

Estado, Administração Pública e Prevenção da Corrupção

Lisboa 18 de Outubro de 2011

Os riscos de corrupção como factor de ilicitude.

José Mouraz Lopes

Juiz Desembargador

I)

O problema da corrupção é um problema da sociedade e do modo como é bem ou mal governada.

A um discurso mediático sobre o fenómeno da corrupção pretendemos contrapor um discurso diferenciado que potencie uma abordagem mais eficaz e, espera-se, mais útil para quem tem de enfrentar o problema que hoje inquina a boa governação do estado e da sociedade.

Pretendemos por isso evidenciar nesta intervenção as dimensões plúrimas de ilicitude subjacentes à corrupção que, não passando exclusivamente pela questão criminal, devem ser objecto de atenção em termos de prevenção.

II)

O que actualmente é entendido por «percepção» dos chamados casos de corrupção leva-nos a uma espécie de " buraco negro" onde, num primeiro momento, todas as afirmações são passíveis de "possíveis" justificações.

Uma análise mais «fina» da realidade, permite constatar que a dimensão da corrupção, como fenómeno criminal, (aqui envolvendo os casos efectivamente objecto de acusação, julgamento e condenação

crime) não é muito diferente dos países com estruturas sociológicas, culturais e jurídicas semelhantes.¹

Os «magros» números de condenações por crimes de corrupção, podendo explicar-se por várias causas, não omitem que o *gap* entre a percepção do «muito» e a realidade do «pouco» pode decorrer da própria estrutura das coisas.

Se recordarmos o princípio de *ultima ratio* que sustenta a intervenção do direito penal nos Estados Democráticos, e que também por isso os diferencia dos Estados totalitários, teremos uma justificação para aquela afirmação.

O leque de comportamentos ilícitos que envolvem a utilização indevida ou incorrecta dos dinheiros públicos, seja em benefício individual, seja apenas com prejuízo do bem público, através da transacção com a autoridade do Estado ou tão só pelo desvio das regras da concorrência, comporta uma diferenciação de actos não admitidos pelo sistema, com consequências sancionatórias diferentes.

Quando falamos de crimes, falamos na ilicitude criminal, ou seja a *negação de valores jurídico criminais*, [na sintética expressão de Eduardo Correia (Dt Criminal, I, Coimbra, 1971, p. 273)], concretizados em tipos legais onde são descritas «expressões da vida humana que encarnam a negação dos valores jurídico-criminais que violam bens ou interesses jurídico criminais» (*ibidem* p. 275).

A ilicitude, como negação de valores não se esgota, no entanto, no domínio dos valores criminais.

¹ A justificação para a afirmação encontra-se na análise dos vários relatórios efectuados pelo GRECO, no âmbito da sua actividade de monitorização, nomeadamente os que se referem ao Primeiro Ciclo de Avaliação (cf. www.coe.int).

Se os bens jurídicos são efectivamente *a ratio* de garantia de tutela do direito penal, há outras dimensões valorativas que o Estado tem que proteger através de domínios sancionatórios que não sejam crimes.

Actualmente, o regime contra-ordenacional é o exemplo claro desta intervenção.

A dimensão deontológica e disciplinar é, igualmente, uma outra resposta sancionatória que, nalgumas sociedades, funciona como elemento constrangedor tão relevante como a sanção criminal.

Nas sociedades democráticas há uma co-relação entre a dimensão de *ultima ratio* que corresponde à intervenção do direito penal e a dimensão dos regimes sancionatórios não penais.

A descriminalização de comportamentos tem, por regra, como contrapartida o aumento de regras proibitivas (e sancionatórias) de natureza não penal.

A sociedade necessita de tutelar juridicamente a negação de valores sociais concretizados por condutas humanas que põem em causa tanto os relacionamentos intersubjectivos, como a estrutura económica que os suporta.

