

A RELAÇÃO ENTRE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL (V.G. CRIMES DE RESPONSABILIDADE) E RESPONSABILIZAÇÃO FINANCEIRA

JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA

Professor Associado Universidade Católica Portuguesa
Centro de Estudos e Investigação em Direito
Escola de Direito do Porto

I – introdução

No âmbito de um seminário dedicado à relevância e efetividade da jurisdição financeira justifica-se também uma reflexão sobre a adequação da jurisdição financeira – e, em particular, da responsabilidade sancionatória por ilícitos financeiros – perspetivada num quadro mais geral: aquele que se poderia designar por “Direito Sancionatório Punitivo” dos agentes que exercem funções públicas ou que realizam interesses públicos.

Para além da óbvia relevância dos princípios gerais e “constitucionais” do direito penal e do direito processual penal na aplicação prática do regime sancionatório financeiro, as diversas conexões entre as “disciplinas sancionatórias financeiras” também mereceriam, no âmbito dessa reflexão, uma análise autonomizada (p. ex., a ligação entre ilícito financeiro e ilícito disciplinar ou até a responsabilização política ou político-administrativa de agentes públicos por tais ilícitos).

É nossa intenção deixar aqui algumas nossas considerações sobre o atual estado do relacionamento entre responsabilidade criminal e responsabilidade financeira,

sobretudo através da análise de crimes “financeiros públicos” que se encontram tipificados em legislação penal.

II- Enquadramento genérico

A Lei sobre Crimes de Responsabilidade de Titulares de Cargos Políticos no exercício das suas funções (Lei nº 34/87, de 16 de julho ¹) prevê tipos legais de crime que contendem de forma direta com a matéria da “legalidade financeira”. Pode até acrescentar-se que o bem jurídico protegido por tais crimes se esgota na “tutela da legalidade financeira”. Por isso mesmo, verifica-se alguma sobreposição normativa entre estas tipicidades (em particular, a do crime de violação de normas

¹ A lei sobre crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos (L. 34/87) é uma decorrência da imposição constitucional de legiferação constante do art. 117º, nº 3, da CRP: *“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.*

De acordo com o art 1º desta Lei, ela *“determina os crimes da responsabilidade que titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos cometam no exercício das suas funções, bem como as sanções que lhes são aplicáveis e os respectivos efeitos”.*

Para efeitos desta lei são cargos políticos: *o de Presidente da República; o de Presidente da Assembleia da República; o de deputado à Assembleia da República; o de membro do Governo; o de deputado ao Parlamento Europeu; Representante da República nas regiões autónomas; o de membro de órgão de governo próprio de região autónoma; o de membro de órgão representativo de autarquia local;*

São titulares de altos cargos públicos: *gestores públicos; titulares de órgão de gestão de empresa participada pelo Estado, quando designados por este; membros de órgãos executivos das empresas que integram o sector empresarial local; membros dos órgãos directivos dos institutos públicos; membros das entidades públicas independentes previstas na Constituição ou na lei; titulares de cargos de direcção superior do 1.º grau e equiparados.*

Duas notas apenas: primeira, costuma dizer-se que cada lei (consoante o âmbito em que opera) tem o seu próprio universo de titulares de cargos políticos. Pode dizer-se que, nesta Lei, cada tipo legal de crime terá o seu universo de titulares de cargos políticos (o que nem sempre será facilmente determinável).

Segunda: titular de alto cargo público é designação que só releva para efeitos de crime de corrupção ou equivalente. Além disso, a lei não determina qualquer efeito para estes agentes públicos em consequência de condenação pelo crime.

de execução orçamental² e a de peculato de uso³) e algumas das tipicidades previstas na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC - art. 65º). A estes dois crimes poderia juntar-se o crime de abuso de poderes previsto no nº 2 do art. 26º da L. nº 34/87⁴. Em qualquer caso, observe-se que, por um lado, existe alguma “sobreposição normativa” entre as próprias tipicidades penais e, por outro, até algum arcaísmo na redação das normas.

As características comuns a estas tipicidades e às dos ilícitos sancionatórios financeiros são as seguintes:

a) os agentes dos crimes são agentes submetidos, por definição, à jurisdição do Tribunal de Contas.

