

A evolução dos crimes de corrupção no direito penal de Macau

JORGE GODINHO *

Sumário: Introdução; 1. Objecto; 2. Áreas; 3. O Comissariado Contra a Corrupção; 4. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC); 5. Uma perspectiva de direito comparado. I. Corrupção de funcionários; 6. Evolução legislativa; 7. Conceito de funcionário; 8. Corrupção activa e passiva; 9. Pagamentos a terceiros; 10. Responsabilidade das pessoas colectivas. II. Crimes conexos; 11. Recebimento indevido de vantagem; 12. Tráfico de influência; 13. Participação económica em negócio; 14. «Enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada»; Conclusões.

Introdução

1. Objecto

Este estudo de direito penal (parte especial) procurar oferecer uma panorâmica geral da evolução dos crimes de corrupção e crimes conexos na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) da República Popular da China (RPC).

O texto começa por identificar as quatro principais áreas abrangidas pelos vários crimes de corrupção actualmente previstos: corrupção de funcionários;

JURISMAT, Portimão, 2020, n.º 12, pp. 121-153.

* Professor associado do ISMAT; Professor visitante da Universidade de Macau.

corrupção no comércio externo, corrupção no sector privado e corrupção eleitoral.

A abordagem da corrupção de funcionários e o conceito de funcionário ocupa a parte II. O texto ocupa-se, na parte III, de vários crimes com conexões estreitas à problemática da corrupção, que gravitam na sua órbita e que na prática expandem ou completam esta área, a saber: recebimento indevido de vantagens, tráfico de influências, participação económica em negócio e, por fim, do «enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada».

A análise destes crimes permite chegar à conclusão geral de que o direito de Macau se tem vindo progressivamente a afastar do direito português e não tem acompanhado a rápida evolução, internacional e comparada, que tem tido lugar nesta área. Após um grande avanço em 1987, com a aprovação da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção), deu-se um recuo parcial em 1995 com a aprovação do Código Penal de Macau, que eliminou dois dos crimes que tinham sido introduzidos em 1987.

No plano normativo, pode hoje falar-se num certo «envelhecimento» do direito penal da corrupção de Macau. Porém, cabe notar que em certos aspectos, com destaque para o crime de «riqueza injustificada» ou «enriquecimento ilícito», o direito de Macau assumiu uma dureza que Portugal não acompanhou.

Nesta base, são apontadas algumas lacunas que poderiam ser supridas através de reformas legislativas.

2. Áreas

O direito penal da corrupção é um domínio relativamente vasto: é possível operar algumas subdivisões no seu seio. A corrupção de funcionários, o sector «clássico», é apenas uma de quatro áreas abrangidas pela legislação vigente em Macau:

- a) *corrupção de funcionários*: trata-se da área «histórica», incluída no Código Penal de Macau de 1995 (artigos 336.º a 339.º), que prevê diversos tipos legais de crime, conforme referido adiante;¹

¹ Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 58/95/M, de 14 de Novembro, com várias alterações subsequentes. Toda a legislação de Macau pode ser consultada na página da Imprensa Oficial (disponível, para as versões em português, em www.io.gov.mo/pt/home/).

- b) *corrupção no sector privado*: trata-se de uma área introduzida pela Lei n.º 19/2009, de 17 de Agosto, que prevê penas para a corrupção passiva (até 1 ano de prisão para casos simples; até 2 anos de prisão para casos agravados em que haja distorção de concorrência; até 3 anos de prisão para casos agravados em que possa haver risco para a saúde ou segurança de terceiros) e para a corrupção activa (até 6 meses de prisão para casos simples; até 1 ano de prisão para casos agravados em que haja distorção de concorrência; até 2 anos de prisão para casos agravados em que possa haver risco para a saúde ou segurança de terceiros);
- c) *corrupção activa no comércio externo*: trata-se de uma área relativamente recente, introduzida pela Lei n.º 10/2014, de 31 de Dezembro² (punível com pena de prisão até 3 anos), que compreende a corrupção de funcionários externos ou estrangeiros;
- d) *corrupção eleitoral*: trata-se aqui de criminalizar a chamada «compra de votos» nas eleições para a Assembleia Legislativa; esta matéria consta da lei eleitoral (art. 170.º da Lei n.º 3/2001, de 5 de Março).

Estas quatro áreas são, no seu conjunto, os crimes de corrupção actualmente vigentes no ordenamento jurídico de Macau.

Vários sistemas jurídicos criminalizam igualmente a corrupção em eventos desportivos. Trata-se de uma questão que recentemente tem vindo a crescer de importância devido a práticas de combinação de resultados (*match-fixing*) relacionadas com apostas desportivas. O primeiro tratado de direito penal transnacional nesta matéria foi concluído em 2014 no âmbito do Conselho da Europa.³ Porém, Macau ainda não aprovou legislação a este respeito.

3. O Comissariado Contra a Corrupção

Cabe referir, a título preliminar, a existência em Macau, desde há três décadas, de uma entidade pública especializada no domínio da corrupção. Na actuali-

² Esta lei segue a mesma linha do *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, dos Estados Unidos; e da *Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais*, da OCDE, de 1997 (em vigor desde 15 de Fevereiro de 1999), com 44 Estados Parte em Setembro de 2020 (dos quais oito não são membros da OCDE; a RPC não é parte nesta convenção). Cfr. Mark Pieth, Lucinda Low e Peter Cullen (eds.), *The OCDE Convention on Bribery. A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007. Há igualmente que ter em conta o art. 16.º da *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, referida *infra*.

³ *Convenção do Conselho da Europa sobre a Manipulação de Competições Desportivas*, de 18 Setembro de 2014 (conhecida como *Convenção Macolin*), CETS 215 (em vigor desde 1 de Setembro de 2019), com seis partes em Setembro de 2020.

dade, trata-se do Commissariado Contra a Corrupção de Macau (amplamente conhecido pela sigla CCAC).

Esta entidade deu continuidade ao trabalho do anterior Alto Commissariado contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa (conhecido como ACCIA), criado em 1990.⁴ O primeiro Comissário foi Jorge Alberto Aragão Seia (1936-2005), juiz conselheiro que posteriormente foi Presidente do Supremo Tribunal de Justiça (2001-2005). O segundo Comissário foi Luís Mendonça de Freitas, juiz desembargador. O ACCIA foi extinto e substituído pelo CCAC com a retrocessão da soberania para a RPC em 20 de Dezembro de 1999.⁵

A existência do CCAC está prevista na própria Lei Básica de Macau (artigo 59.º). Este órgão (tal como, anteriormente, o ACCIA) tem uma dupla função: por um lado, ocupa-se da prevenção e investigação da corrupção; por outro, exerce também funções de provedoria de justiça.⁶ O CCAC é um órgão independente, responsável perante o Chefe do Executivo. O Comissário é titular de um dos principais cargos da RAEM; é nomeado pelo Governo Popular Central mediante indigitação do Chefe do Executivo.⁷

O primeiro Comissário do CCAC foi Cheong U (1999-2009), que de seguida exerceu as funções de Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura (2009-2014). O segundo Comissário foi Vasco Fong Man Chong (2009-2014), actualmente juiz desembargador do Tribunal de Segunda Instância. O terceiro Comissário foi Cheong Weng Chon (2014-2019), actual Secretário para a Justiça. O actual Comissário é Chan Tsz King (2019-).

4. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC)

No plano normativo, o instrumento de direito internacional mais importante na RAEM neste domínio é a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção* de 2003 (CNUCC)⁸. Este importante tratado multilateral foi ratificado em Janei-

⁴ Lei n.º 11/90/M, de 10 de Setembro. A experiência portuguesa da Alta Autoridade contra a Corrupção, criada em 1983, terá sido, em parte, o modelo inspirador da criação do ACCIA em Macau.

⁵ Lei n.º 10/2000, de 14 de Agosto.

⁶ Quanto a este aspecto, cfr. Stephen Thomson, «The public sector ombudsman in greater China: four 'Chinese' models of administrative supervision», *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 39(2), 2017, 435 ss (estudo comparado da provedoria de justiça na China continental, em Macau, Hong Kong e Taiwan).

⁷ Artigos 59.º e al. 6) do art. 50.º da Lei Básica de Macau.

⁸ *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adoptada pela Resolução n.º 58/4 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de Outubro de 2003 (UNTS, vol. 2349, 41

ro de 2006 pela RPC, que declarou a sua aplicação às duas regiões administrativas especiais de Macau e de Hong Kong.⁹

A CNUCC exige ou sugere um vasto leque de medidas preventivas e repressivas. Trata-se do mais importante instrumento de direito internacional contra a corrupção. A CNUCC faz parte do direito penal transnacional, um domínio no qual os Estados harmonizam a sua política criminal em várias áreas e organizam a cooperação de modo a facilitar a aplicação do direito penal.¹⁰

Os tratados internacionais que visam o controlo de certas formas de criminalidade, as chamadas «convenções de supressão», têm historicamente servido para criar regimes de proibição em matérias como a pirataria, a escravatura, o terrorismo, as drogas, o crime organizado, a corrupção ou o branqueamento de capitais. Um dos objectivos práticos que preside à sua elaboração consiste em tentar eliminar qualquer «refúgio» (*sanctuary*, na expressão inglesa geralmente usada a este propósito) que possibilite a prática de crimes ou a fuga à justiça.¹¹

A CNUCC, tal como vários outros instrumentos de direito penal transnacional, inclui várias abordagens. Por um lado, estabelece medidas mínimas obrigatórias, que podem ser excedidas pelos Estados Parte.¹² Em certos casos, como no crime de tráfico de influência (art. 18.º) ou no crime de «enriquecimento ilícito» (art. 20.º), a Convenção apenas apresenta sugestões, ou seja, não exige a criminalização de forma vinculativa — o que geralmente é devido a falta de consenso sobre a matéria durante a sua negociação. Como é habitual no domínio do direito penal transnacional, a CNUCC necessita de ser transposta para o direito interno, já que cria apenas obrigações internacionais de adopção de medidas legislativas (especialmente em matéria de criminalização) ou outras, respeitando a soberania das partes. Os agentes do crime são depois julgados unicamente de acordo com a legislação penal doméstica vigente em cada Estado, e não com base do direito internacional. Esta metodologia «dualista» é claramente expressa no n.º 9 do art.º 30 da CNUCC:¹³

ss), em vigor na ordem internacional desde 14 de Dezembro de 2005, com 187 partes em Setembro de 2020.