O que se quer sublinhar é que a diferenciação de condutas que põem em causa valores sociais, criminais ou não criminais, não pode ser omitida quando se pretende intervir na sua erradicação.

No domínio dos comportamentos que põem em causa a boa governação, a paleta de comportamentos ilícitos é vasta, diferenciada, mutante e conexas com variadíssimas dimensões.

Daí que a discussão sobre o fenómeno da corrupção como categoria jurídico penal, sendo absolutamente relevante para efeitos da concretização do que deve ser tratado do ponto de vista criminal, tende a ser ultrapassada pelo discurso da pluralidade da ilicitude.

De outra forma, o «transvaze» da corrupção para domínios que vão muito para além do discurso jurídico-penal, impõe actualmente a discussão ampla da categoria jurídico-política da corrupção.

III

As dimensões patológicas dos sistemas de governação que envolvem dinheiros públicos e dinheiros privados, enquadram-se num conjunto alargado de categorias jurídicas diversificadas, penais e não penais perfeitamente autónomas, que devem ser vistas numa perspectiva sistémica.

Assim, no núcleo central da ilicitude podem enquadrar-se os crimes matriciais de corrupção em sentido estrito, onde está em causa, essencialmente, «a transacção com a autoridade do Estado», englobando concretamente o tipo de crime corrupção, nas suas várias modalidades, bem como o crime de «Recebimento indevido de vantagens».

Num segundo patamar, identificam-se vários tipos criminais como o tráfico de influências, o peculato, a participação económica em negócio, a concussão, o abuso de poder e mesmo o branqueamento de capitais que tutelam vários e diferentes bens jurídicos maximizando, ainda como «ultima ratio, os vários comportamentos que colidem com uma

administração isenta e imparcial, pondo directamente em causa a boa governação.

Não pode omitir-se, neste domínio, a conexão com algumas patologias de natureza tributária, já com dimensões de ilicitude diferenciadas e com tutela partilhada por crimes e contra ordenações.

Num terceiro círculo encontramos o fenómeno corruptivo como factor que manipula e distorce as regras da economia, permitindo a criminalização de condutas corruptivas no domínio do sector privado. Trata-se, em regra, da apropriação indevida de recursos privados «mediante operações de engenharia financeira que aproveitam a insuficiência dos controlos e dos vazios jurídicos de uma legislação insuficientemente adaptada à complexidade das modernas relações económicas» e, por esse modo, ponham em causa a leal concorrência. A dimensão sancionatória é, neste domínio, partilhada por crimes, contraordenações, sanções de natureza administrativa e mesmo auto reguladora.

No mesmo “paralelo”, salientam-se todas as condutas criminais envolvendo o vasto conjunto de problemas ligados ao urbanismo.

A área de competências próprias da administração local e regional que envolve o urbanismo funciona como uma espécie de «pórtico» a quem pretende introduzir-se nos negócios lucrativos da construção civil e do urbanismo. Interesses económicos acentuados, vulnerabilidades humanas efectivas e sobretudo interesses colectivos demasiado importantes, implicam que a dimensão sancionatória de tais comportamentos não possa circunscrever-se à dimensão proibitiva, nomeadamente de natureza

administrativa e contra-ordenacional. O «difícil caminho da legalidade no campo urbanístico», na expressão de Filippo Salvia², levou por isso, a que se enveredasse por uma solução maximalista de protecção de bens jurídicos relacionados com a tutela dos interesses envolvidos no urbanismo, lançando mão de sanções criminais para obstar à cedência das vulnerabilidades que ponham em causa tais bens, como é o caso da protecção dos solos não urbanizáveis.

O círculo completa-se com a questão do financiamento do sistema político.

É visível a estreita conexão entre o sistema económico e o financiamento do sistema político através do financiamento dos partidos políticos como interlocutores privilegiados de acesso ao poder.

