

WORKING PAPERS

#27

Algumas notas sobre o problema da «corrupção», sobretudo no seio do Direito penal económico e social, quer de um ponto de vista do Direito penal, quer a partir de uma perspectiva criminológica: o caso da empresa

Gonçalo S. de Melo Bandeira



>> FICHA TÉCNICA**ALGUMAS NOTAS SOBRE O PROBLEMA DA «CORRUPÇÃO»,
SOBRETUDO NO SEIO DO DIREITO PENAL ECONÓMICO E SOCIAL,
QUER DE UM PONTO DE VISTA DO DIREITO PENAL, QUER A PARTIR
DE UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA: O CASO DA EMPRESA**

WORKING PAPERS Nº 27 / 2013

OBEGEF – Observatório de Economia e Gestão de Fraude

Autores: Gonçalo N.C.S. de Melo Bandeira¹

Editor: Edições Húmus

1ª Edição: Maio de 2013

ISBN: 978-989-8549-74-7

Localização web: <http://www.gestaodefraude.eu>

Preço: gratuito na edição electrónica, acesso por download.

Solicitação ao leitor: Transmita-nos a sua opinião sobre este trabalho.

Comunicação apresentada à conferência I2FC (Set. 2012)

©: É permitida a cópia de partes deste documento, sem qualquer modificação, para utilização individual. A reprodução de partes do seu conteúdo é permitida exclusivamente em documentos científicos, com indicação expressa da fonte.

Não é permitida qualquer utilização comercial. Não é permitida a sua disponibilização através de rede electrónica ou qualquer forma de partilha electrónica.

Em caso de dúvida ou pedido de autorização, contactar directamente o OBEGEF (obegef@fep.up.pt).

©: Permission to copy parts of this document, without modification, for individual use. The reproduction of parts of the text only is permitted in scientific papers, with bibliographic information of the source.

No commercial use is allowed. Not allowed put it in any network or in any form of electronic sharing.

In case of doubt or request authorization, contact directly the OBEGEF (obegef@fep.up.pt).

¹ Professor-Adjunto da Escola (Estatal) Superior de Gestão do I.P.C.A.; gsopasdemelobandeira@ipca.pt

>> ÍNDICE

1. Introdução	6
2. Um primeiro andamento numa introdução à corrupção: um problema que é também de linguagem terminológica	8
3. Um segundo andamento numa introdução à corrupção: um problema que, também do ponto de vista jurídico, é mundial	13
1. Algumas especificações quanto aos instrumentos legais internacionais referidos ao nível da convenção	15
4. Breve nota de Criminologia e Política Criminal no que diz respeito ao papel das polícias perante a teoria da discricionariedade no contexto do problema da corrupção, igualmente económica e social	20
5. O problema da «corrupção», sobretudo no seio do Direito penal económico e social: o caso da importância da empresa	24
6. Algumas pré-conclusões sobre a dificuldade de imputar crimes, nomeadamente crimes de corrupção, às «empresas»	25
7. Conclusão	30

>> **RESUMO**

Palavras-chave: Corrupção; criminologia; política criminal; polícias; responsabilidade criminal dos «entes colectivos» e/ou «pessoas colectivas» e/ou organizações; empresas.

>> ABSTRACT

Keywords: Corruption; criminology; criminal policy; police officers; criminal responsibility of «collective bodies» and/or «legal persons» and/or organizations; companies.

**ALGUMAS NOTAS SOBRE O PROBLEMA DA
«CORRUPÇÃO», SOBRETUDO NO SEIO DO DIREITO
PENAL ECONÓMICO E SOCIAL, QUER DE UM PONTO
DE VISTA DO DIREITO PENAL, QUER A PARTIR DE
UMA PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA: O CASO DA
EMPRESA**

Gonçalo de Melo Bandeira

WORKING PAPERS
Nº 27 / 2013

OBEGEF – Observatório de Economia
e Gestão de Fraude
<http://www.gestaodefraude.eu>

«para Bruno

“A palavra liberdade é a única coisa que
ainda me exalta.”»

ANDRÉ BRETON

«Digno de liberdade só é quem sabe
conquistá-la todos os dias.»

J.W. VON GOETHE

>> 1 – INTRODUÇÃO

Um problema chamado «corrupção» é hoje algo que é bastante mediatizado em toda a comunicação social, quer portuguesa, quer estrangeira.

E isto, bem para lá de também constituir um problema jurídico-criminal num sentido mais técnico.¹ Nos designados países democráticos, onde a liberdade de expressão é, com naturalidade (... ou assim deverá ser...), mais ampla, o problema da «corrupção» é bastante debatido, ou cada vez mais debatido, inclusive nas redes virtuais informáticas, chamando a atenção das diversas audiências, mais ou menos cultas e mais ou menos «esclarecidas». Se aliar-mos estes factos à questão de estarmos a atravessar uma profunda crise económica – em alguns casos, só nos falta mesmo a queda no precipício financeiro, com eventuais e imprevisíveis consequências -, então, a situação poderá tornar-se inclusive preocupante, quer do ponto de vista económico em geral, quer na vertente social e política, quer numa visão que é, ela mesma, de cultura, ou de uma certa «contra-cultura», quer ainda, numa análise bem mais profunda, de análise mental. Temos a plena percepção que, no seio do normal funcionamento do sistema económico capitalista, as crises são cíclicas e mesmo inevitáveis. Este breve apontamento escrito vai procurar se preocupar, sobretudo, com a questão da «corrupção»² inserida na «crise

¹ Sobre a «corrupção», cfr. a seguinte bibliografia: Dias, Jorge de Figueiredo, e Andrade, Manuel Da Costa, in «Criminologia § O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena», 2.ª Reimpressão (1997), Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, ISBN 972-32-0069-4, 1992 (1.ª Reimpressão e Prefácio de 1984), v.g. p. 467; Costa, A.M. Almeida, in anotação aos art.s 372º, 373º e 374º do C.P., «Comentário Conimbricense do Código Penal», «Parte Especial § Tomo III § Artigos 308º A 386º», Dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 654 e ss. (no momento em que escrevemos está no prelo uma nova edição do comentário conimbricense), ISBN 972-32-0853-9, ISBN 972-32-0856-3; Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal § à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem», comentário aos art.s 372º e ss., 2.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, ISBN 978-972-54-0272-6, pp. 968 e ss; Lopes, José Mouraz, in «O Espectro da Corrupção», Editora Almedina, Reimpressão, 2011, *passim*, ISBN 9789724045429; Cunha, José Damião da, in «A Reforma Legislativa em Matéria de Corrupção», Coimbra Editora, Coimbra, 2011, *passim*, ISBN 9789723219302. E, em termos mais gerais: Dias, Jorge de Figueiredo, in «Direito Processual Penal», Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, 1.ª ed. 1974 e reimpressão («Clássicos Jurídicos»), ISBN 972-32-1250-1, em 2004, e Andrade, Manuel da Costa, in «Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal», Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, ISBN 9789723206135, 1992, reimpressão em 2006. Monte, Mário Ferreira, in «Da Legitimação do Direito Penal Tributário – em Particular, os Paradigmáticos Casos de Facturas Falsas», Coimbra Editora, Coimbra, Portugal, ISBN 978-972-32-1509-0, 2007; e ainda Silva, Germano Marques da, in Silva, Germano Marques da, in «Curso de Processo Penal», Volumes I (ISBN 972-22-1828-X 110154), II (ISBN 972-22-1961-8 110166) e III (ISBN 972-22-1902-2 110159), Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Editora Verbo, Lisboa, 2008, 2008 e 2009.

² Daqui em diante a palavra «corrupção» mesmo que surja sem aspas, deverá ser entendida

económica» e, portanto, por reflexo, no chamado Direito penal económico e social. Assim, o prisma jurídico-científico é a partir do Direito penal, do Direito processual penal, da Criminologia e da política criminal, mas também, dentro do já referido «Direito penal em sentido amplo», a partir duma base de análise chamada «Direito penal económico e social».¹ O que não prejudica o facto de fazermos algumas notas a partir daquilo que é afinal entendido como corrupção no âmbito da lei positiva e que está presente no Direito penal português vigente.

sempre entre aspas. E isto porque, uma coisa é a «corrupção» do ponto de vista jurídico-penal e outra, bem diferente, é a «corrupção» em termos gerais. A «corrupção», em termos de linguagem popular apresenta um sentido deveras amplo. Tão amplo, que podemos afirmar que por vezes se apelida de «corrupção», aquilo que, na realidade, por exemplo técnico-jurídica, nada tem a haver com a corrupção.