De facto estando em causa dinheiros públicos e agentes submetidos à legalidade na realização da despesa só agentes que estejam submetidos a esta jurisdição podem cometer os ilícitos ora referidos – logo, está em causa o mesmo universo de agentes.

b) o núcleo do ilícito esgota-se na violação da legalidade financeira, pelo que o dever jurídico é o mesmo. De resto, nem mesmo implicitamente se pressupõe o dano ou o prejuízo; tal qual sucede nos ilícitos financeiros.

² Art. 14º:

“O titular de cargo político a quem, por dever do seu cargo, incumba dar cumprimento a normas de execução orçamental e conscientemente as viole:

a) Contraíndo encargos não permitidos por lei;

b) Autorizando pagamentos sem o visto do Tribunal de Contas legalmente exigido;

c) Autorizando ou promovendo operações de tesouraria ou alterações orçamentais proibidas por lei;

d) Utilizando dotações ou fundos secretos, com violação das regras da universalidade e especificação legalmente previstas;

será punido com prisão até um ano.”

³ Art. 22º, nº 2:

“O titular de cargo político que der a dinheiro público um destino para uso público diferente daquele a que estiver legalmente afectado é punido com prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias”.

Art 376º, nº 2 do Código Penal:

“Se o funcionário, sem que especiais razões de interesse público o justifiquem, der a dinheiro público destino para uso público diferente daquele a que está legalmente afectado, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias”.

⁴ Art. 26º, nº 2:

“Incorre nas penas previstas no número anterior o titular de cargo político que efectuar fraudulentamente concessões ou celebrar contratos em benefício de terceiro ou em prejuízo do Estado”.

c) Por fim, a aquisição do conhecimento do crime sucederá da mesma forma por que se toma conhecimento da infração financeira (para não dizer que será contemporânea).

Esta quase integral sobreposição normativa entre ilícitos de ramos diferenciados não deve surpreender, uma vez que a fonte para as tipificações de carácter criminal e a fonte para os ilícitos financeiros foram dois diplomas legislativos cuja sobreposição era também evidente, na medida em que o segundo (o diploma que serve de fonte à LOPTC, ou seja, o Decreto n.º 22 257, de 25 de fevereiro de 1933) teria até revogado os tipos legais financeiros contemplados no primeiro (a Lei n.º 266, de 27 de Julho 1914⁵, que serviu de fonte à L. 34/87). Ora, o legislador penal não terá sequer considerado o problema da revogação da Lei n.º 266 de 1914; e o legislador do LOPTC terá desconhecido a existência da legislação sobre crimes de responsabilidade que foi aprovada em 1987.

III – Os pontos problemáticos

A) O âmbito subjetivo

Uma primeira questão que se poderia colocar seria a de saber se, de um ponto de vista dos agentes-sujeitos – titulares de cargos políticos –, a sua responsabilização não se afigurarà mais limitada no direito sancionatório financeiro em relação ao que parece suceder no direito penal⁶.

⁵ A questão foi aflorada no Parecer da Procuradoria Geral da República, *Parecer da PGR n.º 85/86 de 7 de maio de 1987*, (BMJ, n.º 377 (1988) p. 55 ss.), cujo conteúdo resumido no seu ponto V dizia: “Os artigos 12.º, n.ºs 5, 6 e 8, e 13.º, n.º 2, da Lei n.º 266 foram parcialmente revogados e substituídos por legislação posterior, pelos artigos 35.º e 36.º do Decreto n.º 22 257, de 25 de fevereiro de 1933”. Exatamente os crimes que foram incluídos, em matéria financeira, na L. 34/87.

⁶ Lançando esta dúvida, cf. ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, “Crimes de responsabilidade (violação de normas de execução orçamental)”, *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, ano V, n.º 8, 2004, p. 21 (esp. p. 43 s).

aa) Com efeito, e por força do art 61º, nº 2 da LOPTC, a responsabilidade financeira (reintegratória, mas também sancionatória ⁷) recai sobre os membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, nos termos e condições fixados para a responsabilidade civil e criminal nos nºs 1 e 3 do artigo 36.º do Decreto n.º 22 257, de 25 de fevereiro de 1933 (curiosamente legislação de carácter penal, que, como referimos atrás, nunca foi considerada pelo legislador penal para efeito de conformação do novo sistema penal; observe-se que este normativo já se encontra previsto na LOPTC há algum tempo, tendo sido alargado mais recentemente).

