



SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2020

Sumário: «O conceito de 'organismo de utilidade pública', constante da parte final da actual redacção da alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal, não abarca as instituições particulares de solidariedade social, cujo estatuto consta hoje do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, alterado pela Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho.»

Processo n.º 733/12.9TAPFR.P1-A.S1

Relator: Carlos Rodrigues de Almeida

◇

Acordam no Pleno das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça

I – RELATÓRIO

1. A arguida AA foi condenada, por sentença proferida no Juízo Local Criminal de... da comarca de..., pela prática de um crime de peculato de uso, conduta p. e p. pelo artigo 376.º, n.º 1, com referência ao artigo 386.º, n.º 1, alínea d), do Código Penal, na pena de 60 dias de multa à razão diária de 8 €.

Esta arguida interpôs recurso dessa sentença para o Tribunal da Relação do Porto, recurso que foi julgado improcedente por acórdão proferido em 23 de Janeiro de 2019, transitado em julgado em 7 de Fevereiro do mesmo ano.

No dia 12 de Março seguinte, a arguida, invocando o disposto no artigo 437.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Penal, interpôs o presente recurso extraordinário para fixação de jurisprudência dizendo o seguinte:

AA, Arguida, melhor identificada no processo supra referenciado, notificada do Douto Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto (Segunda Secção Criminal] de 23 de Janeiro de 2019, proferido no Processo comum nº 733/12.9TAPFR, não se conformando com a decisão decretada em virtude desta se encontrar em OPOSIÇÃO com o Douto Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 5 de Julho de 2010, proferido no processo 1015/07.3TABRG.G1, tendo ambos transitado em julgado e sido prolatados no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito – conceito de funcionário para efeitos da lei penal, sem que tenha sido proferido Acórdão de uniformização de jurisprudência com ele conforme, bem como estando em causa questões cuja apreciação, pela sua relevância jurídica, seja claramente necessária para uma melhor aplicação do direito, vem ao abrigo do disposto no artigo 437º, nº 1 e 2, do Código do Processo Penal (CPP) interpor recurso extraordinário de fixação de jurisprudência, nos termos do artigo 437º, nº 1 e 2, do Código do Processo Penal, para o Supremo Tribunal de Justiça, a subir nos próprios autos, com efeito meramente devolutivo, conforme artigo 438º, nº 3.

Para tanto argumenta que, no Acórdão Recorrido e no que se refere ao conceito da figura de funcionário para efeitos da lei penal, decidiu o acórdão Recorrido de forma sucinta e sem grandes explanações «tendo a arguida poderes de gestão do Centro Infanto-Juvenil da Associação de Socorros Mútuos..., pessoa colectiva de utilidade pública, deve ser considerada como funcionário, para efeito da lei penal».

Assim, considerou o Tribunal recorrido pelo facto da arguida trabalhar numa IPSS, que por si só preenchia os requisitos de funcionária para efeitos penais.

Contudo os poderes da própria IPSS, criada pela iniciativa privada, não constituíam poderes públicos de autoridade, uma vez que a declaração de utilidade pública apenas confere as isenções e benefícios previstos no DL 391/2007 de 13 de Dezembro – Regime Jurídico e DL 108/2008 de 25 de Junho. Não sendo titular de poderes públicos de autoridade, a Instituição fruía da declaração de utilidade pública apenas para fins de benefícios e isenções fiscais. Mais, diz o artigo 3º no n.º 2 do DL 119/83 de 25 de Novembro que as instituições «estabelecem livremente a sua organização interna».

Deste modo, o conceito de funcionário não tem, nem pode ter a abrangência que lhe deu o Tribunal recorrido, uma vez que estamos a falar em matéria de direito penal, cujo princípio de tipicidade é um dos seus pilares basilares.

A posição do Tribunal recorrido vai contra o conceito de funcionário, constante na proferida no acórdão fundamento, já transitado em julgado, que no âmbito da mesma legislação definiu o conceito de funcionário para efeitos da lei penal conforme da sintetiza no seu sumário, disponível na internet em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/f5e2904012d83dd80257760003db8a?OpenDocument>:

“II— Conceito de funcionário para efeito de lei penal:

«- Sobre o conceito de funcionário (artigo 386.º do C. P.), não podem nele ser integradas as pessoas colectivas de mera utilidade pública e as denominadas instituições particulares de solidariedade social. De facto, pressuposto essencial para a afirmação do exercício de tarefas administrativas era a base legal da sua atribuição. Nestes casos (de mera «utilidade pública»), do que se trata é de «distinguir» pessoas colectivas sem escopo lucrativo, cujos fins estatutários correspondem a interesses sociais».

«- Dir-se-á que in casu a razão fundamental para que não se preencham os elementos de quaisquer crimes cometidos no exercício de funções públicas, concretamente o de peculato, reside na inaplicabilidade do conceito de funcionário (para efeito da lei penal) ao arguido, porquanto apesar de o conceito de funcionário, para efeito da lei penal, sempre ter exigido, para legitimar essa qualificação, o desempenho de funções ou actividades no âmbito de uma pessoa colectiva de direito público, no caso dos autos a pessoa colectiva de utilidade pública é uma pessoa colectiva de direito privado, não podendo os seus agentes ser considerados servidores do Estado, nem funcionários, para efeitos da lei penal, tanto mais que o aspecto privatístico é o único a considerar, no caso dos autos.»

É com base no direito expresso e numa análise caso a caso, menos ampla, que o Acórdão Fundamento decidiu, e muito bem, uma vez que fez um exame restritivo ao conceito de funcionário, tendo em conta as características das IPSS. Assim refere tal aresto relativamente ao conceito de funcionário: «É, destarte, esta natureza privada (que, repete-se, tem a ver com a vida interna da APVG, com o seu património e contratos) que está aqui em causa; não a vertente respeitante ao exercício de funções públicas ou ao prosseguimento de finalidades de solidariedade social».

Há assim uma clara contradição entre os dois acórdãos, o que por si só é fundamento de revista excepcional, nos termos do n.º 2 do artigo 437.º do CPP.

A questão em si reflecte particular relevância, uma vez que não deve permanecer a aparente indefinição de conceito de funcionário em termos penais, com consequentes acusações e condenações de sujeitos que na realidade não se sentem nem são funcionários públicos, não vislumbrando que os seus actos possam constituir uma postura criminosa.

Face aos fundamentos ora expostos, requer a V. Exas. se dignem admitir o presente Recurso e ordenar a sua remessa para o Supremo Tribunal de Justiça.

Depois de ter sido notificado para o efeito, o Sr. Procurador-Geral Adjunto junto do Tribunal da Relação do Porto respondeu à motivação do recorrente sustentando que o recurso devia ser admitido.

Remetido a este Supremo Tribunal, o processo foi com vista ao Ministério Público, tendo o Sr. Procurador-Geral Adjunto sustentado também que o recurso interposto devia prosseguir.

No dia 19 de Junho de 2019, foi proferido acórdão em que este tribunal determinou o prosseguimento do recurso para fixação de jurisprudência.

2. Cumprido o disposto no artigo 442.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, veio o Ministério Público apresentar alegações que concluiu nos seguintes termos:

I. Verificada no acórdão interlocutório tirado em 19 de Junho de 2019, a oposição de julgados, entre o decidido no acórdão recorrido (Tribunal da Relação do Porto, no recurso penal n.º 733/12.9TAPFR.P1, da 2.ª secção criminal) e no acórdão fundamento (Tribunal da Relação de

Guimarães, proc. n.º 1602/12.8TABRG.G1), importa tomar posição sobre a vexata quaestio que vem colocada. Com efeito,

II. Parece manifesto que nos dois acórdãos perante idêntica questão substancial, se divergiu quanto à solução de direito aplicável, sendo objecto da requerida fixação de jurisprudência a questão de saber se, para efeitos de aplicação da lei penal, o conceito de funcionário, previsto no artigo 386º, n.º 1, alínea d), do Código Penal, abrange o agente que desempenhe funções em peçoas colectivas de direito privado, que prossigam fins de utilidade pública (meras associações de utilidade pública e instituições privadas de solidariedade social – IPSS).

III. No acórdão recorrido, a pessoa colectiva de utilidade pública é a «Associação de Socorros Mútuos...» (ASM...) enquanto que no acórdão fundamento temos a «Associação Portuguesa de Veteranos de Guerra» (APVG), prossequindo ambas fins de utilidade pública sem intuítos lucrativos. De facto,

IV. No acórdão recorrido, a arguida foi condenada pela prática de um crime de peculato de uso, p. e. p. no artigo 376º do Código Penal, conquanto se entendeu que esta, trabalhadora da ASM..., pessoa colectiva de utilidade pública, era, para efeitos de aplicação da lei penal, funcionária. Por sua vez,

V. No acórdão fundamento, divergindo de tal posição e pronunciando-se, também, quanto à concreta interpretação do artigo 386º, n.º 1, alínea d), do Código Penal, inciso penal sobre o qual incide o presente recurso extraordinário para a fixação de jurisprudência, se decidiu confirmar o despacho de não pronúncia do arguido, presidente da APVG, pela prática de um crime de peculato p. e p. pelo artigo 375º do Código Penal, ao demais, por o mesmo não poder ser considerado, para efeitos de aplicação da lei penal, como funcionário.

VI. Na doutrina e na jurisprudência, podem recensear-se, no que aqui importa, dois entendimentos sobre a boa hermenêutica do artigo 386º, n.º 1, alínea d), do Código Penal, os chamados conceitos «alargado» e «restritivo».

VII. A existência de um conceito definitório de funcionário para efeitos da aplicação da lei penal constitui técnica legislativa com tradição no direito penal português, remontando a redacção do actual artigo 386º, n.º 1, (apenas com a alteração da alínea c), que passou a ser a alínea d)), ao artigo 437º do Código Penal 82.

VIII. A ratio de tal preceito com a impressiva epígrafe de «conceito de funcionário» radica, como consta das actas do Anteprojecto, na ideia de reiterar no Código Penal 82 um conceito definitório autónomo, amplo e voltado para «evitar lacunas de punibilidade» (Eduardo Correia). De resto, comentando criticamente a redacção do artigo 386º, n.º 1, alínea c), (hoje al. d), do CP, Damião Cunha escrevia sob o segmento normativo em análise in «Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial», Tomo III, Coimbra Editora, 2001, págs. 814:

IX. «b) A al. c) – o conceito «alargado» de funcionário

§ 19 O segundo grupo de agentes que podem ser abrangidos pelo conceito de funcionário é o daqueles que, sem vinculação funcional ou pessoal, e por qualquer forma (temporária ou provisoriamente, onerosa ou gratuitamente, voluntária ou obrigatoriamente) tenham sido chamados a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade administrativa compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional ou, nas mesmas circunstâncias, a desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou a nelas participar. Como é evidente, este grupo de pessoas integra já o denominado conceito alargado de funcionário.

