

e. publica

public law journal

Incompatibilidades e impedimentos no exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos e prevenção da corrupção

Incompatibilities pursuant to holding political and public and political office and the prevention of corruption

José Augusto Gonçalves Ferreira

Vol. 9 No. 2
outubro 2022
e-publica.scholasticahq.com

ISSN 2183-184x

Com o apoio de:

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

INCOMPATIBILIDADES E IMPEDIMENTOS NO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES POR TITULARES DE CARGOS POLÍTICOS E ALTOS CARGOS PÚBLICOS E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO

INCOMPATIBILITIES PURSUANT TO HOLDING POLITICAL AND PUBLIC AND POLITICAL OFFICE AND THE PREVENTION OF CORRUPTION

JOSÉ AUGUSTO GONÇALVES FERREIRA¹

Universidade do Minho - Escola de Direito

Campus de Gualtar

4710 - 057 Braga

jose.aug.ferreira@gmail.com

Sumário: 1.) Enquadramento; 2.) Do papel (fundamental) do Estado no combate à corrupção; 3.) Do conceito amplo de integridade pública (breves notas); 4.) Do fenómeno da corrupção; 5.) Do regime das incompatibilidades e impedimentos; 5.1.) Nota introdutória; 5.2.) Incompatibilidades; 5.3.) Impedimentos; 5.3.1.) Regime de impedimentos aplicado a situações pretéritas; 5.3.2.) Regime de impedimentos aplicado a situações contemporâneas com o exercício do cargo; 5.3.3.) Regime de impedimentos aplicado a situações futuras; 6.) Conclusão; Bibliografia.

Resumo: O propósito do presente texto é contribuir para uma reflexão sobre o papel do regime das incompatibilidades e impedimentos instituído pela Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, enquanto mecanismo de prevenção da corrupção. Faremos uma análise introdutória e estruturante que se pretende justificativa do regime para, de seguida, nos debruçarmos sobre o mesmo, perscrutando o cumprimento dos princípios e valores apresentados. Refletiremos sobre a eficácia e adequabilidade das soluções encontradas frente ao objetivo de prevenir a corrupção. Nesse sentido, detetaremos as maiores fragilidades e sublinharemos aquelas que preocupam e espantam.

Abstract: The purpose of this article is to contribute to a reflection about the role of the incompatibilities and impediments regime, established by the Portuguese Law n.º 52/2019, of July 31st. We will make an introductory and structuring analysis that intends to justify the regime and then we will look into it, scrutinizing the fulfillment of the principles and values presented. We will reflect on the effectiveness and suitability of the adopted solutions, bearing in mind the objective of preventing corruption. In this sense, we will detect the greatest weaknesses and highlight those that worry and amaze.

Palavras-Chave: corrupção; efeito dissuasor; imparcialidade; impedimentos; incompatibilidades.

Keywords: corruption; deterrent effect; impartiality; impediments; incompatibilities.

1. Licenciado em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Jurista do quadro da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional do Norte. Dirigente, em comissão de serviço, na administração local. Formador na área do direito público e gestão.

1. Enquadramento

A atualidade tem sido marcada por um conjunto de fenómenos suscetíveis de comprometer a tão ansiada paz social. Entre esses, centremo-nos na corrupção, a qual adquire uma preponderante ressonância penalista, na medida em que os ordenamentos jurídicos parecem mais preparados para reagir ao fenómeno do que para o evitar/prevenir. Conforme refere Adán Nieto Martín, a responsabilidade penal (ou sancionadora em geral) constituiu o principal incentivo para a ausência de práticas corruptivas (Martín, 2014: 37). Sucede que os efeitos decorrentes da mera reação podem provocar sérios danos no Estado de Direito Democrático, desde logo pela grave – e muitas vezes irreversível – violação do princípio da confiança. É, pois, fundamental a criação de mecanismos que, a montante, provoquem um efeito dissuasor aos eventuais agentes de corrupção (corruptor e corrompido), e que sejam capazes de criar na sociedade a convicção da sua eficácia relativamente à prevenção do fenómeno. Portanto, conforme veremos, os mecanismos anticorrupção apenas cumprem o seu *ratio juris* se, efetivamente, forem aptos para atingir simultaneamente tais objetivos. Cumpre saber se o regime instituído pela Lei n.º 52/2019², de 31 de julho, atinge tal desiderato³.

Quanto maior for a integridade dos atores políticos e públicos, menores serão os níveis de corrupção e, conseqüentemente, maiores serão os índices de confiança dos cidadãos no Estado e nas suas instituições⁴. Para que tal seja possível é necessário apostar em mecanismos promotores de transparência. Assim, a transparência (transparência da vida pública e transparência dos poderes públicos) deve nortear a atividade legislativa e a difícil tarefa interpretativa, por forma a ser possível criar reais mecanismos anticorrupção e moldá-los à luz dos seus objetivos.

Neste sentido, o regime das incompatibilidades e impedimentos no exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos deve garantir, designadamente, a confiança dos cidadãos (i.) no Estado de Direito Democrático, reforçando a qualidade da democracia, bem como (ii) no salutar funcionamento das instituições democráticas⁵.

2. A referida Lei – até à presente data alterada pelas Lei n.º 69/2020, de 09 de novembro, Lei n.º 58/2021, de 18 de agosto e Lei n.º 4/2022, de 06 de janeiro – regula o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos, suas obrigações declarativas e respetivo regime sancionatório.

3. A respeito da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, que determina os crimes de responsabilidade que titulares de cargos políticos cometam no exercício das suas funções, Conde Monteiro defende que: “*A concessão de que quem exerce funções políticas deve ser possuidor de qualidades acima da média, não apenas em termos de competências específicas, mas igualmente no plano ético-jurídico, dominou a ideia de criar entre nós um diploma legal que estabelecesse particulares sanções para quem cometesse infrações no âmbito destas funções*” (Conde Monteiro, 2021: 387).

4. José Mouraz Lopes fala, ainda, da importância do princípio da responsabilidade como “*uma condição da confiança dos cidadãos nas suas instituições e, naturalmente, naquelas que as representam, decisores políticos e gestores*”, citando Michel Bouvier, *La responsabilité financière publique confrontée à un système budgétaire en transition*, Revue Française des Finances Publiques, n.º 139, 2017, p. 20 (Lopes, 2021: 113).

5. Cfr., a propósito, o parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 25/2019, Diário

A confiança é, pois, verdadeiramente norteador de um Estado de Direito Democrático de pendor moderno e ocidental, na medida em que desempenha um papel essencial no processo de escolha dos atores políticos, num sistema de democracia representativa. Portanto, a forma como os decisores públicos – eleitos ou nomeados para cargos políticos ou cargos públicos – exercem as suas funções, e o reflexo desse exercício nas suas vidas, devem ser do conhecimento dos cidadãos. O serviço público por via do exercício de determinados cargos, implica o sacrifício dos interesses pessoais face aos interesses públicos ou institucionais, recaindo sobre os titulares um especial ónus de transparência, indiciadora de integridade. A integridade, por outro lado, varia em relação inversa com a corrupção. “[a]s práticas de corrupção traduzem situações de ausência de integridade por parte daqueles que, estando investidos do poder associado ao exercício da função pública, da prossecução do interesse geral, desvirtuam essa confiança e esse poder confiado de modo consciente, deliberado e doloso.” (Maia, 2020: 65).

2. Do papel (fundamental) do estado no combate à corrupção

A ausência de transparência em determinadas sociedades e em certas alturas foi determinante para a existência de descontentamento social – o qual, não raras vezes, teve desfechos desfavoráveis para o desenvolvimento social. Nesse sentido, a existência de corrupção pode deteriorar a confiança dos cidadãos nas instituições e provocar “*corrosão sobre as expectativas sociais*”⁶.

A este propósito sublinhamos o papel do Estado na prossecução dos interesses próprios das respetivas populações ou, dito de outra forma, na prossecução do interesse público⁷. O princípio da prossecução do interesse público densifica-se na atuação do Estado, no exercício dos poderes legislativo e executivo, sendo entendido como a forma de satisfação das necessidades coletivas essenciais. A este propósito Marcello Caetano defende que: “[n]os grupos sociais (...) surgem necessidades coletivas, considerando necessidades não apenas as insuficiências de caráter económico mas, em geral, todas as relativas à normalidade e progresso da vida social.” (Caetano, 2016: 2).

da República, 2ª série, nº 181, 20 de setembro de 2019, p. 287-(34), também por nós referido (Ferreira, 2022: 12), segundo o qual: “[d]e facto, o regime instituído radica no dever destes titulares de cargos políticos atuarem com absoluta independência e isenção, não podendo praticar quaisquer atos, para seu benefício ou de terceiros, que possam pôr em crise a confiança do cidadão no Estado de Direito Democrático e no salutar funcionamento das instituições democráticas. Inscreve -se, pois, na esfera da tutela da probidade e da transparência do múnus público que desempenham.”

6. Cfr. António João Maia, o qual defende que a ocorrência de corrupção: “(...) traduz sempre uma corrosão sobre as expectativas sociais relativamente ao que deve ser o sentido da ação do Estado, da governação e da gestão dos bens e dos interesses públicos e da salvaguarda do interesse geral, particularmente sobre o funcionamento das estruturas de Governo e da Administração no seu todo (...)”. (Maia, 2020: 68)

7. Aliás, conforme refere o n.º 1, do artigo 266.º da Constituição: “Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”

O princípio da prossecução do interesse público avoca, não raras vezes, uma dimensão puramente financeira, na medida em que adota uma matriz orientadora do processo legiferante e do procedimento de tomada de decisão, tendo em vista a assunção de despesa pública. Joaquim Freitas da Rocha defende que o interesse público se concretiza por via do processo normativo, devendo ser determinado por uma conceção dialética das relações entre o Estado e a sociedade, impondo-se ao Estado que ausculte os dados fundamentais da existência da sociedade e, nessa medida, os corporize nas normas⁸ (Rocha, 2012: 7).

Conforme refere Mário Esteves de Oliveira, seguindo de perto Rogério Soares, o interesse público deve dividir-se em interesse público primário e interesse público secundário. O primeiro convoca o Estado Legislador para eleger, na lei, determinadas necessidades coletivas “*como as mais compatíveis ou mais convenientes à realização do interesse público*”. O segundo emana que compete à Administração Pública, no âmbito da sua atividade, prosseguir o interesse público (Oliveira, 1980: 288). O interesse público secundário assume-se como norteador da atividade administrativa, estando previsto no artigo 4.º do Código do Procedimento Administrativo, segundo o qual: “*competem aos órgãos da Administração Pública prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.*”⁹.

