



Emília Araújo & Eduardo Duque (eds.) (2012)
Os tempos sociais e o mundo contemporâneo. Um debate para as ciências sociais e humanas
Universidade do Minho: Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade / Centro de Investigação em
Ciências Sociais
ISBN: 978-989-8600-07-3

Temporalidade e combate à corrupção

ELENA BURGOA

Universidade Nova de Lisboa – Faculdade de Direito

elena.burgoa@fd.unl.pt ¹

Resumo:

O texto incide sobre o atual fenómeno de expansão do Direito Penal anti-corrupção marcado pelo desenvolvimento intensivo de instrumentos internacionais cujo mérito consiste, por um lado, na apresentação de um modelo diferenciador de equacionamento dos problemas segundo as peculiaridades culturais – e, por outro, na enfatização da mudança imposta e do carácter irreversível dos mesmos. Todavia, a in/eficácia do modelo está posta à prova no contexto da presente crise. Ruptura, descontinuidade ou continuidade, eis algumas questões que trataremos neste texto.

Palavras-chave:

Tempo, temporalidade, corrupção, valores

Introdução

Desejo, antes de mais, agradecer a oportunidade de participar neste Seminário. É, também, particularmente feliz a oportunidade de visitar a belíssima cidade de Braga, Capital Europeia da Juventude 2012. Até pelo significado desta, é importante que não se esqueça na formação (formal e não formal) da juventude a dimensão temporal. Importa ter presente que o tema da corrupção é intemporal. É um fenómeno que atravessa a multiplicidade dos tempos sociais. Tem uma história de muitos séculos.

A título de exemplo, já a Bíblia ressalta e introduz no seu discurso permanentes e múltiplas referências que assinalam, justamente, a permanência histórica e social das práticas de corrupção:

“Pereceu da terra o homem piedoso, e não há entre os homens um que seja reto. Todos armam ciladas para sangue; cada um caça a seu irmão com uma rede. As suas mãos fazem diligentemente o mal; o príncipe exige condenação, o juiz aceita suborno, e o grande fala da corrupção da sua alma, e assim todos eles são perturbadores” (Miquéias 7:2-3)²

¹ Doutoranda Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Colaboradora no Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre o Direito e Sociedade (CEDIS) da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

² Entre muitas outras citações: *“Os teus príncipes são rebeldes, companheiros de ladrões; cada um deles ama o suborno, e corre atrás de presentes. Não fazem justiça ao órfão, e não chega perante eles a causa das viúvas.” (Isaías 1:23).*

O Seminário “Os tempos sociais e o mundo contemporâneo” permite focar, na minha opinião, de forma exemplar, a necessidade de uma visão da corrupção aberta à importância dos factores extra-jurídicos que a condicionam, tais como o tempo e temporalidade.

A minha intenção é assinalar, em traços gerais, a presença e a importância do discurso anti-corrupção no mundo contemporâneo, sublinhando o seu percurso crescentemente expansivo. De certo modo, esse discurso tem vindo a conhecer maior visibilidade nos últimos anos, facto a que não são alheios, porventura, o esforço de diversas instâncias internacionais no lançamento de uma panóplia de instrumentos normativos e o desempenho de organizações internacionais não governamentais, tais como a Transparência Internacional.

Certamente também, por força do contexto social e económico de crise, a corrupção está na agenda diária da comunicação social e constitui um dos temas centrais do discurso político: o estabelecimento imediato de medidas eficazes para o combate a este tipo de criminalidade.

1.A singularidade deste tempo (de mudança)

No tempo presente convivem, simultaneamente, diversos tempos anteriores preservados na memória e incorporados no quotidiano. Tais convivências dão azo a que, em tempos de dificuldades e crise, resurja o medo de que a corrupção aumente. Mas é o próprio Henrique Gaspar que no encerramento do ciclo de conferências “O Ministério Público e o Combate à Corrupção”, realizado em Lisboa, no dia 11 de janeiro de 2012, manifestava dúvidas quanto a esta associação, tendo afirmado que:

“O discurso político e as percepções sobre a corrupção que se apresentam como postulado, substituindo-se e dispensando as demonstrações, revelam, porventura, no essencial, mais a emergência da imposição social e democrática de probidade e de rigor nos costumes e na moral política e administrativa, do que verdadeiramente uma agravação do fenómeno ou das suas implicações como problema”.

Qualquer abordagem sobre a corrupção não pode desconsiderar a vertente das representações sociais que está plasmada na informação produzida pelo “Índice de Percepção de Corrupção (IPC)”, o qual constitui, desde 1995, um indicador fiável de verificação e de medição da representação da extensão da corrupção em 183 países e territórios do mundo. Um índice que combina diferentes fontes de informação e traduz uma imagem global dos níveis percebidos de corrupção no sector público. Para além de todas as dificuldades e limitações da medição, o índice – que tem a sua carga simbólica – constitui, de facto, um indicador relevante que, desde logo, mostra que a corrupção é omnipresente no mundo contemporâneo – em todas as latitudes geográficas, embora com distintos graus de intensidade. O índice de 2011 é particularmente impressionante, um ano marcado pela “primavera árabe” e por numerosos protestos anti-fraude. Portugal³, repete no ranking de

“Não torcerás a justiça, nem farás aceção de pessoas. Não tomarás subornos, pois o soborno cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos. Segue a justiça, e só a justiça, para que vivas e possuas a terra que o Senhor teu Deus te dá”. Deuteronomio 16:19-20.

³ http://www.transparency.org/news/pressrelease/20111201_cpi_pr

2011 (com mais 5 países avaliados) a mesma posição (no 32.º lugar global) alcançada no ano passado, com uma pontuação de 6.1 em 10 (a melhor pontuação possível). Porém, em relação à Europa, Portugal ocupa o 18º lugar. Não obstante ter subido uma posição relativamente ao ano de 2010, o país continua apenas à frente de Malta, Itália e Grécia e dos países do Leste Europeu.

Luís de Sousa, presidente da organização Transparência e Integridade - ponto de contacto em Portugal da Transparency International - adianta uma crítica a esta posição no ranking, que não lhe não parece bem sucedida, pois decorre uma “estagnação em relação ao *score* alcançado no ano passado – Portugal subiu apenas uma décima de ponto, dos 6.0 para os 6.1 – regista(ndo) a falta de progressos na forma como o país é percebido em matéria de corrupção”.

O certo é que, dentro deste quadro geográfico global e de geometria variável do fenómeno em tempos “de emergência de imposição social e democrática de probidade e de rigor nos costumes e na moral política e administrativa”, a questão do combate à corrupção adquire particular atenção. Parece, pois, atendendo aos resultados do CPI (2011), que a corrupção não é uma questão periférica, mas sim um problema global, que continua a dominar o mundo e o futuro das sociedades. E, no fundo, parece que o futuro passará, em grande medida, pela forma como soubermos reequacionar a intervenção punitiva e preventiva a este respeito.

Foi necessário o esforço e a criatividade do legislador internacional para mostrar “ao mundo” a necessidade de se estabelecerem estratégias para mudar de rumo, atendendo ao potencial destrutivo e às consequências negativas das práticas corruptas para o desenvolvimento económico e social.

Assim, a lógica de “combate”, como é denominada expressamente esta intervenção nos diversos textos, já ultrapassou, na modernidade, a simples obrigação moral ou de integridade, para se transformar num problema económico e social. Aliás, o próprio texto da Convenção da OCDE (contra a corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais) tornou patente que “a corrupção deixou de ser um negócio como qualquer outro”. O que significa que a “revolução de costumes” deu à “luta” contra a corrupção uma nova dignidade, uma vez que se ultrapassa a sua identificação com uma mera questão moral. De facto, tal exige uma ação anti-corrupção no “presente extenso”, uma atitude pró-ativa e aberta à mudança por parte dos indivíduos e organizações⁴.

Uma outra constatação reside no facto de o conceito ou a abordagem da corrupção abranger um campo muito vasto de perspetivas: o conceito é múltiplo, em expansão e de contornos difusos, apresentando visões diversificadas de acordo com a representação associada (política, ética, sociológica, antropológica, económica ou jurídica).

Mas, o conceito de corrupção é hoje um termo que se tornou corrente e generalizado no discurso comum. Um conceito “voraz”, na acepção de Mouraz Lopes, que permite enquadrar as múltiplas abordagens ou significados. Daí que se deva falar, impressivamente no “espectro” da corrupção⁵ e não só em corrupção.

⁴ Recorrendo à utilização das categorias adoptadas na análise dos tempos, v. Emília Araújo (2008, p. 43).

⁵ José Mouraz Lopes (2011).