¹ Sobre o «Direito penal económico e social», Bandeira, Gonçalo N. C. Sopas de Melo, in «"Responsabilidade" Penal Económica e Fiscal dos Entes Colectivos - à volta das sociedades comerciais ou sociedades civis sob a forma comercial», Editora Almedina, Coimbra, 2004, (www.almedina.net), (ISBN 972-40-2254-4), Capítulo I. Quando falamos de «Direito penal em sentido amplo», estamos a falar de pelo menos três grandes domínios: Direito penal clássico ou de Justiça; Direito penal económico e social ou secundário (por vezes extravagante); Direito das contra-ordenações e ilícito de mera ordenação social. Quanto à introdução deste último campo no Direito penal em sentido amplo, estamos perante uma polémica que não está terminada. Todavia, a aplicação subsidiária do Direito penal e processual penal e/ou os seus princípios fundamentais está, de modo claro, positivada na lei. Para além disso, a Constituição portuguesa é muito clara na aplicação das garantias - quer através do Direito e processo penal, quer perante o próprio Direito e processo penal -, dos cidadãos e organizações, no que diz respeito não só ao Direito e processo penal, mas também ao Direito das contra-ordenações e ilícito de mera ordenação social: cfr. art. 32.º/10 da Constituição da República Portuguesa (daqui em diante apenas CRP).

>> 2 – UM PRIMEIRO ANDAMENTO NUMA INTRODUÇÃO À CORRUPÇÃO: UM PROBLEMA QUE É TAMBÉM DE LINGUAGEM TERMINOLÓGICA

Tornou-se tão comum utilizar as expressões «combate à corrupção»; «luta contra a corrupção»; «guerra à corrupção»; «batalha da corrupção»; «vamos matar a corrupção»; etc. etc., que nos escusamos de citar aqui.

Tais expressões estão praticamente em todo o lado. Não apenas na comunicação social mais diversa, mas também entre juristas (uns mais doutos do que os outros), associações privadas e mesmo em instituições públicas e inclusive órgãos de polícia criminal, entre outros. Que fique bem claro que, em muitas das intenções dessas afirmações, não se duvida da boa intenção de tal uso terminológico. Porém, diz um velho brocardo que «... de boas intenções está o inferno cheio...». É que, em que medida exacta podemos dizer que estamos perante um «combate»? «Combate» em nome de quê e de quem? Dum «Estado», muitas vezes ele próprio eivado de corrupção até ao tutano?! Por vezes, é o próprio legislador que utiliza a expressão «combate» à corrupção. Não podemos deixar de fazer aqui uma referência inclusive, e ainda que a título apenas exemplificativo, à «Lei nº 19/2008, de 21 de Abril», a qual «Aprova medidas de combate à corrupção e procede à primeira alteração à Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, à décima sétima alteração à lei geral tributária e à terceira alteração à Lei n.º 4/83, de 2 de Abril»!¹ E fazemos esta referência porque o legislador deveria ser o último a utilizar esta expressão. É evidente que existe uma liberdade de expressão, desde logo de foro profundo e constitucional, e não existem verdades ontológicas que nos possam impor verdades absolutas. Mas, exige-se ao legislador que utilize uma linguagem que seja o mais neutral possível, e o mais esclarecida possível, neste caso, do ponto de vista técnico-jurídico e, portanto, e sobretudo, científico. E ainda que, se defenda a tese radical de que «o Direito não é uma ciência». Seria caso para perguntar «o que é a ciência»? Bem sabemos que temos que distinguir a linguagem comum da linguagem técnica e científica. Mas, também por isso mesmo! O cientista do Direito ou o próprio legislador têm que ser escorreitos do ponto de vista técnico. O político, por intermédio do legislador, não pode

¹ Lei da Assembleia da República, publicada no Diário da República, 1.ª Série, N.º 78, de 21 de Abril de 2008, «Aprovada em 22 de Fevereiro de 2008. § O Presidente da Assembleia da República, *Jaime Gama*. § Promulgada em 2 de Abril de 2008. § Publique -se. § O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA. § Referendada em 2 de Abril de 2008. § O Primeiro-Ministro, *José Sócrates Carvalho Pinto de Sousa*.».

cair na tentação de fazer propaganda política através da própria letra da lei. Escondendo, por vezes, como a própria História o vai confirmando, a realização da corrupção através da própria confecção da legislação. Foi aliás uma linguagem semelhante, de «combate ou guerra», que a partir de certa altura invadiu as chamadas teorias bioantropológicas que recaem sobre o «Ser Humano delinquente». Falemos, por exemplo, da «política criminal eugénica» de Hooton ou Sheldon, a qual há muito tempo que é alvo de profundo consenso científico de que deve ser esconjurada, afastada. Como é evidente, como é evidente! Ou a ciência não deva estar permanentemente preocupada com os Direitos Humanos e com os novos ataques que estes, aqui e ali, vão sofrendo, seja ao nível da concretização, seja ao nível da tentativa. O problema, porventura um dos principais problemas, é que, por ironia do destino (ou talvez não!), a «política criminal eugénica» através de muitos dos seus deprimentes postulados, continua a presidir a premissas, como por exemplo: o «modelo médico»; a «ideologia de tratamento»; ou a, lá está, a tal «guerra» ou «combate ao crime», os quais homenageiam as concepções de fundo das teorias bioantropológicas – «o delinquente seria um vírus a erradicar ou inimigo a combater».¹ Um «verme a esmagar». O «novo judeu semítico». Como quem mata baratas, ratos ou cobras, que não apenas, claro está, por questões de saúde pública. E, mesmo aqui, S. Francisco, ou uma certa corrente vegetariana, nos colocam algumas dúvidas de consciência existencial quanto aos «nossos irmãos seres vivos». Acontece que, em muitos dos casos – e a História vai comprovando-o de modo cíclico -, o «Estado», de modo parcelar ou momentâneo, ou mesmo de forma total e duradoura, torna-se, ele próprio, o criminoso, o foco central, designadamente, da corrupção. Pelo que, por eventualidade, muitos dos «Estados» deveriam, eles mesmos, começar por arrumar a sua própria casa.² Mais importante que o «Estado», será porventura o espaço e o tempo. São frequentes as denúncias públicas – muitas delas com contestação, mas muitas outras sem qualquer contestação ou com uma contestação muito parcial – de que existe, por vezes, uma putrefacta promiscuidade entre certo poder político, alguns nebulosos interesses económico-financeiros e, inclusive, a realização de «legislação de alfaiate», i.e., feita à medida do freguês.³ Já para não falar no obscuro financiamento dos partidos políticos. Essa matéria de difícil fiscalização. O que, claro está, mina os próprios e (ainda) pouco fun-

¹ Dias, Jorge de Figueiredo, e Andrade, Manuel da Costa, in «Criminologia § O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena»..., pp. 169 e ss. (p. 178). Já antes, Andrade, Manuel da Costa, in «A Vítima e o Problema Criminal», Coimbra Editora, Coimbra, 1980, pp. 227 e ss..

² Préposiet, Jean, in «História do Anarquismo», Lugar da História, Edições 70, LDA, Lisboa, ISBN 978-972-44-1308-2, Setembro de 2007, *passim*.

³ Por exemplo, em Portugal, as constantes denúncias tornadas públicas pela «Transparência e Integridade Associação Cívica»: <http://www.transparencia.pt/>, 15/12/2012.

dos alicerces democráticos. Vale a pena citar algumas frases de, v.g., Paulo Morais, docente universitário, ex-vereador do urbanismo entre 2002 e 2005 da Câmara Municipal do Porto e um dos membros da «Transparência e Integridade, Associação Cívica»:¹ «De cada vez que um deputado debate ou elabora legislação, vacila entre a lealdade ao povo que o elege e a fidelidade às empresas que lhe pagam»; «Quando se reúne a Comissão Parlamentar de Obras Públicas, com seis dos seus membros ligados ao meio, mais parece uma associação empresarial do sector» (!). Ora bem, se isto for verdade – não temos dados suficientes –, pois apenas estamos a citar, e sempre com todo o respeito, então, estamos perante um potencial de corrupção que pode ter sido concretizado durante muitos anos mesmo no ninho da democracia: o Parlamento através da elaboração de legislação à medida!² O que implica a canalização de milhares de milhões de euros, de impostos pagos com honestidade, para fins desnecessários e dispensáveis. Para fins – há que dizer com todas as letras – de corrupção, diríamos, institucionalizada. E se assim é, é o próprio regime político que fica em perigo (se já não está?). Será que é por isto que foram feitas tantas e tantas obras públicas que custaram milhares de milhões de euros ao erário público sem quaisquer estudos prévios, e completamente inúteis em termos práticos?³ Será que foi por causa de isto que, por exemplo, existiu, e ainda existe, tanta polémica à volta das chamadas «SCUT'S»?⁴ Mas, se é um caso, como tantos outros, não só Parlamentar mas igualmente «para lamentar», diríamos, também deverá ser uma boa ocasião para mudar a legislação, de modo a impedir esta mal cheirosa promiscuidade. À mulher de César, não basta ser, é preciso, sem qualquer dúvida, bem ou mal,

¹ Lourenço, Nuno Sá, in «Deputados com ligações ao sector onde legislam § A semana passada foi apresentado um livro em homenagem ao fiscalista Saldanha Sanches, onde 14 autores abordam a corrupção», jornal Público, Portugal, 18/3/2012, p. 8.