Por contraposição aos interesses públicos, temos os interesses particulares. A Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, não avança com uma proposta de densificação do conceito de interesses particulares, à semelhança do que sucede com a Lei n.º 3/2015, de 30 de março, do Estado Espanhol, a qual regula o exercício de altos cargos da Administração Pública. No n.º 2 do artigo 11.º definem-se interesses pessoais, considerando-se como tal: os interesses próprios; os interesses dos seus familiares, incluindo do cônjuge, pessoas com quem convive em condições análogas às dos cônjuges (conceito mais amplo do que união de facto), e parente até ao quarto grau da linha colateral ou segundo grau da linha reta; pessoas com quem tenha litígios; pessoas com quem tenha amizade íntima ou inimizade manifesta; pessoas ou entidades com quem tenha estado vinculado numa relação

8. Joaquim Freitas da Rocha, defende que: “[o] *estadualismo moderado aqui assumido pressupõe que o Interesse Público, tendo uma forte componente estadual e devendo ser pré-estabelecido normativamente — exigências de segurança, clareza, determinabilidade, e previsibilidade inerentes a qualquer Estado de Direito —, não pode ser determinado exclusivamente com base numa lógica top-down, unilateral ou autocrática (numa espécie de “Estado rigidificador da sociedade”), mas deve ter subjacente uma conceção dialéctica das relações entre o Estado e a sociedade lato sensu (privados, mercado, instituições, etc.), em que o primeiro ausculta os dados fundamentais da existência desta, e, sendo realmente fundamentais, incorpora-os e juridiciza-os. No seguimento, assumindo um papel disciplinador e corrector e por meio de uma metodologia altamente selectiva, escolhe as despesas públicas realmente necessárias e realiza-as, deixando de parte as actuações que o mercado melhor consegue levar à prática, e as despesas que os privados melhor podem realizar*” (Rocha, 2012: 7).

9. A este respeito, Luiz Cabral de Moncada advoga que: “*os fins de interesse público são a heterodeterminante fundamental da actividade administrativa. Sem a respectiva prossecução a actividade administrativa carecia de qualquer base legal.*” (Moncada, 2015: 78).

laboral ou profissional de qualquer tipo, nos anos anteriores; pessoas ou entidades a quem estejam ligados os familiares supra referidos numa relação laboral ou profissional, desde que implique exercício de funções de administração, assessoria ou direção. Portanto, o interesse público e os interesses particulares ou pessoais devem aferir-se em função da necessidade de satisfação de necessidades coletivas ou de necessidades particulares.

Assim, o Estado assume uma atribuição determinante na definição de políticas de combate à corrupção, devendo valer-se de instrumentos capazes de fazer prevalecer o interesse público em detrimento dos interesses particulares.

Aliás, esta atribuição possui relevância transnacional. No panorama jurídico internacional¹⁰, os Estados de Direito Democráticos assumem a missão de combater a corrupção, uma vez que a corrupção *“mina a cidadania e a confiança dos cidadãos nas instituições, desencadeia prejuízos vultuosos ao nível económico e de justiça social e socava a democracia”* (Rodrigues, 2020: 20-21). Entendemos, dessa forma, que a confiança dos cidadãos no Estado de Direito Democrático (a par das necessidades clássicas, como a defesa), deve assumir-se como verdadeira necessidade coletiva, sendo a sua satisfação fundamental para a prossecução do interesse público, convocando o Estado Legislador para exercer o seu papel fundamental de criar medidas tendentes a reforçar a integridade, através de mecanismos de transparência, no exercício de cargos políticos e públicos. Deve o Estado lançar mão de normas capazes de credibilizar a atuação do próprio Estado através das suas instituições e atores¹¹.

3. Do conceito amplo de integridade pública (breves notas)

O conceito de integridade da vida pública adota um papel primordial, sendo absolutamente estruturante na manutenção de um qualquer regime democrático. A sua ausência gera desconfiança nas pessoas, uma vez que potencia o obscurantismo no exercício de funções, alimentando cenários favoráveis à existência de corrupção. Resta saber o que se entende por integridade.

10. Também a respeito da relevância do tema a nível das instituições internacionais, Cláudia Cruz Santos entende que: “[a] razão principal pela qual as entidades especialmente preocupadas com a boa governação – como o Banco Mundial – dedicam particular atenção à corrupção prende-se com o facto de esta afectar a qualidade da governação. Quando os agentes públicos decidem actuar e/ou conformam a sua actuação pelo recebimento de um suborno, as suas decisões não são objectivamente mais adequadas à prossecução do interesse comum, sendo antes recortadas pelo interesse individual do agente” (Santos, 2018: 11).

11. A propósito, Hans Kelsen ensina que: “[o] Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito possa justificar o Estado – que cria este Direito e se lhe submete. E o Direito só pode justificar o Estado quando é pressuposto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, oposto à sua originária natureza (o poder) e, por isso mesmo, reta ou justa em um qualquer sentido. Assim, o Estado é transformado de um simples facto de poder em Estado de Direito, que se justifica pelo facto de fazer o Direito” (Kelsen, 2019: 313).

Huberts refere que, na literatura sobre ética e integridade, é possível distinguir pelo menos oito perspectivas de integridade, usando as seguintes palavras-chave: integridade e coerência; responsabilidade profissional; reflexão moral; valores como incorruptibilidade, leis e regras; valores morais e normas; e comportamento exemplar (Huberts, 2018: 2). Acrescenta que, de acordo com a doutrina dominante¹², integridade vem do latim *integras* e significa: intacto, inteiro, harmonioso, com integridade ou completude, com consistência e coerência de princípios e valores. Outra visão vê a integridade como responsabilidade profissional, significando o exercício adequado das funções. Existem, ainda, correntes¹³ que relacionam a integridade com valores específicos, e.g., incorruptibilidade, honestidade, imparcialidade, responsabilidade. Há quem relacione a integridade com a moral e quem entenda a integridade como um fator norteador da ação dos funcionários. Contudo, como o próprio autor defende, a visão mais concreta será a evocada pelas leis¹⁴.

Do nosso ponto de vista, a integridade é um princípio ético-jurídico densificado por valores éticos de atuação e por normas jurídicas estruturantes do funcionamento da administração pública. A este respeito João Luís Ferreira defende que o conceito de integridade pública congrega “valores fundamentais como o princípio da legalidade (*rule of law*), a imparcialidade e objetividade, a confiança, fiabilidade (*reliability*) e transparência, o dever de diligência e de cuidado (*duty of care*), a cortesia e urbanidade, e o profissionalismo e responsabilização”. (Ferreira, 2020: 86)

A ética pública desempenha um papel basilar na integridade pública. Dessa forma, como sustenta Anabela Miranda Rodrigues, a estratégia anticorrupção e a busca da integridade passa por enriquecer a ética pública, conforme fez o mundo anglo-saxónico (Rodrigues, 2020: 25-26). Assim, antevendo o sentido da nossa conclusão: “[o] *public compliance* deve contrariar a tendência para confiar apenas na legislação que, de uma forma geral, dispõe sobre incompatibilidades, conflitos de interesses ou transparência, e investir e incrementar os controlos internos” (Rodrigues, 2020: 28). A título de exemplo, em cumprimento de tais princípios e valores, não pode um titular de cargo político ou público aceitar qualquer oferta por causa do exercício do seu cargo, sob pena de violar o dever de integridade e de probidade que devem orientar o exercício das suas funções (Brandão, 2021: 187).

12. Citando Montefiore, A., e Vines, D., *Integrity in the public and private domains*, Londres, Routledge, 1999.

13. Citando Dobel, J. P., *Public integrity*, Baltimore, MD: The John Hopkins University Press, 1999 e, do mesmo autor: *Integrity in the public service*, *Public Administration Review*, 50(3), pp. 354 - 366.

14. «Other views are more characterized by the relationship between integrity and morals; in other words, what is right and wrong, good or bad. The first sees integrity as open reflection on morals (Carter, 1996). Three other viewpoints see integrity more as an umbrella concept, one that combines sets of values that are relevant for the official being judged. Among these is the more legal view that seems attractive because of the clarity of laws and rules on what matters (Lee & Rosenbloom, 2005; Rosenbloom, 2011), following up on Rohr (1989) with the focus on “constitutional or regime values”» (pp. 4-5).» (Huberts, 2018: 2)

Os titulares dos cargos políticos e públicos devem, assim, possuir uma conduta ética para melhor exercer a sua função, respondendo aos interesses da comunidade e criando, nessa comunidade, a convicção de que a sua ação é isenta e desinteressada, sendo a que melhor responde aos interesses coletivos. Portanto, a ética pública não se esgota na adoção de normas meramente regulamentares e na vontade ou voluntariedade de certos líderes políticos, conforme defende Nuno Miguel Cunha Rolo. O cumprimento dos princípios e valores de ressonância ética pode ser alcançado através da criação de normas e de procedimentos (Rolo, 2019: 547).

A este respeito, o regime do exercício de funções por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos deve assumir um papel de relevo, na medida em que prevê mecanismos capazes de revelar a conduta dos titulares em causa, preferencialmente pautada por elevados padrões éticos. O referido regime consagra, conforme já referimos, um regime próprio de incompatibilidades e impedimentos, com reflexos em ações pretéritas e presentes, projetando os seus efeitos no futuro. Não obstante tratar-se de um mecanismo hétero regulador, aparentemente conflituante com a natureza autorreguladora da ética, julga-se que o mesmo serve para trazer a público a natureza das condutas dos titulares, bem como para convidar à reflexão sobre as mesmas. Não sendo objeto deste nosso texto, ainda assim, e por dever de ofício, há que chamar à colação outro mecanismo aprovado pelo regime em causa: o regime das obrigações declarativas. As obrigações declarativas instituídas têm por missão imediata a revelação das condições e oscilações patrimoniais dos titulares. Ora, o efeito criado não se esgota nem se compadece com o mero esbulho da privacidade dos obrigados. A informação revelada é capaz de anunciar se os supraditos valores éticos estão presentes na vida de tais titulares.

O cumprimento dos princípios e valores de ressonância ética também pode ser alcançado pela criação de normas de cariz regulamentar, conforme são os códigos de conduta, cuja aprovação tem proliferado pelas várias entidades da administração pública.

Os mecanismos de hétero regulação anunciados promovem a existência de elevados padrões éticos de atuação pública e, conseqüentemente, o aumento dos índices de integridade. *A contrario*, quando os padrões éticos não ocupam um papel cimeiro na atuação pública, abre-se caminho para a existência de atos corruptivos.

4. Do fenómeno da corrupção

Os fenómenos de corrupção tendem a afetar a atividade governativa e a atividade dos serviços da administração pública¹⁵, razão que terá justificado

15. António João Maia defende que: “a corrupção é um problema que pode ocorrer no contexto da governação do Estado, quer ao nível da ação política dos órgãos do Governo, designadamente dos governantes no âmbito da sua função de definição das denominadas Políticas Públicas, quer ao nível da ação das estruturas de serviços da

a opção do legislador ao criar um regime que contemple a disciplina do exercício de funções (nos seus aspetos essenciais) para os titulares dos cargos políticos e os titulares dos altos cargos públicos.

