

A CORRUPÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS: TENDÊNCIAS DE EVOLUÇÃO DO SEU REGIME JURÍDICO

Cláudia Cruz Santos

Assistente, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

O objectivo que preside a este estudo é modesto e cumpre, desde o início, delimitá-lo: o que se pretende é sobretudo olhar para *o que há de novo* nos instrumentos de que a justiça penal dispõe para o combate à corrupção.

A última década tem sido fértil – poder-se-ia dizer que em praticamente todos os países do nosso contexto cultural – em alterações legislativas no domínio das incriminações da corrupção. De facto, para além das alterações de regime vertidas na modificação de normas já existentes, surgiram verdadeiras neocriminalizações que, em um certo sentido, introduziram factores de confusão e de *desordem dogmática* naquele que era o entendimento tradicional da corrupção.

À incriminação da corrupção de agentes públicos *nacionais* – funcionários e titulares de cargos políticos – vêm juntar-se vários outros tipos legais de crime (atinentes à corrupção de agentes públicos *estrangeiros*, à corrupção no *sector privado* ou à corrupção no *fenómeno desportivo*), que não são compreensíveis na perspectiva – velha de tantos e tantos lustres – da corrupção como *criminalidade no Estado e contra o Estado*.

Os factores de *perturbação sistemática* que decorrem das várias novidades nos regimes jurídicos da corrupção são inúmeros e desencadeiam, sobretudo, a necessidade de uma nova ponderação do problema do *bem jurídico*; a adopção de técnicas legislativas que potenciem a eficácia da punição sem destruir o núcleo das garantias penais; a harmonização *no espaço* de legislações penais nacionais condicionadas por vários instrumentos internacionais ou a adopção de medidas processuais especiais justificadas quer pela opacidade da conduta quer pela

necessidade de protecção dos denunciante.

A primeira imagem que se tem quando se olha para os novos regimes penais da corrupção é a de *extensão das margens incriminadoras* ou de endurecimento do sistema repressivo *no plano legal* – o que não significa necessariamente, note-se, um aumento da eficácia na detecção e na punição dos crimes de corrupção existentes a que possa associar-se o pretendido efeito preventivo orientado para a diminuição da mancha daquela criminalidade.

Aquele endurecimento do sistema punitivo penal da corrupção – revelado sobretudo nas neocriminalizações, na agravação das molduras penais ou na adopção de técnicas de construção do tipo legal que alargam as margens da punibilidade – pode justificar-se a partir de vários vectores. Existem dois segmentos explicativos que se julgam fundamentais: (I) a crescente compreensão comunitária da danosidade da corrupção e a consequente demanda de maior eficácia na sua repressão; (II) as imposições em matéria de combate à corrupção geradas por instrumentos internacionais.

Durante muito tempo, os danos inerentes à corrupção foram desvalorizados por força da atribuição daquela criminalidade essencialmente à realidade dos países subdesenvolvidos. Sob esta perspectiva, “a corrupção era associada a formas de imaturidade política e económica que o progresso educacional e social iria ultrapassar”¹. Esta concepção entrou no mais absoluto declínio quando muitos dos mais desenvolvidos países do mundo ocidental – mesmo aqueles, como os Estados Unidos, merecedores do elogio que é habitual associar-se às mais antigas, alegadamente sólidas e maduras democracias – começaram a ser abalados por sucessivos escândalos ligados a fenómenos de corrupção. Passou a aceitar-se, pela força de tais manifestações criminais, a existência de significativas imperfeições nos sistemas democráticos² e a questionar-se aquela que seria a sua alegada