Sendo certo que, na mesma obra, a págs. 816, escreveu:

X. «§ 27 No caso de organismos de utilidade pública, diferentemente, o que está em causa é o agente desempenhar funções ou nelas participar. Neste caso, compreende-se que a referência seja diferente, uma vez que, em princípio, os organismos de utilidade pública são pessoas colectivas de direito privado, pelo que quem exerce funções nesses organismos não caberia no conceito de funcionário das als. a) e b).» (itálico, no original)

Com tais comentários críticos, pode dizer-se que o ilustre autor abraçou, sem reservas que se perscrutem, o conceito alargado de funcionário para efeitos de aplicação da lei penal. Todavia,

XI. Com a obra «O Conceito de Funcionário para Efeito de Lei Penal e a «Privatização» da Administração Pública», Coimbra Editora, 2008, o mesmo autor veio a fazer uma inversão total, do

seu entendimento publicado no prestigiado «Comentário Conimbricense do Código Penal», Tomo III, tornando-se agora defensor do referido «conceito restritivo». Com efeito,

XII. Para só tal citar, sob a nota 69, págs. 56, escreve, ao demais:

«Resulta, pois, desta legislação, mas também de uma mais correcta interpretação dos dados legais, que, ao contrário do que defendemos no Comentário Conimbricense sobre o conceito de funcionário (cf. §23 e §27 do artigo 386º) não podem nele ser integradas as pessoas colectivas de mera utilidade pública, as denominadas instituições particulares de solidariedade social (sobre a matéria, cf. Pedro Gonçalves, *Entidades Privadas...* págs. 522, já quanto ao próprio reconhecimento do estatuto de utilidade pública administrativa). De facto, pressuposto essencial para a afirmação do exercício de tarefas administrativas era a base legal da sua atribuição. Nestes casos (na mera «utilidade pública»), do que se trata é de «distinguir» pessoas colectivas sem «escopo lucrativo», cujos fins estatutários correspondem a interesses sociais. De resto, o estatuto utilidade pública dá-se por reconhecimento, e não com base numa lei, e, só por tal facto, atribui apenas alguns benefícios de ordem fiscal».

XIII. Salvo o devido respeito, entendemos que tal posição será de rejeitar conquanto criaria, amiúde, lacunas de punibilidade, que o legislador sempre quis evitar. Acresce que, tendo o Código Penal sofrido inúmeras revisões, as alterações introduzidas no artigo 386º, n.º 1, al. d), mantiveram o texto inicial (1ª versão do CP) apenas com uma nova redação, ampliatória da previsão legal, da al. c), passando a inicial a constituir a al. d). Não se vê, assim, razão que autorize ou sequer aconselhe a adopção do chamado critério restritivo.

Neste conspecto, entende-se dever ser resolvida da oposição de julgados sub judicio, formulando-se a seguinte jurisprudência:

Os agentes que, a qualquer título, desempenhem funções ou nelas participem, em pessoas colectivas de mera utilidade pública ou em instituições particulares de solidariedade social, integram nos termos do artigo 386º, n.º 1, alínea d), do Código Penal, para efeitos de aplicação da lei penal, o conceito de funcionário, previsto em tal inciso legal.

Também a recorrente alegou, tendo, a final, formulado as conclusões que, na parte pertinente, se transcrevem:

I. O Tribunal condenou a arguida em autoria material de um crime de peculato de uso, na forma continuada, previsto e punido pelos artigos 30º, n.º 2, e 376º, n.º 1, do Código Penal, por referência ao artigo 386.º, n.º 1, al. d), do mesmo Código.

II. Condenou a arguida no pedido de indemnização civil deduzido pelo demandante, à demandante, Associação de Socorros Mútuos....,

III. Inconformada, a Arguida interpôs recurso para o Tribunal da Relação do Porto.

IV. O Tribunal da Relação do Porto (2ª secção criminal) em 23 de Janeiro de 2019, apreciou aquele recurso, considerando como não escritos os pontos 30-31 dos factos provados em sede de 1ª Instância, e, no mais confirmou a decisão recorrida, julgando improcedente parcialmente o recurso e condenando a Recorrente na taxa de justiça de 5 UC.

V. Porque o Tribunal de 1ª instância não poderia ter condenado a arguida, pois não existia matéria de facto nem de direito, a arguida recorreu da decisão.

VI. O Tribunal Recorrido apreciou o recurso, considerando como não escritos os pontos 30-31 dos factos provados em sede de 1ª Instância, e, no mais confirmou a decisão, julgando improcedente parcialmente o recurso.

VII. Conforme refere o Tribunal de 1ª Instância, a qualidade da arguida é determinante para a imputação do crime de que vem condenada, de acordo com o previsto artigo 386.º, nº 1 alínea d) do C.P.

VIII. Sobre esta matéria, o Tribunal de 1ª instância tão só fez uma resenha histórica sobre as sucessivas alterações legislativas relativamente a este normativo legal que define funcionário, descorando a relevância da redacção do preceito à data dos factos e a sua conexão com o desenvolvimento económico e social da sociedade.

IX. O Tribunal Recorrido considerou o conceito funcionário para efeitos da lei penal: “definido pelo artigo 386.º do C. Penal, é um conceito amplo, diferente do conceito de funcionário para efeitos administrativos, e cada vez mais amplo, (...) visando abranger também todas as pessoas que desempenham funções em organismos de utilidade pública.”

X. O acórdão fundamento, transitado em julgado em 2010, tem uma orientação completamente contrastada com a arrimada no acórdão recorrido.

XI. E neste sentido é de realçar o contributo do Prof. Damião da Cunha, citado no Acórdão de Fundamento, em que o mesmo admite uma alteração, uma evolução de uma posição anteriormente por si assumida sobre o conceito de funcionário.

XII. Orientação decorrente do reconhecimento que no sistema económico português houve alterações que eliminaram em muito a importância dada ao sector empresarial do Estado e que os factores subjacentes à parificação deste entendimento por alguns, a seu ver, estão hoje ultrapassados, também fruto da actual legislação.

XIII. M. Miguez Garcia e J. M. Castela Rio, in Código Penal Parte Geral e Especial, Almedina, 2015, 2.ª Edição, comentam o artigo 386.º, seguindo de perto a posição restritiva de Damião da Cunha “a definição de funcionário não é de aplicação “automática”; antes, porque é para o efeito da lei penal, tem de se atender à concreta norma penal em que aquele concreto agente se insere”.

XIV. Porquanto e perante o ante exposto deve-se optar por uma análise restritiva de funcionário para efeitos penais, sob pena de se condenarem pessoas pela prática de crimes, que as próprias pelas suas funções que exercem, nunca poderiam realizar.

XV. Sobre esta questão é peremptória a alusão feita no Acórdão Fundamento, que aderiu a actual orientação defendida pelo Prof. Damião da Cunha, onde refere que “A primeira questão que importa esclarecer é a de saber se o arguido pode ou não ser considerado “funcionário para efeitos penais” pelo facto de desempenhar funções, como Presidente, numa associação, pessoa colectiva de direito privado a quem foi atribuída utilidade pública (cf. Comentário Conimbricense do Código Penal, III vol. p. 815 e Comentário do Código Penal, Paulo Pinto de Albuquerque, p. 914, nota 26, o qual dá conta da evolução do comentador do Comentário Conimbricense para um entendimento mais restritivo do âmbito subjectivo do conceito de funcionário). Assim o Prof. Damião da Cunha, num recente estudo “O Conceito de Funcionário para Efeito de Lei Penal e a Privatização da Administração Pública”, Coimbra Editora, 2008, alterando a sua posição vertida no Comentário Conimbricense do Código Penal, p. 56, nota 69, diz “Resulta, pois, desta legislação, mas também de uma mais correcta interpretação dos dados legais, que, ao contrário, do que defendemos no Comentário Conimbricense sobre o conceito de funcionário (cf. §§ 23 e 27 do artigo 386.º), não podem nele ser integradas as pessoas colectivas de mera utilidade pública e as denominadas instituições particulares de solidariedade social (...). De facto, pressuposto essencial para a afirmação do exercício de tarefas administrativas era a base legal da sua atribuição. Nestes casos (de mera “utilidade pública”), do que se trata é de “distinguir” pessoas colectivas sem escopo lucrativo, cujos fins estatutários correspondem a interesses sociais”. Embora seja questão que se não apresenta pacífica, entendo que, no caso dos autos e em face do objecto da instrução, a resposta tem de ser, em conformidade com a nova posição acima referida, negativa, ou seja: não é “funcionário para efeitos penais” quem desempenha funções, como Presidente, numa associação, pessoa colectiva de direito privado a quem foi atribuída utilidade pública. Na verdade, o crime de peculato, previsto no artigo 375.º do Código Penal, está inserido no Capítulo “Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas”. Ora, aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, mesmo que não pressuponham o elemento típico cargo, como é de certa forma o caso do crime de peculato, para serem aplicados, importam sempre a necessidade de demonstração do exercício de um poder ou de uma função pública, a apreciar caso a caso, o que não acontece no caso dos autos. Dir-se-á que a razão fundamental para que não se preencham os elementos de quaisquer crimes cometidos no exercício de funções públicas, concretamente o de peculato, reside na inaplicabilidade do conceito de funcionário (para efeito da lei penal) ao arguido, porquanto apesar de o conceito de funcionário, para efeito da lei penal, sempre ter exigido, para legitimar essa qualificação, o desempenho de funções ou actividades no âmbito de uma pessoa colectiva de direito público, no caso dos autos a pessoa colectiva de utilidade pública “APVG” é uma pessoa colectiva de direito privado, não podendo os seus agentes ser considerados servidores do Estado, nem funcionários, para efeitos da lei penal, tanto mais que o aspecto privatístico é o único a considerar, no caso dos autos, na medida em que

estamos apenas perante uma simples pessoa colectiva de direito privado, destinada a prosseguir apenas os interesses privados dos seus associados, sendo unicamente no âmbito desses interesses particulares que importa circunscrever a actuação do arguido nos presentes autos, na medida em que não está em causa qualquer concreto exercício de funções públicas (eventualmente decorrentes da utilidade pública, a qual se destina a conferir essencialmente cobertura legal para uma ajuda à própria associação, quer ao nível fiscal quer ao nível de subsídios estatais, assegurando assim a sua viabilidade existencial com vista a assegurar o escopo fundacional, ou seja os interesses dos respectivos associados). Como refere Vital Moreira, in Administração Autónoma e Associações Públicas, Reimpressão, Coimbra Editora, 2003, págs. 547 e 548, “as entidades colectivas privadas com funções públicas têm um regime jurídico dualista: de direito público, no que respeita ao exercício de funções públicas; de direito privado, no resto (relações com os seus aderentes, vida interna, relações entre associações, pessoal, património, contratos). Ora, é esta vertente privada e interna da APVG que está em causa nos autos e que, quanto a mim, se apresenta in casu determinante.”

