativo-social de sentido construída a partir de critérios fácticos, sociais e normativos”⁷⁰.

Apesar de esta construção ser pensada essencialmente para o direito criminal – embora não exclusivamente, dada a pretensão expressa de encontrar uma noção transversal, válida e utilizável em todo o direito sancionatório –, é nossa convicção que o seu rendimento se *exponencia* quando aplicada às situações de concorrência de normas de natureza distinta. Não sendo este o lugar, evidentemente, para examinar o assunto em profundidade, sempre diremos que, *no âmbito do mesmo ramo de direito*, a noção de tipo social de infracção constitui “apenas” um aperfeiçoamento, certamente necessário em alguns casos, do *idem factum* entendido em sentido material. Por outras palavras: dentro do mesmo ramo de direito, a identidade dos factos materiais conduzirá, com uma frequência estatisticamente significativa, ao mesmo resultado⁷¹.

Porém, as coisas já são diferentes quando o novo julgamento / punição intenciona reagir não só a uma outra *dimensão* dos factos (como pode suceder com uma

de uma norma penal e de uma norma financeira, seria difícil concluir pela revogação, não tanto por força da correlativa autonomia dos dois tipos de responsabilidade (que não impede necessariamente um efeito revogatório implícito: basta pensar na possibilidade de, p. ex., o legislador vir sancionar como contra-ordenação uma conduta que presentemente integra uma infracção penal), mas sim pela *descontinuidade* que, em geral, caracteriza a relação entre o direito financeiro e o direito penal (vd. infra no texto). Porém, afastar a revogação não significa descartar a possível aplicação do *ne bis in idem*, que analisaremos de seguida.

⁶⁹ CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, “Comentário ao artigo 376.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal (dir. J. de Figueiredo Dias)*, vol. III, Coimbra Ed., 2001, p. 706 e s.

⁷⁰ INÊS FERREIRA LEITE, *nota 30*, p. 876 e ss., p. 938 e ss., p. 1025 e ss. e *passim*.

⁷¹ Note-se, aliás, que o chamado critério da identidade dos factos materiais foi adoptado sem reservas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para delimitar a regra *ne bis in idem* contida no art. 54.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (cf. AcTJUE, *van Esbroeck*, C-436/04, de 9-03-2006, e AcTJUE, *van Straaten*, C-150/05, de 28-09-2006) e tem sido olhado com simpatia pelo TEDH (*Zolotukhin*, *cit.*, § 79 e ss.): vd. CHRISTOFFER WONG, *cit.*, p. 234.

outra qualificação jurídica dos factos *dentro* do mesmo ramo de direito), mas sim a um outro *sentido social* dos mesmos, replicando *in actu* a dupla apreciação feita pelo legislador. Nesses casos – que mais não são, como já se terá intuído, do que as situações de concorrência de normas sancionatórias provindas de ramos de direito distintos – é necessário um passo suplementar para além da verificação da identidade material: há que recorrer à imagem dos factos materiais sob a lente das normas concorrentes, para determinar se as “fotografias” desses concretos factos assim captadas coincidem. Não se trata, note-se, de verificar um *idem crimen* (que consiste numa comparação abstracta dos *Tatbestände* das normas em presença), mas sim de averiguar se os factos praticados apresentam a mesma “unidade normativo-social de sentido”⁷² – que necessariamente supõe um parâmetro normativo-social – quando vistos pela lente de uma e outra norma.

É este critério que permite afirmar, p. ex., que o sentido social do negócio usurário imposto por um recluso a outro não é captado em termos uniformes pelo art. 226.º do CP e pelo art. 103.º, al. h), da L. n.º 115/2009, de 12 de Outubro (Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade), que pune, como infracção disciplinar, a celebração de negócio não autorizado com outros reclusos. Ou, revertendo ao nosso campo problemático, que a apropriação de dinheiros públicos pelo funcionário não é captada de forma coincidente pelo art. 375.º do CP (peculato em sentido próprio) e pelo já mencionado art. 65.º, n.º 1, al. i), da LOPTC, que considera infracção financeira a “utilização de dinheiros ou outros valores públicos em finalidade diversa da legalmente prevista”. Em ambos os casos, valendo-nos da expressão do TC, não se trata, *substancialmente*, da mesma infracção, pelo que não há lugar à aplicação do *ne bis in idem*.