⁹ Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2006, *Boletim Oficial*, Série II, n.º 7, suplemento, 21 de Fevereiro de 2006, 1436(2) ss.

¹⁰ Neil Boister, *An introduction to transnational criminal law*, 2ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2018, 18 ss.

¹¹ Ethan Nadelmann, «Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society», *International Organisation*, n.º 44, 1990, 479 ss.

¹² Nas disposições finais é expressamente referido que «Cada Estado Parte poderá adoptar medidas mais estritas ou mais rigorosas que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a corrupção» (n.º 2 do art. 65.º).

¹³ Que vem na sequência de disposições em tudo idênticas de convenções anteriores (n.º 11 do art. 3.º da *Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e*

Nenhuma das disposições da presente Convenção deverá prejudicar o princípio segundo o qual a definição das infracções nela estabelecidas e dos meios jurídicos de defesa aplicáveis, bem como outros princípios jurídicos que regulem a legalidade das infracções, são do foro exclusivo do direito interno desse Estado Parte e segundo o qual as referidas infracções são objecto de procedimento judicial e punidas de acordo com o direito desse Estado Parte.

Assim, é ao direito interno de cada Estado que cabe regular todas as questões de direito penal substantivo, incluindo a tipificação dos crimes ou as causas de justificação; o mesmo acontece em relação ao confisco das vantagens do crime.¹⁴ Esta reserva a favor do direito interno determina a necessidade de abordagens de direito penal comparado com vista a entender a forma como a Convenção é cumprida em cada sistema jurídico.

5. Uma perspectiva de direito comparado

Na RAEM o direito penal emana de leis aprovadas pela Assembleia Legislativa, o parlamento regional.¹⁵ O direito penal encontra-se maioritariamente no Código Penal de Macau de 1995. Há ainda a considerar um certo número de leis penais extravagantes.¹⁶ O Código Penal prevê os crimes de corrupção de funcionários e de participação económica em negócio.

Substâncias Psicotrópicas de 1988; e n.º 6 do art. 11.º da *Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional* de 2000).

¹⁴ Art. 31.º, n.º 10, CNUCC.

¹⁵ Há ainda que ter em conta legislação penal aprovada por meio de Decreto-Lei, pelo Governador de Macau, antes da retrocessão em 20 de Dezembro de 1999, ao abrigo de leis de autorização legislativa emitidas pela Assembleia Legislativa (o Código Penal de 1995 foi aprovado desta forma). Salvo algumas excepções, tais diplomas permaneceram em vigor após 20 de Dezembro de 1999. Cfr. Jorge Godinho, *Macau business law & legal system*, Hong Kong: LexisNexis, 2007, 5. O quadro de fontes da Lei Básica não contempla a figura dos Decretos-Lei.

¹⁶ Cfr. uma lista de legislação penal extravagante in Jorge Godinho, *The Macau Penal Code and other penal laws in English unofficial translation* (última actualização: 31 de Março de 2020), disponível em Social Science Research Network (<http://ssrn.com/abstract=2235536>).

Existe também bastante jurisprudência neste domínio, designadamente do Tribunal de Última Instância,¹⁷ cujas posições são geralmente seguidas pelos tribunais inferiores de Macau.

Numa perspectiva de direito comparado, se atendermos sobretudo à vertente técnico-jurídica concluímos que Macau pertence à família romano-germânica.¹⁸ A influência da tradição jurídica alemã sobre o direito penal de Macau, recebida através de Portugal, é claramente visível. O legado português nas fontes de direito é um produto da história, começando pela centralidade dos “cinco grandes códigos” da tradição romano-germânica: o Código Penal, o Código de Processo Penal, o Código Civil, o Código Comercial e o Código de Processo Civil. Esta influência é igualmente nítida na interpretação jurídica e nos métodos de trabalho dos juristas.

A filiação alemã do Código Penal de Macau de 1995 e do Código Civil de Macau de 1999 é inquestionável. Macau pertence a esta tradição devido ao afastamento de Portugal da tradição francófona a partir das primeiras décadas do século XX.¹⁹ A transição do direito penal para a influência da dogmática alemã iniciou-se pouco depois e culminou com a aprovação do Código Penal português de 1982.²⁰

¹⁷ Jorge Godinho e Paulo Cardinal, «Macau's Court of Final Appeal», in Simon Young e Yash Ghai (eds.), *Hong Kong's Court of Final Appeal. The development of the law in China's Hong Kong*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 608 ss.

¹⁸ É evidente que Macau não é um sistema jurídico misto, apesar da existência de alguns “transplantes jurídicos” da *common law* (existem alguns no domínio do direito privado, como a garantia flutuante ou o secretário da sociedade). Para uma discussão detalhada na perspectiva do direito comparado, considerando outras dimensões para além da perspectiva técnico-jurídica, cfr. Jorge Godinho, «Uma soberania, dois sistemas sociais, três tradições jurídicas: o sistema jurídico de Macau e a família romano-germânica», in Leonel Alves, Tong Io Cheng e Paulo Cardinal (orgs.), *Terceiras Jornadas de direito e cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM. Sentido e importância do direito comparado no âmbito do princípio 'um país, dois sistemas'*, Macau: Assembleia Legislativa, 2016, 101 ss.

¹⁹ Esta viragem deu-se primeiro no direito civil, pela disseminação do Pandectismo, através das obras de Heinrich Dernburg (1829-1907) e Bernard Windscheid (1817-1892), iniciada no ensino de Guilherme Moreira (1861-1922) na Universidade de Coimbra. Em 1923, o plano de estudos de direito foi modificado para seguir o método alemão; cfr. António Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, I, *Parte geral*, tomo I, Coimbra: Almedina, 1999, 69 ss; António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, 3.^a ed., Mem Martins: Europa-América, 2003, 284, 310 ss.

²⁰ O Código Penal Português de 1852 inspirou-se no Código Penal francês de 1810; o segundo Código Penal, de 1886, seguiu a mesma tradição, por ser no essencial uma reforma daquele. Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, Tomo I, *Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 3.^a ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, 77 ss; José de Faria Costa, *Direito Penal*, Lisboa: Imprensa Nacional, 2017, 176. O actual Código Penal português, de 1982, baseou-se nos projectos apresentados em 1963 (parte geral) e 1966

A tradição alemã oferece um rico e sofisticado sistema conceptual da responsabilidade penal, que tenta ser de uma natureza quase científica e se baseia na elaboração lógica e no apuramento dos conceitos realizado nas universidades.²¹ É, pois, normal encontrar os universitários na génese da codificação, como ocorreu em Portugal e em Macau, nomeadamente com o Código Penal de 1995,²² o Código Civil de 1999²³ e o Código Comercial de 1999.²⁴ O termo «direito de professores» (*Professorenrecht*) é por vezes usado para descrever esta realidade. Os professores de direito têm grande destaque na elaboração de leis, sobretudo as mais extensas e complexas. «*The teacher-scholar is the real*

(parte especial) pelo Prof. Eduardo Correia (1915-1991), que não foram convertidos em lei na década de 1960, mas serviram de base ao Código Penal português de 1982, como é expressamente afirmado no seu preâmbulo. «Quer no sistema, quer na redacção dos artigos, o Código Penal português constitui em grande parte uma versão do Código alemão»: assim, Manuel Cavaleiro de Ferreira, *Lições de direito penal. Parte geral*, I, *A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*, 4.^a ed., Lisboa: Verbo, 1992, 50. Na Ásia oriental, a influência alemã é visível em outros sistemas jurídicos, designadamente no Japão, na Coreia do Sul e na Tailândia.

²¹ Michael Bohlander, *Principles of German criminal law*, Portland OR: Hart, 2009, 9 («German law is to a large extent based on more or less strict application of logic and well-developed legal methods on interpretation»); Howard Fisher, *German legal system and legal language*, Londres: Cavendish, 1996, vii («Germany has one of the most scientific legal systems anywhere in the world»; «there is a seemingly endless supply of formal terminology»). A abordagem científica é muito visível na metodologia jurídica, cuja obra mais conhecida é provavelmente a *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* de Karl Larenz (1903-1993), que foi traduzida para várias línguas (Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, tradução da 6.^a edição alemã, de 1991, por José Lamego, com uma nótula do tradutor no final: *Um filho do seu tempo*, 701 ss).

²² Como referido, o Código Penal português de 1982 seguiu de perto o Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*, na reforma de 1975); uma grande reforma do Código Penal de 1982 foi promulgada em 1995, com base num projecto preparado pelo Prof. Jorge de Figueiredo Dias, que foi também o autor do projecto de Código Penal de Macau (concluído e apresentado em Fevereiro de 1991); cfr. Jorge de Figueiredo Dias, «Oportunidade e sentido de um Código Penal para Macau», em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, vol. 3, ano I, 1997, 19 ss.

²³ Muitos professores universitários estiveram envolvidos na preparação do Código Civil Português de 1966 (em especial o Professor Doutor Adriano Vaz Serra, 1903-1989), bem como na sua reforma em 1977. Para os universitários envolvidos na preparação do Código Civil de Macau de 1999, ver *Projecto do Código Civil de Macau*, Governo de Macau, 2008, iii ss.

