

O COMBATE À CORRUPÇÃO FACE À REFORMA PENAL DE 2007

(Identificação de bloqueios e propostas de superação)

EUCLIDES DÂMASO SIMÕES

*Procurador Geral Adjunto
Director do DIAP de Coimbra*

1. A corrupção é um fenómeno antigo em todas as sociedades, quase conatural à ideia de Estado e ao funcionamento dos seus órgãos, que vem crescendo a par da complexificação da vida social e do desenvolvimento económico.

Em razão dos seus efeitos de lesão da “*autonomia intencional do Estado*”, de perversão do funcionamento do mercado e de acentuação das desigualdades e empobrecimento dos mais frágeis, o fenómeno vem merecendo, nos últimos tempos, tal atenção da comunidade internacional que a Organização das Nações Unidas veio a adoptar, em 31 de Outubro de 2003, uma Convenção contra a corrupção que constitui um marco de inegável modernidade. Trata-se, porém, de indignações recentes, pois apenas um ou dois anos antes da assinatura da Convenção da OCDE contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros, de Dezembro de 1997, que constitui um dos seus mais próximos e marcantes antecedentes, o Banco Mundial não estava ainda, ao contrário do que hoje sucede, interessado no tema “*corrupção*”, nem em ajudar os seus membros a combatê-la: a corrupção era aceite por praticamente todos como “*um mal necessário do mercado internacional*”.

2. Em Portugal está por fazer o estudo sobre as relações entre a corrupção que foi alastrando ao longo dos trinta anos de regime democrático e a actual situação de crise financeira ou de recessão. Está por fazer a análise da influência que tiveram na situação de crise em que actualmente nos achamos atolados a falta de controlo sobre as gritantes e frequentes derrapagens dos custos de obras públicas, a falta de controlo sobre o desperdício e má destinação de subsídios e financiamentos comunitários e nacionais, a incompreensível e arrastada incapacidade de obstar aos mais escandalosos casos de evasão fiscal, a persistente sangria das empresas públicas através de toda a sorte de actos de nepotismo e compadrio. A que interesses particulares se subordinou o comprometimento do erário público com obras de carácter voluptuário ou, pelo menos, de duvidoso interesse público? Como pode deixar de nos perturbar a afirmação de Daniel Kaufmann, do Banco Mundial, de que *“Portugal podia estar ao nível de desenvolvimento da Finlândia, se melhorasse a sua posição no ranking de controlo da corrupção”*¹?

3. Não cabe nos apertados termos desta comunicação uma descrição exaustiva do arsenal jurídico de que dispomos já para a repressão dos crimes de corrupção e de alargado leque de infracções próximas. Direi apenas, em síntese, que acrescentámos à herança clássica do Código Penal do século XIX inovações de elevado significado e alcance. Tais como o alargado conceito de “funcionário”, a tipificação especial dos crimes cometidos por titulares de cargos políticos, e o alargamento da tipificação à corrupção activa com prejuízo do comércio internacional (de harmonia com a Convenção da OCDE de 17/12/1997), à corrupção activa e passiva no sector privado (por força da Convenção de

1 in “Finance and Development”, Setembro de 2005 (apud “Público”, de 31/8/2005).

Estrasburgo de 1999), ao tráfico de influência e ao branqueamento e uma mais rigorosa definição do abuso de poder. E, também, como a adopção de medidas de “*direito premial*”, a possibilidade de utilização de técnicas especiais de investigação (como, por exemplo, os agentes encobertos), a agilização dos procedimentos de derrogação das regras de segredo profissional das instituições de crédito, das sociedades financeiras e da administração fiscal e a adopção de ousado regime de “*confisco*” (ou “*perda ampliada*”) de bens e produtos que possam presumir-se como vantagens de actividade criminosa. Conseguimos, volvidos seis anos, passar da responsabilização penal das pessoas colectivas por crimes de corrupção no sector privado (arts. 41º B e 41º C do Dec. Lei 28/84, na decorrência da Convenção do Conselho da Europa de 1999) para a criminalização das pessoas colectivas pelos tipos básicos de corrupção previstos no Código Penal (art. 11º do C. Penal na redacção introduzida pela Lei 59/2007).

Tudo isto foi feito, quase sempre, em cumprimento de obrigações resultantes de instrumentos de direito comunitário ou de direito internacional, por vezes até com notável sentido de antecipação.

3.1. Além disso, cumpre assinalar que Portugal tem nos seus Tribunais juízes que gozam de estatuto de independência face aos demais poderes do Estado e magistrados do Ministério Público com estatuto de autonomia, também com consagração constitucional.