O caminho que se foi trilhando ao longo das últimas décadas sobre o discurso anti-corrupção possibilitou a construção e a inauguração de uma era anti-corrupção: de um pacto social anti-corrupção. Quer isto dizer que os passos dados nas últimas décadas representaram um avanço gigante e acelerado em relação ao imobilismo dos séculos anteriores.

Cumprir ter presente que, na década de 90, instituições regionais e internacionais como a OCDE e a ONU, lançaram o desafio do combate da corrupção através de convenções destinadas a harmonizar as vetustas (e anacrônicas) - leis nacionais anticorrupção (até então pouco abrangentes e muito diversas). O caminho até à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC), ONU, 2003, foi longo e penoso⁶. A emergência do novo paradigma de intervenção (universal) de combate à corrupção beneficiou de um longo período de amadurecimento legislativo, no qual avulta uma policronia de contributos: da Convenção Inter-Americana Contra a Corrupção (CILC), 1997, a primeira iniciativa jurídica regional do mundo em desenvolvimento; à Convenção da União Africana sobre a Prevenção e Combate contra a Corrupção e Ofensas Relacionadas de 2003, passando pelas iniciativas da OCDE (Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, de 1997); e do Conselho de Europa (Convenção Penal contra a Corrupção de 27 de Janeiro 1999) e da União Europeia (Convenção da União sobre o combate contra a corrupção envolvendo funcionários das Comunidades Europeias ou funcionários dos Estados membros da União Europeia, de 1997).

Constata-se que uma sucessão (e até simultaneidade) de instrumentos normativos tem sido produzida de então para cá, ao nível regional e mundial. Um “movimento acelerado” de contextos, quadros normativos e padrões culturais que se sucedem uns aos outros, impondo a sensação de uma mudança incessante e continuada.

Cumprir esclarecer, contudo, que esta superabundância de instrumentos e de perspectivas (político, social e económica) para legitimar a dita atuação de luta ou combate, também deixa à vista as dificuldades que o mundo e os países enfrentam nesta complexa matéria. O novo pacote de medidas de luta contra a corrupção na União Europeia, adoptado em 2011, criando uma estratégia reforçada (abrangendo uma vasta gama de políticas internas e externas da EU, e de um mecanismo de apresentação periódica de relatórios anticorrupção) é disso um exemplo⁷.

Daí que nesta linha de rumo, profusa (e até confusa) de múltiplas iniciativas e “razões” que ora se complementam, ora se opõem, se faz sentir uma notória tensão dialética, apesar do aumento de tomada de consciência, um pouco por todo o lado, da valorização crescente da temporalidade da luta contra a corrupção.

Neste contexto, caracterizado por múltiplos paradigmas de proteção estabelecidos pelos instrumentos internacionais, deve atentar-se aos acrescidos problemas de legitimação legal e judicial das medidas ou institutos oferecidos, já que, em não poucos casos, têm surgido entorses ao nível da sua concretização. A dificuldade de compreensão está bem

⁶ Disponível em <http://www.un.org>.

⁷ COM(2011)307,308 e 309, e C(2011) 3673 final de 6.6.2011.

patente, por exemplo, na conformação do crime de enriquecimento ilícito e no quadro jurídico em matéria de confisco e de recuperação de bens⁸.

Contudo, a energia que tão fértilmente parecia animar o início do milénio, com mudanças efetivas no combate à corrupção - e o relevo e prioridade que parecia ganhar nas políticas públicas, ciclicamente reafirmadas no discurso internacional - veio a falhar, em resultado da debilidade da vontade pública, das fragilidades do sistema judicial (e seus tempos) e até, em resultado de tais mudanças não se tornarem nem percebidas nem vividas pelos potenciais destinatários.

Na verdade, embora haja tendência para uma certa sintonia dos instrumentos, o certo é que nem sempre essa clareza de convergência resulta dos variados textos. A multiplicidade de instrumentos não teve qualquer embate revolucionário na vida dos cidadãos e das empresas e nem sequer dos agentes públicos. É bom recordar que os grandes investidores e exportadores estrangeiros e mais de 80% dos executivos fiscalizados (na França, Alemanha, Reino Unido e nos Estados Unidos) admitiram “não estarem nada familiarizados” com uma das mais importantes bases jurídicas no comércio global: a Convenção da OCDE. E que, apenas aproximadamente 1/3 das empresas dos sectores económicos (construção e energia) com altos riscos de corrupção – mantinha programas de treino dos executivos com vista a evitar práticas corruptas, segundo consta no Relatório Global (TI 09)⁹. Tal falta de consciência também é vivida no panorama português. Por isso o Relatório OCDE (2011) sentiu a necessidade expressa de instar ao reforço da consciência pública no sentido da responsabilização e da implementação de sanções às pessoas coletivas do sector privado por estas infrações¹⁰.

Mencione-se ainda que a dispersão dos diplomas, da legislação anticorrupção localizada no Código Penal e numa teia de diplomas avulsos, além de constituir um obstáculo para os operadores jurídicos, chega a dificultar o seu reconhecimento pelo público-alvo (funcionários, empresas e cidadãos) que desconhece o alcance punitivo das distintas modalidades de corrupção. Aceitar, neste âmbito, uma presunção de conhecimento

⁸ Não admira, por isso, que em relação às medidas de confisco, dada a existência de modelos antagónicos a nível europeu, tenha levado a repensar o quadro jurídico existente, com vistas à adopção de uma Diretiva que estabeleça normas mínimas para facilitar o confisco dos produtos de crime. V. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o congelamento e o confisco do produto do crime na União Europeia, COM (2012) 85 final, 12.3.2012- 2012/0036 (COD). De igual forma, importa notar as dificuldades sentidas pelo legislador português para perspetivar o conteúdo de ilicitude suficiente na formatação do crime de enriquecimento ilícito. Por isso, o Tribunal Constitucional no Acórdão 179/2012 entende que na proposta apresentada (constante do Decreto n.º 37/XII Assembleia da República) “não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta necessariamente a inconstitucionalidade da norma”, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tv/acordaos/2012179.html>. Uma proposta desta índole, que vai longe de mais, alargando o crime para os cidadãos, numa questão tão melindrosa, como facilmente resulta do teor literal do art.º 20.º Convenção ONU, resulta estranha. Esta opção do legislador português de criar um crime omnicompreensivo (e desproporcionado) de enriquecimento ilícito, na ânsia de abranger todo (inclusive a parte mais débil, qualquer cidadão) é um equívoco completo, em afronta da letra e espírito da Convenção ONU. É que a nova figura criminosa de enriquecimento ilícito participa da tendência de formulação de tipos ao nível substantivo como via de solução dos problemas processuais dos crimes clássicos, em que a *ratio* assenta na assimetria de poder – aproveitamento de poder pelos agentes públicos.

⁹ Global Corruption Report (2009).

¹⁰ A mesma necessidade de divulgação junto do sector empresarial privado (das exportadoras) é sentida desde o Relatório Preliminar de 2011 – Prevenir e Combater a Corrupção- Monitorização das alterações introduzidas pela AR em 2010, da DGPL, PJ, IGF e IGAOT.

da lei seria, hoje em dia, uma verdadeira ficção. Não admira, por isso, que o Relatório OCDE (2011) realce que o maior obstáculo continua a ser a incerteza jurídica gerada pela falta de mecanismos legais de fácil compreensão e adequação.

O discurso penal, hoje dominante, de combate à criminalidade também atingiu o fenómeno da corrupção, especialmente a partir da década de 90. Desde os diversos textos internacionais, é evidente a instauração de um discurso de combate ou de luta (anti-corrupção) que impulsiona a expansão desmedida da intervenção penal, em permanente “emergência”.

No tempo contemporâneo assistimos a uma ilusão repressiva, alimentada em grande parte pela comunicação social, segundo a qual a resposta “em tempo útil” mais eficaz a este grave fenómeno social seria a penal (o “todo-poderoso” Direito penal) em detrimento de outras estratégias sociais, culturais e político-institucionais que implicam mais tempo.

Ocorre que a intervenção penal, de acordo com a filosofia iluminista e humanista, foi em séculos sucessivos (e deve ser ainda hoje) uma intervenção (no tempo) de ultima ratio: grau necessário e em extrema ratio e nos limites das garantias de um estado social de direito. Ora, nos tempos atuais, assume-se o imperativo de fazer frente às emergências criminais e de o fazer de forma eficaz mediante a expansão da intervenção penal, inclusive, até, sacrificando garantias fundamentais. No fundo, a temporalidade da legislação contemporânea (anti-corrupção) ressalta de imediato este carácter emergencial, de urgência, objetivando uma política criminal efficientista.