XVI. Assim, o conceito de funcionário para a lei penal não pode ser aplicado ao trabalhador de uma IPSS, apenas por esta possuir uma declaração de utilidade pública.

XVII. As Associações Privadas apresentam traços que as distinguem das Associações Públicas.

XVIII. As Associações Públicas podem ter regimes públicos de pessoal, enquanto as Associações privadas não podem, segundo afirma o Professor Figueiredo Dias.

XIX. A concessão a estas instituições do estatuto de utilidade pública apenas confere as isenções e benefícios previstos no DL 391/2007 de 13 de Dezembro – Regime Jurídico e DL 108/2008 de 25 de Junho.

XX. Não sendo titular de poderes públicos de autoridade, diferentemente de algumas associações privadas criadas pelo poder público às quais são atribuídos alguns poderes de autoridade, esta IPSS tal como outras com a mesma natureza jurídica fruem da declaração de utilidade pública apenas para fins de benefícios e isenções fiscais.

XXI. Diz o artigo 3º no n.º 2 do DL 119/83 de 25 de Novembro que as instituições “estabelecem livremente a sua organização interna”.

XXII. Os poderes das IPSS, pessoas colectivas de direito privado, criadas por iniciativa privada, não constituem poderes públicos de autoridade.

XXIII. A declaração de utilidade pública concedida apenas visa a concessão de benefícios e isenções.

XXIV. A arguida, sendo trabalhadora de uma IPSS, nunca poderia ter sido acusada como foi, e posteriormente condenada, uma vez que o crime de que vem acusada e condenada se encontra no capítulo IV – Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, sendo que arguida não preenche essa qualidade.

XXV. Foi apoiado no direito expresso e numa análise caso a caso, menos ampla, que o Acórdão Fundamento decidiu efectuando um exame restritivo ao conceito de funcionário, tendo em conta as características das IPSS. Assim: “É, destarte, esta natureza privada (que, repete-se, tem a ver com a vida interna da APVG, com o seu património e contratos) que está aqui em causa; não a vertente respeitante ao exercício de funções públicas ou ao prosseguimento de finalidades de solidariedade social. Não pode, assim, o arguido ser considerado funcionário para efeitos penais, não se vislumbrando qualquer contradição insanável da fundamentação da decisão recorrida quanto a esta matéria.”

XXVI. Ora a Arguida exercia as funções de... do Centro Infante-Juvenil..., equipamento da Associação de Socorros Mútuos..., IPSS (ASM...).

XXVII. A Arguida era trabalhadora dependente do equipamento pertencente à ASM....

XXVIII. A ASM..., IPSS, é uma pessoa colectiva de direito privado, criada por iniciativa privada.

XXIX. A ASM... não foi criada por iniciativa pública, logo é uma pessoa colectiva de direito privado, com estatuto de utilidade pública, mas contrariamente às pessoas colectivas de direito público e apesar de prosseguir fins de utilidade pública, não se encontra dotada de prerrogativas de autoridade, na prossecução desses mesmos fins, como acontece com entes públicos e algumas empresas ou associações pertencentes ao domínio privado, que por terem sido criadas por iniciativa pública, podem excepcionalmente ser detentoras de poderes públicos de autoridade. (Noções Fundamentais de Direito Administrativo, 2013, Figueiredo Dias)

XXX. O Acórdão de Fundamento é imperativo ao afirmar que o crime de peculato, previsto no artigo 375.º (e 376.º) do Código Penal, está inserido no capítulo – Dos crimes cometidos no exercício de funções públicas, “Logo, para que este crime se mostre preenchido necessário se torna que haja o exercício de um poder um de uma função pública. A APVG é uma Instituição Particular de Solidariedade Social, de direito privado que prossegue fins de utilidade pública (cfr. os artigos 2º e 5º dos seus estatutos a fls. 1425).

Ora, como bem se fundamentou na decisão recorrida “Dir-se-á que a razão fundamental para que não se preencham os elementos de quaisquer crimes cometidos no exercício de funções públicas, concretamente o de peculato, reside na inaplicabilidade do conceito de funcionário (para efeito da lei penal) ao arguido, porquanto apesar de o conceito de funcionário, para efeito da lei penal, sempre ter exigido, para legitimar essa qualificação, o desempenho de funções ou actividades no âmbito de uma pessoa colectiva de direito público, no caso dos autos a pessoa colectiva de utilidade pública “APVG” é uma pessoa colectiva de direito privado, não podendo os seus agentes ser considerados servidores do Estado, nem funcionários, para efeitos da lei penal, tanto mais que o aspecto privatístico é o único a considerar, no caso dos autos, na medida em que estamos apenas perante uma simples pessoa colectiva de direito privado, destinada a prosseguir apenas os interesse privados dos seus associados, sendo unicamente no âmbito desses interesses particulares que importa circunscrever a actuação do arguido nos presentes autos, na medida em que não está em causa qualquer concreto exercício de funções públicas (eventualmente decorrentes da utilidade pública, a qual se destina a conferir essencialmente cobertura legal para uma ajuda à própria associação, quer ao nível fiscal quer ao nível de subsídios estatais, assegurando assim a sua viabilidade existencial com vista a assegurar o escopo fundacional, ou seja os interesses dos respectivos associados) – (cf. fls. 1711). Não está em causa a utilidade pública da APVG; nem que esta, para além da função privada, também desempenha funções públicas (fins de solidariedade social), o que implica que mesmo que não pressuponha o elemento típico do cargo, para serem aplicados importa sempre a necessidade de demonstração do exercício de um poder ou de uma função pública, o que não acontece no caso em concreto relativamente à arguida/recorrente.”

XXXI. refere no seu sumário:

“II— Conceito de funcionário para efeito de lei penal:

“Sobre o conceito de funcionário (artigo 386.º do C. P.), não podem nele ser integradas as pessoas colectivas de mera utilidade pública e as denominadas instituições particulares de solidariedade social. De facto, pressuposto essencial para a afirmação do exercício de tarefas administrativas era a base legal da sua atribuição. Nestes casos (de mera “utilidade pública”), do que se trata é de “distinguir” pessoas colectivas sem escopo lucrativo, cujos fins estatutários correspondem a interesses sociais”.

“Dir-se-á que in casu a razão fundamental para que não se preencham os elementos de quaisquer crimes cometidos no exercício de funções públicas, concretamente o de peculato, reside na inaplicabilidade do conceito de funcionário (para efeito da lei penal) ao arguido, porquanto apesar de o conceito de funcionário, para efeito da lei penal, sempre ter exigido, para legitimar essa qualificação, o desempenho de funções ou actividades no âmbito de uma pessoa colectiva de direito público, no caso dos autos a pessoa colectiva de utilidade pública é uma pessoa colectiva de direito privado, não podendo os seus agentes ser considerados servidores do Estado, nem funcionários, para efeitos da lei penal, tanto mais que o aspecto privatístico é o único a considerar, no caso dos autos.”

XXXII. Ora, não restam dúvidas, designadamente pelos documentos juntos aos autos que deram origem aos factos provados de 1 a 5, que a Associação de Socorros Mútuos... é uma pessoa colectiva de direito privado, na qual a arguida era uma simples trabalhadora subordinada, não fazendo sequer parte dos órgãos sociais da Instituição (cf. pontos 7 a 17 dos factos provados).

...

Nestes termos e nos melhores de direito, que os excelentíssimos juízes conselheiros doutamente suprirão, deverá ser dado provimento ao recurso, revogando o acórdão recorrido, devendo ser fixada jurisprudência no sentido do acórdão fundamentado:

Para efeitos do conceito de funcionário (artigo 386.º do C. P.), não podem nele ser integradas as pessoas colectivas de mera utilidade pública e as denominadas instituições particulares de so-

lidariedade social, sempre terá de ser exigido, para legitimar essa qualificação, o desempenho de funções ou actividades no âmbito de uma pessoa colectiva de direito público.

Assim se fazendo, tão somente, a habitual e sã justiça.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A oposição de julgados

3. De acordo com os n.ºs 3 e 4 do artigo 440.º do Código de Processo Penal, num recurso para fixação de jurisprudência, compete à conferência apreciar a admissibilidade, o regime do recurso e a existência de oposição entre os julgados, o que foi feito através do acórdão de 19 de Junho de 2019, tendo sido determinado o prosseguimento do processo.

Porém, uma tal decisão não vincula o pleno das secções criminais, razão pela qual há que retomar a análise dessas questões no presente acórdão.

O Código de Processo Penal admite, nos n.ºs 1 e 2 do seu artigo 437.º, a interposição de recurso para fixação de jurisprudência «[q]uando, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão de direito, assentem em soluções opostas», sendo também admissível esse recurso «quando um tribunal da relação proferir acórdão que esteja em oposição com outro, da mesma ou de diferente relação, ou do Supremo Tribunal de Justiça, e dele não for admissível recurso ordinário, salvo se a orientação perfilhada naquele acórdão estiver de acordo com a jurisprudência já anteriormente fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça».

De acordo com o n.º 3 deste mesmo preceito legal, «[o]s acórdãos consideram-se proferidos no domínio da mesma legislação quando, durante o intervalo da sua prolação, não tiver ocorrido modificação legislativa que interfira, directa ou indirectamente, na resolução da questão de direito controvertida».

O recurso, que deve ser interposto «no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado do acórdão proferido em último lugar» (artigo 438.º, n.º 1), deve indicar, como fundamento, um acórdão anterior transitado em julgado (artigo 437.º, n.º 4), devendo o recorrente justificar a oposição que origina o conflito de jurisprudência (artigo 438.º, n.º 2).

O Ministério Público, o arguido, o assistente e as partes civis têm legitimidade para a interposição deste recurso (artigo 437.º, n.º 5), exigindo-se ainda que estes três últimos tenham interesse em agir (artigos 448.º e 401.º, n.º 2), o que se traduz «na possibilidade de a decisão que resolver o conflito ter uma repercussão favorável ao recorrente no processo em que o recurso foi interposto, por força do disposto no artigo 445.º, n.º 1»¹.

Para tanto, o Supremo Tribunal de Justiça, de forma pacífica, entende que existe uma incontornável necessidade de identidade de factos, não bastando a existência de oposição entre as soluções de direito (Acórdãos do STJ de 10 de Janeiro de 2007, relativo ao processo 06P4042, e de 31 de Outubro de 2012, proferido no processo n.º 224/06.7TACBC.G2-A.S1), entendida esta, contudo, «não como uma identidade absoluta entre dois acontecimentos históricos mas que eles se equivalham para efeitos de subsunção jurídica a ponto de se poder dizer que, pese embora a solução jurídica encontrada num dos processos assente numa factualidade que não coincide exactamente com a do outro processo, esta solução jurídica continuaria a impor-se para o subscritor mesmo que a factualidade fosse a do outro processo» (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Junho de 2014, proferido no processo n.º 1714/11.5GACSC.L1.S2).