E, também, que a execução da investigação da grossa maioria dos crimes que vêm sendo referidos é atribuída, por lei, a um órgão superior de polícia criminal (a Polícia Judiciária), que actua sob a directa orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional.

4. Apesar disso perpassa por todo o tecido social a ideia de que também em Portugal a corrupção progride e intercepta, cada vez mais, diversos níveis da administração e de que boa parte da economia portuguesa flui no mercado paralelo. Ciclicamente emanam do interior do próprio sistema alarmantes sinais de disseminação do fenómeno corruptivo e de níveis de afectação insuportáveis para o regime democrático. Chega-se já a afirmar que “os partidos estão a alimentar o ovo da serpente que, noutros momentos, originou caudilhismos e ditaduras”².

Na análise de historiadores contemporâneos, a pequena e média corrupção surgem como “a alma e o nervo da III República”³ e Portugal como um país em que “há um grau de voracidade e de corrupção muito superior à média europeia”⁴. Na análise social mais reputada afirma-se que “a corrupção em Portugal, sobretudo a nível local, é um cancro (...), um imposto oculto que pesa sobre os portugueses”⁵.

Nos últimos anos baixámos da 25^a para a 28^a posição no ranking mundial da transparência/percepção da corrupção, nitidamente entre os piores do anterior grupo de 15 da União Europeia.

Não obstante, vozes mais desassombradas da cena política não receiam afirmar que “nos últimos 20 anos nenhum governo enfrentou a sério o problema da corrupção”⁶. Até o actual Director Nacional da PJ veio a público confessar que “Não temos sido tão eficazes no combate à corrupção como seria desejável” (in “Expresso”, de 17/11/2007).

2 Cfr. Paulo Morais, in “Visão”, nº 651 (25 a 31 de Agosto 2005).

3 Cfr. Paulo Varela Gomes, in “Público”, de 11 de Agosto de 2005.

4 Cfr. Maria de Fátima Bonifácio, in “Pública”, de 28 de Agosto de 2005.

5 Cfr. Miguel de Sousa Tavares, apud “Público”, de 1 de Setembro de 2005.

6 Cfr. João Cravinho, in “Público”, de 12 Setembro de 2005.

5. Chegados aqui cumpre-nos entrar na análise do tema proposto e averiguar:

5.1. Em primeiro lugar, se as novas leis penais, resultantes da revisão operada pelas leis 48/2007, de 29 de Agosto (CPP) e 59/2007, de 4 de Setembro (CP), contribuem ou não para que o sistema de reacção penal cumpra, com suficiência, os objectivos de **eficácia, proporcionalidade e dissuasão** uniformemente postulados pelos principais instrumentos de direito internacional sobre a matéria, que por ratificação nos vinculam. A saber: a Convenção da ONU contra a Corrupção, de 2003, conhecida como “*Convenção de Mérida*” (art. 30º, 3); a Convenção do Conselho da Europa sobre a corrupção, de 1999, (art. 19º, 1); a Convenção da OCDE sobre a luta contra a corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais, de 1997 (art. 3º), e ainda a Convenção da UE relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados Membros, de 1997 (art. 5º, 1).

5.2. Em segundo lugar que melhoramentos é desejável introduzir na arquitectura legal, sem quebra da regra universal da proporcionalidade e sem prejuízo dos princípios e comandos constitucionais garantísticos.

5.3. E em terceiro lugar com que défices nos confrontamos no terreno da aplicação ou efectivação das leis e como os poderemos superar.

5.4. Circunscreverei o tema à corrupção de agentes públicos, conceito em que, na acepção do art. 2º da Convenção de Mérida, se inscrevem também os titulares de cargos políticos, deixando de lado a categoria da corrupção no sector privado, nova e ainda não desbravada entre nós, bem como a corrupção desportiva, epifenómeno que, contribuindo embora para a imagem de falta de asseio geral, não é factor determinante de abalo dos alicerces do edifício democrático e dos superiores interesses da Nação.

6. Tenho afirmado nos últimos tempos que a reforma penal de Verão resultou “*nonchalant*”, como é timbre da época estival.

Tendo embora trazido soluções meritórias para a criminalidade bagatelar ou de massas revela-se, numa primeira análise, inadequada ao enfrentamento do crime grave ou organizado.