A indicação que transmite a legislação repressiva “emergencial” (a própria gramática dos documentos internacionais consagra a expressão da ideia de combate ou de luta) é a de que algo (de forma urgente e imediata) precisa ser feito “e já”. E ainda: que o discurso criminal tem consequências tanto sobre o presente, como sobre o futuro, isto é, que o sistema tem de encarar o facto atendendo ao passado mas sem desconsiderar o presente e o futuro, pois uma boa estratégia de luta é parte integrante da eficácia do sistema. Neste cenário de tripla dimensão temporal, o fenómeno da corrupção representa uma ameaça presente que se apresenta duradoura, entrando o sistema penal num movimento cíclico, pois as respostas de emergência ou luta geram mais emergência.

Neste contexto, ressalta a importância do controlo, monitorização ou acompanhamento do “combate”, criando um estado temporal de emergência permanente. O acompanhamento e a avaliação dos progressos dos países na implementação das medidas tornaram-se nos mecanismos mais emblemáticos desta legislação.

A ideia de progresso, a possibilidade da construção de um projeto coletivo, primeiro regional e logo universal, passaram a ser prefiguradas, almejadas. A possibilidade de um futuro (livre de corrupção, de “erradicação” da corrupção como se refere no Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção) visualizado no presente e a partir deste construído. Face a esta percepção (reconhecida no Preâmbulo da Convenção da OCDE) de que “todo e qualquer progresso neste domínio exige não apenas os esforços de cada um dos países, mas também uma cooperação, uma vigilância e um acompanhamento a nível mundial”, tornou-se necessário envolver as partes da Convenção com vista à implementação de um programa de fiscalização e acompanhamento sistemático para promover a plena aplicação da Convenção (artº 12.º). Para este efeito, a OCDE possui uma forte estrutura

institucional, grupos de trabalho, para assegurar a monitorização e o cumprimento da Convenção da OCDE¹¹. Neste sentido, mecanismos de acompanhamento e controlo também resultam das iniciativas europeias e da Convenção das ONU. Por isso, Portugal, será objeto de rigorosa avaliação (internacional) nos próximos anos e, em simultâneo, por distintos grupos de trabalho e entidades responsáveis. O objetivo é aperfeiçoar, integrando recomendações, o próprio sistema de prevenção e combate à corrupção.

Em síntese, a eficácia do sistema supõe a monitorização dos tempos anti-corrupção, a verificação regular de implementação das medidas e recomendações. É que as complexas sociedades da contemporaneidade transformaram-se em sociedades de desconfiança. E a modernidade exige respostas, a adoção de novos métodos de trabalho. A monitorização permanente dos países pode constituir um importante instrumento preventivo ou reativo para enfrentar o problema. E tem de partir de abordagens que impliquem envolvimento e partilha de informação. Esta perspetiva tem sido, porém, pouco considerada, para não dizer esquecida, na Convenção das Nações Unidas. Se, conforme elucida o artº 63.º da Convenção das Nações Unidas, no último Capítulo relativo aos mecanismos de aplicação, não há soluções acabadas, pois veio prever uma Conferência dos Estados Partes da Convenção a fim de melhorar a Convenção e examinar a sua aplicação, paralelamente presta pouca atenção nos seus dispositivos a mecanismos de acompanhamento. Porém, os mecanismos de avaliação e acompanhamento ganharam relevo com a sua inclusão na 3.ª Conferência dos Estados Partes, que ocorreu em Doha (Qatar) em novembro de 2009, com a aprovação da Resolução 3/1¹² que relembrando o art. 63.º, especificamente o seu parágrafo 7, sobre a criação de mecanismos ou órgão apropriado de implementação da Convenção, deu um passo importante com a adoção de um mecanismo de avaliação por pares de implementação da Convenção. Todavia, o relatório poderá (ou não) vir a ser tornado público, tendo apenas carácter confidencial, uma vez que as linhas de força do mecanismo é a cooperação na efetividade, sem intrusão e sem carácter punitivo.

2. A corrupção deste tempo: coexistência de formas legais “velhas” e “novas”

Por seu turno, os modernos instrumentos internacionais cedo se aperceberam de que o futuro do combate a este tipo de criminalidade, passava por uma nova compreensão do fenómeno. Deste modo, os textos foram procurando alternativas, identificando crimes emergentes (como a corrupção no comércio internacional, corrupção no sector privado ou o crime de enriquecimento ilícito) – comprovando, assim, a ineficácia da trajetória histórica. Neste contexto, constatada a inadequação das velhas figuras de corrupção (clássicas e matriciais) para fazer face ao fenómeno frequente de corrupção emergente – como se acentua em alguns dos textos - localizado nas relações comerciais e relações internacionais ameaçando um ambiente de negócios competitivo e sustentável, abriu a porta à consagração da criminalização da corrupção no mercado e nas transações transnacionais. Isso veio pôr em causa a tradicional visão redutora (clássica) do fenómeno. Isto não quer

¹¹ O Relatório de Progresso da execução da Convenção da OCDE (2011) continua a inserir Portugal no grupo de países em que pouca ou nenhuma aplicação foi feita da mesma.

¹² CAC/COSP/2009/15.

dizer que as velhas formas de corrupção, isto é, os pagamentos a agentes públicos (nacionais) deixem de ter relevo. Antes pelo contrário. Quer significar que para as empresas, a nomenclatura “corrupção” representa mais do que a suposta necessidade de subornar funcionários públicos nacionais, isto é, vai além do conceito tradicional de corrupção. Assiste-se em “tempo real” a uma corrupção sem fronteiras. E por isso, há a necessidade de estender a punição à corrupção nas transações comerciais internacionais, pois a luta contra a corrupção não pode conceber-se se não num quadro de cooperação internacional global e integrado.

Deste modo, temos que o formato jurídico de combate à corrupção não se apresenta apenas como “extensão/”continuidade” (lançando mão das tradicionais e velhas categorias de corrupção), mas também como “devir” (que traz transformações com o surgimento de novos tipos legais de crimes, até aqui quase desconhecidos, como o crime de corrupção transnacional, corrupção no sector privado e o de enriquecimento ilícito). O que significa que a corrupção é hoje pressentida, sobretudo, como um obstáculo e uma ameaça ao desenvolvimento económico e social.

Paralelamente, o termo “corrupção” aparece associado à repetição de condutas quotidianas de forma massiva, visto que tem por detrás de si a tradicional ideia de degradação (progressiva e contínua) das instituições públicas e dos princípios que fundamentam a atuação pública. Uma outra ideia que vem ganhando unanimidade, e que tem grandes potencialidades de generalização, é a que engloba no conceito todas as formas de abuso de poder verificadas no desempenho de uma função pública ou privada: “uso indevido de posição para a obtenção de ganhos privados”. Desta forma, à luz do uso desviante das funções, a semântica de corrupção compreende um conjunto de crimes que se afiguram como matriciais face aos novos tipos de crime: além da corrupção como nome próprio de crime, o peculato, a participação económica em negócio, a concussão, o abuso de poder.

Estamos, assim, perante determinados crimes em que a memória histórica continua viva, porque se tem memória do passado através de categorias clássicas e da perpetuação dos seus nomes iuris. Neste contexto específico, numa sociedade com riscos de corrupção, ressalta que a transformação crucial em curso do modelo normativo projeta o futuro com base no passado.

Importa notar que em todas as realidades (novas e velhas) o âmbito de aplicação continua a demarcar-se a partir do modo de abordagem da tradição secular, isto é, da qualidade intersubjetiva: da colaboração prestada pelo sujeito (activa ou passiva). Como se sabe, no discurso jurídico clássico (e agora nos textos internacionais), de forma sistemática, o terceiro (pessoa singular ou coletiva) é erigido normativamente em figura pró-ativa e corruptora. Valerá, no entanto, lembrar que o terceiro (pessoa singular ou coletiva) também pode surgir como personagem passiva (“vítima”). Todavia, de especial relevo para acordar as consciências para esta realidade, a linguagem e nomenclatura adoptada pelo artº. 1.º (A infração por corrupção de agentes públicos estrangeiros) da Convenção sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, OCDE, em que o termo – erróneo, incorreto, e equívoco – “corrupção ativa” não foi usado deliberadamente para evitar que um possível leitor, não especializado,

pudesse entender que o terceiro toma sempre a iniciativa e que o recetor da vantagem meramente se comporta como mero recetor, alertando que em muitas situações (sentidas no mundo real) a iniciativa corruptora (ativa) parte do recetor da vantagem. Logo, torna-se legítimo questionar a estrutura de formulações com a designação de corrupção ativa e passiva, dado que projeta uma abordagem apriorística, seletiva e, porventura, correspondente a certas representações sociais históricas e redutoras.