² E continuará, esta situação, no presente e no futuro? É que a formação de listas de deputados continua a ser feita com base em critérios de muito difícil apreensão: pelo currículo, na esmagadora maioria dos casos, já se viu que não é! Será pela beleza física ou pela simpatia de carácter? Não, também parece que não, embora os gostos não se discutam. Então, então, continuemos a perguntar quais os critérios exactos? É que se há coisa em que Portugal é rico, é em obras públicas, qual jardim de pedra.

³ Para quê, por exemplo, uma nova auto-estrada (quando ainda por cima, ali perto, existem outras duas alternativas!) se centenas milhares de desempregados não têm dinheiro para pagar sequer a portagem, já para não falar no combustível?!

⁴ «Uma SCUT era uma autoestrada em regime de portagens virtuais, cujos custos eram suportados pelo Estado Português. A construção e manutenção era da responsabilidade de uma empresa concessionária. A sigla SCUT é uma abreviatura de “Sem Custo para os Utilizadores”. § O conceito de SCUT foi introduzido em Portugal em 1997 no governo de António Guterres, pela mão do Ministro do Equipamento Social, João Cravinho. Esta é a versão que consta do Portal do Governo. No entanto, foi da responsabilidade do então Primeiro Ministro, Cavaco Silva, a conceção da primeira SCUT, hoje conhecida como A 23 - na inauguração declarou que a única diferença para uma autoestrada era a não existência de portagens. O conceito foi abolido em 2011, com as autoestradas A22, A23, A24 e A25 a serem as últimas a abandonar este sistema de pagamento.», <http://pt.wikipedia.org/wiki/SCUT>, 15/2/2012.

parecer. Nomeadamente, quando as opiniões públicas, ainda por cima, exigem cada vez mais uma democracia transparente e íntegra. As novas gerações, e em breve os novos votantes, lêem com muita facilidade, nos seus computadores e nas redes sociais virtuais o que se vai passando. Não vale a pena dizer que não há qualquer espécie de problema ao nível da corrupção em Portugal. De contrário, por ingratidão histórica, corre-se o risco de não faltar muito tempo para se voltar à ditadura militar e/ou política. Sendo que, os maiores custos, como sempre, serão sofridos pelos mais fracos através da violação de direitos, liberdades e garantias, *rectius*, de modo alargado, direitos e deveres fundamentais. E aquilo que os verdadeiros movimentos de anti-corrupção menos querem é que se coloque em perigo a democracia e o espaço e tempo de Direito, social, democrático, livre e verdadeiro.

Voltando a Paulo Morais, as suas afirmações, a serem verdadeiras, são demasiado graves para não serem apuradas até ao limite da verdade. Das duas, uma: ou Paulo Morais não está a falar verdade e muito se estranha que os indivíduos e empresas visadas nas suas afirmações acusativas ainda não tenham já recorrido aos Tribunais por processo criminal de difamação de pessoa singular e «colectiva», o que não deixa de ser estranho; ou bem pelo contrário, Paulo Morais, sem pejo para dúvidas, está a falar verdade e então existe uma corrupção que está instalada, no presente momento, bem no seio do poder democrático português.¹ Neste último caso, os políticos que não compactuam com esta situação, devem se demarcar de imediato e denunciar em termos públicos a mesma, bem como o Procurador-Geral da República

¹ «Portugueses pagam impostos que “derretem” em corrupção Gastos do Estado rondam os 80 mil milhões de euros por ano § Por: Redacção / CAS | 22- 9- 2011 10: 58 § “Grande parte dos impostos que os portugueses pagam estão a derreter em mecanismos de corrupção”. A afirmação foi feita pelo vice-presidente da associação Transparência e Integridade, esta quinta-feira. Paulo Morais acredita que o Estado gasta por ano “cerca de 80 mil milhões” em mecanismos que “são bem conhecidos”. § “Bastará focar o aspecto das parcerias público-privadas”, no que respeita sobretudo à renegociação com as concessionárias das antigas SCUT, que levou os portugueses a pagar mais portagens e mais impostos, salienta, citado pela Lusa. § A eventual cessação das novas condições acordadas para as ex-SCUT “é uma questão que tem de ser tratada com urgência”. Segundo Paulo Morais, “cada mês que passa são milhões de euros que o povo português perde para pagar a uns senhores que conseguiram, à custa da conivência de pessoas no Estado, garantir rendas verdadeiramente obscenas”. § Apesar de tudo isto, o vice-presidente da associação Transparência e Integridade vai mais longe e não esconde a frustração. “A diferença entre o custo real do trabalhador e o salário que recebe vai em parte para serviços que os cidadãos utilizam, mas também vai muito dele para mecanismos de corrupção.” § Para o ex-vice-presidente da Câmara do Porto e actual professor universitário de estatística, o exemplo das SCUT “é claramente um caso de prejuízo com dolo do Estado português por parte de um conluio entre quem negocia em nome do Estado e os concessionários que obtiveram a concessão”. § “É perfeitamente inadmissível” acreditar num “mecanismo eufemisticamente chamado de disponibilidade diária das estradas, garantir rentabilidades da ordem dos 14, 15 por cento dos concessionários sobre preços que, por sua vez, já eram elevados”, afirmou o professor.». <http://www.tvi24.iol.pt/impostos/scut-impostos-corrupcao-estado-paulo-morais-portugueses/1282424-5240.html#> ; 29/9/2011.

e o Ministério Público têm que apurar rapidamente o que se passa em concreto. Mas, mesmo que se chegue à conclusão de que «todas as leis foram cumpridas» para, por exemplo, renegociar os contratos das «SCUT'S» entre o Estado e as respectivas empresas, no contexto das «milagrosas parcerias público-privadas», então se tudo continua como se nada tivesse acontecido, estamos, com clareza e evidência jurídico-científicas, não apenas perante uma situação de corrupção (em sentido lato) ao «mais alto nível», quer do poder político em exercício, quer dos cidadãos e/ou empresas envolvidas, mas também de violação dos artigos 227.^o e sobretudo 334.^o do Código Civil. Não só existe uma responsabilidade criminal, como também uma responsabilidade pré-contratual, como também um muito visível abuso do direito. Se, por exemplo, no contexto duma parceria público-privada, uma determinada empresa privada, num contexto de profunda crise económica e social, e seja ela qual for, continua a receber somas astronómicas, sem uma correspondência justa e mínima nos serviços que presta, então, ao receber os valores pecuniários, embora, de acordo com a legislação específica, está a exercer um direito, mas está a incorrer, de modo claro, em abuso do direito.¹ Porque não processar judicialmente esta empresa?

¹ Lima, Pires de/Varela, J. Antunes, in Código Civil Anotado, Volume I, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, 1987, em anotação aos artigos 227.^o e 334.^o do Código Civil, pp. 215 e ss. e pp. 298 e ss..

>> 3 - UM SEGUNDO ANDAMENTO NUMA INTRODUÇÃO À CORRUPÇÃO: UM PROBLEMA QUE, TAMBÉM DO PONTO DE VISTA JURÍDICO, É MUNDIAL

O Estado português está submetido a diversas obrigações internacionais no que diz respeito ao tratamento da corrupção.

Essas obrigações têm por fundamento, no seu essencial, a «Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas», de 2003; a «Convenção da OCDE Contra a Corrupção» de 1997; a «Convenção de Direito Criminal Contra a Corrupção do Conselho da Europa», de 1999; e, com as nossas aspas internas, quer a «Convenção da União Europeia Sobre o “Combate” Contra a Corrupção», de 1997; quer a «Convenção da União Europeia Sobre o “Combate” Contra a Corrupção Envolvendo Funcionários das Comunidades Europeias ou Funcionários dos Estados Membros da União Europeia», de 1997.¹ E de que modo é feita essa influência obrigacional ao nível internacional e sobre um país como Portugal? Começemos pelas Nações Unidas.²

A Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas tem uma influência em Portugal através dos seguintes itens obrigatórios: corrupção activa e passiva de funcionários públicos nacionais; corrupção activa de funcionários públicos estrangeiros e internacionais; corrupção activa e passiva de juízes e funcionários de tribunais internacionais; branqueamento «de capitais» (com as nossas aspas, pois o ilícito de «branqueamento», não é apenas, como se sabe, de «capitais»);³ fraude na contabilidade; peculato; obstrução da justiça.

¹ Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal...», pp. 968 e ss., 2010, ISBN 978-972-54-0272-6, pp. 968 e ss;

² Cfr. legislação útil acerca destas temáticas: Resolução da Assembleia da República (daqui em diante somente RAR) n.º 68/2001, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República (daqui em diante somente DPR) n.º 56/2001; RAR n.º 47/2007, de 21 de Setembro, e ratificada pelo DPR n.º 97/2007, de 21 de Setembro; RAR n.º 32/2004, e ratificada pelo DPR n.º 19/2004; RAR n.º 32/2000, ratificada pelo DPR n.º 19/2000. Ainda a Lei n.º 13/2001, de 4 de Junho.