Acompanhamos José Mouraz Lopes na definição avançada de corrupção, segundo o qual: “[a] corrupção é uma patologia grave e extensa do sistema social, político e económico que afeta diretamente os cidadãos. É, por isso, um problema da sociedade e do modo como é bem ou mal gerida. (...) A análise, o estudo e a definição de políticas contra a corrupção pressupõem o entendimento amplo deste conceito” (Lopes, 2021: 116). Tal patologia, conforme refere o autor, vem adquirindo uma importância crescente na comunidade, situação notada sobretudo a partir do final do século passado.

Conforme defende Flávia Novera Loureiro, a perceção social dos fenómenos corruptivos passou de uma atitude de tolerância ou indiferença para uma atitude de alarme, de recusa e de denúncia (Loureiro, 2017: 344). A autora, chamando a atenção para a existência de um leque muito amplo de definições do conceito de corrupção, refere-se à existência de quatro grandes grupos de definições, a saber: (i) definições económicas ou centradas no mercado; (ii) definições legais ou regulamentares; (iii) definições centradas na opinião pública; e (iv) definições que têm por base o interesse público. Conforme a própria autora refere, quanto a esta última: “podemos falar de uma definição administrativa, centrada no interesse público, usualmente assente em juízos éticos, sobretudo relacionados com a finalidade, a missão das instituições públicas e as funções dos seus funcionários ou agentes”. Quanto às definições centradas na opinião pública, advoga que se trata de uma designação sociológica assente na perceção pública. Tratar-se-á, dessa forma, da perceção tida pela comunidade, adquirida de diversas formas e sujeita a diversas variáveis. (Loureiro, 2017: 347-349)

Discordamos, contudo, desta formulação. De facto, a complexidade da definição do conceito de corrupção encontra a sua razão de ser na transversalidade do fenómeno e nas formas como este se manifesta. Assim, parece-nos que há dois contextos onde este fenómeno está mais presente: (i) o contexto económico (ou de mercado); e (ii) o contexto público (ou estadual). A opinião pública (ou perceção pública) deve ser entendida como um barómetro definidor dos conceitos de corrupção, ditando a intensidade e a oportunidade da reação, enquanto as definições legais ou regulamentares devem funcionar como meros instrumentos (não exclusivos, conforme veremos) de prevenção ou reação perante a corrupção económica (ou de mercado) ou pública (ou estadual).

Nesta formulação simplista, concentremo-nos na corrupção pública (ou estadual), entendida como a que ocorre em contexto político ou administrativo. Anabela Miranda Rodrigues distingue corrupção política e corrupção burocrática (Rodrigues, 2020: 22). Preferimos, contudo, distinguir corrupção política de corrupção administrativa¹⁶, a primeira

Administração Pública, mais concretamente do corpo de dirigente e funcionários dos serviços, na execução das suas funções de concretização junto dos cidadãos das Políticas Públicas definidas pelos órgãos do Governo.” (Maia, 2020: 64-65)

16. Aliás, tal distinção tem por base as funções estaduais conforme defende, entre

significando os atos de corrupção praticados por titulares de cargos políticos e a segunda relativa aos titulares de cargos públicos e demais trabalhadores da administração pública (Mártn, 2014: 28).

Conforme começámos por referir, esta matéria tem uma ressonância penal muito marcada. O Código Penal Português e a legislação avulsa ocupam-se desta tipologia de crimes. A doutrina penalista entende que o surgimento de um tipo legal de crime visa a proteção de um (ou vários) bem jurídico específico. Qual o bem jurídico aqui em voga? Nuno Brandão refere-se a uma posição *“largamente dominante na doutrina alemã, que concebe o interesse protegido pelos crimes de corrupção, como um bem jurídico complexo que agrega a capacidade e eficiência funcionais da máquina estadual e a confiança comunitária na correção e objetividade no exercício de funções públicas”* (Brandão, 2021: 180-181). Resta saber porque é que tendem a surgir fenómenos de corrupção perpetrados pelos ditos titulares. Para João António Maia, a corrupção decorre da existência de conflitos de interesses, provocando a sobreposição dos interesses particulares dos titulares sobre o interesse geral (Maia, 2020: 66). Quanto aos fatores que potenciam fenómenos de corrupção, o mesmo autor entende, a respeito da existência de conflitos de interesses, que a corrupção tende a ocorrer quando existem: *“poderes públicos em regime de monopólio (só um determinado funcionário exerce uma função específica na estrutura dos serviços), associados a elevados índices de discricionariedade e a fracos mecanismos de accountability (de controlo e prestação de contas (...))”* (Maia, 2020: 66)¹⁷.

Ex positis, é fundamental que o Estado lance mão de mecanismos que convoquem os atores públicos e políticos para o cumprimento das suas obrigações de ofício, as quais passam por adotarem uma conduta íntegra em todos os planos da sua vida, quer enquanto ocupam o cargo, quer após esse período, conforme infra veremos. Tais mecanismos devem ser suficientes para prevenir comportamentos ilícitos, mormente, corruptivos. Conforme defende Adán Nieto Martín, a Administração Pública é convidada a desenvolver um conjunto de estratégias internas tendo em vista a prevenção da corrupção. Tal necessidade tem as suas origens no *“Foreign Corrupt Practices Act”* de 1977. O autor sublinha, ainda, que foi neste ano de 1977 que apareceu o conceito de ética pública, nos Estados Unidos da América, através da *“Ethics in Government Act”* (Martín, 2014: 28).

Existem vários mecanismos possíveis que contribuem para a prevenção da corrupção. Tais mecanismos agrupam-se em:

- i. Mecanismos internos anticorruptivos; e
- ii. Mecanismos externos anticorruptivos.

Quanto aos primeiros, trata-se de atos e ações praticados pelos vários organismos e pessoas que integram o Estado, provenientes da autorregulação

outros, Mário Esteves de Oliveira. (Oliveira, 1980: 12)

17. Cfr., também a este respeito, Anabela Miranda Rodrigues, que defende: *“A corrupção pública é geralmente associada a situações específicas, surgindo como uma consequência da interligação entre interesses públicos e privados.”* (Rodrigues, 2020: 22)

pública. Destacam-se os códigos de conduta, os procedimentos internos de controlo, entre outros. Quanto aos segundos, estamos perante mecanismos provenientes da heterorregulação, designadamente mecanismos instituídos por Lei ou Decreto-Lei. O regime das incompatibilidades e impedimentos instituído pela Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, enquadra-se neste segundo grupo.

5. Do regime das incompatibilidades e impedimentos

5.1. Nota introdutória

A análise que doravante levaremos a efeito não tem por objetivo abordar exaustivamente o regime jurídico em destaque. É nosso objetivo promover uma reflexão no sentido de descortinar se a norma instituída é suficiente para se afirmar como um instrumento eficaz no controlo do exercício de funções públicas e, conseqüentemente, na prevenção da corrupção.

Adán Nieto Martín, menciona que atualmente existe uma tendência para utilizar este tipo de regimes (normas de caráter geral). Contudo, o mesmo autor assinala que tais regimes não se têm mostrado suficientes para prevenir a corrupção (Martín, 2014: 25). Cumpre refletir se este regime padece da mesma maleita.

O regime das incompatibilidades e impedimentos aprovado pela Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, não é novo, tendo na sua génese a Lei n.º 64/93, de 26 de agosto – a qual aprovou o regime jurídico de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos – e a Lei n.º 4/83, de 02 de abril, que aprovou o regime de controle público da riqueza dos titulares de cargos políticos. Aliás, a necessidade de disciplinar normativamente tais matérias é imposta pela Constituição, através do seu artigo 117.^o¹⁸.

Concretamente, o regime das incompatibilidades e impedimentos vem previsto nos artigos 6.º e seguintes da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º e o artigo 7.º ocupam-se do regime das incompatibilidades e os artigos 8.º a 10.º tratam do regime dos impedimentos. Começamos por abordar a tradicional diferença entre incompatibilidades e impedimentos. Em jeito de prólogo conceptual, as incompatibilidades referem-se a qualidades abstratas das pessoas que integram o seu âmbito subjetivo, enquanto os impedimentos se referem a concretas posições assumidas

18. Conforme tivemos oportunidade de referir: “O legislador constitucional traça um quadro axiológico jurídico-constitucional norteador do exercício de tais cargos e um princípio geral de organização do poder político e público. Portanto, o legislador constitucional veio impor ao legislador ordinário o estabelecimento de um regime especificamente vocacionado para os titulares de cargos políticos e públicos o qual, apelando ao princípio da legalidade, permita definir um conjunto de dimensões fundamentais ao Estado de Direito Democrático, designadamente: direitos, regalias, imunidades, deveres, responsabilidades e incompatibilidades, bem como a conseqüências do seu incumprimento.” (Ferreira, 2022: 13).

por essas pessoas perante um procedimento. As *“incompatibilidades configuram situações gerais e abstratas, virtuais e potenciais, as quais, uma vez verificadas, são suscetíveis de colocar em crise a imparcialidade e isenção que se exige no exercício de determinada função ou cargo, tendo uma natureza iminentemente cautelar e preventiva, na medida em que têm por finalidade evitar a produção do dano. Dito de outro modo, as incompatibilidades visam evitar o risco sério, ainda que virtual ou meramente potencial, de colisão entre o interesse público e os interesses pessoais dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos.”* (Ferreira, 2022: 47).