²⁴ Augusto Teixeira Garcia, Dan Wei, Paula Nunes Correia e Tong Io Cheng, «Codification in China. The special case of Macau», in J.C. Rivera (ed.), *The scope and structure of Civil Codes*, Dordrecht: Springer, 2013, 83 ss; Governo de Macau, *Projecto do Código Comercial de Macau*, Macau: Governo de Macau, 2008, ii ss.

protagonist of the civil law tradition. The civil law is a law of professors».²⁵ A doutrina influencia directamente as leis, as codificações e as decisões dos tribunais.²⁶

O resultado desse trabalho académico reflecte-se na organização dos códigos e, principalmente, nas suas partes gerais, que oferecem generalizações, princípios, sistemas e métodos alcançados após longos debates académicos. A dogmática penal orienta e facilita a resolução dos problemas concretos, propicia uma aplicação lógica e uniforme e torna o sistema mais simples e manejável.²⁷ O sistema é em alguma medida dedutivo embora, em certos pontos, algo complexo. O domínio das partes gerais dos códigos principais e a sua correcta articulação com as partes especiais pode, por vezes, ser uma tarefa árdua. Ocorre talvez uma excessiva predominância das partes gerais sobre as partes especiais na formação dos juristas, designadamente no direito penal.

Neste contexto, as bases do actual sistema jurídico de Macau foram consolidadas no período pós-colonial da administração portuguesa (1974-1999). Foi sobretudo após a assinatura da Declaração Conjunta Luso-Chinesa, em 1987, que se deu uma rápida modernização do sistema jurídico e uma reforma da organização judiciária, com a criação de um tribunal de segunda instância. Foi criada uma licenciatura (depois faculdade) de direito na Universidade de Macau e, nos últimos doze anos da administração portuguesa, teve lugar uma intensa actividade. O legado da administração portuguesa, que terminou em 19 de Dezembro de 1999, resulta deste trabalho de modernização e «localização» feito ao longo de mais de uma década, e que foi constantemente negociado entre Portugal e a China no Grupo de Ligação Conjunto.

O Código Penal de Macau 1995 coincide, em muitos aspectos, com o Código Penal português na versão resultante da importante reforma de 1995. Diferentemente de Portugal, onde a introdução de alterações mais ou menos pontuais ao Código Penal é uma constante,²⁸ em Macau a dinâmica da produção legislativa é assaz diversa. Têm sido relativamente poucas as alterações introduzidas

²⁵ John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, 4ª ed., Stanford CA: Stanford University Press, 2018, 57.

²⁶ Michael Bohlander, *Principles of German criminal law* (n. 21), 8 s (referindo que os comentários dos códigos «do not just digest the development of literature and jurisprudence, but they also analyze them and criticize the arguments put forward by writers and judges and if they happen to disagree with them, set out their own view of how things should be done»).

²⁷ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid: Civitas, 1997 (trad. da 2.ª ed. alemã, de 1994), 207 ss.

²⁸ «O furor legislativo não tem barreiras»; assim conclui, após um levantamento de múltiplas alterações ao Código Penal, José de Faria Costa, *Direito Penal* (n. 19), 179.

ao Código Penal de Macau, o que explica em parte as conclusões a que chegaremos, e significa que a divergência entre os dois sistemas se vai lentamente acentuando.

I. Corrupção de funcionários

6. Evolução legislativa

A base jurídica dos crimes de corrupção foi, durante um século, constituída pelos artigos 318.º a 323.º do Código Penal de 1886. Em 1987, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou uma ampla reforma, o que implicou retirar a matéria do Código Penal. No curto preâmbulo da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção), pode-se ler:

A corrupção é ainda hoje punida em Macau pelas disposições constantes do Código Penal de 1886, não sendo, por isso, de estranhar que as respectivas normas incriminadoras se revelem menos precisas na descrição dos tipos legais e inadequadas à repressão de delitos que minam e desacreditam a Administração do Território e prejudicam os cidadãos em geral.

A Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, claramente inspirada no Código Penal português de 1982, com várias modificações ou adaptações, operou uma profunda transformação.²⁹ Podemos afirmar que criou um enquadramento moderno e amplo na área dos crimes de corrupção: manteve a distinção entre corrupção activa e passiva; criminalizou o tráfico de influência, a participação económica em negócio, o recebimento indevido de vantagens e a infidelidade; e introduziu um regime não penal sobre «sinais exteriores de riqueza injustificada» («enriquecimento ilícito»), com consequências disciplinares.³⁰ Esta lei acabou por não vigorar durante muitos anos, já que foi revogada em 1995 com a entrada em vigor do Código Penal de Macau.

O Código Penal inseriu os crimes de corrupção de funcionários no Capítulo V da Parte Especial («Crimes cometidos no exercício de funções públicas»), sub-

²⁹ A sua aprovação deu-se durante o ano inicial do mandato do Governador Carlos Melancia (g. 1987-1990), e alguns meses depois da aprovação, em Portugal, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos).

³⁰ Sobre esta matéria, cfr. Jorge Godinho, «Do crime de riqueza injustificada», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 24, ano XI, 2007, 17 (disponível na SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1097243>).

dividido entre uma Secção I (que contém apenas o conceito de funcionário) e uma Secção II (que prevê os crimes de corrupção activa e passiva):

CAPÍTULO V

Crimes cometidos no exercício de funções públicas

SECÇÃO I

Disposição preliminar

Artigo 336.º

(Conceito de funcionário)

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

- a) O trabalhador da administração pública ou de outras pessoas coletivas públicas;
- b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos;
- c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar ou colaborar no desempenho de uma atividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional.

2. Ao funcionário são equiparados:

- a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto-Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais;
- b) Os administradores por parte do Território e os delegados do Governo;
- c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo.

SECÇÃO II

Corrupção

Artigo 337.º

(Corrupção passiva para acto ilícito)

1. O funcionário que, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou de omissão contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.
2. Se o facto não for executado, o agente é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
3. A punição não tem lugar se o agente, antes da prática do facto, voluntariamente repudiar o oferecimento ou a promessa que aceitara, ou restituir a vantagem, ou, tratando-se de coisa fungível, o seu valor.

Artigo 338.º

(Corrupção passiva para acto lícito)

1. O funcionário que, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, solicitar ou aceitar, para si ou para terceiro, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial, ou a sua promessa, como contrapartida de ato ou de omissão não contrários aos deveres do cargo, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.
2. É correspondentemente aplicável o disposto no n.º 3 do artigo anterior.

Artigo 339.º

(Corrupção activa)

1. Quem, por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação, der ou prometer a funcionário, ou a terceiro com conhecimento daquele, vantagem patrimonial ou não patrimonial que ao funcionário não seja devida, com o fim indicado no artigo 337.º, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa.
2. Se o fim for o indicado no artigo anterior, o agente é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.
3. É correspondentemente aplicável o disposto na alínea b) do artigo 328.º

O Código Penal de Macau tipifica como corrupção condutas em que um funcionário solicita ou aceita vantagens como contrapartida de acções ou omissões relacionadas com funções públicas; e em que terceiros dão ou prometem vantagens para tal fim. O regime previsto consiste em quatro tipos legais de crime que resultam do cruzamento de dois critérios: a corrupção pode ser passiva ou

activa e, por outro lado, pode ser para acto ilícito ou para acto lícito. As formulações usadas coincidem no essencial com o regime previsto do Código Penal português de 1982, na redacção resultante da reforma de 1995 (art. 373.º ss). O regime português foi posteriormente objecto de várias alterações, diferentemente do de Macau, que permanece inalterado.

7. Conceito de funcionário

Cabe tecer breves considerações sobre o conceito de funcionário para efeitos penais (art. 336.º do CP de Macau), que dá aos crimes de corrupção passiva a natureza de crimes específicos.

Em primeiro lugar, o conceito penal de funcionário é mais amplo do que no direito administrativo: para além dos funcionários públicos *stricto sensu*, abrange também os titulares dos principais cargos da RAEM, ou seja, o Chefe do Executivo,³¹ os Secretários (equivalentes a ministro), e outros altos dirigentes, bem como os deputados à Assembleia Legislativa e os magistrados. O conceito abrange, desta forma, a totalidade dos cargos constitucionais, políticos, administrativos, legislativos e jurisdicionais. Assim, existe apenas um regime jurídico da corrupção na área pública em sentido amplo — o previsto no Código Penal —, diferentemente do que se passa em Portugal.³²

É de notar que o direito penal considera também como funcionário qualquer pessoa que desempenhe funções públicas temporariamente.

Por outro lado, a definição penal de funcionário constante do Código Penal é «local», no sentido em que inclui apenas funcionários de Macau: não abrange funcionários da China continental, nem da RAE de Hong Kong, nem de qualquer outra jurisdição. Os funcionários exteriores podem ser tidos em conta no contexto dos crimes de corrupção activa no comércio externo.³³

Tem sido muito debatida em Macau a questão de saber se o conceito jurídico-penal de funcionário abrange os dirigentes e trabalhadores das seis concessionárias e subconcessionárias da exploração de jogos de fortuna ou azar (em

³¹ De acordo com o Anexo IV da Lei 1/1999, de 20 de Dezembro (lei da reunificação), as referências legais a «Governador» entendem-se como feitas ao «Chefe do Executivo».

³² Cfr. a Lei n.º 34/87, de 16 de Julho (crimes de responsabilidade dos titulares de cargos políticos), aprovada na sequência do n.º 3 do art. 117.º da Constituição portuguesa.