³ Sobre o fenómeno do «branqueamento», Bandeira, Gonçalo N.C.S. de Melo, in «Nota de Coordenação dos Autores Lusitanos do Livro Luso-Brasileiro sobre o Fenómeno do “Branqueamento” e/ou da “Lavagem”» (16 autores portugueses e 6 brasileiros); Colaboradores Especialistas: Agostinho Veloso da Silva (Director da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave); André Sopas de Mello Bandeira (Conselheiro-Diplomata); António Carvalho Martins (Juiz Desembargador); Pedro Caeiro (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Augusto Lopes-Cardoso (Advogado, Bastonário da Ordem dos Advogados); Daiane Chaves (Advogada, Brasil); Délio Lins e Silva Júnior (Advogados, Brasil); Francisco Rocha Gonçalves (Professor da Universidade de Aveiro); Germano Marques da Silva (Advogado, Presidente e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa); Gonçalo S. de Melo Bandeira; Gustavo Svenson (Advogado, Brasil); Irene Portela (Professora Adjunta da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave); João Costa Andrade (Advogado e Docente do Instituto Superior da Polícia); João de Castro Baptista (Advogado); Jorge Dias Duarte (Procurador da República); Jorge dos Reis Bravo (Procurador da República);

A Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas tem uma influência em Portugal através dos seguintes itens facultativos: corrupção passiva de funcionários públicos estrangeiros e internacionais; tráfico de influência; abuso de função; enriquecimento ilícito; abuso de confiança no sector privado. A Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas tem uma influência em Portugal através dos seguintes itens opcionais: corrupção activa e passiva no sector privado. Podemos concluir, por conseguinte, que a Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas tem itens obrigatórios, facultativos e opcionais. O que, analisados bem os factos, acaba por fazer transparecer a visão bem diferente que existe a nível mundial dos diferentes países sobre os problemas que são levantados pela corrupção, quer a nível económico, quer a nível social, quer a nível político, quer a nível cultural, quer a nível mental. Outra conclusão que podemos desde já retirar daqui é que a «corrupção», mesmo em sentido técnico-jurídico, é entendida na Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas de uma forma bastante ampla, abarcando, pois, todos os itens referidos.

A Convenção da OCDE¹ Contra a Corrupção de 1997 tem uma influência em Portugal através do seguinte item obrigatório: branqueamento «de capitais» (com as nossas aspas, pois o ilícito de «branqueamento», não é apenas, como se sabe, de «capitais»). Conclusão: «apenas» um item, mas que é obrigatório.

José Pedro Aguiar-Branco (Advogado e Deputado à Assembleia da República); Ludumila Vasconcelos Leite Croch (Advogada, Brasil); Marco Aurélio Borges de Paula (Advogado, Brasil); Priscila Pamela dos Santos (Advogada, Brasil); Ricardo Sousa da Cunha (Assistente da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave); Vitalino Canas (Advogado, Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, Deputado à Assembleia da República); Editora Juruá, www.jurua.com.br, Lisboa, Portugal, 2010, pp. 29-40 (ISBN 978-989-8312-20-4); e Bandeira, Gonçalo N.C.S. de Melo, in «O Crime de "Branqueamento" e a Criminalidade Organizada no Ordenamento Jurídico Português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões», in AA.VV., Coordenação de Nascimento Silva, Luciano / Bandeira, Gonçalo N.C. Sopas de Melo, «Branqueamento de Capitais e Injusto Penal - Análise Dogmática e Doutrina Comparada Luso-Brasileira», Editora Juruá, www.jurua.com.br, Lisboa, Portugal, 2010, pp. 555-668 (ISBN 978-989-8312-20-4).

¹ «A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (português europeu) ou Econômico (português brasileiro) (OCDE) (em francês: *Organisation de coopération et de développement économiques*, OCDE) é uma organização internacional de 34 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado. Os membros da OCDE são economias de alta renda com um alto Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e são considerados países desenvolvidos, exceto México, Chile e Turquia. § Teve origem em 1948 como a Organização para a Cooperação Económica (OECE), liderada por Robert Marjolin da França, para ajudar a administrar o Plano Marshall para a reconstrução da Europa após a Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, a sua filiação foi estendida a estados não-europeus. Em 1961, foi reformada para a Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento da Convenção sobre a Organização para a Cooperação Económica e Desenvolvimento. § A sede da OCDE é localizada no *Château de la Muette* em Paris, França.»:http://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_para_a_Coopera%C3%A7%C3%A3o_e_Developolvimento_Econ%C3%B3mico, 15/2/2012.

A Convenção de Direito Criminal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, tem uma influência em Portugal através dos seguintes itens obrigatórios: branqueamento «de capitais» (com as nossas aspas, pois o ilícito de «branqueamento», não é apenas, como se sabe, de «capitais»). A Convenção de Direito Criminal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, tem uma influência em Portugal através dos seguintes itens, com «admissão de reserva»: corrupção passiva de funcionários públicos estrangeiros e internacionais; corrupção activa e passiva no sector privado. A Convenção de Direito Criminal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, tem uma influência em Portugal através dos seguintes itens, com «reserva possível»: fraude na contabilidade; tráfico de influência. Conclusão: a «admissibilidade» e «possibilidade» de estabelecimento de «reservas» são as principais características.

Com as nossas aspas internas, quer a «Convenção da União Europeia Sobre o “Combate” Contra a Corrupção», de 1997; quer a «Convenção da União Europeia Sobre o “Combate” Contra a Corrupção Envolvendo Funcionários das Comunidades Europeias ou Funcionários dos Estados Membros da União Europeia», de 1997, têm uma influência em Portugal através do seguinte item obrigatório: corrupção activa e passiva de funcionários públicos nacionais ou da União Europeia. Conclusão: «apenas» um item, mas que é obrigatório.

É evidente que todos os itens referidos têm que ser vistos em conjunto como uma forma de Portugal ter que encarar o fenómeno da corrupção. Neste caso, por conseguinte, a «corrupção», mesmo do ponto de vista técnico-jurídico, é encarada dum modo bastante alargado. Embora, com características obrigatórias, facultativas, opcionais e de «reserva admissível» ou «possível».

3.1 – Algumas especificações quanto aos instrumentos legais internacionais referidos ao nível da convenção

Antes de mais, é importante referir que pelo que se pode retirar da Convenção Penal Sobre a Corrupção do Conselho da Europa antes referida, os Estados abrangidos deverão criminalizar o pedido ou aceitação por um «funcionário público», indirecta ou directamente, de uma indevida vantagem, para o mesmo ou por uma outra pessoa. Ou, ainda, a aceitação dum oferta (por vezes dádiva) ou promessa dum tal vantagem, para agir ou não agir no exer-

cício das suas funções.¹ Aqui, «acto no exercício das funções» parece ter um significado claro. Isto é, também deveria ser infracção criminal no caso dum funcionário receber uma vantagem em troca de agir de acordo com os seus deveres. Se o funcionário age de modo proibido ou arbitrário, então, neste caso, a sanção deve ser mais grave. O funcionário não pode por exemplo conceder uma licença administrativa que, naquele caso concreto, seria de recusar sem quaisquer dúvidas. No caso da Convenção Penal Sobre a Corrupção do Conselho da Europa, não existe, contudo, uma necessidade de se verificar uma «violação de dever». A discricionariedade é aqui irrelevante. O fundamental é se o funcionário foi alvo dum oferta (por vezes dádiva) ou promessa de suborno com o objectivo de se conseguir algo em «troca». Neste caso concreto, o agente corruptor pode até nem saber que o funcionário tinha, ou deixava de ter, discricionariedade. Tal torna-se irrelevante. A regra é de que o funcionário público é pago pelo orçamento público. Salvo se os pagamentos privados visam contribuir para um maior acentuar do interesse público, sem qualquer favorecimento ilegal em troca. O altruísmo e/ou a acção benemérita em prol do interesse público não é corrupção. A «violação dum dever» trás, todavia, novos problemas de prova. Além do mais, este elemento de necessidade de «violação dum dever», não pode servir para que os Estados não possam implementar a concepção de corrupção que está prevista na Convenção sem obstar ao seu objectivo.² Parece assim estar impedida a concepção dum «violação de dever funcional» que impeça a tutela dum «confiança dos cidadãos na correcção da administração pública». Correcção no sentido de honestidade.³

A Convenção Contra a Corrupção das Nações Unidas antes referida fornece-nos, também, uma definição alargada do «acto no exercício das funções». O designado guia legislativo das Nações Unidas para implementação da convenção contra a corrupção, admite⁴ que a locução «no exercício dos seus deveres oficiais» deve ser interpretada numa visão bastante alargada e, portanto, «com ordem a agir ou evitar agir em matérias relevantes para os deveres oficiais».⁵

A Convenção da OCDE Contra a Corrupção antes mencionada, prevê⁶ a incriminação de promessa, dádiva ou oferta com vista a que o funcionário público actue ou deixe de actuar no que diz respeito ao exercício dos seus

¹ Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal...», 2010, *idem ibidem*.