Inversamente, há outros casos em que a imagem social do facto não se altera mesmo que os olhemos através de normas diferentes. Isso é muito claro no domínio das relações entre o direito penal e o DMOS. Por exemplo: se o agente constrói um edifício em terreno especialmente protegido por disposição legal preenche simultaneamente o art. 278.º-A do CP e o art. 40.º-A da L. n.º 50/2006, de 29 de Agosto (Lei Quadro das Contra-Ordenações Ambientais) – mas trata-se, *substancialmente*, da mesma infracção.

Não é por acaso, aliás, que o legislador resolveu a concorrência de crimes e contra-ordenações no art. 20.º do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro (Ilícito de Mera

⁷² INÊS FERREIRA LEITE, *ult. loc. cit.*

Ordenação Social – IMOS)⁷³, prevendo que “se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contra-ordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contra-ordenação”. Com efeito, por força da *continuidade funcional* entre o direito penal e o DMOS⁷⁴, não surpreende que o legislador *enfatize* a aplicabilidade do *ne bis in idem* à concorrência das respectivas normas. É precisamente aquela continuidade funcional que explica que, em regra, os mesmos factos materiais integrem também o mesmo “tipo social” de infracção para efeitos da norma penal e da norma contra-ordenacional e convoquem, por isso, a garantia. No fundo, as divergências que se encontram na doutrina e na jurisprudência relativamente aos critérios que devem ser utilizados no tratamento dos casos concretos (p. ex.: candidatos positivos da garantia são apenas os factos que se encontrem em “curso ideal”)⁷⁵ inetgram ainda expressões da discussão sobre o que é o “mesmo facto”. Neste sentido, a norma contida no art. 20.º tem, nesta parte, uma função puramente enfática perante o regime que já resultaria do n.º 5 do art. 29.º da CRP, e que o TC confirmou no AcTC n.º 244/99.

Porém, o art. 20.º do IMOS ganha um valor autónomo e relevante para dois efeitos. Em primeiro lugar, a sua conjugação com a dimensão processual contida nos arts. 38.º, 39.º e 40.º do mesmo diploma impede – em princípio – que o aparelho administrativo actue *antes* da jurisdição penal, em termos que poderiam vedar a perseguição e condenação por crime⁷⁶. Em segundo lugar, o art. 20.º confere a necessária habilitação

⁷³ Esta norma foi depois reproduzida em vários regimes sectoriais (p. ex., o art. 14.º do RJIFNA, que foi objecto da análise do TC, e o art. 28.º da citada L. n.º 50/2006).

⁷⁴ Esta continuidade funcional não supõe necessariamente uma homogeneidade da matéria proibida, nem, portanto, a rejeição de uma diferença qualitativa *de princípio* entre as condutas que são objecto de cada um daqueles ramos (no sentido de que essa diferença não existe, cf. todavia NUNO BRANDÃO, *cit., passim*).

⁷⁵ Cf. a resenha e os critérios enunciados por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, Univ. Católica, 2011, p. 93 e ss.

⁷⁶ Cf. INÊS FERREIRA LEITE, *Ne (Idem) Bis in Idem. Proibição de Dupla Punição de Duplo Julgamento: Contributos para a Racionalidade do Poder Punitivo Público*, AAFDL ed., 2016, vol. II, p. 582 e ss. Se, por alguma razão, o esquema legal não funcionar e a autoridade administrativa proferir uma decisão sobre factos que sejam candidatos positivos de um *idem* em processo penal, a garantia constitucional produz todos os seus efeitos, desde que a decisão administrativa seja também candidata positiva do conceito de *bis*. Problema que não se confunde, todavia, com a regulamentação da decisão definitiva / caso julgado no art. 79.º do IMOS, em particular do respectivo n.º 2, que permite a apreciação, em processo penal, de factos que já foram objecto de uma decisão da autoridade administrativa em processo contra-ordenacional. Esta regulamentação particular e contingente do instituto do caso julgado não pode prejudicar a hipótese de, *sendo caso disso*, a autoridade competente no processo penal dever arquivar o processo por força do *ne bis in idem*. Em sentido contrário vd. todavia INÊS FERREIRA LEITE, *ibidem*, p. 586, que admite a legitimidade de um julgamento e condenação, em processo penal, pelos mesmos factos que foram objecto de uma decisão da autoridade administrativa, concedendo apenas um efeito de *ne bis in idem* material (desconto) à primeira decisão. Se bem vemos, esta construção esquece a diferença estrutural entre os institutos do *ne bis in idem* e do caso julgado e dos respectivos pressupostos – que a A. aliás sublinha longamente em outro passo da

legal para que, nos casos abrangidos pela norma, sejam aplicadas ao agente as sanções *accessórias* previstas para a contra-ordenação⁷⁷. O legislador instituiu um sistema de punição múltipla (pena criminal + sanção *accessória* administrativa), que dificilmente poderia ser aplicado sem norma expressa, e que só será legítimo à luz do *ne bis in idem* na medida em que essa sanção seja diferente das sanções penais (principais ou *accessórias*) que devam eventualmente ter lugar⁷⁸. De outro modo, se a sanção contra-ordenacional se limitar a *duplicar* uma sanção penal *accessória* aplicada pelo tribunal – isto é: se não for

sua obra: vd. esp. o vol. I, p. 558 e ss. – e acaba por fazer variar a eficácia da garantia constitucional de acordo com a natureza do processo / órgão aplicador.