³³ De acordo com a Lei n.º 10/2014, de 31 de Dezembro (corrupção activa no comércio externo), que inclui um conceito de «funcionário público de jurisdição exterior à Região Administrativa Especial de Macau» (cfr. *supra*, n. 2).

casino).³⁴ A questão surge em virtude da linguagem usada na al. c) do n.º 2 do art. 336.º do CP, que menciona os «titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de [...] empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades *em regime de exclusivo*». Esta formulação parece incluir apenas as concessionárias que operam em regime de exclusivo, ou seja: em monopólio, sem concorrência. Sucede que, como se sabe, deixou de se fazer a concessão em regime de exclusivo dos jogos de fortuna ou azar na sequência da Lei n.º 16/2001, que admitiu a possibilidade de adjudicar três concessões. O concurso público lançado no final de 2001, para três concessões, ficou concluído em Fevereiro de 2002; a assinatura de três contratos de concessão ocorreu em Março e Junho de 2002. Foram posteriormente autorizados três contratos de sub-concessão, o que elevou o número total de operadoras para seis — com o que se criou um mercado altamente concorrencial.³⁵

Existem opiniões divergentes sobre esta matéria. A jurisprudência orientou-se no sentido de que os dirigentes e funcionários das sub/concessionárias de jogos de fortuna ou azar são abrangidos pelo conceito de funcionário do Código Penal;³⁶ o CCAC será da mesma opinião.³⁷ Contudo, afigura-se que esta interpretação não tem apoio legal.³⁸ A noção de funcionário, que permanece inalterada desde 1995, faz parte de um Código Penal redigido num tempo em que existia ainda um exclusivo ou monopólio na exploração dos jogos de fortuna ou azar, nessa altura atribuído à Sociedade de Turismo e Diversões de Macau

³⁴ Para uma visão geral do sector do jogo em Macau, cfr. Jorge Godinho “Casino gaming in Macau: evolution, regulation and challenges”, in *UNLV Gaming Law Journal*, vol. 5(1), 2014, 1 ss; Jorge Godinho, “Regulação do jogo a dinheiro: jogos de fortuna ou azar, apostas e lotarias”, in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maças (coords.), *Garantia de direitos e regulação. Perspectivas de direito administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2019, 1079 ss. Em geral, Jorge Godinho, *Direito do jogo*, vol. 1, Macau: Fundação Rui Cunha, 2016.

³⁵ Com grande pormenor, Jorge Godinho, *Os casinos de Macau. História do maior mercado de jogos de fortuna ou azar do mundo*, Coimbra: Almedina, 2019, 431 ss.

³⁶ Ac. do Tribunal de Segunda Instância (TSI) de 11 de Fevereiro de 2010 (pr. 687/2009); Ac. do TSI de 6 de Novembro de 2008 (pr. 570/2007); Ac. do TSI de 13 de Outubro de 2005 (pr. 145/2005). O Ac. do Tribunal de Última Instância (TUI) de 22 de Julho de 2016 (pr. 42/2016), ao não problematizar a questão num contexto de peculato (a matéria de facto é de 2013 e 2014) deu implicitamente por adquirido que um *croupier* de um casino é considerado um funcionário. A jurisprudência dos tribunais de Macau pode ser consultada em <http://www.court.gov.mo/pt/>.

³⁷ Asian Development Bank e OCDE, *The criminalization of bribery in Asia and the Pacific. Frameworks and practices in 28 jurisdictions. Thematic review, final report*, Manila: ADB e Paris: OCDE, 2011, 313 («Casino employees were considered public officials prior to the liberalization of the casino industry in 2002. The CCAC takes the view that this continues to be the case post-2002»).

³⁸ No mesmo sentido, Luís Cavaleiro de Ferreira, «O jogo, a fraude e o crime», em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano XXII, n.º 43, 2018, 238 ss.

(STDM), a titular e única concessionária entre 1962 e 2002.³⁹ Entretanto, esta situação de direito administrativo alterou-se: o regime de exclusivo desapareceu no âmbito dos jogos de fortuna ou azar. Serve de contraprova o facto de que a expressão legal «em regime de exclusivo» continua a ser usada hoje nas concessões em monopólio que subsistem; por exemplo, na exploração de lotarias instantâneas.⁴⁰ Durante mais de 150 anos, nunca se colocaram dúvidas a este propósito.⁴¹ A expressão «em regime de exclusivo» significa «monopólio».⁴² Não tem por isso fundamento querer agora, depois de 2001, atribuir às expressões «regime de exclusivo» e «regime de monopólio» sentidos diferentes.⁴³ Esta reinterpretação do conceito «regime de exclusivo» como abrangendo as actividades económicas que não são de acesso livre, mas em que há concorrência (e, dir-se-ia mesmo, no sector em apreço, uma concorrência muito aguerri-da) configura um agravamento da punibilidade *in malam partem* que manifestamente está para além da letra, da história e do sentido político-criminal do conceito legal de funcionário. O que não é consentido aos tribunais, em virtude do princípio da legalidade plasmado no art. 29.º da Lei Básica.

8. Corrupção activa e passiva

O art.º 15 da CNUCC determina a criminalização da corrupção de funcionários:

³⁹ Cfr. Jorge Godinho, *Os casinos de Macau. História do maior mercado de jogos de fortuna ou azar do mundo* (n. 35), 315 ss.

⁴⁰ Lei n.º 12/87/M, de 17 de Agosto, onde se pode ler que «A exploração pode ser concedida em regime de exclusivo»; art. 3.º, n.º 2. A expressão «em regime de exclusivo» só é usada nos contratos de concessão que o são; não surge nos contratos de exploração de jogos de fortuna ou azar celebrados em 2002.

⁴¹ Até 2001, as concessões de exploração de jogos de fortuna ou azar foram sempre atribuídas em monopólio ou «regime de exclusivo», salvo dois curtos períodos – de 1877 a 1880 (Portaria n.º 77, de 11 de Agosto de 1877) e de 1935 a 1937 (Decreto n.º 25.128, de 21 de Março de 1935) — em que, em virtude de conluios e dificuldades conjunturais, se abriu o sector à concorrência, em «regime de licença». Cfr. Jorge Godinho, *Os casinos de Macau* (n. 35), 18, 56, 70 ss, 161 ss.

⁴² Assim, o voto de vencido de Tam Io Wa no Ac. do Tribunal de Segunda Instância (TSI) de 11 de Fevereiro de 2010 (pr. 687/2009): «Exploração de actividades em regime de exclusivo deve ser entendida como só a uma sociedade podia ser atribuída a concessão».

⁴³ Como faz por exemplo o Ac. do TSI de 6 de Novembro de 2008 (pr. 570/2007), onde se escreve que «(...) não obstante o facto de à data dos factos acusados e dados por integralmente provados em primeira instância, a entidade patronal da arguida, ou seja, a Sociedade de Jogos de Macau, S.A., não ser a única concessionária do exclusivo da exploração de jogos de fortuna e azar em Macau, essa sociedade comercial estava (e ainda está) [...] a explorar tal actividade em regime de exclusivo, a par de outras poucas concessionárias congéneres. Aliás, a parte final da alínea c) do n.º 2 do art. 336.º do CP, também definidora do conceito de funcionário, fala do “regime de exclusivo”, e não do “regime de monopólio”».

Artigo 15.º

Corrupção de agentes públicos nacionais

Cada Estado Parte deverá adoptar as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para classificar como infracções penais, quando praticadas intencionalmente:

- a) A promessa, a oferta ou a entrega, directa ou indirecta, de vantagens indevidas feita a um agente público, para ele ou para outra pessoa ou entidade, a fim de que tal agente pratique ou se abstenha de praticar um acto no exercício das suas funções;
- b) O pedido ou o recebimento, directo ou indirecto, por parte de um agente público de vantagens indevidas, para ele ou para outra pessoa ou entidade, a fim de que tal agente pratique ou se abstenha de praticar um acto no exercício das suas funções.

Esta disposição estabelece uma das obrigações básicas de criminalização nos termos desta Convenção.

A conceptualização dos crimes de corrupção faz-se na base de uma separação formal das partes envolvidas, com tipificações separadas da corrupção activa e da corrupção passiva, consideradas como crimes autónomos ou independentes, logo não necessariamente interligados.⁴⁴

A corrupção activa é a praticada por quem oferece, promete ou paga um suborno a um funcionário — o agente privado que pretende algo de uma entidade pública. A corrupção passiva é a praticada por quem recebe, aceita ou solicita um suborno — o funcionário. Esta terminologia (activa/passiva) não será a melhor, já que pressupõe ou indica qual das partes toma a iniciativa, o que pode não ocorrer na prática;⁴⁵ porém, é amplamente usada.

A separação formal operada entre a corrupção passiva e a corrupção activa significa que uma pode existir sem a outra. Quando existe corrupção passiva poderá ocorrer também corrupção activa; porém, esta é uma mera observação criminológica, não um requisito legal. É possível uma condenação por corrupção activa desacompanhada de uma condenação por corrupção passiva, e a

⁴⁴ Cfr. A. M. Almeida Costa, «Sobre o crime de corrupção», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1984 (mas 1987), 55 ss (83 ss); A. M. Almeida Costa, *Anotação ao Artigo 372.º*, in Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 654 ss.

⁴⁵ Neil Boister, *An introduction to transnational criminal law* (n. 10), 148 (referindo que «those in authority may not only passively take bribes but actively solicit bribes»).

inversa é também verdadeira, desde logo onde uma das partes resista às propostas ilícitas da outra.

O Código Penal opera igualmente uma diferenciação entre corrupção para um acto lícito e corrupção para um acto ilícito. A pena prevista para a corrupção para acto lícito é menos severa. A distinção entre ambas depende da violação de um dever específico por parte do funcionário.

Desta forma, o Código Penal de Macau de 1995 prevê os seguintes crimes de corrupção:

- a) Corrupção passiva para acto ilícito (art. 337.º): pena de prisão de 1 a 8 anos;
- b) Corrupção passiva para acto lícito (art. 338.º): pena de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias;
- c) Corrupção activa para acto ilícito (art. 339.º, n.º 1): pena de prisão até 3 anos ou de multa;
- d) Corrupção activa para acto lícito (art. 339, n.º 2): pena de prisão até 6 meses ou de multa até 60 dias.