De igual modo, no recorte da estrutura típica dos novos ilícitos de corrupção, há continuidade através da utilização de fórmulas semelhantes às previstas nos crimes clássicos (de consumação ou tutela antecipada), visto se terem vinculado os comportamentos proibidos à conduta que vise a realização em “tempo diferido” numa atuação funcional. Julgamos que esta “zona de coincidência” ao nível das previsões legais tem notórias vantagens em sede de prevenção, e repressão, pois a identificação de uma espécie de denominador e gramática comuns na abordagem dos diversos comportamentos configuradores de corrupção facilitará a interpretação e o relacionamento entre os vários tipos legais de crime. O que não significará a necessidade de “divorciar” as modalidades emergentes de corrupção da corrupção matricial (de agentes públicos).

No atual estágio evolutivo do acervo convencional, verifica-se a ausência de definição da corrupção. Apesar de tudo, não espanta a aversão do legislador internacional à consagração de uma definição pelas múltiplas definições existentes e práticas que pode abranger. O facto (positivo) de não incluir qualquer definição do que se deve entender por corrupção tem subjacente um elemento intencional: levar à aceitação de uma noção muito ampla e aberta de corrupção.

Especial referência merece a incriminação da corrupção transnacional (“global”), prevista na Convenção sobre a luta contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais, OCDE, de 21 de Novembro de 1997, que veio inaugurar uma nova era no combate à corrupção envolvendo, de forma inequívoca e com especial relevância jurídica, as entidades transnacionais de carácter corporativo privado como destinatárias (com personalidade jurídica internacional) das normas convencionais de Direito Internacional. Na prática, considera as empresas como importantes atores anti-corrupção. E aponta para um futuro mais otimista: um ambiente de negócios mais competitivo e sustentável. Isso significa incluir, ao mesmo tempo, o reconhecimento dos países mais desenvolvidos de que a corrupção de funcionários públicos estrangeiros produz também efeitos adversos nos países destinatários (normalmente países em desenvolvimento) das relações comerciais internacionais.

Urge realçar que a intervenção punitiva era apenas perspectivada em relação aos cidadãos nacionais dos Estados Partes e, por conseguinte, omissa em relação aos funcionários estrangeiros. Para estes agentes privados (pessoas singulares ou coletivas) isso significava que a “corrupção além fronteiras” era merecedora do mesmo tratamento punitivo conferido à corrupção “doméstica”. Foi no âmbito da Convenção contra a Corrupção do Conselho da Europa (1999) que se afirmou a necessidade da criminalização da conduta feita por agente estrangeiro (a corrupção “passiva”), tanto na forma ativa como na passiva. Porém, a Convenção das Nações Unidas apenas tomou nota da utilidade dos Estados considerarem a

possibilidade de qualificar como crime a conduta do funcionário público estrangeiro ou funcionário de organização internacional (art. 16.º, 2).

O que significa que o próprio legislador internacional tem a percepção de que a cronologia dos instrumentos de combate (“tempos de combate”) variam em função das diversas espacialidades culturais. Isso mostra a necessidade de introduzir nuances, geometrias variáveis, em tudo o que se relaciona com as novas formas de criminalidade que se entrelaçam nas Convenções: uma força obrigatória e diferenciada. Daí a simultânea previsão de criminalizações obrigatórias e facultativas. Tal ocorre com a criminalização, de carácter facultativo, na Convenção das Nações Unidas, da corrupção no sector privado (art. 21.º) e o melindroso crime de enriquecimento ilícito (art. 20.º).

Urge referir que no ordenamento jurídico português já se encontram - “transpostas” - no sistema estas novas realidades (a corrupção transnacional e a corrupção privada). E até pode dizer-se que a sua implementação já tem “história” (primeiro, no D-L 28/84, através da Lei 13/2001 e, posteriormente, através da Lei 20/2008).

Como já foi referido, em matéria de mecanismos de combate, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) representou um grande avanço, atendendo ao seu carácter universal. Porém, não apresentou grandes inovações (salvo em matéria de prevenção e de recuperação de ativos). Mesmo assim, o enfoque da Convenção das Nações Unidas também recai sobre a necessidade de manutenção no Direito penal emergencial contra a corrupção de uma linha de força: uma linha respeitadora das distintas ordens constitucionais e princípios das garantias fundamentais. O que significa que em matéria de mecanismos anti-corrupção, a Convenção das Nações Unidas tem a percepção de que os instrumentos de combate variam em função dos contextos espaciais e dos padrões culturais. É, pois, essencial lidar com a corrupção num ambiente de normalidade, de modo a não desestabilizar o “status quo ante”, respeitando os cânones culturais – padrões tradicionais – do sistema repressivo. Deste modo, o legislador internacional não ignorou as possíveis limitações constitucionais.

Entre os mecanismos da Convenção das Nações Unidas que impedem, de forma clara, uma desvalorização cultural do passado dos direitos (incontornáveis, civilizacionalmente adquiridos) cumpre salientar a: incriminação do enriquecimento ilícito (art. 20.º), a responsabilidade das pessoas jurídicas (art. 26.º) e o instituto da prescrição (art. 29.º).

O art. 20.º avançou com a criminalização do enriquecimento ilícito nos seguintes termos:

“Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adoptar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do património de um agente público para o qual não consegue apresentar uma justificação razoável face ao seu rendimento legítimo”.

A intenção é salientar a falta de consenso numa incriminação deste género que possa colocar em causa os princípios de direito penal de um Estado de direito democrático¹³. Além disso, pode afirmar-se que o investimento neste novo instrumento deixa claro que os instrumentos clássicos (crimes tradicionais) se mostram insuficientes. Deste modo, a incriminação decorre da dificuldade de investigação e prova dos factos ilícitos (anteriores) geradores do enriquecimento ilícito (corrupção, peculato, fraude, etc.). De facto, trata-se de um instrumento de política criminal, em virtude das dificuldades no combate a estes ilícitos. Criminaliza-se um *posterius*, um facto posterior ou consequência do crime: o enriquecimento anormal (ilícito ou injustificado).

Através desta nova categoria criminal de enriquecimento, factos passados (anteriormente cometidos) que, normalmente, são remetidos a um tempo futuro (de investigação criminal) penetram o presente, impondo soluções normativas que não podem esperar por amanhã, que exigem ser tratadas hoje. Quer dizer, há uma intensificação do presente, uma vez que estão implícitos nesta necessidade a ideia da falência do sistema, um sentimento de desencanto e de desesperança que caracteriza a vivência do cidadão em relação à justiça nas sociedades contemporâneas¹⁴.

No fundo, a incriminação tem como efeito evitar que crimes anteriormente praticados, geradores de enriquecimento ilícito, fiquem impunes. E, ainda, a presunção de origem ilícita da incompatibilidade patrimonial. Cumpre salientar que há dificuldades sentidas pelo legislador português para perspetivar o conteúdo de ilicitude suficiente na formatação do crime de enriquecimento ilícito. Por isso, o Tribunal Constitucional no Acórdão 179/2012 entende que com a proposta apresentada (constante do Decreto n.º 37/XII Assembleia da República):

"está-se a presumir a origem ilícita da incompatibilidade e a imputar ao agente um crime de enriquecimento ilícito, o que redundaria em manifesta violação do princípio de presunção de inocência, determinando, portanto, a inconstitucionalidade das normas em causa". Por outro lado, porém, alerta o Tribunal "não há um bem jurídico claramente definido, o que acarreta [também] necessariamente a inconstitucionalidade da norma".

Uma proposta normativa desta índole que vai longe de mais, alargando o crime aos cidadãos, numa questão tão melindrosa, como facilmente resulta do teor literal do art.º 20.º Convenção ONU, resulta estranha. Potencia o alargamento dos possíveis bens jurídicos em causa e da área de tutela, um alargamento de mais a mais potenciado pela situação de extrema comoção social. O que era para ser exceção, acaba por se tornar regra. É necessário advertir que esta opção do legislador português em criar um crime omnicompreensivo (e desproporcionado) de enriquecimento ilícito, na ânsia de abranger todos os cidadãos é um

¹³ Sobre esta figura Germano Marques da Silva (2011: 50) não questiona a sua legitimidade em abstracto se na formulação *in concreto* são respeitados os princípios fundamentais do nosso sistema jurídico, do sistema penal. De todo o modo, este autor parte da ideia de que se trata de punir a violação de um dever de transparência e não de punir indirectamente os factos ilícitos (subjacentes) geradores do enriquecimento. Veja-se que a lógica, a estrutura e fundamentação da incriminação faz toda a diferença para a sua legitimidade.