6.1. De entre as normas que conferem carácter emoliente ao sistema em geral podem destacar-se:

a) As que aumentaram a carga burocrática do inquérito, sem outorgar qualquer acréscimo de valia ao que dele resultar nas fases processuais posteriores, gerando um desequilíbrio de armas cujas consequências poderão vir a tornar-se verdadeiramente preocupantes.

b) As que, pese embora o intuito simplificador, continuam a permitir que, em sede de intercepção de telecomunicações, se tenham interpretações verdadeiramente charadísticas quanto à gravação, expurgação e guarda dos suportes técnicos e transcrições. E as que, não distinguindo o essencial do acessório, continuam a fulminar com o mais severo regime de nulidade qualquer desvio a tais tortuosidades.

c) As que cerceiam ao MP a possibilidade de impugnação de decisões desfavoráveis às suas promoções em matéria de medidas de coacção.

d) As que permitem a dissipação do princípio tradicional do caso julgado, relativizando a níveis inéditos o valor da segurança jurídica (cfr. arts. 371º - A e 449º do CPP). Porque, além de outros efeitos deletérios, acrescentam à justiça penal uma imagem de banalidade e volubilidade que não será, convenhamos, a que melhor se coaduna com a sua natureza mais profunda. A pluma caprichosa de Clara Ferreira Alves discorria recentemente sobre a justiça nestes traços caricaturais: “*vivemos no país mais inconclusivo do mundo, em permanente agitação sobre tudo e sem concluir nada. Desde os Templários e as obras de Santa Engrácia que se sabe que nada acaba em Portugal, nada é levado às últimas*

consequências, nada é definitivo e tudo é improvisado, temporário, desenrascado”⁷.

e) As que, em diversas sedes, aconselham ou, até, impõem medidas sancionatórias alternativas à prisão em casos até agora tidos como imerecedores de tais benefícios.

6.2. No que especificamente respeita à matéria que aqui nos convoca – corrupção e similares (isto é: peculato, concussão, participação económica em negócio, prevaricação por titular de cargo político, abuso de poder) – parece-me que as causas emblemáticas de entrave do sistema trazidas pela reforma estival podem resumir-se assim:

6.2.1. Primeiramente, o estabelecimento do regime de publicidade do inquérito como regra, parecendo esquecer-se que a investigação da corrupção, do terrorismo, dos tráficos organizados de pessoas, de armas e de estupefacientes, do branqueamento e de outros tipos de criminalidade grave e complexa não se compagina com os apertados limites temporais fixados nem logra sucesso sem resguardo ou sigilo investigatório.

Assim, não se podendo desconhecer a complexidade das diligências que este tipo de investigações exige (perícias financeiras e contabilísticas, caligráficas, actos de cooperação judiciária internacional, etc.) e a costumada demora que daí resulta, mercê da natureza dos circuitos e da atávica e nunca ultrapassada insuficiência de meios (policiais e periciais, desde logo), é **irrealista** limitar o segredo aos apertados prazos do art. 89º, nº 6. Por maior latitude que se outorgue ao conceito de “prorrogação”, aí acolhido à guisa de válvula de escape de última hora. E é **temerário** que, desprezando o aforismo milenar de que “*o segredo é alma do negócio*”, o legislador tivesse colocado a chave desse segredo na mão de quem não é o dono da casa. Isto é: que tivesse outorgado a uma entidade de matriz tipicamente garantística, genéticamente

7 in “*Única*”, de 20/10/2007.

descomprometida (**a bem de todos nós**) com a estratégia e o desfecho da investigação – o juiz de instrução – o poder de decidir o que é ou não merecedor de segredo. E que, para piorar as coisas, o tenha feito em termos absolutos: mesmo quando a decisão judicial não é irrecorrível, a sua impugnação não é geradora de qualquer efeito útil.

Defendo, pois, em prol da eficácia e equilíbrio do sistema que, também aqui, se adopte o paradigma do processo penal a duas velocidades: o regime dos actuais artigos 86º a 89º para a generalidade dos crimes e o regime tradicional de segredo para a criminalidade referida na alíneas i) a m) do art. 1º, e um pequeno grupo de outras infracções próximas, em que avultam os crimes de corrupção e similares.

6.2.2. Depois, o aperto, há muito existente, é certo, dos limites à intervenção testemunhal dos co-arguidos, que só deporão se nisso consentirem, ainda que tenham beneficiado de dispensa de pena (art. 9º-A da Lei 36/94) em fase anterior (cfr. art. 133º, 2, do CPP). Aperto agora tornado ainda maior com a extensão da faculdade de o co-arguido se negar a depor, mesmo que já tenha transitado em julgado sentença que o haja condenado.