Estas disposições foram amplamente testadas nos processos relativos ao ex-Secretário para os Transportes e Obras Públicas, Eng. Ao Man Long (que exerceu o cargo de 20 de Dezembro de 1999 até Dezembro de 2006, altura em que foi detido), onde foram julgadas numerosas situações de corrupção, no que constituiu um escândalo de vastas proporções e amplíssima repercussão mediática.⁴⁶ Perante a grande complexidade da matéria de facto o Tribunal de Última Instância viu-se na necessidade de estabelecer uma tipologia básica ou *modus operandi* das situações de corrupção que encontrou de modo a sistema-

⁴⁶ Não cabe nos apertados limites deste escrito a documentação dos vários processos em que se desenvolveram as diferentes vertentes deste vasto conjunto de situações de corrupção e branqueamento de capitais. Com efeito, o ex-Secretário foi julgado e condenado no Tribunal de Última Instância várias vezes (por diferente matéria de facto, naturalmente), em instância única, atentas as regras de organização judiciária e o seu estatuto constitucional. Por outro lado, foram instaurados processos separados contra alguns dos seus familiares e contra diversos empresários. Houve ainda lugar a acções em Hong Kong e no Reino Unido com vista à recuperação de activos. O caso Ao Man Long, apesar da sua enorme repercussão mediática, não deu origem a numerosas análises académicas, que permaneçam algo raras. Cfr. uma leitura sobretudo política em Sonny Shiu-hing Lo, «Comparative grand corruption and protection pacts among elites: the cases of Ao Man Long in Macao and Hui Si-Yan in Hong Kong», in *Asian Journal of Political Science*, vol. 25(2), 2017, 234 ss. Sobre a recuperação de activos e com outras informações sobre a factualidade em causa, cfr. os elementos coligidos na base de dados *Stolen Assets Recovery Initiative*, organizada sob a égide do Banco Mundial e da ONU (disponível em <https://star.worldbank.org/corruption-cases/node/18462>).

tizar a sua decisão, no que foi a todos os títulos um *landmark case* neste domínio:⁴⁷

- a) «Em todos os casos em que, tendo havido concurso público para execução de empreitada de obras públicas, o arguido determinou que os seus subordinados viciassem a escolha livre e técnica e lhe propusessem a empresa que o arguido queria que ganhasse o concurso (...), o acto administrativo do arguido — em que propôs a adjudicação às empresas a quem solicitou ou aceitou vantagem económica — é completamente ilegal, porque violador de vários princípios e normas que regem os mencionados concursos. Tais actos do Secretário foram contrários aos deveres do cargo, pelo que se trata do crime de corrupção passiva para acto ilícito». (...)
- b) «Temos, depois, aqueles casos, de actos discricionários em que se provou que o arguido tomou a decisão de adjudicação para obter o benefício pecuniário, pelo que o acto também é ilícito, porque movido por um fim particular, tendo praticado o crime de corrupção passiva para acto ilícito. Trata-se de situações de adjudicação directa de obras ou serviços a empresas, que é legal, se a escolha se pautar por critérios de interesse público, o que não aconteceu, em que o arguido estava, pelo menos, mais preocupado com os seus interesses pessoais».
- c) «Num terceiro grupo de casos, de adjudicação directa de obras ou serviços, em que o arguido praticou actos ilegais determinantes na escolha das empresas, instruindo verbalmente os Serviços a proporem a escolha de determinada empresa. O órgão responsável pela escolha da empresa a quem adjudica directamente uma obra ou serviço tem todo o direito de o fazer, mesmo que discordando dos pareceres ou propostas dos serviços, assumindo por escrito fundamentado a sua discordância. Mas não era isto que o arguido fazia. Certamente sabendo que podia não ter argumentos que fundamentassem a escolha de empresa diversa da que propunham os Serviços, não assumia por escrito a sua decisão, antes a transmitia verbalmente aos Serviços, para que estes propusessem aquela que o arguido pretendia. O acto é ilegal porque viola as regras que regem a escolha independente do ponto de vista técnico dos júris ou órgãos a quem cabe a apreciação técnica das propostas. Também aqui estamos perante crime de corrupção passiva para acto ilícito».

⁴⁷ Ac. TUI de 30 de Janeiro de 2008 (pr. 36/2007) (primeiro processo Ao Man Long, decisão final em primeira, única e por isso última instância), ponto 2.1.9 (para melhor visualização introduzimos alíneas).

- d) Outras situações de corrupção para acto ilícito foram documentadas; por exemplo, a autorização da construção de um edifício de altura superior ao legalmente permitido.
- e) Por fim, o Tribunal considerou que «(...) quando o suborno em nada influiu na conduta do funcionário, ou seja, não interferiu no uso dos seus poderes discricionários, existirá corrupção imprópria ou para acto lícito».

9. Pagamentos a terceiros

Na análise dos crimes de corrupção, cabe salientar que o pagamento e o recebimento do suborno pode incluir terceiros. A lei é clara neste sentido: «O funcionário que, *por si ou por interposta pessoa com o seu consentimento ou ratificação*, solicitar ou aceitar, *para si ou para terceiro*, sem que lhe seja devida, vantagem patrimonial ou não patrimonial (...)».⁴⁸

Cabe mencionar dois aspectos. Em primeiro lugar, o pagamento pode ser executado «por interposta pessoa» com o consentimento ou ratificação do funcionário.⁴⁹ Quando um pagamento é efectuado desta forma, deve-se apurar a responsabilidade do funcionário independentemente de o terceiro ter conhecimento da natureza ou da finalidade do pagamento.⁵⁰ É muito frequente, na prática, que logo aqui sejam suscitadas questões sobre se ocorre igualmente o crime de branqueamento de capitais, em concurso efectivo — matéria que não cabe aqui desenvolver, mas a que os tribunais de Macau deram resposta positiva.⁵¹

⁴⁸ Estes pontos são destacados, com aprovação implícita, num relatório internacional: Banco Asiático de Desenvolvimento e OCDE, *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific* (n. 37), 316: «*Macao, China's bribery offences in the Penal Code already meet many requirements found in international standards, e.g. express coverage of bribery through intermediaries and bribes provided to third party beneficiaries, and a broad definition of public officials*».

⁴⁹ Nas palavras do guia semi-oficial da CNUCC: «*[t]he solicitation or acceptance must be by the public official or through an intermediary, that is, directly or indirectly*»; cfr. United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, 2.^a ed., Nova Iorque: ONU, 2012, 66 (ponto 201).

⁵⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, 982.

⁵¹ Sobre esta questão, cfr. Paulo de Sousa Mendes, Sónia Reis e António Miranda, «A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008(2), 795 ss.

Em segundo lugar, o beneficiário da vantagem pode ser outra pessoa que não o funcionário («para si ou para terceiro»), ou seja, o suborno pode ser uma vantagem directa para o funcionário, para outro indivíduo ou para qualquer entidade pública ou privada, como por exemplo, um familiar, um partido político, uma empresa, um sindicato, uma associação, um projecto de investigação ou uma qualquer outra entidade.⁵²

10. Responsabilidade das pessoas colectivas

A CNUCC dispõe o seguinte sobre a responsabilidade das pessoas colectivas:

Artigo 26.º

Responsabilidade das pessoas colectivas

- 1 - Cada Estado Parte deverá adoptar, em conformidade com o seu sistema jurídico, as medidas que se revelem necessárias para responsabilizar as pessoas colectivas que participem nas infracções enunciadas na presente Convenção.
- 2 - Em conformidade com o ordenamento jurídico do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas colectivas poderá ser penal, civil ou administrativa.
- 3 - A responsabilidade das pessoas colectivas não obstará à responsabilidade penal das pessoas singulares que tenham praticado as infracções.
- 4 - Cada Estado Parte deverá assegurar que as pessoas colectivas consideradas responsáveis em conformidade com o presente artigo sejam objecto de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas, de natureza penal ou outra, incluindo sanções pecuniárias.

O n.º 2 desta disposição abre diferentes possibilidades; não impõe uma obrigação de instituir a responsabilidade *penal* das pessoas colectivas.⁵³ A convenção não pretende forçar a aprovação de medidas que poderiam ser incompatíveis com as concepções jurídicas de cada Estado Parte. Se um sistema jurídico não reconhece o conceito de responsabilidade penal de pessoas colectivas, a CNUCC não obriga à introdução do que poderia ser visto como um conceito «estranho».

⁵² Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...* (n. 50), 981; United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption* (n. 49), 65 (ponto 197).

⁵³ United Nations Office on Drugs and Crime, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption* (n. 49), 92.

Contudo, existe uma obrigação: se a responsabilidade penal não for uma opção, deve ser possível instituir multas administrativas, por exemplo. É ainda prevista a responsabilidade civil. Uma destas três opções deverá ser adoptada.

O estado actual na RAEM da responsabilidade penal das pessoas colectivas é ainda algo embrionário. Por um lado, Macau não a estabeleceu de modo amplo no Código Penal: os crimes previstos no Código Penal aplicam-se apenas a pessoas singulares. Por outro lado, a responsabilidade penal das pessoas colectivas surge em algumas leis extravagantes: Macau já não é uma jurisdição onde ainda se entenda que *societas delinquere non potest*.⁵⁴ Encontra-se prevista na corrupção activa no comércio externo⁵⁵ e na corrupção eleitoral,⁵⁶ bem como no branqueamento de capitais⁵⁷ — insista-se, fora do Código Penal. Assim, os crimes de corrupção activa e passiva de funcionários só podem ser aplicados a pessoas singulares.

Tanto quanto se saiba, esta situação não está em vias de ser alterada. Parece haver aqui um traço jurídico-cultural que consiste numa certa rigidez legislativa. A introdução de qualquer tipo de reforma num código, designadamente no Código Penal de 1995, é vista como uma tarefa extremamente delicada, mais do que a aprovação de leis em geral. Este aspecto representa outro pólo de diferenciação em relação a Portugal.

Assim, o cumprimento do artigo 26.º da CNUCC em Macau apenas poderá ser equacionado pela via da responsabilidade civil (art. 477.º ss do Código Civil).

II. Crimes conexos

11. Recebimento indevido de vantagem

Passamos agora a um breve olhar sobre alguns crimes que gravitam na órbita da questão da corrupção, começando pelo recebimento indevido de vantagem. Podemos dizer que este crime faz parte de um movimento de expansão do direito penal da corrupção, em que surgiram novos crimes relativos a deveres ampliados de imparcialidade e isenção dos funcionários, designadamente como

⁵⁴ Cfr. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, Tomo I, *Questões fundamentais. A doutrina geral do crime* (n. 29), 343 ss.

⁵⁵ Art. 5.º da Lei n.º 10/2014, de 31 de Dezembro.