1 Cfr. ROBERT WILLIAMS, *Explaining Corruption*, An Elgar Reference Collection, p. ix, 2000.

2 Parecem, porém, dever continuar a afirmar-se as vantagens da democracia no que respeita à menor incidência da corrupção. Nesse sentido – procurando demonstrar que mais democracia equivale, regra geral, a menos corrupção –, vejam-se, a título de exemplo, os estudos de DANIEL TREISMAN [“The causes of corruption: a cross-national study”, in *Journal of Public Economics*, 76, 3, (2000) p. 399 ss] ou de TORSTEN PERSSON/GUIDO TABELLINI (*The economic effect of Constitutions*, Cambridge, MA: MIT Press, 2005). Todavia, com interesse para o aprofundamento deste ponto, LUÍS DE SOUSA/JOÃO TRIÃES (*Corrupção e os portugueses – atitudes, práticas e valores*, RCP Edições, 2008, ps. 13-14) entendem que “o optimismo das teorias da modernização, que defendiam uma gradual redução do fenómeno à medida que as instituições do Estado de Direito se vão consolidando e os detentores de cargos públicos/eleitos, assim como os cidadãos em geral, vão interiorizando *standards* de ética que definem e regulam o exercício de funções públicas, não parece ter correspondência com a realidade observável na Europa. Não existe automaticidade neste processo. De facto, as teorias da Democracia parecem indicar que à medida que os regimes democráticos se consolidam e as práticas e procedimentos

“marcha triunfal” posterior à queda do muro de Berlim³.

Reconhecer a transversalidade da corrupção – e a sua existência em todos os países⁴ – não significa que a sua incidência ou as suas características sejam semelhantes. A verificação de que até nas mais democráticas e desenvolvidas nações existem práticas de suborno não deve obnubilar as particularidades da corrupção nos países menos desenvolvidos e, muito menos, contribuir para a desvalorização do fenómeno. De facto, existem vários estudos orientados para a compreensão da corrupção nos denominados países em vias de desenvolvimento. A esse propósito, Omar Azfar afirma que, nestes países, é frequente a venda de empregos, recebendo os funcionários de cargo mais elevados pagamentos explícitos como contrapartida das contratações que promovem. E o Autor acrescenta que tais combinações incluem, em regra, uma garantia de protecção para os contratados e acordos de partilha de subornos, nos termos dos quais os “protegidos” acedem a repartir com os seus “protectores” as vantagens indevidas que vão recebendo⁵. Particularmente interessante neste contexto é a forma como se compara esta corrupção sistémica – da qual se afirma que muitos países padecem – com o funcionamento do crime organizado: “os participantes não actuam com independência mas antes em concertação com outros, mantendo o sistema que lhes permite obter lucros e partilhá-los”.

Por outro lado, com força crescente a partir dos anos oitenta do século passado, entrou definitivamente em crise a ideia de que a corrupção podia não ser desvantajosa, sob o ponto de vista económico, na medida em que seria necessária como “motor de arranque” para os sistemas administrativos dos países menos desenvolvidos, imobilizados pela burocracia e outros tradicionais factores de inércia. Na mais próxima contemporaneidade, inversamente, florescem os estudos

se tornam rotineiros, os cidadãos podem finalmente seguir com as suas vidas, tornando-se mais confiantes na actuação das suas instituições. Até que ponto essa confiança desinteressada não se torna disfuncional para o próprio desempenho das instituições, tornando os cidadãos demasiado permissivos e pouco responsáveis, é algo que nos compete analisar”.

- 3 A expressão é usada por DONATELLA DELLA PORTA/YVES MÉNY, em *Démocratie et corruption en Europe*, Éditions la Découverte, Paris: 1995, p. 9. Também com interesse sob este ponto de vista, cfr. ROBERT WILLIAMS/JONATHAN MORAN/RACHEL FLANARY, *Corruption in the Developed World*, An Elgar Reference Collection, 2000.
- 4 DRAGO KOS, Presidente do GRECO, iniciou a sua conferência (“How do countries suppress corruption – the experience of GRECO”) de 27 de Março de 2007 na Assembleia da República Portuguesa (no contexto do colóquio internacional “Combate à Corrupção, Prioridade da Democracia”) pela afirmação de que “nenhum país está livre da corrupção” e pela verificação de que a corrupção tem consequências sociais e políticas – para além das económicas – que prejudicam em muito o desenvolvimento dos países.
- 5 Cfr. OMAR AZFAT, “Disrupting Corruption”, *Performance Accountability and Combating corruption*, Ed. ANWAR SHAH, The World Bank: 2007, p. 259.