² Cfr. art. 2.º da Convenção.

³ Cfr. a Recomendação (2000) 10 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre os códigos de conduta dos funcionários públicos, nomeadamente o seu art. 20.º.

⁴ Cfr. anotação 183.º.

⁵ Nossa tradução livre.

⁶ Cfr. o seu art. 1.º.

deveres oficiais. Seja, ou não seja, no seio da competência autorizada do funcionário, trata-se dum qualquer uso do funcionário público.¹ A discricionariedade e/ou o juízo têm que ser exercidos de forma imparcial pelo funcionário. Importa que os deveres funcionais e/ou do cargo desempenhado, sejam exercidos de forma imparcial.

De acordo com o que se viu anteriormente, o Estado português tem, pois, que obedecer também à Convenção Sobre Luta Contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transacções Comerciais Internacionais.

Na Convenção da União Europeia podemos traduzir da seguinte forma aquilo que está aqui em causa:² «... para ele actuar ou evitar actuar de acordo com o seu dever ou no exercício das suas funções em violação dos seus deveres oficiais...».

Todas as convenções que estamos aqui a analisar parecem exigir uma conexão entre a oferta (por vezes dádiva) ou solicitação de suborno e uma acção ou omissão do funcionário público.³

Deste modo, não é sem (muitas) dúvidas que podemos afirmar que nenhuma das convenções que estamos a analisar implica, ou deixa de implicar, a violação dos deveres funcionais do funcionário público como elemento constitutivo do crime.⁴ Ou seja, se em alguns casos não parece existirem dúvidas que a comissão dum acto legal pelo funcionário público pode constituir a meta da corrupção activa ou passiva. Noutros casos, de acordo com as convenções, como se foi anotando anteriormente, já temos mais dúvidas. Parece-nos inclusive, salvo o devido respeito pelo nosso colega, que Paulo Pinto de Albuquerque vai um pouco longe de mais de acordo com determinada doutrina, legislação, jurisprudência e mesmo a dogmática jurídico-penal, ao afirmar que, e citamos, qualquer coisa como:⁵ «Mais: quando esse elemento seja requerido pela lei interna, ele não pode ser interpretado de modo a defraudar o âmbito da incriminação à luz das obrigações internacionais do Estado português.». Bem, então onde é que fica o respeito pelo princípio da legalidade criminal?⁶ Ou até as normas de interpretação da legislação portuguesa?⁷ Isto

¹ Cfr. o seu art. 1.º.

² Nossa tradução livre.

³ Embora se pareça admitir os chamados «pagamentos de facilitação» - o que, a nosso ver, não nos parece ser correcto do ponto de vista jurídico-criminal, mas também de técnica legislativa ou mesmo de índole ética -, a OCDE veio, em 2009, incentivar as empresas a proibir ou desincentivar a utilização destes pagamentos. Quando muito, se acontecerem em termos concretos, deveriam os mesmos ser reflectidos na contabilidade das empresas.

⁴ Sem quaisquer dúvidas, segundo nos é dado a entender, Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal...», 2010, p. 973.

⁵ Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal...», 2010, *idem ibidem*.

⁶ Constante quer do art. 1.º do Código Penal (daqui em diante somente CP), quer no art. 29.º da CRP.

⁷ Cfr. art. 9.º do Código Civil (daqui em diante somente CC).

tudo no seio dum país independente e soberano, com uma Ordem Jurídica própria, apesar de sermos, e ainda bem (mas também por isso mesmo!), uma democracia aberta e pluralista, no seio dum Estado de Direito, social, que se quer cada vez mais como espaço e tempo livre e verdadeiro. Doutrina que é doutrina, como não temos dúvidas que seja o caso, não pode afirmar como verdade absoluta uma premissa do género: «... ele não pode ser interpretado de modo a defraudar o âmbito da incriminação à luz das obrigações internacionais do Estado português.». E isto tendo em consideração a própria CRP e o CC português.¹ O «Estado português» vinculou-se a convenções internacionais, mas não a «interpretações internacionais» de valor irrefutável e absoluto. Cremos que, pensando melhor, todos concordarão. Não estamos a falar de interpretações diametrais e opostas. Estamos a falar de legítimas e diferentes interpretações, fruto, por vezes, de minúsculos pormenores legais. Pelo que, são de refutar «quaisquer interpretações definitivas e absolutas»!

E esta nossa interpretação doutrinal em nada prejudica, o facto de podermos afirmar que dos deveres internacionais do Estado português parece resultar, ainda assim, que o tipo penal da corrupção se refere a acções ou omissões do funcionário em matérias relativas às suas obrigações oficiais, seja, ou não seja, dentro da competência autorizada do funcionário, assim que o mesmo não utilize de imparcialidade no seu juízo, por se ter deixado influenciar por promessas de benefícios ou benefícios (e/ou, em certos casos, dádivas) originadas em particulares e, deste modo, colocando em jogo a confiança dos cidadãos e das organizações na correcção, honestidade, da administração pública.² Não se pode é obrigar, pela via da doutrina, ou por qualquer outro meio, a que exista uma «única interpretação». É preciso ter calma. Ainda para mais, quando essa interpretação coloca em perigo a aplicação concreta do princípio da legalidade criminal. Isso iria violar a liberdade de apreciação de prova por parte dos magistrados judiciais. E mais ainda: seria, como já se referiu, a violação das normas de interpretação que estão vigentes no próprio Ordenamento Jurídico Português.³ Se os assentos foram considerados há já muito tempo inconstitucionais, só nos faltava ter agora que lidar com «interpretações absolutas e irrefutáveis». Desde logo, porque da análise das convenções internacionais referidas, às quais Portugal aderiu, não resultam

¹ Cfr. o art. 8.º da CRP e o art. 9.º do CC.

² Deste ponto de vista, não são comportamentos privados dos funcionários as acções ou omissões em matérias que dizem respeito aos seus deveres funcionais, ou seja, as acções e omissões que dizem respeito à sua função. Apenas seriam comportamentos privados, aqueles que nada tenham a ver com os deveres ou obrigações (funcionais) do funcionário. Os comportamentos privados, pois, ficam de lado da esfera da competência funcional do funcionário. Em sentido aproximado, Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal...», 2010, pp. 968 e ss., *idem ibidem*.

³ Cfr. o art. 9.º do CC.

verdades interpretativas absolutas. Todas as conclusões conduzem a novas e naturais dúvidas.

Por outro lado, todas as convenções, aqui em causa, indicam que não deverá existir distinção entre corrupção activa e corrupção passiva, nomeadamente ao nível da severidade das respectivas sanções.

Esta breve análise que estamos aqui a fazer tem já por base as mais recentes alterações legislativas.¹

¹ Nomeadamente a Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro. Como refere Albuquerque, Paulo Pinto de, *idem ibidem*, «O novo artigo 372.º, n.º 1, corresponde ao referido artigo 373.º, n.º 2, do CP, na redacção de 2001. O novo artigo 373.º, n.º 1 (corrupção passiva própria), corresponde ao anterior artigo 372.º, n.º 1. O novo artigo 373.º, n.º 2 (corrupção passiva imprópria), corresponde ao anterior artigo 373.º, n.º 1. O novo artigo 374.º, n.º 1 (corrupção activa própria), corresponde ao anterior artigo 374.º, n.º 1. E o novo artigo 374.º, n.º 2 (corrupção activa imprópria), corresponde ao anterior artigo 374.º, n.º 2. Os novos artigos 373.º e 374.º do CP apenas inovam no que toca às molduras penais mais graves.». A nova incriminação do art. 372.º/1 substitui, pois, o anterior art. 372.º/2 do CP, na redacção da Lei n.º 108/2001. Logo, os comportamentos puníveis sob a batuta do art. 373.º/2, pela redacção da Lei n.º 108/2001, permanecem, ao que parece, como puníveis, depois da entrada em vigor da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro. Todavia, não são puníveis os comportamentos de promessa ou dádiva a funcionário de benefício por pessoa que em face dele, tenha tido, tenha ou venha a ter qualquer pretensão dependente do exercício de funções públicas, quando esses mesmos comportamentos tenham sucedido antes da entrada em vigor da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro. É que o art. 373.º/2, na redacção da Lei n.º 108/2001, não previa estes comportamentos e o novo art. 372.º/2 não pode ser aplicado de modo retroactivo: cfr. o art. 2.º do CP. Cfr. ainda a Lei nº 4/2011, de 16 de Fevereiro.

>> 4 – BREVE NOTA DE CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL NO QUE DIZ RESPEITO AO PAPEL DAS POLÍCIAS PERANTE A TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE NO CONTEXTO DO PROBLEMA DA CORRUPÇÃO, IGUALMENTE ECONÓMICA E SOCIAL

No que concerne ao fenómeno da corrupção, não será de todo despidendo fazer aqui algumas referências doutrinárias à teoria da discricionariedade, nomeadamente no que concerne ao específico papel das polícias.