De facto, desta norma pareceria resultar que o titular de cargo político (membro de governo e titular de órgão executivo de autarquia) estaria sujeito a um regime “mais favorável” no âmbito sancionatório financeiro do que no direito penal (no sentido, observe-se, de o âmbito de aplicabilidade do direito penal parecer mais amplo do que o que está previsto no direito sancionatório). Crê-se, porém, que tal não é verdade, a despeito de a redação do art. 36º (do diploma de 1933) ser pouco adequada à modernidade.

bb) E tal não ilação não nos parece correta porque, p. ex., o crime de violação de normas de execução orçamental pressupõe que a violação da norma seja feita “conscientemente”; este elemento subjetivo, porventura discutível, pressupõe que o agente detenha um “conhecimento qualificado”⁸. Deste jeito, cremos que não haverá diferença significativa entre as exigências que são colocadas neste preceito penal e aquelas que constam do direito sancionatório. Pelo contrário, a existir alguma maior exigência ela encontra-se na tipificação criminal; de facto, a atuação/decisão contra informação expressa não deixa de supor ou de constituir uma forma de atuação “*consciente*”, tal qual está expressa no tipo legal de crime. Já a omissão da audição

⁷ Assim parece decorrer da remissão do art. 67º, nº 3, da LOPTC, se bem que com as “necessárias adaptações”.

⁸ A exigência deste elemento “subjetivo” constitui uma especificidade dos crimes de violação de legalidade cometidos por funcionário ou equiparado em determinadas áreas da administração; no âmbito dos denominados processos contenciosos – o crime de prevaricação (conscientemente contra direito); no âmbito do urbanismo, o crime de violação de regras urbanísticas (consciente da desconformidade da conduta).

da “estação competente” parece constituir uma outra forma – também grave – de violação do dever.

Assim, o conteúdo do art. 36º do Decreto de 1933 não parece constituir uma regra apenas de direito sancionatório financeiro, mas regra vigente em qualquer direito sancionatório, incluindo o penal (como decorre do próprio Diploma de 1933 que era um diploma de direito criminal e que versava responsabilidade política) em matéria de legalidade (financeira).

cc) Por outro lado, também não se deve dar demasiada relevância a eventuais incongruências entre direito penal e direito financeiro sancionatório, uma vez que a regulamentação jurídica de um e outro ramo do direito não foi realizada num quadro comum ou em “diálogo científico” recíproco. Pelo contrário, percorreram caminhos independentes (de que a remissão efetuada na LOPTC para uma lei revogada de 1933 não deixa de ser um exemplo). De resto, o facto de o artigo sobre peculato de uso ter origem no anterior CP de 1886 também é sintoma de alguma desadequação à realidade atual (não falando já do facto de, internamente, os dois crimes se sobreporem quanto ao âmbito normativo).

dd) Justifica-se, todavia, a previsão de norma autónoma (que substitua aquela remissão para o antigo art. 36º), ao nível do ilícito financeiro, que explicita melhor o tipo de “informação” (esclarecendo que têm de estar em causa, p. ex., atos vinculantes ou atos produtores de efeitos jurídicos), suscetível de excluir a responsabilização do titular de cargo; sobretudo, impõe-se atualizar o preceito sobre responsabilização do funcionário “competente” (competente, no sentido jurídico-público), que tenha informado mal ou em contradição com as normas regulamentares.

A maior complexidade da atividade administrativa e financeira dos dias de hoje não é suscetível de ser regulamentada ou abrangida por redações normativas simplificadas, provenientes de uma época histórica em que não só o âmbito e as formas de organização da Administração eram muito mais restritos como as exigências de legitimação das decisões eram menores.