Neste caso concreto, a recorrente, tendo a qualidade de arguida no processo em que foi proferido o acórdão recorrido, tem legitimidade para a interposição do recurso e interesse em agir uma vez que a fixação de jurisprudência nos termos por ela propostos acarreta a sua absolvição do crime pelo qual foi condenada.

O acórdão recorrido foi proferido no dia 23 de Janeiro de 2019, tendo transitado em julgado no dia 7 de Fevereiro. O prazo de 30 dias para a interposição do recurso terminou no dia 11 de Março uma vez que o dia 9 desse mesmo mês foi um sábado. O recurso foi interposto no dia 12, 1.º dia útil seguinte ao termo do prazo, encontrando-se paga a multa correspondente (fls. 42 e 43).

É, por isso, tempestivo.

A recorrente interpôs recurso de um acórdão do Tribunal da Relação do Porto e indicou um outro acórdão de um Tribunal da Relação, no caso do Tribunal da Relação de Guimarães, anteriormente proferido e transitado em julgado, como estando em oposição com o acórdão recorrido, tendo justificado a existência dessa oposição quanto ao conceito de funcionário previsto actualmente na alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal.

Na data da prática dos factos a que se refere o acórdão fundamento, o preceito em causa, com a redacção que lhe tinha sido dada pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, constava da alínea c) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal, tendo, na data relevante para o acórdão recorrido, a redacção resultante da entrada em vigor da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, passado a constar, com idêntica redacção, da alínea d) do n.º 1 do mesmo preceito legal.

O recurso foi admitido com efeito meramente devolutivo, tal como se encontra previsto no artigo 438.º, n.º 3, do Código de Processo Penal.

Resta apenas verificar se existe, efectivamente, oposição de julgados e se a situação factual é, em ambos os acórdãos, idêntica.

O acórdão recorrido condenou a arguida pela prática de um crime de peculato de uso, p. e p. pelo artigo 376.º do Código Penal, por ter, para além do mais, considerado que a arguida, trabalhadora de uma associação mutualista, modalidade de uma instituição particular de solidariedade social, reconhecida como pessoa colectiva de utilidade pública, era, para efeitos de aplicação da lei penal, funcionária.

Por sua vez, o acórdão fundamento apreciou um recurso interposto pela assistente, instituição particular de solidariedade social, reconhecida também como pessoa colectiva de utilidade pública, de um despacho que tinha decidido não pronunciar o arguido, seu presidente, pela prática de um crime de peculato p. e p. pelo artigo 375.º do Código Penal por o mesmo não poder ser considerado, para efeitos de aplicação da lei penal, como funcionário.

Ao tempo em que os factos respectivos ocorreram, as associações mutualistas, embora sujeitas a um estatuto próprio, eram consideradas pelo artigo 1.º do Código das Associações Mutualistas² como Instituições Particulares de Solidariedade Social, o que estava em consonância com o próprio Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social³ que, no seu artigo 2.º, considerava ser essa uma das formas que estas instituições podiam revestir.

Parece manifesto que o Tribunal da Relação do Porto e o Tribunal da Relação de Guimarães, tendo por base uma situação de facto equivalente, manifestaram, quanto ao conceito de funcionário para efeitos de aplicação da lei penal, entendimentos opostos.

Existe, por isso, uma oposição de julgados que legitima a interposição do presente recurso para fixação de jurisprudência.

Antecedentes e enunciado da questão colocada

4. O Código Penal de 1886 estabelecia, no seu artigo 327.º, o conceito de empregado público para efeitos do disposto no Capítulo XIII do Título III do Livro II daquele Código – Dos crimes dos empregados públicos no exercício de suas funções –, dizendo que era aquele que exercia ou participava no exercício de funções públicas civis de qualquer natureza.

O anteprojecto da parte especial do Código Penal elaborado por Eduardo Correia, que esteve na origem do Código vigente, pretendendo traçar um conceito válido para o Código Penal que não tivesse de *«decalcar ou sequer assentar noutros conceitos estabelecidos para outros domínios do direito»*⁴ e que não apresentasse lacunas, estabelecia o conceito de funcionário público no n.º 1 do seu artigo 466.º, abarcando nas alíneas a) e b) o funcionário civil e o funcionário administrativo e na alínea c) *«[q]uem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tenha sido chamado a desempenhar ou a participar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional»*.

Logo na 24.ª sessão da Comissão encarregada da revisão desse anteprojecto, que teve lugar no dia 24 de Junho de 1966, *«se levantou a questão de saber se a formulação do n.º 1 abrangia os membros dos organismos corporativos e das actividades económicas (funções de fiscalização, de coordenação, etc.)»*, tendo, ante a impossibilidade de se obter acordo, sido ouvido consultivamente Afonso Rodrigues Queiró, que se pronunciou no sentido de que *«os membros das actividades*

económicas, nomeadamente dos organismos de coordenação económica, est[avam] já abrangidos na alínea c)», tendo acrescentado que o mesmo não acontecia «porém, com os membros dos organismos corporativos», sendo de opinião que à alínea c) se deveriam acrescentar «os títulos de funções em organismos corporativos e instituições de previdência (pois [era] de toda a lógica que estes últimos [fossem] igualmente abrangidos)»⁵.

No entender deste professor, «outra solução seria utilizar-se na alínea c) uma fórmula suficientemente ampla, por exemplo, 'função em pessoa colectiva pública'», sugestão que foi afastada pelo autor do anteprojecto considerando ser preferível uma «solução mais específica e limitada».

Nesta sequência, foi aprovada por unanimidade uma proposta que acrescentava ao texto daquele anteprojecto os seguintes dizeres: «ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhe funções em organismos corporativos ou instituições de previdência ou nelas participe»⁶.

Essa proposta veio a ser considerada aceitável por Marcello Caetano⁷, entendendo, contudo, que seria preferível a utilização do termo «servidor do Estado» e a definição deste nos seguintes termos: «Para efeitos da lei penal considera-se servidor do Estado todo aquele que, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, tenha sido provido num cargo ou chamado por qualquer modo a desempenhar ou a participar no desempenho de actividade incluída nas atribuições de uma pessoa colectiva de direito público».

Aquele projecto de 1966, como se sabe, só veio a ser retomado em 1979, constituindo a base da Proposta de Lei aprovada pelo IV Governo Constitucional, em 11 de Julho⁸, que não chegou a ser apreciada pela Assembleia da República, e, mais tarde, em 1982, da Proposta de Lei n.º 100/II, apresentada pelo VIII Governo Constitucional⁹, a qual esteve na origem da aprovação do actual Código Penal.

Na sequência da queda do regime corporativo e da edificação do sistema de Segurança Social previsto na Constituição de 1976, nessas duas propostas e no texto do Código Penal que a seguir veio a ser aprovado, o inciso introduzido em 1966 na parte final da alínea c) do n.º 1 daquela disposição legal foi substituído por «ou, nas mesmas circunstâncias, desempenhe funções em organismos de utilidade pública ou nelas participe».

É essa a redacção que, salvo quanto ao tempo dos verbos, hoje consta da actual alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal¹⁰ e é da delimitação do conceito de «organismo de utilidade pública» e da inclusão nele das instituições particulares de solidariedade social, sob qualquer das suas formas¹¹, pessoas colectivas de utilidade pública não administrativa¹², que depende a solução da questão que neste recurso aparece como controvertida.

As teses em confronto

5. Ao conceito de organismo de utilidade pública foi, ao que se julga, pela primeira vez, atribuído um sentido amplo por Leal-Henriques e Simas Santos que, em 1987, na 1.ª edição do 4.º volume do seu «Código Penal de 1982», nele incluíram «as pessoas colectivas de direito público e, dentre as pessoas colectivas de direito privado, os entes colectivos de fim desinteressado – pessoas colectivas de utilidade pública em geral e pessoas colectivas de utilidade pública administrativa»¹³.

Uma tal posição foi também assumida por Damião da Cunha no «Comentário Conimbricense do Código Penal»¹⁴ e por Pinto de Albuquerque logo na 1.ª edição do seu «Comentário do Código Penal»¹⁵, especificando o primeiro que os organismos de utilidade pública «[podiam] ser pessoas colectivas de mera utilidade pública, instituições particulares de solidariedade social ou pessoas colectivas de utilidade pública administrativa (cf. quanto a estes conceitos, Freitas do Amaral, cit. p. 563 ss.)» e dizendo o segundo que «organismo de utilidade pública é a pessoa colectiva de direito privado que é objecto de uma declaração de utilidade pública ... como, por exemplo, as pessoas colectivas de mera utilidade pública, as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa e as instituições particulares de solidariedade social».

Logo em 1988, Sá Pereira¹⁶, aceitando embora um tal entendimento alargado, manifestava algum distanciamento dizendo apenas que existia «uma justificada tendência para integrar no comando em apreço os empregados, servidores ou funcionários das pessoas colectivas de utilidade pública em geral (Decreto-Lei n.º 460/77, de 7 de Novembro) e das pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, 'cujas atribuições coincidem com as funções da Administração Pública, e que por isso estão sujeitas a um regime jurídico especial' (Freitas do Amaral)».

O acórdão recorrido adopta este entendimento.

Em 2008¹⁷, Damião da Cunha reviu a sua concepção sustentando a partir daí um conceito restricto de organismo de utilidade pública do qual excluiu as pessoas colectivas de utilidade pública, mesmo as de utilidade pública administrativa¹⁸, partindo de que elas eram pessoas colectivas de direito privado e de que a inclusão no anteprojecto da referência ao desempenho de funções nos organismos corporativos e em instituições de previdência social, que o desempenho de funções em organismos de utilidade social substituiu, *«foi sempre o de estar em causa uma pessoa colectiva de direito público»*¹⁹.

É na linha deste entendimento que se encontra o acórdão fundamento.

A posição a adoptar

6. A questão que se coloca neste acórdão é apenas, como se deixou dito, a de saber se no conceito de «organismo de utilidade pública» se devem incluir as instituições particulares de solidariedade social.

À data em que estava a ser elaborada a Proposta de Lei de um novo Código Penal, que veio a ser aprovada pelo IV Governo Constitucional em 1979, estava também em preparação uma profunda reforma da protecção social no nosso país que, na sequência da entrada em vigor da Constituição de 1976²⁰, visava a construção de um sistema de Segurança Social²¹ público no qual foram integrados os organismos da previdência social.

Neste sistema se incluíam e incluem também as instituições privadas de solidariedade social não lucrativas, até aí consideradas pessoas colectivas de utilidade pública administrativa, que cooperam com a Administração Pública na realização das respectivas tarefas²². O Decreto-Lei n.º 519-G/79, de 29 de Dezembro, procurou reunir num único diploma as normas que definiam e regulavam o estatuto destas instituições, *«eliminando totalmente as anteriores formas de intervenção tutelar da Administração»*, intervenção que ficou *«restricta aos poderes constitucionais de regulamentação, coordenação e fiscalização»*, passando os actos de intervenção substitutiva para a área judicial, só podendo ser praticados pelos tribunais, *«acentuando-se, deste modo, o seu carácter privado»*.