Assim, o regime das incompatibilidades tem por principal objetivo evitar a degradação de princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, designadamente o da imparcialidade¹⁹, previsto no n.º 2 do artigo 266.º da Constituição, atuando de forma preventiva, e evitando a ocorrência de determinados danos lesivos desses valores, particularmente a corrupção²⁰. Desta forma, o princípio da imparcialidade adquire, nesta sede, uma importância crucial, possuindo ressonância constitucional no n.º 2, do artigo 266.º da Constituição, nos termos do qual: *“[o]s órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”* Concretizando o preceito constitucional, o CPA refere, no seu artigo 9.º, que: *“[a] Administração Pública deve tratar de forma imparcial aqueles que com ela entrem em relação, designadamente, considerando com objetividade todos e apenas os interesses relevantes no contexto decisório e adotando as soluções organizatórias e procedimentais indispensáveis à preservação da isenção administrativa e à confiança nessa isenção.”*

19. Cfr. António Edmundo Ribeiro: *“os impedimentos são um corolário do princípio constitucional da imparcialidade”*. (RIBEIRO, 2021: 348)

20. Pela sua relevância *vide*, a este respeito, Luiz S. Cabral de Moncada. Código do Procedimento Administrativo – anotado. 1ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2015. p. 278. *Vide*, ainda, o parecer n.º 25/2019 da Procuradoria Geral da República, nos termos do qual: *«Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e João Pacheco de Amorim traçam as fronteiras entre as figuras da incompatibilidade e do impedimento, enfatizando, para tanto, que: “O que está em causa na incompatibilidade é, pois, a garantia da imparcialidade da atuação administrativa como valor (puramente) abstrato: é a própria lei que exclui a possibilidade de acumulação – por suspeitar, em abstrato, dos desvios em favor de outras atividades privadas ou públicas dos fins por que se deve pautar o exercício de certas atividades públicas, independentemente da pessoa que se trate e do interesse que ela tenha ou deixe de ter em qualquer decisão. A incompatibilidade não tem, pois, que ver com casos concretos, com procedimentos determinados. São também garantias de imparcialidade que estão em causa na consagração da figura (e dos casos) de impedimentos; porém, nestes, o que se passa é que o titular do órgão fica proibido de intervir em casos concretos e definidos, o que não se deve a razões abstratas de incompatibilidade entre cargos, mas à pessoa do titular do órgão e ao interesse que ele tem naquela decisão – e exatamente por só respeitar ao caso concreto, o impedimento pode qualificar-se como um incidente do procedimento (à decisão do qual se referem os artigos 45º, nº 4, e 46º, nº 1)”»*.

5.2. Incompatibilidades

Centremo-nos no n.º 2²¹ do artigo 6.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, mediante o qual o legislador estabelece a proibição do titular do cargo político ou alto cargo público acumular as funções exercidas com quaisquer outras funções públicas ou privadas. Através desta norma, o legislador estabelece a regra da exclusividade²² do exercício de funções, disposta em duas outras regras:

- 1.) Impossibilidade de acumulação de funções públicas com outras funções profissionais, remuneradas ou não; e
- 2.) Impossibilidade de integração em corpos sociais de quaisquer pessoas coletivas de fins lucrativos.

Portanto, à semelhança do que sucede no caso dos impedimentos, estamos perante o estabelecimento de regras que preveem importantes limitações à liberdade de ação, tudo em prol da regra da exclusividade. Neste caso, por mais dúvidas que se possam levantar quanto à eventual limitação de direitos fundamentais, como a liberdade de exercício de profissão, entendemos que a relevância das funções em causa legitima a imposição de tais restrições, atento o caráter público e a ressonância estadual do exercício das mesmas. Presume-se que se o titular se dedicar em exclusivo às funções para as quais foi eleito, nomeado ou designado, executará as mesmas de forma mais desinteressada. Por outro lado, a exclusividade reduz a verificação de cenários convidativos a práticas promíscuas. Caso tal regra não existisse, seria possível que um governante fosse simultaneamente membro da direção de uma empresa. Para além da confusão de papéis, podia existir a tendência para favorecer a ação dessa empresa em detrimento das concorrentes ou para desfavorecer as concorrentes em favor dessa

21. Nos termos do qual: “2 - O exercício de funções em regime de exclusividade é incompatível com quaisquer outras funções profissionais remuneradas ou não, bem como com a integração em corpos sociais de quaisquer pessoas coletivas de fins lucrativos com exceção: a) Das funções ou atividades derivadas do cargo e as que são exercidas por inerência; b) Da integração em órgãos ou conselhos consultivos ou fiscalizadores de entidades públicas; c) Das atividades de docência e de investigação no ensino superior, nos termos previstos nos estatutos de cada cargo, bem como nos estatutos das carreiras docentes do ensino superior; d) Da atividade de criação artística e literária, bem como quaisquer outras de que resulte a percepção de remunerações provenientes de direitos de autor ou conexos ou propriedade intelectual; e) Da realização de conferências, palestras, ações de formação de curta duração e outras atividades de natureza idêntica; f) Dos casos em que a lei expressamente admita a compatibilidade de exercício de funções.”

22. A este respeito, pela sua pertinência, veja-se o artigo 13.º da “Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado” (Espanha), nos termos do qual: “Los altos cargos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y no podrán compatibilizar su actividad con el desempeño, por sí, o mediante sustitución o apoderamiento, de cualquier otro puesto, cargo, representación, profesión o actividad, sean de carácter público o privado, por cuenta propia o ajena. Tampoco podrán percibir cualquier otra remuneración con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de ellas, ni cualquier otra percepción que, directa o indirectamente, provenga de una actividad privada simultánea.”

empresa. Também podia dedicar-se mais à função privada do que à pública, eventualmente mais bem remunerada. Mas a regra da exclusividade não impede só o titular de acumular as suas funções públicas com funções privadas, impedindo-o também de acumular com outras funções públicas, desde que não excecionadas por lei²³.

O regime instituído pela Lei n.º 52/2019, conforme já tivemos oportunidade de defender, é mais exigente do que o estabelecido pelos artigos 21.º e 22.º da Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, pelo que a sua interpretação deve ter em consideração não só a dedicação às funções, como também a necessidade de inexistência de promiscuidade, ao passo que no âmbito do contrato de trabalho em funções públicas se valoriza sobretudo a dedicação às funções (Ferreira, 2022: 43-44). Contudo, a norma do artigo 6.º, estabelece exceções. Questionamo-nos se este regime é o bastante para garantir a transparência e a integridade do exercício das funções políticas e públicas e, com isso, é adequado enquanto instrumento de prevenção da corrupção. Do nosso ponto de vista, a resposta é tendencialmente negativa, por dois motivos:

- i. As situações potencialmente geradoras de incompatibilidades e respetivas exceções não se devem esgotar na previsão da norma. Dito de outro modo, a norma devia ter encontrado uma formulação mais abstrata, capaz de permitir a concretização casual das situações potencialmente geradoras de incompatibilidades. Dessa forma, em caso de necessidade de acumulação de funções deve fazer-se uma avaliação circunstancial (juízo de adequação) face às funções a acumular por forma a concluir se, efetivamente, o exercício de determinada função formalmente compatível, se apresenta como materialmente compatível (Ferreira, 2022: 51). A título de exemplo (académico), veja-se o seguinte caso: apesar da alínea e), do citado n.º 2, classificar como formalmente compatível a realização de ações de formação de curta duração e outras atividades de natureza idêntica, poderá o Diretor-Geral de um organismo público com competência de fiscalização de atividades económicas e de instrução de processos de contraordenação, ministrar uma formação sobre

23. Vide o acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 24.09.2020 (processo nº 1885/09.OBELRA-A), seguindo o qual: "I. No exercício das suas funções, os trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas estão exclusivamente ao serviço do interesse público, tal como é definido, nos termos da lei, pelos órgãos competentes da Administração (artigo 269º, nº 1 da CRP). II. Não é admitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos casos expressamente admitidos por lei, além de a lei determinar as incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras atividades (artigo 269º, nºs 4 e 5 da CRP). III. O que significa que a lei fundamental do país assume a preocupação em regular o regime do trabalho em funções públicas, o seu respetivo exercício em exclusividade e as respetivas incompatibilidades. IV. É a necessidade da defesa do interesse público, que não vigora no exercício das funções privadas, que justifica a existência de maiores limitações daquelas que vigoram no domínio da atividade privada. V. É distinta a regulação da acumulação de funções no setor público, designadamente, a acumulação de funções públicas com funções privadas, atento o conflito de interesses que pode gerar ou, pelo menos, o risco de afetação da imparcialidade e da independência do titular do cargo público, órgão, trabalhador ou agente no exercício das suas funções públicas."

tramitação de processos de contraordenação a pessoas coletivas ou singulares arguidas em processos instruídos naquele organismo? Será esta atividade materialmente compatível com o exercício do cargo público? Parece-nos claramente que não. Aliás, a suceder tal episódio, o mesmo é potencialmente gerador de fenómenos de corrupção. A mesma reserva levantar-se-ia se um instrutor de processos de contraordenação ministrasse tal formação apesar de, neste caso, o regime aplicável ser o previsto na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas.

- ii. Outra fragilidade do regime, e que poderá promover situações ambíguas, é o facto de o legislador não ter previsto o procedimento a ser observado para a acumulação de funções. Parece, pois, ficar ao critério do titular aferir se as funções são entre si compatíveis. Mais uma vez, não nos parece que tal opção legislativa possa ser entendida como um mecanismo capaz de prevenir a corrupção. Contudo, somos da opinião que a acumulação de funções está, sempre, sujeita à observação de um procedimento prévio que contemple dois aspetos fundamentais: verificação do cumprimento dos requisitos materiais que garantam a compatibilidade das funções; e autorização expressa para acumulação de funções devidamente fundamentada, na qual conste a análise circunstanciada da inexistência de incompatibilidade. Caso tal não suceda, entendemos que fica comprometida a aplicabilidade da norma ou, a aplicar-se sem observância de procedimento, não é adequada à prevenção da corrupção. Conforme já tivemos oportunidade de advogar (Ferreira, 2022: 52): *“acumulação de funções deve estar dependente de uma autorização expressa do superior hierárquico do titular do cargo ou órgão colegial no qual o titular exerça funções. Contudo, tal não se aplica às exceções relacionadas com dever de ofício, as quais, pela sua natureza, são impostas pelo exercício do cargo. Inexistindo ato administrativo autorizativo e expresso, quando necessário, a acumulação de funções deve ser considerada irregular. Não obstante inexistir previsão legal quanto à necessidade de existência de ato autorizativo, a preexistência do mesmo assume caráter obrigatório face ao arsenal garantístico norteador do presente regime.”*

Ainda assim, há que reiterar que o regime das incompatibilidades não se esgota nesta norma. Em cada caso é sempre necessário averiguar se o titular está abrangido por diplomas específicos que disciplinam o exercício daquelas funções concretas²⁴. Tais diplomas podem conter regimes e procedimentos próprios. Por seu turno, o artigo 7.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, cria um regime de incompatibilidades especial, em cujo âmbito

24. Cfr. o nº 1, do artigo 3º do Estatuto dos Eleitos locais, nos termos do qual: “[o]s presidente e vereadores de câmaras municipais, mesmo em regime de permanência, podem exercer outras atividades, devendo comunicá-las, quando de exercício contínuo, quanto à sua natureza e identificação, ao Tribunal Constitucional e à assembleia municipal, na primeira reunião desta a seguir ao início do mandato ou previamente à entrada em funções nas atividades não autárquicas.” Repare-se que, de acordo com esta norma, o exercício de outras funções está dependente de comunicação ao Tribunal Constitucional e à Assembleia Municipal. Assim, os titulares abrangidos devem obter autorização por parte da Câmara Municipal e, uma vez obtida, devem comunicá-la.

subjetivo cabem apenas alguns autarcas: presidentes e vogais das juntas de freguesias e presidentes e vereadores das câmaras municipais. Para além de resolver a querela relativa ao regime de exercício de funções desses autarcas, resulta do n.º 1 daquela norma que a acumulação de funções autárquicas com outras funções não pode pôr em causa o exercício daquelas, sob pena de tal acumulação não poder ser autorizada.