vocacionados para a demonstração do enorme *desvalor económico da corrupção*. E, em simultâneo, vai-se abandonando o mito de que “muitos países com elevados índices de corrupção têm também um rápido crescimento económico”⁶.

A razão principal pela qual entidades especialmente preocupadas com a *boa governação* – como o Banco Mundial – dedicam particular atenção à corrupção prende-se com o facto de esta afectar a qualidade da governação. Quando os agentes públicos decidem actuar e/ou conformam a sua actuação pelo recebimento de um suborno, as suas decisões não são as objectivamente mais adequadas à prossecução do interesse comum, sendo antes recortadas pelo interesse individual do agente. Contratam-se pessoas que não são as mais competentes e encomendam-se bens ou serviços que não correspondem à proposta com melhor preço e com melhor qualidade. Para além disso, quando o valor dos subornos é alto, o lucro cai e com ele o incentivo ao empreendedorismo. As perdas – sob o ponto de vista do crescimento económico e do desenvolvimento – que daí decorrem são potenciadas pelo facto de ser no domínio das actividades especialmente inovadoras que os operadores mais dependem de autorizações ou licenças estaduais – ora, aqueles que não pretenderem ficar à mercê da corrupção, optarão por desenvolver a sua actividade nos Estados onde ela tem menor dimensão. Há, de resto, uma tendência para a actividade económica legítima preferir localizar-se em espaços menos corruptos e com uma imagem de estabilidade e transparência, enquanto os espaços onde existe maior corrupção e menos transparência ao nível das várias instâncias estaduais são mais atractivos para aqueles que desenvolvem negócios ilícitos – aos custos inerentes à corrupção somar-se-ão, por isso, todos os custos sociais associados a várias actividades ilícitas. De forma porventura simplista, pode dizer-se que a corrupção espanta os bons empresários e afasta os bons negócios, atraindo sobretudo os maus.

É a ideia de que a corrupção não afecta apenas o Estado – e a sua natureza democrática –, mas também a economia, que se julga justificar quer a criminalização da corrupção no sector privado quer a criminalização da corrupção activa de agente público estrangeiro. De facto, quando se procura compreender por exemplo a Convenção Penal contra a Corrupção do Conselho da Europa e a sua preocupação quer com o sector privado quer com a extraterritorialidade, deve ter-se em conta que, logo em 1994, “os ministros da justiça dos Estados

6 Sobre esta questão, veja-se DANIEL KAUFMANN/AART KRAAY/MASSIMO MASTRUZZI (“Measuring corruption: myths and realities”, *Global Corruption Report 2007-Transparency International*, Cambridge University Press, p. 318 ss), que desvalorizam a relevância de casos como o do Bangladesh, com má prestação nas estatísticas internacionais da corrupção e com significativo crescimento económico ao longo da última década. Os Autores explicam que esta é “a excepção que confirma a regra de que a corrupção afecta negativamente o crescimento a médio e longo prazo” e apresentam números nesse sentido.

membros do Conselho da Europa recomendaram que a corrupção seja tratada ao nível europeu, já que este fenómeno ameaça gravemente a estabilidade das instituições democráticas *e o funcionamento da economia de mercado*⁷.

Em 2001, houve uma alteração legislativa muito significativa do regime da corrupção de agentes públicos em Portugal. Com essa alteração legislativa procurou-se assegurar mais eficácia à repressão da corrupção, eliminando algumas dificuldades probatórias. Para isso:

- a) eliminou-se da letra da lei a referência a “contrapartida”;
- b) criminalizou-se expressamente a corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido;
- c) equiparou-se quase totalmente o regime da corrupção aplicável a políticos e a funcionários.