Há que tomar consciência de que a intervenção destes co-arguidos, a quem podem ter sido outorgados benefícios (“direito premial”) em razão da colaboração prestada, é indispensável à dissipação do nevoeiro probatório que usualmente desaba sobre o processo. Essa sua colaboração é, além disso, instrumento de inestimável valor preventivo: sobre a cabeça do agente passivo da corrupção pairará sempre a ameaça de o corruptor desmanchar o complot e vir a tornar-se peça decisiva para a sua incriminação. Por outras palavras: que melhor efeito dissuasório que este de aumentar a insegurança do agente passivo da corrupção em relação ao terreno que pisa?

6.2.3. Por último, a possibilidade, acobertada pelo art. 43º, nº 3, do C. Penal, de em casos de penas de prisão de medida não

superior a três anos, aplicadas a titulares de cargos políticos e a funcionários públicos ou equiparados, o tribunal substituir tais penas por proibição temporária do exercício de funções (entre 2 a 5 anos) sempre que conclua que assim se realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição.

Esta será, seguramente, a cereja cimeira do bolo que se cozinhou para esta área, desprezando os ensinamentos criminológicos acerca da pertinência da aplicação, ainda que não sistemática mas selectiva, dos “*sharp-short-shocks*” aos delinquentes de elevado estatuto sócio-económico⁸.

7. Quanto aos melhoramentos a introduzir na arquitectura legal penal:

7.1. Proponho a agravação das molduras penais dos crimes de corrupção (própria e sobretudo imprópria, activa e passiva), peculato, participação económica em negócio, tráfico de influência, concussão e abuso de poder, quer respeitem a funcionários públicos em geral e sejam previstos no Código Penal, quer respeitem a titulares de cargos políticos e sejam previstos na Lei 34/87, de 16 de Julho. Parece-me fluir nesse sentido o art. 30º, nº 1, da Convenção de Mérida. Faço-o, porém, sem grande ênfase, sempre lembrado da sábia afirmação de Montesquieu de que o que mais releva não é a severidade das leis mas a impunidade dos crimes.

7.2. Os titulares de altos cargos públicos (na acepção, por ex., do art. 3º da Lei 64/93, de 26 de Agosto) e os magistrados devem, por seu turno, ser sancionados em moldes análogos aos previstos (de forma necessariamente agravada) para os titulares de cargos políticos.

8 Cfr. Figueiredo Dias, in “*Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*”, CEJ, 1985, pags. 25 e segs.

7.3. No que particularmente toca à corrupção, afigura-se-me apropriado, face às tipologias corruptivas mais frequentes, a tipificação autónoma dos crimes seguintes:

(i) – “*Corrupção passiva*” e “*Corrupção activa*” “*para acto determinado*”, lícito ou ilícito, devendo a corrupção própria merecer a moldura sancionatória mais severa.

(ii) – “*Corrupção passiva*” e “*Corrupção activa*” “*em razão das funções*”, destinados a sancionar as vantagens solicitadas, aceites, dadas ou prometidas, não com o objectivo imediato de conseguir um acto determinado, mas tão só com a finalidade de criar “*um clima de permeabilidade ou de simpatia para eventuais diligências que venham a requerer-se no futuro*”. Tais vantagens representarão a contrapartida virtual de eventuais actos dos funcionários a realizar no futuro, pelo que a sua entrega, promessa, solicitação ou aceitação implica, também, uma “*transacção*”, um “*mercadejar*” com o cargo ⁹.

Norma com conteúdo muito semelhante consta já, de resto, do art. 373º, nº2, do Código Penal, introduzida pela Lei 108/2001. Advogo, obviamente, molduras penais inferiores neste caso, mas ainda assim de gravidade superior às actualmente previstas, sob pena de não surtirem suficiente efeito dissuasório.

7.4. Proponho ainda a elevação, para os patamares imediatamente seguintes, segundo a lógica do art. 118º do Código Penal, dos prazos de prescrição dos referidos crimes. O art. 29º da Convenção aconselha, a meu ver, esta medida.

7.5. E a limitação do julgamento em separado de titulares de cargos políticos aos casos em que haja grave prejuízo para a celeridade desejada. De contrário, devem observar-se as regras de conexão gerais. Parece-me ser esta a solução mais coadunada com o art. 30º, nº 2, da Convenção.