Mantendo a natureza de pessoas colectivas de utilidade pública, agora não administrativa, estas instituições tinham, no entanto, um estatuto diferente do das meras pessoas colectivas de utilidade pública, sendo que a tutela e os subsídios do Estado não faziam *«perder às instituições a sua natureza privada, nem o direito de livre actuação, nos termos e com respeito pela lei aplicável»* (artigo 2.º, n.º 3).

Podiam revestir diversas formas, entre as quais a de associações de solidariedade social e a de associações de socorros mútuos.

Embora este diploma tenha sido revogado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, os seus propósitos mantiveram-se, tendo apenas sido alargado o conceito destas instituições, que passaram a abarcar outros domínios de intervenção, acentuando-se o seu processo de autonomização, sendo desde então designadas como instituições particulares de solidariedade social.

Este panorama não se alterou com a publicação do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que alterou e republicou o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, posteriormente alterado pontualmente pela Lei n.º 76/2015, de 26 de Julho.

Tendo em conta esta dinâmica, não se compreenderia, nem se vê razão para que o legislador de 1979/82 tivesse pretendido alargar o conceito de funcionário de forma a abranger pessoas que não tinham uma tal qualidade em face do anteprojecto de Código Penal elaborado por Eduardo Correia quando os novos diplomas legais acentuavam o seu carácter privado.

Seria, de resto, estranho que o legislador tivesse utilizado a expressão «organismos de utilidade pública» para indicar aqueles que desempenhavam ou colaboravam no desempenho de funções em instituições que eram legal e doutrinalmente conhecidas como pessoas colectivas de utilidade pública. Não se compreenderia a utilização de um conceito de contornos indefinidos para indicar aquilo que podia ser designado em termos precisos.

De resto, se analisarmos os tipos incriminadores incluídos no Código Penal em que o agente é caracterizado como sendo funcionário, veremos que aqueles que não se encontram integrados no Capítulo V – Dos crimes contra o Estado – do Livro II deste diploma, excepção feita aos crimes

de falsificação de documentos²³, em que a qualidade de funcionário está associada à existência de uma função de certificação, pressupõem um grave abuso de autoridade²⁴, características que são estranhas ao exercício de funções em instituições particulares de solidariedade social.

De entre os tipos incriminadores incluídos nesse Capítulo V, alguns estão associados ao exercício de funções específicas, como são as relacionadas com a realização da justiça²⁵ e o cumprimento de reacções criminais privativas da liberdade²⁶, as quais não são exercidas pelas instituições particulares de solidariedade social.

Outros dizem respeito ao exercício do poder público e aos deveres a ele inerentes²⁷. Nenhum deles parece poder ser praticado por alguém que desenvolve funções nesse tipo de instituições.

Se as funções em instituições particulares de solidariedade social podiam propiciar a prática de crimes de corrupção e de peculato (Secções I e II do Capítulo IV do Título V do Livro II do Código Penal), para os quais a qualidade de funcionário também é relevante²⁸, há que notar que esses mesmos comportamentos são em geral igualmente puníveis quando assumidos por não funcionários, uns como crimes patrimoniais e os outros como crimes de corrupção no sector privado²⁹.

Ficaria então por explicar a razão de ser de uma punição agravada para os trabalhadores e os titulares de órgãos de pessoas colectivas de direito privado que, nem orgânica, nem funcionalmente, fazem parte da Administração Pública³⁰. Como ficaria por explicar a punição do abandono de funções, estabelecido pelo artigo 385.º do Código Penal, quando as instituições particulares de solidariedade social não se encontram obrigadas à prestação de um serviço público e podem mesmo ser extintas por vontade dos seus membros³¹.

Não se vê por isso razão para os equiparar, mesmo que apenas para efeitos penais, aos «trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado» a que se referem os artigos 269.º a 271.º da Constituição.

A nosso ver, as Instituições Particulares de Solidariedade Social inserem-se no sector cooperativo e social, ainda que sob fiscalização do Estado [artigos 63.º, n.º 5, e 82.º, n.º 4, alínea d), da Constituição], integrando-se a sua actividade, actualmente, no âmbito da economia social (também conhecido por “terceiro sector”), autónoma e distinta da actividade do Estado, embora em cooperação com ele na prossecução de finalidades de interesse geral, a que foi dada expressão jurídica pela Lei n.º 30/2013, de 8 de Maio, desenvolvida, quanto às Instituições Particulares de Solidariedade Social, pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro.

Tal como afirmam Gomes Canotilho e Vital Moreira, referindo-se às IPSS, «[o] facto de desempenharem tarefas de interesse público não as transforma em órgãos da administração indirecta do Estado, o que de resto não se compaginaria com o enquadramento constitucional destas instituições no sector cooperativo e social (e não no sector público)»³².

Por tudo isto, entende este tribunal que as instituições particulares de solidariedade social não devem ser consideradas «organismos de utilidade pública» e, por essa via, não deve ser considerado funcionário, para efeito da lei penal, quem desempenhe ou participe no desempenho da sua actividade.

III – DISPOSITIVO

Termos em que se fixa a seguinte jurisprudência:

«O conceito de ‘organismo de utilidade pública’, constante da parte final da actual redacção da alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal, não abarca as instituições particulares de solidariedade social, cujo estatuto consta hoje do Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, alterado pela Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho».

Consequentemente, revoga-se o acórdão recorrido, determinando-se que ele seja substituído por outro que aplique o aqui decidido.

Sem custas.

Cumpra-se o artigo 444.º, n.º 1, do Código de Processo Penal.

¹ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 1193, anotação 11.

² Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 72/90, de 3 de Março, hoje substituído pelo Decreto-Lei n.º 59/2018, de 2 de Agosto.

³ Aprovado pela primeira vez pelo Decreto-Lei n.º 519-G2/79, de 29 de Dezembro, revogado pelo Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, hoje alterado pelo Decreto-Lei n.º 172-A/2014, de 14 de Novembro, que o republicou, e subsequentemente pela Lei n.º 76/2015, de 28 de Julho.

⁴ In BMJ n.º 290, de Novembro de 1979, p. 96 e 97. Para o direito administrativo, funcionário era apenas, como dizia Marcello Caetano, «o agente administrativo profissional submetido ao regime legal da função pública» (CAETANO, Marcello, in «Manual de Direito Administrativo», volume II, 9.ª edição, revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Livraria Almedina, Coimbra, 1980 (reimpressão), p. 642). Daí que esta noção de funcionário, que excluía muitos dos servidores públicos, não pudesse ser aceite pelo direito penal e fosse necessário procurar uma que abarcasse, sem lacunas, todo o universo da Administração Pública.

⁵ As corporações e os organismos corporativos eram, para Rodrigues Queiró, pessoas colectivas de direito público (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, in «Lições de Direito Administrativo», Volumes I e II, Coimbra, 1959, p. 273 a 275). Para Marcello Caetano, esta qualificação apenas devia ser atribuída ao Estado e às pessoas que tivessem sido criadas por acto do Poder público, existissem para a prossecução necessária de interesses públicos e exercessem em nome próprio poderes de autoridade (CAETANO, Marcello, in «Manual de Direito Administrativo», Tomo I, 10.ª edição revista e actualizada por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra Editora, Lisboa, 1973, p. 184). Para este autor, as corporações e os organismos corporativos obrigatórios eram também pessoas colectivas de direito público, só não sendo como tal qualificados os organismos corporativos facultativos criados por iniciativa dos interessados (ob. cit. p. 389). Para este professor, as instituições de previdência que, de acordo com o Estatuto do Trabalho Nacional, se incluíam na organização corporativa, deviam ser qualificadas como fundações públicas e, assim, como pessoas colectivas de direito público (ob. cit. p. 393). Também para Sérvulo Correia, as caixas de previdência, não sendo embora puras fundações, eram pessoas colectivas de direito público (CORREIA, José Manuel Ribeiro Sérvulo, in «Teoria da Relação Jurídica de Seguro Social», in «Estudos Sociais e Corporativos, Ano VII, n.º 27, 1968, Julho a Setembro, p. 154 e ss.).

⁶ Sobre toda esta discussão veja-se o BMJ n.º 290, de Novembro de 1979, p. 96 a 98, e o Projecto de Parte Especial do Código Penal publicado em 1966 como separata do BMJ n.º 158.

⁷ CAETANO, ob. cit., volume II, p. 672.

⁸ Publicada no BMJ n.º 291, de Dezembro de 1979.

⁹ Publicada no Diário da Assembleia da República, I Série, n.º 94, de 22 de Maio de 1982.

¹⁰ A Proposta de Lei de 1982 também tinha substituído a expressão «funcionário administrativo», constante da alínea b) do n.º 1 do artigo 468.º do projecto de 1966 e da alínea b) do n.º 1 do artigo 461.º da Proposta de Lei de 1979, por «agente administrativo», expressão que ainda hoje consta da alínea b) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal.

¹¹ Que abarcam, nomeadamente, nos termos do artigo 2.º do respectivo estatuto, as associações de solidariedade social e as associações mutualistas ou de socorros mútuos.

¹² A doutrina, nomeadamente Freitas do Amaral, classifica as pessoas colectivas de utilidade pública quanto aos fins que prosseguem e ao regime jurídico a que estão sujeitas, dividindo-as em três grupos: as pessoas colectivas de mera utilidade pública, as instituições particulares de solidariedade social e as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa (AMARAL, Diogo Freitas do, in «Curso de Direito Administrativo», volume I, 4.ª edição, 2015, p. 592). Pessoas colectivas de direito privado e utilidade pública administrativa de âmbito nacional, excluídas do campo de aplicação deste acórdão, porque reguladas por diplomas especiais, são, por exemplo, a Cruz Vermelha Portuguesa, cujos estatutos foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 281/2007, de 7 de Agosto, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, com estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro, alterados, por último, pela Lei n.º 53/2018, de 20 de Agosto, a Liga dos Bombeiros Portugueses e as associações humanitárias de bombeiros, com estatutos constantes da Lei n.º 32/2007, de 13 de Agosto, e a Liga dos Combatentes, cujos estatutos constam da Portaria n.º 119/99, de 10 de Fevereiro, diplomas que consideram expressamente estas instituições como sendo pessoas colectivas de utilidade pública administrativa.

¹³ LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira, e SANTOS, Manuel José Carrilho de Simas, in «O Código Penal de 1982», volume 4, Rei dos Livros, Lisboa, 1987, p. 607.

¹⁴ CUNHA, J. M. Damião da, in «Comentário Conimbricense do Código Penal», Parte Especial, Tomo III, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 815.

¹⁵ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», 1.ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, anotação 25 ao artigo 386.º, p. 914, o que continua a ser afirmado na p. 1234 da 3.ª edição (2015) dessa obra.