Embora o raciocínio abstracto analógico possa ser utilizado noutros sectores, e quanto a outros actores, da Justiça. Será escusado fazer aqui uma referência exaustiva quanto à importância das polícias em todo contexto da Justiça e, neste preciso caso, no âmbito do tratamento da corrupção. É sabido que a corrupção está ligada de perto às polícias que representam o Estado nos mais diversos sectores. O que, claro também está, tem reflexos importantes na discricionariedade e na selecção.¹ Problema este que, com naturalidade, varia muito de país para país e de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico. Já nos dizia em 1978 G. Sykes², que «toda a análise da estrutura e funcionamento da política tem de ter em conta que a corrupção é um problema crónico». «Problema crónico», fala a voz duma profunda experiência de investigação teórica e prática: G. Sykes. Registe-se bem. Estamos aqui perante dois graves problemas que, com habitualidade, andam conexos: o crime organizado e a interpenetração das polícias com os aparelhos políticos. Diz-nos G. Sykes, mas também J. de Figueiredo Dias e M. da Costa Andrade. É evidente que esta «caldeirada, de sabor amargo e mal cozinhada com alguns ingredientes já inclusive estragados», cria problemas quanto aos assuntos da anti-corrupção. Em dose moderada, criará alguns «problemas digestivos». Em dose exagerada, pode levar ao «internamento hospitalar e mesmo à morte do doente por intoxicação alimentar». Notícias recentes vindas a público em

¹ Dias, Jorge de Figueiredo, e Andrade, Manuel Da Costa, in «Criminologia § O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena», 1984, pp. 454 e ss..

² In «Criminology», New York, Nova Iorque, Jovanovich, 1978, pp. 398 e ss., *apud* Dias, Jorge de Figueiredo, e Andrade, Manuel Da Costa, *idem ibidem*, 1984. G. Sykes, identificando o grave problema dos EUA, focaliza a polarização da corrupção da polícia, no início do século XX, em volta da prostituição e do jogo ilícito, em volta do, então considerado, tráfico de bebidas alcoólicas nos anos trinta e, desde os anos 50, o tráfico de estupefacientes e drogas de várias espécies. Ou seja, com uma profunda ligação a avultadas somas de dinheiro e, portanto, com peso na economia real e subterrânea.

Portugal – salvaguardando em todo o caso a presunção da inocência dos envolvidos até prova definitiva em contrário, como é evidente ⁻¹, procuram estabelecer uma ligação clara entre agências portuguesas de serviços secretos e/ou polícias, partidos políticos, empresas privadas e lojas maçónicas, incluindo a suposta passagem de dados dos serviços secretos para o foro comercial! Qual é o principal problema que resulta daqui? Uma desconfiança generalizada da população votante em relação a todos os visados e todas as instituições em causa. Sem qualquer dúvida, haverá muitos justos, sejam eles agentes secretos, polícias, políticos, empresários e empresas e maçons ou pedreiros livres, salvo o devido respeito, ou outra coisa qualquer, que pagarão pelos eventuais e verdadeiros «pecadores» envolvidos. Infelizmente, a sua imagem ficará afectada em termos gerais. Pelo que, de modo rápido, célere e eficaz, será necessário, executar as prevenções geral e especial positivas, mas também a retribuição jurídico-penal e a eventual reparação. Sob pena, do próprio regime político-democrático começar a ficar em perigo. E, dos «problemas digestivos» do regime democrático, podemos passar para o seu internamento e/ou mesmo a sua morte. Com insurreição imediata e sem resurreição à vista! Sem apelo, nem agravo, e com um custo sem preço para os direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais humanos. Mais uma vez pagando os «justos pelos pecadores». E pagando os «mais fracos». Muitas vezes lembramos aos nossos alunos que, Portugal, ao contrário do que se vai dizendo por aí, catalogado com habitualidade como «país de brandos costumes», foi um país profundamente violento, por exemplo, durante o último Séc. XX. Lembre-se apenas, a título enunciativo, desde o regicídio (Rei D. Carlos e o seu Infante), os diversos homicídios de chefes de Estado (v.g. Sidónio Pais), da oposição, dos crimes cometidos na República I (vários, incluindo o assassinato posterior de alguns dos próprios revolucionários de 5 de Outubro de 1910), durante a ditadura salazarista através da polícia política e dos massacres nas guerras coloniais (fossem as vítimas «colonos ou colonizados»; ou, v.g., o caso do popular, General «do Povo e amado pelo Povo», Humberto Delgado), mas também depois do 25 de Abril de 1974, com grupos terroristas bastante activos, quer da «esquerda» (FP25, «Forças Populares do 25 de Abril»), quer da «direita» (MDLP, «Movimento Democrático de Libertação de Portugal»). E, ao que parece, já num outro contexto, o homicídio de um chefe de Estado e vários destacados políticos (Francisco Sá Carneiro, Adelino Amaro da Costa,

¹ Por exemplo, revista semanal Visão, www.visao.pt, n.º 986, de 26 de Janeiro a 1 de Fevereiro de 2012, pp. 28 e ss. («Os ficheiros secretos do espião maçom»); e n.º 987, de 2 de Fevereiro a 8 de Fevereiro de 2012, pp. 30 e ss. («Espiões § A lista secreta»). Mais uma vez, note-se, apenas se está a citar notícias e até prova definitiva em contrário, existe um princípio sagrado a respeitar: a presunção de inocência.

etc.) e alguns empresários. Enfim, qualquer pessoa, minimamente perspicaz, percebe que essa violência está latente na sociedade portuguesa, como que adormecida (infelizmente, em quase todo o Ser Humano) e pode ressurgir de novo, a qualquer momento, «quais brandos costumes lusitanos»... É óbvio que quanto mais forte for a democracia em Portugal, Estado de Direito social e país signatário da Organização do Tratado do Atlântico Norte («NATO» ou «OTAN») e Membro da União Europeia e do Euro (até agora...), menos chances haverá disso acontecer. Isto tudo, para pré-concluir que a preocupação séria pelo tratamento adequado duma certa «cultura de corrupção» dominante, é, na verdade, uma preocupação, mas também uma precaução, para evitar o fim da democracia, o qual, como todos bem sabemos, já esteve bem mais longe.

Não se diga, contudo, que o problema da ligação entre o fenómeno da corrupção e as polícias foi uma invenção portuguesa. Como referem J. de Figueiredo Dias e M. da Costa Andrade¹, «... também a corrupção se liga estreitamente com a própria natureza do labor da polícia. Como Goldstein refere, a polícia está quotidianamente em contacto “com o pior lado da humanidade..., permanentemente exposta a um espectáculo de ilegalidade». E isto aplica-se também aos serviços secretos, internos e externos, de cada país. E ao crime económico e social, financeiro, entre outras áreas. A polícia comum ou «económica e social, financeira», incluindo portanto aqui nesta adaptação doutrinária, depara-se com frequência com o crime praticado por «pessoas respeitáveis». Nomeadamente os serviços secretos que sabem bem alguns segredos desconhecidos da opinião pública. A polícia, por exemplo, fruto das profundas investigações de G. Sykes, parece deparar-se com crimes praticados pelas pessoas mais insuspeitas, como poderão ser os próprios magistrados (citamos). Qualquer pessoa atenta as estes problemas, ainda que de modo mínimo, compreenderá que não há pessoas, nem profissões perfeitas. Ninguém está acima da lei legítima e fundada nos mais fundos princípios humanos. Já para não falar nas chamadas «cifras negras», pois, infelizmente, muitos crimes ficam na História da Humanidade por desvendar e resolver. A vida real é muito mais dura do que aquela que passa nos filmes. Nem sempre se descobre o «culpado» ou «autor». Resta-nos, porventura, acreditemos, a Justiça divina. Ao se depararem com esta criminalidade não apenas de «colarinho branco, azul, cor-de-rosa ou laranja esbatido, vermelho escuro ou claro, amarelo ou verde, às riscas ou às pintinhas». Enfim, «criminalidade de arco-íris, criminalidade de regime... », mas também «ocupacional», «profissional», de «toga e beca», de «legislatura», «arquitecta ou engenheira», «médica ou

¹ Dias, Jorge de Figueiredo, e Andrade, Manuel Da Costa, in «Criminologia § O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena», 1984, pp. 467 e ss..

artística», «economista ou de gestão», «social ou financeira», «sindicalista ou desportista», exercida por deputados, professores, alunos, por colegas polícias, enfim, um pouco por toda uma sociedade que respira, aqui e ali, corrupção (até por uma questão de estatística). As polícias honestas, dizíamos, tornam-se cínicas, procurando, em alguns casos, participar num mero jogo que, afinal, visa apenas distribuir lucros entre todos os que abandonaram os ideais de transparência e integridade e o interesse público.