Os autarcas que optem por exercer funções em regime de permanência e meio tempo estão mais limitados na sua liberdade de ação, o que bem se entende. Desde logo porque o exercício de funções, naqueles termos, implica que o titular dedique parte do seu tempo ao efetivo exercício de funções. No regime de permanência o titular desempenha funções de forma regular ou diária, pelo que lhe é imposto que mantenha disponibilidade durante o horário de funcionamento da autarquia. No caso do regime de meio tempo, tal disponibilidade reduz-se na proporção direta do tempo a prestar, ou seja, metade do regime anterior. Desta forma, está o legislador empenhado não só na manutenção da disponibilidade para o serviço público, mas também em criar mecanismos que impeçam os titulares visados de exercerem várias atividades simultâneas, tanto mais que tal situação potencia a ocorrência de fenómenos estranhos ao bom desempenho dos titulares e entidades. Por outro lado, seguindo de perto Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar²⁵ e adaptando os seus ensinamentos neste contexto, os “*turbo-funcionários*” (leia-se, neste caso, turbo-políticos ou turbo-dirigentes) provocam consequências nefastas para o salutar desempenho das instituições, gerando desconfiança por parte dos cidadãos e potenciam, de sobremaneira, a ocorrência de fenómenos de corrupção. Vejamos outro exemplo (meramente ilustrativo): uma empresa de construção civil, com o intuito de ser beneficiada em procedimentos futuros, oferece ao Presidente de uma Câmara Municipal o lugar de membro do conselho estratégico da empresa. Atento o disposto na presente Lei, tal acumulação de funções não é possível.

Insiste-se na ideia segundo a qual a regra é a de que a acumulação de funções por parte dos autarcas dos órgãos executivos em regime de permanência é incompatível com o exercício de funções. Para que tal seja possível, é necessário um ato de autorização nos termos supra expostos. Contudo, andou mal o legislador ao determinar que, no caso do exercício de funções em regime de meio tempo ou não permanência, os autarcas se desoneram após uma simples comunicação, entendendo-se como uma obrigação meramente declarativa.

Aqui chegados, cumpre questionar novamente se o regime previsto é o bastante para garantir a transparência e a integridade do exercício das funções políticas e públicas e, com isso, é adequado enquanto instrumento de prevenção da corrupção. Voltamos a considerar que não é bastante para cumprir tal desiderato. Desde logo porque consideramos fundamental

25. Paulo Veiga e Moura e Cátia Arrimar defendem que: “(...) procura-se evitar o surgimento dos denominados turbo-funcionários e a ocorrência de um fenómeno de concentração do emprego público, com nefastas consequências em termos de democraticidade no acesso ao Estado, distribuição equitativa de rendimentos e eficiência do aparelho administrativo” (Moura, et. al., 2014: 147).

a existência de um ato autorizativo para acumulação de funções, o qual pode ter dois tipos de efeitos: (i) no caso de autarcas que exercem funções em regime de permanência, os efeitos negativos repercutem-se essencialmente em direção à função secundária (a acumular), na medida em que pode ser impedido de exercer tal função; (ii) no caso de autarcas que exercem funções em regime de meio tempo ou não permanência, tais efeitos repercutir-se-ão essencialmente no exercício do cargo político, uma vez que podem estar impedidos de o exercer, devendo desencadear-se os mecanismos necessários à interrupção da situação potencialmente geradora de incompatibilidades, designadamente, através do mecanismo de perda de mandato, promovido pelo Ministério Público.

Em síntese, entendemos que a inexistência de procedimento claro aferidor da compatibilidade de acumulação de funções, seguido da correspondente estatuição legal, compromete a eficácia do regime e lança mão de uma arbitrariedade potencialmente corruptora do funcionamento do Estado de Direito. Entendemos o intuito do legislador ao conceder uma certa liberdade de ação aos titulares. Contudo, essa liberdade de ação é própria e caracterizadora das relações laborais, não devendo ser determinante neste âmbito²⁶.

5.3. Impedimentos

O regime de impedimentos previsto na Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, encontra-se estabelecido nos artigos 8.º a 10.º e contempla três regimes distintos:

- Regime de impedimentos aplicado a situações pretéritas, artigo 8.º;
- Regime de impedimentos aplicado a situações contemporâneas com o exercício do cargo, artigo 9.º;
- Regime de impedimentos aplicado a situações futuras, artigo 10.º.

5.3.1. Regime de impedimentos aplicado a situações pretéritas

Como questão prévia regressemos ao conceito de impedimentos. Conforme já tivemos oportunidade de defender (Ferreira, 2022: 71), os impedimentos resultam num conjunto de qualidades pessoais as quais, uma vez preenchidas, são suscetíveis de causar desordem endoprocedimental e decisória capaz de constringer a imparcialidade imposta à Administração

26. A este respeito já nos pronunciámos defendendo que: “(...) não consideramos defensável, neste contexto, o argumento segundo o qual este controlo prévio constringe o direito de acesso aos cargos públicos, a liberdade de ação ou a intimidade da vida privada. Isto porque, tendo em conta o disposto neste regime, a relevância do cargo político ou alto cargo público é de tal ordem que justifica um especial controlo e cuidado no seu exercício.” (Ferreira, 2022: 58)

Pública e potenciando o aparecimento de fenómenos de corrupção.

O legislador parte do pressuposto que algumas circunstâncias ocorridas no passado, ou seja, antes do exercício de funções, afetam negativamente aquele exercício e, embora não o impeçam, constroem/limitam a ação dos titulares face a determinados procedimentos²⁷. Dessa forma, os titulares estão impedidos de participar em procedimentos dirigidos a certas pessoas coletivas que preencham as seguintes condições:

- i. Materiais – quando o titular tenha participado no respetivo capital social ou tenha integrado os órgãos de gestão de pessoas coletivas de fins lucrativos²⁸; e
- ii. Temporais – quando tal participação tenha ocorrido nos três anos anteriores à investidura do cargo.

Assim sendo, verificadas as ditas situações geradoras de impedimentos, os titulares estão impedidos de intervir nos procedimentos de formação de contratos, designadamente: (i) em procedimentos de contratação pública nos quais as ditas entidades por si detidas sejam opositoras; (ii) em procedimentos de execução de contratos celebrados com as ditas pessoas coletivas; ou (iii) em “*quaisquer outros procedimentos formalmente administrativos, bem como negócios jurídicos e seus atos preparatórios, em que aquelas pessoas coletivas de fins lucrativos (incluindo empresas) sejam destinatárias da decisão, suscetíveis de gerar dúvidas sobre a isenção ou retidão da sua conduta, designadamente nos procedimentos de concessão ou modificação de autorizações ou licenças, de atos de expropriação, de concessão de benefícios de conteúdo patrimonial e de doação de bens. Trata-se da alínea c) do nº 1, que prevê uma cláusula aberta.*” (Ferreira, 2022: 66).

27. Artigo 8.º - Atividades anteriores - “1. Os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos que, nos últimos três anos anteriores à data da investidura no cargo, tenham detido, nos termos do artigo 9.º, a percentagem de capital em empresas nelles referida ou tenham integrado corpos sociais de quaisquer pessoas coletivas de fins lucrativos não podem intervir: a) Em procedimentos de contratação pública de fornecimento de bens ou serviços ao Estado e a outras pessoas coletivas públicas aos quais aquelas empresas e pessoas coletivas por si detidas sejam opositoras; b) Na execução de contratos do Estado e demais pessoas coletivas públicas com elas celebrados; c) Em quaisquer outros procedimentos formalmente administrativos, bem como negócios jurídicos e seus atos preparatórios, em que aquelas empresas e pessoas coletivas sejam destinatárias da decisão, suscetíveis de gerar dúvidas sobre a isenção ou retidão da sua conduta, designadamente nos de concessão ou modificação de autorizações ou licenças, de atos de expropriação, de concessão de benefícios de conteúdo patrimonial e de doação de bens. 2. O impedimento disposto no número anterior, com as devidas adaptações, é igualmente aplicável aos titulares dos cargos referidos nos artigos 4.º e 5.º quando pratiquem atos em matéria administrativa.”

28. Mais especificamente, quanto às condições formais: – Tenham sido detidas pelos referidos titulares numa percentagem superior a 10% do respetivo capital social, ou cuja percentagem de capital detida tenha sido superior a 50.000 euros; ou – Tenham integrado corpos sociais de quaisquer pessoas coletivas de fins lucrativos. Ainda no que concerne à integração nos órgãos de gestão das pessoas coletivas de fins lucrativos. (Ferreira, 2022: 66).

As críticas que podemos erigir a esta norma são genericamente positivas. Desde logo porque se trata de uma norma que demonstra o empenho do legislador em impedir que os titulares exerçam as suas funções tendo em vista o favorecimento de determinadas entidades perante as quais denotam uma certa vinculação. Contudo, conforme infra veremos, este impedimento parece ser posto em crise pelo artigo seguinte relativamente a situações contemporâneas com o exercício do cargo.

As medidas preventivas de combate à corrupção ou a outro tipo de ilícito dividem-se, grosso modo, em três grupos:

- a) Criação de efeito dissuasor (essencialmente assente na perspetiva da punição ou qualquer outro tipo de responsabilização);
- b) Elaboração de planos ou programas pedagógicos (incluindo de sensibilização); e
- c) Diminuição das oportunidades de prática de ilícitos.

O regime de impedimentos enquadra-se neste último. Portanto, é necessário entender se é capaz de diminuir francamente as oportunidades de prática de corrupção. A este propósito vem a nossa crítica negativa. De facto, o regime é capaz de reduzir o manancial de oportunidades de prática de atos corruptivos. Mas o elenco, tipicamente fechado, não abarca outro tipo de situações não menos relevantes. Estará um titular impedido de intervir ativamente no âmbito de um processo judicial a correr termos contra a empresa donde provém, no sentido de contribuir para uma decisão favorável à empresa e desfavorável à entidade pública? Parece-nos que nada o impede.