Daqui decorrem consequências práticas importantes que procurarei ilustrar através de exemplos:

- d) Não é necessária para a condenação penal a prova do denominado sinalagma entre a conduta do corrupto e do corruptor (ex. se um autarca permite a um empresário a construção de um imóvel com volumetria superior à legalmente admitida e depois se torna proprietário de um apartamento no prédio, não é necessária a demonstração do pacto de vontades ou a prova de que cada um encarava o acto do outro como contrapartida do seu acto).
- e) Se antes apenas se distinguiu a corrupção para acto ilícito da corrupção para acto lícito, passaram a existir 3 modalidades de corrupção:

A corrupção para acto ilícito (ex. um juiz de execução de penas pede dinheiro à família de um recluso para que este beneficie da liberdade condicional antes de estarem reunidos todos os seus requisitos). Faz-se prova do acto ilícito com o qual o agente público pretende mercadejar – isso é suficiente para a consumação da corrupção passiva para acto ilícito, punível com pena de prisão até 8 anos. É irrelevante para a consumação que o juiz pratique o acto (a decisão de liberdade condicional) e é irrelevante para a consumação que ele receba o suborno.

A corrupção para acto lícito (ex. um enfermeiro que trabalha num Hospital público pede dinheiro a familiares de um doente para dedicar a este doente um atendimento particularmente rápido e atento). Este crime de corrupção passiva imprópria consuma-se com o pedido e é suficiente a prova do acto que o suborno

7 O itálico é nosso. Cfr. CONSEIL DE L'EUROPE, *Combattre la corruption – les instruments du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la corruption*, C.E., p.3, 2007.

pretende remunerar. Não é necessário que o enfermeiro tenha prestado melhor atendimento ao doente nem que tenha recebido o suborno.

A corrupção sem demonstração do acto pretendido (ex. um médico a trabalhar para o Serviço Nacional de Saúde pede a uma empresa farmacêutica ou aceita de um laboratório um quadro relativamente valioso. O médico não prescreveu mais medicamentos daquele laboratório nem se demonstra que pretenda vir a prescrever. Todavia, com o pedido ou com a aceitação consuma-se o crime de corrupção do artigo 373.º, 2, (17.º, 2 da Lei de Responsabilidade dos Titulares de Cargos Políticos) – como de resto já decidiram os nossos tribunais – porque aquela vantagem não é compreensível no contexto das relações pessoais, mas apenas das relações funcionais. Aquela conduta serve para criar um clima de permeabilidade e de simpatia para actos indeterminados e futuros.

Este regime jurídico da corrupção sem prova do acto (introduzido quer para os funcionários quer para os políticos) colocou-nos na frente do pelotão dos países com soluções mais punitivas da corrupção. Mesmo aqueles países – como a Bélgica – que já prescindem da prova do pacto de corrupção continuam a exigir um certo grau de prova quanto ao acto concreto pretendido.

Essa novidade foi compreendida por alguma da nossa jurisprudência. Já em Acórdão da Relação de Coimbra de 2 de Outubro de 2002 pode ler-se que “casos há em que o crime de corrupção se deve dar por preenchido independentemente do facto de a vantagem ou a promessa terem por objecto imediato um acto determinado”.

E, por Acórdão de 22 de Junho de 2005, é o Supremo Tribunal de Justiça que reconhece que “criminaliza-se também aquelas situações em que o mercadejar do cargo do funcionário não tem em vista um acto ou omissão concreta do funcionário mas uma relação funcional, digamos que privilegiada, entre ele e determinada pessoa”.