¹⁶ PEREIRA, Victor Sá, in «Código Penal», Livros Horizonte, Lisboa, 1988, p. 462.

¹⁷ CUNHA, José Manuel Damião da, in «O conceito de funcionário, para efeito da lei penal, e a 'privatização' da Administração Pública», Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

¹⁸ CUNHA, ob. cit. p. 62.

¹⁹ CUNHA, ob. cit. p. 47.

²⁰ Nos termos do artigo 63.º da redacção originária da Constituição, incumbia ao «Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado, de acordo e com a participação das associações sindicais e outras organizações das classes trabalhadoras», o que não prejudicava «a existência de instituições privadas de solidariedade social não lucrativas, que ser[iam] permitidas, regulamentadas por lei e sujeitas à fiscalização do Estado», sistema que deveria proteger «os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho».

²¹ Nesta linha, procedeu-se à integração das instituições de Previdência Social no Estado, o que veio a ser feito pela primeira Lei de Bases da Segurança Social (Lei n.º 28/84, de 14 de Agosto) adquirindo as novas estruturas características de institutos públicos, tornando-se elementos, ainda que descentralizados, da administração pública, e passando a generalidade dos seus trabalhadores a ser abrangidos pelo regime da função pública, o que veio a ser feito pelo Decreto-Lei n.º



278/82, de 20 de Julho, na sequência do Decreto Regulamentar n.º 68/77, de 17 de Outubro, e das Portarias n.ºs 38-A/78, de 19 de Janeiro, e 193/79, de 21 de Abril.

²² Sobre as relações de cooperação entre os particulares e a Administração Pública, que por vezes podem surgir formalizadas num contrato, veja-se GONÇALVES, Pedro, in «Entidades Privadas com Poderes Públicos», Almedina, Coimbra, 2005, p. 454 e ss.

²³ Artigos 256.º, n.º 4, e 257.º do Código Penal.

²⁴ Artigos 132.º, n.º 2, alínea m), 155.º, n.º 1, alínea c), 158.º, n.º 2, alínea g), in fine, e 184.º, in fine, do Código Penal.

²⁵ Artigos 368.º e 369.º do Código Penal.

²⁶ Artigos 350.º e 351.º do Código Penal.

²⁷ Artigos 378.º, 379.º, 380.º, 381.º, 382.º, 383.º, 384.º e 385.º do Código Penal.

²⁸ Artigos 372.º, 373.º, 375.º, 376.º e 377.º do Código Penal.

²⁹ Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, alterada pela Lei n.º 30/2015, de 22 de Abril.

³⁰ Ver, neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa, in «Manual de Direito Administrativo», volume I, Almedina, Coimbra, 2019, p. 437 e ss.

³¹ O que apenas se poderia entender quanto a entidades particulares com funções administrativas que as desempenham em substituição do Estado e não quando entre elas e o Estado existem relações de cooperação ou mesmo de colaboração (GONÇALVES, Pedro Costa, ob. cit., 2019, p. 738 e ss.).

³² CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, in «Constituição da República Portuguesa Anotada», Volume I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 821.

◇

Supremo Tribunal de Justiça, 13 de Fevereiro de 2020. — *Carlos Manuel Rodrigues de Almeida* (Relator) — *José Luís Lopes da Mota* — *Maria da Conceição Simão Gomes* — *António Manuel Clemente Lima* — *Maria Margarida Blasco Martins Augusto* — *Paulo Jorge Fonseca Ferreira da Cunha* — *Maria Teresa Féria Gonçalves de Almeida* — *José António Henrique dos Santos Cabral* — *António Pires Henriques da Graça* — *Nuno de Melo Gomes da Silva* — *Manuel Pereira Augusto de Matos* — *Júlio Alberto Carneiro Pereira* (Vencido nos termos da declaração em anexo) — *Nuno António Gonçalves* (Vencido, conforme declaração de voto do Conselheiro Júlio Pereira) — *Raul Eduardo do Vale Raposo Borges* (Considerando que não há oposição de julgados, não sendo idênticas as situações de facto versadas nos acórdãos em confronto) — *Manuel Joaquim Braz* (Vencido conforme declaração que junto) — *Helena Isabel Gonçalves Moniz Falcão de Oliveira* (Com a declaração que junto) — *Francisco Manuel Caetano* (Vencido conforme declaração que junto) — *António Joaquim Piçarra* (Presidente).

Processo n.º 733/12.0TAPFR.P1-A.S1

Declaração de voto

1 — Conforme consta do projecto de acórdão, a abrangência das pessoas colectivas de utilidade pública no conceito de organismo de utilidade pública em geral, para efeitos do disposto no art.º 386.º do Código Penal, foi inicialmente aceite pela doutrina, se bem que posteriormente se tenha verificado uma inversão por parte de alguns autores.

Segundo Damião da Cunha¹ “...a razão que legitimou a inclusão, daqueles que desempenham funções públicas em organismos de utilidade pública, assentava no pressuposto de que estes agentes estariam integrados em pessoas colectivas de direito público”

para a partir daí concluir que

“...entendendo-se que as pessoas colectivas de utilidade pública administrativa são hoje pessoas colectivas de direito privado, falha o pressuposto, histórico e teleológico, que legitimaria a subsunção, no conceito de funcionário, daqueles que exercem (ou participam no exercício de) funções públicas nessas entidades”.

Não se afigura que esta argumentação seja consistente porquanto se o legislador tivesse em vista as pessoas colectivas de direito público faria constar isso mesmo da norma. Por outro lado, a referência aos organismos de utilidade pública só é útil e evita o pleonasma pretendendo aludir às pessoas colectivas de direito privado dado que as pessoas colectivas de direito público estão por natureza ao serviço do interesse público.

2—Diferentemente do que acontece com a previsão das alíneas a) e b) do n.º 1 do art.º 386.º, em que a qualidade de funcionário para efeitos penais emerge da relação subjectiva que se estabelece entre um sujeito e uma pessoa colectiva de direito público, na alínea c) o que está em causa é o conteúdo material da actividade desenvolvida pelo agente, independentemente do tipo de relação que exista entre esse agente e o Estado ou outro ente público.

Isto não ocorre de forma diferente em relação a quem desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar, apesar da letra da lei poder gerar a convicção de que neste caso o que releva é a relação subjectiva entre o organismo e o agente. Tal significa que a abrangência pelo conceito de funcionário de quem desempenhar funções em organismos de utilidade pública ou nelas participar, não pode prescindir do desempenho ou participação no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional. O que leva à conclusão de que um funcionário de uma Instituição Particular de Solidariedade Social (IPSS) não pode, só por esse facto, ser considerado funcionário para efeitos penais, exigindo-se, para que tal aconteça, o desempenho de uma tarefa materialmente compreendida nas tarefas da administração pública.

3—De que forma poderá isso acontecer?

Por via daquilo a que alude o título do trabalho de Damião da Cunha acima citado, quando se refere à “privatização” da administração pública.

Ao Estado compete um conjunto de tarefas que só podem ser convenientemente realizadas com recurso à colaboração com entidades privadas, seja em razão dos modelos organizativos do próprio Estado, seja pela dificuldade de chegar a todas as partes do território, seja pela conveniência de prestar determinados serviços numa lógica de mercado.

Entre essas tarefas conta-se a da segurança social.

Pode dizer-se que o DL n.º 519-G2/79, de 29 de dezembro, que aprovou o Estatuto das Instituições Privadas de Solidariedade Social, foi o instrumento mais relevante de concretização do imperativo constitucional constante dos artigos 63.º a 72.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), onde se afirma o direito de todos à segurança social (art.º 63.º, n.º 1), estabelecendo o n.º 5 do art.º 63.º da CRP que “O Estado apoia e fiscaliza, nos termos da lei, a actividade e o funcionamento das instituições particulares de solidariedade social e de outras de reconhecido interesse público sem carácter lucrativo, com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social consignados, nomeadamente, neste artigo, na alínea b) do n.º 2 do artigo 67.º, no art.º 69.º, na alínea e) do n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 71.º e 72.º”.

Importa aqui fazer uma referência expressa ao disposto nos artigos 1.º e 2.º n.º 1 do mencionado estatuto:

Artigo 1.º (Definição e objectivo das instituições):

São instituições privadas de solidariedade social as criadas, sem finalidade lucrativa, por iniciativa particular, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de solidariedade e de justiça entre os indivíduos e com o objectivo de facultar serviços ou prestações de segurança social.

Artigo 2.º (Enquadramento e natureza das instituições):

1—Enquanto entidades que facultam serviços ou prestações, as instituições, quando registadas nos termos deste Estatuto, fazem parte do sistema de segurança social referido no artigo 63.º da Constituição, pelo que são reconhecidas, valorizadas e apoiadas pelo Estado que as orienta e tutela, as coordena e subsidia.

4—Do disposto em tais disposições conclui-se que o Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social as considera como fazendo parte do sistema de segurança social referido no art.º 63.º da Constituição apenas quando atuam com objectivo de “facultar serviços ou prestações de segurança social”. Só enquanto prestadoras de serviços ou prestações são estas pessoas reconhecidas, valorizadas e apoiadas pelo Estado (art.º 2.º, n.º 1) porque em tal vertente estão efectivamente a dar cumprimento a uma tarefa que constitucionalmente incumbe ao Estado, ainda que em colaboração com os particulares. Isto já decorria do disposto no art.º 2.º, n.º 1 do diploma que aprovou o estatuto, de acordo com o qual “As instituições privadas de solidariedade social ficam

submetidas ao regime estabelecido pelo Estatuto, salvo no que especificamente diga respeito a fins estranhos ao sistema de segurança social que eventualmente prossigam”.

Este carácter dual foi mantido quer pelo DL n.º 119/83, de 25/02/1983 (art.º 3.º, n.º1), excluindo a aplicação do regime consagrado neste diploma quando as instituições prossigam de modo secundário outros fins não lucrativos, ainda que compatíveis com os estabelecidos no n.º 1, quer pelo DL n.º 172-A/2014, de 14/11/2014, que também exclui a aplicação do estatuto aos fins secundários e actividades instrumentais prosseguidos ou desenvolvidas por essas pessoas (art.º 1.º-B, n.º 3).

Ou seja, as IPSS, enquanto organismos do sistema descentralizado de segurança social (art.º 63.º, n.º 2 da CRP), realizam um ação compreendida na função administrativa do Estado, que materialmente consiste na satisfação constante e quotidiana das necessidades colectivas, na prestação de bens e serviços², estando por isso tal ação compreendida no âmbito da alínea d) do n.º 1 do art.º 386.º do Código Penal. Tal é assumido no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 39/2017, de 4 de abril, onde se reconhece que o setor da economia social, no qual as IPSS se integram, “constitui um dos pilares fundamentais da organização económico-social do Estado”.