Desta forma, a norma merece uma séria revisão. Do nosso ponto de vista, o elenco deve ser aberto, permitindo a concretização caso a caso. Avançamos com uma proposta de revisão da norma:

“Os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos que, nos últimos três anos anteriores à data da investidura no cargo, tenham detido, nos termos do artigo 9.º, a percentagem de capital em empresas neles referida ou tenham integrado corpos sociais de quaisquer pessoas coletivas de fins lucrativos não podem intervir em processos e procedimentos suscetíveis de gerar dúvidas sobre a isenção, imparcialidade ou retidão da sua conduta, designadamente:

- a) Em procedimentos de contratação pública de fornecimento de bens ou serviços ao Estado e a outras pessoas coletivas públicas aos quais aquelas empresas e pessoas coletivas por si detidas sejam opositoras;
- b) Na execução de contratos do Estado e demais pessoas coletivas públicas com elas celebrados;
- c) Em quaisquer procedimentos formalmente administrativos, bem como negócios jurídicos e seus atos preparatórios, em que aquelas empresas e pessoas coletivas sejam destinatárias da decisão.

designadamente nos de concessão ou modificação de autorizações ou licenças, de atos de expropriação, de concessão de benefícios de conteúdo patrimonial e de doação de bens;

d) Em quaisquer processos ou procedimentos, ainda que de natureza não administrativa, que visem direta ou indiretamente as pessoas coletivas de fins lucrativos referidas."

Julga-se que, desta forma, ficam acauteladas situações geradoras de dúvidas as quais, uma vez verificadas, aumentam o risco de corrupção e geram, na comunidade, a percepção dessa possibilidade ou ocorrência.

5.3.2. Regime de impedimentos aplicado a situações contemporâneas com o exercício do cargo

O regime de impedimentos aplicado a situações contemporâneas com o exercício do cargo vem previsto no artigo 9.^º²⁹ da Lei n.º 52/2019, de 31 de

29. "1 - Os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos estão impedidos de servir de árbitro ou de perito, a título gratuito ou remunerado, em qualquer processo em que seja parte o Estado e demais pessoas coletivas públicas. 2 - Os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos de âmbito nacional, por si ou nas sociedades em que exerçam funções de gestão, e as sociedades por si detidas em percentagem superior a 10 /prct. do respetivo capital social, ou cuja percentagem de capital detida seja superior a 50 000 (euro), não podem: a) Participar em procedimentos de contratação pública; b) Intervir como consultor, especialista, técnico ou mediador, por qualquer forma, em atos relacionados com os procedimentos de contratação referidos na alínea anterior. 3 - O regime referido no número anterior aplica-se às empresas em cujo capital o titular do órgão ou cargo, detenha, por si ou conjuntamente com o seu cônjuge, unido de facto, ascendente e descendente em qualquer grau e colaterais até ao 2.º grau, uma participação superior a 10 /prct. ou cujo valor seja superior a 50 000 (euro). 4 - O regime referido no n.º 2 aplica-se ainda aos seus cônjuges que não se encontrem separados de pessoas e bens, ou a pessoa com quem vivam em união de facto, em relação aos procedimentos de contratação pública desencadeados pela pessoa coletiva de cujos órgãos o cônjuge ou unido de facto seja titular. 5 - O regime dos n.os 2 a 4 aplica-se aos demais titulares de cargos políticos e altos cargos públicos de âmbito regional ou local não referidos no n.º 2, aos seus cônjuges e unidos de facto e respetivas sociedades, em relação a procedimentos de contratação pública desenvolvidos pela pessoa coletiva regional ou local de cujos órgãos façam parte. 6 - No caso dos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, seus cônjuges e unidos de facto e respetivas sociedades, o regime dos n.º 2 a 4 é aplicável ainda relativamente aos procedimentos de contratação: a) Das freguesias que integrem o âmbito territorial do respetivo município; b) Do município no qual se integre territorialmente a respetiva freguesia;c) Das entidades supramunicipais de que o município faça parte; d) Das entidades do setor empresarial local respetivo. 7 - De forma a assegurar o cumprimento do disposto nos números anteriores, os titulares de cargos políticos ou de altos cargos públicos e os seus cônjuges não separados de pessoas e bens têm direito, sem dependência de quaisquer outras formalidades, à liquidação da quota por si detida, nos termos previstos no Código Civil, à exoneração de sócio, nos termos previstos no Código das Sociedades Comerciais ou à suspensão da sua participação social durante o exercício do cargo.8 - O direito previsto no número anterior pode ser exercido em relação à liquidação e exoneração da totalidade do valor da quota ou apenas à parcela que exceda o montante de 10 /prct. ou de 50 000 (euro), e, caso o titular do cargo não exerça qualquer uma das faculdades previstas no n.º 7, pode

julho. A norma do artigo 9.º pode ser dividida em duas partes distintas, a saber: a primeira parte relativa ao regime de impedimentos em matéria de exercício de funções de natureza conflituante (n.º 1); e a segunda parte relativa ao regime dos impedimentos em matéria de intervenção procedimental administrativa (n.ºs 2 a 11).

Considera a primeira parte que os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos estão impedidos de servir de árbitro ou de perito, a título gratuito ou remunerado, em qualquer processo em que seja parte o Estado e demais pessoas coletivas públicas. Este impedimento também se coloca do lado do exercício da função de árbitro, uma vez que este deve ter uma atitude independente e imparcial, conforme impõe o artigo 9.º da Lei da Arbitragem Voluntária. O ponto de ordem desta norma tem que ver com a intervenção do Estado e demais pessoas coletivas públicas assumindo o titular a função de árbitro³⁰ ou de perito. Apesar de a Lei apenas referir que estes não podem intervir em processos, entendemos que os impedimentos se estendem, quer ao processo judicial (e arbitral), quer ao procedimento administrativo, aplicando-se também em contexto pré-processual ou pré-procedimental. Andou parcialmente bem o legislador ao prever este impedimento, na medida em que o mesmo se limita aos procedimentos e processos em que o Estado seja parte. Dito isto, pode um Vereador intervir como árbitro num processo judicial relativo a um acidente ocorrido no território sob a jurisdição do seu Município, podendo concluir que o mesmo se deu pelo facto de o Município não acautelar o bom estado da via? Parece-nos que não. Por isso, o impedimento dever-se-ia colocar relativamente à função exercida, sem a previsão da condição.

Quanto à segunda parte, relativa ao regime dos impedimentos em matéria de intervenção procedimental administrativa, centremo-nos no seu âmbito objetivo. Estamos perante a participação em procedimentos de contratação pública e a intervenção como consultor, especialista, técnico ou mediador, por qualquer forma, em atos relacionados com os procedimentos de contratação pública. Assim, o titular está sempre impedido de participar, de qualquer forma, em procedimentos de contratação pública nos quais determinadas entidades participem, designadamente, quer enquanto

a sociedade deliberar a suspensão da sua participação social. 9 - Devem ser objeto de averbamento no contrato e de publicidade no portal da Internet dos contratos públicos, com indicação da relação em causa, os contratos celebrados pelas pessoas coletivas públicas de cujos órgãos os titulares de cargos políticos e altos cargos públicos são titulares com as seguintes pessoas com as quais mantêm relações familiares: a) Ascendentes e descendentes em qualquer grau do titular do cargo; b) Cônjuges que se encontrem separados de pessoas e bens do titular do cargo; c) Pessoas que se encontrem numa relação de união de facto com o titular do cargo. 10 - O disposto no número anterior aplica-se ainda a contratos celebrados com empresas em que as pessoas referidas no número anterior exercem controlo maioritário e a contratos celebrados com sociedades em cujo capital o titular do cargo político ou de alto cargo público, detenha, por si ou conjuntamente com o cônjuge ou unido de facto, uma participação inferior a 10 /prct. ou de valor inferior a 50 000 (euro). 11 - O disposto no presente artigo é aplicável às sociedades de profissionais que estejam sujeitas a associações públicas profissionais.”

30. Nos termos do n.º 3, do artigo 9.º da Lei da Arbitragem Voluntária (aprovada em anexo à Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro), os árbitros devem ser independentes e imparciais.

entidades indagadas no âmbito da consulta preliminar ao mercado, quer enquanto entidades convidadas ou concorrentes.

Ora, resta saber quais são essas entidades. Trata-se de:

- i. Sociedades detidas³¹ pelo próprio titular do órgão ou cargo; pelo cônjuge, unido de facto, ascendentes e descendentes em qualquer grau e colaterais até ao 2.º grau do titular do órgão ou cargo; pelo cônjuge ou unido de facto em conjunto com os ascendentes e descendentes em qualquer grau e colaterais até ao 2.º grau do titular do órgão ou cargo; pelo titular do órgão ou cargo em conjunto com o seu cônjuge, unido de facto, ascendentes e descendentes em qualquer grau e colaterais até ao 2.º grau;
- ii. Os próprios cônjuges dos titulares que não se encontrem separados de pessoas e bens, ou a pessoa com quem vivam em união de facto.

Portanto, os titulares e as sociedades por si detidas estão impedidos de participar em procedimentos de contratação pública nos quais as empresas ou familiares enunciados sejam intervenientes (Ferreira, 2022: 75). Conforme ensina Mário Aroso de Almeida: “[o]s titulares dos órgãos administrativos não devem decidir situações em que esteja envolvido o seu interesse pessoal ou de pessoas que lhes sejam próximas”. (Almeida, 2021: 152)

Pela sua pertinência chamamos à colação o n.º 6, deste artigo 9.º, o qual se dedica especialmente aos titulares dos órgãos executivos das autarquias locais, criando um mecanismo de reforço da transparência e da integridade, cuja consequência resulta, em nosso entender, como importante forma de prevenção da corrupção. Conforme é sabido, as autarquias locais possuem património e finanças próprias, assim referem os artigos 235.º e 238.º da Constituição. A existência de autonomia administrativa e financeira não exclui que existam especiais relações entre municípios e freguesias que se localizam na sua área territorial (o concelho). Tais relações especiais são potenciadores de situações causadoras de confusão entre essas pessoas coletivas de direito público. Sublinhe-se: a autonomia administrativa e financeira não impede a existência de interdependência entre tais autarquias na administração do território e na satisfação das necessidades coletivas das populações. Dessa forma, grande parte das freguesias têm o seu orçamento fortemente dependente das transferências financeiras do município respetivo. Ou seja, caso os municípios não procedam à transferência de verbas, a freguesia corre o sério risco de apenas conseguir fazer uma gestão corrente, ficando impedida de executar projetos e, com isso, satisfazer as necessidades das suas populações. Por outro lado, embora com menor impacto, os municípios necessitam da colaboração assídua das freguesias, tendo em vista o contacto direto e imediato com as populações e a execução de tarefas as quais, dessa forma, melhor garantem o objetivo pretendido. Assim, tal interdependência é fundamental para as autarquias respeitarem o seu fundamento constitucional: prossecução de interesses próprios das populações respetivas.

31. Com uma participação superior a 10% ou cujo valor seja superior a 50 000 (euro), assim refere o n.º 3, do artigo 9.º da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho.