No caso, da matéria de facto dada como provada resulta que o arguido, delegado do procurador da república em determinada comarca, aceitou viagens ao estrangeiro oferecidas por pessoa com quem tinha relações profissionais de relevo (era encarregado de venda em processos judiciais, executivos e falimentares, promovidos ou despachados por aquele arguido).

O Tribunal considerou que não era possível dar-se como provado que a aceitação daquelas vantagens era contrapartida de actos de favorecimento do encarregado de venda. Entende que não se faz prova do acto concreto, lícito ou ilícito, que a vantagem visaria compensar, entendimento que me suscita algumas dúvidas.

Todavia, já me parece de saudar a ideia do Tribunal de que não se fazendo prova do acto concreto que o suborno visaria compensar, sempre se deveria considerar preenchido o crime de corrupção sem demonstração do acto

pretendido. O mero recebimento por parte de agente público de vantagens não insignificantes providas de pessoa que tem perante ele pretensões é suficiente para fundar a condenação. O Tribunal só não condenou com base neste novo regime porque entendeu que, por “significar um manifesto alargamento do tipo de ilícito objectivo”, só seria aplicável a factos posteriores a 1 de Janeiro de 2002.

Os regimes jurídicos da corrupção de agentes públicos – funcionários e titulares de cargos políticos – foram objecto das alterações introduzidas, respectivamente, pela Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, e pela Lei n.º 41/2010, de 3 de Setembro, que entraram em vigor no início de Março de 2011. Procure-se compreender sucintamente o sentido destas alterações e o grau de novidade que de facto representam face ao regime jurídico antes vigente. Perguntar-se-á, assim, se houve um alargamento das margens de punibilidade ou se, pelo contrário, se procedeu sobretudo a uma reorganização sistemática dos ilícitos já existentes e cujos contornos essenciais se mantiveram.

Apesar de inexistirem alterações significativas ao nível da conformação estrutural dos tipos de ilícito de corrupção e da subsistência da possibilidade de continuar a autonomizar as três modalidades de corrupção antes referidas (que preservam os elementos típicos anteriores), isso não significa que não haja nenhuma novidade no regime jurídico resultante da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro. Essas novidades têm, porém, dimensão muito menor do que a um primeiro olhar se poderia supor.

Em primeiro lugar, salta à vista uma mudança ao nível da sistemática. De forma coerente com a estrutura adoptada em outros capítulos e secções do Código Penal, o legislador opta pela previsão em primeiro lugar da incriminação simples ou matricial, que no caso é o recebimento indevido de vantagem (ou, como se prefere, a corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido), logo no artigo 372.º, descrevendo-se no seu n.º 1 a forma passiva e no seu n.º 2 a forma activa. A corrupção passiva com demonstração do acto concreto pretendido passa a estar prevista no artigo 373.º, referindo-se o n.º 1 à corrupção passiva própria e o n.º 2 à corrupção passiva imprópria. A corrupção activa permanece tratada no artigo 374.º, a própria no n.º 1 e a imprópria no n.º 2.

Daqui decorre que, ao contrário do pretendido em algumas propostas anteriores, *não se criou um tipo legal único de corrupção*, com a consequente subsunção de todas as hipóteses antes recortadas em uma moldura penal única. E também se não parificou a corrupção passiva e a activa, preservando-se antes a regra da punição mais severa do agente público face ao particular.

Subsiste, portanto, a autonomização das condutas em tipos incriminadores distintos a que correspondem molduras penais diferenciadas. Esta é, de resto, a solução que já antes se defendia, contra aquele que parecia ser o espírito de algumas propostas. O que antes se afirmava e se mantém é que este regime de

autonomização das várias modalidades da corrupção não favorece lacunas de punibilidade: ou se provam os elementos que integram as normas mais punitivas ou, se não se provam, são aplicadas as residuais. Como sucede, de resto, com o homicídio simples e o qualificado, o furto simples e o qualificado e tantos outros tipos legais de crime. Acabar com a norma qualificada poderia significar, afinal, a adopção de uma solução menos punitiva. Acabar com a norma matricial ou simples e punir todas as formas de corrupção com base na moldura mais severa teria sido, provavelmente, a admissão de uma moldura penal desadequada face ao ilícito. Acabou por não ser essa, e bem, a opção do legislador.