⁵⁶ Art. 143.º-B da Lei n.º 3/2001, de 5 de Março (aditado pela Lei n.º 9/2016, de 28 de Dezembro).

⁵⁷ Art.º 5 da Lei n.º 2/2006, de 3 de Abril.

forma de lidar com circunstâncias menos óbvias ou mais subtis de corrupção em sentido amplo.

Este crime existiu na vigência do Código de 1852/86, mas desapareceu com o Código de 1982. Foi reintroduzido em Portugal em 2001 e revisto em 2010.⁵⁸ Após alguns anos de uma vigência que se poderia dizer anónima este crime conheceu repentinamente um enorme impacto mediático a partir de 2016 em virtude do caso, amplamente ventilado na imprensa na altura, da alegada oferta por uma grande empresa petrolífera de bilhetes e viagens para jogos do campeonato europeu de futebol desse ano, em França, a alguns governantes.⁵⁹

A sua trajectória no ordenamento jurídico de Macau é assaz peculiar. Com efeito, neste caso o sistema jurídico de Macau andou mais depressa — mas depois recuou. A Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, introduziu no seu artigo 6.º este crime, sob a epígrafe «solicitação, aceitação e oferta de benefícios». A pena era de prisão até três anos e multa até 150 dias. Porém, com a entrada em vigor do Código Penal em 1995 e a revogação daquela lei, deixou de existir. Não encontramos na documentação disponível uma fundamentação para o facto.

Com este crime pretende-se pura proibir pagamentos indevidos a funcionários, de algo que «não lhe seria dado não fora a sua condição de funcionário».⁶⁰ Pretende-se eliminar quaisquer pagamentos («prendas», «ofertas», «lembranças», «cabazes» ou afins) que possam servir para criar um «ambiente amigável» ou um «ambiente de negócios favorável». Entende-se que quando um funcionário solicita, aceita ou recebe vantagens, a sua independência e imparcialidade ficam imediatamente comprometidas.

O bem jurídico em causa nos crimes de recebimento indevido de vantagem e de corrupção é, na verdade, o mesmo.⁶¹ Assim, aquele funciona como uma tutela antecipada: não é necessário estabelecer uma conexão entre o recebimento de vantagens e uma certa acção ou omissão do funcionário. A aceitação ou solici-

⁵⁸ Art. 372.º do Código Penal português. Cfr. Cláudia Cruz Santos, «A corrupção de agentes públicos em Portugal: reflexões a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência», in Cláudia Cruz Santos, Claudio Bidino e Débora Thaís de Melo, *A corrupção. Reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 99 ss; Cláudia Cruz Santos, *A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto*, Coimbra: Almedina, 2018, 25 ss; Paulo de Sousa Mendes, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis*, Coimbra: Almedina, 2020.

⁵⁹ Ministério Público. Gabinete de Imprensa, *Viagens ao Euro 2016* (nota de imprensa), 10 de Julho de 2017.

⁶⁰ Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código Penal...* (n. 50), 979.

⁶¹ Assim, Paulo de Sousa Mendes, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis* (n. 58), 49.

tação de pagamentos relacionados com o cargo por parte de funcionários é considerada crime por si só. Na prática, este crime pode servir para contornar a habitual dificuldade em provar uma ligação entre a vantagem que o funcionário recebeu e a conduta que este poderá adoptar ou ter adoptado em troca. Um outro aspecto é a dimensão temporal: pode dar-se um longo lapso de tempo entre a concretização das duas vertentes do sinalagma, o que torna a prova de um crime de corrupção mais difícil ou mesmo impossível.

Surge a este propósito a questão da admissibilidade de algumas excepções, em nome da adequação social. Em Macau sempre existiu uma forte tradição e apetência cultural para oferendas e donativos. Procurando uma delimitação precisa, a lei de 1987 admitiu «as refeições decorrentes de relações sociais, as ofertas efectuadas por parentes ou afins do funcionário, as prendas de valor não superior a MOP\$500 [cerca de 50 euros ao câmbio actual] dadas por ocasião do Natal ou do Ano Novo Lunar ou em virtude de aniversário ou casamento do funcionário e seus familiares ou de festas de nascimento ou baptismo dos seus descendentes e, ainda, as ofertas que a lei considerar justificadas pelos usos sociais» (n.º 4 do art. 6.º da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro). Em Portugal, o n.º 3 do art. 372.º do CP excepciona as «condutas socialmente adequadas e conformes aos usos e costumes».⁶²

Por fim, cabe referir que em data relativamente recente foram proferidas declarações no sentido de que este crime poderá regressar⁶³. Será uma decisão da RAEM, já que a CNUCC não contém qualquer referência — impositiva ou mera sugestão — a este crime.

⁶² Esta disposição foi considerada «quase tautológica» por José Damião da Cunha, *A reforma legislativa em matéria de corrupção*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, 94. Cfr. Paulo de Sousa Mendes, *Patrocínios, escândalos e factos puníveis* (n. 58), 61 ss.

⁶³ Ao assumir o cargo em 20 de Dezembro de 2019, o novo Secretário para a Justiça, André Cheong Weng Chon, declarou em entrevista a intenção de criminalizar o recebimento indevido de vantagens. Cfr. «Secretário defende estudo de novo crime para punir corrupção», 20 de Dezembro de 2019 (disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/mundo/secretario-defende-estudo-de-novo-crime-para-punir-corrupcao_n1193317). Tem interesse acrescentar que, como referido, o actual Secretário para a Justiça exerceu as funções de Comissário do CCAC entre 2014 e 2019.

12. Tráfico de influência

O tráfico de influência é outro «crime adjacente» à corrupção⁶⁴, visto que o bem jurídico é o mesmo no tráfico de influência e nos crimes de corrupção: a autonomia intencional do Estado.⁶⁵

A CNUCC sugere a sua introdução:

Artigo 18.º

Tráfico de influência

Cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracções penais, quando praticadas intencionalmente:

- a) A entrega, directa ou indirecta, de vantagens indevidas feita a um agente público ou a qualquer outra pessoa, para que tal agente ou pessoa abuse da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma administração ou autoridade pública do Estado Parte vantagens indevidas em proveito do instigador da prática do acto ou de qualquer outra pessoa;
- b) O pedido ou o recebimento, directo ou indirecto, por parte de um agente público ou de qualquer outra pessoa, de vantagens indevidas, para si ou para outra pessoa, para que tal agente ou pessoa abuse da sua influência, real ou suposta, com o fim de obter de uma administração ou autoridade pública do Estado Parte vantagens indevidas.

Dado que se trata de matéria algo polémica e sujeita a várias interpretações em diversos sistemas jurídicos, a CNUCC não criou uma obrigação de criminalização.

⁶⁴ Embora em Portugal seja sistematizado em capítulo diverso: o art. 335.º do CP (tráfico de influência) é o último da Secção II («Dos crimes contra a realização do Estado de direito») do Capítulo I («Dos crimes contra a segurança do Estado») do Título V («Dos crimes contra o Estado»).

⁶⁵ O relatório explicativo da *Convenção Penal sobre a Corrupção*, do Conselho da Europa, de 1999 (CETS 173, em vigor a partir 1 de Julho de 2002; com 48 partes em Setembro de 2020), afirma-o expressamente: «*the protected legal interests are the same: transparency and impartiality in the decision-making process of public administrations*». No mesmo sentido, Pedro Caeiro, *Comentário ao art. 335.º*, in Jorge de Figueiredo Dias (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo III (n. 44), 277, concluindo que a melhor inserção sistemática do crime de tráfico de influência teria sido conjuntamente com os crimes de corrupção.

Este crime formalmente envolve duas partes: no lado activo, o «comprador de influência»; e, no lado passivo, o «traficante de influência», que desempenha um papel de intermediário junto de um (ou vários) funcionário(s). Desta forma, o crime visa aqueles que mercadejam a sua alegada influência sobre entidades públicas e a sua alegada capacidade de obter resultados favoráveis a terceiros. O traficante vende o seu real ou suposto poder de influência, acesso ou proximidade sobre entidades públicas ou centros de decisões públicas.⁶⁶ Contudo, o traficante pode, na verdade, não ter qualquer influência ou sequer acesso — em tal caso, poder-se-á estar perante uma burla.

Este crime não é recente; tem base no direito romano, onde se criminalizava a «venda de fumo» (*vendita fumo*), e conheceu uma complexa evolução. Foi consagrado nas Ordenações, de onde passou para os Códigos Penais de 1852 e 1886.⁶⁷ Porém, foi eliminado com a aprovação do Código Penal de 1982, e ressuscitado com a reforma do Código Penal Português de 1995, sob influência francesa, em virtude de um acordo político entre vários partidos na Assembleia da República.⁶⁸

Em Macau, o crime de tráfico de influência passou do Código Penal de 1886 para o art. 4.º da Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção), sob a epígrafe «influência ou crédito suposto». Porém, em 1995, o novo Código Penal de Macau não o incluiu e revogou a lei de 1987. Assim, este crime foi descartado: Macau não criminaliza hoje o tráfico de influência. O CCAC terá feito uma proposta para reintroduzir o tráfico de influência em 2013, que não teve sequência.⁶⁹

Esta evolução complexa tem paralelos e resulta de uma ampla hesitação, visível na doutrina, no direito comparado e nos instrumentos internacionais. Os trabalhos preparatórios do Código Penal de Macau 1995 disponíveis não clarifi-

⁶⁶ O relatório explicativo da *Convenção Penal sobre a Corrupção*, do Conselho da Europa, afirma: «*Criminalising trading in influence seeks to reach the close circle of the official or the political party to which he belongs and to tackle the corrupt behaviour of those persons who are in the neighbourhood of power and try to obtain advantages from their situation, contributing to the atmosphere of corruption. It permits Contracting Parties to tackle the so-called “background corruption”, which undermines the trust placed by citizens on the fairness of public administration.*» (ponto 64).

⁶⁷ Art. 452.º do CP de 1852; art. 452.º, n.º 2, CP de 1886.