B - O âmbito objetivo

Uma segunda questão é aquela de saber, seja na perspetiva do direito positivo seja na do direito a constituir, que relevância terá a “dupla incriminação” das mesmas condutas – ou seja, o mesmo “facto” ser considerado ilícito criminal e ilícito financeiro (como sucederá, com grande probabilidade, em muitos casos).

aa) Pode dizer-se, muito sucintamente, que duas teses se confrontam nesta matéria:

- a tese prevalecente no âmbito do direito financeiro: a autonomia das ações e dos interesses protegidos por cada ramo do direito.
- a tese de eventual *bis in idem* e necessidade de prevenir a dupla punição pelos mesmo factos e pelo mesmo ilícito; ou seja, a violação do mesmo bem jurídico ⁹.

bb) Apenas algumas notas sobre estas teses: quanto à primeira, pode dizer-se que a sua argumentação parte sobretudo dos contornos e da configuração da responsabilidade financeira reintegratória (cuja autonomia é indiscutida) para chegar à responsabilidade sancionatória (a que consta do art. 65^o). Ora, parece-nos, são figuras diferentes. Por outro lado, parece-nos que, ao fazer apelo ao direito disciplinar da função pública (em particular, à sua autonomia como elemento argumentativo para fundamentar a autonomia do direito sancionatório financeiro) segue uma via menos convincente. Com efeito, os crimes em causa também são só suscetíveis de comissão por “contáveis”; também não nos parece correta a referência ao direito disciplinar da função público (desde logo porque de carácter administrativo¹⁰) como “exemplo de analogia” a aplicar ao direito sancionatório financeiro.

⁹ A hipótese é suscitada por ALFREDO JOSÉ DE SOUSA, *cit.*, p. 43/44.

¹⁰ Sendo certo que, no direito disciplinar da função pública, se coloca a questão de saber se a entidade administrativa disciplinar está vinculada à sentença penal condenatória (cf. art. 179^o da Lei Geral do Trabalho em funções públicas, in RAQUEL CARVALHO, *Comentário ao Regime Disciplinar dos Trabalhadores em Funções Públicas*, UCed, Porto, 2014, p. 137 ss, com mais ampla indicação doutrinal). De resto, nos ilícitos que podem fundamentar a sanção de demissão ou despedimento encontram-se descritas condutas “próximas” de tipicidades criminais (art. 297^o, n^o 3, als *j*) ss.).

Quanto à outra tese apenas se deve referir que a maior dificuldade se encontra em como fazer coordenar o efeito de litispendência e o de *ne bis in idem*. De facto, poderia fazer-se apelo ao direito de mera ordenação social (tal como parece ser sugerido em termos de enquadramento dogmático por alguma doutrina) em matéria de *ne bis in idem*. Só que tal proibição implica, neste quadro dogmático, a absorção do ilícito contraordenacional pelo ilícito penal ou, dito de outra forma, a da ação sancionatória administrativa pela ação penal (cf. assim, art. 38º do RG das Contraordenações¹¹) – solução que não é aceitável no âmbito financeiro.

cc) Diríamos, em nossa opinião, que no caso se juntam dois elementos inerentes ao *non bis in idem*: o da identidade de factos e o da identidade da valoração jurídica (ou seja, o interesse a proteger é exatamente o mesmo). Não estamos meramente perante a situação de os mesmos factos constituírem simultaneamente “ilícito financeiro e crime”; estamos perante factos idênticos que visam proteger o mesmo interesse jurídico e com agentes do mesmo universo. Ou seja, ao *bis in idem* processual (a dupla perseguição pelos mesmos factos) junta-se o *bis in idem* material (a dupla punição pelo mesmo interesse jurídico protegido).

IV - Uma reavaliação *de iure condendo*

Independentemente das teses, ou em favor da autonomia de ambos os ordenamentos sancionatórios ou em favor da necessidade de eventual salvaguarda da proibição de *bis in idem*, crê-se que, no âmbito de um seminário destinado a repensar a própria jurisdição financeira, se justifica levantar, de um ponto de vista prospetivo, a questão sobre a persistência de ilícitos criminais cujo conteúdo se

¹¹ Acresce a esta solução o art. 76º do RgCo (segundo o qual o tribunal não está vinculado à qualificação como contraordenação, podendo converter em processo penal); o art 79º, segundo o qual a decisão definitiva da autoridade administrativa não preclui a possibilidade de reapreciação como crime (pelo mesmo facto) – ao contrário do que sucede com o trânsito em julgado da decisão judicial. Por fim, o art. 82º impõe a caducidade da coima aplicada, quando o arguido venha ser condenado no processo criminal pelo mesmo facto.