Sucedem que essa interdependência pode contemplar a existência de práticas lesivas do interesse público, refletidas em contexto contratual. Ciente desta realidade, o legislador estabeleceu no n.º 6 do artigo 9.º desta Lei n.º 52/2019, que o presidente e os vereadores da Câmara Municipal estão impedidos de intervir em procedimentos que, obedecendo aos critérios supra expostos, correm os seus termos numa freguesia da sua área geográfica, na entidade supramunicipal respetiva ou numa entidade do setor empresarial local; o mesmo acontecendo com os membros da junta de freguesia, cuja proibição se estende aos procedimentos a correr termos no município. Conforme defendeu a Procuradoria-Geral da República: *“ocorrem limites à prática de determinados atos e à celebração de certos contratos, no âmbito de procedimentos concursais, por empresas cujo capital social seja detido por pessoas conectadas com o titular de cargo político numa relação de grande proximidade, a saber: cônjuge não separado de pessoas e bens, os ascendentes e descendentes em qualquer grau e os colaterais até ao 2º grau, bem como aquele que com ele viva em união de facto”*³².

Portanto, até então, andou moderadamente bem o legislador ao criar formas de dignificação do papel do Estado e dos seus atores, erigindo mecanismos de reforço de transparência, integridade e de prevenção da corrupção. Contudo, o mérito alcançado parece esvaír-se quando nos deparamos com o estipulado nos n.ºs 7 e 8 deste artigo 9.º. Tais normas consagram um regime de derrogação do impedimento, o qual consideramos ser relativamente inovador e aparentemente contraditório (Ferreira, 2022: 77). O legislador prevê a possibilidade de o titular afastar a situação de impedimento através da cessação ou suspensão da sua participação na pessoa coletiva. Assim, caso o titular proceda à liquidação da quota por si detida, nos termos dos artigos 1010.º e seguintes do Código Civil, à exoneração de sócio, nos termos previstos no artigo 240.º do Código das Sociedades Comerciais, ou à suspensão da sua participação social durante o exercício do cargo, cessa o impedimento.

Por outro lado, entende o legislador que o titular ou o seu cônjuge não separado de pessoas e bens pode usufruir de tal prerrogativa bastando diminuir a sua participação na sociedade comercial por forma a deter menos de 10% do capital, desde que inferior a 50.000 euros. Basta proceder à liquidação ou exoneração parcial da sua participação. Mas o legislador dá uma pista mais complexa, ao permitir que o titular lance mão da suspensão da participação social (cujo instituto se desconhece), permitindo que o titular mantenha a sua participação social, mas na forma suspensa (presume-se que na totalidade ou parcialmente), de maneira a cumprir os limiares referidos. Tal previsão inverte todo o esforço feito até então, tendo em vista a promoção da transparência e integridade, bem como a prevenção da corrupção. Dessa forma, facilmente concluímos que o legislador permite que os titulares dos cargos políticos e públicos, impedidos nos termos da norma do artigo 9.º, possam participar nos procedimentos contratuais supra referidos, bastando cumprir um mero formalismo.

Portanto, conforme tivemos oportunidade de defender: *“[a]s normas do n.º 7 e 8 são tão inovadoras quanto preocupantes, na medida em que se tratam*

32. Cfr. parecer da Procuradoria-Geral da República n.º 25/2019, p. 287-(26).

de autênticas cláusulas de evasão legal enxertadas na própria lei. Sem embargo da eventual bondade que presidiu a tais redações, as mesmas são corolário de um certo espírito driblador da lei, característico da prática judiciária das partes incumpridoras” (Ferreira, 2022: 78). Esta previsão é própria das interpretações com intuito de contornar a lei. Mas, repare-se, é a própria lei que o faz. Então, vejamos, *t*, o seguinte: um Diretor-Geral da área da gestão de fundos comunitários é, antes do início do exercício de funções, titular de uma quota de 49% numa empresa de consultoria. Enquanto Diretor-Geral, tenciona intervir ativamente num procedimento de contratação pública dando instruções para os serviços proporem a aquisição de serviços de consultoria à sociedade em causa, através de um ajuste direto por critérios materiais. Nos termos da norma do artigo 8.º, não pode ter qualquer intervenção no processo. Contudo, nos termos dos n.ºs 7 e 8 do artigo 9.º, o titular pode optar por suspender a totalidade da participação ou a parte que exceda os 10% ou os 50.000 euros. Assim, o titular decide suspender 40%, mantendo uma quota de 9%, podendo intervir no procedimento de contratação pública. Além da injustiça e desadequação da norma face à necessidade de assegurar a isenção e imparcialidade do exercício, bem como de evitar a corrupção, verifica-se a existência de duas normas de natureza conflituante.

Conclui-se, assim, que o legislador ordinário instituiu um regime que permite derrogar o regime das incompatibilidades, o qual parece violar o disposto no n.º 2, do artigo 117.º da Constituição, o qual dita que a lei deve dispor sobre as incompatibilidades. Sucede que a lei dispõe, de facto, sobre o regime das incompatibilidades, mas aponta um caminho para afastar tal regime, caminho esse assente nos mecanismos supra expostos.

5.3.3. Regime de impedimentos aplicado a situações futuras

Através da norma do artigo 10.º³³, o legislador cria um mecanismo que consideramos fundamental para garantir a manutenção da confiança dos

33. “1 - Os titulares de cargos políticos de natureza executiva não podem exercer, pelo período de três anos contado a partir da data da cessação do respetivo mandato, funções em empresas privadas que prossigam atividades no setor por eles diretamente tutelado e que, no período daquele mandato, tenham sido objeto de operações de privatização, tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual, ou relativamente às quais se tenha verificado uma intervenção direta do titular de cargo político. 2 - Excetua-se do disposto no número anterior o regresso à empresa ou atividade exercida à data da investidura no cargo. 3 - Os titulares referidos na alínea b) do n.º 2 do artigo 3.º não podem exercer funções nas entidades adquirentes ou concessionárias nos três anos posteriores à data da alienação ou concessão de ativos em que tenham tido intervenção. 4 - Os titulares de cargos políticos de natureza executiva não podem exercer, pelo período de três anos contado a partir da data da cessação do mandato, quaisquer funções de trabalho subordinado ou consultoria em organizações internacionais com quem tenham estabelecido relações institucionais em representação da República Portuguesa. 5 - Excetua-se do disposto no número anterior o exercício de funções: a) Nas instituições da União Europeia; b) Nas organizações do sistema das Nações Unidas; c) Decorrentes de regresso a carreira anterior; d) Em caso de ingresso por concurso; e) Em caso de indicação pelo Estado Português ou em sua representação.”

cidadãos no Estado de Direito, o qual permite aferir se, efetivamente, o exercício de funções políticas ou públicas teve reflexo anômalo na sua vida privada, quer através do aumento de riqueza de forma desproporcional ao vencimento auferido, quer através da aceitação de outro tipo de ofertas, designadamente de trabalho. Esta matéria assume um papel cimeiro na luta contra a corrupção. Conforme refere Adán Nieto Martín, em matéria de corrupção é vital o controlo sobre o dinheiro (Martín, 2014: 25).

Assim, durante os três anos contados a partir da cessação de funções, o legislador não permite que *“os titulares de determinados cargos, pelas funções exercidas e pela sua conexão com certas áreas ou setores económicos, ingressem de imediato no setor empresarial respetivo. Portanto, devem ser desenvolvidos mecanismos suscetíveis de impedir a promiscuidade no período após a cessação de funções. Assim, o legislador procede à criação de impedimentos temporários com efeitos prospetivos.”* (Ferreira, 2022: 81).

Trata-se de aferir da efetiva honorabilidade dos titulares, de firmar a transparência e a integridade no exercício de funções e de prolongar o efeito dos mecanismos de prevenção da corrupção. Eventuais corruptores e corrompidos recebem uma importante pista do legislador: pelo menos durante três anos após a cessação de funções, os mecanismos administrativos de controlo mantêm a aptidão para aferir da regularidade da sua conduta. Por isso, não lhes bastará terem a esperança de não serem notados pelos mecanismos penais³⁴, conquanto os mecanismos administrativos permanecem em ação.

Um aspeto que consideramos de relevância tem que ver com o impedimento para, durante aquele período de três anos, o titular exercer *“funções em empresas privadas que prossigam atividades no setor por eles diretamente tutelado e que, no período daquele mandato, tenham sido objeto de operações de privatização, tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual, ou relativamente às quais se tenha verificado uma intervenção direta do titular de cargo político”*, assim o refere o n.º 1, do artigo 10.^º³⁵. Tal impedimento

34. Isto porque os mecanismos penais funcionam desde que haja notícia do crime, conforme nos referem os artigos 241.º e seguintes do Código do Processo Penal. Não havendo notícia do crime, ou seja, se o Ministério Público não tiver conhecimento da eventual prática de um crime, não são acionados os mecanismos de reação penal, passando o delincente incólume. Portanto, sem nos querermos alongar neste tema (nesta sede), entendemos que os mecanismos penais, apesar da dita prevenção especial e geral positiva, tornar-se-ão menos eficazes na prevenção da corrupção, na medida em que corruptor e corrompido, cientes da ilicitude praticada, entendem sempre que conseguem continuar a driblar a lei e, desse modo, não se sentem suficientemente persuadidos a não praticar corrupção apenas pela mera e hipotética probabilidade (remota) de virem a ser agarrados pela malha penal. O mesmo já não acontecerá com os mecanismos administrativos, de aplicação obrigatória em todas as situações que integrem os seus âmbitos.

35. Esta previsão não é nova e já se encontrava prevista no n.º 1, do artigo 5º da Lei n.º 64/93, de 26 de agosto, nos termos da qual: *“1. Os titulares de órgãos de soberania e titulares de cargos políticos não podem exercer, pelo período de três anos contado da data da cessação das respetivas funções, cargos em empresas privadas que prossigam atividades no sector por eles diretamente tutelado, desde que, no período do respeti-*

existe, apenas, se a empresa privada do setor tutelado³⁶ for objeto de alguma das intervenções identificadas na norma, as quais se resumem em três grupos: operações de privatização; concessão de incentivos financeiros ou fiscais (contratuais); e existência de intervenção direta (Ferreira, 2022: 84).