¹⁴ É esse espírito que encontramos na petição pública, dinamizada pelo *Correio da Manhã*, pela criminalização do enriquecimento ilícito dos titulares de cargos políticos e equiparados apresentada na Assembleia da República em 21.03. 2011 e subscrita por mais de 30 mil cidadãos.

equivoco completo, que afronta a letra e o espírito da Convenção ONU. É que a nova figura do crime de enriquecimento ilícito participa da tendência de formulação de crimes emergenciais como via subsidiária de solução dos problemas processuais dos crimes clássicos, em que a ratio assenta na assimetria de poder, isto é, no aproveitamento de poder pelos agentes públicos.

Ora, como é reconhecido pelo próprio Tribunal Constitucional no Ac. 179/2012:

“é o próprio art. 20.º que possibilita aos Estados a não incriminação do enriquecimento ilícito com fundamento na Constituição ou em princípios fundamentais dos respectivos ordenamentos jurídicos”.

Aliás, esta referência (no documento universal) é importante, pois o legislador internacional toma consciência que sem conexão com o passado, o presente acaba por não ter existência e que um tempo anti-corrupção unidirecional não pode, em rigor, receber essa denominação. É, pois, manifesto que esta assertividade dos documentos é importante para que não naufraguem os valores da civilização, para não haver quebra de elos entre gerações, ainda mais em contextos de crise, em que a própria sobrevivência da sociedade, dos direitos adquiridos, está ameaçada em diversos domínios. Este problema põe-se com acuidade porque este crime traz tempos de debilitação ou desintegração de princípios – do património axiológico civilizacional que se fazem em nome de uma razão instrumental¹⁵.

Só que no meio da má situação económica- financeira atual o cidadão, que está cada vez mais indefeso, procura a melhor solução, mesmo que ela implique profundas alterações no direito positivo. Atente-se na petição pública de criminalização do enriquecimento ilícito.

Ali se escreveu, para justificar tal entendimento, que:

“...está chegado o momento histórico de o Parlamento aprovar esta proposta de lei e reforçar o arsenal repressivo contra as práticas ilícitas em causa.A gravíssima crise financeira e económica que se instalou no País, com o agravar inelutável das desigualdades entre portugueses, radicará por certo no infeliz somatório de todos os desmandos que sofreram as práticas de governação e de administração durante as últimas décadas. Assim, no momento em que o país desliza para um estado de pauperização de largas franjas sociais e se perfila o risco de serem ultrapassadas interpretações que se julgavam adquiridas sobre matérias estatutárias e remuneratórias, por invocação de “interesse público” no quadro de um estado de emergência económica e financeira, é hora de dar o passo de criminalizar o enriquecimento ilícito”.

Merece também referência na modelação do combate anti-corrupção na Convenção das Nações Unidas, o art.º 26.º. que veio a introduzir uma disciplina sancionatória para as pessoas jurídicas. Atente-se que esta disposição apregoa a sua responsabilidade, salvaguardando, também, a necessidade de atender aos princípios jurídicos de cada Estado Parte, a fim de se respeitar a ideia milenar da irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas

¹⁵ Como observa António Manuel Hespanha, a propósito de um recente Acórdão do TC (n.º 396/2011), “a justiça constitucional ficaria restrita, em tempo de crise, á sindicância (muito diminuída) do respeito pelos direitos fundamentais”, (2012: 15). No entanto, como esclarece o Autor: “a crise não se supera pela dissolução do direito, antes se supera pelo reforço do direito e do “modelo jurídico”, p. 30.

(*societas delinquere non potest*). Assim, se num Estado tal dogma continua vigente, aquele não é obrigado a derogá-lo, pois de acordo “aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa” (art.º 26.º, n.º 2). Esta flexibilidade é reforçada pelo disposto no n.º 4, no qual se estabelece que “cada Estado Parte velará em particular para que se imponham sanções penais ou não penais eficazes, proporcionais e dissuasivas, incluídas sanções monetárias, às pessoas jurídicas consideradas responsáveis”.

É indiscutível que as empresas ou entidades corporativas, enquanto pessoas jurídicas, assim como os seus trabalhadores e administradores, podem e devem ser legalmente responsabilizados por corrupção, pois a realidade tem demonstrado que, em muitos casos, o corrupto tem o seu âmbito de atuação na empresa. Face a isto, uma das recentes melhorias da legislação portuguesa (na senda proposta pelas convenções internacionais) com um impacto significativo traduz-se no pressuposto da responsabilização das pessoas jurídicas pela prática dos atos corruptos previstos nos arts. 372.º a 374.º e Lei 20/08 CP. Rigorosas sanções contra empresas poderão constituir uma sanção tão eficiente, como as sanções criminais contra indivíduos. Mas a exclusão das pessoas coletivas públicas (entidades públicas empresariais e entidades concessionárias de serviços públicos (art.º 11.º, n.º 3, al. a) e b) CP) suscita algumas reticências.

De facto, a ameaça das sanções e consequências das sanções é muito importante nesta criminalidade. Não podemos esquecer que as empresas devem estar sujeitas a multas elevadas, as quais não podem representar um risco calculável de negócio. Porém, constata-se na legislação portuguesa, como destaca o Relatório da OCDE (2011) penas de multa demasiado baixas (equivalentes a pequenas taxas) que resultam inadequadas para as pessoas coletivas, sobretudo multinacionais. É de assinalar que no caso Siemens, a multinacional alemã foi condenada a pagar elevadíssimas multas. Todavia, o principal temor da empresa não radicava tanto nas multas, mas na ameaça de proibição de concorrer a licitações públicas. Pode afirmar-se que a punição de pessoas jurídicas ou empresas implica diversas especificidades que “ampliem” o seu raio de ação, recorrendo a medidas de exclusão ou afastamento da atividade. Basta pensar, no contexto legal português, nas penas acessórias que podem acompanhar tais crimes (por exemplo, a interdição do exercício de atividade, a proibição de celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades, e a privação do direito a subsídios, subvenções e incentivos outorgados pelo Estado e demais pessoas coletivas públicas, constantes nos arts. 90.º-A, 90.º-H, 90.º-I e 90.º-J CP). Todavia, ao nível da sua caracterização, o legislador procura uma certa proporcionalidade para assegurar a própria sobrevivência das empresas. Assim, por exemplo, a proibição de contratação (art. 90.º-H CP) não pode abranger todos os contratos nem todas as entidades (apenas uma categoria de pessoas ou entidades).

Saliente-se também que o instituto da prescrição (figura fundamental do direito penal que se relaciona com a passagem cronológica do tempo e a existência de limites em que os comportamentos corruptos podem ser perseguidos penalmente) tem estado sempre presente no centro das preocupações desta criminalidade. E é esta uma matéria de tal importância que o legislador internacional também se preocupa determinando que “Cada Estado Parte estabelecerá, quando proceder, de acordo com a sua legislação interna, um

prazo de prescrição amplo para iniciar processos por quaisquer dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção e estabelecerá um prazo maior ou interromperá a prescrição quando o presumido delincente tenha evadido da administração de justiça” (art.º 29.º).

É fácil de perceber que, com esta formulação (um prazo de prescrição amplo), estes comportamentos podem ser perseguidos criminalmente durante mais tempo pelo Estado para a realização da justiça. Ora, como ninguém desconhece, este tipo de comportamentos, dada a sua opacidade e dificuldades probatórias, pode exigir um prazo de prescrição mais dilatado. É precisamente essa a lógica da norma.

É um facto que nestes crimes surgem insatisfações, muitas delas relacionadas com o decurso do tempo: investigações adiadas, demoradas e/ou até tardias. Quer isto dizer que em muitas ocasiões os casos de corrupção são arquivados por prescrição. Também a utilização de recursos infundáveis (para as instâncias superiores) como manobras dilatórias pode determinar a prescrição do procedimento criminal ou inclusive da execução da condenação imposta. De sorte que, para o arguido, o mero decorrer do tempo é causa da extinção da responsabilidade criminal da morte do processo. Importa notar que, no quadro legal português, em 2010, passou a existir uma regra especial que alarga o lapso temporal de 15 anos (aplicável para crimes graves, isto com duração superior a 10 anos de prisão) a determinados crimes de corrupção independentemente do seu desvalor e da moldura penal (cf. o art.º 118.º, n.º 1, al a) CP. De igual modo, existem certas situações, as causas de suspensão e de interrupção do período de prescrição (arts. 120.º e 121.º CP) que permitem “desligar” e “ligar” o tempo judicial como forma de impedir a prescrição¹⁶. Porém, esta possibilidade de extensão do tempo legal não é indefinida (art.º 121.º, n.º 3 CP).