9 Cfr. Almeida Costa, in “*Sobre o Crime de Corrupção*”, pags. 123 a 126.

7.6. Na esteira do já anteriormente afirmado, advogo a extensão do chamado “*direito premial*”, por forma a que o agente passivo da corrupção possa beneficiar não apenas de atenuação especial da pena (cfr. art. 372º, 3, do C. Penal e 8º da Lei 36/94), como também de dispensa de pena quando colabore de forma relevante com a justiça, auxiliando concretamente na recolha de provas decisivas para a identificação ou a captura de outros responsáveis. Esta dupla hipótese premial é já admitida para o crime de associação criminosa (art. 299º, 4, C. Penal) e poderá vir a contribuir para o desmantelamento dos “*complots*” estabelecidos. Tal solução afigura-se-me sintonizada com o art. 37º da Convenção.

7.7. Defendo o reforço das garantias de isenção dos órgãos da administração, conferindo carácter penal às infracções aos regimes de exclusividade e de incompatibilidade. Assim se prevenirão melhor conflitos de interesses que são causa frequente de graves prejuízos materiais e de imagem de órgãos de Estado e da administração.

(i) – Para os funcionários em geral o sancionamento deve incidir sobre os actos actualmente previstos no Dec. Lei 413/93 como meras infracções disciplinares.

(ii) – No caso dos titulares de cargos políticos e de altos cargos públicos, além das sanções de destituição judicial e de inibição para o exercício de funções em altos cargos públicos (cfr. arts. 5º, 7º, 9º A e 14º da Lei 64/93, de 26 de Agosto), deve ser também prevista sanção detentiva e pecuniária de suficiente efeito dissuasório.

O relatório do 2º ciclo de avaliação do GRECO (Maio de 2006) refere expressamente que “*a migração abusiva de agentes públicos para o sector privado (pantouflage) não está regulamentada de modo satisfatório e não há mecanismos de controlo apropriados*” (cfr. § 49). O art. 7º, nº 4, da Convenção aconselha, em meu juízo, este tipo de soluções.

7.8. Defendo a criação, no âmbito das operações de ordenamento do território em geral e de estabelecimento do regime de uso do solo em particular, de um tipo de ilícito análogo ao de “*abuso de informação*” previsto no Código dos Valores Mobiliários.

Podendo embora afirmar-se que os interesses em causa estão já acautelados por outro tipo de previsões sancionatórias (“*abuso de poder*”, por hipótese), o certo é que a experiência vem demonstrando que no domínio da criminalidade de colarinho branco a precisão de conceitos é sempre bem vinda e que a criação de tipos especiais de ilícito redundaria em aperfeiçoamento do processo de selecção desenvolvido pelas instâncias de controlo formais.

7.8.1. Se, ainda assim, não for conseguida melhoria da atribulada situação que actualmente se regista nessa área, campo fértil de actos de corrupção e abuso de poder, fermento (segundo alguns) de toda a sorte de financiamentos ilegais, haverá então que ponderar-se a adopção de medidas mais drásticas que levem, por exemplo, à cativação das mais valias geradas.

7.9. Proponho o alargamento do regime especial de recolha de prova, quebra do segredo profissional e perda de bens a favor do Estado, previsto na Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, aos crimes de tráfico de influência, corrupção (sob qualquer das formas), concussão, abuso de poder e prevaricação por titular de cargo político.

7.10. Defendo a obrigação de os órgãos administrativos de inspecção darem imediato conhecimento ao Ministério Público de factos com possível relevância criminal que detectem no âmbito da sua actividade, sem aguardarem pela elaboração e aprovação ministerial do respectivo relatório final. Obrigando-os, concomitantemente, a praticar os actos necessários à preservação dos meios de prova.

7.11. Advogo o estabelecimento de isenção de quaisquer responsabilidades (penais, civis e disciplinares) para os funcionários públicos e titulares de cargos políticos que, de boa fé, denunciem às instâncias de controlo formais o cometimento de crimes de

corrupção e similares, a que venho aludindo. Parece-me ser esta a solução recomendada pelo art. 33º da Convenção.

7.12. Advogo a concessão de isenção do pagamento de taxa de justiça a quem se constitua assistente nos processos respeitantes aos crimes referidos no art. 68º, nº 1, e), do C. P. Penal e aos demais a que venho aludindo.

7.13. E proponho a criação de um sistema centralizado de acesso às contas bancárias existentes em território nacional, de preferência acessível “*on line*” pelas autoridades judiciais competentes, conforme sucede já em alguns outros Estados da U.E.. Parece-me ser esta a solução que melhor se harmoniza com a Recomendação 10 do GAFI e com o Protocolo da Convenção da U.E. relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal (Maio de 2000). O sistema ainda vigente em Portugal é quase medieval e não se compagina com o ritmo que as novas leis processuais pretendem impor às fases preliminares do processo.