Creemos que a solução que propomos se justifica, não só porque um eventual *défice* punitivo que assim se produza é imputável ao próprio Estado – pois resulta de uma má aplicação da lei por parte das autoridades, que não terão respeitado os esquema processual legalmente previsto –, mas também porque parece ser o mais recente caminho apontado pelo TEDH na sua “tortuosa” jurisprudência sobre o *ne bis in idem*. Com efeito, no AcTEDH, *Johannesson and Others v. Iceland*, Proc. 22007/11, de 18-05-2017, o Tribunal considerou que a decisão da entidade administrativa fiscal de impor uma sobretaxa em virtude da falta de declaração de certos rendimentos deveria ter produzido o efeito *ne bis* processual em relação a um processo penal superveniente por crime fiscal. Advirta-se, todavia, que não será difícil encontrar na jurisprudência do TEDH decisões opostas para situação muito semelhantes – desde logo, o AcTEDH (GC), *A and B vs Norway*, Procs. 24130/11 e 29758/11, de 15-11-2016, onde a situação factual parece diferir de *Johannesson* apenas num ponto cuja relevância é obscura: a “interconexão”, ou “curso em paralelo”, dos procedimentos.

⁷⁷ A aplicação das sanções contra-ordenacionais *accessórias* em caso de punição por crime suscita algumas dificuldades, de que todavia não podemos curar aqui. Deve entender-se, p. ex., que o art. 20.º funciona como norma de conexão entre virtualmente qualquer crime e qualquer sanção *accessória* aplicável por força de uma norma que com a primeira concorra? Por outro lado, a jurisprudência vertida no AcTC n.º 244/99 citado não parece impedir que o arguido seja pronunciado apenas pelo crime, sendo-lhe depois aplicadas as sanções *accessórias* contra-ordenacionais, juntamente com as penas criminais. Se assim for, e a *responsabilidade* contra-ordenacional estiver excluída do *thema decidendum*, como pode o arguido contestar a aplicação da sanção contra-ordenacional *accessória* com base em circunstâncias que só afectam a contra-ordenação (p. ex., uma amnistia, a prescrição, etc.)? Em relação a esta segunda questão, mesmo que se entendesse que a jurisprudência do TC é aplicável a outras normas semelhantes que se encontrem em vigor, há que notar que o art. 14.º do RJFNA não previa a aplicação das sanções contra-ordenacionais *accessórias* juntamente com as penas criminais (visto que cominava várias *penas* *accessórias* para os crimes fiscais), pelo que a doutrina ali vertida não parece poder ser utilizada para a correcta interpretação das normas que obedecem à matriz do art. 20.º do IMOS.

⁷⁸ Assim, AMÉRICO A. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Ed., 2008, p. 139; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *nota 75*, p. 95.; INÉS FERREIRA LEITE, *nota 76*, p. 617 e ss.

dotada de autonomia funcional⁷⁹ e constituir um *idem bis*⁸⁰ – a sua aplicação será vedada pela proibição constitucional.

c) Os apartados precedentes permitiram-nos traçar o relevo da noção de “tipo social” de infracção para efeitos de aplicação do *ne bis in idem* às situações de concorrência de normas sancionatórias de natureza distinta e explicar por que razão a imagem do facto será tendencialmente invariante quando captada por normas penais e contra-ordenacionais (continuidade funcional).

Se olharmos agora para o direito financeiro sancionatório à luz dos tópicos enunciados pelo TC na sua jurisprudência, chegamos a uma conclusão algo paradoxal. Por um lado, em certos aspectos, o direito da responsabilidade financeira é pelo menos tão próximo do direito penal como o DMOS: prevê multas (e não coimas)⁸¹, que são sempre (e não eventualmente) aplicadas por um tribunal⁸². Por outro lado, é inegável que se trata de um ramo normativo mais distante da noção de protecção de bens jurídicos, dotado de uma intencionalidade específica muito própria⁸³. É precisamente essa *descontinuidade de sentido* que, precipitando-se nas normas em concorrência, levará a negar, *via de regra*, que se trate *substancialmente* da mesma infracção. Em consequência, permitir-se-á a acumulação de processos e sanções, como respostas funcionalmente autónomas e adequadas a prosseguir os respectivos e distintos fins.