Ora, é sobretudo nas áreas em que o legislador procura impor coactivamente uma determinada «moral», nomeadamente nos crimes sem vítima, que a corrupção encontra o seu campo preferido.¹ É precisamente aqui, note-se e saliente-se as vezes que forem necessárias, nos crimes «sem vítima», que os doutrinadores da Criminologia acham que mais fácil se transforma a racionalização da conduta, neste caso, do polícia e/ou do «fiscalizador do Estado». Invocando e apelando, por exemplo, para a «ideia de realismo», ou para factos, acções ou omissões que, afinal, «não prejudicariam ninguém». Há um «auto e hetero-consentimento», por dentro, «consciente» e muitas vezes, infelizmente, até corporativo, em muitos países do mundo.

¹ Dias, Jorge de Figueiredo, e Andrade, Manuel Da Costa, in «Criminologia § O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena», 1984, *idem ibidem*.

>> 5 - O PROBLEMA DA «CORRUPÇÃO», SOBRETUDO NO SEIO DO DIREITO PENAL ECONÓMICO E SOCIAL: O CASO DA IMPORTÂNCIA DA EMPRESA:

Ninguém pode negar que podem existir casos de «corrupção», no contexto do Direito penal e em sentido bastante alargado, em diversas áreas como por exemplo: na economia e sociedade em geral; na gestão; no meio ambiente; no consumo; no tributário; nos mercados de valores mobiliários e/ou outros instrumentos financeiros; na medicina; na biologia; na saúde pública; no trabalho; na concorrência; na propriedade industrial; no desporto; na cultura; entre outras. Se quisermos, podemos dizer que a «corrupção» pode ter consequências económicas, sociais, políticas, culturais e até mentais.

Ora, como já vimos antes, e como ninguém pode negar não apenas no contexto económico-capitalista, os empresários e as empresas adquirem uma importância central em toda esta dialéctica.

Mas será fácil imputar uma responsabilidade por crimes às empresas, nomeadamente, responsabilidade por crimes de corrupção? Trata-se, como se sabe, de «entes colectivos» ou «pessoas colectivas» ou «entidades colectivas», também chamadas de «pessoas jurídicas» ou, por exemplo, como até se torna mais apropriado, «organizações».

Podemos já adiantar que, do ponto de vista técnico-jurídico e jurídico-criminal, não é fácil imputar às empresas uma responsabilidade por crimes, nomeadamente, uma responsabilidade por crimes de corrupção. Não é mesmo nada fácil.

>> 6 – ALGUMAS PRÉ-CONCLUSÕES SOBRE A DIFICULDADE DE IMPUTAR CRIMES, NOMEADAMENTE CRIMES DE CORRUPÇÃO, ÀS «EMPRESAS»¹

Por estranho que possa ser, e isto é válido durante pelo menos a entrada em vigor da nova redacção do art. 11º do Código Penal, ou seja, desde finais de 2007 e o presente momento em que se está a escrever este trabalho, é mais fácil - do ponto de vista da imputação jurídica da responsabilidade penal - uma empresa praticar um crime de corrupção p. e p. no Código Penal (v.g. 374º do C.P.) do que, por exemplo, um crime de especulação previsto e punido no art. 35º (e 3º) do Regime das Infracções Anti-Económicas e Contra a Saúde Pública.² E quem refere o exemplo diferencial deste crime – no que diz respeito ao estabelecimento do respectivo nexos de imputação -, podia mencionar muitos outros que constam de ambos os diplomas legislativos quando aplicamos em confronto o art. 11º do Código Penal e o art. 3º do R.I.A.E.C.S.P..

Por *sui generis* que também possa reflectir, e isto é válido durante pelo menos o começo em vigor da «nova redacção» do art. 11º do Código Penal, ou seja, desde finais de 2007 e o presente momento em que se está a escrever este texto, é mais fácil – a partir duma perspectiva da imputação jurídica da responsabilidade penal - uma empresa operar um crime de corrupção previsto e punido no Código Penal (v.g. art. 374º do C.P.) do que, por exemplo, um crime de fraude fiscal p. e p. no art. 103º (e 7º) do Regime Geral das Infracções Tributárias.

Quem aponta os exemplos diferenciais, antes descritos, do crime de fraude fiscal ou do crime de especulação - quanto à aplicação do respectivo nexos de imputação -, podia apontar muitos outros que constam de ambos os diplomas legislativos quando expomos em comparação o art. 11º do Código Penal e o art. 35º do R.I.A.E.C.S.P. ou o art. 7º do R.G.I.T..

Poderiam ser fornecidos ainda outros exemplos de dissemelhanças de normas de imputação jurídica de responsabilidade penal às empresas e entes

¹ Bandeira, Gonçalo Sopas de Melo, com revisão por pares ou *peer review*, artigo no prelo, in «A Responsabilidade das Empresas pelo Crime de Corrupção: o Caso Português a partir de uma Perspectiva de Direito Penal, mas também de Criminologia § *The Responsibility of the Companies for the Crime of Corruption: the Portuguese Case from a Perspective of Criminal law, but also of Criminology*, «Livro em Homenagem ao Professor Peter Hünerfeld», Organização de Manuel da Costa Andrade, José de Faria Costa, Anabela Miranda Rodrigues, Helena Moniz, Sónia Fidalgo, Coimbra Editora, Coimbra, 2011/2012 (já aceite para publicação com revisão por pares ou *peer review* e in prelo desde Setembro de 2011).

² Daqui em diante R.I.A.E.C.S.P.. Na redacção do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, já com as alterações da Lei 20/08, de 21 de Abril.

colectivos e/ou pessoas colectivas e/ou organizações. Mesmo no campo das contra-ordenações e/ou ilícito de mera ordenação social. O que, no nosso modesto compreender, não tem qualquer sentido e viola alguns princípios constitucionais essenciais como o princípio da universalidade (art. 12º/2 da Constituição da República Portuguesa) ou o princípio da igualdade (art. 13º da C.R.P.), entre outros alicerces basilares do Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro.

Acautelando a necessidade de evitar constantes modificações à legislação em vigor, é urgente corrigir este cariz em termos legislativos e nos casos onde a divergência de procedimento legislativo é carregada desde uma perspectiva constitucional e, portanto, jurídico-penal e científica.

De acordo com o n.º 2 e o n.º 3 do art. 11.º do Código Penal, as empresas que não podem praticar os crimes de corrupção do Código Penal português são as que são passíveis, desde uma perspectiva legal, de se incluir nos seguintes quadros: «a) Pessoas colectivas de direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais; b) Entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade; c) Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público.».

Assim, nem todas as «empresas», por raciocínio lógico, são passíveis de praticar os crimes de corrupção previstos e punidos nos artigos 372º, 373º e 374º do Código Penal.

As «Entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade», ao inverso de muitas outras empresas, não podem efectuar os crimes de corrupção que estão previstos nos artigos 372º, 373º e 374º do Código Penal. E «não podem», porquê? Porque a própria lei não possibilita, de forma clara e inequívoca. Isto é o que a lei ordena e não se esgrima com técnicas interpretativas que não tenham um alicerce mínimo, ou simetria verbal mínima, na letra da lei: cfr. art. 9º/2 do Código Civil português. É a letra da lei que está porventura errada e viola a C.R.P.. Ou, se não está errada, pode, pelo menos, exortar em equívoco. É evidente que a composição do art. 11º do Código Penal foi aqui equivocada e entra em choque com o carácter limitativo da excepção ao princípio da responsabilidade modelado nos textos internacionais.¹ Ainda que – possamos aceitar, é óbvio! –, que o desígnio parcial do legislador tenha sido outro. Mas não está transparente. Está muito opaco. Pelo contrário: está nebuloso, salvo o devido respeito em face do profundo trabalho que se é preciso ter, para fazer uma reforma séria do Código Penal. Mas pior ainda é quando essa reforma é um retrocesso histórico, ainda

¹ Com uma opinião contrária, Albuquerque, Paulo Pinto de, in «Comentário do Código Penal...», Lisboa, 2010, pp. 95-96.