7.14. Intencionalmente não inseri na proposta de reforço do arsenal jurídico repressivo o crime de “*enriquecimento ilícito*”, figura que, pela sua especial contundência, é o triste remédio de moléstias bem mais graves que a nossa.

A Convenção de Mérida não estabelece a sua tipificação de forma imperativa. Porém, à luz da generalização de suspeitas sobre funcionários e titulares de cargos políticos, Estados de diversas latitudes, todos fora do núcleo mais antigo dos membros da União Europeia, decidiram adoptar este gravoso instrumento. Alguns restringem-no ao campo dos funcionários públicos e responsáveis políticos, confinando-o aos parâmetros dos “*crimes especiais próprios*” ou “*crimes de mão própria*”. Outros, ao invés, consagram-no também, de forma maximalista, para os cidadãos em geral (e, de forma surpreendente, por vezes com previsão de moldura penal idêntica). Uns, admitindo embora que um maior rigor interpretativo pudesse desaguar na declaração da sua inconstitucionalidade (por lesão do princípio da “*presunção de inocência*”) acabam,

não obstante, por contemporizar com a sua vigência, à luz de prementes necessidades de “*salus pública*”. Outros, pelo contrário, firmaram jurisprudência no sentido de que não há, de forma alguma, inversão do “*onus probandi*”, uma vez que é à acusação (ao Estado) que competirá provar o facto ilícito, antijurídico e culposo, de harmonia com as regras processuais vigentes. A explicação que o acusado queira dar do seu incremento patrimonial corresponderá a um acto próprio do exercício do seu direito de defesa (cfr., por ex., Conselho Constitucional da Colômbia).

Sem tomar definitivamente partido nesta discussão, mas sem ceder também a qualquer tipo de irredutibilidade em matéria que, apesar de tudo, não contende com a vida nem com o núcleo central da dignidade da pessoa humana, não vejo que haja razões sólidas para proscrever a hipótese de criminalização do “*enriquecimento ilícito*” de funcionários públicos e titulares de cargos políticos. Em homenagem aos especiais deveres de isenção, credibilidade e fidelidade a princípios de rectidão e honradez a que estão, por natureza, obrigados. Mas apenas quando, sublinho, o tecido social estiver de tal modo degradado e corrompido que só com tão drásticas medidas terapêuticas se obtenha esperança de cura. Penso que não seja ainda esse o nosso estado de saúde colectiva. E se adoptarmos, atempadamente, medidas curativas de adequado alcance e menores efeitos secundários, talvez até nunca cheguemos a esse ponto.

7. 15. Não desconheço que há quem proclame, seguindo Tácito, que “*quanto mais corrupta é a República mais numerosas são as leis*”. Mas sei também que muitas vezes as leis são criadas apenas por necessidade de explicitude, que cresce na razão directa da falta de preparação/especialização dos seus aplicadores. E também, valha a verdade, de alguma falta de ousadia (Baltazar Garzón falava-me, há anos, da necessidade de “*interpretaciones robustas*”). São consequências de séculos e séculos de crença de que as pessoas de elevado estatuto económico e social, as

elites, não cometem crimes, sobretudo no domínio das práticas da governação, da alta administração e dos negócios. A viragem conceptual só começou a operar-se com Sutherland, por volta de 1939, quase século e meio depois da tomada da Bastilha. No longo caminho que há a trilhar, e sendo as sociedades cada vez mais complexas, é natural que frequentemente nos assalte o fantasma da neo criminalização.

8. É flagrante o défice de efectividade das leis, algumas delas transformadas em puro direito penal simbólico, como bem o espelham o irrisório número de condenações obtidas e a escassa ou nula utilização de instrumentos e mecanismos há anos produzidos, que tardam em sair das páginas do Diário da República e em implantar-se no terreno dos casos concretos. Défice esse tanto mais preocupante quanto é certo que a doutrina criminológica alerta que *“quanto mais uma norma é ineficaz, tanto mais ela é hiper-selectiva. À sua maior selectividade, sobretudo entre as suas vítimas (...) corresponde uma hiper-representação dos que pertencem às classes mais desfavorecidas”*¹⁰.

Penso que esse importantíssimo objectivo de efectivação, tão ou mais relevante que a pulsão de legislar sobre tudo o que se mova, poderá alcançar-se, entre outras medidas:

8.1. Através de investimento na permanente capacitação e actualização técnica dos **corpos policiais** a quem são cometidas tarefas de investigação nesta área e na sua adequada e sustentada dotação de meios humanos e materiais.