Ora, o mais determinante, sem dúvida, é que apesar do relevo e da emergência da temática da prescrição para um efetivo combate aos crimes de corrupção na Convenção das Nações Unidas, não ganhou operatividade, a regra da imprescriptibilidade, isto é, o princípio que permite que o comportamento criminal possa ser perseguido criminalmente sem qualquer limite temporal, de forma intemporal. Intervenção maximalista consagrada, nesta matéria, em algumas constituições e códigos penais da América Latina que promove uma justiça intemporal, quase eterna. Tudo isto em nome da ideia de combater a impunidade destes crimes.

Todavia, importa notar que com a imprescriptibilidade, como nota Faria Costa, “o direito penal opera um corte com o tempo. Não só com o tempo cronológico mas, sobretudo, com a própria temporalidade. E de forma soberana, cria a ficção de que, em certas circunstâncias, o decurso do tempo não tem existência”¹⁷. Porém, como avisa Torga “Não há nada que resista ao tempo” (in *Diário*, 1940), não adianta ao jurista paralisar ou conjurar o tempo/o instante.

De facto, o desvalor dos crimes, o alarme social provocado, as provas, os autores, etc.... tudo desaparece com o tempo e, com ele, a necessidade de punição. Neste contexto,

¹⁶ Porém, o quadro legal revela ainda fraquezas ou desvios quanto a contagem dos prazos de prescrição. Veja-se, a este propósito, as recomendações realizadas pelo estudo “Corrupção Fora de Prazo. Prescrição de crimes na justiça portuguesa”, *Transparência e Integridade*, p. 11, 2010.

¹⁷ José de Faria Costa (2005, p. 178).

parece-nos elucidativa a pintura de Dalí – A persistência da memória – os seus relógios brandos com a textura e a sensualidade cremosa do *camembert* – como ele próprio referia para simbolizar a distorção da passagem do tempo. Apenas um único relógio (de bolso) parece sobreviver. Contudo, também está invadido pelas típicas formigas dalinianas (símbolo da podridão). O tempo não perdoa. Nem sequer nos crimes a que muitas vezes a ordem internacional parece fechar os olhos e que podem ser sancionados a qualquer tempo: os crimes contra a Humanidade. De pouco serve proclamar juridicamente a expansão do tempo legal ou dilatação eterna através da imprescriptibilidade, pois nada detém ou resiste ao tempo. E, por seu turno, convém não esquecer que a própria limitação do tempo (a existência de prazos de prescrição) dinamiza, impulsiona e apressa a realização da justiça. Permite a realização da justiça em tempo útil, evitando a prorrogação infinita dos processos, lentidão judicial e até o bloqueio do sistema (por sobrecarga judicial). Esta é a outra face (mais desconhecida) da prescrição.

Merece, por isso, especial atenção a vivência do tempo estabelecido, a sua temporalidade, fazer que o tempo judicial não seja um tempo perdido, que seja à maneira prousiana, um tempo recobrado: “habitado” com prazos e meios de investigação adequados, mecanismos eficazes de promoção, de denúncias e proteção de denunciante, testemunhas, etc que conduzam a investigações mais rápidas e eficazes e “desabitado” em certas situações através dos mecanismos de suspensão e interrupção dos prazos de prescrição¹⁸. Um tempo que, ao mesmo tempo, reforce os valores da realização da justiça e da paz jurídica.

4. Tempos de Prevenção

Percebe-se, com facilidade, que o chamado combate ao fenómeno da corrupção se põe em diversos horizontes. E, desde logo, ressalta hoje como preponderante o horizonte da prevenção, quer dizer, os tempos de hoje são tempos de prevenção. Hoje, o apelo ao combate da corrupção não descarta, no mínimo que seja, a prevenção. Neste sentido, a própria Convenção das Nações Unidas dedica logo o seu segundo capítulo à prevenção. A adoção de práticas de prevenção deve ter prioridade em qualquer programa de combate à corrupção, isto é, a adoção de medidas de antecipação do futuro. Assim, esta forma de conceber a luta/resposta como prevenção, afasta a crença de fenómeno irrevogável e imutável que não pode ser evitado. O que significa que o discurso anti-corrupção passa a ser inclusivo: diz-se que é preciso incluir os cidadãos, empresas e agentes públicos para que atuem de forma esperada, não se conformando com o “destino de risco” de corrupção. A prevenção de riscos de corrupção traz de volta a ideia de destino, mas não de forma idêntica.

Deve dizer-se que o valor da prevenção é encarado como o método mais promissor para o combate à corrupção nos negócios. A forma mais sustentável de lidar com os riscos de corrupção é o desenvolvimento de um sistema amplo de integridade empresarial. Elevar a integridade corporativa para enfrentar os obstáculos que a corrupção coloca ao crescimento e ao desenvolvimento económico. O Relatório Global de Corrupção (TI 2009),

¹⁸ Na linha das recomendações realizadas pelo estudo “Corrupção Fora de Prazo. Prescrição de crimes na justiça portuguesa”, Transparência e Integridade, 2010: 11.

proclama que as empresas com programas anticorrupção e normas éticas reduziram em até 50% a incidência de corrupção e tornaram-se menos passíveis de perder oportunidades de negócios, quando comparadas com empresas sem esses programas

Certo é que é missão dos decisores políticos formular um conjunto de medidas e de políticas de prevenção e punição (em suma, desenhar um plano de ação anti-corrupção)¹⁹ e tarefa dos tribunais a repressão judicial. Porém, nesta matéria, a sociedade também não deverá baixar os braços. Observa, muito a propósito, Orlando Nascimento, ao referir-se às prioridades no combate a corrupção, de forma peremptória, consciente das dificuldades que “nenhum combate à corrupção terá sucesso sem a conquista dos cidadãos para essa causa”, chegando mesmo a afirmar que “o primeiro importante passo para uma acção credível de prevenção e combate da corrupção é, antes de tudo, a deslocalização da prevenção/combate à corrupção para fora do teatro de luta política entre Poder e Oposição”²⁰.

Deve, assim, acentuar-se neste espaço de reflexão sobre os Tempos sociais - tempos emergentes, a relevância do 10.º Princípio do Pacto Global da ONU, “complemento em positivo”²¹ das outras iniciativas e mecanismos, que integra um aspeto fundamental da Responsabilidade Social Empresarial (RSE), desde 2004, chamando a atenção para que as empresas combatam a corrupção em todas as suas formas, incluindo a extorsão e suborno”. Urge, assim, realçar que a ONU cedo se apercebeu de que o futuro do combate neste tipo de criminalidade, passava por uma nova abordagem do fenómeno. Passava pelo reconhecimento de que o sector privado é um agente principal, porque além de quem solicita ou recebe um suborno, está sempre do outro lado quem realiza o pagamento da vantagem. Face a esta percepção de que é no sector corporativo que está a base das práticas corruptas, tornou-se necessário envolver as empresas e terceiros na linha de frente da luta contra a corrupção.

As empresas têm intensificado esforços para a sensibilização e implementação de diversas medidas. Mas tanto quanto pudemos apurar, encaixar o 10.º Princípio na vida empresarial constitui um dos desafios de mais difícil implementação (dado que a corrupção tem uma história de muitos séculos e foi - e continua a ser - uma forma de dependência/sobrevivência das empresas difícil de quebrar). Tal situação é demonstrável, sobretudo, se atendermos à escassa divulgação de informação por parte das empresas, relacionada com o desenvolvimento de práticas e de instrumentos de relato ou comunicação dos esforços de luta contra a corrupção²². É que, como observa Manuel Castelo Branco, “ao contrário do que sucede com os outros componentes da RSE, em particular o impacto ambiental, poucos estudos têm sido elaborados sobre a divulgação de informação relacionada com o combate à corrupção por parte das empresas”²³. A mesma visão (negligenciadora) é transposta desde a publicidade. Assim, parece evidente nas campanhas (2009-2011) de uma conhecida multinacional sobre um café de “corpo e alma” – Nespresso mostrando um conhecido ator a cair na tentação da corrupção (e insinuando ainda ...um Alto

¹⁹ Art. 5.º Convenção Nações Unidas Contra a Corrupção.

²⁰ “Cinco prioridades no combate à corrupção”, 9-12-012, Blog do Público “Às Claras”, <http://blogues.publico.pt/asclaras/page/9/>

²¹ Como salienta Pablo García Mexia, (2004, p. 110).

²² Neste sentido Manuel Castelo Branco, (2010: 14).