Porém, no mesmo quadro argumentativo e pelas mesmas razões, talvez seja necessário introduzir uma restrição àquela abordagem nos casos em que é o próprio direito penal a assumir a intencionalidade subjacente ao direito da responsabilidade

⁷⁹ Já em escrito mais antigo procurámos relacionar – embora a partir da proibição dos efeitos automáticos das penas prevista no art. 30.º, n.4 da CRP – a legitimidade de plúrimas sanções (pena principal e penas acessórias) pelo mesmo facto com o propósito de “censurar especialmente o arguido pelo circunstancialismo que envolve o crime cometido, (...) que justifica a *privação de certo direito, faculdade ou posição privilegiada de algum modo relacionados com a prática do crime*. É precisamente a relação (...) entre o cometimento do crime e o abuso (...) do direito ou faculdade que a ele se liga que cria o espaço onde vive a censura suplementar contida na pena acessória; é também nessa relação que a pena acessória colhe o *fundamento material* legitimador da sua aplicação ao lado da pena principal”, sempre com a mediação do juiz (PEDRO CAEIRO, “Qualificação da sanção de inibição da faculdade de conduzir prevista no artigo 61.º, n.º 2, al. d), do Código da Estrada (anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Abril de 1992)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 3 (1993) p. 566; itálicos no original). Cremos que um raciocínio análogo valerá, no essencial, para a concorrência de sanções de ramos jurídicos diferentes.

⁸⁰ INÊS FERREIRA LEITE, *nota 76*, p. 593 e ss.

⁸¹ Ainda assim, cremos que se trata aqui de uma proximidade meramente nominal com o direito penal, pois as multas do direito financeiro são expressas em unidades de conta e não através do sistema de dias de multa. Materialmente, estarão porventura mais próximas do DMOS.

⁸² Acentuando a diferença dos dois ramos de direito no que diz respeito a esta dimensão institucional, ANTÓNIO CLUNY, *cit.*, p. 80 e s.

⁸³ Vd. *supra*, 3.2. e 3.3.

financeira, ou seja, quando o sentido da protecção penal coincide inteiramente com o da responsabilidade financeira e os factos têm, por isso, a mesma imagem sob a lente das normas concorrentes. Isto sucederá, por exemplo, se o funcionário dolosamente empregar dinheiro público em fim (público) diferente do legalmente previsto, cometendo uma espécie de “peculato de uso impróprio” previsto no art. 376.º, n.º 2, do CP e, simultaneamente, a infracção financeira punida pelo art. 65.º, n.º 1, al. i), da LOPTC⁸⁴. O mesmo se diga, de forma porventura ainda mais evidente, da conduta do titular de cargo político que dolosamente autoriza operações de tesouraria proibidas por lei, cometendo dessa forma o crime de violação de normas de execução orçamental contido no art. 14.º, al. c), da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho e, simultaneamente, a infracção financeira prevista no art. 65.º, n.º 1, al. d), da LOPTC, pois viola normas legais ou regulamentares relativas à gestão e controlo orçamental, de tesouraria e de património.

Nestes casos, parece claro que se trata substancialmente da *mesma infracção*, configurada no mesmo “tipo social”, capaz de constituir um *idem* para efeitos do n.º 5 do art. 29.º da CRP. Consequentemente, a dupla intervenção (penal e financeira) ficará precluída. O eventual défice punitivo daí resultante (em particular, a preclusão da intervenção penal em virtude da prévia efectivação da responsabilidade financeira) só poderá ser evitado por meio de medidas legislativas destinadas a regular estas situações de concorrência no plano processual, que adscrevam à efectivação da responsabilidade financeira sancionatória uma posição de subsidiariedade perante o processo penal.

5.4. Em suma: a forma como o direito português trata a concorrência entre normas financeiras sancionatórias e normas penais oferece condições para que o *ne bis in idem* garantido pela CEDH possa ser respeitado pelas autoridades competentes. Isto desde que o TEDH reconheça que, ao menos para este efeito, não é adequado adoptar uma concepção crassamente naturalística do elemento *idem*, antes se impondo alguma permeabilidade à determinação normativo-social dos factos.

⁸⁴ Vd. *supra* nota 68.