8.2. Através do aumento dos **meios periciais** ao dispor dos órgãos de investigação e julgamento. Sem eles a prova dificilmente adquirirá a consistência necessária à superação do *“princípio da dúvida razoável”*. Tanto mais que, talvez mercê da sua im-

10 Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, in *“A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade”*, pags. 305 – 6).

preparação ou falta de especialização, os operadores judiciais (juízes em particular) manejam mal os critérios da “*prova indiciária ou por presunções*” e “*barricam-se*” fatalmente na exigência de “*prova directa*” (de “*smoking guns*”), arrasadora de qualquer pretensão punitiva no domínio da corrupção e dos crimes de colarinho branco em geral.

8.3. Através da criação não somente de **serviços do Ministério Público como também de instâncias judiciais** (juízes de instrução criminal e tribunais de primeira instância) especializados nos domínios da direcção da investigação, da instrução e do julgamento deste tipo de criminalidade e de investimento na sua capacitação e constante actualização.

Este universo fenomenológico e jurídico é hoje demasiado vasto, complexo e opaco à análise e entendimento comuns. Pretender que seja acessível à abordagem de magistrados sem suficiente nível de especialização é deitar a perder quaisquer intenções de eficácia ou sucesso.

Ora, é consabido que a falta de resposta dos Estados perante a corrupção e a aparência de impunidade que muitas vezes acompanha as suas manifestações mais graves constituem um convite à proliferação de tais condutas.

Foi concerteza por isso que a Convenção de Mérida obrigou os Estados Partes, no seu art. 36º, a “*assegurar que haja um ou mais órgãos ou pessoas especializadas na luta contra a corrupção através da aplicação da lei*” e a exigir que “*essas pessoas ou o pessoal dos referidos órgãos deverão ter a formação e os recursos materiais adequados às suas funções*”.

8.4. Não desconhecemos que, fruto de experiências históricas traumáticas, ainda hoje se acolhe norma constitucional impeditiva da criação de tribunais especializados para o julgamento de determinados tipos de crimes. Mas não podemos ignorar também que a nossa posição é singular no concerto da U.E., que causa a maior perplexidade a observadores privilegiados do sistema (cfr.

projecto do relatório do “*Groupe D’Etats contre la corruption*” de avaliação de Portugal, de 11/07/2003 – ponto 105) e que acarreta resultados devastadores para o eficaz funcionamento do sistema repressivo: de forma sistemática, perturbados pelo que mal entendem mas compreensivelmente preocupados pela tranquilidade das suas consciências, Procuradores e Juízes abstêm-se quando podiam aprofundar investigações ou acusar, despronunciam quando deviam pronunciar ou absolvem quando deviam condenar, abrigando-se à sombra do princípio “*in dubio*” ao primeiro assomo de incompreensão.

Como têm opinado estudiosos desta matéria, num Estado de Direito a resposta repressiva ao fenómeno deve vir dos tribunais, da justiça. Necessita-se, assim, de um poder judicial não só independente como também eficaz e capacitado. É importante a existência de uma magistratura activa no sancionamento da corrupção. O objectivo é eliminar a impunidade não apenas com a aplicação de sanções adequadas aos corruptos mas também através da recuperação do produto da corrupção. Não basta, por isso, reformar apenas a polícia separadamente e dotá-la de mais e melhores meios, como frequentemente se constata. Ambos os sectores (policial e judiciário) exigem intervenção simultânea.

Em Portugal, criados que estão os embriões desses órgãos especializados ao nível do Ministério Público (o DCIAP e os DIAP distritais) haverá agora que criar, preferencialmente ao nível de distrito judicial, TIC e tribunais de primeira instância especializados para o julgamento de determinados tipos de infracções entre os quais avultarão, necessariamente, além do terrorismo, os crimes económico – financeiros ou de “*colarinho branco*”. Advogo a criação desses Tribunais ao nível dos actuais distritos judiciais ou das circunscrições judiciárias que venham a suceder-lhes, estribado na ideia de que é mais saudável (i. é. mais democrático e transparente) um sistema de controlo com certo grau de difusão. A

História tem demonstrado que a concentração excessiva é, nestas áreas, mais propícia a perversões.

8.5. Maior efectividade das leis de repressão será, também, alcançável pelo correcto tratamento do problema da “**recuperação de activos**”. Recuperação de activos quer como acto de cooperação judiciária entre Estados, assunto sobre o qual versam aprofundadamente os artigos 51º a 59º da Convenção de Mérida, quer como actividade interna do sistema de reacção (penal, civil ou fiscal) de cada um dos Estados Membros.