⁶⁸ Art. 335.º do Código Penal (reforma de 1995), com alterações subsequentes em 1998, 2001 e 2015.

⁶⁹ Cfr. Sónia Nunes, «Tráfico de influências vai ser crime», in *Ponto Final*, 23 de Outubro de 2013; Sónia Nunes, «Tráfico de influências: o crime “impossível” em Macau», in *Ponto Final*, 16 de Fevereiro de 2016.

cam a razão da sua não inclusão:⁷⁰ poder-se-á eventualmente tratar de mais um caso de influência indirecta do direito alemão, visto que o StGB não prevê este crime, ou de opção política do Governo de Macau. Seja como for, as dúvidas em redor da consagração e dos exactos contornos deste crime são relativamente comuns.

O assunto tem sido debatido no seio do Conselho da Europa, onde foram desenvolvidos esforços para sua adopção — nem sempre coroados de sucesso, já que vários Estados optaram por rejeitar este crime: a Alemanha, a Suécia, a Dinamarca, a Holanda e o Reino Unido formularam reservas ao art. 12.º da *Convenção Penal sobre a Corrupção*, do Conselho da Europa, de 1999.

No âmbito das Nações Unidas, mais de dois terços dos Estados Partes da CNUCC criminalizaram o tráfico de influência. Porém, em muitos Estados o crime só parcialmente corresponde ao artigo 18.º da CNUCC, pelo que «apenas em um terço dos Estados Partes as infracções relevantes parecem satisfazer os requisitos da Convenção».⁷¹

As razões invocadas a este propósito são várias.

⁷⁰ O Governo de Macau emitiu várias orientações ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias com vista à preparação de um projecto de Código Penal, que foi apresentado em 1991. Uma delas consistiu na «eliminação de certos ilícitos penais», mas não são conhecidos os crimes em causa (o único caso que se poderá considerar confirmado respeita aos crimes contra a vida intra-uterina, já que estes passaram a constar de um diploma separado); cfr. a declaração do Secretário para a Justiça, Sebastião Póvoas, no plenário da Assembleia Legislativa, em 26 de Fevereiro de 1991 (na apresentação do projecto de Código Penal), in Assembleia Legislativa, *Código Penal. Versão Portuguesa* (colectânea sobre os grandes códigos), Macau: Assembleia Legislativa, 2003, 57 s (a referência à «eliminação de certos ilícitos penais» consta da p. 57). Em 1995 foi referido de novo que o anteprojecto «obedeceu a algumas opções de política legislativa definidas pelo Executivo de então [1991 ou data anterior], as quais foram transmitidas à Assembleia Legislativa»; por outro lado, a revisão do anteprojecto feita no âmbito do Governo de Macau conduziu designadamente a «alterações de fundo motivadas pelas especificidades locais. Nesta sede é de salientar a colaboração havida com a Comissão Eventual para a Revisão da Legislação referente à Corrupção e aos Procedimentos Administrativos. No decurso dos seus trabalhos fez-se uma útil análise conjunta dos preceitos do Anteprojecto relativos aos crimes cometidos no exercício de funções públicas»; cfr. *Apresentação da proposta de lei relativa ao Código Penal, Assembleia Legislativa*, 15 de Junho de 1995, in Assembleia Legislativa, *Código Penal. Versão Portuguesa* (colectânea sobre os grandes códigos), cit., 60.

⁷¹ Assim, United Nations Office on Drugs and Crime, *State of implementation of the UNCAC. Criminalization, law enforcement and international cooperation*, 2.ª ed., Viena: Nações Unidas, 2017, 42 ss. Um dos casos referidos consiste em o tipo legal de crime apenas abranger o tráfico de influência passivo (a conduta do traficante), e não já a conduta do comprador de influência. Assim foi em Portugal de 1995 até 2001, altura em que o tráfico de influência activo foi criminalizado.

Em primeiro lugar, o crime é tido como de contornos vagos por alguns Estados. Num relatório da ONU afirma-se que «*the concept of trading in influence was considered overly vague and not in keeping with the level of clarity and predictability required in criminal law*».⁷² Com efeito, tudo parece girar em redor da volátil fronteira entre «uso lícito» e «abuso ilícito» de influência, o que pode conferir ao tipo legal de crime um conteúdo impreciso e elástico, não rigorosamente circunscrito e que remete para um juízo ou valoração a ter lugar em sede judicial, colocando em causa a exigência de *lege certa*.

Em segundo lugar, alega-se a dificuldade de distinguir entre tráfico de influência ilícito e *lobbying* lícito.⁷³

Por fim, alega-se que as condutas que, no plano político-criminal, serão merecedoras de pena neste âmbito podem ser ou são abrangidas, ao menos parcialmente — e sem que com isso ocorra uma insuportável lacuna de punibilidade — pelas disposições existentes sobre corrupção, quando conjugadas com as regras da comparticipação previstas na parte geral do Código Penal, pelo que não seria necessário um tipo legal de crime autónomo. Este argumento consta expressamente de um relatório sobre a implementação da CNUCC na RPC, pelo que parece corresponder à posição oficial das autoridades de Macau.⁷⁴

A refutação destes vários argumentos poderá eventualmente ser feita; em todo o caso, as preocupações em torno da imprecisão do tipo legal de crime, da possível criminalização do *lobbying*, e do carácter remoto da conduta em relação ao bem jurídico afiguram-se legítimas. No plano prático, o crime, tal como proposto na CNUCC, requer uma vantagem «indevida», bem como um «abuso» de influência. São elementos do tipo de conteúdo algo problemático, o

⁷² United Nations Office on Drugs and Crime, *State of implementation of the UNCAC* (n. 71), 42.

⁷³ Algumas jurisdições não criminalizam o tráfico de influência devido ao seu potencial impacto sobre o *lobbying* legítimo. Os lobistas, enquanto grupos ou associações que procuram defender os interesses dos seus membros, são de existência pública: as suas actividades não são secretas. Os lobistas tentam influenciar a feitura das leis e as decisões políticas de forma transparente. Evidentemente, os lobistas não devem agir de maneira imprópria: não devem corromper; não devem «abusar» da sua influência.

⁷⁴ Nesse relatório (com capítulos separados sobre a China continental, Hong Kong e Macau), a propósito de Macau afirma-se que «[n]o specific provisions are in place on trading in influence, but offenders may, in some circumstances, be punished as accomplices to active or passive bribery»; cfr. Conference of the States Parties to the United Nations Convention against Corruption, *Review of implementation of the United Nations Convention against Corruption. People's Republic of China (including Hong Kong SAR and Macao SAR)*, doc. CAC/COSP/IRG/I/4/1/Add.49, 17 de Novembro de 2016, ponto 2.1.

que reconduz ao argumento de que será mais seguro utilizar os tipos legais de crime já existentes, conjugados com as regras da parte geral — a posição actual de Macau. Não cabe nos apertados limites deste escrito desenvolver o tema.

13. Participação económica em negócio

Passamos agora a tecer breves considerações sobre o crime de participação económica em negócio, um outro tipo legal de crime que gravita na esfera da corrupção e em que o agente é um funcionário.

Esta matéria tem uma estreita ligação com regras e princípios de direito administrativo que exigem aos funcionários a ausência de conflitos de interesse, em nome de valores como a transparência e a integridade no funcionamento da administração pública, a imparcialidade e a lealdade para com o interesse público.⁷⁵ A actuação em prol do interesse público exige que não existam conflitos de interesse.

A OCDE define um conflito de interesses como «um conflito entre o dever público de um funcionário e os interesses privados do mesmo, no qual o funcionário tem interesses que poderão influenciar o desempenho das suas funções e responsabilidades de forma indevida».⁷⁶

Quando um funcionário está simultaneamente ligado aos dois lados de um acto ou contrato — à administração pública e aos interesses privados em causa — surge o risco de o processo de decisão, ou os recursos do sector público, serem orientados de modo a beneficiar interesses privados. O que, naturalmente, pode afectar a imagem, a integridade e os próprios interesses patrimoniais do sector público.

É este o pano de fundo comum às várias situações tipificadas sob o *nomen iuris* de *participação económica em negócio*. Este tipo legal de crime configura sempre uma possível consequência penal da violação de regras sobre conflitos de interesses. O Código Penal português e o Código Penal de Macau de 1995 dispõem o seguinte:

Artigo 342.º [Macau]
Artigo 377.º [Portugal]
(Participação económica em negócio)

⁷⁵ Cfr. o art.º 65 da Lei Básica e o Código de Procedimento Administrativo de Macau.

⁷⁶ OCDE, *Managing Conflict of Interest in the Public Sector. A toolkit*, Paris: OECD Publications, 2005, 97 (tradução nossa).

1. O funcionário que, com intenção de obter, para si ou para terceiro, participação económica ilícita, lesar em negócio jurídico interesses patrimoniais que, no todo ou em parte, lhe cumpre, em razão da sua função, administrar, fiscalizar, defender ou realizar é punido com pena de prisão até 5 anos.
2. O funcionário que, por qualquer forma, receber, para si ou para terceiro, vantagem patrimonial por efeito de acto jurídico-civil relativo a interesses de que tinha, por força das suas funções, no momento do acto, total ou parcialmente, a disposição, administração ou fiscalização, ainda que sem os lesar, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 60 dias.
3. A pena prevista no número anterior é também aplicável ao funcionário que receber, para si ou para terceiro, por qualquer forma, vantagem patrimonial por efeito de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento que, por força das suas funções, total ou parcialmente, esteja encarregado de ordenar ou fazer, posto que não se verifique prejuízo para a Fazenda Pública ou para os interesses que lhe estão confiados.

Nos três números em que se divide este artigo são tipificadas condutas algo diferentes entre si. A conduta prevista no n.º 1 tem a ver com a obtenção de uma vantagem económica privada em detrimento do interesse público, numa situação de conflito de interesses. O facto de serem lesados vários bens jurídicos — já que existe quer dano quer conflito de interesses — explica a gravidade da pena prevista.