Soluções que, mesmo que se pretenda enquadrar o direito sancionatório financeiro numa perspetiva de direito contraordenacional, não são aplicáveis à responsabilidade sancionatória, dado o carácter jurisdicional que o Tribunal de Contas assume.

reduz à mesma valoração do ilícito financeiro – a lesão da estrita legalidade financeira.

De facto, o problema deve ser colocado, antes de tudo, numa perspetiva constitucional e tendo em conta a seguinte questão:

aa) A CRP, ao consagrar o Tribunal de Contas como jurisdição específica para o controlo da legalidade da despesa e receita públicas e à qual são atribuídos poderes sancionatórios (“efetivar as responsabilidades financeiras”), não estará a consagrar uma específica “reserva de jurisdição do Tribunal de Contas para efeitos sancionatórios”?

Isto é, quando a CRP adscrive à competência do Tribunal de Contas não só o controlo/fiscalização da legalidade das receitas e despesas públicas mas também uma determinada competência sancionatória, não estará a estabelecer um âmbito de poder sancionatório que exclui, em princípio, outros poderes sancionatórios concorrentes?

Creemos, de resto, que esta premissa não decorre só de uma decisão da ordem constitucional; decorre também da própria lógica da repartição de funções dentro do Estado (e, no caso, da Organização Judiciária).

Com efeito, julgamos que ponto de partida para uma reflexão deverá ser esta ideia de que a CRP reserva à jurisdição do tribunal de contas um espaço sancionatório autónomo decorrente da sua específica competência de fiscalização e controlo da legalidade da despesa e receita públicas.

Sendo tal premissa correta, não será, então, de pressupor que anteriores (isto é, aprovadas antes da LOPTC) tipicidades (de carácter criminal), que coincidam com atuais tipicidades de direito financeiro, se devessem considerar implicitamente revogadas? Com efeito, a “constitucionalização” dos poderes sancionatórios do Tribunal de Contas, e sobretudo a progressivo ampliação da sua extensão, não fará supor ou não implicará mesmo esta ideia de redução da intervenção do direito criminal em idêntica matéria ?

bb) Sendo, como julgamos que se deverá considerar, a fiscalização da legalidade e controlo das receitas e despesa públicas uma espécie de “monopólio/reserva de jurisdição do Tribunal de Contas,” então parece-nos evidente que, onde em um qualquer outro processo se suscite a questão da legalidade da despesa e receita públicas, tal questão deverá aí ser considerada “como que uma questão prejudicial “financeira”. De um ponto de vista lógico-material, o tribunal “naturalmente competente” para apreciar a legalidade financeira seria (e é) o Tribunal de Contas (Tribunal da ordem jurisdicional administrativo-financeira). Ora, a especificidade desta concreta “prejudicialidade”, no âmbito das tipicidades agora apresentadas (criminais e financeiras), encontra-se na circunstância de dois poderes decisórios sancionatórios (ambos punitivos e repressivos) terem a virtualidade de serem exercidos em manifesta contradição valorativa (até no ponto fundamental: o da (i)legalidade da despesa e receita pública; mas também na qualificação da violação do dever – grave/pouco grave; dolosa/ negligente), sendo certo que um dos poderes é exercido a “título principal” e o outro é exercido a título de competência por “extensão prejudicial” (em processo, no qual, em regra, a questão principal – questão criminal - se reduz exclusivamente à “questão prejudicial”, nada lhe acrescentando e com ela se confundindo).

Com efeito e como consequência da regra da extensão de cognição/competência às questões prejudiciais, o tribunal penal não estará, no fundo, a exercer material e exclusivamente funções do Tribunal de Contas ?

Julga-se, pois, que o concurso de poderes decisórios (sancionatórios e repressivos) se afigura, pelo menos, indesejável em matéria de coerência e sobretudo de boa Administração da Justiça.

Estando em causa, neste seminário, uma reflexão sobre os novos desafios para a efetividade da jurisdição financeira, vale a pena interrogar sobre se um direito sancionatório financeiro mais modernizado no elenco de sanções, mais diversificado em termos de molduras sancionatórias, não se encontraria em melhores condições – diríamos com mais coerência e uniformidade – para cumprir as finalidades do sancionamento da lesão da legalidade financeira pública em

relação ao que sucede atualmente com a cumulação de poderes sancionatórios sobre o mesmo *quid*, com o risco da incoerência e da inconstitucionalidade.