que sem intenção. Pois, outros no futuro terão que corrigir os erros. Além do mais, a letra da lei, no art. 11^º do Código Penal, descreve «Demais pessoas colectivas que exerçam prerrogativas de poder público». Não descreve que «tenham agido sem ou com prerrogativas de poder público» e, inclusive, não é o texto transparente no que concerne às entidades públicas empresariais e às entidades concessionárias de serviços públicos. Neste texto, aludimos a correspondente legislação que define estas configurações jurídicas. Na dúvida perante a letra da lei – não podemos olvidar! – e de acordo com a Constituição, temos que optar pela interpretação mais favorável ao (quicá) arguido, seja o mesmo organizacional e/ou colectivo ou singular. Aí está o centro das Ciências Jurídico-Criminais do Estado de Direito Social, democrático, livre e verdadeiro. Não se tente arranjar outro ilegítimo sulco! Por outro lado, é deveras contra a Constituição, como referido noutros locais deste trabalho, que as chamadas organizações públicas (e/ou, neste caso, «pessoas colectivas públicas») mesmo que estejam a «agir sob prerrogativas de poder público» sejam excluídas, logo à partida, da totalidade da responsabilidade penal colectiva. Terá ainda sentido esse privilégio, quando o Estado, as empresas públicas ou as «parcerias público-privadas» se comportam, muitas das vezes, como verdadeiros actores principais, por vezes monopolistas, do jogo do sistema económico e financeiro capitalista e, em muitos desses casos, «somente» do capitalismo especulativo e até, v.g., violador de normas financeiras públicas, de mercado, de consumo e/ou ambientais, tributárias, entre outras? Veja-se, v.g., o caso duma «pessoa colectiva pública» que viole com dolo, em co-autoria e/ou participação, normas de execução orçamental: *quid juris*? Alguns dirão que «pode não existir lei para estes casos muito específicos, ou, existindo, não tem resultados pragmáticos, pois é simbólica». Expressaremos então: altere-se, e depressa a legislação, sob pena de Portugal acabar com rapidez ou de haver uma Revolução. Como é possível, v.g., que o Estado assine um contrato de concessão de auto-estrada que se revela extremamente favorável à empresa privada? Conforme aliás já se referiu anteriormente neste texto. Ou seja, feitas as contas finais, ficava mais barato ao Estado não ter feito essa concessão, e cuidar ele próprio da estrada, do que ter feito essa mesma concessão!!! Além da responsabilidade criminal, não haverá aqui responsabilidade civil, como responsabilidade civil pré-contratual e/ou também abuso do direito, no caso das quantias continuarem a ser recebidas pelas empresas, mesmo em situação de profunda crise económica nacional?! Como é que é possível que encarregados pela negociação desses mesmos contratos, e mesmo nalguns casos pela sua assinatura, estejam agora a trabalhar com essas empresas privadas e não há qualquer sanção? Está tudo legal?! Foi

decretado o fim da Ética e o fim da vergonha na cara?! Bem, acautelando a presunção de inocência, os exemplos poderiam ser muitos outros...

Para o que aqui importa do ponto de vista mais técnico, também se pode afirmar que nem todas as «empresas», por conseguinte, são passíveis de praticar os crimes de corrupção previstos e punidos na Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril (corrupção no comércio internacional e no sector privado).

Por contraditório que possa saltar à vista, e isto é válido durante pelo menos a entrada em vigor da nova redacção do art. 11.º do Código Penal, a entrada em vigor da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril e o presente momento em que se está a escrever este texto, é mais fácil - do ponto de vista da imputação jurídica da responsabilidade penal - uma empresa praticar um crime de corrupção p. e p. na Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, do que, por exemplo, um crime de especulação previsto e punido no art. 35.º (e 3.º) do Regime das Infracções Anti-Económicas e Contra a Saúde Pública (R.I.A.E.C.S.P.).¹ E quem refere o exemplo diferencial deste crime - quanto ao estabelecimento do correspondente vínculo de imputação -, podia referir muitos outros que constam de ambos os diplomas legislativos quando expomos em comparação o art. 11.º do Código Penal e o art. 3.º do R.I.A.E.C.S.P.. Já para não falar, v.g., no actual Regime Geral das Contra-Ordenações (R.G.C.O.) e no seu art. 7.º, o qual consagra um estreito modelo (talvez um dos mais estreitos modelos!) de imputação de responsabilidade contra-ordenacional aos «entes colectivos» e/ou «pessoas colectivas» e/ou organizações, quando refere apenas «órgãos».

Por bizarro que também possa ressaltar, como também já se afirmou em outro local deste texto, e isto é válido durante pelo menos a entrada em vigor da nova redacção do art. 11.º do Código Penal, a entrada em vigor da Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril e o presente momento em que se está a escrever este trabalho, é mais fácil - do ponto de vista da imputação jurídica da responsabilidade penal - uma empresa operar um crime de corrupção previsto e punido na Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, do que, v.g., um crime de fraude fiscal p. e p. no art. 103.º (e 7.º) do Regime Geral das Infracções Tributárias (R.G.I.T.)!

Embora o raciocínio continue a ser o mesmo, não deixa de ser destoante do ponto de vista científico e jurídico-criminal. Isto, claro, se o Direito tem mesmo a aspiração de ser levado a sério como ciência. Ou será que não tem? É que se não tem, a Sociologia - ela própria indispensável desde que conjugada com outras ciências -, acabará por suplantar e até esmagar o Direito, «para o bem o para o mal do próprio Estado de Direito», social, democrático, livre e verdadeiro. Espaço e tempo, este, que deveria ser baseado em uma série de

¹ Na redacção do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro, já com as alterações da Lei 20/08, de 21 de Abril.

princípios constitucionais, entre os quais o princípio da legalidade criminal ou o princípio da culpa, entre outros. Ou em garantias como a presunção de inocência ou o direito à defesa e ao contraditório.

As pessoas colectivas de Direito público e/ou organizações de Direito público, nas quais se incluem as entidades públicas empresariais; as entidades concessionárias de serviços públicos, independentemente da sua titularidade; e as demais pessoas colectivas (e/ou organizações) que exerçam prerrogativas de poder público, não podem praticar os crimes de corrupção previstos e punidos, quer nos art.s 372º a 374º do Código Penal, quer na Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril, que trata da «responsabilidade penal por crimes de corrupção no comércio internacional e na actividade privada» (nos casos em que isso se pode colocar, não sendo o crime específico). Isto sim, é o que se passa realmente.

No nosso modesto ponto de vista jurídico-científico, não apenas não tem qualquer sentido existirem as dispensas apontadas em termos de responsabilidade criminal das «pessoas colectivas» e/ou organizações, como se trata de uma provável violação, para não dizer «provocação», do princípio da universalidade, previsto no art. 12º/2 da Constituição da República Portuguesa: «2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.». Mas também, de modo extensivo, do princípio da igualdade, previsto no art. 13º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.). Ou até, como é evidente e até proclamado pelos próprios «apóstolos religiosos do sistema económico-financeiro capitalista», da própria «sagrada, livre e sã concorrência entre empresas nos mercados». Já para não falar no exemplo ético que deve, ou deveria ser dado, a todos os outros, pelas chamadas «pessoas colectivas públicas».

>> 7 - CONCLUSÃO

As «Algumas notas sobre o problema da “corrupção”, sobretudo no seio do Direito penal económico e social, quer de um ponto de vista do Direito penal, quer a partir de uma perspectiva criminológica: o caso da empresa», resultam na necessidade, adequação e proporcionalidade - sempre respeitando a intervenção mínima – do Direito penal como reformador da bússola das prevenções gerais e especiais positivas, da retribuição e da reparação. Com ou sem intenção, bem podemos concluir que muita da «corrupção», em sentido amplo, está na própria legislação – o legislador parece, aqui e ali, um «agente de corrupção» -, pelo que é muito duvidosa a utilização da expressão «combate contra a corrupção». Talvez se apropriasse melhor «guerrilha contra a corrupção», ou não fosse a corrupção, também ela, estar bem dentro do próprio Estado.

Citando Jorge de Figueiredo Dias: «O princípio do Estado de Direito conduz, como na exposição anterior já por várias vezes se revelou, a que a protecção dos direitos, liberdades e garantias seja levada a cabo não apenas *através* do direito penal, mas também *perante* o direito penal...».¹

«Vampiros

No céu cinzento sob o astro mudo
Batendo as asas Pela noite calada
Vêm em bandos Com pés veludo
Chupar o sangue Fresco da manada
Se alguém se engana com seu ar sisudo
E lhes franqueia As portas à chegada
Eles comem tudo Eles comem tudo
Eles comem tudo E não deixam nada [Bis]
A toda a parte Chegam os vampiros
Poisam nos prédios Poisam nas calçadas
Trazem no ventre Despojos antigos
Mas nada os prende Às vidas acabadas
São os mordomos Do universo todo
Senhores à força Mandadores sem lei

¹ In «Direito Penal § Parte Geral § Tomo I § Questões Fundamentais § A Doutrina Geral do Crime», 2.ª Edição actualizada e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, ISBN 978-972-32-1523-6, 2007, pp. 177 e ss..

Enchem as tulhas Bebem vinho novo
Dançam a ronda No pinhal do rei
Eles comem tudo Eles comem tudo
Eles comem tudo E não deixam nada
No chão do medo Tombam os vencidos
Ouvem-se os gritos Na noite abafada
Jazem nos fossos Vítimas dum credo
E não se esgota O sangue da manada
Se alguém se engana Com seu ar sisudo
E lhe franqueia As portas à chegada
Eles comem tudo Eles comem tudo
Eles comem tudo E não deixam nada
Eles comem tudo Eles comem tudo
Eles comem tudo E não deixam nada»
(Zeca Afonso)