5— Todavia as IPSS são instituições de direito privado que, como já vimos, a par das ações de segurança social prosseguem outros fins, à semelhança do que ocorre com empresas concessionárias de serviços públicos, cujo escopo pode abranger finalidades que não se prendem com a prestação do serviço público (por ex. uma empresa concessionária do serviço de distribuição de energia elétrica que para além disso vende equipamentos ou presta outro tipo de serviços que não fazem parte da concessão).

Também aí a dimensão material da actividade desenvolvida é que será decisiva para a qualificação do agente como funcionário. O conceito de funcionário para efeitos penais não pode ser arbitrário, sob pena de se colocar o aparelho do Estado ao serviço de interesses que vão para além do interesse público da defesa dos bens jurídicos subjacentes aos crimes cometidos no exercício de funções públicas, ou que pressuponham a qualidade de funcionário, colocando-o na órbita de interesses privados que por esta via ficarão numa situação de privilégio relativamente a outros sujeitos ou operadores de mercado. Isso é particularmente visível no que diz respeito às empresas concessionárias de serviços públicos, que têm fins lucrativos, mas que também ocorre nas IPSS quando prossigam fins que, mesmo sem propósito lucrativo, não estão relacionados com as finalidades que lhes conferem o apoio e a colaboração do Estado. Ou seja, uma caracterização como funcionário baseada na relação subjectiva entre o trabalhador e a instituição, retiraria em muitas situações fundamento material à antijuridicidade ou antijuridicidade agravada pressuposta nos tipos penais que exigem essa qualidade por parte do agente. E sem esse fundamento material esvai-se a própria legitimidade de intervenção do direito penal enquanto ultima ratio da política social. Isto mesmo se parece depreender do que escreve Damião da Cunha, em anotação ao artigo 386.º do Código Penal, a propósito do conceito de funcionário no âmbito do sector público empresarial: “(...) a atribuição da qualificação de funcionário a um agente deve estar dependente ou de uma especial vinculação ou qualificação pessoal deste, ou do facto de este desempenhar funções ou participar numa empresa que desenvolva uma actividade de serviço público”³.

6— Consideramos pelo exposto, embora na descrita dimensão restritiva, que as instituições particulares de solidariedade social são abrangidas pelo conceito de organismo de utilidade pública, constante da parte final da actual redacção da alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal, pelo que quem nelas desempenhar funções ou nelas participar é considerado funcionário para efeito da lei penal, exceto se a respetiva ação se situar fora do âmbito dos fins primários da pessoa coletiva.

¹ Damião da Cunha, *O Conceito de Funcionário para Efeitos da Lei Penal e a “Privatização” da Administração Pública*, Coimbra Editora, 2008, pag. 60.

² Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo V, Coimbra Editora, 1997, pag. 22 e ss.

³ Damião da Cunha in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, tomo III, Coimbra Editora, 2001, pag. 818.

Declaração de voto:

As instituições particulares de solidariedade social são *peças colectivas de utilidade pública*, assim reconhecidas pelo Estado que, em virtude do “*papel fundamental que desempenham no apoio às famílias e às comunidades na resolução de variadas formas de carência social*”, as apoia, subsidiando-as, as regulamenta e as fiscaliza. São-no desde a vigência do Decreto-Lei n.º 519-G2/79, de 29 de Dezembro, que as designava como instituições privadas de solidariedade social, tendo o respectivo regime sido substituído pelo do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25 de Fevereiro, sucessivamente alterado.

Numa interpretação declarativa, as instituições particulares de solidariedade social estão sem dúvida abrangidas no conceito de *organismos de utilidade pública*. E não vejo que haja elementos que autorizem uma interpretação restritiva que as exclua.

Desde logo, a sua inclusão não representará qualquer verdadeiro alargamento do âmbito de abrangência da fórmula de 1966 do anteprojecto de Eduardo Correia, uma vez que esta já abarcava as *instituições de previdência*, e, à luz daquele primeiro diploma, vigente na data de entrada em vigor do Código Penal de 1982, as instituições privadas ou particulares de solidariedade social eram consideradas como fazendo «*parte do sistema de segurança social referido no artigo 63.º da Constituição*».

Além disso, o legislador do Código Penal, tendo pela frente, logo na versão inicial, um quadro legal, no qual as instituições particulares/privadas de solidariedade social eram classificadas como *peças colectivas de utilidade pública*, designação que, sem mais, é abarcada pela de *organismos de utilidade pública*, se tivesse no seu pensamento excluir as instituições particulares de solidariedade social daquela categoria, adoptaria certamente redacção diferente para a parte final da alínea c) do n.º 1 do artigo 437.º, actualmente alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º, por ser de presumir que sabe exprimir-se em termos adequados, nos termos do n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil. Será mesmo caso de ver no uso da expressão *organismo de utilidade pública* um propósito, conseguido ou não, de maior abrangência.

Não me parece que este entendimento seja contrariado pela descrição do tipo criminal de abandono de funções, presentemente previsto no artigo 385.º, que liga o funcionário ao desempenho de serviço público, não tendo essa natureza a actividade desenvolvida pelas instituições particulares de solidariedade social. Daí só poderá concluir-se que o crime de abandono de funções do artigo 385.º não pode ser cometido por todos os funcionários abrangidos na previsão do artigo 386.º, mas apenas por aqueles que prestem um serviço público.

Nesta perspectiva, da circunstância de as pessoas que exercem funções em instituições particulares de solidariedade social não poderem praticar todos os crimes em que o agente é tido como funcionário não poderá tirar-se qualquer consequência relevante para a solução da questão controvertida.

A extensão da categoria de funcionário a quem desempenhe funções em instituição particular de solidariedade social encontrará razão de ser no facto de essas pessoas desenvolverem uma actividade que é de interesse público e, ao menos parcialmente, é sustentada com dinheiros públicos, provenientes, designadamente, de subsídios, dinheiros que assim deixam de ser aplicados no cumprimento de outras finalidades do Estado.

Por outras palavras, neste entendimento, a opção legislativa tem a ver com a natureza, não da instituição, sem autoridade pública, mas da actividade que desenvolve, de utilidade pública. De tal modo que, como estabelece o n.º 1 do artigo 5.º do Estatuto das Instituições Particulares de Solidariedade Social, «*os interesses e os direitos dos beneficiários preferem aos das próprias instituições, dos associados ou dos fundadores*».

Estando em causa o exercício de uma actividade de utilidade pública, complementar da desenvolvida pelas entidades públicas em determinadas áreas, actividade essa que envolve o uso de fundos públicos, não é exagerado considerar que o Estado é indirectamente lesado com condutas criminosas como as que são objecto de apreciação nos acórdãos em confronto.

Penso assim que se deveria fixar jurisprudência no sentido de considerar que a parte final da alínea d) do n.º 1 do artigo 386.º do Código Penal abrange as instituições particulares de solidariedade social, em concordância com Paulo Pinto de Albuquerque: “*O organismo de utilidade pública é*

a pessoa de direito privado que é objecto de declaração de utilidade pública, precisamente porque a declaração de utilidade pública reconhece a ‘cooperação’ desta pessoa colectiva no exercício da função pública da Administração (...), como, por exemplo, (...) as instituições particulares de solidariedade social” (Comentário do Código Penal, 3.ª edição actualizada, página 1234).

Manuel Joaquim Braz.

Declaração de voto

Começamos por referir, na senda de Damião da Cunha, que “a definição de funcionário não é de aplicação “automática”; antes, porque é para efeito da lei penal, *tem de se atender à concreta norma penal, em que aquele concreto “agente” se insere*. Ou, se se quiser, *a definição sobre funcionário só intervém em ordem a ser integrada numa concreta norma penal ou num tipo legal de crime* que, progressivamente, se considera, ao menos em hipótese, como aplicável à situação concreta. Daí, pois, que *esta definição, a de funcionário, pressupõe sempre uma “avaliação” à luz do tipo legal de crime, ao qual se pretende aplicar* (o que, em regra, não sucede em outras definições legais).

De facto, é usual colocar-se a questão de saber se X é funcionário para efeito da lei penal. Pode seguramente responder-se que X estará, em abstracto, abrangido no universo de agentes/funcionários incluídos na definição, mas, além disso, é exigido ainda, (...) questionar se X é funcionário para efeito de uma (concreta) lei penal. Dito de outra forma: não basta questionar se X é funcionário; mas questionar-se para efeito de que lei penal X pode ou não ser considerado funcionário. Ou então, e talvez mais corretamente, questionar se X é funcionário para o crime de...”¹

Ao longo do tempo, este conceito tem vindo a ser alargado, nomeadamente, em simultâneo, com as diferentes alterações que o crime de corrupção tem tido².

Dado este alargamento, e a sua aplicação no âmbito de diferentes tipos legais de crime, e tendo em conta a questão jurídica que se colocou referente aos crimes de peculato e de peculato de uso, crimes integrados nos crimes cometidos no exercício de funções públicas, previstos no capítulo IV, do título V (dos crimes contra o Estado), do livro II, do Código Penal, elegeremos como delimitação da interpretação os tipos referidos naquele capítulo que abrange crimes como o de corrupção, peculato, abuso de autoridade, violação de segredo e abandono de funções. Sendo que a noção de funcionário se encontra na seção VI deste capítulo.

Nos crimes previstos neste capítulo, estão em causa “um conjunto de interesses do Estado e, dentro destes, com particular relevância os seus poderes de autoridade que são, assim, tutelados penalmente. Assim, esses poderes (ou interesses) têm de ser directamente “derivados” do Estado, para que, (proto)tipicamente, possam ser protegidos pelo CP”³. Pelo que, “em casos de privatização ou de “desestadualização” de poderes públicos, não é suficiente uma eventual remissão/equiparação ao funcionário/agente (público ou estatal) do crime (no exercício de funções públicas) para que aqueles, que actuam segundo uma base “privada”, vejam o seu comportamento subsumível à factualidade típica (...) descrita para aquele outro agente público. Com efeito, a equiparação deverá ser feita, não apenas por referência ao funcionário (ao agente), mas por equiparação à conduta tipicamente descrita no tipo legal de crime”⁴.

Assim sendo, não basta considerar um determinado agente como funcionário ao abrigo do art. 386.º, do CP, para que sem mais se possa considerar que cometeu um crime de corrupção ou de peculato. É necessário que, para além disso, se possa de algum modo proceder a “uma equiparação de uma função “privada” a uma função pública”⁵. Ou seja, mais do que uma equiparação entre agentes é preciso ocorrer uma equiparação entre as funções de modo a que se possa considerar que a conduta do agente lesou bens jurídicos conexos com interesses do Estado e que são tutelados no capítulo relativo aos crimes praticados no exercício de funções públicas.

Ora, se, por um lado, integram o conceito de funcionário os agentes da administração [al. a) e b) do art. 386.º, do CP]⁶, por outro lado, a al. d) do mesmo art. 386.º, do CP, consagra um conceito alargado de funcionário público, onde se abrangem aqueles que desempenham funções ou nelas

participem em organismos de utilidade pública, isto é, aqueles aos quais se “reconhece a “cooperação” desta pessoa coletiva no exercício da função pública da Administração”⁷. A estes acrescentam outras categorias de pessoas igualmente subsumíveis a este conceito de funcionário, sendo certo que, ao longo do tempo, o conceito tem vindo a ser alargado.