Contudo, os impedimentos podem ser derogados nos casos previstos no n.º 2, do artigo 10.º, ou seja, sempre que se trate do regresso à empresa ou atividade exercida à data da investidura no cargo, com exceção da situação prevista no n.º 3, relativa aos representantes ou consultores mandatados pelos Governos da República e regionais em processos de concessão ou alienação de ativos públicos. Contudo, esta norma possui algumas fragilidades:

- i. A primeira tem que ver com o seu reduzido âmbito subjetivo, na medida em que compreende apenas os titulares de cargos políticos de natureza executiva e os representantes ou consultores mandatados pelos Governos da República e regionais em processos de concessão ou alienação de ativos públicos³⁷. Veja-se: compete à Assembleia Municipal autorizar a Câmara Municipal a celebrar contratos de concessão e fixar as respetivas condições gerais³⁸. Será adequado que o presidente da mesa da Assembleia Municipal possa votar a concessão de um serviço público a determinada sociedade comercial e, cessando as suas funções, assuma a presidência do conselho de administração daquela entidade? Parece-nos claramente que não.
- ii. A propósito dos impedimentos estabelecidos quanto ao exercício de determinadas atividades após a cessação de funções políticas ou públicas, bem como do regime de exceções, o legislador andou mal. Entendemos que o titular devia estar impedido de contemplar as sociedades comerciais donde provinha com operações de privatização e concessões de incentivos financeiros ou fiscais (contratuais), bem como de exercer qualquer intervenção direta³⁹

vo mandato, tenham sido objeto de operações de privatização ou tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual." Contudo, a previsão adquire caráter de novidade, apenas na última parte: "*relativamente às quais se tenha verificado uma intervenção direta do titular de cargo político*".

36. Conforme já tivemos oportunidade de referir, estamos perante a figura da tutela política e não da figura da tutela administrativa. (Ferreira, 2022: 84)

37. Contudo, os representantes ou consultores mandatados pelos governos da República e regionais em processos de concessão ou alienação de ativos públicos, são equiparados a titulares de altos cargos públicos e, nos termos do n.º 2, do artigo 3.º, apenas integram o âmbito subjetivo da Lei n.º 52/2019, de 31 de julho, para efeitos do cumprimento de obrigações declarativas. Assim, com tal previsão, está o legislador a violar o disposto naquela norma, o que faz, aliás, em várias outras situações ao longo do regime. (Ferreira, 2022: 82).

38. Assim refere a alínea p), do n.º 1, do artigo 25.º do RJAL.

39. No sentido de alcançar tal desiderato podíamos, ainda, equacionar outra solução: impedir que os titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos assumissem a tutela de áreas donde provinham. Assim, por exemplo, o Administrador de uma empresa de abastecimento de água não podia assumir a pasta de Ministro do Ambiente.

nas mesmas. Assim, o presidente da Câmara Municipal devia estar impedido de concessionar um serviço de abastecimento de água a uma empresa da qual era membro diretor operacional antes de assumir funções políticas. Repare-se, agora, noutro exemplo: um administrador de uma empresa distribuidora de energia elétrica assume funções de Ministro do ambiente, com a pasta da energia. Durante o seu mandato promove a concessão de distribuição de energia elétrica a nível nacional a essa sociedade comercial. Cessando funções, regressa àquela entidade. Subsiste a dúvida sobre a forma como tal processo decorreu, ficando gravemente comprometidos os princípios da transparência e da integridade. Portanto, em suma, tal regime é potenciador de fenómenos de corrupção, pois pode acontecer que determinados titulares passem a exercer certas funções com o intuito claro de favorecer a sociedade comercial donde provêm. Uma vez favorecida, regressam àquela entidade, eventualmente com melhores condições laborais ou financeiras. Tudo acontecendo num formato formalmente legal.

6. Conclusão

Analisado o regime cumpre, desta feita, tecer alguns comentários finais sobre o assunto. Conforme vimos, a corrupção é motivada pela colocação dos interesses pessoais à frente do interesse público. É bem certo que, pelo menos do ponto de vista puramente académico, a definição de interesse público assume uma dificuldade assinalável. Contudo, do ponto de vista pragmático e empírico, somos capazes de preencher o conceito de interesse público através da análise circunstanciada dos casos.

Vejamos: preenche o conceito de interesse público a construção de uma escola, pelo preço de mercado, funcional e capaz de responder às necessidades que ditam a sua existência. Não preenche tal conceito a construção da mesma escola que apresenta características disfuncionais, e.g., salas completamente envidraçadas, sem aberturas de ar, dependente de ar condicionado, não estando o mesmo absolutamente disponível e gerando um aumento de despesas de manutenção desnecessário. Preenche o conceito de interesse público a abertura de procedimentos contratuais à concorrência, perspetivando-se a oferta de melhores preços, independentemente de a lei permitir excluir a concorrência (e.g., através de ajustes diretos). Preenche o conceito de interesse público a contratação da empresa que pratica o melhor preço e nas melhores condições, em vez da empresa do amigo ou familiar. Preenche o conceito de interesse público a opção por aquisições absolutamente necessárias à população em vez de aquisições desnecessárias ou até mesmo estranhas (e.g. a construção de um campo de rugby num local relativamente isolado onde a população não pratica tal desporto nem se perspetiva que venha a praticar). Por isso, os interesses pessoais dos titulares (decisores), bem como dos funcionários e

Sucedem que, a nosso ver, tal previsão não faria qualquer sentido, uma vez que afastaria pessoas qualificadas do exercício de funções públicas, quando o objetivo deve ser exatamente o contrário.

nomeados devem ficar “à porta de entrada, do lado de fora”. O exercício de cargos políticos e públicos implica, assim, o sentido de serviço público e de sacrifícios pessoais na medida do estritamente necessário para fazer vingar o interesse público.

Desta forma, é fundamental que os titulares demonstrem uma atitude íntegra e uma conduta transparente, criando uma percepção pública de isenção e imparcialidade. Quando falta a integridade, aumenta a corrupção. Assim, sendo a integridade um conceito ético-jurídico e a corrupção uma realidade que se adensa à medida que a integridade se esvai, torna-se fundamental combinar os conceitos éticos com a disciplina jurídica para, dessa forma, criar mecanismos eficazes no combate à corrupção.

Conforme dissemos, os mecanismos anticorrupção apenas cumprem o seu *ratio juris* se forem aptos para atingir simultaneamente dois objetivos: i.) conceção de um mecanismo adequado e eficaz para provocar um efeito dissuasor aos eventuais agentes de corrupção (corruptor e corrompido); e criação da convicção social da sua eficácia relativamente à prevenção do fenómeno. Dito isto, constitui o propósito deste saber se o regime de incompatibilidades e impedimentos – criado pela Lei n.º 52/2019, de 31 de julho – cumpre integralmente tais objetivos. A resposta é tendencialmente negativa, quer pelo facto de as normas criadas ficarem aquém das metas a alcançar; quer pela criação de formas de evasão legal, permitindo-se em alguns casos (e sugerindo-se noutros casos), procedimentos de fuga às regras de controlo. Por isso, apesar da percepção social provocada pela aprovação (na verdade, manutenção) de um regime que obriga os titulares de cargos políticos e públicos a absterem-se de agir em determinadas circunstâncias – as quais são suscetíveis de pôr em causa os princípios da imparcialidade e da isenção, fazendo valer interesses pessoais sobre o interesse público –, a verdade é que se antevê a existência de situações que provocarão grande desconfiança na comunidade.

Assim sendo, a legislação revela-se como um mecanismo incapaz de, isoladamente, prevenir a corrupção. Contudo, caso as normas criadas padeçam de patologias impeditivas da sua eficácia, mais remoto fica o alcance do verdadeiro sentido do Estado: a prossecução do interesse público. Dito isto, é nossa opinião que o regime deve ser revisto por forma a corrigir os problemas supra indicados, tendo em vista a promoção de uma maior transparência e controlo no exercício dos cargos políticos e públicos, não em função do sacrifício dos interesses pessoais, mas em função da primazia do interesse público, razão primária da existência de um Estado de Direito Uno e Democrático.

Bibliografia

ALMEIDA, Mário Aroso de. Teoria Geral do Direito Administrativo. 8.ª edição atualizada e ampliada. Coimbra. Almedina. 2021.

BRANDÃO, Nuno. Corrupção: a questão da consumação natural e as suas consequências. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, et al., coordenadores. Corrupção em Portugal, avaliação legislativa e propostas de reforma. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2021.

CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo, vol. I, 10.ª edição, 10.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2016.

CONDE MONTEIRO, Fernando. Os crimes de recebimento indevido de vantagem, de corrupção passiva e ativa no âmbito da Lei n.º 34/87, de 16 de julho, Lei da Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos: reflexões jurídico-criminais à luz do ideologismo crítico. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, et al., coordenadores. Corrupção em Portugal, avaliação legislativa e propostas de reforma. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2021.

FERREIRA, João Luís. Alguns Caminhos da gestão da integridade institucional – riscos eminentemente jurídicos e riscos de integridade. In: MAIA, António João, et al., coordenadores. Ética e integridade na vida pública. Coimbra. Almedina. 2020.

FERREIRA, José Augusto Gonçalves. Comentário ao Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos. Coimbra. Almedina. 2022.

HUBERTS, Leo. Integrity: What it is and Why it is Important, Public Integrity. volume 20. American Society for Public Administration. Routledge. 2018. Também disponível em <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10999922.2018.1477404>.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 2.ª edição (1960). 7.ª edição da tradução portuguesa. Coimbra. Almedina. 2019.

LOPES, José Mouraz. Os órgãos de controlo financeiro e a prevenção da corrupção – os casos dos grandes investimentos públicos, das autarquias locais e da contratação pública. In: ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, et al., coordenadores. Corrupção em Portugal, avaliação legislativa e propostas de reforma. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2021.

LOUREIRO, Flávia Novera. A corrupção e as corrupções: da compreensão do fenómeno à atuação sobre ele. In: FIGUEIRAS, Cláudia Sofia Melo, et al., coordenadores. Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira. Coimbra. Almedina. 2017.

MAIA, António João. Ética e integridade na Governação Pública – a corrupção e a fraude e a sua prevenção. In: MAIA, António João, et al., coordenadores. Ética e integridade na vida pública. Coimbra. Almedina. 2020.

MARTÍN, Adán Nieto, De la ética pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas, Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014.

MONCADA, Luiz S. Cabral de. Código do Procedimento Administrativo, anotado. Coimbra. Coimbra Editora. 2015.

MOURA, Paulo Veiga, et al. Comentários à Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, 1º volume, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

OLIVEIRA, Mário Esteves de. Direito Administrativo. Vol. I. Lisboa. Almedina. 1980.

RIBEIRO, António Edmundo. Governo Local - Conceitos, Estratégias e Práticas. Lisboa. Edições Sílabo. 2021.

ROCHA, Joaquim Freitas da. Sustentabilidade e finanças públicas responsáveis. Urgência de um Direito Financeiro equigeracional. Disponível em versão digital em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/36063/3/Sustentabilidade%20e%20FP.pdf>

RODRIGUES, Anabela Miranda. As exigências anticorrupção e a prevenção da corrupção na Administração Pública - Da ética pública ao public compliance. In: MAIA, António João, et al., coordenadores. Ética e integridade na vida pública. Coimbra. Almedina. 2020.

ROLO, Nuno Miguel Cunha. Manual de Administração e Governação Pública. Volume I. Lisboa. AAFDL. 2019.

SANTOS, Cláudia Cruz, A corrupção de agentes públicos e a corrupção no desporto, Almedina, Coimbra, 2018