Apesar de se ter mantido a diferenciação daquelas modalidade de corrupção, também pode aceitar-se que a importância prática dessa diferenciação se atenuou, tendo em conta a agravação das molduras penais da corrupção sem demonstração do acto concreto pretendido (a partir de 2010, “recebimento indevido de vantagem”) e da corrupção imprópria.

Uma outra novidade é a de que todas as molduras penais serão agravadas – mesmo a da corrupção passiva própria, cujo limite máximo se manteve nos 8 anos de prisão – em função do disposto no artigo 374.º-A, que remete para os conceitos de “valor elevado” e de “valor consideravelmente elevado” do artigo 202.º do CP. O legislador parece ter querido distinguir, através desta agravante geral, as hipóteses das denominadas “pequena”, “média” e “grande” corrupção.

Por outro lado, *alargou-se* com a Lei n.º 32/2010 *para 15 anos o prazo de prescrição do procedimento criminal relativo a todos estes crimes de corrupção*, ainda que o limite máximo da sua moldura penal não seja superior a 10 anos de prisão⁸. Adopta-se este prazo máximo de prescrição, sublinhe-se, mesmo para aquelas modalidades menos graves de corrupção. O legislador parece ter tido em conta o carácter residual destas normas, por um lado (um processo iniciado com base numa suspeita de corrupção própria pode desembocar na demonstração apenas de uma solicitação indevida de vantagem, sendo que as instâncias formais de controlo geriram o tempo do processo na suposição da existência de uma forma de corrupção mais grave e mais severamente punida). Por outro lado, reconhece-se que o facto de a consumação ocorrer com o mero pedido ou a mera oferta conhecidos pelos seus destinatários, em momento muito anterior à prática do acto ou à transferência da vantagem que com frequência desencadeiam a suspeita e originam o inquérito, poderia, em alguns casos, tornar já prescrito o procedimento pelo crime que só agora se descobriu. O que parece convergir na conclusão da necessidade de alargamento dos prazos prescricionais, conclusão essa que o legislador de 2010 terá assumido.

8 Cfr. a redacção dada ao artigo 118.º, n.º 1, al.) a do CP. Compreende-se mal a inclusão do artigo 374.º-A no catálogo dos crimes cujo prazo de prescrição do procedimento criminal é de 15 anos, já que não se pode considerar prevista nesse artigo uma verdadeira norma incriminadora.

Para além disto, é também de referir a inclusão no Código Penal, por força ainda da Lei n.º 32/2010, de 2 de Setembro, de algumas normas de direito premial, agrupadas no artigo 374.º-B, de forma relativamente desorganizada tendo em conta os seus distintos fundamentos e, pior, através de redacção de onde parecem resultar verdadeiros lapsos do legislador.

Termina-se recordando a frase, tão recorrentemente citada, da obra-prima de Giuseppe di Lampedusa, *Il Gattopardo*: “às vezes, é preciso mudar alguma coisa para que tudo fique na mesma”. Com isto não se pretende significar que o que se quer é que tudo fique na mesma no combate à corrupção. Pelo contrário, o que se quer é mais eficácia na protecção da autonomia intencional do Estado sem uma desprotecção em medida insuportável dos direitos fundamentais dos cidadãos. O que se quer é uma mudança no sentido da existência de menos corrupção. Todavia, quando se reconhece que a ineficácia na repressão da corrupção não está sobretudo relacionada com uma má lei penal, a mudança efectiva que é necessária não será uma grande mudança da lei penal. Aquilo que se tem que mudar está muito para além da lei penal, muito antes dela e muito depois dela.