Poderá dizer-se que se vai firmando uma ideia de superação da prisão como fulcro da reacção penal em favor de soluções que viabilizem o “*asfixiamento económico*” do agente do crime, isto é, que facilitem a apreensão dos bens, produtos e instrumentos da sua actividade criminosa actual ou pregressa e o seu perdimento ou confisco antes que se depreciem ou percam valor económico.

O interesse despertado é inversamente proporcional à atenção que em Portugal se tem dado ao assunto. Com efeito, as regras de perdimento, mesmo quando intencionalmente mais ousadas (cfr. Lei da Droga, por ex.), acabam por ser alvo de interpretações frouxas. E inovações de maior alcance, como as plasmadas no Capítulo IV da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, pouco ou nenhum efeito têm alcançado, dado o anátema de inconstitucionalidade desde início lançado sobre elas, desmotivador de aplicação a níveis aceitáveis.

Há, pois, que proceder às obras de melhoramento legislativo que se mostrem necessárias, em consonância com as exigências dos textos internacionais e comunitários e, entre estes, com a recente Decisão Quadro 2005/121/JAI, de 24 de Fevereiro de 2005, sobre a perda de produtos, instrumentos e bens relacionados com o crime.

E se porventura tal solução se mostrar insuficiente, à luz de exacerbadas interpretações do princípio constitucional da presunção de inocência (mesmo quanto à origem de bens ou produtos do

crime), deverá prosseguir-se em busca do objectivo que permita paulatinamente postergar a prisão como paradigma básico da reacção sancionatória em favor da adopção de instrumentos processuais não penais. Como a **lei de improbidade administrativa** do sistema brasileiro, a lei de extinção de domínio do sistema colombiano, ou como regimes processuais tributários que permitam adequada inversão do ónus da prova, como os adoptados em diversos Estados de inegável tradição democrática.

Importa, em suma, superar a situação actualmente vivida em Portugal no domínio da apreensão e perdimento de bens. Porque tais bens não só não permitem, por si mesmos ou pelo seu valor, o melhor apetrechamento dos órgãos estaduais de repressão e de prevenção e adequada assistência e reparação às vítimas do crime como acabam, quase sempre, por constituir fonte de prejuízo para o erário público. Por exemplo: um automóvel, um barco ou uma aeronave apreendidos geram despesa para o orçamento do Estado com a sua guarda ou simples depósito durante anos a fio e quando, finalmente, transita em julgado a sentença, já não aproveitam ao respectivo proprietário, porque entretanto se depreciaram, e muito menos aproveitarão ao Estado porquanto após a via-sacra do processo de venda estarão irremediavelmente imprestáveis.

8.6. Por aqui me fico, embora na certeza de que o mais importante ficou por dizer. E o mais importante são as estratégias culturais e de prevenção a que, desta feita, face à economia do tema, não aludirei. Não tenho dúvidas sobre a incapacidade das medidas de direito sancionatório para travarem, por si sós, o fenómeno da corrupção e rendo-me incondicionalmente à ideia, sabiamente transmitida pelo Conselheiro António Gaspar¹¹, de quão errónea é qualquer proclamação messiânica das redensões penais.

11 in “*Combate à Corrupção, Prioridade da Democracia*”, Assembleia da República, 26 Março 2007.

Temendo, porém, que fiquemos ainda com a noção de que estes assuntos dificilmente descem do céu dos conceitos e ganham dimensão prática, finalizo repetindo uma nota de alerta que formulei já no início deste ano, acerca de uma situação que ditará se o nosso sistema cumpre ou não as exigências de eficácia, proporcionalidade e dissuasão postuladas:

Navegam em nossa direcção os fundos do derradeiro quadro comunitário de apoio. É como se fosse o último galeão de ouro do Brasil. Se não houver órgãos de gestão e controlo administrativo e financeiro eficazes e fiáveis; se continuarem por instituir mecanismos mínimos de prevenção de actos de corrupção, apropriação indevida e fraude; se não houver aperfeiçoamento e reforço de normas essenciais do arsenal jurídico de repressão; se não houver investigadores policiais em número e qualidade suficientes; se não houver investimento na especialização de Procuradores e Juízes; se não houver investimento na melhoria dos departamentos e na criação de tribunais especializados, é altamente provável que o regabofe e a impunidade a que a história nos habituou voltem a repetir-se.

Oxalá me engane, a bem das gerações vindouras.

Coimbra, Novembro de 2007