Bastaria, para confirmar esta afirmação, estar atento a algumas decisões recentes do Tribunal Constitucional sobre financiamento de partidos políticos para se atentar na realidade da permeabilização entre o decisor político, as suas retaguardas nos partidos, os decisores dos grupos privados e naturalmente os seus consultores.

O decisor político de hoje pode ser o decisor privado de amanhã. Por outro lado, o grupo privado de hoje certamente irá desenvolver a sua actividade no futuro, até porque investiu em projectos de longo prazo e pretende assegurar a sua posição no mercado. A criação de redes de apoios e influências que lhe permitam ter sempre um acesso privilegiado ao decisor político surgem com a maior frequência. Daí que, através do

² Cf. «Il difficile cammino della legalità nel campo urbanístico (com particolare riferimento al campo sancionatório)», *Rivista Giuridica di Urbanistica*, n.º 2, 2010. p.343.

seu poder económico, seja “útil” financiar o sistema político através dos canais adequados ou seja, os partidos políticos.

A paleta sancionatória engloba, nesta área, dimensões criminais, contraordenacionais, deontológicas e sócio-políticas.

IV

As ilicitudes subjacentes a uma "má governação" implicam uma intervenção preventiva e diferenciada.

Uma política realista e eficaz de garantia da integridade do sistema de governação pública comporta a construção de uma rede de mecanismos que previnam tanto a corrupção como fenómeno criminal, como outros comportamentos ilícitos não necessariamente criminais.

Fazendo algum paralelo com a situação de certas doenças, é com políticas de prevenção maximalistas que se evitam muitos comportamentos e se atenuam os seus efeitos negativos a jusante, nomeadamente comportamentos ilícitos ou criminais.

Propõem-se, por isso, alguns tópicos para desenvolver:

a) Conhecer globalmente toda a realidade que envolve os fenómenos da má governação, consubstanciada em ilícitos criminais e não criminais.

b) Determinar, com precisão, quais as áreas vulneráveis ao desenvolvimento de práticas corruptas, identificando «zonas de risco»

onde é favorável o desenvolvimento de fenómenos patológicos relacionados com a corrupção;

c) Afirmar uma «cultura da prevenção da corrupção» através do desenvolvimento de políticas diversificadas e integradas, tanto pelos vários órgãos da administração como pela sociedade, e especificamente as empresas.

d) Assumir o discurso da corrupção, como obstáculo ou factor de distorção e manipulação do sistema económico, no tecido empresarial público e privado, nas suas organizações corporativas e reguladoras.

e) Assumir critérios legais de rigor, de transparência e de ética em todos os procedimentos da administração pública e privada e, concretamente afirmar uma política de intransigência na admissibilidade de cumplicidades entre o sector público e o sector privado, merecendo especial destaque o estabelecimento de regimes de impedimentos e incompatibilidades de exercício de funções cumulativas e sucessivas no sector publico e privado, sem mecanismos fortes de vigilância.

f) “enforcement” dos sistemas de controlo administrativo, através do reforço dos órgãos de fiscalização interna da administração, tanto por via da sua maior autonomia e independência (uma entidade fiscalizadora não pode estar dependente da entidade que é suposto fiscalizar), como do reforço dos seus poderes e meios de actuação.

g) Eficácia nos sistemas de responsabilização de natureza administrativa e financeira, de modo a ser rápida, forte e suficientemente dissuasora para que constitua um «travão» essencial à prática de comportamentos criminais subsequentes, certamente mais difíceis de investigar e de provar.

h) Interligação entre todas as entidades que se entrecruzam no processo de fiscalização e monitorização, permitindo articular instituições cruzando e partilhando informações.

i) Proactividade policial e judicial, através dessa articulação com as instituições públicas que intervêm no sistema, permitindo o início da investigação criminal necessária e atempada, de modo a concretizar uma investigação eficaz e efectiva.

V

Como se referiu no início da intervenção, o problema da corrupção é uma questão da governação.

O seu controlo, através de uma prevenção e repressão eficaz é uma exigência de todos os cidadãos.