Numa outra perspetiva, as alterações em sede de Administração Pública desde a primeira versão do Código Penal, em 1982, não são de somenos. Na verdade, “tem-se vulgarizado a prossecução das funções administrativas através das entidades privadas e com recurso aos meios de direito privado”⁸ e “os fins públicos podem ser prosseguidos mediante instrumentos de direito privado e pela mão de entidades privadas”⁹.

Ora, as Instituições Privadas de Solidariedade Social (IPSS) constituem instituições que, nomeadamente, prestam serviços e outras “iniciativas de promoção do bem-estar e qualidade de vida das pessoas, famílias e comunidades, nomeadamente nos seguintes domínios: a) Apoio a infância e juventude, incluindo as crianças e jovens em perigo; b) Apoio à família; c) Apoio às pessoas idosas; d) Apoio às pessoas com deficiência e incapacidade; e) Apoio à integração social e comunitária; f) Proteção social dos cidadãos nas eventualidades da doença, velhice, invalidez e morte, bem como em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; g) Prevenção, promoção e proteção da saúde, nomeadamente através da prestação de cuidados de medicina preventiva, curativa e de reabilitação e assistência medicamentosa h) Educação e formação profissional dos cidadãos; i) Resolução dos problemas habitacionais das populações; j) Outras respostas sociais não incluídas nas alíneas anteriores, desde que contribuam para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos” (art. 1.º-A, do Decreto-Lei n.º 119/83, de 25.02). Estas instituições adquirem automaticamente o estatuto de pessoas coletivas de utilidade pública, por força do disposto no art. 8.º, da mesma lei. Apesar de se constituírem por iniciativa de particulares (cf art. 1.º), não deixam de ter que se constituir de acordo com as regras previstas na seção II do referido diploma. Além disto, a “*empreitada de obras de construção ou grande reparação pertencentes às instituições, devem observar o estabelecido no Código dos Contratos Públicos*” (cf. art. 23.º, n.º 1) desde que a instituição receba apoio financeiro público (cf. n.º 2 do mesmo artigo).

É de salientar ainda que “O membro do Governo responsável pela área da segurança social pode pedir judicialmente a destituição do órgão de administração nas seguintes situações: a) Por inadequação ao restabelecimento da legalidade ou do equilíbrio financeiro da instituição; b) Por incumprimento dos objetivos programados, por motivos imputáveis ao órgão de administração; c) Por se verificarem graves irregularidades no funcionamento da instituição ou dificuldades financeiras que obstem à efetivação dos direitos dos associados e utentes; d) Pela não apresentação das contas do exercício, durante dois anos consecutivos e segundo os procedimentos definidos pelo artigo 14.º-A; e) Pela não apresentação e ou não aprovação do programa adequado ao restabelecimento da legalidade e do equilíbrio financeiro, nos termos previstos nos n.ºs 4 e 5 do artigo 14.º-A; f) Por se verificar a prática de atos gravemente lesivos dos direitos dos associados e utentes e da imagem da instituição” (art. 35.º, n.º 2).

A partir desta regulamentação, verificamos que estas instituições desenvolvem uma atividade em vista da prossecução de interesses públicos, e a sua ligação aos interesses públicos resulta desde logo do facto de o membro do Governo responsável pela área da segurança social poder pedir judicialmente a destituição do órgão da administração.

Sabendo que o conceito de funcionário previsto no art. 386.º, al. d), do CP, resulta do conteúdo material da função exercida, impõe-se que apenas possa ser subsumida à conduta proibida pelo tipo aquele comportamento em que o agente exerça uma função no âmbito da IPSS lesando bens jurídicos conexos com os interesses do Estado. O que significa que nem todos os comportamentos podem assim ser integrados no âmbito daqueles crimes. Na verdade, o desvio de dinheiro, por exemplo, ou a utilização indevida de um bem móvel, quando se trate de dinheiro ou bem não obtido através de financiamento público, não poderá constituir um comportamento onde se possa concluir que foram lesados bens jurídicos conexos com os interesses do Estado. Porém, não pode deixar de se referir que a simples *prática de atos gravemente lesivos dos direitos dos associados e utentes e da imagem da instituição* constitui, por si só fundamento para que o membro do Governo possa

pedir a destituição do órgão de administração, o que demonstra que o Estado tem interesses a defender no âmbito destas instituições.

Integrando a noção de organismo público as instituições particulares de solidariedade social¹⁰, considero que, para além disto, é ainda preciso concluir, no caso concreto, que a conduta do agente lese bens jurídicos conexos com os interesses do Estado, só assim podendo o comportamento subsumir-se a alguns dos tipos de crimes integrado no capítulo relativo aos crimes praticados no exercício de funções públicas. Isto é, o simples facto de alguém exercer uma qualquer função numa IPSS não determina, por si só, a integração no conceito de funcionário, mas também não determina em abstrato que a conduta não possa integrar-se naquele conceito — há que, em função do caso concreto, verificar se se pode fazer uma equiparação à conduta tipicamente descrita no tipo legal de crime e causa.

Em suma, “o conceito de funcionário não incrimina ninguém. O que “incrimina” são os próprios tipos legais de crimes, ou seja, as condutas proibidas, à luz do bem jurídico protegido pela norma”¹¹.

¹ DAMIÃO DA CUNHA, *A reforma legislativa em matéria de corrupção*, 2011, Coimbra: Coimbra Editora, p 16-8 (itálico nosso).

² Assim, DAMIÃO DA CUNHA, *Funcionário/Função pública e Direito Penal*, RPCC, 2009, p. 59 e ss, e DAMIÃO DA CUNHA, *A reforma... cit.*, p. 20 e ss

³ DAMIÃO DA CUNHA, *A reforma...*, p. 34-5.

⁴ *Idem.*

⁵ DAMIÃO DA CUNHA, *A reforma...*, p. 37.

⁶ Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, art. 386.º/ § 17, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo III, 2001, Coimbra: Coimbra Editora.

⁷ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal*, 3.ª ed., 2015, Lisboa: UCP, p. 1234.

⁸ LUÍS CABRAL MONCADA, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 3.ª ed., Lisboa: Quid Iuris, 2019, p. 59.

⁹ *Idem.*

¹⁰ Assim, DAMIÃO DA CUNHA, art. 386.º/ § 23, *ob. cit.*

¹¹ DAMIÃO DA CUNHA, *A reforma... cit. supra*, p. 17, nota 12.

13.02.2020. — *Helena Moniz.*

Proc. n.º 733/12.0TAPFR.P1-A.S1

Declaração de voto

Da leitura do art.º 386.º do Código Penal (CP) ressalta que o conceito de funcionário aí plasmado é deveras mais amplo que o conceito meramente administrativo e relacionado com a actividade do Estado.

No dizer de Leal-Henriques e Simas Santos (*Código Penal Anotado*, 3.ª ed., Rei dos Livros, 2000, p. 1651) “a elasticidade da lei, neste âmbito, tem justificada razão, atendendo às múltiplas situações em que podem estar envolvidos cidadãos não rigorosamente funcionários, no sentido tradicional do termo, e que de outro modo não sofreriam uma censura jurídico-criminal ajustada aos seus actos, sendo certo que o seu comportamento não se afasta daquele que decorre dos servidores públicos como tal.

Daí que a noção de funcionário, para estes fins, esteja intimamente ligada à ideia de função, que não propriamente ao formalismo da qualidade do agente (...) incluindo mesmo no conceito aquelas pessoas que prestam um exercício não profissional ou não permanente, as que não são remuneradas, as que não foram convocadas para servir mas espontaneamente deram o seu contributo, etc.”.

Também José António Barreiros (*Crime de Peculato*, Labirinto das Letras, Março de 2013, p. 11), após referir que o peculato é um crime de funcionário (mais à frente, a fls. 35, dirá ser um crime de mão própria, pois só pode ser cometido por quem tenha determinada qualidade pessoal, de funcionário, no sentido jurídico-penal, ou seja, em sentido mais amplo, diferente do conceito do Direito Administrativo), adianta que “é um tipo de ilícito que se encontra actualmente em expansão,

ante a circunstância de o conceito jurídico-penal de funcionário ter sido alargado pelo Código Penal por razões pragmáticas inerentes à maximização da perseguição penal, a pessoas cuja ligação ao sector público é mais difusa do que a que resultaria ante o conceito clássico de funcionário”.

E, desfazendo qualquer equívoco, adverte que, “[i]maginar que um presidente de uma associação privada passa a ser “funcionário” para efeitos penais desde que a mesma tenha obtido o estatuto de utilidade pública e assim qualquer apropriação que o mesmo faça de valores associativos (ainda que de origem privada) passa a ser peculato e não furto ou abuso de confiança, já nos dá a real dimensão daquilo a que nos estamos a referir e abre a porta para perplexidades intelectuais que só se resolvem numa lógica prática pela qual o Direito se estende para além dos quadros da racionalidade típica para dar tutela a puros interesses estaduais que o Estado entende prosseguir por esta forma de sobre-criminalização”.

E assim é, na medida em que as instituições particulares de solidariedade social (IPSS), ainda que sujeitas ao regime de direito privado e desde que obedeçam às normas do respectivo estatuto (DL n.º 119/83, de 25.02, republicado pelo DL n.º 172-A/14, de 14.11), automaticamente adquirem a natureza de pessoas colectivas de utilidade pública com o seu registo (art.ºs 7.º e 8.º).

Com vista à prossecução de objectivos de solidariedade social têm o apoio do Estado através de acordos de cooperação (art.º 4.º e n.º 5 do art.º 63.º da Constituição da República Portuguesa), cuja tutela de legalidade (inquéritos sindicâncias e inspecções (art.º 34.º, n.º 1)) não deixou de reservar para si.

É nesta perspectiva que, nos termos da alín. d) do n.º 1 do art.º 386.º do CP, uma IPSS não pode deixar de ser considerada um organismo de utilidade pública que coopera no exercício da função pública administrativa, pelo que, quem nela desempenhe funções de forma provisória ou temporária com ou sem remuneração, de forma voluntária ou obrigatória, é abrangido no conceito de funcionário para efeitos da lei penal, mormente para preenchimento do tipo legal do crime de peculato ou peculato de uso dos art.ºs 375.º e 376.º, do CP.

É essa também a posição claramente sustentada por Paulo Pinto de Albuquerque (*Comentário do Código Penal*, UCE, 3.ª ed., p. 1234).

Nesse sentido, confirmaria o recurso e fixaria jurisprudências em como a expressão “organismo público” referida na alín. d) do n.º 1 do art.º 386.º do Código Penal abrange as instituições particulares de solidariedade social.

Francisco Manuel Caetano.

113224087