²³ Manuel Castelo Branco (2010: 2).

poder divino corrupto). Por outro lado, a mesma empresa, noutra anúncio complementar da saga publicitária, preocupava-se em deixar claro que, isso sim, as questões ambientais foram integradas (consciencializadas) na política da empresa com a reciclagem 100 % das cápsulas de alumínio utilizadas²⁴. Ainda assim, relevam os aspectos positivos. Basta pensar na mensagem central do próprio Relatório Global (2009): “após uma primeira onda de activismo contra a corrupção e actividades de responsabilidades social empresarial (SER), as empresas no mundo inteiro possuem, hoje, uma responsabilidade mais evidente, um interesse próprio mais profundo e um potencial maior para assumir um papel no combate à corrupção”²⁵.

A premência de cultivar um amplo sistema de integridade, para minimizar os riscos de corrupção no sector empresarial e fortalecer a integridade corporativa passam, neste âmbito, pela existência de uma variedade de mecanismos ou de remédios internos para travar a corrupção, desde códigos de conduta, divulgação de informação sobre os esforços no combate nos relatórios de sustentabilidade (RS), mecanismos de organização corporativa, incluindo a proteção de pessoas que informam sobre actividades ilegais (mecanismos de denúncia) e até o papel crescente dos investidores no incentivo à integridade empresarial.

A resposta preventiva consiste em apostar numa cultura de integridade com princípios comuns (valores e atitudes) e práticas comuns (normas ou padrões de atuação). Sendo, importante incluir também elementos de dissuasão (ensinar que a violação das normas acarreta a punição).

Importa sublinhar que a Convenção das Nações Unidas, entre as medidas a adotar para prevenir a corrupção, encara como fundamental, no seu art. 12.º, n.º 2, al. b), relativo ao sector privado, “a promoção da elaboração de normas e procedimentos destinados a preservar a integridade das entidades privadas pertinentes, incluindo códigos de conduta para o correcto, digno e adequado desempenho das actividades económicas bem como para o exercício de todas as profissões pertinente e para a prevenção de conflitos de interesse, assim como para a promoção do uso de boas práticas comerciais entre as empresas e as relações contratuais das empresas com o Estado”.

A adoção e implementação de um código de ética assume particular relevo, como boa prática, no quadro da Responsabilidade Social das Empresas assumindo-se como o sistema de transmissão de valores e compromissos da empresa a todos os participantes envolvidos. Assim, podemos designar este modelo de ação – de práticas preventivas- de ação presente sobre o futuro pelas suas implicações e consequências no próprio presente. Urge notar que o conteúdo dos códigos de conduta é, de facto, muito variado. Existem planos específicos, mas a maioria contém tópicos ligados às questões de conformidade com as leis aplicáveis. Todavia, a base para que um código ou plano de prevenção de riscos seja eficiente é que aborde e oriente sobre dilemas enfrentados por administradores e/ou funcionários.

Uma coisa parece ressaltar, independentemente do modelo: a dificuldade reside na sua implementação. O caso Siemens é resultante da inoperância na aplicação do Código de Conduta (que não faltava) e do sistema de integridade da empresa, em particular. Face a esta realidade, não basta, portanto, a adesão a pactos voluntários, pois não assegura um comportamento socialmente responsável por parte da empresa. Para dar vida ao código

²⁴ Elena Burgoa (2011, 692-693).

²⁵ Global Corruption Report (2009).

empresarial será fundamental a monitorização por meio de supervisão interna e externa. De facto, actualmente, muitas empresas possuem um Código de Ética para os negócios. Mas, curiosamente, o Relatório Global (2009) alerta que “quase 90% das 200 principais companhias do mundo inteiro que adoptaram códigos empresariais, menos da metade relata que o cumprimento à legislação é fiscalizado”. E mesmo, nas mais de 3.000 empresas que publicaram relatórios de responsabilidade social empresarial em 2007, menos de um terço foi verificado por uma auditoria independente²⁶. Do mesmo modo, também 87% das empresas portuguesas respondentes num inquérito possuem Código de conduta, mas apenas 36% confessam ter efetivas políticas de combate à corrupção²⁷.

Neste contexto, deve dizer-se que, no caso de empresas transnacionais, a cultura de integridade terá de ser uniforme e global, aplicada em todas as nações e não ceder às práticas locais, mesmo que, a curto prazo (presente)- futuro-presente, possa significar a perda de negócios.

Parece-me de utilidade recordar que o que se deverá procurar assegurar, como um incentivo para incorporar ou desenvolver práticas ou uma estratégia preventiva anticorrupção nos negócios, é a compreensão e consciencialização das outras consequências (presentes e futuras) que acarreta, tais como a perda de reputação e possíveis condenações. De facto, uma boa reputação de integridade tende a ser cada vez mais importante para que as empresas se tornem atraentes para as instituições financeiras e até nos processos selectivos para participar, por exemplo, nas cadeias de fornecimento de grandes empresas, a reputação, é um factor objeto de consideração. Desta forma, não surpreende a emergência de modelos de exclusão (de lógica punitiva e preventiva) através da publicitação de “listas negras”²⁸, nomeadamente nos contratos internacionais financiados pela banca. É que a desqualificação administrativa das empresas, pode constituir um remédio “santo” para quebrar a dependência da corrupção e, ao mesmo tempo, reforçar o valor de integridade para fazer com que não valha a pena alguém correr riscos.

Do mesmo passo, como medida positiva para desestabilizar transações corruptas, as partes podem diligenciar no sentido de adotar Pactos de integridade, isto é, a inclusão de regras do jogo “imediatas”, em virtude de cláusulas contratuais que vinculam os contratantes, no âmbito do sector público ou privado, a não se envolver em práticas corruptas, por via do incumprimento contratual (extinção contrato, indemnizações decorrentes, exclusão, etc.) Todavia, a adopção de medidas incentivadoras, como por exemplo, a prática de benefícios, taxas de juros mais favoráveis de financiamento para empresas que tenham implementado planos de combate às práticas corruptivas pode também levar a que as PMEs apostem na desestabilização da corrupção.

Por seu turno, no seio das grandes empresas, ganha cada vez mais peso a divulgação de informação sobre o combate à corrupção nos seus Relatórios de sustentabilidade (associados à Responsabilidade Social Empresarial) recorrendo, de forma complementar, às diretrizes da GRI (Global Reporting Initiative) de 2002 e 2006, que vieram introduzir

²⁶ Global Corruption Report (2009).

²⁷ SNI, Portugal (2012: 22).

²⁸ V. “Six defence companies blacklisted”, 29-03-2012, http://www.dnaindia.com/india/report_six-defence-companies-blacklisted-ak-antony_1668899.

diversos indicadores de desempenho social sobre corrupção (divulgação de procedimentos, medidas e sistemas de gestão anti-corrupção, eficácia da sua implementação, informação sobre formação de colaboradores, fornecedores, unidades de negócio susceptíveis de riscos, participação em políticas públicas, contribuições financeiras a partidos, etc.). O mesmo se diga da necessidade de elaboração e implementação de Programas de compliance para minimizar riscos de incumprimento normativo. Em suma, trata-se de ter um comportamento pró-ativo na gestão dos múltiplos riscos da atividade económica.

Cumprir referir que no sector público administrativo e sector empresarial do Estado, fruto da iniciativa preventiva promovida pelo Conselho da Prevenção da Corrupção, na sequência de um questionário realizado junto das entidades públicas, que veio a revelar a existência de desconformidades ao nível da execução e acompanhamento de aquisições públicas e concessão de subsídios, através da Recomendação n.º 1, 2009, foi lançada a todas as entidades públicas a elaboração de um Plano de Prevenção e Gestão de Riscos de Corrupção e infracções conexas²⁹. Assim, este modelo de ação projeta o futuro a partir de uma análise do presente.

Porém, mais importante do que ter um plano de gestão de riscos de corrupção, importa que cada entidade proceda de forma realista à respetiva implementação e acompanhamento e, em função dessa tarefa, proceder também às necessárias atualizações (correções) que venham porventura a justificar-se a *posteriori*. O que se impõe, pela natureza dinâmica do instrumento. De igual modo, é importante evitar a implementação de um código limitado, “padronizado”, pois é necessário o desenvolvimento de um plano personalizado à situação particular da empresa ou instituição em causa, que reflita a sua identidade, dilemas e estratégia. Predominam, apesar de tudo, a existência de Planos desadequados, por terem adotado uma espécie de modelo único, igual para instituições muito diferentes. Como se refere na respetiva recomendação do CPC, urge atentar no facto de assegurar a divulgação do Plano no site da respetiva entidade³⁰ com vista à transparência. No entanto, os Planos visando oferecer um meio eficaz às instituições não podem, uma vez feitos, “repousar” no site das Instituições. Apesar do relevo decisivo do instrumento, despontam certas dificuldades de fraqueza teórica e prática na conceção e elaboração dos mesmos, como assinala o Relatório do SNI (2012)³¹.