Já no n.º 2 e no n.º 3 — de pena muito inferior — não existe dano para o interesse público, como se refere expressamente. O bem jurídico protegido é aqui, exclusivamente, a imparcialidade e a isenção no desempenho de funções públicas, postas em causa pelo aproveitamento da situação pelo funcionário para obter uma vantagem patrimonial em actos ou contratos em que tem responsabilidades de disposição, administração ou fiscalização (no caso do n.º 2) ou de cobrança, arrecadação, liquidação ou pagamento (no caso do n.º 3).

Desta forma, no n.º 2 como no n.º 3 não se exige um dano: o bem jurídico não é um interesse patrimonial. A conduta do funcionário consiste numa actuação numa situação em que existia um conflito de interesses e em que, de facto, obteve uma vantagem. O essencial reside em não manter uma postura de imparcialidade (que pressupõe a ausência de conflitos de interesse) e lucrar com a situação. Pode, pois, falar-se numa consequência penal da violação das regras sobre conflitos de interesses — sendo certo que nem todos os casos de impedimento

no âmbito do direito administrativo relevem para efeitos penais, dado o recorte particular dos tipos legais de crime.⁷⁷

Este crime é o único dos abordados neste escrito cuja redacção permanece inalterada desde 1995 e é ainda exactamente igual em Macau e em Portugal.

14. «Enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada»

Não cabe aqui abordar em pormenor o polémico crime de «enriquecimento ilícito» ou «riqueza injustificada»; dedicámos já ao tema, em Macau, um escrito desenvolvido, cujas premissas essenciais, segundo cremos, se mantêm válidas.⁷⁸

A CNUCC sugere a introdução deste tipo legal de crime através de uma disposição que reconhece frontalmente a sua natureza problemática.

Artigo 20.º

Enriquecimento ilícito

Sem prejuízo da sua Constituição e dos princípios fundamentais do seu sistema jurídico, cada Estado Parte deverá considerar a adopção de medidas legislativas e de outras que se revelem necessárias para classificar como infracção penal, quando praticado intencionalmente, o enriquecimento ilícito, isto é o aumento significativo do património de um agente público para o qual ele não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo.

No contexto do presente escrito, importa apenas anotar que neste caso os sistemas jurídicos de Macau e de Portugal caminharam em sentidos opostos e estão hoje muito distantes entre si.

Em Macau, o crime está previsto na lei, tem sido aplicado pelos tribunais e passou em 2007 o escrutínio da sua eventual inconstitucionalidade.

A Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro, como já referimos, criou um mecanismo não penal sobre «sinais exteriores de riqueza injustificada», com consequências disciplinares. O funcionário seria punido, conforme os casos, com a pena de demissão ou a da perda da pensão de aposentação, caso tivesse património,

⁷⁷ José António Barreiros, *Participação económica em negócio. Um crime de fronteira*, Lisboa: Labirinto de Letras, 2014, 31 ss.

⁷⁸ Permitimo-nos remeter para Jorge Godinho, «Do crime de riqueza injustificada» (n. 30).

rendimentos ou um nível de vida de origem inexplicada, salvo se demonstrasse a licitude da origem dos bens ou rendimentos em causa.

Com a revogação desta lei em virtude da entrada em vigor do Código Penal, este regime cessou a sua existência. Porém, pouco tempo depois, avançou-se para a criação de um tipo legal de *crime* com a Lei n.º 3/98/M, de 29 de Junho. A matéria passou depois para a actual Lei n.º 11/2003, de 28 de Julho.

Os primeiros casos em que se procedeu à aplicação da norma ocorreram nos processos relativos ao Eng. Ao Man Long. Chamado a pronunciar-se, o Tribunal de Última Instância considerou não existirem quaisquer fundamentos para decidir pela contrariedade deste crime à Lei Básica e a direitos fundamentais nela inscritos.⁷⁹

Pelo contrário, em Portugal a introdução do crime de «enriquecimento ilícito» foi tentada duas vezes, em 2012 e em 2015, mas em ambos os casos o Tribunal Constitucional se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas aprovadas na Assembleia da República.⁸⁰

Com o que o assunto, segundo se afigura, estará definitivamente encerrado nos dois sistemas jurídicos: em Macau no sentido afirmativo; em Portugal no sentido negativo.

Conclusões

O pano de fundo em que a problemática abordada neste escrito se coloca é o de uma expansão relativamente rápida do direito penal sobre corrupção nas últimas décadas, a par de um crescente e justificado interesse da sociedade civil e da comunicação social sobre estas matérias. Os sistemas jurídicos de Macau seguiram, em certos momentos ou aspectos, caminhos comuns, após o que se têm vindo a afastar.

No plano orgânico, a questão da existência de uma entidade especializada na prevenção e no combate à corrupção tem hoje uma resposta diversa em Macau e Portugal. Como vimos,⁸¹ em Macau o ACCIA funcionou desde 1990 a 1999 e o seu sucessor, o CCAC, recebeu consagração constitucional na Lei Básica, o que naturalmente representou uma aprovação pela RPC da sua existência e continui-

⁷⁹ Ac. TUI de 30 de Janeiro de 2008 (pr. 36/2007) (primeiro processo Ao Man Long, decisão final em primeira, única e por isso última instância) (Viriato Lima), ponto 2.6.

⁸⁰ Ac. TC n.º 179/2012 e Ac. TC n.º 377/2015.

⁸¹ Cfr. *supra*, n.º 3.

dade. Já em Portugal, a Alta Autoridade contra a Corrupção criada em 1983 foi extinta pela Lei n.º 26/92, de 31 de Agosto, e cessou as suas funções em 31 de Dezembro de 1992, por iniciativa da mesma; na base da extinção esteve o entendimento de que não seria desejável a existência de uma série de entidades especializadas em diversos domínios, devendo a questão da corrupção ser tratada com os instrumentos comuns. Como foi afirmado em 1992 na Assembleia da República, «(...) chegou o tempo da confiança plena nas instituições democráticas normais. E num Estado de Direito normal cabe aos tribunais, às magistraturas, à polícia e aos cidadãos a luta contra a corrupção».⁸²

No plano normativo, os instrumentos de direito penal transnacional, e, sobretudo, a CNUCC, têm contribuído para o desenvolvimento do direito penal interno nesta área, causando ou proporcionando reformas graduais. Entende-se geralmente que os «clássicos» crimes de corrupção não são já suficientes para a desejável prevenção e, por isso, tem-se assistido à expansão desta área através do surgimento ou consolidação daquilo a que chamámos «crimes conexos», que visam ampliar a tutela da esfera pública contra influências indevidas. A atenção está designadamente em métodos mais subtis de interferência na tomada de decisões públicas.⁸³

A evolução legislativa do direito penal de Macau nesta área é pouco habitual: deu-se um grande avanço em 1987, seguido de um recuo parcial em 1995 com a aprovação do Código Penal de Macau, que eliminou dois dos crimes que tinham sido introduzidos pela Lei n.º 14/87/M, de 7 de Dezembro (regime penal da corrupção): desapareceram do sistema jurídico de Macau, onde só vigoraram

⁸² Palavras do deputado Manuel da Costa Andrade (Presidente do Tribunal Constitucional na data em que escrevemos estas linhas) no debate parlamentar; *Diário da Assembleia da República*, I.ª Série, n.º 91, 18 de Julho de 1992, 2989. No mesmo sentido se pronunciou o deputado António Costa (Primeiro Ministro na data em que escrevemos): «A extinção da Alta Autoridade para a Corrupção não se justifica pelo facto de hoje o fenómeno da corrupção estar menos presente na sociedade portuguesa do que estava no momento em que foi criada. Significa, contudo, que hoje as instituições judiciais e policiais, que têm normalmente, num estado democrático, a competência de investigação e repressão dos fenómenos criminais, deram provas, entretanto, de estarem em condições de assumir exclusivamente essas suas competências»; loc. cit.

⁸³ Cfr. David Beetham, «Moving beyond a narrow definition of corruption», em David Whyte (ed.), *How corrupt is Britain?*, Londres: Pluto Press, 2015, 41 ss, defendendo que se deve mudar a percepção objectiva da corrupção como «abuso de um cargo público para ganho privado», para uma percepção mais ampla e abrangente, como «distorção e subversão da esfera pública ao serviço de interesses privados», o que convoca tópicos como a chamada «captura» das entidades reguladoras pelos operadores da área respectiva (*regulatory capture*), o problema das «portas giratórias» (*revolving doors*) entre o sector público e o sector privado, o acesso preferencial a ministros e funcionários, e os financiamentos privados.

durante oito anos, os crimes de recebimento indevido de vantagem e de tráfico de influência.

Em face da rápida evolução ocorrida na área do direito penal da corrupção desde a entrada em vigor do Código Penal de Macau de 1995, ocorrida há um quarto de século, podemos concluir que o direito de Macau se afastou já bastante do direito português, em vários sentidos: em certos domínios afigura-se «envelhecido», no sentido de carecido de actualização; já noutros, com destaque para o crime de «riqueza injustificada», assumiu uma dureza que Portugal não acompanhou.

Para finalizar, apontaremos algumas reformas legislativas cuja introdução Macau poderia considerar.

Em primeiro lugar, o Código Penal de Macau não prevê a responsabilidade penal das pessoas colectivas. Em face dos dados inquestionáveis do direito internacional e da evolução comparada, esta situação deve ser alterada. A introdução da responsabilidade penal das pessoas colectivas nos crimes previstos no Código Penal, ou em parte deles, seria claramente uma importante reforma, com ressonância evidentemente muito para além das questões da corrupção, e que teria também um efeito benéfico nesta área específica.

Em segundo lugar, o recebimento indevido de vantagens deveria ser (re)criminalizado, visto que se encontra na maioria das leis modernas de combate à corrupção e, em suma, a antecipação de tutela que proporciona tem fundamento sólido.

Já no que diz respeito ao crime de tráfico de influência, vimos que neste caso a questão é mais complexa. Sem prejuízo de estudos mais aprofundados sobre o tema, não se afigura totalmente líquida a necessidade da sua reintrodução em Macau.