Um ponto positivo neste contexto de prevenção é a crescente percepção das pessoas de que “algo está a acontecer”, sentimento que traz imbuída a necessidade de mudança, de alterar o status quo, embora não se tenha uma consciencialização adequada (“atualização” do alcance das novas incriminações)³². Ora, é inegável que a crise económica coloca problemas na concorrência entre as empresas pelo que no contexto de austeridade poderá a vir a ganhar terreno a corrupção em geral e, de forma particular, nas contratações internacionais

²⁹ V. <http://www.cpc.tcontas.pt/>

³⁰ V. Recomendação n.º 1/2010, http://www.cpc.tcontas.pt/documentos/recomendacao_cpc_001_2010.pdf

³¹ Relatório Final SNI, Portugal (2012, Pilar: *Organismos especializados de Combate e Prevenção da Corrupção*, p. 7).

³² Importa notar que os chamados pagamentos de “facilitação”, isto é, o pagamento de funcionários públicos para “para fazer as coisas acontecerem”, para a obtenção de “serviços rotineiros” que seriam parte de suas obrigações, só entraram na alçada (ilegal) da Convenção, através da Recomendação de 2009. De facto, “tal medida” afigura-se relevante na construção de uma cultura uniforme de integridade (de tolerância zero).

gerando um risco de quebra das regras éticas pouco a pouco assumidas. Ciente desta possibilidade, o Relatório de Progresso de 2011 (OCDE, TI)³³ alerta nas suas conclusões, de um receio de “abrandamento” pelas dificuldades levantadas pela problemática situação económica global. Assim, a pergunta permanece, toda a atividade e empenho da última década é suficiente para estancar a maré de corrupção que arrasta a crise? Ou o (muito) que tem sido feito é tarde demais e não foge a essa conjuntura?

Neste contexto, a cláusula (de cautela) estabelecida no art.º 5.º da Convenção OCDE adivinhando certos contra-tempos pode ser uma primeira resposta. Não há um “tempo de espera” neste combate. Assim, de maneira emblemática, determina que as investigações e procedimentos criminais “não serão influenciados por considerações de interesse económico nacional, pelos possíveis efeitos sobre as relações com um outro Estado ou a identidade das pessoas singulares ou coletivas em causa”.

Conclusão

Chegou o tempo de concluir esta comunicação. E termino, apenas lembrando que os tempos, de facto, têm sido profícuos em iniciativas tendentes à facilitação do combate anti-corrupção. Que o sinal de alerta contra a corrupção foi definitivamente acionado pelas diversas iniciativas premeditadas dos organismos internacionais. Nunca houve tanto trabalho conjunto de organizações públicas e privadas como agora, buscando soluções para problemas que os países ou os governos não poderiam resolver sozinhos. Os países foram “empurrados” para uma nova compreensão do (velho) fenómeno, procedendo, por isso, a uma atualização deste tipo de criminalidade. Importa, por isso, sublinhar que acabamos de deixar para trás a primeira década do terceiro milénio – o início mais do que simbólico de uma nova era anti-corrupção (global e universal).

Entre altos e baixos, o facto é que muita coisa mudou. Há um balanço positivo da primeira década do século XXI. Mais ainda há muito a avançar. Ora, por força do contexto económico e social complexo de crise, o fenómeno ganha especificidades. Têm sido dados passos de gigante. E agora? Rutura, descontinuidade, isto é, desvalorização ou continuidade do combate?

Tendo presente que a retórica legal e a (rude) realidade, muitas vezes, aparecem divorciadas e irreconciliáveis, apresentando lógicas próprias, girando cada qual em torno de si mesma, sem se interseccionarem, emerge a necessidade de efetivar a nova legislação anti-corrupção – já não tão nova, em tempos de aceleração legislativa. Tais dificuldades e conjuntura demandam que não resulte mais uma década perdida no processo de transformação social. Este é um desafio que, quotidianamente, está implicado nas inter(rel)ações dos sujeitos-cidadãos que somos todos nós.

De qualquer modo, o espírito com que nos propusemos abordar estes dois temas (corrupção e os tempos sociais) foi tão-só o de refletir sobre os caminhos e o discurso do direito vigente, conscientes da mutabilidade dos sistemas jurídicos (em particular do

³³ Já em 2010 houve uma falta de progresso, não faltando países (21) com pouca ou nenhuma aplicação (após uma década da entrada em vigor). Reconhecendo-se, de facto, que o posicionamento da Convenção era instável, com risco de perda do dinamismo alcançado na última década.

subsistema penal) e de que não pode haver uma resposta única e simples que possa ser adotada por todos os Estados, na medida em que os seus princípios de funcionamento (e leis fundamentais) apresentam visões diversificadas e tempos diferenciados. Espírito que, julgamos, cabe no âmbito deste seminário. Porém, também com a consciência e sentimento de que posso ter entrado por caminhos alheios.

O tempo, esse grande construtor dos tempos sociais, constitui um importante e atual instrumento de reflexão sobre os problemas jurídicos. É um factor de mudança. Ninguém se bate, neste domínio, pelo *status quo*, pela manutenção da corrupção existente. Todos os documentos, instrumentos e estudos o corroboram. Sinais dos tempos. Tempos de crise.

E o sinal destes tempos é a vontade de mudança. Assim, não falte espírito construtivo e revolucionário, mas também o tempo necessário à mudança.

Pois, no final, como advertia Walter Kaufmann n' "O tempo é um artista":

"O tempo é a dimensão da mudança. Sem percepção da mudança, não há e não pode haver percepção do tempo. E as diferentes atitudes para com o tempo são corolários de diferentes atitudes para com a mudança".

E esta é daquelas coisas que precisa de tempo, empenho, efetividade e muita prevenção pelo seu enraizamento histórico e cultural. Não seja o tempo tarde de mais.

Referências

- Araújo, Emília (2008). Modos de governação do tempo. A dimensão cultural. In Emília Araújo et al. (org.). *O Tempo, As culturas e as Instituições, Para uma abordagem sociológica do tempo*. Lisboa: Edições Colibri.
- Branco, Manuel Castelo (2010). Informação sobre combate à corrupção nos relatórios de sustentabilidade das empresas portuguesas. *Estudos do ISCA- série IV- n.º 2*.
- Burgoa, Elena (2011). A corrupção e a responsabilidade social empresarial. *Revista da administração Local*, n.º 246, Lisboa.
- Costa, José de Faria (2005). *Linhas de Direito penal e de Filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Corrupção Fora de Prazo. Prescrição de crimes na justiça portuguesa, Transparência e integridade (2010). *Relatório Nacional elaborado no âmbito do projecto Countdown to Impunity: Corruption-related statutes of limitation in the EU*, promovido pela Transparency International Secretariat (Berlim) e co-financiado pela Comissão Europeia.
- De Sousa, Luís (2011). *Corrupção – Ensaios*. Edições Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- García Mexía, Pablo (2004). El Décimo Principio del Pacto Mundial. Corrupción y Responsabilidade Social Corporativa. *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, n.º 96, noviembre-diciembre.
- Hespanha, António Manuel (2012) – A Revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. Colóquio *A Crise e o Direito*, FDUNL, 2012.
- Lopes, José Mouraz (2011) *O Espectro da Corrupção*. Coimbra: Almedina.

Outras referências

- (SME). (2009) *Business Principles for Countering Bribery -Small and Medium Enterprise*, 2.^a ed. Disponível em www.transparency.org/tools
- Global Corruption Report 2009, Corruption and the Private Sector*. Disponível em <http://www.transparency.org/publications/gcr>
- GRECO, Eva III Rep. (2010). Disponível em http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/ReportsRound3_en.asp
- Progress Report 2011, Enforcement of the OECD Anti-bribery Convention*. Disponível em www.transparency.org
- Relatório Preliminar de 2011 – Prevenir e Combater a Corrupção- Monotorização das alterações introduzidas pela AR em 2010*, da DGPL, PJ, IGF e IGAOT, disponível em http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/2011/prevenir-e-combater-a/downloadFile/attachedFile_f0/Prevenir_combater_corrupcao_preliminar.pdf?nocache=1308589045.35
- Sistema Nacional Integridade (SNI), *Portugal 2012*, coordenação científica: Luís de Sousa e Marcelo Moriconi, TIAC- Transparencia e Integridade, Associação Cívica, INTELLI – Inteligência em Inovação e ICS-UL (Instituto de Ciências sociais da Universidade de Lisboa, disponível em <http://www.transparencia.pt/>
- Transparência e Integridade, Associação Cívica (2011). *Contributo da TIAC para a Implementação do Memorando do Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica*, Junho 2011, disponível em <http://www.transparencia.pt/?p=944>